

# ContraLegem

2019/2

Recht | Philosophie | Kritik

Sondernummer

Festgabe für  
Christian Schwarzenegger  
zu seinem 60. Geburtstag

Herausgegeben von Gian Ege,  
Stefan Heimgartner & M. A. Niggli

Illustriert von Marvin Stark



# Impressum

## **ContraLegem**

ISSN: 2624-6902

## **Chefredaktion**

Marcel Alexander Niggli

## **Redaktion**

Stefan Maeder  
Louis Frédéric Muskens

## **Redaktionelle Mitarbeiter**

Edouard de Weck  
Diego Gfeller  
Markus Husmann  
Konrad Jeker  
Alain Joset  
Niklaus Ruckstuhl

## **Wissenschaftlicher Beirat**

Marc Amstutz  
Ramon Mabillard  
Christof Riedo  
Franz Werro

## **Kontakt**

Lehrstuhl Niggli  
ContraLegem  
Beauregard 13  
1700 Freiburg  
[redaktion@contralegem.ch](mailto:redaktion@contralegem.ch)  
Tel. 026 300 80 12

## **Erscheinungsweise**

3–4 × jährlich  
Erscheint nur elektronisch

## **Titelbild**

Die Offenbarung des Johannes: 4. Die vier apokalyptischen Reiter. Holzschnitt von Albrecht Dürer (Ausschnitt)

## **Sondernummer:**

Festgabe für Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag am 11. November 2019.  
Herausgegeben von Gian Ege, Stefan Heimgartner und M. A. Niggli, illustriert von Marvin Stark

mit Beiträgen von  
Abo Youssef, Beeler/Markwalder, Bommer, Camen-Ochsner, Cavelti, Coninx, Donatsch/Leupi, Ege, Fiolka, Fukamachi, Garré, Giger, Heer, Heimgartner/Keshelava, Hilgendorf, Ida, Jositsch/Poulikakos, Killias, Loewe-Baur, Loppacher, Mausbach, Meyer, Müller, Niggli/Maeder, Schmohl, Stark, Stössel, Studer, Summers, Tadaki, Thalmann, Thommen, Vertone, Vuille/Kuhn-Roux, Zanolini, Zurkinden

# hep verlag: Recht



Adrian S. Müller, Andreas Klauenbösch

**Recht**  
für die Sekundarstufe II und die Weiterbildung

2. Auflage 2018 | 304 Seiten, A4, Broschur  
ISBN 978-3-0355-1077-5 | CHF 51.–



**Textsammlung ZGB | OR**  
mit SchKG und BV

1. Auflage 2019 | 1096 Seiten, 13,5 × 18 cm, Broschur  
ISBN 978-3-0355-1497-1 | CHF 28.–

**Stand der Erlasse: 1. März 2019**



Stefan Keller

**Textsammlung Sozialversicherungsrecht**  
mit Querverweisen und Anmerkungen zum ATSG

2. Auflage 2019 | 1528 Seiten, 13,5 × 18 cm, Broschur  
ISBN 978-3-0355-1551-0 | CHF 89.–

**Stand der Erlasse: 1. März 2019**

#### Inhalt

- Einleitung in das Sozialversicherungsrecht
- ATSG, ATSV
- AHVG, AHVV, VFV, HVA, IVG, IVV, HVI, GgV, ELG, ELV
- BVG, BVV1, BVV2, BVV3, WEFV, FZG, FZV, VO EDI Austrittsleistung
- KVG, KVV, UVG, UVV, VUV, MVG, MVV
- EOG, EOV, FLG, FLV, FamZG, FamZV
- AVIG, AVIV, VVG, VAG



**hep verlag ag**

Gutenbergstrasse 31  
Postfach  
CH-3001 Bern

Tel. +41 (0)31 310 29 29

info@hep-verlag.ch  
www.hep-verlag.ch

# Inhaltsverzeichnis

Impressum	2
Grüsse in die Steiermark – Vorrede der Redaktion	7
Christian Schwarzenegger – kein Bodybuilder!	8
Grusswort	10
Umwelt – Mitwelt – Mitmenschen – Ummenschen	12

## **Strafrecht**

Von Augen und Zähnen	26
Mindeststrafen und Strafzwecke	34
«Auf direktem Weg ins Gefängnis»? . . . . .	39
Reform der Untersuchungshaft	47
Zum Bedürfnis nach Eindämmung strafrechtlicher Massnahmen	61
Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile	78
Unterschiedliche Massstäbe für Electronic Monitoring und Halbgefängenschaft	84
Ich töte Dich! Aber ach, ich schaff' es nicht...	89
L'aiuto al suicidio nell'opera di Enrico Ferri (1856-1929)	94
Art. 261 StGB und die freie Meinungsäusserung	99
Die Weiterverwendung der Daten zwischenzeitlich Verstorbener	107
Tierschutz im Schweizer Recht	113
Grenzen des Strafrechts	121

## **Strafprozessrecht**

Strafrecht, Strafprozessrecht und sicherheitspolizeiliche Massnahmen	123
Verzicht auf Strafverfolgung = Verfahrenseinstellung im Vorverfahren = Absehen von Strafe im Hauptverfahren? . . . . .	130
Encryption, the Challenges for Criminal Investigation Authorities and the Role of Human Rights Guarantees	136
V wie Vertrauensperson	145
Die Beschlagnahme als Zwangsmassnahme	151
Die Beschuldigten-Einsprache im Strafbefehlsverfahren	164
Subsidiäre Verfassungsbeschwerde im abgekürzten Verfahren?	186

## **Internationales**

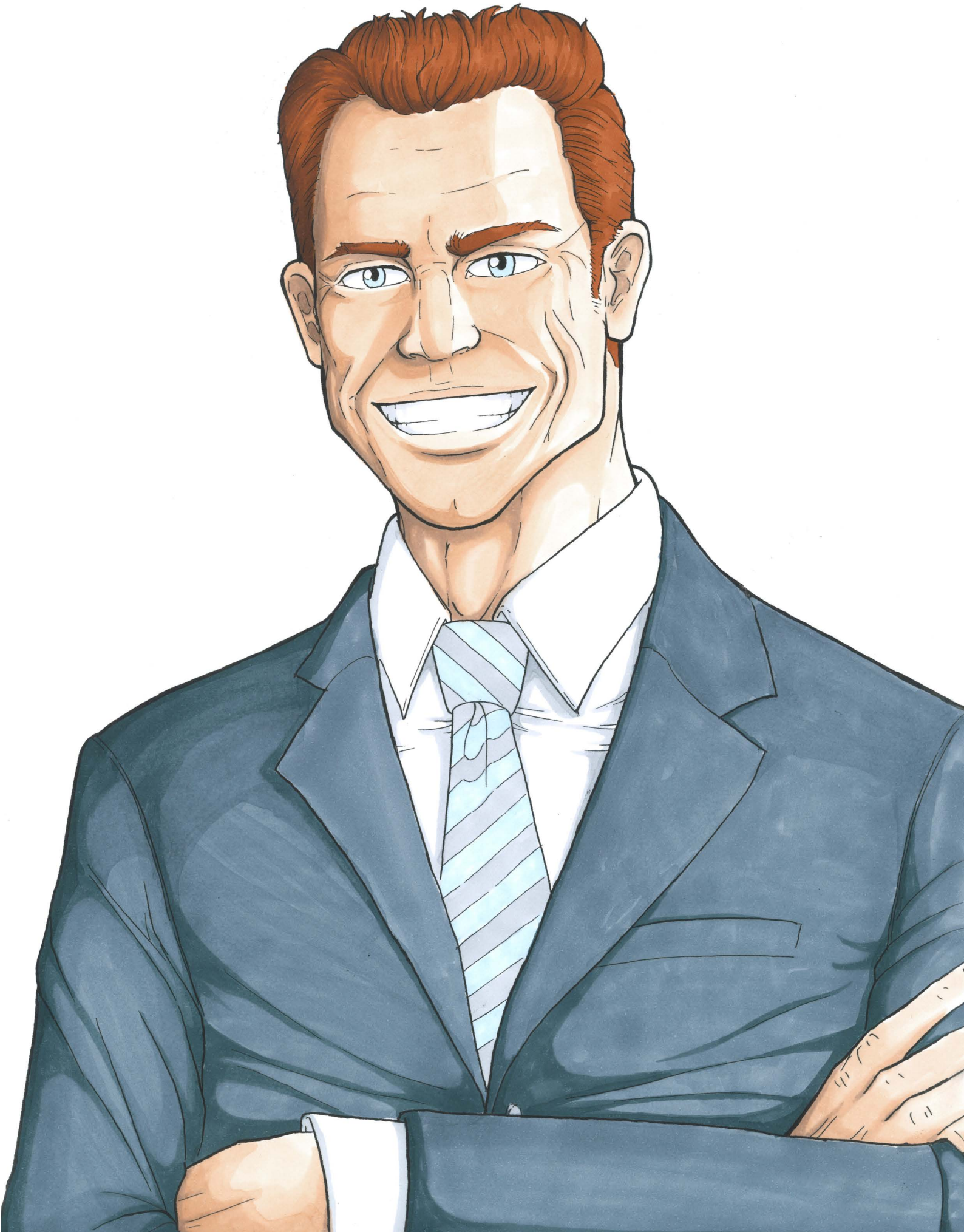
Grenzüberschreitender strafrechtlicher Menschenrechtsschutz auf Konzernebene? . . . . .	193
Das öffentlich einsehbare Transparenzregister . . . . .	200
Verbleibende Streitpunkte bezüglich des Erfolgs- und Handlungsunwertes im japanischen Strafrecht . . . . .	208
Is it right to relate the maintenance or abolition of the death penalty to the adoption of the life imprisonment without parole? . . . . .	216
Über die neuen Entwicklungen des Sexualstrafrechts in Japan. . . . .	219
Gesetzesumgehung im japanischen Sexualstrafrecht? . . . . .	229

## **Digitalisierung**

Rassendiskriminierung im digitalen Zeitalter: Von offline zu online? . . . . .	239
Social Engineering . . . . .	251
Die Blockchain und das Recht. Das Recht der Blockchain? . . . . .	257
Big Data – Big Changes? . . . . .	267
Medizin und Digitalisierung (E-Health). . . . .	274

## **Kriminologie**

Schuld sind immer die anderen: Beobachtungen zur Persönlichkeit von Wirtschaftskriminellen aus der Praxis . . . . .	283
Les cheveux roux . . . . .	286
Delikt(un)orientierte Behandlung jugendlicher Straftäter . . . . .	295
«Nicht die Schwere, nur die Wahrscheinlichkeit der Strafe schreckt ab...» . . . . .	301



# Grüsse in die Steiermark – Vorrede der Redaktion

Es ist uns eine grosse Freude, nachfolgend eine Nummer von ContraLegem zu präsentieren, der die Besonderheit einer Festgabe eignet, einer Festgabe für unseren Freund und Kollegen Christian Schwarzenegger. Eine besondere Freude ist uns dabei, dass endlich einem Bodybuilder solche Ehre widerfährt, was ja überlange an der Zeit gewesen wäre. Wir vermuten stark, dass das Ereignis höchst wahrscheinlich primär der Tatsache geschuldet ist, dass der in jungen Jahren sehr dem Tennis zugeneigte Jubilar sich schliesslich der Akademie zugewandt

und natürlich auch hier Karriere gemacht hat, als Professor für Strafrecht und Kriminologie, als Starkcommentator gruseliger Verbrechen (ganz ähnlich ja schon unser aller Vorbild **Paul Johann Anselm von Feuerbach**) und schliesslich auch als Vizerektor der Universität Zürich.

In diesem – und eigentlich jedem – Sinne gratulieren wir dem Geburtstagskind von Herzen!

Die Redaktion

# Christian Schwarzenegger – kein Bodybuilder!

«*Allow me to break the Ice*» (Batman & Robin, 1997)

Schwarzenegger – der Name ist *fame*. Rund um die Welt haben die meisten Menschen eine Assoziation damit. Nur die wenigsten setzen ihn allerdings als erstes mit dem Vornamen Christian in Verbindung. Im Vordergrund steht der siebenfache Mister Olympia, erfolgreiche Schauspieler und ehemalige Gouverneur von Kalifornien.

Diesem Umstand ist sich Christian durchaus bewusst und er – der andere oder der «Zürcher» Schwarzenegger, wie er in den Medien auch schon genannt wurde, – benutzt seinen berühmten Verwandten immer wieder als «Eisbrecher». So fungierte dessen Tötungsrate in Hollywood immer wieder als Einstiegsbeispiel für Vorlesungen und Vorträge. Entsprechend erscheint es nur angemessen, diese Festgabe zu ehren von Christians 60. Geburtstag in gleicher Weise einzuleiten. Zumal die Karrieren der beiden Schwarzeneggers doch erstaunliche Parallelen aufweisen.

«*The greatest feeling you can get in a gym, or the most satisfying feeling you can get in the gym is... The Pump*» (Pumping Iron, 1977)

Geboren wurde Christian vor 60 Jahren – oder anders gesagt wenige Jahre bevor Arnold zum ersten Mal ein Fitnesscenter betrat. Das dürfte in etwa die Zeit gewesen sein, zu der Arnie bei

der Betrachtung seines Spiegelbilds entschied, dass dieses nur durch einen 50 cm-Bizeps Vollkommenheit erlangt. Was folgte, ist Geschichte.

Bei Christian Schwarzenegger dürfte es kaum das Spiegelbild gewesen sein, das seine akademischen Aspirationen weckte. Doch auch er war sich schon früh bewusst, wohin seine Karriere führen sollte und er wählte seine Studienfächer entsprechend. Nach dem Abschluss promovierte er und erwarb ein Jahr später das Anwaltspatent. Statt Hanteln und Gewichte stemmte der andere Schwarzenegger in der Zeit seines (wissenschaftlichen) Aufstiegs Kommentare, Bücher, Zeitschriften und was ihm sonst noch lesenswert erschien und er pumpte so seinen akademischen Palmarès auf. Damit schuf er sich die Grundlage, in der Kriminologie und im Strafrecht eine wissenschaftliche Karriere zu beginnen.

Entsprechend zu Arnold musste der endgültige Durchbruch jedoch im Ausland erarbeitet werden. Während der eine im Westen durch seinen aufgepumpten Körper Mister Olympia Titel an Mister Olympia Titel reihte, beeindruckte der andere im fernen Osten mit seinen juristischen Fähigkeiten. So wurde er Assistenzprofessor an den Universitäten Niigata und Aichi in Japan ehe er im Oktober 1999 nach Zürich zurückkehrte und hier eine Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der UZH antrat.



«I've seen you before, You are the asshole on TV» (*The Running Man*, 1987)

Nachdem die jeweiligen Peers vom antrainierten Körper bzw. Können überzeugt waren, gingen beide Schwarzenegger den gleichen Weg: das Talent sollte nun auch der grösseren Masse zugänglich gemacht werden. Dafür ist nichts besser geeignet als die Medien. Arnolds Karriere in Hollywood ist hinlänglich bekannt.

Christian wählte die Form des Fernsehens und wurde zum «Fernseh-Strafrechtler» (ebenfalls eine Bezeichnung aus den Medien). In mehreren DOK-Reihen gab Christian seine Einschätzung zu Schweizer Kapitalverbrechen weiter. Dies führte zu einer Bekanntheit über den Kreis der Akademiker hinaus und bescherte seinen Mitarbeitern am Lehrstuhl so manche knifflige Korrespondenz. Immer wieder mussten gewisse Personen davon überzeugt werden, dass Christian – obwohl er im SRF als Experte für Strafrecht zu sehen war – ihren eigenen Straffall nicht lösen kann, was jeweils auf unterschiedliches Verständnis traf.

«I'm not into politics, I'm into survival.» (*Running Man*, 1987)

Nach Anerkennung und Bekanntheit folgt oft das Streben nach Einfluss. Arnold gab schon früh zu verstehen, dass er von den Mächtigen fasziniert war. Und so hat er es später auch als seine Pflicht verstanden, sich als Gouverneur von Kalifornien zur Wahl zu stellen. Auch hier braucht die darauf folgende, erfolgreiche Politikkarriere nicht weiter beschrieben zu werden. Das Amt als Präsident blieb wohl nur durch den ausländischen Geburtsort verwehrt.

Bei Christian sind entsprechende frühe Aspirationen nicht bekannt. Trotzdem hat es ihn schliesslich in die (Universitäts-)Politik verschlagen. So war er zunächst Prodekan Lehre

und dann Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. 2014 wurde er schliesslich zum Prorektor Wirtschaft und Recht gewählt.

«Hasta la vista, Baby!» (*Terminator 2: Judgment Day*, 1991)

Und was kommt danach? Für Christian lässt sich diese Frage (noch) nicht beantworten. Arnold ging nach dem Ende seines politischen Amtes wieder zurück ins Filmgeschäft und ist darüber hinaus eine gewichtige und durchwegs erfolgreiche Person des öffentlichen Lebens in den USA. Was die Zukunft für Christian bereit hält, wissen wir nicht; allerdings könnte es auch bei ihm so sein, dass er auch nach seiner «politischen Karriere» von sich reden macht, indem er die eigenen Projekte weiterhin mit vollem Elan angeht. Und so kann man nur zu einem Schluss kommen: Christian, kein Bodybilder, aber ein genuiner Schwarzenegger!

Obwohl wir wissen, dass Du, Christian, gewisse Vorbehalte gegen das Gefäss der Festschrift hast, hoffen wir, dass wir Dir mit dieser Festgabe – gerade auch wegen ihrer Form – eine Freude machen. Dieses Projekt sei Dir mit herzlicher Gratulation zu Deinem runden Geburtstag gewidmet.

Abschliessend gebührt es sich, denjenigen Personen zu danken, ohne die dieses Projekt nicht oder zumindest nicht so reibungslos hätte realisiert werden können: Angela Giger, Vivian Stein und insbesondere Rebecca Sigg danken wir für ihren grossen Einsatz für das Gelingen dieser Festgabe. Ebenso danken wir Carola Göhlich und Stefanie Bernet für ihre einzigartige Unterstützung. Und last but not least wäre dieses Werk nicht so gelungen ohne die wunderbaren Illustrationen von Marvin Stark.

G. Ege, M. A. Niggli & S. Heimgartner

# Grusswort

Eine Festgabe ist etwas Besonderes: Sie ist traditionellerweise die gleichsam physisch fassbare Würdigung der Verdienste des Geehrten. Die vorliegende Festschrift hingegen erscheint als elektronische Open access Publikation – sie bricht also in gewissem Sinne mit einer akademischen Tradition. Dies ist jedoch nicht als Ausdruck einer geringeren Wertschätzung zu verstehen, im Gegenteil: Indem die Festgabe zu Ehren des 60. Geburtstags von Christian Schwarzenegger in einem zukunftsorientierten Format publiziert wird, würdigt sie Eigenschaften, die das Wirken des Jubilars an der Universität Zürich in besonderem Masse geprägt und ausgezeichnet haben.

Es sind dies – neben seiner ausgewiesenen Expertise als Jurist – die Affinität zu neuen Medien und Kommunikationstechnologien sowie sein grosses Interesse für die Digitalisierung in all ihren Facetten und Auswirkungen. Zu den grossen Forschungsthemen von Christian Schwarzenegger gehören denn auch seit Beginn seiner Laufbahn an der UZH das Internetstrafrecht sowie die Cyberkriminalität. Bis heute zählt er in diesen Gebieten zu den führenden Experten im deutschsprachigen Raum.

Die zukunftsgegenwärtige, vielfältig interessierte Art prägt jedoch nicht nur Christians Tätigkeit als Forscher, sondern auch seine Arbeitsweise, zuerst als Dekan und nun als Prorektor. Davon kann ich mich regelmässig überzeugen, erlebe ich den Jubilar doch seit 2012 in verschiedenen Leitungsgremien. In dieser Zeit habe ich Christian Schwarzenegger ausserordentlich schätzen gelernt, sowohl als Wissenschaftler wie auch als Mensch. Seine juristischen Kenntnisse, seine Weitsicht und besonders seine sorgfältigen Risikoanalysen haben die Uni-

versitätsleitung mehrmals davor bewahrt, einen übereilten Entscheid zu fällen. «Geduld ist der Begleiter der Weisheit», so heisst es – durch Christian habe ich gelernt, dass daran sehr viel Wahres ist.

Was mich während unserer Zusammenarbeit immer wieder beeindruckt hat, ist sicherlich die Art und Weise, wie Christian Umsicht mit grosser Zielstrebigkeit kombiniert. Zusammen mit seinem beeindruckenden Scharfsinn haben sowohl seine Dynamik als auch die ihm eigene Sorgfalt dazu beigetragen, dass Christian verschiedene komplexe Geschäfte von gesamtuniversitärer Bedeutung erfolgreich vorantreiben konnte. Den Überblick – und seinen Humor – hat er dabei nie verloren.

Stellvertretend für seine zahlreichen Engagements zugunsten der UZH möchte ich an dieser Stelle lediglich ein aktuelles Grossprojekt nennen, bei dem die Universität vom Fachwissen und den persönlichen Qualitäten des Geehrten profitiert. Vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung plant die UZH eine neue Hauptbibliothek, die nicht nur umfassende Print-Bestände, sondern auch neue Formen der digitalen Informationsbeschaffung bereitstellen soll. Das Vorprojekt «UZH-Bibliothek der Zukunft» war unter der Ägide von Christian Schwarzenegger lanciert worden und hat erfolgreich den Boden für das Hauptprojekt bereitet. Als Vorsitzender des Steuerungsausschusses wird Christian Schwarzenegger die Umsetzung des Grossvorhabens «Universitätsbibliothek UZH» weiterhin begleiten, was mich auch persönlich sehr freut. Ich bin überzeugt, dass es der UZH mit seiner Unterstützung gelingen wird, ihr Bibliothekswesen weiterzuentwickeln.

Als Jurist zeichnet sich der Jubilar nicht nur durch Differenziertheit, sondern auch durch argumentative Stärke und Klarheit aus. Daneben versteht es Christian in besonderem Masse, zwischen unterschiedlichen Interessen zu vermitteln und gemeinsam mit allen Beteiligten konstruktive und zugleich pragmatische Lösungen zu finden. Dabei hilft dem Jubilar bestimmt auch seine Erfahrung mit unterschiedlichen (Fach-) Kulturen, die er während seiner akademischen Karriere unter anderem in Japan sammeln konnte. Die japanische Kultur hat Christian Schwarzenegger über das Akademische hinaus geprägt: Seine Vorliebe für japanischen Tee ist allgemein bekannt, ebenso sein Faible für die japanische Küche. Erst kürzlich habe ich erfahren, dass Christian die fernöstlichen Spezialitäten als passionierter Koch auch selbst zubereitet.

Christian Schwarzeneggers Weltgewandtheit und seine Affinität zum fernen Osten kommen auch der UZH insgesamt sehr zugute. Mit grossem persönlichem Engagement treibt der Jubilar die Weiterentwicklung der Internationalisierungsstrategie der UZH voran. Namentlich die fruchtbaren Beziehungen zu mehreren Universitäten in Asien zeugen von seinem Einsatz und von seinem Erfolg.

An dieser Stelle möchte ich dem Geehrten im Namen der Universitätsleitung und auch

persönlich danken – für sein langjähriges, unermüdliches Engagement zugunsten der UZH sowie auch für seine herausragenden Leistungen als Forscher, Dozent und Mitglied der Universitätsleitung. Es würde den Rahmen dieses Grusswortes sprengen, sie alle im Detail zu würdigen. Daher nur soviel: Die positive Entwicklung der Universität Zürich in den letzten Jahren ist zu wesentlichen Teilen auch das Verdienst von Christian Schwarzenegger.

Lieber Christian, es ist toll, dich in unserem Team zu haben! Zu deinem runden Geburtstag, genauer gesagt zu deinem KANREKI, gratuliere ich dir herzlich. In der ostasiatischen Kultur markiert der 60. Geburtstag den Beginn eines neuen Lebenszyklus. Eine «Wiedergeburt», die in Japan traditionellerweise mit dem Tragen von roten Kleidern – der Farbe der Babys – zelebriert wird.

In diesem Sinne wünsche ich dir für die nächsten 60 Jahre beruflich wie auch privat weiterhin viel Erfolg. Und natürlich hoffe ich, dass die UZH und die Universitätsleitung trotz dieses Neuanfangs noch einige weitere Jahre auf dich zählen dürfen. Eine rote UZH-Krawatte hätte ich auf jeden Fall noch auf Vorrat.

Michael Hengartner



# Umwelt – Mitwelt – Mitmenschen – Ummenschen

*Urs Thalmann*

## Wer ist «Wir» und wer gehört zu «Uns»?

Richtig! Im Titel ist kein Schreibfehler: Es steht absichtlich Um-menschen und nicht etwa Un-menschen.

### I. 1979

Nachdem wir im Gymnasium ein paar Jahre nebeneinander sassen, machten **Christian Schwarzenegger** und ich vor 40 Jahren die Matura. Wir kamen bis auf Kleinigkeiten (je nach subjektiver Einschätzung) gut klar. Christian schätzte es jedenfalls nicht, wenn ich gelangweilt seinen makellos weissen Radiergummi mit einem Blei- oder Farbstift gedankenlos aufspiesste. (Solche verunstalteten Gummis finde ich auch überaus abstoßend!) Auch meine häufige Mitbenutzung seiner Schreibutensilien in den akkurat sortierten Caran d'Ache oder Faber Castell Blechschachteln machte ihn eher unglücklich. Nicht dass ich kein dickes und volles Etui gehabt hätte, aber es war sehr schlecht sortiert. Drei grüne Kugelschreiber, aber kein roter zum Beispiel. So etwas ist ihm, wie ich glaube, nie passiert–NIE! Jedenfalls kann ich mich nicht daran erinnern, dass ihm mein Etui jemals aus einer solchen Patsche helfen konnte. Wir unternahmen auch neben der Schule einiges zusammen und unterhielten uns oder diskutierten über Gott, die Welt und allerlei andere bedeutende und unbedeutende Themen. Keine Angst, lieber Christian, das wird keine Homestory. Liebe

Leser, ich muss sie enttäuschen: Das wird keine Homestory.

In den 1970er Jahren wurde die Umwelt so richtig massiv zum Thema, neben dem Ost-West-konflikt beziehungsweise Kalten Krieg, anderen politisch-ideologischen Auseinandersetzungen, wirtschaftlicher Rezession, Vietnamkrieg, Terrorismus durch die Rote Armee Fraktion in Deutschland, die Roten Brigaden in Italien, die Irisch Republikanische Armee, palästinensische Organisationen und anderem mehr. Die vom *Club of Rome* in Auftrag gegebene Studie «Die Grenzen des Wachstums» war 1972 erschienen, der amerikanische Präsident **Jimmy Carter** gab 1977 die Studie «Global 2000» in Auftrag, in der ARD wurde Sterns Stunde ausgestrahlt, die offenbar in der Bundesrepublik Deutschland jedes Mal für einen landesweiten Aufschrei sorgte. Ich habe diese Sendung zwar nie gesehen, aber davon gehört. Offenbar präsentierte **Horst Stern** Themen, wie zum Beispiel die Massenhaltung von Legehennen, über die viele Menschen lieber nicht so viel sehen und wissen wollten. Dabei vergass er nicht darauf hinzuweisen: Wenn so viele Menschen so viele Eier essen wollten, ginge es wohl nicht anders. Ökologie – den Begriff hat der bedeutende deutsche Biologe **Ernst Haeckel** 1866 definiert– wurde allgemein zu einem wichtigen Thema. Biologielehrer betonten es speziell, dass sie mit

dem Thema am Puls der Zeit seien. Und nicht zu vergessen: 1979 gab es in den USA im Atomkraftwerk *Three Mile Island* bei Harrisburg eine Teilkernschmelze, die weltweit für Aufsehen sorgte. Die Schweiz hatte da bereits die Teilkernschmelze im Versuchsreaktor in Lucens (Kanton Waadt) hinter sich. Die Verheissung, das Energieproblem mittels Atomkraft für immer nahezu gefahrlos zu lösen, wurde in den 1970er Jahren so demonstrativ in Frage gestellt, dass in der Schweiz das Atomkraftwerk Kaiseraugst nie gebaut wurde. In Deutschland ging aus einem Sammelsurium von Bewegungen der 1970er Jahre die Partei der Grünen hervor. Um die Umwelt im weiteren Sinne soll es in diesem Artikel gehen, denn:

Ich erinnere mich gut daran, wie mir **Christian** einmal beim Verlassen der Schule sagte, ihm käme die Menschheit mit dieser Bevölkerungsexplosion wie ein Krebsgeschwür der Erde vor. Das eine oder andere Jahr später äusserte er einmal ein eher begrenztes Verständnis dafür, dass so viel für bedrohte Tiere gemacht werde, obwohl es noch so vielen Menschen so elend gehe. Es müsste doch zuerst für die Menschen etwas gemacht werden und dann könne man sich immer noch um die Tiere kümmern.

Heute mag das als Widerspruch erscheinen, damals war es nicht notwendigerweise einer; nicht in der damaligen Zeit, nicht in unserem Alter und nicht mit unseren doch limitierten Kenntnissen – Matura und Allgemeinbildung hin oder her.

**Christian** studierte Rechtswissenschaften, ich wurde Biologe mit Vertiefung in Anthropologie und Paläontologie. Konkret Rechtswissenschaftliches zu seinem Jubelbuch kann ich nicht beitragen, versuche aber allgemein in der Nähe des Rechts zu bleiben und etwas Lesbares und vielleicht Bereicherndes aus der Sicht eines biologischen Anthropologen beizutragen. Damit es für alle verständlich bleibt verzichte ich auf Fachjargon. Der Beitrag ist deshalb länger als geplant und hat sich auch noch aufgetürmt.

## II. Umwelt

Es steht nicht zum Besten um die Umwelt, die Welt um mich und um die Menschen. Die Themen sind hinlänglich bekannt, wenngleich viele Ungenauigkeiten kursieren. Viele Medien generieren, füttern und pflegen sie gleich selbst mit ihrer Vorliebe für Hypes. Ein Kristallisationspunkt: **Greta** und der Klimawandel (aber nicht etwa der Klimawandel und Greta). Ich möchte sie nicht zu ausgiebig langweilen, werde aber nicht um ein paar Worte zum Klimawandel (nicht zu **Greta!**) und Wald(bränden) kommen.

1982 las ich den ersten Überblicksartikel zu einem möglichen Klimawandel in der Zeitschrift *Spektrum der Wissenschaft*, dem Magazin für Naturwissenschaft und Technik. Im Wesentlichen ist es eine Übersetzung des *Scientific American*. Darin werden Themen von renommierten Fachleuten abgehandelt und redaktionell für ein breites Publikum (sic) verständlich dargestellt. Der Artikel *Carbon Dioxide and World Climate* beleuchtete die möglichen Auswirkungen des Anstiegs der CO<sub>2</sub>-Konzentration. In der Kurzfassung unter dem Titel stand: [...] *the effects may not all be bad*. (Heute würde vielleicht stehen: Der Klimawandel bietet auch Chancen.) Es gab noch keine ausgeklügelten Szenarien, Klimamodelle und -simulationen. Die wichtigen Themen waren ähnlich wie heute: Meeresspiegel, Migration, Böden und Landwirtschaft. Bereits fast 100 Jahre vor diesem Artikel hatten der schwedische Chemiker **Svante Arrhenius** und der amerikanische Geologe **Thomas C. Chamberlin** darauf hingewiesen, dass der von ihnen vermutete CO<sub>2</sub> Anstieg zu einer höheren Temperatur auf der Erde führen könne. Eine Weile lang wurde eine Kausalbeziehung zwischen menschlichen Aktivitäten, insbesondere dem Verbrennen von fossilen Brennstoffen und dem CO<sub>2</sub> Anstieg noch in Frage gestellt, zumal die Messkurve noch relativ kurz war. Mittlerweile ist die sogenannte Keeling-Kurve so lang und das Thema so ausgiebig untersucht, dass vernünftige Menschen eigentlich nicht mehr an einem kausalen Zusammenhang

zweifeln sollten. Das heisst nicht, dass es solche Menschen nicht mehr gibt, denn es ist im Prinzip ja immer noch eine Korrelation. Die Vorhersagen der Klimamodelle und -simulationen passen aber so gut, dass ich es allemal als Kausalzusammenhang akzeptiere.

Grosse Hoffnungen wurden in die UNO Konferenz über Umwelt und Entwicklung in Rio de Janeiro 1992 gesteckt. Der Begriff Nachhaltigkeit (*sustainability, durabilité*) wurde zwar nicht erfunden, fand aber plötzlich unglaubliche Verbreitung – bis heute inflationäre Verbreitung. Kürzlich hat mich **Marcel Niggli** gefragt, was das überhaupt heisse.

Als ich anfangs der 1980er Jahre noch Forstwirtschaft studierte, war dieser Begriff für mich sozusagen mein tägliches Brot. Er stammte aus der Forstwirtschaft, und zwar aus dem Jahr 1713. Er beschreibt in etwa, dass dem Wald nicht mehr Bäume/Holz entnommen werden sollte, als nachwächst. In der Schweiz nahm der Wald bis ins 19. Jahrhundert dermassen ab und Überschwemmungen und Lawinen zu, dass, nachdem der Zusammenhang mit der Entwaldung erkannt war, in der Bundesverfassung von 1848 eine Basis für eine nationale Waldgesetzgebung geschaffen wurde, die der Entwaldung entgegenwirken sollte. Diese Gesetzgebung war sehr streng. Forstwirtschaft war ein so wichtiges Thema, dass sie ihren Platz 1855 an der neu gegründeten ETH fand.

Ein erweiterter Begriff der Nachhaltigkeit wurde im sogenannten Brundtland-Bericht von 1987 definiert (**Gro Harlem Brundtland** \*1939, norwegische Ministerpräsidentin 1981, 1986-89, 1990-96): Nachhaltige Entwicklung ist «eine Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre eigenen Bedürfnisse nicht befriedigen können»; ein Konzept. Das scheint heute gemeint zu sein, wenn Menschen den Begriff verwenden – wenn sie denn überhaupt wissen, was sie genau meinen.

### III. Mitwelt

Der Klimawandel zeigt, dass der Begriff Mitwelt möglicherweise angebrachter wäre als Umwelt, denn der Wandel findet definitiv nicht um die Welt von Menschen statt. Die Menschen sind mitten drin. Der Begriff Mitwelt fand in den 1990er Jahren eine gewisse Verbreitung, litt aber etwas unter «esoterisch-holistisch-religiösen» Konnotationen. Ich verwendete ihn deshalb nur kurz. Mitwelt in einem wissenschaftlichen Forschungsantrag? Das ging einfach nicht. (Ich hätte wahrscheinlich zuerst ein Projekt machen müssen, um die Begriffe Umwelt und Mitwelt zu untersuchen, abzugrenzen, und überhaupt...)

Immerhin steht auf der Webseite des Dept. Bildung, Kultur und Sport des Kantons Aargau im Lehrplan der Volksschule unter Realien: [...] vermittelt Kenntnisse über die Beziehung des Menschen zu Gesellschaft und Mitwelt. Im Lehrplan 21 für die Volksschule im Kanton Zürich heisst das entsprechende Fach Natur, Mensch, Gesellschaft.

Der Begriff Mitwelt scheint nicht oder nicht mehr so beliebt zu sein, dafür scheint der Begriff Mitmenschen eine gewisse Konjunktur zu haben. Also:

### IV. Mitmenschen

Der britische Psychologe **Robin I.M. Dunbar** hat die nach ihm benannte Dunbar-Zahl 1993 in seiner Arbeit *Coevolution of neocortical size, group size and language in humans* anhand des Zusammenhangs des Volumens des Neocortex (Grosshirnrinde) und der Gruppengrösse bei 36 nichtmenschlichen Primatengattungen ermittelt (*Behavioral and Brain Sciences* 16: 681-735, 1993). Aus diesem Zusammenhang hat er für *Homo sapiens* eine ursprüngliche Gruppengrösse von ungefähr 150 errechnet (Bereich ca. 100 bis 230 Gruppemitglieder). Bei dieser Gruppengrösse können dauerhafte und persönliche soziale Beziehungen zwischen den Gruppenmitgliedern aufrecht erhalten werden ohne andere Anforderungen zu sehr zu vernachlässigen; schliesslich muss unter anderem auch noch Nahrung besorgt werden. Was bei nicht-

menschlichen Primaten durch soziale gegenseitige Fellpflege (*grooming*) erreicht wird, so **Dunbar** weiter, konnte beim modernen Menschen nicht mehr erreicht werden, weil schlicht und ergriffen die Zeit gefehlt hätte. Als effizientere Lösung, so seine These, entwickelte sich die Sprache.

Zweifellos ist Sprache ein sehr wichtiger Aspekt des Rechts, aber Menschen scheinen mir noch wichtiger: Ohne Menschen kein Recht. Und ohne viele Menschen erst recht kein Recht. In seinem Bestseller «Der nackte Affe» (dt. 1968) schätzte **Desmond Morris** die Anzahl Menschen, mit denen ein Individuum dauerhafte und engere Beziehungen aufrecht erhält auf ungefähr 100. Da es kein einzelnes Gen für «Gruppengrösse» gibt und auch nicht geben kann, ist die einzige Möglichkeit diese Hypothesen halbwegs zu prüfen, die Zahlen mit lebenden Gruppen von Jägern und Sammlern zu vergleichen. **Dunbar** gibt für 9 solche Gruppen eine Durchschnittsgrösse von rund 150 an (53 bis 250). In seinem Übersichtsartikel *Hunter-Gatherers and Human Evolution* aus dem Jahr 2005 gibt der Anthropologe **Frank. W. Marlowe** für 294 solche Gruppen eine Grösse von durchschnittlich 47 und einen Bereich von 13 bis 275 an (*Evolutionary Anthropology* 14: 54-67, 2005). Eine Schwierigkeit bei der Bestimmung der Gruppengrössen liegt darin, dass es nicht ganz klar ist, welche Forscher den Begriff Gruppe wie verwenden, denn bei Jägern und Sammlern gibt es auch (temporäre) kleinere Untergruppen und gewissermassen Obergruppierungen zu denen sich Gruppen selbst dazuzählen. **Dunbar** benutzt für die Gruppen den Begriff *Clan*, für die Untergruppen *Band* und die Obergruppen *Tribe*, letzteres in etwa mit Stamm zu übersetzen. **Marlowe** benutzt den Begriff *Local group* und gibt die Grössen des Gebiets solcher Gruppen an. Die Durchschnittsgrösse solcher Gebiete für 259 Gruppen entspricht mit 1'590 km<sup>2</sup> ungefähr dem Kanton Fribourg (1'670 km<sup>2</sup>). Die Hälfte der Gebiete ist grösser als 430 km<sup>2</sup> (Median) die andere Hälfte kleiner. Der Kanton Baselland ist beispielsweise 428 km<sup>2</sup> gross.

**Marlowe** gibt keine Zahlen für eine Obergruppe wie *Tribe* oder Stamm, sondern die Grösse von *Ethno-linguistic Populations (ELP)* und *Aeras (ELA)*, was oft mit Stamm und Stammesgebiet gleichgesetzt wird. Es bedeutet im Wesentlichen die Anzahl Menschen, die die gleiche Sprache oder mindestens den gleichen Dialekt sprechen und die Verbreitung dieser gemeinsamen Sprache. Die Mittelwerte (Durchschnitt und Median) sind frappant niedrig: Die ELP ('Sprache') ist für 396 Populationen im Durchschnitt 1'750 Individuen stark (Median 895) und die Gebietsgrösse ELA für 340 Gebiete durchschnittlich 37'845 km<sup>2</sup> (Median 9'050 km<sup>2</sup>).

Gruppenmitglieder sind einander durch vielfältige wechselseitige (reziproke) Beziehungen verbunden, gewissermassen Schulden und Guthaben: «Du hast damals dies oder das für mich gemacht, und dafür mache ich (irgendwann) auch etwas für Dich». Sie kennen das von sich selber. Der Ethnologe **David Graeber** gibt in seinem bekannten Buch *Schulden: die ersten 5'000 Jahre* (Klett-Cotta, 2012) an, dass sich in Jäger und Sammler Populationen oder segmentären Gesellschaften Individuen bis zu 500 solche Schuld/Guthaben Verhältnisse merken oder abrufen können, wenn es nötig ist oder sie einem Gruppenmitglied begegnen. Auch das kennen Sie. Der Begriff segmentäre Gesellschaften stammt vom Soziologen **Emile Durkheim** und bezeichnet Assoziationen aus gleichartigen Segmenten (Clans) und schliesst so auch sesshafte ursprüngliche Gruppierungen mit ein. Die (reziproken) Beziehungen mögen informell erscheinen, sind aber deshalb keineswegs weniger verpflichtend, und auf dem Spiel steht mindestens die Reputation. Für mich als juristischen Laien sind das «Vertragsverhältnisse». Auch der Austausch von Geschenken gehört in diese Kategorie: Es gibt keine Geschenke! Geschenke dienen der Festigung von Beziehungen und der Verpflichtung des Beschenkten – und der eigenen Reputation. Ihre Bedeutung geht weit über ihren ökonomischen Wert hinaus, wie **Marcel Mauss** (übrigens ein Neffe von **Emile Durkheim**) in seinem *Essai sur*

*le don* (1923/1924) darlegt; ein Standardwerk der Ethnologie und Soziologie.

Die sogenannte Hominisation oder Menschwerdung, die Evolution der Gattung *Homo*, begann vor etwa 2.5 Millionen Jahren. Bis vor etwa 12'000 Jahren lebten Menschen in relativ kleinen Gruppen und erst mit dem Übergang zur Sesshaftigkeit entwickelten sich etwas grössere Verbände, die aber nach wie vor klein waren, immer noch auf Abstammung und Verwandtschaft basierten. Die Sesshaftigkeit ergab sich aus der aufkommenden Agrikultur bzw. Gartenbauformen. Würde man die Hominisation auf eine 24 Stunden Uhr projizieren, hätte der Übergang zur Sesshaftigkeit um etwa 23:53 begonnen; nur auf *Homo sapiens* bezogen (seit ca. 300'000 Jahren belegt) um kurz nach 23:00 Uhr. Um sich das Menschengedränge zu jener Zeit etwas zu vergegenwärtigen: Die Bevölkerungsdichte des eigentlichen Stadtgebietes der Megacity Tokyo beträgt 15'483 Einwohner/km<sup>2</sup> und ist damit rund 62'000 mal grösser als die durchschnittliche Dichte, die Marlowe für Jäger und Sammler angibt (0.25 Einw./km<sup>2</sup>).

Der Übergang zu Sesshaftigkeit und produzierenden Wirtschaftsformen wird meist als Neolithische Revolution bezeichnet. Durchaus als von Menschen gemachter Übergang zur Landwirtschaft ist der Begriff ursprünglich stark positiv und fortschrittlich konnotiert. Aus verschiedenen Gründen folgen manche dieser Fortschrittsbewertung nicht vorbehaltlos. (In der Schule lernte ich es noch als DER grosse Fortschritt der Menschheit kennen.) Aber dazu etwas weiter unten.

*Homo sapiens* hat 2.5 Millionen Jahre Evolution in den Knochen und im Rucksack in welchen Menschenformen der Gattung *Homo* in relativ kleinen Gruppen mit ihnen persönlich bekannten Mitgliedern lebten, zu denen sie ständig oder mindestens regelmässig Kontakt hatten, mit denen sie in irgendeiner Form kommunizierten und mit denen sie, wenn nicht von Anfang an so doch sehr früh, im Prozess der Hominisation, in wechselseitigen Ver-

pflichtungen verbunden waren. Alle anderen waren Fremde und nicht nur das: Sie waren potentiell eine grosse Gefahr und damit auch Feinde. Die eigene Gruppe (bzw. Stamm) sah das so, und eine andere Gruppe (bzw. Stamm) sah das auch so. Begegneten sich Mitglieder zweier fremder Gruppen (bzw. Stämme) wurde es lebensgefährlich für beide, entgegen den idealisierten Vorstellungen von freundlichen und relativ gewaltfreien Gruppen, wie sie Ethnologen lange pflegten und manche Menschen immer noch pflegen. Und der Aufklärer Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) wünschte sich vielleicht den «Edlen Wilden», lag mit dieser Vorstellung aber voll daneben. Denn mittlerweile sieht das ganz anders aus:

Der Evolutionsbiologe Jared Diamond, der hauptsächlich in Papua Neuguinea in entlegenen Gebieten ornithologische Feldstudien betrieb, erzählt in seinem Buch *Guns, Germs, and Steel – The Fate of Human Societies* (Norton, 1997) anekdotisch, wie sich zwei einander offenbar persönlich unbekannte Männer lange unterhalten um herauszufinden, ob sie irgendwie verwandt sind. Wenn nicht wäre die Folge, dass der eine den anderen töten würde. Eine Gemeinsamkeit haben sie immerhin: Sie können miteinander sprechen. Es ist also möglich, dass sie einander verbunden sind. Was man auch herauslesen kann: Den anderen zu töten ist kein kruder Automatismus. Vielleicht haben beide im Hinterkopf, dass das zu weiterer gefährlicher Gewalt führt, zum Beispiel zu Blutrache oder endlosen Racheaktionen zwischen den beiden Gruppen. Was auch bedacht werden könnte: Wenn sie zum Entscheid kommen einander töten zu müssen, wer schlägt zuerst zu? In jedem Fall eine sehr heikle Situation. In einer weiteren Schilderung fasst er zusammen, wie eine typische Antwort einer Frau auf eine Frage einer Ethnologin lauten könnte: «Mein erster Mann wurde bei einem Überfall von Elopi Angreifern getötet. Mein zweiter Mann wurde von einem Mann getötet, der mich wollte und dann mein dritter Mann wurde. Dieser Mann wurde vom Bruder meines zweiten Mannes aus Rache getötet.»



Diese Anekdoten lassen sich auch empirisch hinterlegen. **Robert S. Walker** und **Drew H. Baily** haben für Ihren Artikel *Body counts in lowland South American violence* (*Evolution and Human Behavior* 34: 29-34, 2013) eine Analyse durchgeführt und geben für 10 traditionell lebende *Societies* (Jäger und Sammler bzw. segmentäre Gesellschaften) folgende Zahlen für durch Gewalt verursachte Todesfälle. Von allen Todesfällen (4215) waren 30.4% (1281) Folge von Gewalt. Dabei entfielen von den Todesfällen als Folge von Gewalt, rund 69% auf Männer, also mehr als doppelt so viele wie auf Frauen. Wenn Sie sich das bildlich vorstellen möchten: Sie sitzen an der Zürcher Bahnhofstrasse auf einer Bank und schauen sich die vorbeigehenden Frauen und Männer an: Jeder 5. vorbeigehende Mann wird erschlagen, aufgespiesst oder anderweitig gewaltsam umgebracht und jede 10. Frau. Wenn man denn schon einmal auf die Welt kommt, hat die Zivilisation doch substantielle Vorteile.

Die Kernaussage dieses Abschnitts kann kurz so zusammengefasst werden: In meiner 1. Natur, der Natürlichen Natur, wie sie der mittlerweile emeritierte und langjährige Direktor des Anthropologischen Instituts der Universität Zürich **Carel van Schaik** und der Historiker **Kai Michel** in *Das Tagebuch der Menschheit–Was die Bibel über unsere Evolution verrät* (Rowohlt, 2016) bezeichnen, bin ich darauf vorbereitet in einer relativ kleinen mir vertrauten Gruppe von Menschen zu leben und mich sicher zu fühlen. Nicht dazugehörige Menschen sind eine Bedrohung. Meine Gruppe, so sehe ich es, sind meine echten Mitmenschen. Grosszügig angesetzt sind das sagen wir 500. Die anderen Menschen bezeichne ich für mich als Ummenschen; sie sind nicht mit mir sondern um mich herum. Sie sind aber nicht zwangsläufig gegen mich.

Auf die 2. Natur (Kulturelle Natur) und die 3. Natur (Vernunftnatur) komme ich noch zurück. In Tabelle 1 sind die drei Naturen vereinfacht zusammengestellt.

3 Naturen	Kurzbeschreibung	Ausdruck
1. Natur	<b>Natürliche Natur</b> Angeborene Gefühle, Reaktionen, Vorlieben	unter anderem: Sinn für Fairness; Empörung über Ungerechtigkeit und Ungleichheit; Furcht vor Fremden; Sorge um die eigene Reputation; Gefühle der Verpflichtung; Eifersucht; Ekel
2. Natur	<b>Kulturelle Natur</b> Sitten und Gebräuche; Religion als kulturelles Produkt; Regeln des Anstandes, der Höflichkeit, der guten Manieren	«Das tut man nicht» « <b>So</b> macht man das hier!» Grosse territoriale und ethnische Unterschiede
3. Natur	<b>Vernunftnatur</b> kulturell verankerte Maximen, Praktiken, Institutionen, denen wir weitgehend bewusst und rational folgen	«Common Sense» zu folgen, sonst Schwierigkeiten; teilweise internalisiert (z.B. Schule) -> Gewohnheit -> zur 2. Natur

Tabelle 1: Die drei Naturen der Menschen. Nach **van Schaik** und **Michel** (*Das Tagebuch der Menschheit–Was die Bibel über unsere Evolution verrät*, Rowohlt, 2016)

## V. Ummenschen

**Christian** kam gemäss dem Bevölkerungsrechner der Deutschen Stiftung Weltbevölkerung als 2'999'098'305. Mensch zur Weltbevölkerung dazu. Im Maturajahr war das «Krebsgeschwür» Menschheit schon 4'408'028'099 Menschen stark, rund 1.5 mal grösser. Zur Übergabe dieser Festschrift zu seinem Geburtstag ist die Zahl der Menschen mit 7'743'310'193 gut 2.5 mal grösser als am Tag seiner Geburt. Für diese Menschen sollte also zuerst für lebenswürdige Umstände gesorgt sein, mithin über 3.3 Milliarden Menschen, die seit der Matura hinzugekommen sind. Alles **Christians** Mitmenschen?

Sicher, ein edles Ziel und mir wäre es recht, wenn dies innert nützlicher Frist gelänge. Mit meiner Natürlichen Natur bin ich aber denkbar schlecht dafür ausgestattet, mich für ein solches Ziel einzusetzen. Es fehlen mir mindestens die kognitiven Fähigkeiten zur Aufrechterhaltung tragfähiger Beziehungen und das Potential, so vielen Menschen vertrauen zu können. Und unglücklicherweise bin ich auch noch darauf eingestellt den meisten zu Misstrauen und sie womöglich als Bedrohung zu empfinden.

Meine Mitmenschen sind nicht mehr in meiner unmittelbaren Umgebung, sondern wohnen teilweise an anderen Orten. Anderen Menschen geht es meist ebenso.

Ich wohne in einer Genossenschaftssiedlung mit rund 250 Bewohnern. Sie könnten von der Gruppengrösse alle meine Mitmenschen sein, sind sie aber nicht. Manche kenne ich nicht einmal vom Sehen, geschweige dem Namen nach und habe auch keinen blassen Schimmer wer sie sind: Ummenschen. In meinem Wohnquartier Escher-Wyss in der Stadt Zürich wohnen 6'066 Menschen. Ziehe ich 500 (potentielle) Mitmenschen ab sind rund 92% Ummenschen, für den Kreis 5 sind es 97%, die Stadt Zürich 99.9%, den Kanton Zürich 99.97%, die Schweiz 99.994%, bezogen auf die EU 99.9999%, auf den Planeten Erde 99.99999% – was sich zwanglos auf 100% Ummenschen

aufrunden lässt. Mit anderen Worten habe ich auf dem Planeten Erde keine Mitmenschen sondern nur Ummenschen und für alle anderen Menschen zähle ich so betrachtet auch als Ummensch. Ich habe mit niemandem etwas zu tun und niemand hat mit mir etwas zu tun. Das stimmt natürlich nicht, denn alles hat mit allem etwas zu tun, manchmal allerdings nur sehr, sehr wenig. Worauf ich hinaus will: Ich finde es etwas viel von mir verlangt, alle Menschen als Mitmenschen zu betrachten. Das heisst noch lange nicht, dass ich Ummenschen deshalb Schaden zufügen oder sie ausbeuten muss.

Die Natürliche Natur manifestiert sich gemäss **Van Schaik** und **Michel** unter anderem in einem Sinn für Fairness, Empörung über Ungerechtigkeit und Ungleichheit, der Sorge um die eigene Reputation und Gefühlen der Verpflichtung. Das kann in Gesellschaften zwar hilfreich sein, führt aber ganz offensichtlich nicht zu einem friedlichen Zusammenleben, wie ein Blick in die Welt und in die Geschichte überzeugend zeigt (später mehr dazu).

## VI. Wer ist «Wir» und wer gehört zu «Uns»?

Gedanken über Mit- und Ummenschen habe ich mir gemacht, weil ich einmal in der Woche mit dem Zug zur abendlichen Stosszeit von Fribourg nach Zürich fahre. In Fribourg ist alles noch in Ordnung. Ich schaue, wo und zu wem ich sitzen kann. Bern! Viele steigen aus, aber noch sehr viel mehr steigen ein. Zu mir setzt sich ein Mensch mit einem duftenden Döner, einer mit Kopfhörern der umgehend einen Apfel auspackt (ein Standard in Schweizer Zügen) und seine eigenen Essgeräusche nicht mehr hört. Chips sind auch beliebt. Den Dritten dürfen sie sich selber aussuchen. Ich fragte mich: Sind das meine Mitmenschen? Und alle Menschen, die auf dem Hauptbahnhof Zürich nach Hause oder auf einen Anschlusszug hetzen, womöglich in der mir entgegengesetzten Richtung. Mitmenschen? Im Tram Knoblauchatem im Nacken: Mitmensch? Nicht wirklich. So kam ich auf Ummenschen. Wer ist «Wir» und wer gehört zu «Uns» kommt aus einer etwas anderen Ecke.

In den letzten Jahren fiel mir auf, wie oft Autoren in ihren Büchern von «Wir» im Nominativ und «Uns» im Dativ schrieben. Vielleicht ist das nur ein subjektiver Eindruck; mir scheint das hat zugenommen. Als Beispiel kann ich die Bücher von **Yuval N. Harari** anführen. Die drei Bücher seiner «Trilogie» schafften es alle in die Bestsellerlisten: *Eine kurze Geschichte der Menschheit* (Panttheon, 2015), *Homo Deus* (C.H. Beck, 2018), *21 Lektionen für das 21. Jahrhundert* (C.H. Beck, 2018). Meist meint **Harari** damit nicht nur «Wir Menschen», sondern gleich die Menschheit, was nicht ganz dasselbe ist. Sie erinnern sich vielleicht an das geflügelte Wort: Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile. Gesellschaft ist nicht einfach die Summe der Menschen, sie ist etwas anderes. Mehr heisst im Zusammenhang mit Gesellschaft aber nicht notwendigerweise besser. Gesellschaft kann ein unerbittliches System sein, das Menschen gar nicht mehr als Individuen braucht. Die Menschen sind ersetzbar.

Auch der Schweizer Physiker und Philosoph **Eduard Kaeser** (\*1948) schreibt in seiner lesenswerten Essaysammlung *Trojanische Pferde unserer Zeit – Kritische Essays zur Digitalisierung* (Schwalbe, 2018) meist von «Wir» und «Uns»; oft, aber nicht immer. Er macht auch explizit in einem Essay darauf aufmerksam, dass Entscheidungen nicht einfach so für alle Menschen getroffen werden können. Unglücklicherweise habe ich vergessen, in welchem Essay er das ausführt. Ich habe das Buch gelesen und nicht für diesen Artikel oder späteren Gebrauch durchgearbeitet. Es könnte sich so oder so lohnen, das Buch zu lesen: Sie werden den entsprechenden Essay erkennen.

Wer gehört nun also alles konkret zu diesem obskuren «Wir»? Alle Ohnmächtigen und Mächtigen? **Trump**? **Putin**? **Xi Jinping**? **Kim Jong Un**? Ihre Schergen und Armeen? Nutzer, Besitzer, Aktionäre, CEOs von Facebook, Amazon, Google, Apple? Zu meinem «Wir» zähle ich die alle nicht. Sie haben zwar einigen Einfluss auf mein Leben, aber nein! Ich zähle sie nicht dazu. Wenn sie zum «Wir» zählten, müssten

sie ja im Hinblick auf die Zukunft an einem Strick ziehen... HAHAHA! Tun sie ja vielleicht einmal, aber vermutlich nicht uneigennützig.

Kurz: Ich mag es nicht, wenn ich einfach zu einem «Wir» oder «Uns» gezählt werde. Ich mag es überhaupt nicht, ganz besonders wenn mir nicht ganz klar ist, was die «Wir» Gruppe ungefähr ist. Ein «Wir»-Erlebnis in einem gefüllten Stadium? An der Streetparade? Im Militär? Nicht mein Ding. Und so bemühe ich mich selbst «Wir» und «Uns» möglichst nicht zu benutzen.

## VII. Querweltein mit und um Menschen

### A. Recht – aus aktuellem Anlass für den Jubilar zuerst

Recht, kodifiziert oder gar schriftlich festgehalten, ist eine sehr junge Erscheinung gemessen am Alter der menschlichen Evolution. Auf der 24 Stunden Uhr der Gattung Mensch erblickte es um 23:57 Uhr das Licht (oder Dunkel) der Welt, bezogen auf *Homo sapiens* immerhin schon eine halbe Stunde vor Mitternacht und bezogen auf die Sesshaftigkeit just zum Lunch. *There is no such thing as a free lunch.*

In einem denkwürdigen Artikel mit dem Titel *The Worst Mistake in the History of the Human Race* (Discover, Mai 1987: 64-66) stellte **Jared Diamond** in Frage, dass die Entwicklung der Landwirtschaft DER grosse Fortschritt in der Geschichte der Menschheit sei. Das schloss er aus Resultaten von anthropologischen und archäologischen Studien. Sie zeigten unter anderem: Gegen Ende der Eiszeit waren in den Regionen Griechenlands und der Türkei Jäger und Sammler grösser (F: 165 cm. M: 175cm) als Bauern vor 5'000 Jahren (F: 152. M: 160.), gesünder, und die Lebenserwartung bei der Geburt war 26 Jahre im Vergleich zu 19 Jahren für damalige Bauern.

Die neue sesshafte Lebensform ermöglichte trotzdem eine Zunahme der Bevölkerung, die zu stratifizierten Gesellschaften führte. Die Hauptformen des Zusammenlebens von Menschen sind in der Tabelle 2 mit einigen Merk-

malen vereinfacht zusammengestellt. (Die Tabelle sollte dabei nicht einfach als logischer oder gar notwendiger Fortschritt von links nach rechts gelesen werden.) Heute gehört zwar ausser der Antarktis alles Land zu Staaten, aber innerhalb von Staaten können die anderen Formen immer noch in der einen oder anderen Ausprägung vorkommen. Als Beispiel wären isolierte Gruppen und Stämme wie die Yanomami (Venezuela, Brasilien) zu nennen, einige Gruppen auf den Andamanen (Indien) und andere, die *First Nations* (indigene Völker) in Kanada. Die Oberherrschaft reklamiert aber immer ein Staat für sich. **Diamond** hat dem entsprechenden Kapitel zur Entstehung sozialer Schichtung in seinem Buch *Guns, Germs, and Steel* (Norton, 1997) den Titel *From Egalitarianism to Kleptocracy* gegeben – gefällt mir ausgezeichnet. Und ja, Juristen gehören natürlich zur Kleptokratie. Und ja, ich schreibe das mit einer diebischen Freude.

Einen sehr hohen Preis für den «grossen Fortschritt» zur Landwirtschaft und Sesshaftigkeit bezahlten Frauen mit einem substantiellen Statusverlust. Sie wurden in den bäuerlichen Gesellschaften zu Lieferanten von Arbeitskräften und später auch von Soldaten. Gründe dafür waren unter anderem, dass sie Kleinkinder nicht mehr alleine tragen mussten sondern zeitweise an einem festen Platz deponieren konnten, sie nicht jederzeit auf Verlangen stillen konnten, die Kleinkinder so schnell wie möglich entwöhnt wurden. Das verkürzt Geburtenintervalle substantiell. (Stillen alleine verhindert noch keine neue Schwangerschaft, sondern nur wenn entsprechend kurze Intervalle eingehalten werden.) Frauen haben einen besseren Status in Jäger und Sammlergruppen. In solchen Gruppen wird aber die Anzahl der Gruppenmitglieder möglichst konstant gehalten. Überzählige Babies werden gegebenenfalls umgebracht, alters-

	Gruppe (Band)	Stamm/Sippe (Tribe)	Stammes-Fürstentum (Chieftdom)	Staat (State)
Anzahl	26 (13–250)	hunderte	tausende	>50'000
Beziehungsbasis	Verwandtschaft	Clans, Basis Verwandtschaft	Klasse und Residenz	Klasse und Residenz
Entscheidungen, Führung	«egalitär»	«egalitär» oder Big Man	zentralisiert erblich	zentralisiert nicht erblich
Bürokratie	nein	nein	nein oder 1-2 Ebenen	viele Ebenen
Gewalt- und Informationsmonopol	nein	nein	ja	ja
Austausch	reziprok	reziprok	redistributiv (Tribut)	redistributiv (Steuern)
Landkontrolle	Gruppe	Stamm/Sippe	Fürst	unterschiedlich
Gesellschaftsschichten	nein	nein	ja (Verwandtschaft)	ja (nicht Verwandtschaft)
Konfliktlösung	informell	informell	zentralisiert	Gesetze, Richter

Tabelle 2: Formen des Zusammenlebens von Menschen. Nach **Diamond** (*Guns, Germs and Steel – The Fates of Human Societies*, Norton, 1997) und **Marlowe** (*Evolutionary Anthropology* 14: 54–67, 2005).

schwache Mitglieder bei Ortswechseln zurückgelassen, wenn sie der Gruppe nicht mehr folgen können, oder auch erschlagen. Kein Grund für Sentimentalitäten.

Zurück zum Recht. Der emeritierte Rechtsprofessor **Uwe Wesel** (\*1933; Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht) beginnt sein Buch *Geschichte des Rechts* (C.H. Beck, 2014 4. Aufl.) mit einer Beschreibung, wie Ordnung in ursprünglich organisierten segmentären Gesellschaften aufrechterhalten wird. Nicht konformes, sozusagen delinquentes, Verhalten wird gemeinsam solange beackert bis ein Konsens erreicht ist und die beteiligten Personen wieder in der Gemeinschaft miteinander leben können. Klappt das nicht, wird nicht selten zur Selbsthilfe gegriffen. Recht scheint mir beides weitgehend zu verhindern, im Fall der Selbsthilfe glücklicherweise. (Richtig! Ich bin juristischer Laie und habe stark vereinfacht.)

Als ich wieder einmal etwas Schwierigkeiten mit Projekten in Madagaskar hatte, half mir **Christian** mit einer Mitarbeit beim Projekt *kon§ens* aus der Patsche. Es ging um ein Pilotprojekt, bei dem Mediationen zwischen Beschuldigten und Geschädigten bei minder schweren Delikten für eine einvernehmliche Beilegung von Konflikten eingesetzt wurden. **Veio Zanolini**, damals Assistent und Doktorand bei **Christian**, bearbeitete und betreute das Projekt hauptsächlich inhaltlich, ich entwickelte eine einfache Datenbank und machte statistische Auswertungen. Über Mediation wusste ich nicht viel; der Ansatz leuchtete mir ein und ich fand und finde es eine gute Sache. Von den äusserst positiven Resultaten war ich dennoch völlig verblüfft. Aber es ging nicht primär um Resultate, eher um Entlastung der Justiz und Kosten. Wenn ich mich richtig erinnere wurde im Kanton Zürich ein Mediationsartikel eingeführt, auf nationaler Ebene nicht. Jahre später machte ich aus beruflichen Gründen ein CAS (*Certificate of Advanced Studies*) in Mediation an der Universität Fribourg. Immer noch erstaunte mich die Erfolgsquote von Mediationen und die Frage, warum Mediation so erfolg-

reich ist. Da ich zufällig zu jener Zeit das Buch *Schnelles Denken, Langsames Denken* von **Daniel Kahnemann** las (Siedler, 2012), der einzige Psychologe, der den Wirtschaftsnobelpreis (2002) erhalten hat und zum Entscheidungsverhalten, kognitiven Heuristiken und Verzerrungen forschte. Es bot sich an, den Mediationsprozess darauf hin anzuschauen, ob allenfalls solche Heuristiken im Vorgehen automatisch berücksichtigt werden und das Mediationen hilft. Ja, einige werden automatisch berücksichtigt und helfen. Der Zufall wollte es, dass ich gleichzeitig über ein mögliches neues Projekt nachdachte und **Marcel Niggli** fragte, ob es etwas über Recht in ursprünglichen Gesellschaften gebe. «Schau einmal bei **Uwe Wesel**.» Siehe da: Konflikte werden entweder durch Konsens beigelegt oder es kommt zur Selbsthilfe, wie ich schon erwähnt habe. Und da vermute ich den Hauptgrund für den Erfolg von Mediationen. Die Natürliche Natur der Menschen unterstützt sie.

Ich las aus Interesse (fast) das ganze Buch und auch noch andere von **Uwe Wesel**. Als Laie hatte ich schon länger den Eindruck, dass ich mit manchen Juristen nicht wirklich viel besprechen konnte, geschweige denn ihre Texte oder auch Gesetzesbücher verstand. Deshalb hatte ich viel Freude bei **Uwe Wesel**, ein deutscher Rechtsprofessor nota bene, in seiner Juristischen Weltkunde (Suhrkamp, 2016 15. Aufl.) zu lesen:

1. Die Sprache des Juristen ist ungenau,
2. Die Sprache des Juristen ist unverständlich,
3. Die Sprache des Juristen ist ideologisch.

Das lasse ich am besten so stehen und wirken und wende mich einem anderen Thema zu, das eng mit Recht verbunden ist: Demokratie.

Demokratie ist zum Beispiel, wenn gemäss Umfragen die Mehrheit der US-Amerikaner weder **Hillary Clinton** noch **Donald Trump** als Präsidenten wollen, und **Donald Trump** mit weniger Stimmen US-Präsident wird. Und wie sahen es die Prognostiker? Die Frankfurter Allgemeine Zeitung berichtete am 10. November

2016, dass von 96 Prognosen nur 11 **Trump** als Sieger voraussagten. Die Prognostiker lagen damit statistisch hochsignifikant daneben und hätten besser eine Münze geworfen. Nun, sowas kann vorkommen, denn statistische Signifikanz, wie niedrig der geliebte p-Wert auch immer ist, ist nicht mit Sicherheit gleichzusetzen.

Einige teilweise spekulative Gedanken zur gegenwärtigen deutschen Koalitionsregierung aus CDU/CSU und SPD, die weitverbreitet als GroKo, Grosse Koalition, bezeichnet wird – ein Gedankenspiel. Nach langem Hin und Her wurde am 28. März 2018 die neue – die vierte – Regierung von Kanzlerin **Angela Merkel** vorgestellt. In den Bundestagswahlen vom 24. September 2017 hatten die Unionsparteien 33.0 % und die SPD 20.5 %, zusammen also 53.5 % der Stimmen erhalten (GroKo 2013: 67.2 %). Die Stimmbürger wählten Parteien, nicht explizit eine Koalition. Es könnte also sein, dass die Stimmbürger ihre Stimme den jeweiligen Parteien nicht gegeben hätten, weil sie sich, aus welchen Gründen auch immer, keine GroKo wünschten. Die SPD machte unter ihren rund 464'000 Mitgliedern eine Abstimmung über den Koalitionsvertrag. Es gingen 363'000 gültige Stimmen ein, wovon 240'000 den Koalitionsvertrag befürworteten: 66.0 % der gültigen Stimmen, 51.7 % aller SPD Mitglieder. Und jetzt wird es spekulativ. Sollten die gewählten 153 SPD Abgeordneten ein repräsentatives Abbild der SPD Mitglieder sein, hätte die SPD bezogen auf die 66.0 % 101 Abgeordnete, die für die erneute GroKo wären, bezogen auf die 51.7 % 79 Abgeordnete. Halten wir die Zahl der Unionsabgeordneten konstant hätte die GroKo insgesamt 347 (49 %) beziehungsweise 325 (46 %) von 709 Abgeordneten. Ich hege also deutliche Zweifel, dass die GroKo die Mehrheit der (stimmberechtigten) Bevölkerung in der repräsentativen Demokratie Deutschlands vertritt. Spekulation und Zahlenspielerei? Gewiss.

Auch über die direkte Demokratie in der Schweiz kann man sich ab und an einige Gedanken machen, auch wenn sie nicht neu sind. Die Bundesversammlung repräsentiert die Stände

und die (stimmberechtigte) Bevölkerung. Die zwei Ständeräte des Kantons Zürich vertreten je 454'25 Stimmbürger (2015), der Ständerat des Kantons Appenzell Innerrhoden 11'565. Im Ständerat wiegt also die Stimme Zürcher Stimmbürger fast 40 Mal weniger. Nur dass das wieder einmal gesagt ist. Für mich selbst macht es kaum einen Unterschied, da ich bei den meisten Abstimmungen ohnehin zur Minderheit gehöre, nicht nur wegen des Ständemehrs. Spiele ich gerne ein Spiel bei dem ich ständig verliere?

Wenn es um Demokratie geht, gehören vielleicht auch ein paar Worte zur EU dazu, zu ihrem bekannten Demokratiedefizit. Keine Frage, dieses Defizit existiert. Ich möchte dazu einen Hinweis auf eine Radiosendung des SRF geben. Der Titel spricht für sich: EU – Wie Richter die Politik steuern. (Wenn man den Titel bei Google eingibt kommt sofort der Link zur Sendung.) Sehr kurz zusammengefasst: Die Richter haben in den frühen 1960er Jahren die Politiker ausgetrickst – absichtlich oder unabsichtlich. Wer genauer wissen möchte, wie die EU zu dem wurde was sie ist, kann mit Gewinn das Buch *Vom Kontinent zur Union* des Historikers und politischen Philosophen **Luuk van Middelaar** (Suhrkamp, 2016) lesen. Noch mehr beeindruckt mich wieviel meine Stimme bei der Europawahl zählen würde: 0.00000024 % also 0.24 Mikropromille. (Ein durchschnittliches menschliches Haar ist etwa 40–80 Mikrometer dick.) Ummenschen wählen Ummenschen, die über Ummenschen bestimmen. Mit solchen Zahlen ist kein Staat zu machen. Wie tönt: «Jede Stimme zählt!» im Vergleich zu «Jede Stimme zählt 0.00000024 %»??

## B. Evolution

Das Mass aller Dinge in der besten aller möglichen Welten! «Der Wurm ist das Mass aller Dinge!» Zu diesem Resultat seiner Überlegungen kommt ein Bandwurm, der in seinem wohligen warmen Verdauungsbrei vor sich hin sinniert. Aber er war nicht der erste: «Der Saurier ist das Mass aller Dinge!» Zu diesem Resultat kam ein Titanosaurus während er gemächlich Tonnen von Farnen und anderen

Pflanzen verschlang. BUMM! In der Gegend der heutigen Halbinsel Yucatan schlägt ein grosser Meteorit ein: Titanosaurier? Ausgestorben. Die Bandwürmer in den Verdauungstrakten warmblütiger Tiere inklusive Menschen erfreuen sich dafür einer erstaunlich grossen Verbreitung und dürfen sich weiterhin in der besten aller möglichen Welten fühlen; besonders weil ihre Wirtshäuser nicht mehr so weit auseinander liegen: Menschen und Nutztiere. Sehr viele Krankheiten von Menschen haben ihren Ursprung im engen Zusammenleben von Menschen mit ihren Nutztieren. Sie kennen einige Namen, wie zum Beispiel Schweinegrippe oder Vogelgrippe. Die Krankheitserreger sind so innovativ, dass einige von ihnen neue Chancen packen. HIV-Viren und Ebolaviren stammen zwar nicht von Haustieren, nutzen aber die Möglichkeiten, die ihnen grössere Menschenansammlungen und die menschliche Mobilität bieten.

Es gibt immer noch viele Missverständnisse, was die Evolution – hier spreche ich von der biologischen Evolution – angeht. Evolution ist ein Prozess, und zwar ein amoralischer Prozess. Die Evolution kennt kein Gut und Böse, sie ist moralfrei. Moral ist kein Begriff der Evolution, Moral ist eine Erfindung der Menschen. Die Evolution ist so amoralisch, dass es ihr selbst egal ist, ob sie stattfindet oder nicht: Der Prozess findet statt. Und wenn er nicht mehr stattfindet, dann eben nicht mehr. Wen kümmert es? Offenbar die Menschen.

Die Krone der Schöpfung, der Mensch, das Untier. **Christian** hat mich einst auf die Schriften des Philosophen **Arthur Schopenhauer** (1788-1860) hingewiesen, nicht eben für seinen Optimismus oder Positivismus berühmt. Ich fing an zu lesen, legte das Buch aber bald wieder weg. Nicht etwa, weil ich mit seinen Gedankengängen nicht einverstanden gewesen wäre oder sie als unwichtig erachtete, sondern weil er Dinge schrieb, die ich als rassistisch einstufte. Ich konnte damals noch nicht etwas aus der Zeit heraus versuchen zu verstehen. Heute lese ich wieder **Schopenhauer**.

*Das Untier* ist der Titel eines Buches von **Ulrich Horstmann** (\*1949) aus dem Jahre 1983 (Verlag Johannes G. Hoof, 2016 6. Aufl.). Der Untertitel *Konturen einer Philosophie der Menschenflucht* deutet bereits Richtung **Schopenhauer**, der zu **Horstmanns** Vorbildern gehörte. **Horstmann** selbst hat in seinem Buch vorgeschlagen, zur Befreiung der Menschen von Leid, Schmerzen und Qual sollten sie sich am besten selbst auslöschen und es doch mit dem damals unglaublich grossen Atomwaffenarsenal versuchen. Und idealerweise doch gleich alles Leben auslöschen. Für jüngere Leser: Damals lag das Buch extrem quer zum Zeitgeist, der unter vielen, besonders jüngeren Menschen herrschte. 1983 zogen die Grünen zum ersten Mal in den Bundestag ein, Demonstrationen für den Frieden überall, Ökologie und und und. (Am 5. Dezember 1982 war auch ich mit rund 35'000 anderen an der Friedensdemonstration auf dem Bundesplatz in Bern. Das Gedränge war entsetzlich, besonders in der unterirdischen Berner Bahnhofspassage. Satt friedlicher Gefühle hegte ich Aggressionen. Keinerlei «Wir»-Gefühl.)

Aber die Bezeichnung Untier für die Menschen gefällt mir ausgezeichnet. Keine Frage, zoologisch gehört der Mensch zu den Tieren. Er unterscheidet sich so enorm von allen anderen Tieren, dass er eben als Untier betrachtet werden kann. Der negative Klang der Vorsilbe un- scheint bei einem Blick in die Welt auch nicht völlig deplatziert. Die Alleinstellung macht ihn jedoch nicht zum Mass aller Dinge oder der Krone der Schöpfung. **Horstmann** wundert sich denn auch darüber, wie **Leibniz** (1646-1716), geboren zwei Jahre vor dem Westfälischen Frieden, der den Dreissigjährigen Krieg beendete, von der besten aller möglichen Welten sprechen konnte. Europa war weitherum verwüstet, Kriegsversehrte müsste **Leibniz** noch gesehen haben. Es lag an der Logik: Wenn Gott allmächtig ist, kann es nur die beste aller möglichen Welten sein. **Voltaire** (1694-1778) hat sich später mit seinem *Candide*, 1759 unter Pseudonym veröffentlicht, genüsslich über die beste aller möglichen Welten lustig gemacht.

Was das alles mit Evolution zu tun hat? Evolution hat kein Ziel, schon gar kein Ziel, das in der Zukunft liegt. Um es mit **Voltaire's** Worten auszudrücken: «Menschen haben keine Nase, damit irgendwann eine Brille draufpasst.» Evolution schafft keine Perfektion: so gut wie nötig reicht. Ein biologisches Gleichgewicht gibt es höchstens für kurze Zeit und oberflächlich betrachtet. Evolution braucht auch keinen Gott. Allerdings gebe ich zu, dass (noch) nicht völlig klar ist, wie das Leben entstanden ist und es ist auch nicht klar, wie so etwas wie Geist entstanden ist. Blumen gefallen mir, viele Tiere auch, aber sie sind keinesfalls evolviert, um den Menschen zu gefallen. Eine Binsenwahrheit? Sollte es sein, es täte der Schönheit von Blumen meiner Meinung nach keinen Abbruch.

### C. Die drei Naturen des Menschen

Sie erinnern sich vielleicht an die Zusammenstellung in Tabelle 1. Die drei Naturen sind durch Linien abgegrenzt. Keine roten Linien, sie könnten aber rot sein, denn wie im echten Leben gibt es bei Bedarf eine gewisse Durchlässigkeit.

Einen geringen oder eher langsamen Fluss gibt es zwischen der Natürlichen und der Kulturellen Natur. Aber es gibt ihn und es gibt auch Belege dafür: In segmentären Gesellschaften deren Wirtschaftsform zu einem wichtigen Teil auf Milchwirtschaft basiert, können auch Erwachsene Milch verdauen, sonst kann das bei Säugetieren nur der Nachwuchs bis zu einem gewissen Alter. Genetiker haben gezeigt, dass sich diese Fähigkeit in Europa durch Selektion durchgesetzt hat: Menschen mit dieser Fähigkeit hatten mehr Nachkommen. Kultur wurde ins Genom geschrieben.

Die Kulturelle Natur kann sich schneller ändern, ist aber nach gegenwärtigen Massstäben immer noch langsam. Multikultigesellschaften mit ihren Integrationsproblemen zeigen das. Wurde die Vernunftnatur und ihre Bedeutung und Einfluss auf die kulturelle Natur überschätzt?

Grundsätzlich könnten einige Merkmale der Natürlichen Natur auch hilfreich für das Zusammenleben in grösseren Gesellschaften sein, aber eben auch eine Gefahr für die Eliten. Die Natürliche Natur hat sich in kleinen Gemeinschaften entwickelt und nicht im Hinblick darauf, in grossen Gesellschaften zu leben.

Ist Fairness ein Begriff des Rechts? Ich weiss es nicht. Ist Empörung über Ungerechtigkeit und Ungleichheit in stratifizierten Gesellschaften den Mächtigen willkommen? Es kann zu Aufständen, Revolutionen, Rebellionen kommen. Wozu die Furcht vor Fremden führen kann, ist allgemein bekannt: Nationalismus und in der Folge auch Krieg. Gefühle der Verpflichtung können über kleine Gemeinschaften hinaus gefördert werden. Und sie wurden und werden es auch, zum Beispiel nochmals Nationalismus. «Wir» und die Anderen, die Fremden. Wer schlägt zuerst zu?

Nein, ich sehe die Welt und die Menschen in grossen Gesellschaften nicht so simpel, wie ich sie hier mit Hilfe der drei Naturen schildere – wirklich nicht. Trotzdem ist es hilfreich, sich einige Spannungsverhältnisse vor Augen zu führen. Die drei Naturen könnten als Schichtmodell angesehen werden, dann würde ich heute die Natürliche Natur als schweren dichten Kern ansehen, die Kulturelle Natur als leidlich dicke weitere Schicht, die Vernunftnatur als Vergoldung, allerdings nur aus Blattgold. So bin ich aber nicht aufgewachsen und ausgebildet worden. Kultur und Vernunft bildeten den schweren Kern und Natur war mehr oder weniger die mechanisch-physiologische Maschinerie, die dafür benötigt wurde. Die Aufklärung, auch als Zeitalter der Vernunft bekannt, hat dazu ganz wesentlich beigetragen. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass die kulturellen Errungenschaften der Aufklärung, die Grundlagen dafür geschaffen haben, genau diese Vernunft heutzutage immer mehr zu entzaubern. Neurowissenschaftler und Psychologen zeigen immer klarer, wie klein der Einfluss der Vernunft im menschlichen Leben tatsächlich ist.



Kultur und (vermeintliche) Vernunft erlauben es heute direkt in die Natur des Menschen einzugreifen und sie zum Besseren zu korrigieren, wie manche glauben. Dies geschieht in einem horrenden Tempo. Mir scheint in einem Tempo, dass Kultur und Vernunft selbst nicht mehr mitkommen.

### VIII. Präzisierungen statt Missverständnissen – und Sie haben es geschafft

Nein, ich bin kein Pessimist. Nein, ich bin kein Misanthrop – jedenfalls nicht a priori. Ich mag Menschen, aber deshalb muss ich nicht die Menschheit mögen. Nein, ich bin kein Antidemokrat. Ja, ich denke ich war optimistischer als **Christian** als wir die Matura machten und dass es heute umgekehrt ist. Nein, ich mache mir keine grossen Sorgen, ob der Planet Erde und das Leben zerstört werden. Gegenwärtig schaffen das noch nicht einmal die Menschen. Die Frage ist: Sind die Menschen noch lange dabei oder nicht? Nein, ich mache mir keine grossen Sorgen, ob die Menschen aussterben werden, jedenfalls die heutige Form des *Homo sapiens*. Mit meinem beruflichen Hintergrund ist das eine ausgemachte Sache. Ja, ich fürchte mich davor, wie das abläuft. Ja, ich denke *Homo sapiens* ist schon am Aussterben und arbeitet wacker daran. Ja, ich denke *Homo sapiens* ist die erste Lebensform, die ihre eigene Evolution aktiv selbst zu steuern versucht und **Yuval Hararis** *Homo Deus* spielt – wenigstens einige

von ihnen. Und ja, manche glauben in ihrer Hybris es auch tatsächlich zu können. Ja, ich vertraue grundsätzlich Menschen lieber, als Maschinen und Technik. In einem Flugzeug ohne Piloten oder einem Zug ohne Lokomotivführer wäre mir unwohl. Nein, ich möchte nicht, dass ein Auto einen «ethischen» Entscheid fällt und statt eines Ummenschen meine geliebte Hauskatze überfährt. Der Ummensch hätte ein Pol Pot sein können. Und wer soll sich bei mir für meine überfahrene Hauskatze entschuldigen? Ja, ich höre jetzt endlich auf.

(Nicht wahr, kaum zu glauben, dass ich auf einem Griechenland-Urlaub mit **Christian** den Übernamen «Quiet Man» bekam! **Christian** mochte das und erwähnt es bei Gelegenheit auch.)

### IX. Laudatio

Lieber **Christian**, die Laudatio wird kurz, ist deshalb aber nicht weniger herzlich gemeint. Du bist mein Mitmensch und ein bedeutender. Und das bleibst Du. Wenn Dir in diesem Beitrag etwas gefallen hat, freut es mich, und wenn Dir anderes missfallen hat, dann ist das eben so. Ich habe den Beitrag zwar nicht ganz so gedankenlos geschrieben, wie ich einst Deine makellosen Radiergummis aufgespiesst habe. Schlimmer als das sollte es nicht sein. Alles Gute zum Jubiläum und meine allerbesten Wünsche für die Zukunft!



# Von Augen und Zähnen

Anna Coninx

Erzählen Sie Ihren Studentinnen und Studenten auch immer wieder Geschichten, die Sie besonders faszinieren? Eine meiner strafrechtlichen Lieblingsgeschichten ist eine Parabel von den Augen und den Zähnen. Sie ist kurz und schön und sehr erhellend. Ich will sie deshalb anlässlich **Christians** Geburtstag erzählen und ich hoffe, dass auch unser Jubilar Gefallen an ihr finden wird. Ich muss aber zugleich eine Warnung aussprechen: Die Geschichte dürfte einige Leserinnen und Leser irritieren, weil womöglich ihre persönliche strafrechtliche Werteordnung durcheinandergebracht wird. Gleichsam wäre damit aber ein Ideal erreicht, das wir in der Wissenschaft anstreben sollten: Wir sollten uns von Geschichten und Ideen immer wieder irritieren lassen, um aus der Distanz über unsere eigenen Intuitionen und Vorstellungen kritisch nachzudenken.

## I. Zunehmende Punitivität als Ausdruck von Vergeltung?

Die Geschichte über Augen und Zähne ist deshalb wichtig, weil sie eine Antwort gibt auf eine Klage, die von Seiten unserer Wissenschaft in den letzten Jahren wiederholt vorgebracht wurde. Es ist die Klage, dass unsere Gesellschaft zunehmend punitiver oder straffreudiger geworden sei, und unsere Kriminalpolitik von einem «unerbittlichen Drang nach vergeltenden Sanktionen» geprägt sei. Das «intensive Streben nach Tatvergeltung» sei «offenkundig wieder salonfähig geworden» mit der Folge, dass wieder vermehrt Freiheitsstrafen ausgesprochen würden. Davon betroffen seien in erster Linie Ausländer, bei

denen die kurzen Freiheitsstrafen sehr stark zugenommen hätten (vgl. z.B. **Albrecht**, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 2013, 385 ff., 389, vgl. auch **Pieth**, Die Wiederentdeckung des Punitivismus, ZStrR 2014, 264 ff., 268 bezugnehmend auf «just desert»).

Nun ist es sicherlich zutreffend, dass in den letzten Jahren die Sanktionierung gegenüber bestimmten Straftätern verschärft wurde. Härter bestraft werden vor allem ausländische Straftäter ohne festen Wohnsitz in der Schweiz: Ihnen werden typischerweise – im Gegensatz zu den Schweizern – keine (bedingten) Geldstrafen auferlegt, sondern unbedingte Freiheitsstrafen (vgl. **Bernard**, Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2017, 117 ff., 138 f.). Äussert eingriffintensiv sind sodann die wiedereingeführte Landesverweisung, die ebenfalls nur ausländische Straftäter trifft, oder die Verwahrung und die stationäre Massnahme, die psychisch gestörten bzw. gefährlichen Straftäter auferlegt wird. Mit Vergeltung hat diese Entwicklung aber nichts zu tun, im Gegenteil: Diese Sanktionsformen widersprechen vielmehr eindeutig einem retributiv begründeten Strafrecht. Sie sind Ausdruck eines konsequent spezialpräventiven Weges, den **Carl Stooss** mit seinem ersten eidgenössischen Strafgesetzbuch beschritten hat und der seither kontinuierlich ausgebaut wurde.

Dass ein überbordendes Sanktionenrecht oftmals mit «Vergeltung» assoziiert wird, liegt mitunter daran, dass sich ein gänzlich ins Gegenteil verdrehter Begriff der «Vergeltung» in Aufsätzen und Lehrbücher breitgemacht hat.

Das Talionsprinzip wird häufig wortwörtlich verstanden und es wird angenommen, dieses sei das Emblem einer primitiven Gesellschaft, die lieber blinde und zahnlose Menschen habe, anstatt vernünftig zu strafen. Vergeltung als Strafzweck wird nicht selten als «irrational» bezeichnet (z.B. Brunner, Strafverfolgung und Strafjustiz – quo vadis?, fp 2011, 351ff., 352). Entsprechend wird etwa argumentiert, man solle die Errungenschaften der französischen Revolution nicht leichtfertig über Bord werfen und zu archaischen Grundsätzen des Mittelalters wie «Auge um Auge, Zahn um Zahn» zurückkehren (vgl. Brägger, Einige kritische Gedanken zum heutigen Freiheitsentzug in der Schweiz, SZK 1/2011, 23ff., 24f.). Mit dem Rechtshistoriker Ian Miller, der ein sehr schönes Buch über das Talionsprinzip geschrieben hat, müssen diese Interpretationen deutlich zurückgewiesen werden (An Eye for an Eye, Cambridge 2006).

## II. Von Augen und Zähnen: Die Symbolik des Talionsprinzips

Das Talionsprinzip «Auge um Auge, Zahn um Zahn» ist nämlich Ausdruck der Bemühungen, in unterschiedlichen Kulturen ein gerechtes und vernünftiges Mass an Strafe zu finden und hat mit einer primitiven oder zügellosen Bestrafung nichts zu tun. Diese Suche nach Gerechtigkeit darf man sich nicht abstrakt vorstellen, sondern als konkretes Geschehen, bei dem es vor allem um die Frage geht, wie Schulden quantifiziert und beglichen werden sollen. Die Grundidee der Vergeltung – als gerechten Ausgleich von Leistung und Gegenleistung – ist mitunter auf den Marktplätzen entstanden. Kein Zufall, dass Justitia Waagschalen hält, ein Utensil, das zu den Marktgängern gehört (Miller, a.a.O., 5).

Bereits sprachlich zeigt sich eine verblüffende Nähe der Begriffe «Gerechtigkeit», «Frieden» und «Bezahlen». So lässt sich das englische Wort «peace» via den lateinischen Begriff «pax» und «pacare» auf dieselbe Wurzel zurückführen wie «paying». Im Deutschen hat der

Begriff «befriedigen» seine Wurzel im Begriff «Frieden» und wird mit dem Zufriedenstellen eines Gegenübers, typischerweise eines Schuldners, in Verbindung gebracht. Eine Schuld wird überdies «beglichen», auch das eine klare Bezugnahme auf den gerechten Ausgleich. Die gemeinsame Wurzel von «payment» und «peace» bzw. «befriedigen» und «Friede» ist nicht nur bei den indogermanischen Sprachen, sondern auch bei den semitischen Sprachen, etwa im Hebräischen, zu finden. Der hebräische Begriff für Friede «shalom» hat seine Wurzel in «shin-lamed-mem» – das im Kern «zurückzahlen» im Sinne von «ausgleichen» bzw. «ganz machen» («to make whole») bedeutet (Miller, a.a.O., 16, 197).

Wenn wir etwas vertiefter über das Talionsprinzip nachdenken, sollten wir uns vergegenwärtigen, dass die Formulierung «Auge um Auge, Zahn um Zahn» nicht wörtlich zu verstehen ist. Vielmehr ist «Auge um Auge, Zahn um Zahn» eine Metapher für eine perfekte Balance, für eine perfekte Gleichwertigkeit (vgl. Miller, a.a.O., 6). Dafür wählt das Talionsprinzip mit den identischen Bezugsobjekten das stärkste Bild, das signalisiert: «der Preis ist fair» (vgl. Miller, a.a.O., 31). Die Identität darf aber nicht buchstäblich verstanden werden. Das Auge auf der einen Waagschale ist eben so wenig ein Auge wie das Auge auf der anderen Waagschale. Dasselbe gilt für die Zähne. Die Auge-Zähne-Metapher ist vielmehr die Aufforderung, sowohl die Verletzung bzw. den Schaden als auch die Rechtsfolge – den Schadenersatz oder die Bestrafung – möglichst genau zu ermitteln, um einen Rechtsstreit gerecht und nachhaltig zu lösen.

Was aber steckt hinter der Symbolik von Augen und Zähnen? Auffallend ist zunächst, dass in Exodus, dem zweiten Buch Mose, die Liste weitaus länger ist, dort steht: «Leben für Leben, Auge für Auge, Zahn für Zahn, Hand für Hand, Fuss für Fuss, Brandmal für Brandmal, Wunde für Wunde, Strieme für Strieme». In den folgenden Aufzählungen, im dritten und fünften Buch Mose, ändert sich die Liste. Im

dritten Buch Mose (Leviticus) wird «Auge um Auge, Zahn um Zahn» nur noch mit «Bruch um Bruch» ergänzt. Im fünften Buch Mose ist von Leben, Augen, Zähnen und Händen die Rede, wogegen Brandmal, Wunden und Striemen verschwunden sind. Die einzigen Masseneinheiten, die in allen drei Büchern vorkommen, sind Zähne und Augen. Miller hat für die Reduktion der Symbolik eine überzeugende Antwort: Beide, Augen und Zähne, sind klar umrissen und als solche einfach herauszulösen ohne andere Körperteile zu verletzen. Ein Auge kann präzise ein Auge sein, ein Zahn präzise ein Zahn. Deren äussere Grenzen sind klar umrissen und sie sind bei allen Menschen in etwa gleich. Demgegenüber sind Ohren, Hände, Füsse, Zungen und Nasen sehr unterschiedlich und sie sind aus demselben Fleisch wie benachbarte Körperteile, die eng mit ihnen verbunden sind (vgl. Miller, a.a.O., 29). Ein Pfund Fleisch – etwa aus der Schulter – kann man nicht lösen ohne zugehöriges Gewebe zu verletzen und dabei viel Blut zu verlieren. Das wusste auch Shakespeares' Portia, die im «Kaufmann von Venedig» den verschuldeten Antonio trickreich verteidigt: «Tarry a little, there is something else. This bond doth give thee here no jot of blood. The words expressly are 'a pound of flesh'.» (The Merchant of Venice, Act 4, scene 1, 304-307). Die Auge-Zähne-Metapher ist ein eindrückliches Bild dafür, das richtige Mass gefunden zu haben. Augen und Zähne könnten in die Waagschalen von Justitia geworfen werden und wir hätten eine perfekte Balance, die gegen die Willkür – sei es der Staat oder der mächtige Gläubiger – schützt. In den Worten von Miller:

*«the eye/tooth statement perfectly captures the rule of equivalence, balance, and precision in a stunning way. It holds before us the possibility of getting the measure of value right. Eyes and teeth, like discrete grains of wheat and barley or peppercorns, one abstracted from their bodies, look fungible and suitable to being plopped in the pans of scales. Perfect balance of fungibles, almost like coinage – in fact very much like coinage.» (Miller, a.a.O., 30).*

Tiefschürfende Überlegungen zu gerechter Vergeltung finden sich in Gesetzbüchern von König Hammurabi im babylonischen Zeitalter, im Alten Testament oder im Talech, genauso wie im Gesetzbuch von König Alfreds England oder in isländischen Sagen. Die friedensstiftende Idee der Vergeltung war aber immer auch ein Konzept, das stark umkämpft war, nicht zuletzt, weil es die Mächtigen – sei es der Staat oder die Gläubiger – in Schranken verweist: Sie dürfen nicht einfach alles verlangen, wie es ihnen beliebt, sie dürfen nicht einfach so hart und erbarmungslos bestrafen, wie sie es gerne hätten, um eigene Zwecke zu verfolgen. Es erstaunt also nicht, dass immer wieder mehr oder weniger erfolgreiche Versuche unternommen wurden, dieses Prinzip zu unterlaufen und zu verdrängen, um die Macht der Mächtigen zu vergrössern, Strafen nach eigenem Gutdünken und zum eigenen Vorteil (man denke an das Werk von Shakespeare «Measure for Measure») aussprechen zu können und die «Rechtsunterworfenen» noch mehr zu unterwerfen. Die technokratisch, vermeintlich rational und modern anmutenden präventiven Strafkonzepete haben sich als besonders geeignet erwiesen – mit den bekannten Konsequenzen für das heutige Sanktionssystem.

### III. Diffamierung der Vergeltung und Siegeszug der Spezialprävention

In der akademischen Debatte wurde der Vergeltungsgedanke als Straftheorie vor allem im Zuge der Weichenstellung unseres heutigen Strafrechts Ende des 19. und anfangs des 20. Jahrhunderts nachhaltig diffamiert. Einer der schärfsten Kritiker der Vergeltungsstrafe, der deutsche Oberstaatsanwalt und spätere Reichsgerichtsrat Otto Mittelstädt etwa schrieb, «sich einzubilden oder fingi[er]en, dass ein oder zwei Monate Gefängnishaft für Jedermann das gleich malum passionis darstellen, ist eine der schlimmsten Wahnvorstellungen welche diesem aufgeklärten 19. Jahrhundert ihr Unwesen auf strafrechtlichem Boden getrieben hat.» (Gerichtssaal, 1892, 237, 246 f.). Emil Zürcher, Strafrechtsprofessor und enger Weggefährte von Carl Stooss spottete, dass die Vergeltungs-

theoretiker die Straftat an sich beurteilen würden wie die alte Medizin, die für jede Krankheit einen Kräuterkasten habe (Die neuen Horizonte im Strafrecht, ZStrR 1892, 1 ff., 14). Sodann versuchte er den Leuten, in auch heute nicht untypischer Manier, Angst einzujagen, indem er auf eine «Sicherheitslücke» aufmerksam machte, die eine vergeltungstheoretisch begründete Strafe hinterlassen würde: Es sei «eine Sünde an der Menschheit (...) wenn ein Mensch, der in viehischem Trieb einem anderen halb todtgeschlagen, nach wenigen Jahren ungebessert und unverändert wieder auf die Menschheit losgelassen wird, damit er einen Anderen ganz todt schlagen könne (...) und dies alles im Namen der Gerechtigkeit, die nur die That abwägt.» (Zürcher, ZStrR 1892, 13). Zürcher nahm dabei Bezug auf **Franz von Liszt**, der den Grund für die Kriminalität des Gewohnheitsverbrechertums in der Strafrechtswissenschaft selbst sah, welche die Begrifflichkeit und Methode philosophisch herleitet und sich mit dogmatischen Fragen der Zurechnung beschäftigen würde, anstatt sich um den Schutz der Gesellschaft vor unverbesserlichen Straftätern zu kümmern (Der Zweckgedanke im Strafrecht, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, Berlin 1905, 126, 166). **Emil Kraepelin**, der wohl einflussreichste deutsche Psychiater jener Zeit, 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 erzwungene Unterbrechung seiner Verbrecherlaufbahn.» (Die Abschaffung des Strafmasses, Stuttgart 1880, 21). Er beschimpfte die Vergeltungstheorie als «starre Gerechtigkeit der barbarischen Rachetheorie», die Ende des 19. Jahrhunderts ganz zu überwinden sei, damit endlich der Weg frei werde, das Strafmass abzuschaffen (Kraepelin, a.a.O., 22). Der Mensch sei ohnehin aufgrund seiner empirischen und «animalischen» Natur vorbestimmt; die Willensfreiheit als die Fähigkeit selbstbestimmt zu handeln, sei nichts anderes

als «Selbsttäuschung des naiven Bewusstseins» (Kraepelin, a.a.O., 9). Entsprechend sollte die Tat auch nicht als solche, sondern als «Wahrzeichen, Symptom, einer moralischen Verdorbenheit, der Gefährlichkeit des Verbrechers» angesehen werden und danach sollten sich auch «die Vertheidigungsmassregeln der Gesellschaft richten» (Zürcher, a.a.O., 14). Auch **Carl Stooss** forderte eine verstärkt spezialpräventive Ausrichtung der Strafe zwecks effektiver Verbrechensbekämpfung: «Jugendliche und fortgesetzt Rückfällige», die er als «Rekruten und Veteranen des Verbrechens» (Der Kampf gegen das Verbrechen, Bern 1894, 20) bezeichnete, sollen erzogen bzw. unschädlich gemacht werden (Stooss, a.a.O., 23); die «Liederlichen und Arbeitsscheuen» («Landstreicher, Bettler, Dirnen») sollen in eine Arbeitsanstalt verwiesen werden und die «Trunksüchtigen» in Trinkheilanstalten; schliesslich soll dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, bei den «normalen Verbrechern» bedingte Strafen auszusprechen (Stooss, Der Geist der modernen Strafgesetzgebung, ZStrR 1896, 269 ff., 280 ff.). Der Vergeltungsgedanke war bei dieser auf Effizienz ausgerichteten Verbrechensbekämpfung nur ein störendes Hindernis.

Man könnte nun einwenden, dass unter dem Titel der «Vereinigungstheorie» dem Vergeltungsgedanken noch immer Rechnung getragen werde, insofern ihm zwar keine strafbegründende, aber immerhin eine strafbegrenzende Funktion zukomme. Das ist aber nur mehr vordergründig so. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich vielmehr für ein dezidiert spezialpräventives Strafrecht entschieden – vom Vergeltungsgedanken und dem eng damit verknüpften Schuldgrundsatz gibt es kaum noch Spuren. Das gilt sogar für die Bereiche, in denen zum Vorteil des «normalen» Straftäters, dessen Straftat in der Worten von **Carl Stooss** als einmalige «Verirrung eines nicht verbrecherisch angelegten Menschen erscheint», die Strafen tatsächlich begrenzt werden – bei der bedingten Strafe. Diese hat mit Vergeltung, der Logik einer Wertgleichheit von Verbrechen und dem Gedanken des Schuldausgleichs nichts zu tun.

Vielmehr soll mittels bedingter Strafe erreicht werden, dass sich der Straftäter künftig rechtskonform verhält. Formal mag man einwenden, dass die bedingte Strafe nur die Vollzugsform sei, die Strafe aber nach Grundsätzen des Verschuldens bestimmt werde. Tatsache ist aber eben, dass letztlich die Art des Vollzugs das Übel der Strafe bestimmt, und das Übel ist nun mal das charakteristische Merkmal der Strafe. Wenn immer möglich sollen also straffällige Bürger vor der tatsächlichen Strafe bewahrt werden. Für die Sicherheit der Bevölkerung vor gefährlichen Tätern oder unerwünschten Bevölkerungsgruppen wie nichtkonforme Ausländer sind ohnehin die Massnahmen vorgesehen. Entsprechend hat sich auf der Massnahmenschiene das spezialpräventive Gedankengut praktisch unbegrenzt ausgebreitet. Dafür reicht es, sich zu erinnern, dass eine ewig verlängerbare stationäre Massnahme (Art. 59 StGB) auch bei relativ geringfügigen Delikten auferlegt werden kann und regelmässig wird (vgl. [Weber et al.](#), Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeneinrichtungen. Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), 2015, 38), oder dass es bei Landesverweisen von mehreren Jahren irrelevant ist, wie hoch die Strafe (für das Anlassdelikt) war (vgl. BGer vom 14.02.2018, 6B\_506/2017, E.1).

#### IV. Unklare Prämissen und Wahrsagerei

Von Kritikern einer retributiv begründeten Strafe wird zuweilen vorgebracht, die Aufforderung, den Straftäter tatproportional zu bestrafen, bringe einen kaum weiter. Es werde mit unklaren Begriffen wie «Verdienst» oder «Gerechtigkeit» operiert, ohne verständlich zu machen, was diese bedeuten (zum Beispiel [Albrecht](#), *Securitized Societies. The Rule of Law: History of a Free Fall*, Berlin 2011, 25). Zutreffend ist zweifellos, dass eine vergeltende Straftheorie per se nicht bestimmt, was eine gerechte Bestrafung ist. Um die Auge-Zähne-Metapher nochmals aufzugreifen: Wir wissen eben nicht, wofür die Augen und die Zähne stehen.

Die retributive Straftheorie sagt nichts zur Strafart und äussert sich auch nicht abschliessend zum gerechten Mass für einzelne Delikte. Das ist aber kein Argument gegen die Theorie, sondern bedeutet nur, dass die Theorie konkretisiert werden muss und eine Verständigung darüber stattfinden muss, welche Art der Bestrafung wir wollen und wie die Abstufungen bei den unterschiedlichen Delikten aussehen soll. Dafür gibt es mittlerweile eine Reihe von Vorschlägen: Zum Beispiel solche, die retributive Strafeinstellungen in den moralischen Intuitionen der Menschen ergründen ([Robinson](#), *Northwestern University Law Review*, 111/2017 (6), 1565 ff.; [Andrissek](#), *Vergeltung als Strafzweck*, Tübingen 2017) oder solche, die einen mehr theoretischen Ansatz verfolgen (z.B. [Ashworth](#), *Sentencing and criminal justice*, 6. Aufl., Cambridge 2015, 75 ff.). Eine vergeltungstheoretisch begründete Strafe muss im Übrigen auch nicht zwingend als Geld- oder Freiheitsstrafe konzipiert sein, sondern kann auch Formen des Täter-Opfer-Ausgleichs umfassen oder als Strafart bspw. gemeinnützige Arbeit vorsehen (vgl. [Walter](#), *Strafe und Vergeltung, Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Baden-Baden 2016, 19 f.).

Im Übrigen sollten wir uns vergegenwärtigen, dass die in der Schweiz vorherrschende spezialpräventive Strafbegründung hinsichtlich der Strafzumessung mit noch viel unklarerer Begriffen und mit höchst unsicherer Prämissen operiert. Das ergibt sich allein schon aus der Tatsache, dass ihre korrekte Anwendung ein Wissen über zukünftiges Verhalten von Menschen voraussetzt, das sich dem Menschen naturgemäss entzieht. So ist Voraussetzung für die bedingte Strafe nach wie vor, dass eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Mangels Praktikabilität einer solchen Prognosestellung hat man sich darauf geeinigt, eine günstige Prognose zu vermuten bzw. nur bei offensichtlich ungünstiger Prognose keine bedingte Strafe auszusprechen. Wenn zuweilen trotzdem Prognosen angestellt werden (vgl. etwa BGE 144

IV 277) und das Bundesgericht mutmasst, wie sich die Tatsache, dass die Strafe teilweise vollzogen wird, auf das Legalverhalten der Beschuldigten auswirkt, dann hat das – jenseits dessen, ob nun das Resultat begrüsst wird oder nicht – eben mehr mit Wahrsagerei als mit rational begründeten Aussagen zu tun. Auch im Massnahmenrecht sind wir mit einer Reihe von sehr unsicheren Prämissen konfrontiert. So finden sich in der forensisch-psychiatrischen Literatur zunehmend auch kritische Stimmen, die die Grenzen ihrer Möglichkeiten aufzeigen und festhalten, dass in sehr vielen Fällen nicht einmal rückblickend ein zwingender Zusammenhang zwischen psychischer Erkrankung und Anlasstat festgestellt werden könne (vgl. **Eher et al.**, Der Gefährlichkeitsbegriff als Voraussetzung für die Verhängung vorbeugender freiheitsentziehender Massnahmen – eine kritische Betrachtung und Vorschläge de lege ferenda, *Recht&Psychiatrie* 2016, 96 ff.; vgl. auch **Habermeyer et al.**, Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen Psychiatrie, *fp* 2019, 290 ff., 292). Geschweige denn kann man eine zukünftige Kausalität zwischen psychischer Erkrankung und schwerwiegender Folgetat zuverlässig bestimmen. Die positive Feststellung dieses Zusammenhangs ist aber zentrales Kriterium für die Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB.

Die Zukunft voraussagen zu können, war schon immer ein grosser Traum der Menschheit: Die römischen Auguren, die keltischen Druiden und in der heutigen Zeit namhafte forensisch tätige Psychiater und Psychologen, die sich als «zukunftsweisend» verstehen, sind entsprechend mächtig. Es ist leicht zu verstehen, warum wir uns immer noch schwertun, anzuerkennen, dass eine für praktische Zwecke hinreichend präzise Voraussage von menschlichem Verhalten für immer ein Traum bleiben wird. Heute wollen wir aber vor allem deshalb daran glauben, weil es utilitaristisch kalkuliert effizient erscheint (vgl. exemplarisch die Entscheidung der grossen Kammer des EGMR vom 04.12.2018 in der Sache *Ilseher gegen Deutschland*, Beschwerde-Nr. 10211/12, 27505/14). Wir

lassen uns nur zu gerne blenden, da wir insgeheim immer davon ausgehen, dass wir damit unsere Sicherheit zu Lasten der Freiheiten von gänzlich anderen Menschen maximieren können. Das spezialpräventive Sanktionenrecht ist politisch mitunter so erfolgreich, weil es selektive Milde für die grosse Masse erlaubt (insbesondere durch die bedingte Strafe) während es sehr eingriffsintensive Sanktionen für eine Minderheit von Straftätern vorsieht (vgl. bereits **Coninx**, Das Strafparadigma der Gegenwart: Was bedeutet das alles, und wohin führt es?, *recht* 2019, 25 ff.).

## V. Schluss

Am Schluss möchte ich nochmals auf die Geschichte mit den Augen und Zähnen zurückkommen. Die Metapher ist auch deshalb so eingängig, weil sie auf besondere Art und Weise existenziell ist: Die Augen sind die schönsten und auch die verletzlichsten Sinnesorgane unseres Körpers, in den Worten des grossen Denkers **Philon von Alexandria** «the best and lordliest of senses» (**Miller**, a.a.O., 29). Die Zähne wiederum kontrastieren die Verletzlichkeit der Augen, einst animalische Waffen, stehen sie heute für einen gesunden, wohlgenährten Körper. Existenziell ist auch das menschliche Bedürfnis nach gerechtem Ausgleich, sei es bei der Bestrafung oder bei einer vertraglichen Leistung. Die Vergeltung, die die Strafe für jeden gleich nach dem Unwert der begangenen Tat bemisst, ist sicher gerechter als ein selektives Präventionssystem. Das ist vor allem für junge Menschen moralisch selbstevident. Sie ist aber letztlich für uns, die sich höchstens mal eine «Verirrung eines nicht verbrecherisch angelegten Menschen» erlauben, weniger attraktiv – wenn man es utilitaristisch, d.h. im Wesentlichen egoistisch, berechnet. Und es braucht dann nicht mehr sehr viel politische Indoktrinierung, damit die Mehrheit sich dem Präventionsdogma unterwirft und dabei zum eigenen Vorteil bewusst in Kauf nimmt, dass eine Minderheit von Straffälligen mit gänzlich übermässigen Sanktionen getroffen wird. Sanktionsverschärfungen der letzten Jahre wie die lebenslängliche Verwahrung, die Landes-

verweisung, die restriktive Entlassung bei den stationären Massnahmen, Vorverlagerungen der Strafbarkeit oder die kurzen unbedingten Freiheitsstrafen für Ausländer ohne festen Wohnsitz in der Schweiz, sind präventiv be-

gründet und haben mit Vergeltung nichts zu tun. Im Gegenteil: Eine Diskussion über gerechte vergeltende Strafen würde helfen, ein überbordendes Sanktionenrecht zumindest ein wenig in seine Schranken zu weisen.







# Mindeststrafen und Strafzwecke

Felix Bommer

Das Strafgesetz sieht zuweilen untere Strafrahmen vor, die über dem gesetzlichen Minimum dessen liegen, nach dem die konkrete Straftat verlangt, also mehr als drei Tage Freiheitsstrafe oder drei Tagessätze Geldstrafe (Art. 34 und 40 StGB, je Abs. 1). Solche erhöhten (nicht: die gesetzlichen) Strafminima werden üblicherweise «Mindeststrafen» geheissen. Sie kommen im Gesetz bei rund 20% aller Tatbestände vor. Als Beispiele seien erwähnt die Mindeststrafen von einem Jahr bei Totschlag (Art. 113 StGB), qualifiziertem Betäubungsmittelhandel (Art. 19 Abs. 2 BetmG) oder Raserei (Art. 90 Ziff. 3 SVG), von zwei Jahren beim bandenmässigen Raub (Art. 140 Ziff. 3 StGB), von drei Jahren bei qualifizierter Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB), von fünf Jahren bei der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB) oder dem lebensgefährlichen Raub (Art. 140 Ziff. 4 StGB) und von zehn Jahren beim Mord (Art. 112 StGB). Schon diese kurze Aufzählung zeigt, dass Mindeststrafen seit jeher Pfeile im gesetzgeberischen Köcher verschärfter Strafdrohungen waren. Gleichwohl scheint es, dass in der jüngeren Vergangenheit, als Heilsversprechen gegen real oder herbeigeredet steigende Kriminalitätsraten, vermehrt auf sie gesetzt wird (so auch [Simmler/Weder](#), Zum Sinn und Unsinn von Mindeststrafen, ZStrR 2019, 199 ff., 200). So sieht der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen vom 25. April 2018 (BBl 2018 2827, 2959 ff.; näher dazu [Bommer](#), Anmerkungen zum Versuch der Strafrahmenharmonisierung, ZStrR 2019, 267 ff.) durchgehend eine halbjährige Mindeststrafe für gewerbsmässige Eigentums- und Vermögensdelikte vor (wo sie

vorher 90 Tagessätze betrug), eine einjährige für die schwere Körperverletzung oder qualifizierte sexuelle Handlungen mit Kindern, und gar zwei Jahre soll sie neu bei der (tatbestandlich erweiterten) Vergewaltigung betragen. All dies ist Anlass genug, in groben Strichen näher zu skizzieren, ob und wie sich Mindeststrafen in das Gefüge der Strafzwecke eingliedern lassen, und es ist eine umso grössere Freude, dies in einer Festgabe zu tun, die [Christian Schwarzenegger](#) gewidmet ist, der sich Fragen des Sanktionenrechts stets vertieft und mit besonderem Engagement angenommen hat. Thema dieses kurzen Beitrages ist also nicht, zumindest nicht in erster Linie, ob und inwiefern Mindeststrafen *tatsächlich* einen Beitrag zur Senkung des Kriminalitätsaufkommens leisten können, auch nicht, ob und wie sich eine Heraufstufung von Straftaten (von Übertretungen) zu Vergehen oder (von Vergehen) zu Verbrechen begründen lässt, wie es nunmehr in der genannten Vorlage verschiedentlich vorgesehen ist (z.B. E-Art. 179<sup>septies</sup> oder E-Art. 237, 245 f. StGB), und ebenso wenig, unter welchen Voraussetzungen es angemessen ist, auf eine bestimmte Straftat einzig eine Freiheitsstrafe und nicht auch eine Geldstrafe anzudrohen (so nun E-Art. 187 StGB). Schliesslich kommt auch die Frage nicht zur Sprache, inwiefern fixe Strafuntergrenzen unter Gesichtspunkten der rechtsgleichen Ausübung richterlichen Ermessens geboten sein könnten. Vielmehr soll es darum gehen, Mindeststrafen in die Zwecke einzubetten, die mit der strafrechtlichen Ordnung, mit dem Strafausspruch und mit der Strafvollstreckung gemeinhin verbunden werden.

## I. Mindeststrafen als Ausdruck von Mindestverschulden?

Mindeststrafen bedeuten, dass das Gericht – natürlich ohne Vorliegen von Schuld minderungsgründen – nicht auf eine Strafe unterhalb des Mindestmasses dessen erkennen darf, was der konkrete Tatbestand vorsieht. So kommt es etwa bei einem gesetzlich vorgesehenen Strafminimum von drei Jahren nicht in Betracht, eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren zu verhängen. Die Bedeutung dieses Befundes steht freilich im Streit: Er lässt sich als Festlegung des Gesetzgebers deuten, dass das Verschulden und damit die verschuldensadäquate Strafe nie unter dem Minimum dessen liegen kann, was der erfüllte Tatbestand vorsieht. Das Verschulden und die ihm angemessene Strafe ist in dieser Sicht, bei erfülltem Tatbestand, zum Vornherein auf eben diese Mindestdauer festgelegt. Eine verschuldensadäquate Freiheitsstrafe etwa von elf Monaten bei einer Vergewaltigung kann es *denk-möglich* nicht geben, sie muss in dieser Logik ausnahmslos zwölf Monate (oder mehr) betragen. Wenn der Gesetzgeber eine Mindeststrafe definiert hat, so ist nach dieser Auffassung *qua definitionem* ausgeschlossen, dass ihre Verhängung jenseits dessen läge, was der Verurteilte verdient hat. Zugespitzt: Mindeststrafen sind deshalb stets verschuldensadäquat, weil der Gesetzgeber bestimmt hat, dass sie es stets sind. Ein Widerspruch zum Schuldprinzip kann gar nicht erst entstehen. Mit dem Gesetz freilich lässt sich diese Auffassung nicht in Einklang bringen. Nach welchen Parametern das Verschulden zu bemessen ist, bestimmt sich nach dem Massstab der Bestimmung von Art. 47 StGB. Sie gibt die Kriterien vor, entlang deren das Gericht die verschuldensadäquate Strafe zu finden hat, und diese Kriterien kennen keine Grenze, unterhalb deren die Strafe nicht zu liegen kommen dürfte, um noch verschuldensangemessen zu sein. Wer das Verschulden für einen Tatbestand losgelöst vom Einzelfall für ein Mindestmass festlegen will, begeht einen Kategorienfehler, weil sich darüber losgelöst vom Einzelfall nicht sinnvoll sprechen lässt. Zu sagen, ein qualifizierter Raub enthalte ausnahmslos und per se ein Verschuldensmass, das eine Strafe unter zwei Jahren

ausschliesse, ist sinnlos, wenn die Norm, welche vorgibt, wie dieses Mass näher zu bestimmen sei (Art. 47 StGB), gerade nicht an eine abstrakte, sondern an eine konkrete Betrachtungsweise, eben an die konkrete Tat des konkreten Täters, anknüpft. Die Frage, welche Strafe verschuldensadäquat sei, lässt sich nicht prognostisch (vom Gesetzgeber) unabhängig vom Einzelfall beantworten, vielmehr wird die Antwort retrospektiv nach den Kriterien von Art. 47 StGB erarbeitet. Die Höhe des Verschuldens ist nach der gesetzlichen Konzeption ein datum, das sich auf der Grundlage des zu beurteilenden Einzelfalles ergibt; es lässt sich nicht durch gesetzgeberischen Akt für den Einzelfall dekretieren. Kurz: Das Mass des Verschuldens in concreto ergibt sich aus des Täters Tat, nicht aus einer gesetzgeberischen Entscheidung.

All dies wird noch deutlicher, wenn man sich klar macht, dass in die Zumessung der Strafe auch präventive Gesichtspunkte einfließen können (vgl. nur [Jositsch/Ege/Schwarzenegger](#), Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich 2018, 118; [Stratenwerth](#), Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 6 N 65 ff.). Das bedeutet nämlich, dass sich eine konkrete Strafe, und damit auch eine Mindeststrafe, nicht allein aus dem Verschuldensmass herleiten lässt, sondern weiter etwa «die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» (Art. 47 Abs. 1 StGB) zu berücksichtigten ist. Die konkrete Strafe kann also unterhalb dessen liegen, was einzig nach Verschuldensgesichtspunkten verdient wäre. Ein gesetzliches Strafminimum lässt sich damit nicht in Einklang bringen. Wenn das Gesetz dennoch Mindeststrafen vorsieht, so können sie jedenfalls nicht die Antizipation dessen darstellen, was noch gar nicht erhoben ist: das Ausmass des Verschuldens.

Dieser Befund hat Konsequenzen: Mindeststrafen sind solange unproblematisch, wie man sicher sein kann, dass überhaupt gar kein Fall vorstellbar ist, bei dem das Verschulden unter dem Mass dessen liegt, was der gesetzliche

Strafrahmen im Minimum vorsieht. Mit anderen Worten: Es muss sich ausschliessen lassen, dass bei erfüllttem Tatbestand und ohne Schuld-milderungsgründe die Mindeststrafe in dem Tatbestand unangemessen hoch erscheint. Wie sich dies zuverlässig bewerkstelligen liesse, ist nicht ersichtlich. Wer kann sich schon die Palette an möglichen Fallkonstellationen so vollständig vorstellen, dass sich daraus verlässlich der Schluss ziehen lässt, die ganze Bandbreite sei jenseits der Mindeststrafe anzusiedeln. Man braucht nur den Fall, der verschuldensmässig gerade der Mindeststrafe entspricht, nochmals abzuschwächen, dann fällt er unter die Grenze. Ins Abstrakte gewendet: Es existiert keine «prästabilisierte Harmonie» zwischen einer Mindeststrafe und der im Einzelfall angemessenen Strafe. Deshalb geht *jede* Mindeststrafe das Risiko ein, dass sie das gerichtliche Ermessen in einem Ausmass einschränkt, das es nicht mehr erlaubt, eine schuldangemessene Strafe auszufällen (ebenso [Simmler/Weder](#), ZStrR 2019, 218). Je höher die Mindeststrafe, absolut und im Verhältnis zur Höchststrafe, angesetzt ist, desto höher ist dieses Risiko. Umgekehrt: Je tiefer die Mindeststrafe und je höher die Höchststrafe, desto geringer fällt die Wahrscheinlichkeit aus, dass im Einzelfall gegen das Schuldprinzip verstossen wird oder werden muss. Das bedeutet, dass sich Mindeststrafen nicht mit Blick auf *das Verschulden* des Täters begründen lassen: Sein Verschulden an der Tat kann darunter *liegen*, trotzdem darf das Gericht nicht darunter *gehen*. Es müssen andere Gründe sein, die den Gesetzgeber zur Festlegung von Mindeststrafen bewogen haben.

## II. Spezialprävention?

Zunächst einmal kommen solche der Spezialprävention in Frage. Sie wären dann erklärungskräftig, wenn sich zeigen liesse, dass es in den Fällen, in denen das Gesetz Mindeststrafen androht, zur Verhinderung eines Rückfalls ausnahmslos angezeigt ist, die ausgesprochene Strafe nicht unter die Mindestgrenze fallen zu lassen. Eine vorsätzliche Tötung wäre also deshalb nie mit einer vollziehbaren Freiheits-

strafe unter fünf Jahren zu belegen, weil dann ein Rückfall droht, der bei einer fünfjährigen oder höheren Strafe nicht drohen würde oder zumindest nicht gleichermassen wahrscheinlich wäre. Das trifft offensichtlich nicht zu: Erstens ist, *ex ante*, kaum je klar, welche Dauer der Freiheitsstrafe einen Rückfall am zuverlässigsten verhindern würde, und zudem ist das Ausmass der Rückfallgefahr bekanntlich weniger von der Dauer des Freiheitsentzuges als solchen abhängig als davon, was während des Vollzuges mit dem Insassen geschieht. Und die Strafdauer wird auch gar nicht nach der Rückfallgefahr, sondern hauptsächlich nach dem Verschulden bemessen. Zweitens ist eine Mindeststrafe, die schon *von ihrer Dauer* her den bedingten Strafvollzug ausschliesst wie im Beispiel von Art. 111 StGB, auch dann zu verbüssen, wenn keine Rückfallgefahr besteht; es geht in diesem Fall also gar nicht um deren Senkung oder Ausschluss. Umgekehrt lässt sich nicht einmal generell sagen, eine Mindeststrafe mache den Verurteilten wenigstens während der Dauer ihrer Verbüsung unschädlich (so [Jositsch/Conte](#), Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen mit Kindern, AJP 2017, 368 ff., 376), denn dies ist keine Wirkung der Mindeststrafe als solchen, sondern ihres unbedingten Vollzuges. Aber die Mindeststrafe muss ja auch dann ausgesprochen werden, wenn die Legalprognose gut und der bedingte Vollzug zu gewähren ist. Mit andern Worten: Mindeststrafen haben nicht den Zweck der *physischen* Hinderung an erneuter Straftatbegehung (*extra muros*), weil sie auch dann verhängt werden, wenn diese Gefahr nicht besteht. Sie lassen sich unter keinem Titel spezialpräventiv begründen.

## III. Generalprävention

Es bleibt als Erklärungsansatz nur die Überlegung, dass der Gesetzgeber mit der Mindeststrafe zeigen will und öffentlich kundtut, für *wie bedeutsam* er ein bestimmtes Unrecht, das ja Teil des Verschuldensurteils bildet (vgl. nur [Stratenwerth](#), a.a.O., § 6 N 13 f.), einstuft (BBl 2018 2827, 2842; BVerfGE 105, 135, 164). Dieses – für sich gesehen fraglos legitime – Anliegen lässt sich in ein generalpräventives Raster

einordnen, freilich nicht in dem Sinne, dass man sich von Mindeststrafen eine erhöhte Abschreckungswirkung auf potentielle Täter verspricht: Wenn eine abschreckende Wirkung von angedrohten Strafen überhaupt schon zweifelhaft ist (vgl. nur [Jositsch/Conte](#), AJP 2017, 376), dann ist es diejenige einer Erhöhung (bloss) der Mindeststrafe umso mehr, zumal eine solche nicht allgemein bekannt ist. Verstärkte Strafdrohung ist nicht gleichzusetzen mit verstärkter Normbefolgung. Generalpräventiven Zuschnitt hat das Anliegen jedoch insofern, als es sich an die Allgemeinheit richtet, aber nicht zur Abschreckung, sondern um ihr vor Augen zu führen, welchen Wert der Gesetzgeber den Rechtsgütern zuspricht, auf deren Verletzung oder Gefährdung er eine Mindeststrafe folgen lässt. Darin liegt ein klassisches Argument positiver Generalprävention: Gültigkeit und Tragweite der Norm durch eine entsprechende Strafdrohung zum Ausdruck zu bringen und dadurch einen Beitrag zur «positive[n] Verstärkung der Konformitätsvorstellungen» zu leisten ([Jositsch/Ege/Schwarzenegger](#), a.a.O., 16).

Zweifelhaft bleibt indessen, ob sich der Unwert einer bestimmten Tat tatsächlich dadurch herausstellen lässt, dass man denjenigen Strafwert fix definiert, den die Reaktion auf die Tat nie *unterschreiten* darf. Denn dies bedeutete, die Schwere einer Tat durch das Minimum dessen zu verdeutlichen, das an Strafe auf sie folgen muss. Indessen liegt darin per definitionem nicht eine Hervorhebung der Schwere der Tat, sondern eine Umschreibung des leichtesten anzunehmenden Falles, der gerade nicht denjenigen repräsentiert, der dem Bedürfnis nach erhöhter Strafe Pate gestanden hat. Näher läge jedenfalls, der Tatschwere durch eine entsprechende *Höchststrafe* Ausdruck zu verleihen (kritisch insofern auch [Seelmann/Wiprächtiger](#), *Ausgekuschelt!?*, AJP 2018, 734 ff., 746). Doch gibt es wohl Fälle, in denen diese beiden Parameter zusammentreffen, nämlich dann, wenn bereits, bei gleichzeitig hohem oberem Strafrahmen, das Strafminimum anzeigt, dass es sich um eine äusserst schwere Straftat handeln

muss. Soweit diese Botschaft mit der Mindeststrafe verbunden ist, lässt sich ihr ein Sinn abgewinnen. Das ist bestimmt bei einer zehnjährigen (z.B. Mord, Art. 112 StGB) oder fünfjährigen Mindeststrafe (z.B. vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB) der Fall, und auch noch bei einer dreijährigen wie bei einer qualifizierten Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB) oder Brandstiftung (Art. 221 Abs. 2 StGB). Schon bei einer Untergrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe ist dies nicht mehr gleichermassen klar: Hier finden sich zwar ebenso Fälle, die mit einer zehnjährigen (z.B. Totschlag, Art. 113, Vergewaltigung, Art. 190 StGB) oder gar zwanzigjährigen (z.B. Raub unter Mitführung [!] einer Schusswaffe, Art. 140 Ziff. 2 StGB) Obergrenze kombiniert sind, aber eben auch andere mit einer Begrenzung bei fünf Jahren, die man nicht oder kaum der Schwere der Kriminalität zurechnen würde, etwa die qualifizierte Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 3 StGB) oder die ungetreue Geschäftsbesorgung in Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass schon eine Untergrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe nicht mehr zwingend auf eine Deliktsschwere zurückweist, die eine generalpräventiv zu verdeutlichende Mindeststrafe von einem Jahr als geboten erscheinen lässt. Mit anderen Worten: Straftaten mit einer Strafdrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe dürften nicht zu denjenigen gehören, deren Schwere es gebieten würde, bereits eine erhöhte Mindeststrafe vorzusehen. Wenn gegen oben ein Maximum von fünf Jahren als ausreichend erscheint, lässt sich kaum mehr von einer Schwere der Tat sprechen, die auch durch eine einjährige Mindeststrafe zu indizieren wäre. Anders verhält es sich, wo die obere Grenze bei zehn oder mehr Jahren liegt: Dort kann eine ein- oder gar dreijährige Mindeststrafe tatsächlich Ausdruck der Schwere der Tat überhaupt sein. Aus der mittelbar (positiv) generalpräventiven Stossrichtung von Mindeststrafen ergibt sich somit, dass sie dort vertretbar sind, wo Generalprävention im Sinne von Normbegründung am dringendsten nottut, also bei sehr schweren und allerschwersten Delikten. Im Bereich da-

runter reicht es hingegen aus, wenn die Tat schwere durch eine hinreichend hohe Obergrenze des Strafrahmens angezeigt wird.

#### IV. Folgerungen

Folgt man diesen Überlegungen, so wird zu fragen sein, ob es nicht sinnvoll sein könnte, einjährige Mindeststrafen bei denjenigen Verbrechenstatbeständen aufzuheben, die sie mit einer fünfjährigen Höchststrafe kombinieren; unter Gesichtspunkten der Generalprävention jedenfalls wäre dies die konsequente Lösung. Scheut man davor zurück, so scheint es jedenfalls empfehlenswert, auf Mindeststrafen von sechs Monaten Freiheitsstrafe (ganz) zu verzichten, wie sie im eingangs genannten Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen für gewerbmässige Eigentums- und Vermögensdelikte (immer noch) vorgesehen sind. Und noch weniger Sinn hat es, beim sog. Aufruhr, der rottenhaften Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2

StGB), einem Vergehen mit angedrohter dreijähriger Freiheitsstrafe, die Mindeststrafe von 30 auf 120 Tagessätze Geldstrafe zu erhöhen; dasselbe gilt für die qualifizierte Gefangenenerbefreiung (Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 StGB), deren Mindeststrafe von 30 auf 90 Tagessätze Geldstrafe steigen soll. Für die Zwecke positiver Generalprävention kommt es auf solche Untergrenzen nicht an. Damit bleibt als Fazit zu konstatieren, dass Mindeststrafen bei Tatbeständen mit einem tieferen oberen Schwellenwert als zehn Jahre Freiheitsstrafe zumindest in der Regel wenig sinnvoll sind. Schliesslich ist – abgesehen von den genannten Taten der Schwerstkriminalität – der Zielkonflikt zwischen Generalprävention auf der einen Seite und Schuldausgleich auf der anderen beim Gericht besser aufgehoben als beim Gesetzgeber: Der Einzelfall soll einzelfallweise und nicht losgelöst davon entschieden werden. Dies näher zu begründen bedürfte freilich einer eigenen Untersuchung, die in dieser Festgabe für **Christian Schwarzenegger** nicht zu leisten ist.



# «Auf direktem Weg ins Gefängnis»?

Gian Ege

## Eine kritische Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen Strafrahmen im Sexualstrafrecht

«Auf direktem Weg ins Gefängnis» – so steht es auf einer Ereigniskarte im Spieleklassiker Monopoly; der Spieler hat keine Wahl, er muss seine Spielfigur ins Gefängnis stellen. Im übertragenen Sinn kann dies auch für Gerichte gelten; bei schweren Straftaten müssen sie im Falle einer Verurteilung eine Freiheitsstrafe verhängen. Die Strafrahmen der entsprechenden Delikte belassen nur diese Möglichkeit. Bisher beschränken sich entsprechende Strafdrohungen auf Verbrechen, deren Mindeststrafe über dem Anwendungsbereich der Geldstrafe liegt. Beispielsweise sieht der qualifizierte Diebstahl eine Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und zehn Jahren vor; eine Geldstrafe kommt nicht in Betracht, da sie maximal 180 Tagessätze betragen kann (Art. 34 Abs. 1 StGB). Ist die Freiheitsstrafe nach unten nicht begrenzt, ist – selbst wenn es sich um ein Verbrechen handelt – die Ausfällung einer Geldstrafe möglich. So wird der Täter einer Verleitung oder Beihilfe zum Selbstmord mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Dieser Grundsatz soll nun bei einzelnen Sexualdelikten geändert werden. Für diese Straftaten soll die Möglichkeit einer Geldstrafe gestrichen werden. Damit würde es neu auch Delikte ohne Mindeststrafe geben, die – zumindest auf den ersten Blick – «auf direktem Weg ins Gefängnis» führen.

Diese vorgeschlagene Gesetzesänderung wird im vorliegenden Beitrag kritisch hinterfragt. Es wird aufgezeigt, inwiefern sie auf einer nicht

überzeugenden Begründung beruht und welche Auswirkungen sie für das Verhältnis zwischen Freiheits- und Geldstrafen sowie die Strafzumessung im Allgemeinen haben könnte. Trotz der Ausrichtung an einer hängigen Gesetzesrevision lassen sich auch Feststellungen für den allgemeinen gesetzgeberischen Umgang mit dem Sanktionenrecht treffen. Dass neben der Begründung der Strafbarkeit auch die Sanktionierung einem methodisch sauberen Vorgehen folgen soll, war stets ein Anliegen von **Christian Schwarzenegger**. Ihm sei der vorliegende Beitrag zu seinem 60. Geburtstag mit herzlichen Glückwünschen und in grosser Dankbarkeit für seine stetige Unterstützung gewidmet. Die Affinität des Jubilars zu Gesellschaftsspielen im Allgemeinen und zu Monopoly im Speziellen ist dem Autor übrigens unbekannt.

### I. Ausgangslage: die Harmonisierungsvorlage

Im Rahmen des Revisionsvorhabens zur Harmonisierung der Strafrahmen sollen verschiedene Strafrahmen angepasst werden, um zu gewährleisten, dass sie der Schwere der Straftaten entsprechen und richtig aufeinander abgestimmt sind. Damit soll die Vorlage «zu jeweils angemessenen Strafrahmen führen» (BBl 2018 2827, 2829). Dass es sich trotz gegenteiligen Beteuerungen vorwiegend um eine Verschärfungsvorlage handelt, wurde bereits mehrfach festgestellt (u.a. von **Seelmann/Wiprächtiger**, Ausgekuschelt!?, AJP 2018, 734 ff., 744) und

ergibt sich bereits aus der Begründung der Vorlage. So sei das Strafrecht nur glaubwürdig, wenn es konsequent und rechtsgleich durchgesetzt werde. Wenn die angedrohten sowie ausgesprochenen Strafen dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts nicht entsprächen, verliere das Strafrecht insgesamt an Glaubwürdigkeit und präventiver Wirkungskraft (BBl 2018 2827, 2829).

Die hinter dieser Aussage stehende gesellschaftliche Bewertung der Höhe der angedrohten und ausgesprochen Strafen sowie die daraus folgenden Überlegungen zur präventiven Wirksamkeit des Strafrechts werden in den Raum gestellt, ohne dass eine genauere Begründung folgt. Dies alleine lässt das Fundament der Vorlage zweifelhaft erscheinen; haben doch wissenschaftliche Untersuchungen gezeigt, dass sich das Strafbedürfnis der Bevölkerung nur unwesentlich von jenem von Richtern unterscheidet (Kuhn, *La juste peine selon la population et selon les juges*, in: Kuhn/Schwarzenegger/Vuille [Hrsg.], *Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen*, Bern 2017, 47 ff.). Darüber hinaus sind verschiedene Einzelpunkte des Vorhabens berechtigter Kritik ausgesetzt. Im Rahmen dieses Beitrags geht es jedoch nicht um eine vertiefte Auseinandersetzung mit der gesamten Vorlage; im Fokus steht nur eine spezifische Problematik der Revision, die bisher kaum Beachtung fand.

## II. Vorgeschlagene Strafraumen bei Sexualdelikten

### A. Schaffung einer neuartigen Strafdrohung ohne Begründung

Eine der Deliktgruppen, die im Rahmen der Harmonisierungsvorlage besonders im Fokus stehen, sind die strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität. Neben gewissen inhaltlichen Änderungen – vorwiegend eine Neufassung der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung – sollen die Strafraumen der Sexualdelikte umfassend angepasst werden. Einerseits soll die Mindeststrafe der Vergewaltigung auf zwei Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden und andererseits soll bei der Mehrheit der Sexual-

delikte die Ausfällung einer Geldstrafe nicht mehr möglich sein. Diese Strafart wird aus den Strafdrohungen von Art. 187, 188, 189, 191, 192, 193 und 196 StGB gestrichen; vorgesehen ist nur noch eine nach unten nicht begrenzte Freiheitsstrafe. So soll etwa der Täter einer Ausnützung der Notlage gemäss Art. 193 Abs. 1 nStGB «mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft» werden. Unter Anwendung der Untergrenze der Freiheitsstrafe nach Art. 40 Abs. 1 Satz 1 StGB beträgt der ordentliche Strafraumen somit Freiheitsstrafe zwischen drei Tagen und drei Jahren.

Nach derartigen Strafraumen sucht man sowohl im Kernstrafrecht als auch – soweit ersichtlich – im Nebenstrafrecht vergebens. Die Schaffung von Delikten, die trotz fehlender Mindeststrafe zwingend zu einer Sanktionierung mittels Freiheitsentzug führen, ist ein Novum im geltenden Sanktionenrecht. Begründet wird dies in der Botschaft lapidar mit «*kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen*» (BBl 2018 2827, 2869). Gemäss dem bereits neunjährigen erläuternden Bericht zur Harmonisierungsvorlage soll die entsprechende Änderung ausserdem klarstellen, dass es sich bei den entsprechenden Delikten trotz fehlender Mindeststrafe «*keineswegs um Kavaliersdelikte handelt*» (EJPD, Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen, Bern 2010, 24). Schliesslich solle vermieden werden, dass bei Opfern der Eindruck aufkomme, selbst Verletzungen höchstpersönlicher Rechtsgüter würden durch Geldzahlungen erledigt. Andernfalls könnten sich Opfer nicht ernst genommen fühlen, was im Widerspruch zu den Bemühungen um eine bessere Berücksichtigung der Opferanliegen im Strafrecht stehe (BBl 2018 2827, 2870; BBl 2012 4721, 4736).

Diese Begründung ist äusserst knapp und inhaltlich kaum nachzuvollziehen. Gerade weil eine neuartige Strafdrohung geschaffen werden soll, wäre es angebracht, die Gründe dafür genau darzulegen. Trotzdem werden die vorgebrachten kriminalpolitischen und general-



präventiven Gründe nirgends substantiiert und es bleibt einem somit selbst überlassen, den Hintergrund der vorgeschlagenen Änderungen im Gesamtzusammenhang der Vorlage zu suchen.

### **B. Präventive Kehrtwende**

Soweit die Anpassung auf generalpräventive Gründe zurückgeführt wird, darf man im Lichte der Ausrichtung der gesamten Vorlage davon ausgehen, dass durch die zwangsweise Anordnung der Freiheitsstrafe für Sexualdelikte die angeblich aufgebrachte und unzufriedene Bevölkerung beruhigt und ihr Vertrauen in die strafrechtliche Ordnung gestärkt werden soll. Dies soll erreicht werden, indem gezeigt wird, dass Sexualdelikte nicht auf die leichte Schulter genommen und jeweils einschneidend bestraft werden. Gleichzeitig sollen potentielle Täter abgeschreckt werden.

Ob die zwingende Anwendung einer kurzen Freiheitsstrafe im Strafbereich unter sechs Monaten diese generalpräventiven Ziele erreichen kann, ist durchwegs zweifelhaft und offenbart eine erste Schwäche der Begründung. Erst vor einigen Jahren wurde das Sanktionenrecht im Zuge der umfassenden AT-Revision stark verändert. Besonders bedeutend war dabei die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe. Dies wurde gerade damit begründet, dass kurze Freiheitsstrafen im Vergleich zu anderen Sanktionen «*weder spezial- noch generalpräventiv effizienter*» und ausserdem «*kriminologisch verfehlt*» seien (BBl 1999 II 1979, 2040 ff.). Der Vorrang der Geldstrafe vor der kurzen Freiheitsstrafe wurde somit ebenfalls mit kriminologischen und generalpräventiven Aspekten begründet. Inwiefern dies nun hinsichtlich einer spezifischen Deliktskategorie gegenteilig sein soll, bleibt im Dunkeln.

In diesem Zusammenhang ist ausserdem zu beachten, dass das Projekt zur Harmonisierung der Strafraumen hinter die letzte Revision des Sanktionenrechts zurückgestellt wurde. Trotz anfänglich gegenteiliger Bestrebungen wurde

die Geldstrafe dabei als Regelsanktion für die leichte Kriminalität beibehalten (Bommer, Neuerungen im Sanktionenrecht: Geldstrafe und Freiheitsstrafe, ZStrR 2017, 365 ff., 372; Dolge in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 34 N 24a). Dennoch wurde nach Wiederaufnahme der Harmonisierungsvorlage der bereits länger zurückliegende Vorschlag zur Veränderung der Strafraumen bei den Sexualdelikten nicht mehr angepasst. Es ist unverständlich, inwiefern das kürzlich bekräftigte Festhalten an der Rangfolge der Sanktionen im unteren Strafbereich plötzlich für eine Deliktskategorie nicht mehr angebracht sein soll. Umso erstaunlicher ist, dass diese Kehrtwende ohne Rückgriff auf empirisch fundierte Erkenntnisse, aber dennoch aufgrund von generalpräventiven und kriminalpolitischen Gründen nötig sein soll.

### **C. Zweifelhafte Verschärfung am unteren Rand der Strafraumen**

Die vorgebrachten generalpräventiven Gründe überzeugen also nicht und dürften auch kaum hauptauschlaggebend sein. Vielmehr geht es dem Gesetzgeber – unter Berufung auf kriminologische Gründe – um eine Verschärfung des Sexualstrafrechts. Dies reiht sich nahtlos in die eingangs beschriebene Tendenz der gesamten Vorlage ein. Mit der Ausnahme des Vergewaltigungstatbestands erfolgt die Verschärfung, im Unterschied etwa zur schweren Körperverletzung oder den gewerbsmässigen Vermögensdelikten, nicht durch Erhöhung bzw. Einführung von Mindeststrafen. Bei den relevanten Sexualdelikten soll auf eine solche explizit verzichtet werden. Anderenfalls wird befürchtet, dass die Gerichte entsprechende Anpassungen durch eine zurückhaltendere Auslegung der oftmals weiten Tatbestandselemente – insbesondere die sexuelle Handlung – korrigieren könnten (EJPD, a.a.O., 9 f.).

Diese Begründung lässt das der Vorlage durchwegs inhärente Misstrauen der Politik gegenüber den Gerichten geradezu offenkundig hervortreten (dazu etwa Oberholzer, Wert und

Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts, in: Riklin [Hrsg.], Strafen ohne Augenmass, Bern 2016, 38 ff.). Darüber hinaus ist unklar, inwiefern durch die Streichung der Geldstrafe tatsächlich eine von der Bevölkerung gewünschte Verschärfung erfolgt. Zwar besteht in der Bevölkerung in den letzten Jahren tatsächlich eine Tendenz dazu, gerade für Sexualstraftaten härtere Strafen zu befürworten (Kuhn, a.a.O., 56 ff.); diese erhöhte Punitivität geht allerdings massgebend auf einen kleinen Anteil an ultra-punitiven Personen zurück und dürfte auch in einer medialen Verzerrung entsprechender Delinquenz begründet liegen (vgl. dazu z.B. Wiprächtiger, Revisionen des Strafgesetzbuches – (insbesondere des Sanktionenrechts), unnötig, unwirksam, unübersichtlich, Anwaltsrevue 2014, 483 f.). Die zwingende Anordnung von kurzen Freiheitsstrafen am unteren Rand der Strafraumen hat hingegen mit dem in kleinen Teilen der Bevölkerung vorhandenen Wunsch nach extrem langen Freiheitsstrafen nichts zu tun. Bei allen betroffenen Tatbeständen handelt es sich um Vergehen oder gar um Verbrechen, weshalb sie durchwegs mit strengen Strafen belegt werden können.

Der Umstand, dass im untersten Verschuldensbereich auch die Ausfällung einer Geldstrafe möglich ist, führt schliesslich nicht dazu, dass entsprechende Taten zu Kavaliersdelikten werden. So gilt nichts anderes für die verschiedenen Delikte gegen Leib und Leben, bei denen die Ausfällung einer Geldstrafe weiterhin möglich bleiben soll. Es wäre geradezu absurd zu behaupten, die Gesellschaft sehe beispielsweise eine fahrlässige Tötung, einen strafbaren Schwangerschaftsabbruch oder eine Lebensgefährdung als weniger schlimm an, nur weil bei diesen Delikten auch eine Geldstrafe ausfällt werden kann. Entsprechende Strafraumen geben dem Gericht lediglich die Möglichkeit, einen Täter, dem aufgrund der spezifischen Umstände eines Einzelfalls nur ein sehr geringes Verschulden vorzuwerfen ist, angemessen zu bestrafen.

#### D. Opferinteressen

Damit bleibt nur noch ein Element der Begründung übrig: die Befürchtung, dass sich Opfer nicht ernst genommen fühlen könnten, wenn Angriffe auf höchstpersönliche Rechte durch blosser Geldzahlung erledigt werden könnten. Dabei wird in der Botschaft darauf hingewiesen, dass dies bereits ein Grund für die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe war (BBl 2018 2827, 2870; BBl 2012 4721, 4736). Damit bleibt jedoch unklar, inwieweit eine über die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe hinausgehende Änderung der Sanktionsdrohung im Sexualstrafrecht nötig ist, um diesen Zweck zu erreichen. So wurde erst kürzlich, trotz Kenntnis dieser Befürchtung, an der Rangfolge zwischen Geld- und Freiheitsstrafe festgehalten. Es leuchtet nicht ein, weshalb die Rangfolge nun mit gleicher Begründung für eine Deliktskategorie angepasst werden soll. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich der Geldstrafe anlässlich der letzten Sanktionenrechtsrevision erheblich eingeschränkt wurde, indem die maximale Anzahl an Tagessätzen von 360 auf 180 halbiert wurde. Damit sollte die Bedeutung der Freiheitsstrafe gestärkt werden (BBl 2012 4721, 4735), womit auch der Berücksichtigung der genannten Opferanliegen gedient ist. Trotzdem wird diese veränderte Ausgangslage in der Botschaft zur Harmonisierung der Strafraumen mit keinem Wort erwähnt.

Der eingeschränkte Anwendungsbereich der Geldstrafe würde dazu führen, dass die Strafraumen bei den relevanten Tatbeständen, die jeweils eine Höchststrafe von drei oder fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsehen, lediglich im untersten Sechstel oder Zehntel angepasst werden sollen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass tatsächlich häufig Strafen im unteren Bereich der Strafraumen ausgesprochen werden (EJPD, a.a.O., 10), dürften so tiefe Strafen die Ausnahme darstellen. Da der Ausgangspunkt der Strafzumessung die Intensität des verwirklichten Unrechts ist (Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II, 9. Aufl., Zürich 2018, 103), kann eine so niedrige Strafe nur ausgesprochen

werden, wenn es sich um eine sehr leichte Form eines Sexualdelikts handelt oder wenn die täterbezogenen Verschuldungskomponenten im Einzelfall eine extreme Strafminderung rechtfertigen. Gerade bei weniger eingriffsintensiven Tathandlungen – auch ein Zungenkuss kann eine sexuelle Handlung darstellen (BBl 2018 2827, 2870) – ist zweifelhaft, ob eine Geldstrafe grundsätzlich den Opferinteressen zuwiderläuft.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass selbst die zwingende Anordnung einer Freiheitsstrafe noch nichts darüber aussagt, ob einem verurteilten Täter tatsächlich die Freiheit entzogen wird. Gerade für den hier relevanten Strafbereich gilt, dass die Strafe bedingt auszufallen ist, wenn der Täter nicht rückfallgefährdet erscheint (Art. 42 Abs. 1 StGB). Ist der Täter hingegen rückfallgefährdet, so ist es bereits nach heutiger Gesetzeslage möglich, eine kurze Freiheitsstrafe auszufallen (Art. 41 Abs. 1 StGB). Neben der Möglichkeit des bedingten Vollzugs sind zudem verschiedene Arten des Strafvollzugs möglich. Eine Freiheitsstrafe zwischen drei Tagen und sechs Monaten kann u.U. in Halbgefangenschaft nach Art. 77b StGB, gemeinnütziger Arbeit nach Art. 79a StGB sowie electronic monitoring nach Art. 79b StGB vollzogen werden. Diese Möglichkeiten relativieren die für die Streichung der Geldstrafe vorgebrachten Gründe ein weiteres Mal.

Insgesamt handelt es sich bei der Streichung der Geldstrafe um eine unbegründete und unnötige Scheinverschärfung. Die zwingende Anordnung von Freiheitsstrafen für Sexualstraftäter lässt sich medial gut verkaufen und ruft kaum Gegenwehr hervor. Bei genauerer Betrachtung ist jedoch offensichtlich, dass die wenigen für die Anpassung vorgebrachten Gründe inhaltlich nicht überzeugen. Darüber hinaus ist völlig ungeklärt, wie sich diese für das geltende Strafrecht untypischen Strafrahmen über die entsprechenden Delikte hinaus auswirken könnten. Der erläuternde Bericht sowie die Botschaft schweigen sich – nicht überraschend – darüber aus.

### III. Auswirkungen der vorgeschlagenen Strafrahmen

#### A. Neue Rangfolge zwischen Freiheits- und Geldstrafe

Hauptziel der Schaffung des aktuellen Sanktionenrechts war die Flexibilisierung. Insbesondere im unteren Bereich der Strafrahmen sollte eine Auswahl an verschiedenen Sanktionen zur Verfügung stehen. Für die Sanktionierung ist zunächst die Strafeinheit nach dem Verschulden festzulegen und erst danach die Strafart zu wählen (vgl. BBl 1999 II 1979, 1986). Dementsprechend sind die verschiedenen Strafarten, was das Verschulden anbelangt, austauschbar (BGE 137 II 297 E. 2.3.4). Dem Prinzip der Verhältnismässigkeit folgend ist die Sanktion zu wählen, die am wenigsten in die persönliche Freiheit des Täters eingreift. Dabei ist die Geldstrafe im Vergleich zur Freiheitsstrafe die mildere Sanktion (BGE 134 IV 97 E. 4; 134 IV 82 E. 4.1). Folgerichtig sieht die gesetzliche Konzeption im überschneidenden Strafbereich vor, dass grundsätzlich eine Geldstrafe anzuordnen ist. Eine kurze Freiheitsstrafe ist gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB nur auszusprechen, wenn sie geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (lit. a) oder wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (lit. b). Damit liegen der Anordnung einer Freiheitsstrafe entweder spezialpräventive oder Gründe der Effizienz zugrunde (vgl. BSK StGB I-Dolge, Art. 34 N 25; BSK StGB I-Mazzucchelli, Art. 41 N 40a). Das Verschulden des Täters ist bei der Wahl der Strafart demgegenüber unbeachtlich; es hat sich lediglich im Strafmass niederzuschlagen (BGE 137 II 297 E. 2.3.4).

Diese Rangfolge zwischen Geld- und Freiheitsstrafe im Bereich zwischen drei Tagen und sechs Monaten soll nun für eine spezifische Deliktskategorie nicht mehr gelten. Statt nach der erst 2018 in Kraft getretenen Fassung von Art. 41 StGB vorzugehen, wird der Vorrang der Freiheitsstrafe im Besonderen Teil des StGB festgeschrieben. Die zwingende Auswahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe für die Sexualdelikte erfolgt nach

kriminalpolitischen und generalpräventiven Gesichtspunkten, die bei der Auswahl nach Art. 41 StGB gerade unbeachtlich sind.

Die Revision öffnet damit ein unnötiges Tor für weitere Anpassungen. Einerseits werden sich Verschärfungen des Strafrechts auch in Zukunft politisch instrumentalisieren lassen. Wenn bei den Sexualdelikten eine vermeintliche Verschärfung durch Verzicht auf die Möglichkeit der Geldstrafe erreicht wird, dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis entsprechende Forderungen auch für andere Deliktsbereiche geäussert werden. Andererseits ist auch denkbar, dass diese Anpassung in längerer Sicht dazu führen könnte, dass generalpräventive Gründe in Art. 41 StGB aufgenommen werden. Von den Gerichten jedoch zu verlangen, im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob gegenüber dem Täter eine Freiheits- statt einer Geldstrafe verhängt werden soll, um potentielle Täter abzuschrecken oder die Normgeltung in der Bevölkerung aufrechtzuerhalten, kann nicht sachgerecht sein. Einerseits sind entsprechende Wirkungsweisen von Sanktionen gemäss kriminologischen Erkenntnissen ohnehin kaum nachweisbar und andererseits dürften sie insbesondere im Einzelfall kaum je im Voraus klar bestimmbar sein. Entsprechend verfehlt ist es, am Einzelfall ein Exempel statuieren zu wollen (Jositsch/Ege/Schwarzenegger, a.a.O., 120f.). Gerade in einer Zeit, in der das Strafrecht einer vermehrt punitiven Grundhaltung gegenübersteht, ist zu befürchten, dass die vorgeschlagene Änderung ein Schritt in Richtung der vollständigen Verdrängung der Geldstrafe durch kurze Freiheitsstrafen darstellt. Damit ginge eine wichtige Errungenschaft der letzten umfassenden AT-Revision und damit auch eine Gesetzesanpassung, die wesentlich von empirischen Erkenntnissen beeinflusst war (BBl 1999 II 1979, 2032 ff.), verloren.

### **B. Berücksichtigung bei der konkreten Strafzumessung**

Gemäss Art. 47 StGB wird die Strafe nach dem Verschulden des Täters bemessen. Da das Verschulden für die Wahl der Strafart unbeacht-

lich ist, sollte im Umkehrschluss auch die Wahl der Strafart das Verschulden und damit die konkrete Strafzumessung nicht beeinflussen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine zwingende Wahl der Freiheitsstrafe bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen ist, da die grundsätzlich für die Anordnung einer kurzen Freiheitsstrafe notwendigen Gründe nach Art. 41 Abs. 1 StGB fehlen. Die Abweichung von der nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip angezeigten Strafart (vgl. BGE 134 IV 97 E. 4) basiert auf kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen. Mit anderen Worten wird ein Täter mit einer unverhältnismässig strengen Strafe belegt, um damit politische Zwecke zu erreichen und/oder die Allgemeinheit abzuschrecken sowie ihr Vertrauen in die Rechtsordnung zu stärken. Dabei ist zu beachten, dass generalpräventive Argumente nie den Einzelfall betreffen können, weshalb eine generalpräventive Ausrichtung der Strafzumessung problematisch ist (Jositsch/Ege/Schwarzenegger, a.a.O., 120f.). Der Täter wird zur Zweckerreichung instrumentalisiert und ihm gegenüber wird – ohne überzeugende Gründe – eine unverhältnismässige Sanktion ausgefällt. Diese Abweichung von den einfallorientierten Prinzipien der Strafzumessung hat nicht der Täter zu verantworten, sie sind dem Staat zuzurechnen. Entsprechend etwa zum Vorgehen bei einer Verletzung des Beschleunigungsgebots (vgl. BSK StGB I-Wipräch-tiger/Keller, Art. 47 N 178 ff.) sollte die Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips dazu führen, dass dem Täter gleichzeitig eine gewisse Straf-minderung zugutekommt.

Darüber hinaus liegt der Anpassung der Strafrahmen im Sexualstrafrecht, wie gezeigt, ein Verschärfungsgedanke zugrunde. Indem die Geldstrafe für Sexualstraftäter nicht mehr möglich ist, soll ihnen gegenüber eine härtere Strafe verhängt werden. Die Revision führt also dazu, dass gesetzgeberisch festgestellt wird, dass es sich bei der Freiheitstrafe im Vergleich mit der Geldstrafe um die schärfere, sprich schwerere, Strafart handelt. Entsprechend lässt

sich kaum aufrechterhalten, dass Freiheits- und Geldstrafen grundsätzlich austauschbar seien und sich nur hinsichtlich der Verhältnismässigkeit unterscheiden. Damit würde die Verschuldensunabhängigkeit der Wahl der Straftart dahinfallen. Ein Tag Freiheitsstrafe wäre schärfer als ein Tagessatz Geldstrafe und man müsste das Verhältnis zwischen beiden Sanktionsarten neu bestimmen. Wiegt nämlich ein Tag Freiheitsstrafe schwerer als ein Tagessatz Geldstrafe, so gilt er mehr vom Täterschulden ab, als die Geldstrafe. Dies hätte Auswirkungen über die Sexualdelikte hinaus. So müsste die Wahl einer kurzen Freiheitsstrafe auch bei anderen Delikten eine gewisse Straf-minderung zur Folge haben. Eine Konsequenz, die der Gesetzgeber kaum beabsichtigt.

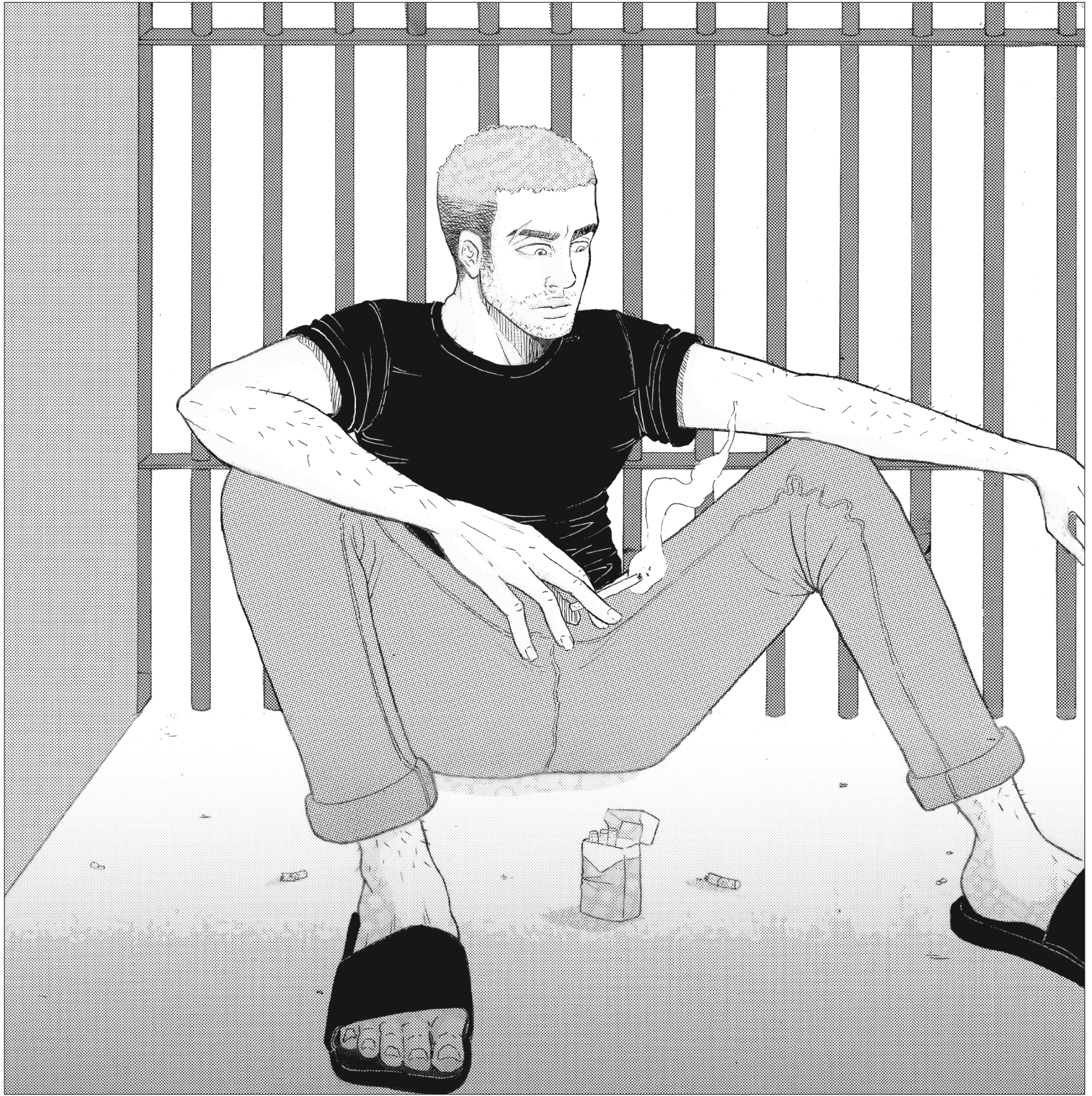
#### IV. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Streichung der Geldstrafe aus den Strafrahmen verschiedener Sexualdelikte auf unsachlichen Argumenten basiert und unerwünschte Auswirkungen mit sich bringt. Es bleibt darum zu hoffen, dass die Bundesversammlung die Problematik erkennt, die Vorlage entsprechend korrigiert und sich im Sanktionenrecht nicht

auf undurchdachte Experimente einlässt. Das geltende Verhältnis zwischen Geld- und Freiheitsstrafen führt keineswegs dazu, dass Sexualstraftäter niemals «auf direktem Weg ins Gefängnis» müssen. Nur im untersten Verschuldensbereich ist eine Geldstrafe möglich. Indem der nicht rückfallgefährdete Täter, dem bloss ein minimaler Verschuldensvorwurf zu machen ist, auch mit Geldstrafe sanktioniert werden kann, wird lediglich dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprochen.

Das gesetzgeberische Vorgehen bei der Anpassung der Strafrahmen im Sexualstrafrecht zeigt, wie problematisch es ist, wenn anhand von unsubstantiierten kriminalpolitischen oder generalpräventiven Gründen Politik betrieben wird, ohne die möglichen Auswirkungen zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber sollte sich soweit als möglich mit den Folgen von Gesetzesrevisionen auseinandersetzen und dafür vorgebrachte Gründe verifizieren. Nur so ist eine systematisch überzeugende und evidenzbasierte Kriminalpolitik möglich. Ein Anliegen zu dem **Christian Schwarzenegger** durch sein Wirken stets massgeblich beitrug und weiterhin beitragen wird.





# Reform der Untersuchungshaft

Marc Thommen

## Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte

### I. Vier Begegnungen mit dem Jubilar

Im ersten Teil erzähle ich, wie **Christian Schwarzenegger** mich mit einer willkürlichen Prüfungsfrage zur Untersuchungshaft in die Arme des Strafrechts trieb (I.). Im zweiten Teil stelle ich vier Thesen auf, wie die Untersuchungshaft in der Schweiz reformiert werden könnte (II.). Der Beitrag endet – Spoiler Alert! – in einem Freispruch des Jubilars (III.).

#### A. Die Prüfung

Das erste Mal bin ich **Christian Schwarzenegger** im Herbst 2000 in seinem damaligen Büro an der Wilfriedstrasse 6 in Zürich begegnet. Der Anlass war meine mündliche Lizentiatsprüfung. Im materiellen Strafrecht ging es um einen Schwarzfahrer, der sich in seinem Zugabteil schlafend gestellt hatte. Im Strafprozessrecht wollte Christian Schwarzenegger wissen, mit welchen Rechtsmitteln man die Anordnung von Untersuchungshaft anfechten könne. Die Prüfung war *ein* grosses Desaster. Wir haben eine geschlagene Viertelstunde aneinander vorbeigeredet. Auf die erste Frage hatte ich ihm geantwortet, dass das Bundesgericht das Schwarzfahren nicht länger als Erschleichen einer Leistung nach Art. 150 StGB einstufe, sondern bloss noch als Verletzung von Art. 51 des Transportgesetzes<sup>1,2</sup>. Hören wollte er natür-

lich, dass das Sich-schlafend-Stellen immer noch von Art. 150 StGB erfasst sei, weil es eine täuschende Komponente umfasse.<sup>3</sup> Die Antwort auf die zweite Frage schien mir klar: Staatsrechtliche Beschwerde. Falsch, sagte er, es sei die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, aber die Zeit sei nun sowieso um. Ich solle draussen warten. Bei der Eröffnung sagte er mir, das sei eine schlechte Prüfung gewesen. Ich hätte da einiges ganz grundsätzlich nicht verstanden. Er hoffe einfach, dass ich künftig nicht im Strafrecht tätig sein werde.

#### B. Die Debatten

Das zweite Mal bin ich **Christian Schwarzenegger** dann rund ein Jahr später begegnet. Nach einem kurzen Abstecher in die Anwaltspraxis trat ich im Dezember 2001 meine Assistenzstelle bei **Georg Müller** an. Dessen Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht befand sich ebenfalls an der Wilfriedstrasse 6. So kam es, dass ich erstmals mit Christian unter dem gleichen Dach arbeiten durfte. Man sieht sich bekanntlich immer zwei Mal im Leben, sagte ich ihm auf meiner Vorstellungsrunde. Selbstverständlich hatte er längst vergessen, dass er mich je geprüft hatte. Das Verhältnis wurde in der Folge aber rasch besser als er erfuhr, dass ich seinen Ratschlag, dem Strafrecht fernzubleiben, ignoriert und bei **Kurt Seemann** ein

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr (Transportgesetz, TG) (SR 742.40). Dieser Erlass ist nicht länger in Kraft (ursprüngliche Fassung gemäss Referendumsvorlage).

<sup>2</sup> BGE 117 IV 449.

<sup>3</sup> Umstritten, dazu heute **Weissenberger**, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 150 N 14.

strafrechtliches Dissertationsprojekt an die Hand genommen hatte. Er gewährte mir freien Zugang zu seiner Privatbibliothek und war immer offen für strafrechtsdogmatische Debatten. So haben wir viel diskutiert über die Grenzen der Rechtfertigung bei Vertreter Einwilligungen. Mit grossem Stolz erfüllte mich als jungen Doktor der Rechtswissenschaften sodann, dass er einen Interpretationsvorschlag aus meiner Dissertation in seinem Basler Kommentar zum Schwangerschaftsabbruch aufnahm.<sup>4</sup>

### C. Das Vorsingen

Das dritte wichtige Rencontre hatten Christian und ich im Mai 2012 anlässlich meines «Vorsingens» an der Universität Zürich. Hier gab er mir mit seiner Frage, ob ich mir auch vorstellen könnte, in einer anderen Amtssprache zu unterrichten, einen Steilpass, der Kommission die Idee einer Vorlesung auf Französisch zu präsentieren. Seit 2013 sind Christian und ich Fachgruppenkollegen. Seit 2016 befinden sich unsere Lehrstühle sogar im gleichen Büro. Wobei sein Lehrstuhl hier im Wesentlichen ein Leerstuhl ist. Höhere Weihen zwingen unseren Pontifex maximus i.V. derzeit dazu, Stadt und Weltkreis den Segen der Alma Mater Turicensis zu spenden, sodass Schwarzenegger in den Büroräumlichkeiten an der Treichlerstrasse 10 nur noch in Gestalt einer lebensgrossen Pappmaché-Tafel seines Onkels zweiten Grades Arnold anzutreffen ist.

### D. Der Showdown

Nach einem harzigen Start verbindet Christian und mich unterdessen ein sehr herzliches, freundschaftlich kollegiales Verhältnis. Wer hätte vor 20 Jahren gedacht, dass mich die Prüfungswillkür des Jubilars in die Arme des Strafrechts treiben würde. Weil man unter Freunden Offenheit pflegen soll, kann ich es heute zugeben: Als ich im Herbst 2000 mit dem Kohlhaas'schen Zorn des ungerecht Behandelten aus der mündlichen Prüfung stampfte, ver-

suchte ich mich mit der Gewissheit zu beruhigen, dass der Tag für eine Richtigstellung kommen werde. *Fiat justitia et pereat mundus*,<sup>5</sup> oder wie der Terminator sagen würde: *Hasta la vista, Chrigi!* Die vierte Begegnung im Rahmen dieser Festschrift gibt mir nun die Gelegenheit für eine Richtigstellung: Unter der alten Zürcher Strafprozessordnung war nur ein Rechtsmittel auf Bundesebene gegen die Anordnung der Untersuchungshaft gegeben. § 62 Abs. 4 StPO ZH bestimmte: «*Der Haftrichter entscheidet endgültig*».<sup>6</sup> Gemeint war auf Kantonsebene endgültig. Damit schied die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde aus, möglich war nur noch die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 Abs. 1 OG<sup>7</sup>). Darin waren sich das Zürcher Kassationsgericht, das Bundesgericht und die Lehre einig.<sup>8</sup> Ich hatte also Recht! Ob ich auch Recht behalten würde, wird sich abschliessend zeigen (III.).

## II. Vier Thesen zur Untersuchungshaft

Natürlich war die Eingangsanekdote zur Prüfung nur der Vorwand, um an dieser Stelle ein paar seit Längerem gehegte Thesen zur Untersuchungshaft auszubreiten. «*L'effet désocialisant de la détention préventive: un mal nécessaire?*», fragte kürzlich der Waadtländer Staatsanwalt **Laurent Contat** anlässlich eines Panels, das von **Christian Schwarzenegger** geleitet wurde.<sup>9</sup> In der vor **Christian Schwarzenegger** mitherausgegebenen Festschrift für **Stefan Trechsel** warf **Peter Albrecht**

4 Nach wie vor **Schwarzenegger/Heimgartner**, in: Niggli/Wiprächtinger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 119 N 7 m.H.a. **Thommen**, *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung*, Diss. Basel 2004, 104 ff.

5 Gerechtigkeit geschehe, möge auch die Welt darüber zugrunde gehen [eigene Übersetzung].

6 § 60 ff. Strafprozessordnung (StPO) des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (LS 321), in der Version der Revision vom 01.09.1991 (OS 51, 851).

7 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110). Dieser Erlass ist nicht länger in Kraft.

8 BGer vom 07.10.1992, 1P.516 und 518/1992, auszugsweise abgedruckt in: EuGRZ 1992, 553; ferner KassGer ZH vom 19.03.1993, ZR 91/1992, 258 Nr. 71; **Schmid**, *Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, 4. Aufl., Zürich u.a. 2004, N 712c.

9 **Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (SAK)**, *Wiedereingliederung im Kontext der Null-Risiko-Gesellschaft, Von nothing works zu something works sometimes*, Tagung vom 06.-08.03.2019 in Interlaken, Nachmittags-Panel vom 07.03.2019: *Strafverfahren als Entsozialisierung oder Wiedereingliederung im Strafverfahren?*, **Laurent Contat**, *L'effet désocialisant de la détention préventive: un mal nécessaire?*.



die Frage auf, ob die Untersuchungshaft eine Strafe ohne Schuldspruch sei.<sup>10</sup> Intuitiv möchte man die erste Frage mit ‚Nein‘ und die zweite mit ‚Ja‘ beantworten. Jede Justizepoche hat ihre dunklen Seiten. Heute schauen wir mit Empörung auf die Inquisition zurück und sonnen uns in der trügerischen Gewissheit, dass Folter, Misshandlung und Rechtlosigkeit von Untersuchungsgefangenen der Vergangenheit angehören.<sup>11</sup> Bereits knapp zehn Jahre nach der Einführung des «Anwalts der ersten Stunde» können wir uns kaum mehr vorstellen, dass kantonale Strafprozessordnungen den Zugang zu StrafverteidigerInnen im Ermittlungsverfahren beschränkten.<sup>12</sup> Meine Prognose ist, dass die Art und Weise, wie Untersuchungshaft in der schweizerischen Strafverfolgungspraxis heute angeordnet<sup>13</sup> und

vollzogen<sup>14</sup> wird, von künftigen Juristengenerationen auch nur noch mit ungläubigem Kopfschütteln zur Kenntnis genommen werden wird.<sup>15</sup>

Gemäss dem World Prison Brief waren in der Schweiz per 31. Januar 2019 insgesamt 6'943 Personen inhaftiert. Das ergibt eine Rate von 81 Personen pro 100'000 Einwohner. Von der Gefängnispopulation sind rund 42 % in Untersuchungs- und Sicherheitshaft (pre-trial detainees),<sup>16</sup> was eine Rate von 34 Untersuchungsgefangenen pro 100'000 Einwohner ergibt. Die Zahlen zu den Untersuchungsgefangenen sind seit 2000 relativ stabil,<sup>17</sup> im internationalen Vergleich aber sehr hoch,<sup>18</sup> was nur schon ein Blick auf unsere Nachbarländer zeigt:<sup>19</sup>

10 Albrecht, Die Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspruch?, Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich u.a. 2002, 355 ff.

11 Zu den Missständen des gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahrens kurz, aber wie immer prägnant Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafprozesses, Diss. Hamburg 1992/1993, 54 ff.

12 Gemäss Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085 ff., 1193 erlaubten nur Aargau und Solothurn der Verteidigung bereits bei polizeilichen Einvernahmen anwesend zu sein. Aus heutiger Sicht kaum mehr nachvollziehbar, ist auch die Regelung von § 17 Abs. 2 StPO/ZH (Fn. 6): «Der Untersuchungsbeamte hat dem Verteidiger Gelegenheit zu geben, an den Einvernahmen des Angeschuldigten teilzunehmen, wenn dieser es verlangt und der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird. Im Kanton zugelassene Rechtsanwältinnen sind zur Einvernahme stets zuzulassen, sobald der Angeschuldigte vor dem Untersuchungsbeamten erstmals einlässlich ausgesagt hat oder sich seit 14 Tagen in Haft befindet.»

13 Differenziert zur Fluchtgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO) Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, 914 ff.; m.w.H. zur überproportionalen Inhaftierung von Ausländern Manfrin, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Ein Beitrag zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Haftrecht, Diss. Luzern 2014, 62; praktisches Beispiel bei Hürlimann, In U-Haft gerät man schneller, als man denkt, NZZ-Online vom 03.09.2015; berechtigte Kritik zur pauschalen Annahme von Kollisionsgefahr (lit. b) bei Oberholzer, a.a.O., 909; für enge zeitliche Begrenzung der Haft bei Kollisionsgefahr Albrecht, Die Kollisionsgefahr als Haftgrund (unter besonderer Berücksichtigung von § 69 lit. b der revidierten baselstädtischen Strafprozessordnung), BJM 1999, 1 ff., 19; zur Wiederholungsgefahr (lit. c) zu Recht kritisch ders. (Fn. 10), 357 ff.; eingehend Conte, Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2018, 95 ff.; zu Recht kritisch zur Ausführungsgefahr (Abs. 2) Seelmann, Präventive Strafverfolgung – ein notwendiges Oxymoron?, in: Coninx/Ege/Mausbach (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2017, 107 ff.; eingehend Conte, a.a.O., 173 ff.; zu apokryphen Haftgründen Manfrin, a.a.O., 57 ff.

14 Plastisch Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich u.a. 2018, 307 ff.; kritisch zur «Grundrechtskonformität des Vollzugs der Untersuchungshaft» Tätigkeitsbericht Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) 2014, 25 ff., insb. 45, wonach etwa mit Blick auf die Unschuldsvermutung «Zelleneinschlüsse von mehr als zwanzig Stunden für Personen in Untersuchungshaft grundrechtswidrig sind»; ferner Baechtold/Weber/Hostettler, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2016, 97 («[...] meist Einzelhaft ohne Möglichkeit der Beschäftigung»); Gfeller/Bigler/Bonin, Untersuchungshaft, Ein Leitfadens für die Praxis, Zürich u.a. 2017, N 20 ff.; siehe auch Feusi, U-Haft ist härter als der Strafvollzug, NZZ-Online vom 13.06.2018 («In den Zürcher Untersuchungsgefängnissen werden die Häftlinge in der Regel 23 Stunden am Tag eingeschlossen und isoliert. Sie müssen dort auch alleine essen, der einstündige Spaziergang im Gefängnishof ist die einzige Abwechslung, und zur Monotonie kommt die Ungewissheit über die Dauer der U-Haft.»).

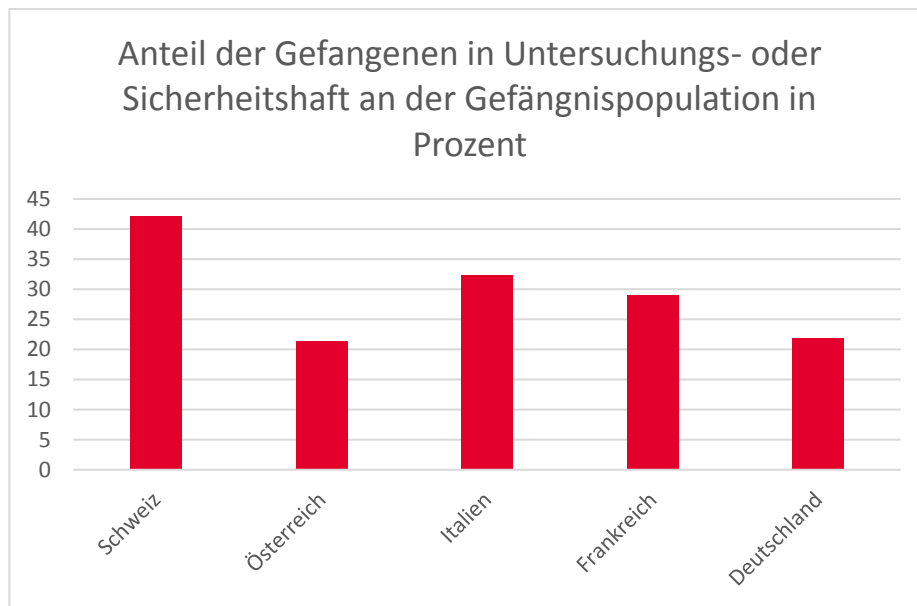
15 Riklin, Postulate zur Reform der Untersuchungshaft. Unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen der europäischen Menschenrechtskonventionen und des schweizerischen Verfassungsrechts, ZStrR 1987, 57 ff., 81 («Der Vollzug der Untersuchungshaft gehört zu den dunkelsten Kapiteln des schweizerischen Haftrechts»); siehe auch Hürlimann, Die Untersuchungshaft – ein düsteres Kapitel, NZZ-Online vom 09.09.2016.

16 World Prison Brief (WPB), Institute for Criminal Policy Research (ICPR), Birkbeck College, University of London, World Prison Brief Data for Switzerland, 31.01.2019.

17 Im Detail ('further information' on WPB [Fn. 16]): 2000 (42% [33/100.000]), 2005 (39% [32]), 2010 (41% [32]), 2015 (40% [33]).

18 Gl.M. Summers, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 5 N 5.

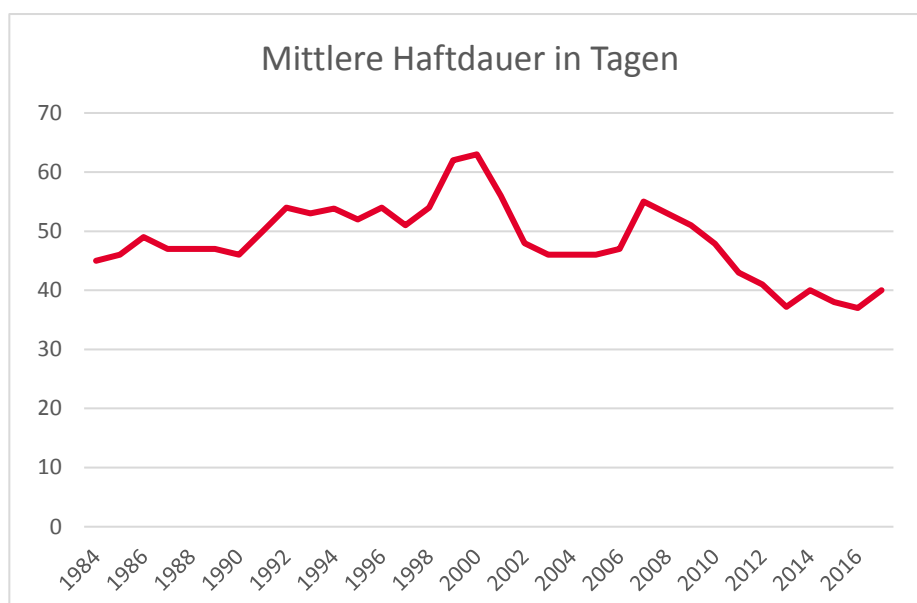
19 Quelle: WPB (Fn. 16), (Stand 13.06.2019).



Was die Dauer der Untersuchungshaft anbelangt, so weist die Statistik zur Anrechnung von Untersuchungshaft für das Jahr 2017 total 19'995 Urteile (i.e. 18,5 % aller 107'932 erfassten Urteile) aus, in denen Haft angerechnet wurde. Dabei wurde in 14'896 Fällen bis 2 Tage, in 1'396 Fällen 3 Tage bis 1 Monat, in 1'297 Fällen 1-3 Monate, in 1069 Fällen 3-6 Monate, in 822 Fällen 6-12 Monate und in 515 Fällen mehr als ein Jahr Haft angerechnet. Die mittlere Haftdauer lag 2017 bei 40 Tagen, wo sie sich

nach einem Hoch um die Jahrtausendwende nun einzupendeln scheint.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Bundesamt für Statistik (BFS), Kriminalität und Strafrecht, Tabelle Nr. je-d-19.03.03.02.01.05.02 (veröffentlicht: 24.06.2019; online: <https://www.bfs.admin.ch/asset/de/je-d-19.03.03.02.01.05.02>), allerdings mit Einschränkungen zur Aussagekraft insb. von Urteilen mit schweren Straftaten sowie zum Begriff der Untersuchungshaft: Die Statistik bezieht sich auf Art. 51 StGB und berücksichtigt daher (wohl) jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, d.h. neben der Untersuchungshaft gemäss Art. 220ff. StPO wohl auch Sicherheits- und Auslieferungshaft sowie andere Einschränkungen der Bewegungsfreiheit von mind. 3 Stunden (siehe Art. 110 Abs. 7 StGB; Mettler/Spichtin, BSK StGB I (Fn. 4), Art. 51 N 13ff.). Einschlägige Daten zur Dauer der von den Zwangsmassnahmegrichtern angeordneten Untersuchungshaft liegen bedauerlicherweise keine vor.



**Laurent Contat** hat ferner aufgezeigt, dass im Kanton Waadt die Summe aller Untersuchungshafttage allein in den vergangenen 4 Jahren um 27.5 % zugenommen hat, von 74'434 im Jahr 2015 auf 102'615 im Jahr 2018 und dies obwohl 2015 sogar noch etwas mehr Personen (1'489) inhaftiert waren als 2018 (1'439).<sup>21</sup>

Soweit ersichtlich fehlen für die Schweiz umfassende empirische Erhebungen zur Untersuchungshaft. Doch nur schon der im internationalen Vergleich hohe Anteil von Untersuchungshäftlingen an der gesamten Gefängnispopulation lässt vermuten, dass in der Schweiz die Repression eher in der Untersuchung als im Urteil und im Vollzug gesucht wird. Bei den in Strafurteilen auszufällenden Sanktionen (Geldstrafe, bedingter Strafvollzug, electronic monitoring, gemeinnützige Arbeit etc.) wird sehr darauf geachtet, den Betroffenen nicht unnötig zu desozialisieren.<sup>22</sup> Auch in der Vollzugsphase wird hierzulande viel Gewicht auf Resozialisierung gelegt.<sup>23</sup> Im Vergleich dazu scheinen die Untersuchungsbehörden eher zurückhaltend von Ersatzmassnahmen Gebrauch zu machen.<sup>24</sup> Im Folgenden möchte ich deshalb vier Thesen zu Diskussion stellen, wie die Untersuchungshaft reformiert werden könnte.

### A. 1. These: Alles in eine Hand

Meine erste These lautet, dass *Haftanordnung* und *Haftentlassung* in einer Hand vereinigt sein sollten. Damit meine ich nicht die Rückkehr zu den früheren Zürcher Verhältnissen. Vor

<sup>21</sup> Contat (Fn. 9).

<sup>22</sup> Art. 34 Abs. 2 StGB; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 131 («Weiter darf die Geldstrafe den Gedanken der Resozialisierung nicht aus den Augen verlieren»).

<sup>23</sup> Art. 75 StGB; BGE 124 IV 246 E. 2b; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 20 («Bei der Vollstreckung der Strafen rückt schliesslich der Resozialisierungsgedanke ganz ins Zentrum»).

<sup>24</sup> Manfrin, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, in: Mona/Riklin (Hrsg.), Rechtswidrige Zustände?, Untersuchungshaft in der Kritik – Contraire à la loi?, La détention provisoire sous la loupe, 63 ff.; Materialien der Fachgruppe Reform im Strafwesen, Band 10, Bern 2017, 63 ff., der aufzeigt, dass von den am Bezirksgericht Winterthur in den Jahren 2009-2015 behandelten ca. 1'000 Haftfällen nur 90 Mal von der Staatsanwaltschaft ausschliesslich Ersatznahmen beantragt wurden.

1990 lagen diese beiden Befugnisse in den Händen der Bezirksanwälte.<sup>25</sup> Diese Regelung hat Strassburg bekanntlich für konventionswidrig erklärt.<sup>26</sup> In der Folge mussten deshalb unabhängige Haftrichter geschaffen werden,<sup>27</sup> die über die Anordnung von Untersuchungshaft zu entscheiden hatten.<sup>28</sup> Die Befugnis zur jederzeitigen *Haftentlassung* blieb allerdings weiterhin beim Bezirksanwalt.<sup>29</sup> Diese Regelung fand auch Eingang in die schweizerische Strafprozessordnung. Die Untersuchungshaft wird durch das Zwangsmassnahmengericht angeordnet.<sup>30</sup> Die Haftentlassung kann die Staatsanwaltschaft jederzeit in eigener Regie oder auf Gesuch der inhaftierten Person verfügen. Erst wenn die Staatsanwaltschaft diesem Gesuch nicht entspricht, entscheidet das Zwangsmassnahmengericht über die Haftentlassung.<sup>31</sup> Auf den ersten Blick ist diese Regelung sinnvoll: Die Anordnung von Haft ist ein gravierender Eingriff in die persönliche Freiheit. Dieser Entscheid soll von einer Person gefällt werden, die nicht durch ihre eigene Untersuchungshypothese voreingenommen ist und deshalb

<sup>25</sup> Vgl. § 49 Gesetz betreffend den Strafproze (Strafprozessordnung) des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, OS 31, 327 ff.; vgl. dazu Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 1989, N 712 f.

<sup>26</sup> EGMR vom 23.10.1990, *Affaire Huber v. Suisse* (Requête No 12794/87), § 42 f.; siehe auch zusammenfassend BGE 131 I 36 E. 2.3 m.w.H.

<sup>27</sup> § 24a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (LS 211.1), in der Version der Revision vom 03.03.1991; noch skeptisch dazu Schmid, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1993, N 696, wonach fundierte Untersuchungen darüber fehlten, «ob diese Gesetzesänderung die Stellung des verhafteten Angeschuldigten wirklich oder nur formal zu verbessern vermochte».

<sup>28</sup> § 60 Abs. 2 StPO/ZH (Fn. 6).

<sup>29</sup> § 64 Abs. 3 StPO/ZH (Fn. 6); Donatsch, in: Donatsch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 2. Lieferung, Zürich 1998, § 64 N 21 («Der Untersuchungsbeamte kann zum einen dem Gesuch Folge geben und den Angesch. entlassen...»); in EGMR vom 04.12.1979, i.S. Schiesser v. die Schweiz (App.No. 7710/76), Ziff. 31, der die Haftbefugnisse der Zürcher Bezirksanwaltschaft betraf, forderte der EGMR, dass der Untersuchungsbeamte («officer»), der die erste Einvernahme durchführt, die Befugnis haben soll, den Beschuldigten zu entlassen, wenn keine Haftgründe gegeben sind.

<sup>30</sup> Art. 226 StPO; Botschaft StPO (Fn. 12), 1230; kritisch zur Unabhängigkeit des Zwangsmassnahmengerichts im Haftverfahren Roos/Fingerhuth, Fairness im Haftverfahren aus Sicht der Verteidigung, zur Publikation vorgesehen in: forumpenale, Heft 6, Kapitel III. Struktur des Haftverfahrens.

<sup>31</sup> Art. 228 StPO; Forster, BSK StPO (Fn. 18), Art. 228 N 2 ff.

Gefahr läuft, die Haft als Druckmittel einzusetzen. Die Haftentlassung hingegen gibt der betroffenen Person ihre Freiheit zurück; dieser Entscheid erscheint unverdächtig.

Selbstverständlich soll die Staatsanwaltschaft Beschuldigte nach einer Festnahme weiterhin sofort auf freien Fuss setzen können, wenn keine Haftgründe gegeben sind. Sobald aber Untersuchungshaft angeordnet wird, birgt die personelle Trennung von Haftanordnung und -entlassung die Gefahr, dass sich die Akteure die Verantwortung für die persönliche Freiheit des Inhaftierten gegenseitig zuschieben.<sup>32</sup> Obwohl die Zwangsmassnahmengерichte gesetzlich verpflichtet sind, stets die mildeste Massnahme auszufällen (Art. 196 Abs. 1 lit. c StPO), gehen sie in der Praxis wohl nicht zuletzt aus Effizienzgründen häufig an die Grenze des gesetzlich Erlaubten und ordnen 3 Monate Untersuchungshaft (Art. 227 Abs. 1 Satz 2 StPO<sup>33</sup>) an.<sup>34</sup>

Die ZwangsmassnahmenrichterInnen können sich damit beruhigen, dass es der Staatsanwaltschaft, die ja näher an den Fakten des Falls

dran ist, jederzeit freistehe, den Beschuldigten wieder auf freien Fuss zu setzen. Die Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite kann sich sagen, dass das gesetzlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip verpflichtete Gericht nach Einsicht aller verfügbaren Fakten eine Haftdauer von 3 Monaten abgesegnet hat. Das Problem der Verantwortungsdelegation wird auch nicht dadurch behoben, dass das Zwangsmassnahmengерicht letztlich für von der Staatsanwaltschaft abgelehnte Haftentlassungsgesuche zuständig bleibt (Art. 228 Abs. 2 StPO). Die Zwangsmassnahmengерichte können sich auch hier sagen, dass die mit den Umständen des Falles vertraute Staatsanwaltschaft dem Gesuch gerade nicht entsprochen hat und sie ausserdem die Möglichkeit hat, die beschuldigte Person auch ohne Gesuch jederzeit freizulassen. Die Staatsanwaltschaft kann sich demgegenüber darauf stützen, dass ihrem negativen Haftentlassungsentscheid keine endgültige Wirkung zukommt und die Zwangsmassnahmengерichte letztlich darüber entscheiden.

Hinzu kommt, dass die Befugnis, den Inhaftierten jederzeit zu entlassen, der Staatsanwaltschaft ein mit Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit mächtiges (Geständnis-)Druckmittel in die Hände gibt.<sup>35</sup> Selbst wenn sich die Strafbehörden bemühen, verantwortungsvoll mit ihren Machtbefugnissen umzugehen,<sup>36</sup> wohnen der personellen Trennung von Haftanordnung und -entlassung somit systemische Gefahren inne, die es de lege ferenda zu überdenken gilt. Eine Möglichkeit wäre, die Anordnung von Untersuchungshaft und die Entlassung aus einer einmal angeordneten Haft beim Zwangsmassnahmengерicht in einer Hand zu vereinen. Damit liesse sich der positive Effekt der alten

<sup>32</sup> Vgl. dazu Interview mit Käser und Heeb, «Die Untersuchungshaft wird missbraucht», pläd 5/2015, 8 ff., 12 («[Heeb]: Gerichte denken sich, der Staatsanwalt werde schon gute Gründe für die Untersuchungshaft haben. Gleichzeitig sagen die Staatsanwälte, sie würden ja nur den Antrag stellen, schliesslich entscheide das Gericht. Das ist eine Situation, in der faktisch niemand die Verantwortung für die Inhaftierung übernimmt.»).

<sup>33</sup> Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich u.a. 2014, Art. 227 N 10.

<sup>34</sup> Implizit wohl Schnell/Steffen, Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, Theorie, Rechtsprechung und Musterdokumente, Bern 2019, 257, wonach im Haftanordnungsverfahren «nicht von einer Normaldauer von drei Monaten auszugehen» sei. Die Wahrnehmung, dass die Zwangsmassnahmengерichte die Dauer der Untersuchungshaft bei der Anordnung sehr selten begrenzen, wird auch von verschiedenen Praktikern geteilt, so die an dieser Stelle zu verdankenden persönlichen Einschätzungen von Laurent Contat, Ministère public de la baronnie de Lausanne (Mail vom 21.06.2019), Dr. Titus Graf, Ersatzoberrichter und Gerichtsschreiber, Obergericht des Kantons Zürich (Mail vom 21.06.2019), Bezirksrichter lic. iur. Hans-Jürg Zatti, Bezirksgericht Zürich (mündliche Auskunft vom 25.06.2019) sowie Dr. Fabio Manfrin, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich und Ersatzrichter am Bezirksgericht Zürich (mündliche Auskunft vom 19.06.2019). Letzterem verdanke ich auch den Hinweis auf das Ressourcenproblem. Er plädiert für eine institutionelle und personelle Stärkung der Zwangsmassnahmengерichte, ferner dafür, dass die heute schon möglichen Befristungen und Verfahrensanweisungen häufiger ausgesprochen werden sowie dafür, dass mehr Anhörungen vor dem Zwangsmassnahmengерicht stattfinden und die Staatsanwaltschaft stets vorgeladen werde.

<sup>35</sup> Manfrin (Fn. 13), 55 ff. m.w.H.; zu diesem «Gesteh und Geh» eingängig auch Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 5 und 26, wo sogar von einem «gewünschten Geständnisdruck» ausgegangen wird; ferner Stern, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 3. Aufl., Heidelberg 2013, N 2128, wonach längst bekannt sei, dass die Androhung von Untersuchungshaft Geständniszwang erzeuge.

<sup>36</sup> So Staatsanwalt Ulrich Weder, in: Hürlimann, «U-Haft dient auch präventiven Zwecken», NZZ-Online vom 30.12.2015; dagegen Strafverteidigerin Knodel, in: Hürlimann (Fn. 13).

Regelung, dass mit dem Untersuchungsbeamten eine Person alleine für die Haftanordnung und -entlassung verantwortlich war,<sup>37</sup> auf die heutige Zuständigkeitsregelung übertragen. Allerdings müsste hierzu sichergestellt sein, dass nicht bloss das Zwangsmassnahmengericht als Institution, sondern die gleiche Zwangsmassnahmenrichterin, welche die Haft angeordnet hat, auch für die Entlassung zuständig bleibt. Ansonsten verlagert sich das Problem der Verantwortungsdelegation einfach in das Zwangsmassnahmengericht.<sup>38</sup>

### B. 2. These: Maximal sechs Monate

Meine zweite These lautet, dass die Dauer der Untersuchungshaft auf maximal sechs Monate zu beschränken ist. In der schweizerischen Strafprozessordnung gibt es keine absolute Begrenzung der Haftdauer,<sup>39</sup> sondern bloss eine periodische Überprüfung (Art. 227 Abs. 1 StPO).<sup>40</sup> Die Untersuchungshaft kann beliebig oft um drei oder sogar sechs Monate verlängert werden (Abs. 7).<sup>41</sup> Auch die Strassburger Rechtsprechung kennt keine wirksamen Obergrenzen. So wurde im Fall Shabani gegen die Schweiz eine fünfjährige Untersuchungshaft für noch konventionskonform (Art. 5 Ziff. 3 EMRK) erklärt.<sup>42</sup> In den Jahren 2010-2016 wurde jeweils in über 1'000 Fällen Untersu-

chungshaft von über sechs Monaten an die Strafe angerechnet.<sup>43</sup>

Absolute Haftdauerbeschränkungen sind ein Ceterum Censeo der Prozessrechtsdoktrin.<sup>44</sup> Bereits **Martin Schubarth** hat darauf hingewiesen, dass eine starre Haftbegrenzung einen wesentlich stärkeren Zwang auf die Untersuchungsorgane ausübe, zielstrebig zum Urteil zu kommen, als erstreckbare Haftfristen.<sup>45</sup> Nach **Peter Albrecht** sind absolute Haftfristen ein Gebot der Verhältnismässigkeit: «Eine solche Frist dürfte für die Fälle von Fluchtgefahr im Bereiche von etwa zwei Jahren, bei blosser Kollisionsgefahr hingegen wesentlich tiefer anzusetzen sein.»<sup>46</sup> Für eine Begrenzung sprechen nicht zuletzt die Kosten.<sup>47</sup> Der grösste Vorteil einer absoluten Beschränkung liegt aber darin, dass die Beschuldigten über die Dauer der Haft nicht länger im Ungewissen sind. Gegen Höchstgrenzen spreche gemäss **Andreas Keller** etwa für den Bereich der organisierten Kriminalität, dass die «vielfältigen Möglichkeiten missbräuchlicher Verzögerungen etwa durch Einflussnahme auf Zeugen (besonders auf solche im Ausland) Strafverfahren geradezu ins Leere laufen lassen».<sup>48</sup> Dieses Argu-

37 Hierzu Strafverteidiger **Ottiger**, in: **von Däniken**, LUZERN: Vorwurf der Strafverteidiger: Zu lange U-Haft-Dauer, Luzerner Zeitung-Online vom 08.09.2014.

38 Diesen Hinweis verdanke ich einer mündlichen Auskunft vom 11.04.2019 von Bezirksrichter lic. iur. **Thomas Fleischer** des Bezirksgerichts Zürich.

39 Das ist vom Gesetzgeber wohl so gewollt, zumal eine absolute Beschränkung der Untersuchungshaftdauer nicht diskutiert wurde; vgl. schon **Bundesamt für Justiz**, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, 163 ff.; Botschaft StPO (Fn. 12), 1231 ff.; **Härrli**, Auswirkungen der Unschuldsumsetzung auf das Recht der Untersuchungshaft, AJP 2006, 1217 ff. 1225 («keine absolute, in keinem Fall verlängerbare Haftfrist»).

40 Früher gab es in vielen Kantonen nicht einmal die periodische Überprüfung, vgl. **Riklin** (Fn. 15), 70 f.

41 Zu Recht kritisch **Pieth**, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 147 («Art. 227 Abs. 7 fordert den Missbrauch geradezu heraus»).

42 EGMR vom 05.11.2009, i.S. Shabani v. die Schweiz (App. No. 29044/06), § 69.

43 BFS (Fn. 20).

44 Vgl. schon **Schubarth**, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, Eine Analyse der schweizerischen Strafprozessgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Bern 1973, 149 f.; **Binswanger/W. Brandenberger**, Zum Problem langandauernder Untersuchungshaft, ZStrR 1975, 406 ff., 419; **Riklin** (Fn. 15), 71 («zu erwägen wäre ferner die Festlegung absoluter Haftfristen»); **Härrli** (Fn. 39), 1224 («Unterstützung verdient der Vorschlag des Arbeitskreises Strafprozessreform, die absolute Haftfrist auf zwei Jahre festzusetzen»); **Noll**, Bemerkungen zu Nr. 5 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 5. August 2011 i.S. X gegen die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich - 1B\_381/2011, fp 2012, 11 ff. 15; **Summers**, BSK StPO (Fn. 18), Art. 5 N 5; a.M. **Keller**, Untersuchungshaft im Kanton St. Gallen - vom alten zum neuen Strafprozessgesetz, AJP 2000, 936 ff., 942.

45 **Schubarth** (Fn. 44), 149 f.; skeptisch gegenüber der Beschleunigungswirkung von § 121 der deutschen Strafprozessordnung, der die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monaten nur bei Vorliegen wichtiger Gründe erlaubt **Prüllage**, Zur Dauer der Untersuchungshaft, DRiZ 1979, 278 f.

46 **Albrecht** (Fn. 10), 372.

47 So illustrativ für die Ausschaffungshaft **Grierson**, Time limit on detaining immigrants could save £35m a year, says study, The Guardian vom 07.05.2019.

48 **Keller** (Fn. 44), 942 mit Hinweis auf EGMR vom 26.01.1993, i.S. W. v. Switzerland (App. No. 14379/88), § 42, wo eine vierjährige Untersuchungshaft nicht als EMRK-widrig eingestuft worden sei.

ment überzeugt nicht. Gerade bei kriminellen Organisationen ändert die Inhaftierung einzelner Mitglieder nichts an der generellen Gefährdung von Zeugen. Diese müssen über das Strafverfahren hinaus geschützt werden.<sup>49</sup> Der Gefahr der *Beeinflussung* von Zeugen ist zu begegnen, indem man sie möglichst rasch befragt.

Während Deutschland, wie die Schweiz, keine absolute Haftbegrenzung kennt,<sup>50</sup> zeigt sich in der österreichischen Heimat unseres Jubilars ein anderes Bild. Dort bestimmt § 178 der Strafprozeßordnung unter dem Titel ‚Höchstdauer der Untersuchungshaft‘, dass die Untersuchungshaft bis zum Beginn der Hauptverhandlung bestimmte Fristen nicht übersteigen darf: Wenn der Beschuldigte nur aus dem Grunde der Verdunkelungsgefahr inhaftiert ist, beträgt die maximale Frist zwei Monate. Bei allen anderen Haftgründen sind es sechs Monate, wenn der Beschuldigte wegen des Verdachts eines Vergehens angehalten wird; ein Jahr bei Verdacht auf ein Verbrechen; und zwei Jahre bei Verdacht auf ein Verbrechen, das mit einer fünf Jahre übersteigenden

Freiheitsstrafe bedroht ist.<sup>51</sup> Überzeugend ist, dass die Maximaldauer der Haft bei Kollusionsgefahr tiefer sein muss. Hier liegt es in den Händen der Strafbehörden, diese rasch zu beseitigen. Im Übrigen ist eine Maximaldauer von 2 Jahren mit Blick auf das Haftregime immer noch deutlich zu lang. Hier könnte man sich zum Beispiel an Schottland orientieren, wo die ‚pretrial detention‘, also Untersuchungs- und Sicherheitshaft, sogar in Fällen von Schwerstkriminalität in der Zuständigkeit von High Courts 140 Tage nicht übersteigen darf.<sup>52</sup>

Man braucht kein Prophet zu sein, um vorherzusehen, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte diesen Vorschlag als Hirngespinnst eines praxisfernen Wolkenschiebers verwerfen werden. Sie werden wohl vorbringen, dass sich komplexe Untersuchungen z.B. in Wirtschaftsstraffällen nicht in sechs Monaten zu Ende führen liessen. Dieser Einwand ist mit einem Verweis auf das reichhaltige Ersatzmassnahmen-Repertoire der Strafprozessordnung<sup>53</sup> noch

49 Zum prozessualen Zeugenschutz **Wehrenberg**, BSK StPO (Fn. 18), Art. 149 N 4, zum ausserprozessualen Zeugenschutz op.cit., Art. 156 N 1 ff.; ferner Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG) vom 23. Dezember 2011.

50 **Böhm**, in: Knauer, Kudlich, Schneider (Hrsg.), Münchner Kommentar StPO, München 2014, § 121 N 1 («Zwar kennt das deutsche Recht keine absolute zeitliche Begrenzung im Sinn einer Höchstdauer, Zweck der Norm ist es jedoch, die Strafverfolgungsorgane anzuhalten, die Ermittlungen und das sich anschließende Gerichtsverfahren beschleunigt durchzuführen.»); § 113 Abs. 1 der deutschen Strafprozeßordnung sieht immerhin vor, dass bei Taten, die mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten bedroht sind, keine Untersuchungshaft angeordnet werden, wenn einzig der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr vorliegt; s. dazu auch **Roos/Fingerhuth** (Fn. 30), Kapitel VI. Entscheid – Wo ist die Verhältnismässigkeit geblieben?

51 S. zur Regelung in Österreich auch **Roos/Fingerhuth** (Fn. 30), Kapitel VI. Entscheid – Wo ist die Verhältnismässigkeit geblieben?; eine ähnliche Regelung kennt *Spanien* in Articulo 504 Ley de Enjuiciamiento Criminal (14.09.1882): Maximalhaft von einem Jahr bei einer Strafdrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, Maximalhaft von 2 Jahren bei einer Strafdrohung von über drei Jahren Freiheitsstrafe (Ziff. 2), die Untersuchungshaft wegen Kollusionsgefahr ist begrenzt auf sechs Monate (Ziff. 3), bei Strafdrohungen von unter zwei Jahren Freiheitsstrafe darf in der Regel keine Untersuchungshaft angeordnet werden, es sei denn der Betroffene habe nicht gelöschte Vorstrafen (!) (Articulo 503 Ziff. 1); vgl. dazu bereits **Noll**, Praxis der Untersuchungshaft in der Schweiz, Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots *de lege ferenda*, in: Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 1055 ff., 1070.

52 In *Schottland* beträgt die maximale Untersuchungshaft in «solemn proceedings» 110 [Sheriff Court] oder 140 [High Court] Tage, vgl. Criminal Procedure [Scotland] Act 1995 section 65 subsection 4. In «summary proceedings» (summarischen Verfahren) beträgt sie 40 Tage, s. section 147 subsection 1, a.a.O.; dazu **Bahtiyar/Lambertina/van der Linden/Rozel**, Chapter 28, United Kingdom, in: van Kalmthout/Knapen/Morgenstern (Hrsg.), Pre-trial Detention in the European Union, An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU, Tilburg 2009, 931 ff., 974.

53 **Manfrin** (Fn. 24), 63 ff., (für die reine Vortragsversion siehe <https://perma.cc/KU8L-EBBR>); siehe auch **Manfrin** (Fn. 13), 100f. und 163, wo er zu Recht darauf hinweist, dass Ersatzmassnahmen *Haft-surrogate* sind, die von denselben Voraussetzungen abhängen wie die Haft. Die Anordnungsvoraussetzungen dürfen deshalb entgegen der Rechtsprechung (z.B. BGE 133 I 27 E. 3.3) nicht mit dem Hinweis auf die mildernden Auswirkungen der Ersatzmassnahmen gelockert werden.

verhältnismässig leicht zu kontern. Schwieriger wird es in Kapitalfällen, man denke etwa an den Vierfachmord von Rapperswil.<sup>54</sup> Hier würde wohl geltend gemacht, dass eine Freilassung vor der Gerichtshandlung nicht zu verantworten und eine seriöse Begutachtung innert sechs Monaten nicht zu erhalten ist. Die Lösung könnte darin liegen, innerhalb von sechs Monaten ein Tat- oder Schuldinterlokut (Art. 342 StPO)<sup>55</sup> zu erwirken und die Massnahmenfrage zu vertagen.

### C. 3. These: Doppelte Anrechnung

Möglicherweise lassen sich die Strafbehörden aber auch durch eine Besserstellung der Beschuldigten motivieren, mässiger mit der Untersuchungshaft umzugehen. Eine dritte These könnte somit lauten, die Untersuchungshaft künftig *doppelt* anzurechnen.<sup>56</sup> Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter (sic!) während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an (Satz 1). Ein Tag Haft entspricht einem Tag Freiheitsstrafe bzw. einem Tagessatz Geldstrafe (Satz 2).<sup>57</sup> Früher galt bei der Haftanrechnung der Grundsatz der Tatidentität. Danach konnte die Untersuchungshaft nur auf die Strafe für diejenige Tat angerechnet werden, für die sie ursprünglich angeordnet wurde.<sup>58</sup> Bei der AT-Revision wollte der Bundesrat als Begrenzung noch eine Verfahrensidentität

einführen.<sup>59</sup> Heute ist umfassend anzurechnen. Zu entziehende Freiheit ist, wenn immer möglich, mit bereits entzogener Freiheit zu kompensieren.<sup>60</sup>

Für die doppelte Anrechnung spricht, dass die Untersuchungshaft in ihren Vollzugsmodalitäten (Einzelhaft, 23 Stunden Einschliessung, Kontakteinschränkungen etc.) selbst gegenüber dem Vollzug in einer geschlossenen Anstalt<sup>61</sup> wohl mindestens doppelt so hart ist.<sup>62</sup> Bei lockereren Vollzugsformen, wie dem offenen Strafvollzug, dem Arbeits- und/oder Wohnexternat oder dem electronic monitoring ist dieses Verhältnis noch augenscheinlicher.<sup>63</sup> Am deutlichsten ist der Unterschied, wenn die Untersuchungshaft an eine Freiheits- oder Geldstrafe angerechnet wird, für die der be-

<sup>54</sup> Zusammenfassung zum Sachverhalt BGer vom 21.05.2019, 6B\_237/2019.

<sup>55</sup> Siehe auch **Hauri/Venetz**, BSK StPO (Fn. 18), Art. 342 N 3, wonach die «Zweiteilung der Hauptverhandlung der Verfahrensökonomie dienen» kann. Beim Tatinterlokut stellt sich die Frage, ob die Unschuldsvermutung danach weiter gilt. Bei einem noch in Bezug auf eine Massnahme zu begutachtenden Beschuldigten könnte ein Schuldinterlokut dann zu einer Verfahrensverkürzung führen, wenn die Begutachtung zunächst strikt auf die Frage beschränkt wird, ob der Beschuldigte zur Tatzeit schuldunfähig war.

<sup>56</sup> Vgl. bereits etwas vorsichtiger **Härrli** (Fn. 39), 1220, der forderte, die «Untersuchungshaft sollte mit einem Faktor von über eins zu Buche schlagen.»

<sup>57</sup> Im Detail **Jositsch/Ege/Schwarzenegger** (Fn. 14), 144 ff.

<sup>58</sup> BGer vom 27.10.2016, 6B\_747/2016, E. 3.5.1; **Mettler/Spichtin**, BSK StGB I (Fn. 20), Art. 51 N 42.

<sup>59</sup> BGE 133 IV 150 E. 5.1; vgl. hierzu den beim **Schubarth**, Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine ausgesprochene Strafe oder Entschädigung für ungerechtfertigte Untersuchungshaft?, ZStrR 1998, 112 f., 112, referenzierte Abschreibungsbeschluss BGer vom 29.09.1997, 4C.558/1996: «X. hatte in einem Strafverfahren wegen Mordverdachts 257 Tage in Untersuchungshaft verbracht. Das Verfahren wurde am 9. Dezember 1994 eingestellt. In einem anderen Verfahren wurde er dagegen am 13. September 1996 zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. In der Folge verlangte er mit einer direkten Klage vor Bundesgericht vom betreffenden Kanton Haftentschädigung für 257 Tage ungerechtfertigterweise verbüsst Untersuchungshaft. Das Verfahren endete mit einem Vergleich. Die 257 Tage Untersuchungshaft, die X. im früheren Verfahren verbüsst hatte, werden danach auf die Strafe angerechnet, die X. gegenwärtig verbüsst».

<sup>60</sup> Erstmals BGer vom 23.03.2006, 6S.421/2005, E. 3.2.4; sodann BGE 133 IV 150 Regeste.

<sup>61</sup> **Jositsch/Ege/Schwarzenegger** (Fn. 14), 308.

<sup>62</sup> Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) kam im Rahmen einer Studie im Jahr 2015 zum Schluss, dass die Untersuchungshaftbedingungen in der Schweiz in mehreren Bereichen erhebliche Defizite aufweisen. Beispielsweise wurden die schweizweit üblichen Zelleneinschlusszeiten von über 20 Stunden als rechtswidrig eingestuft (**Künzli/Frei/Schultheiss**, Untersuchungshaft, Menschliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, SKMR, Bern 11. Mai 2015, 51). Derzeit laufen in den Kantonen Bern und Zürich Bestrebungen für die Einführung eines Zwei-Phasen-Modells, das bei Fehlen oder nach Wegfall der Kollisionsgefahr weniger strikte Haftbedingungen vorsieht. Im Kanton Zürich soll das Modell erstmals im Juli 2019 im Gefängnis Limmattal getestet werden (**Koponen**, Ein Gefängnis wie eine forensische Klinik, NZZ-Online vom 01.03.2019; **Moser**, Weniger harte Haft für womöglich Unschuldige, Der Bund-Online vom 20.09.2017).

<sup>63</sup> Zu den verschiedenen Vollzugsformen vgl. **Baechtold/Weber/Hostettler** (Fn. 14), 126 ff.

dingte Vollzug gewährt wird.<sup>64</sup> Gerade die letztgenannte Konstellation zeigt, dass es für einen beschuldigten Ersttäter, der mit einer bedingten Strafe rechnen darf, attraktiver sein kann, die Vorwürfe von Anfang an einzugestehen und so die Untersuchungshaft zu vermeiden. Das gilt selbst für den zu Unrecht Beschuldigten. Denn insbesondere nach länger andauernder Untersuchungshaft vermag ihn auch ein Freispruch oftmals nicht mehr sozial zu rehabilitieren.<sup>65</sup> Bei einer Verurteilung zu einer bedingten Strafe schlägt **Martin Schubarth** eine bedingte Haftentschädigung vor.<sup>66</sup>

Mit der doppelten Anrechnung würden die ausserordentlich harten Haftbedingungen während der Untersuchung angemessener abgegolten. Ferner nähme man damit apokryphen Haftgründen,<sup>67</sup> wie dem legendären «Weil es

ihm gut tut»<sup>68</sup>, den Wind aus den Segeln, weil Beschuldigte nur noch halb so lange inhaftiert bleiben könnten. Gegen eine doppelte Anrechnung sprechen – a fortiori – all diejenigen Einwände, die gegen die geltende einfache Haftanrechnung (Art. 51 StGB) vorgetragen werden:<sup>69</sup> Die Untersuchungshaft dient der Verfahrenssicherung und nicht der Bestrafung. Ihre Anrechnung verletzt die Unschuldsvermutung. Würde Haft doppelt angerechnet, entstünde der Eindruck, dass sie eine besonders harte Form der Bestrafung ist. Die Verkenning der Untersuchungshaft als vorgezogene Strafe würde damit nur noch akzentuiert.

#### D. 4. These: Keine Anrechnung

Meine vierte These ist deshalb, die geltende Regelung zur Anrechnung der Untersuchungshaft abzuschaffen. Die umfassende Anrechnung der Untersuchungshaft ist im Strafverfolgungsalltag unterdessen vollkommener Courant normal. Wie immer, wenn sich der bleierne Mantel der Gewohnheit über eine Praxis gelegt hat, wird sie nicht mehr hinterfragt. Stoff für Kontroversen ist indes vorhanden: Für die Haftanrechnung spricht zunächst, dass sie prozessgeschichtlich eine Errungenschaft war.<sup>70</sup> Früher wurde Untersuchungshaft nur angerechnet, «soweit der Täter die Untersuchungshaft nicht durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat».<sup>71</sup> Nach Bundesgericht war sogar das Leugnen der Tat ein Grund für die Nichtanrechnung!<sup>72</sup> Die umfassende Haftanrechnung unabhängig von Verhalten, Tat- und Verfahrensidentität war insoweit ein Gewinn. Für die Haftanrechnung spricht weiter, dass gerade das besonders harte Untersuchungshaftregime vom Betroffenen subjektiv

<sup>64</sup> Vgl. Bezirksgerichts Aarau vom 30.05.2018, Präsidium des Strafgerichts, ST.2018[...] (volle Prozessnummer nicht bekannt gegeben), in dem ein marokkanischer Beschuldigter wegen eines Ladendiebstahls (gemäss Anklageschrift: Herrenjacke, Pullover, Jeanshose, Gesamtwert Fr. 479.60) und eines Wohnungseinbruchs in Holderbank zu 160 Tagessätzen bedingter Geldstrafe verurteilt wurde, unter Anrechnung einer Untersuchungshaft von 155 Tagen; differenziert zur Anordnung von U-Haft bei erwartetem bedingten Strafvollzug **Schmid/Jositsch**, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich u.a. 2018, Art. 212 N 10; nach **Bigler/Bonin/Gfeller**, Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht, AJP 2018, 149 ff., 153 f., ist Haft (wohl) unzulässig, wenn nur bedingte Strafen drohen.

<sup>65</sup> Sehr plastisch **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 14), N 7 («Untersuchungshaft reiss den Menschen nämlich aus seinem Leben und dies mit teils verheerenden Folgen. Beziehungen gehen in die Brüche. Unter Umständen werden die Arbeitsstelle oder die Wohnung gekündigt. Demgegenüber können kooperative Ersttäter regelmässig mit bedingten Strafen rechnen. Ein negatives Urteil kann somit weit weniger spürbar sein, als ein freisprechendes Urteil mit vorangehender Untersuchungshaft. Wer in Untersuchungshaft war, wird von den Nachbarn kritisch beäugt. Es ist völlig unerheblich, ob er freigesprochen wird. Denn während im Strafrecht der Grundsatz der Unschuldsvermutung gilt, hat dieser im öffentlichen Leben keine Bedeutung. Hier gilt nicht selten die Vermutung: Wo Rauch ist, ist auch Feuer.»); schon **Schubarth** (Fn. 44), 49.

<sup>66</sup> **Schubarth** (Fn. 44), 211 («Schliesslich kann man sich fragen, ob mit der bedingten Freiheitsstrafe, auf die [...] die Haftdauer anzurechnen ist, auch eine bedingte Haftentschädigung auszurechnen ist, die im Fall der Bewährung nach Ablauf der Probezeit auszubehalten wäre. Denn nur so liesse sich der Vorwurf entkräften, durch die Anordnung von Untersuchungshaft trotz der erwartender bedingter Freiheitsstrafe sei der Betroffene schlechter gestellt worden, als wenn man ihn auf freiem Fuss gelassen hätte»).

<sup>67</sup> Apokryphen (vom Altgriechischen: ἀπόκρυφος [apokryphos], versteckt, verborgen) sind die nicht in den biblischen Kanon aufgenommen Schriften. Entsprechend sind apokryphe Haftgründe solche, die nicht im Gesetz erfasst sind.

<sup>68</sup> **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 14), N 61 et passim zu weiteren apokryphen Haftgründen.

<sup>69</sup> Dazu sogleich im Detail unten «D. 4. These: Keine Anrechnung».

<sup>70</sup> Zu den Etappen **Mettler**, BSK StGB I (Fn. 4), Art. 69 N 32 ff.; **Schubarth** (Fn. 44), 187.

<sup>71</sup> Art. 69 StGB in der Version vom 21. Dezember 1937 (AS 54 757), in Kraft bis zum 31. 12. 2006.

<sup>72</sup> BGE 73 IV 90 Regeste; zu Recht kritisch **Heim**, JdT 1964 IV 40 ff.; **ders.**, JdT 1965 IV 34 ff., 37. In BGE 103 IV 8 E. 3, hat dann auch das BGE erkannt, dass die Nichtanrechnung bei Leugnen das Recht verletzt, sich nicht selber belasten zu müssen.



eindeutig als Strafe empfunden wird. Ein nach erlittener Untersuchungshaft in vollem Umfang abzusetzender Strafvollzug würde von den Betroffenen als doppelte Bestrafung empfunden. **Thomas Manhart**, der Leiter des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich, hat mir deshalb anlässlich des erwähnten Panels auch vorgeworfen, meine These sei menschenverachtend. Darauf ist zurückzukommen.

Mindestens drei gewichtige Gründe sprechen gegen eine unbesehene Haftanrechnung:

1. Dass sich Untersuchungshaft und Strafvollzug in ihrer freiheitsentziehenden Wirkung gleichen, täuscht über fundamentale Unterschiede hinweg, die diese beiden Institute kennzeichnen. Gegen eine Haftanrechnung spricht somit erstens, dass Untersuchungshaft und Strafvollzug vollkommen unterschiedlichen Zwecken dienen. Jene soll die Durchführung des Strafverfahrens erleichtern, indem die beschuldigte Person jederzeit auf Abruf bereit steht und keine Zeugen beeinflussen kann.<sup>73</sup> Der Strafvollzug dient primär<sup>74</sup> der Vergeltung schuldhaft verwirkten Unrechts.<sup>75</sup> Die Untersuchungshaft richtet sich von Gesetzes wegen gegen Unschuldige.<sup>76</sup> Sie ist ein Sonderopfer,<sup>77</sup> das im Dienste der Verfahrenseffizienz zu erdulden ist. Der Strafvollzug richtet sich von Gesetzes wegen gegen Schuldige. Neben der

Haftentschädigung bei einem Freispruch ist die Haftanrechnung eine von zwei Kompensationsmechanismen für dieses Sonderopfer;<sup>78</sup>

2. Zweitens vermittelt die Haftanrechnung den Eindruck, die Untersuchungshaft sei eine antizipierte Strafe für bloss noch formell Unschuldige. Art. 51 StGB lässt sich insoweit nicht mit der verfassungsmässig garantierten Unschuldsvermutung vereinbaren (Art. 32 Abs. 1 BV).<sup>79</sup> Dass der Gesetzgeber die Unschuldsvermutung im Haftrecht geringschätzt, zeigt er mit entwaffnender Offenheit in Art. 212 Abs. 3 StPO. Danach dürfen Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe. Diese Bestimmung bringt noch deutlicher als die Haftanrechnung zum Ausdruck, dass die Untersuchungshaft in der Sache nichts anderes ist als eine vorweggenommene Strafe.<sup>80</sup> Das Gleiche gilt für den vorzeitigen Strafvollzug (Art. 236 StPO). Auch dieses Institut vermengt Verfahrenssicherung mit Vergeltung und verletzt so die Unschuldsvermutung;<sup>81</sup>
3. Schwer wiegt drittens auch die Dynamik, die Art. 51 StGB in den Köpfen der Strafbehörden in Gang setzt: Haft und Strafe werden gleichgestellt. Die Haft wird mithin sogar als Strafe eingesetzt. Und sie präjudiziert – quasi als Gipfel dieser Fehlkonzeption – die Strafe. Es gilt als erwiesen, dass in der Praxis nicht die Länge der Untersuchungshaft an die erwartete Dauer der

<sup>73</sup> Vgl. Art. 196 lit. a und b sowie Art. 221 Abs. 1 lit. a und b StPO; dazu **Manfrin** (Fn. 13), 14 f.

<sup>74</sup> Zu Recht aber auch **Stratenwerth**, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, Einleitung N 2, wonach Sanktionen «nicht länger nur als ‚gerechte‘ Vergeltung» zu begründen sind. Grundlegend zur Strafe als reiner Schuldausgleich **ders.**, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 2 N 3 ff.

<sup>75</sup> Art. 47 Abs. 1 StGB; schon **Albrecht** (Fn. 13), 18 («Im übrigen muss man sich vergegenwärtigen, dass die Untersuchungshaft zwar ähnlich wie die Gefängnis- oder Zuchthausstrafe einen Freiheitsentzug bewirkt, aber auf einem ganz anderen Rechtsgrund beruht. Währenddem es bei der Strafe vorwiegend um Schuldvergeltung gegenüber dem Verurteilten geht (Art. 63 StGB), dient die Kollisionshaft gegenüber dem Verdächtigen als Zwang zur Sicherung der Strafuntersuchung vor Beweisvereitelung.»); ferner **Härri** (Fn. 39), 1219.

<sup>76</sup> **Jositsch/Ege/Schwarzenegger** (Fn. 14), 144 ff.; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 14), N 26.

<sup>77</sup> **Pieth** (Fn. 41), 287.

<sup>78</sup> **Manfrin** (Fn. 13), 25 f., wonach der Sonderopfergedanke aus dem polizeilichen Störerprinzip abgeleitet werde.

<sup>79</sup> **Gl. M. Noll** (Fn. 51), 1062.

<sup>80</sup> Mit Recht sehr kritisch **Manfrin** (Fn. 13), 194 («Nach der skizzierten Praxis wird die beschuldigte inhaftierte Person indes schlechter gestellt als der mit Schuldspruch verurteilte Straftäter, welchem in aller Regel nach Verbüsung von zwei Dritteln der Strafe die bedingte Entlassung zugestanden wird (Art. 86 StGB). Vor diesem Hintergrund ist eine Dauer der Untersuchungshaft bis in die Nähe der zu erwartenden Strafe nicht haltbar, stützt sich die prozessuale Haft doch auf eine weit schwächere Legitimationsbasis (hier in erster Linie auf den Tatverdacht) als die Freiheitstrafe (dort auf den Schuldspruch).»); siehe auch **Härri** (Fn. 39), 1223.

<sup>81</sup> Zusammenfassend statt vieler **Härri** (Fn. 39), 1221 f.

Strafe angepasst, sondern umgekehrt die auszufällende Strafe auf die bereits erlittene Untersuchungshaft abstimmt wird.<sup>82</sup> Nur so lassen sich die in der Praxis der Strafjustiz zu beobachtenden «mirakulösen Punktlandungen» erklären, bei denen die ausgesprochene Strafe genau der Dauer der Untersuchungshaft entspricht.<sup>83</sup>

Als **Zwischenfazit** ist die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe eine historisch erkämpfte «Rechtswohltat», auf die wohl kein Verurteilter verzichten möchte. Zu hart sind die Entbehrungen, die mit der Untersuchungshaft verbunden sind.<sup>84</sup> Auch wenn die Anrechnung prozessgeschichtlich eine Errungenschaft war, hat sie sich unterdessen zu einem

<sup>82</sup> BGE 133 I 168 Regeste; **Robert**, La détention préventive en Suisse romande et notamment à Genève, Genf 1972, 128, hat die Korrelation zwischen Dauer der Untersuchungshaft und Strafe empirisch untersucht und eine «sehr signifikante» Korrelation nachgewiesen («le rapport de corrélation n1 est compris pour cinq cantons entre 0.696 et 0.925»); ferner **Albrecht** (Fn. 10), 360 («Bei den Gerichten besteht nämlich nicht selten die bedenkliche Tendenz, die Höhe der ausgesprochenen Strafe so anzusetzen, dass sie die Dauer der ausgesprochenen Strafe zumindest nicht unterschreitet»); **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 14), N 26; **St. Trechsel**, Die europäische Menschenrechtskonvention, Ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Habil. Bern 1974, 262, wonach die Haftdauer eine «magnetische Wirkung auf das Strafmass» ausübe; **Binswanger/Brandenberger** (Fn. 44), 414 («langandauernde Untersuchungshaft, die eine vorurteilslose Strafzumessung durch den Richter behindert, wenn nicht gar unmöglich macht»); siehe für D die Studie von **Langer**, Kein Rauch ohne Feuer. Die präjudizierende Wirkung der Untersuchungshaft auf die richterliche Strafzumessungsentscheidung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1997, 53 ff, 83.

<sup>83</sup> Prominentestes Beispiel aus der Schweizer Strafjustizgeschichte ist hier wohl Werner K. Rey., der am 14.06.2000 vom Kassationshof des Kantons Bern wegen diverser Vermögensdelikte «zu vier Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung der ausgestandenen Auslieferungs-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 1545 Tagen (Dispositiv Ziff. IV/1)» verurteilt wurde (BGer vom 06.12.2001, 6P.101/2000, lit. C.); ähnlicher Sachverhalt aus Bezirksgericht Aarau vom 30.05.2018 (Fn. 64); siehe auch OG ZH vom 07.07.2017, SB160393-O/U/cw, in dem der Beschuldigte wegen Betäubungsmitteldelikten und Geldwäscherei bestraft wurde («3. [...] mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 808 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind. 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 21 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Es wird festgestellt, dass der vollziehbare Strafteil bereits vollständig durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden ist»). [Diese Hinweise verdanke ich Fürsprecher und Notar, lic. iur. **Konrad Jeker**, und Rechtsanwalt Dr. iur. **Stefan Meichssner**]; vgl. bereits Beispiel bei **Schubarth** (Fn. 44), 51; ferner **Baechtold/Weber/Hostettler** (Fn. 14), 96, wonach die Anrechnung «dazu führen kann, dass für den Vollzug einer Freiheitsstrafe bloss noch eine kurze Strafdauer (im Extremfall überhaupt keine mehr) offen bleibt».

<sup>84</sup> Zu den Auswirkungen langandauernder Untersuchungshaft eindrücklich bereits **Binswanger/Brandenberger** (Fn. 44), 414 f.

Übel gewandelt, indem sie fatale Anreize für die Strafbehörden schafft. Ein kalt berechnender Staatsanwalt, der sich z.B. aufgrund eines Drogenfunds sicher ist, vor Gericht eine mindestens einjährige Freiheitsstrafe durchsetzen zu können, braucht sich über eine rasche Entlassung aus der Untersuchungshaft ebenso wenig Gedanken zu machen wie über eine zügige Anklageerhebung. Er kann sich vielmehr damit beruhigen, dass die Haft ohnehin an die Strafe angerechnet wird.

Was ist nun aber mit dem Einwand von **Thomas Manhart**, dass der Verzicht auf Haftanrechnung menschenverachtend sei? Auf den ersten Blick entsteht tatsächlich der Eindruck, dass Beschuldigte instrumentalisiert werden, wenn ihnen die Anrechnung nur versagt wird, um die Strafbehörden dazu zu bringen, Untersuchungshaft nicht länger als antizipierte Bestrafung einzusetzen. Sie würden so zu einem ausserhalb ihrer selbst liegenden Zweck, nämlich zur Konditionierung von Strafbehörden, missbraucht. Ein näheres Hinsehen zeigt indes, dass die Haft den Beschuldigten in jedem Fall zum Objekt herabwürdigt. Offiziell dient sie dazu, ihn für die Untersuchungszwecke der Strafbehörden zur Verfügung zu halten, inoffiziell auch dazu, ihn mit Blick auf ein Geständnis «weichzukochen».<sup>85</sup> Der Vorteil der Nichtanrechnung besteht darin, dass die Instrumentalisierung wenigstens zum Vorteil des Beschuldigten erfolgt: Seine Haft soll bedeutend kürzer werden. Im bestehenden System hat die Anrechnung – wie das Beispiel mit dem berechnenden Staatsanwalt zeigt – die verstörende Folge, dass sich die Strafbehörden de facto sehr lange keine Sorgen über die Haftdauer machen müssen.

Eine Gefahr dieses Lösungsvorschlags liegt auf der Hand. Wird Untersuchungshaft nicht angerechnet, hat sie ein noch grösseres Geständ-

<sup>85</sup> So explizit **Zeyer**, Wenn ein Staatsanwalt rot sieht, Der Fall Vincenz oder Die Verkluderung des Rechtsstaats, Basler Zeitung-Online vom 04.04.2018; dagegen die Replik von **Melzi**, Der Rechtsstaat Schweiz funktioniert, Basler Zeitung-Online vom 06.04.2018; zum Geständnisdruck **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 14), N 52.

nisdruck-Potential. Als flankierende Massnahme zur Abschaffung der Anrechnung müsste die Untersuchungshaft deshalb unabhängig vom Verfahrensausgang, also auch bei Verurteilung, entschädigt werden.<sup>86</sup> Bei einer Verurteilung könnte die Entschädigung dann mit den Verfahrenskosten verrechnet werden.<sup>87</sup> Damit dies aber für den Betroffenen nicht zum Nullsummenspiel wird, müsste die Haftentschädigung um ein Vielfaches höher sein als die heute üblichen CHF 200.00.<sup>88</sup> Den Strafbehörden wären so auch monetäre Anreize dafür gesetzt, die Untersuchungshaft möglichst kurz zu halten.

### E. Synthese

Es wurde gezeigt, dass im schweizerischen Haftrecht mehrere Faktoren bestehen, die langandauernde Untersuchungshaft begünstigen. Die auf verschiedene Institutionen verteilte Zuständigkeit für die Haftanordnung und -entlassung führt zu einem «System der kollektiven Verantwortungslosigkeit».<sup>89</sup> Es wurde deshalb vorgeschlagen, die Haftanordnung und -entlassung in einer Hand zu vereinen (A). Weiter wurde für eine absolute Haftdauer von sechs Monaten geworben, weil sich sowohl das Verhältnismässigkeitsprinzip als auch der Grundsatz, dass die Haft nicht länger als die zu erwartende Strafe dauern darf (Art. 212 Abs. 3 StPO), als zahnlose Tiger im Kampf gegen zu lange Untersuchungshaft erwiesen haben (B). Die Untersuchungshaft ist in ihren Vollzugsmodalitäten ausserordentlich hart. Das spricht auf den ersten Blick dafür, sie bei der Anrechnung an die Strafe doppelt zu gewichten

(C). Mit diesem Vorschlag würden allerdings zwei bestehende Probleme akzentuiert: Erstens schafft die Anrechnung einen grossen Anreiz, die Haft als vorgezogene Strafe zu missbrauchen. Hinzu kommt zweitens eine hoch signifikante Korrelation zwischen Haftdauer und Strafhöhe.<sup>90</sup> Haft begrenzt die Strafe nicht, sondern bestimmt sie. Eine doppelte Haftanrechnung könnte somit zu noch höheren Strafen führen. Die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe (Art. 51 StGB) ist deshalb aufzugeben (D).

### III. Freispruch

Einleitend habe ich dargelegt, wie mich die Prüfungswillkür des Jubilars in die Arme des Strafrechts trieb. Es ging um die Rechtsmittel gegen Haftanordnungen. Entgegen seiner Annahme gab es kein kantonales Rechtsmittel. Darin waren sich Lehre und Bundesgericht einig. Immerhin ist ihm zuzugestehen, dass sich das Bundesgericht mit der Entscheidung ausserordentlich schwertat. Es bezeichnete die Auffassung des Zürcher Obergerichts, dass gegen die Entscheide des Zürcher Haftrichters keine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden könne, als «aus verfassungsrechtlicher Sicht trotz der geäusserten Bedenken nicht geradezu unhaltbar».<sup>91</sup> Offenbar fasste man es auf dem Mon Repos als eigentliche Majestätsbeleidigung auf, direkt mit Haftbeschwerden aus dem erstinstanzlichen Zürcher Unterholz befasst zu werden. Die Frage, ob das Zürcher Haftrichterregime als grundrechtskonform angesehen werden könne, hänge von der künftigen Rechtsanwendung durch die Zürcher Behörden ab. Angesichts der dargelegten Bedenken und Schwachstellen sei deshalb für die Zukunft nicht ausgeschlossen, dass eine Rekursinstanz eingeführt werden müsse.<sup>92</sup>

Die Skepsis des Bundesgerichts gegenüber einem bloss einstufigen Haftprüfungsverfahren ist

<sup>86</sup> Nach geltendem Recht wird Haft bei einer Verurteilung nur entschädigt, wenn sie rechtswidrig angeordnet wurde (Wehrenberg/Frank, BSK StPO (Fn. 18), Art. 429 N 6 und Art. 431 N 3).

<sup>87</sup> Das geht natürlich nur unter der Hypothese, dass die Haftanordnung rechtmässig war. Genugtuungsansprüche für rechtswidrige Haft können nicht mit Verfahrenskosten verrechnet werden (Wehrenberg/Frank, BSK StPO [Fn. 18], Art. 431 N 8).

<sup>88</sup> Vgl. dazu etwa BGER vom 31.01.2011, 6B\_574/2010, E. 2.3 mit dem Hinweis auf die absurde Praxis, wonach der Tagessatz bei längerer Untersuchungshaft in der Regel zu senken sei, siehe etwa BGER vom 12.11.2009, 6B\_745/2009, E. 7.1.

<sup>89</sup> Schmid/Schuhmacher, «Die Untersuchungshaft wird missbraucht» [Interview mit Thomas Heeb und Hans-Jürg Käser], pläd 5/2015, 8 ff., 12.

<sup>90</sup> Robert (Fn. 82), 128.

<sup>91</sup> BGER vom 07.10.1992, 1P.516 und 518/1992, E. 2d, auszugsweise abgedruckt in: EuGRZ 1992, 553.

<sup>92</sup> BGER vom 07.10.1992, 1P.516 und 518/1992, E. 3c (Fn. 91).

in der Folge in den Gesetzgebungsprozess zur schweizerischen Strafprozessordnung eingeflossen. Während Art. 221 E-StPO/2005 zunächst noch vorsah, dass die Anordnung der Untersuchungshaft nicht (Abs. 1) bzw. erst nach drei Monaten (Abs. 2) anfechtbar sein sollte,<sup>93</sup> konnten nach Art. 222 Abs. 1 E-StPO/2008 neu alle Haftanordnungsentscheide an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden.<sup>94</sup> Noch vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung konnte das Bundesgericht seinen Standpunkt in Bern somit durchsetzen. Man hört den Mon Repos förmlich im Hintergrund einflüstern, wenn man in der Botschaft

liest: «Eine direkte Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht für kurze Haftstrafen ist nicht stufengerecht und wird zu einer erheblichen und nicht funktionsgerechten Belastung des Bundesgerichts führen.»<sup>95</sup> Für das heutige Recht steht somit fest, dass die Haftanordnungen durch das Zwangsmassnahmengericht immer zuerst kantonsintern an die Beschwerdeinstanz gehen.<sup>96</sup> Nun höre ich den Jubilar aus dem Off frohlocken:

«Die Geschichte hat mich freigesprochen!»

<sup>93</sup> Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), BBl 2006 1389, 1454; Botschaft StPO (Fn. 12), 1312.

<sup>94</sup> Entwurf zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), BBl 2008, 8189 8212 (Änderung von Art. 222 StPO).

<sup>95</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008, BBl 8125 8184.

<sup>96</sup> Forster, BSK StPO (Fn. 18), Art. 222 N 4 und für die Bundes(straf)gerichtsbarkeit N 5.



# Zum Bedürfnis nach Eindämmung strafrechtlicher Massnahmen

Marianne Heer

## Die aktuelle Beurteilung der schweren psychischen Störung im Sinne von Art. 59 und Art. 63 StGB als «turnaround»?

### I. Die Entwicklung des Massnahmenrechts A. Eine Rückbesinnung auf die Idee des dualistisch-vikariierenden Systems

Im Zusammenhang mit therapeutischen Massnahmen folgt das Schweizer Strafgesetzbuch dem dualistisch-vikariierenden System. Bei Vorliegen einer schweren psychischen Störung wird neben einer Strafe eine Massnahme angeordnet.<sup>1</sup> Es erfolgt ein stellvertretender Austausch strafrechtlicher Sanktionen. Um die resozialisierenden Wirkungen der Massnahmen möglichst zu begünstigen, wird die Massnahme zuerst vollzogen und der mit einer Behandlung verbunden Freiheitsentzug auf die Dauer der Freiheitsstrafe angerechnet. Das zweispurige Sanktionensystem gehörte bei Inkrafttreten des neuen Schweizerischen Strafgesetzbuches 1942 zu dessen Prunkstücken. Das Schuldstrafrecht wurde damit bekräftigt. Gleichzeitig

sollte in Ausnahmefällen durch die Schaffung der getrennten Sanktionen von Strafen und Massnahmen bei gewissen Kategorien von Straftätern Differenzierungen ermöglicht werden. Rückfalltäter einerseits, Menschen mit einem besonderen geistigen Zustand, Jugendliche und Urheber von Straftaten im Bagatellbereich andererseits wurden aus dem gewohnten Strafsystem herausgelöst. Im Zusammenhang mit der Besonderheit des Geisteszustands sollte der Tatsache Rechnung getragen werden können, dass gewisse Menschen auf Strafen nicht ansprechbar sind.

*Bei der Vermittlung von strafrechtlichem Grundwissen werden das dualistisch-vikariierende Sanktionensystem und damit therapeutische Massnahmen regelmässig idealisiert, wenn fürsorgliche Aspekte in den Vordergrund gestellt werden und hervorgehoben wird, es werde beim besonderen Umgang mit psychisch gestörten Straftätern primär*

<sup>1</sup> Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl, Bern 2006, § 1 N 72 ff.; 24 ff.; BGE 126 I 177; 125 II 524; 121 IV 156.

dem wohlverstandenen Interesse des Betroffenen an einer Therapierung Nachachtung verschafft.<sup>2</sup>

So bedurfte es denn auch der expliziten höchst-richterlichen Klärung des Massnahmenzwecks durch den Hinweis darauf, angestrebt werden sollte nicht in erster Lin eine «Heilung» des Betroffenen, – die sich nota bene ohnehin nicht erreichen lässt, – sondern es gehe einzig darum, diesem ein deliktstfreie Lebensführung zu ermöglichen.<sup>3</sup> Obwohl die Zielvorstellungen des Reformstrafrechtlers **Carl Stooss** in diesem Zusammenhang keineswegs kohärent und klar waren, darf nicht verkannt werden, dass es ihm vor dem Hintergrund der angestrebten energischen Verbrechensbekämpfung nicht zuletzt darum ging, ungeachtet der Verschuldensfrage gefährliche Rückfalltäter, die bereits damals zum kriminalpolitischen Feindbild gehörten,<sup>4</sup> «unschädlich zu machen», d.h. sie auf unbestimmte Zeit internieren zu können. Skeptisch stimmen muss, dass um das dualistisch-vikariierende System vor und bei der Schaffung des Schweizerischen Strafgesetzbuches auf der strafrechtsdogmatischen Ebene hart gerungen wurde. Trotz verschiedener Gesetzentwürfe konnte man sich auch etwa in Deutschland lange nicht auf die Schaffung einer zweiten Spur neben Strafen verständigen. Verkannt wird zumeist, dass dort primär ein repressives Gedankengut und Sicherheitsüberlegungen diesem Prinzip zum Durchbruch verhelfen. Erst nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten wurde durch das Gewohnheitsverbrechergesetz<sup>5</sup> ein dualistisches Sanktionensystem eingeführt. Gemäss § 42e RStGB konnte man nun gegen gefährliche

Gewohnheitsverbrecher mit der Sicherungsverwahrung eine Rechtsfolge anordnen, die nicht der Bestrafung, sondern ausschliesslich dem Schutz der Bevölkerung, also der Prävention, diene. Fest steht, dass es auch im Zusammenhang mit psychisch gestörten Straftätern keineswegs hauptsächlich um kurative Motive ging. Getragen von präventiven Überlegungen sollte auch hier neben einer Verbesserung der Legalprognose die Sicherung des gefährlichen Straftäters im Vordergrund stehen.

### **B. Kritische Überlegungen zur derzeitigen Situation des Massnahmenrechts**

Die Fortentwicklung des Massnahmenrechts ist bekannt, stehen wir doch immer noch unter dem Eindruck der Grundhaltung, welche diese während Jahrzehnten geprägt hatte. Anfangs der 90er Jahre wurde generell ein ganz besonderes und deutlich überspitztes Sicherheitsdenken entfacht, das seither nicht nur die Justiz und den Vollzug stark unter Druck setzte, sondern auch die juristische sowie psychiatrische Wissenschaft intensiv beschäftigte. Überdies wurde das Massnahmenrecht auch mit konstanter Beharrlichkeit ins Zentrum von politischen Diskussionen gestellt. Verschiedenste Gesetzesrevisionen liessen aus dem ursprünglich streng durchdachten, kohärenten Massnahmenrecht einen «Flickenteppich» werden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist immer mehr stark einzelfallbezogen und einseitig auf Sicherheitsüberlegungen fokussiert. Sie dient kaum zu einer Klärung der unvermeidlichen Widersprüchlichkeiten.

#### **1. Zurückdrängung der Verwahrung nach Art. 64 StGB**

In den letzten beinahe drei Jahrzehnten standen bei der Diskussion um das Massnahmenrecht zu einem grossen Teil hochgefährliche Straftäter und die Verwahrung i.S. von Art. 64 StGB im Zentrum. Die Rechtswissenschaft und forensische Psychiatrie widmeten sich seit dem Aufleben eines überspitzten und medial hochstilisierten Sicherheitsdenkens anfangs der

<sup>2</sup> Vgl. etwa im Zusammenhang mit der Revision des AT StGB von 2007 BBl 1999 S. 1979, S. 2077; beachte auch BGE 127 IV 154 E. 3c für die Begründung einer Zwangsbehandlung; kritisch dazu **Godenzi**, Die «schwere psychische Störung» - grundsätzliche Bemerkungen, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Tagungsband des Forums Justiz & Psychiatrie, Bern 2019, 20ff.

<sup>3</sup> BGE 141 IV 236 E. 3.7; 124 IV 246 E. 3b; BGer vom 02.08.2018, 6B\_564/2018, E. 2.5.2.

<sup>4</sup> **Germann**, Die späte Erfindung der Zweispurigkeit, Carl Stooss und die Entstehung der Zweispurigkeit von Strafen und Massnahmen im schweizerischen Strafrecht - eine historisch-kritische Retrospektive, ZStrR 2009, 160 m.H.

<sup>5</sup> RGBl. I 1933 S. 995.

90er Jahre akribisch der Frage, wie diese Kategorie von Straftätern zuverlässig evaluiert werden kann, damit eine dauerhafte Sicherung gewährleistet werden kann.<sup>6</sup> Nach Verbrechen von Rückfalltätern während und nach dem Strafvollzug anfangs der 90er Jahre wurde in der Schweiz sowie im deutschsprachigen Ausland schnell klar, dass bisher angewandte intuitive Methoden zur Klärung der Gefährlichkeit einer betroffenen Person nicht genügten. Es kam zur Entwicklung unzähliger neuer Prognoseinstrumente, die zu einem grossen Teil aus dem angloamerikanischen oder kanadischen Raum stammten.<sup>7</sup> Es zeichnete sich eine Autoritätsgläubigkeit ab, welche es lange Zeit übersehen liess, dass hier grösstenteils eine standardisierte statistische (aktuarische) Methode zur Anwendung gelangt, mit der einem Individuum und dessen Besonderheiten nicht voll gerecht werden kann. Es erfolge lediglich die Bestimmung der Rückfallwahrscheinlichkeit über gruppenstatistische Berechnungsmethoden. Trotz Verfeinerungen und Korrekturen der Methoden sowie psychiatrischen Forschungsergebnissen, welche einzelnen Instrumenten eine hohe Validität zusprachen,<sup>8</sup> bröckelte der Glaube an deren vorbehaltlose Zuverlässigkeit vor allem bei den Justizangehörigen.

*Kritische Stimmen hatten schon lange zu einem vorsichtigen Umgang mit den Ergebnissen von standardisierten Prognoseinstrumenten gemahnt.*

Vermehrt zeigte sich in der Rechtspraxis auch, dass die Methoden der forensisch-psychiatrischen Sachverständigen mit strafprozessualen Grundsätzen in Widerspruch stehen können.<sup>9</sup>

Gestützt auf die Haltung in breiten Kreisen der forensischen Psychiatrie besteht das Bundesgericht mittlerweile auf einer Kombination der verschiedenen Methoden.<sup>10</sup> Bereits 2008 hatte es festgehalten, eine Beurteilung der Gefährlichkeit einzig auf der Grundlage von Kriterien (konkret angesprochen war das von **Frank Urbaniok** entwickelte Instrument «FOTRES» mit über 700 Items) ohne persönliche Untersuchung und damit ohne individuelle Beurteilung halte einer rechtlichen Prüfung nicht stand.<sup>11</sup> Standardisierte Instrumente für eine Risikobeurteilung können nur ein Hilfsmittel sein, eines von mehreren Werkzeugen, mit denen sich der Gutachter die Prognosebeurteilung erarbeitet.<sup>12</sup> Sie liefern gegebenenfalls Anhaltspunkte über das strukturelle Grundrisiko, für sich allein indessen keine fundierte individuelle Gefährlichkeitsprognose. Hierfür bedarf es einer weitergehenden, differenzierten Einzelfallanalyse durch die sachverständige Person.<sup>13</sup> Diese hat eine klinische Persönlichkeitsanalyse anhand einer eingehenden Exploration zur Lebensgeschichte einerseits und, auch darauf gestützt, eine Risikobeschreibung anhand der standardisierten Prognoseinstrumente andererseits vorzunehmen. Es ist eine abschliessende klinische Gesamtwürdigung der erhobenen Risikofaktoren und deren Abgleichung mit verschiedenen Zukunftsszenarien notwendig. Bemerkenswert ist der Ansatz, die Risikobeurteilung als Prozess zu sehen, der in verschiedensten Schritten immer wieder neuen Erkenntnissen angepasst wird und die Behandlung begleitet.<sup>14</sup>

*Justizangehörige können in vielen Fällen nicht von der kaum lösbaren Aufgabe entbunden werden, in*

<sup>6</sup> Heer/Habermeyer, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 64 N 60 ff.

<sup>7</sup> Noll, Rückfallgefahr bei Gewalt- und Sexualstraftätern, Bern 2015.

<sup>8</sup> So etwa im Zusammenhang mit der PCL-R von Robert Hare Mokros, Prognoseinstrumente, insbesondere PCL\_R: Eine Erläuterung für Angehörige der Justiz, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Tagungsband des Forums Justiz & Psychiatrie, Bern 2017, 87 ff.

<sup>9</sup> Beachte etwa Heer, Juristische Anforderungen an psychiatrische Gutachten, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Tagungsband des Forums Justiz & Psychiatrie, 2017; illustrativ für die strafprozessuale Denkweise BGer vom 19.07.2018, 6B\_582/2017, E. 2.2.5.

<sup>10</sup> Beachte zusammenfassend diese Rechtsprechung in BGer vom 19.07.2018, 6B\_582/2017, E. 2.2.3.

<sup>11</sup> BGer vom 10.08.2008, 6B\_539/2008.

<sup>12</sup> BGer vom 04.12.2015, 6B\_424/2015, E. 3.3; Boetticher et al., Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten, NSZ 2009, 479 f.; Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, 5. Auflage, Stuttgart 2017, 367.

<sup>13</sup> BGer vom 19.07.2018, 6B\_582/2017, E. 2.2.3; BGer vom 04.12.2015, 6B\_424/2015, E. 3.3; BGer vom 09.04.2008, 6B\_772/2007, E. 4, je m.H. u.a. auf forensisch-psychiatrische Lehrmeinungen.

<sup>14</sup> Müller/Nedopil (Fn. 12), 357 ff.

*Abwägung divergierender Interessen die Entscheidung zu treffen, ob sich eine dauerhafte Internierung eines Menschen auf zuverlässige Entscheidungsgrundlagen stützt und letztlich ethisch und moralisch rechtfertigen lässt.*

Mittlerweile wird in Justiz und forensischer Psychiatrie zugestanden, dass sich *künftiges menschliches Verhalten aus grundsätzlichen und methodischen Überlegungen nie mit absoluter Sicherheit voraussagen lässt*.<sup>15</sup> Diese Erkenntnis einerseits und Überlegungen der Justizorgane zur Frage der Verhältnismässigkeit andererseits<sup>16</sup> haben in der jüngeren Vergangenheit dazu geführt, dass Verwahrungen in der Praxis nur noch als ultima ratio begriffen und kaum mehr angeordnet werden. Entscheidend zu dieser Entwicklung hat nicht zuletzt die Revision des AT StGB von 2007 beigetragen. Gemäss dem revidierten Art. 64 StGB schliesst Behandelbarkeit einer betroffenen Person eine Verwahrung aus. Sowohl sachverständige Personen wie auch die Gerichte haben diese negative Voraussetzung einer Verwahrung sehr ernst genommen und die Erfolgsaussicht einer Behandlung jedenfalls im Stadium der originären Anordnung kaum verneint.<sup>17</sup> Die Gerichte gingen überdies auch in konstanter Praxis davon aus, dass sich Unbehandelbarkeit erst nach einem gescheiterten Behandlungsversuch annehmen lasse, womit Ersttäter faktisch von einer Verwahrung ausgeschlossen wurden.<sup>18</sup> Bedauerlicherweise rückte das Bundesgericht ohne Hinweis auf eine Praxisänderung von dieser Haltung ab.<sup>19</sup> Immerhin beschränkte es diese Auffassung auf die juristischen Vorgaben des Gesetzgebers und lässt weiterhin eine offene Diskussion der Frage zu, ob psychiatrische Sachverständige ohne Erfahrungen im Rahmen einer bereits

durchgeführten Therapie zu einem solchen Verdikt kommen können.<sup>20</sup>

## 2. Verlagerung der dauerhaften Internierungen auf die Massnahmen nach Art. 59 StGB

Bei der Diskussion der dargelegten schwer zu lösenden Problemen im Zusammenhang mit der Verwahrung nach Art. 64 StGB blieb weitgehend unbeachtet, welcher Entwicklung die therapeutischen Massnahmen und deren Vollzug ausgesetzt waren. Das übersteigerte Sicherheitsdenken machte aber auch vor diesen Behandlungsmassnahmen nicht Halt. Hier sprechen die Zahlen eine deutliche Sprache. Es ist zu beobachten, dass vor dem Hintergrund eines zunehmend punitiven Denkens therapeutische Massnahmen deutlich länger dauern als früher. Mittlerweile soll sich in Deutschland jeder Dritte mehr als 10 Jahre im Vollzug einer Massregel nach § 63 D-StGB (einer Massnahme Art. 59 StGB entsprechend) befinden.<sup>21</sup> In der Schweiz hat sich etwa bei Massnahmen i.S.v. Art. 59 StGB der mittlere Insassenbestand seit 2006 mehr als verdreifacht.<sup>22</sup> Dies obwohl die Zahl der Einweisungen tendenziell rückläufig ist.<sup>23</sup> Die Massnahmen dauern deutlich länger als früher<sup>24</sup>, wobei die Zahlen des Bundesamtes für Statistik nicht durchwegs aussagekräftig sind, weil sie nur die Massnahmen in Justizvollzugsanstalten ausweisen und nicht differenziert wird zwischen den unbestimmt langen und den zeitlich limitierten Massnahmen.<sup>25</sup> Die Erfahrungen von Klinikleitern, Vollzugsverantwortlichen und juristischen Entschei-

<sup>15</sup> Zu Einzelheiten beachte Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 64 N 60 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa BGer vom 17.05.2017, 6B\_409/2017, E. 1.2.2.

<sup>17</sup> Vgl. statt vieler BGE 140 IV 1 E. 3.2.4; 137 IV 59 E. 6.3; 134 IV 315.

<sup>18</sup> Vgl. u.a. BGer vom 23.09.2016, 6B\_218/2016 m.H.

<sup>19</sup> BGer vom 21.05.201, 6B\_237/2019, E. 2.3.1.; BGer vom 02.08.2018, 6B\_56/2018, E. 4.2.2 (unveröffentlichter Teil von BGE 145 IV 65).

<sup>20</sup> BGer vom 23.09.2016, 6B\_218/2016, E. 3.3.1.; BGer vom 30.01.2012, 6B\_487/2011, E. 3.7.5.

<sup>21</sup> Beachte die Zahlen gemäss Jürgen Müller/Nedopil (Fn. 12), 375 ff.

<sup>22</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.3524331.html> [08.08.2019].

<sup>23</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-straerecht/justizvollzug/unterbringung-vollzugaufenthalt.assetdetail.3524360.html> (18.08.2019).

<sup>24</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-straerecht/justizvollzug/unterbringung-vollzugaufenthalt.assetdetail.3524366.html> (05.08.2019).

<sup>25</sup> Zu den Zahlen vgl. auch Queloz, *Prise en charge des condamnés souffrant de troubles psychiques: perspectives d'avenir et défis à relever en Suisse*, in: Queloz/Senn/Brossard (Hrsg.), *Gefängnis als Klinik, prison – asile?*, Bern 2008, 105 ff.



Trägern lassen vermuten, dass sich die Verhältnisse bei in der Schweiz nicht anders präsentieren als in Deutschland. Dies gilt in erster Linie für Massnahmen nach Art. 59 Abs. 3 StGB, dürfte aber auch für solche nach Art. 59 Abs. 1 StGB zutreffen.

#### a. **Problematische Vollzugsituation**<sup>26</sup>

Die aufgezeigte Situation hat einen negativen Einfluss auf die Vollzugssituation, die teilweise als prekär bezeichnet werden muss. Mangels ausreichender Ressourcen in den verschiedenen Justizvollzugsanstalten, insbesondere in der französischen Schweiz, und der Überbelegung von psychiatrischen Kliniken besteht eine grosse Gefahr, dass Therapien nicht erfolversprechend sind. Nachverfahren i.S. von Art. 363 ff. StPO, die eine Umwandlung der ambulanten Behandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme oder gar einen Wechsel von der letztgenannten Intervention in eine Verwahrung zum Gegenstand haben, nehmen denn auch deutlich zu.

*Die Betroffenen sehen sich in der Realität statt mit einer ernstzunehmenden Chance, die Legalprognose unter Verzicht auf einen späteren Strafvollzug verbessern zu können, mit einer doppelten Bestrafung konfrontiert.*

Immerhin schränkte bereits der Gesetzgeber den Austausch einer blossen Strafe mit einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB ein, indem ein solches Vorgehen einzig bei revisionsrechtlichen Noven zulässig sein sollte. Das Bundesgericht zog bei einer Umwandlung einer blossen Strafe nach Art. 65 Abs. 1 StGB nach. Obwohl es das entsprechende Verfahren anders als bei Art. 65 Abs. 2 StGB nicht als Revision i.S. von Art. 410 ff. StPO begreifen und es nach Art. 363 ff. StPO laufen lassen will, knüpft es die Zulässigkeit eines entsprechenden Vorgehens an die

gleichen Voraussetzungen wie bei einer nachträglichen Verwahrung.<sup>27</sup>

#### b. **Zur sog. «kleinen Verwahrung»**

Viel zu spät erkannt wurde auch die Mutation der stationären therapeutischen Massnahme gegenüber besonders gefährlichen Straftätern i.S. von Art. 59 Abs. 3 StGB zum Surrogat für eine Verwahrung i.S. von Art. 64 StGB. Dass eine solche Unterbringung des Betroffenen im gesicherten Bereich entgegen den ursprünglichen Intuitionen des Gesetzgebers keinen hohen Anforderungen untersteht und generell therapeutische Massnahmen seit der Revision des AT StGB faktisch voraussetzungslos in Strafanstalten vollzogen werden können, führte zu einer Aushöhlung des Massnahmenrechts. Das zweispurige Sanktionensystem wird damit aus den Angeln gehoben. Die aufgezeigte Reduktion der Verwahrungen führte nicht wirklich zu einer Eindämmung von zeitlich sehr langen unbestimmten Freiheitsentzügen. Vielmehr kam es lediglich zu einer Umverteilung. Statt einer Verwahrung wird in der Praxis regelmässig eine gesicherte stationäre Massnahme i. S. von Art. 59 Abs. 3 StGB angeordnet. Diese unterscheidet sich, soweit sie in Strafanstalten vollzogen wird, was nicht selten der Fall ist, einzig durch einen Auftrag zur Behandlung der betroffenen Person. Wie bereits erwähnt, kann dieser mit Blick auf die eingeschränkten Ressourcen nicht selten ungenügend umgesetzt werden.

Das Bundesgericht stellt in ständiger Praxis zwar sehr hohe Anforderungen an die Voraussetzungen eine Massnahme i.S. von Art. 59 Abs. 3 StGB. Es muss sich demnach um eine konkrete und qualifizierte, d.h. sehr wahrscheinliche Gefährlichkeit handeln. Eine Anwendung von Art. 59 Abs. 3 StGB muss nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit mit der Befürchtung einer schwerwiegenden Gefährdung der Sicherheit oder der internen Ordnung einer offeneren Anstalt begründet werden können. Das Bundesgericht spricht von einer

<sup>26</sup> Zum Ganzen vgl. die beachtliche Untersuchung von Weber et al., Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeneinrichtungen, Bern 2015 ([https://boris.unibe.ch/98447/1/Weber-Schaub-Bumann-Sacher\\_Studie\\_Art.-59\\_2016.05.31.pdf](https://boris.unibe.ch/98447/1/Weber-Schaub-Bumann-Sacher_Studie_Art.-59_2016.05.31.pdf), 31.08.2019).

<sup>27</sup> Dazu eingehend Heer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 65 N 38 ff.

«schwerwiegenden Gefährdung hochwertiger Rechtsgüter». Eine solche gesicherte Unterbringung rechtfertigt nach dieser Rechtsprechung einzig eine konkrete wahrscheinliche Gefahr weiterer Straftaten, mit der in einer (offenen) therapeutischen Einrichtung schlechthin nicht umgegangen werden kann. Sie soll nach den ausdrücklichen Feststellungen des Gerichts nur in Ausnahmefällen zum Tragen kommen und zeitlich limitiert sein.<sup>28</sup> Zu beachten ist, dass das Bundesgericht bei der Thematisierung der Anforderungen an die Gefährlichkeit der betroffenen Person ausdrücklich auf Urteile verweist, welche die Verwahrung betreffen.<sup>29</sup>

*Tatsächlich lässt sich eine stationäre Unterbringung in besonders gesichertem Rahmen nur vertreten, wenn alle Voraussetzungen einer Verwahrung i.S. von Art. 64 StGB erfüllt sind. Diese beachtenswerte Rechtsprechung prägt die Vollzugsrealität jedoch wenig.*

Bedenklich stimmt, dass in der Praxis ungeachtet einer besonderen Prüfung der erforderlichen besonderen gesetzlichen Voraussetzung Straftäter generell vorerst in gesicherte Institutionen i.S. von Art. 59 Abs. 3 StGB eingewiesen werden.<sup>30</sup> Ein Wechsel in offenere Anstalten ist in einem Klima der Nulltoleranz mit grossen Schwierigkeiten verbunden. Vollzugsverantwortliche stehen unter argwöhnischer Beobachtung einer rein sicherheitsorientierten Öffentlichkeit. Justizpannen und damit verbundene öffentlich ausgetragene Schelten, mögen sie auch zumindest zahlenmässig kaum erwähnenswert sein, fördern erfahrungsgemäss deren Entscheidungsfreudigkeit nicht gerade.

<sup>28</sup> BGer vom 21.12.2009, 6B\_629/2009, E.1.2.2.1, E.1.2.4.

<sup>29</sup> BGer vom 21.12.2009, 6B\_629/2009, unveröffentlichte E.3.3 von BGE 142 IV 1 mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>30</sup> Dazu sehr anschaulich der Bericht «Anstaltsplanung 2013», Version 12.06.2014, der Konkordatskonferenz.

### **C. Kaum hoffnungsvolle Möglichkeiten einer Verbesserung der prekären Vollzugsrealität und Aufblähung der Massnahmen**

Soll das Massnahmenrecht nicht wieder in die «Steinzeit» eines humanen Denkens zurückgeworfen werden und soll eine differenzierte Beurteilung eines Straftäters mit geistigen Besonderheiten wieder offen und wertfrei vorgenommen werden können, wie dies in einer aufgeklärten Gesellschaft selbstverständlich sein sollte, tut es Not, diese Unzulänglichkeiten zu überdenken und ihnen entgegenzuwirken. Weitgehend gescheitert ist man damit, den Begriff der Gefährlichkeit eng auszulegen und hohe Anforderungen an diese Voraussetzung einer Massnahme zu stellen. Bei therapeutischen Massnahmen stand diese Voraussetzung traditionsgemäss im Schatten der Fragen um die Behandlung, was mit Blick auf die derzeit erkennbare Dauer und den Unzukömmlichkeiten beim Vollzug von stationären Massnahmen nicht mehr vertreten werden kann. Es fehlt bei Justizangehörigen und naturgemäss bei dem Behandlungsgedanken stark verpflichteten Ärztinnen und Ärzten oft ein Sensorium für damit verbundene grundsätzliche Probleme. Etwas Hoffnung lässt die Rechtsprechung aufkommen, die zumindest in einem fortgeschrittenen Stadium des Vollzugs dem Verhältnismässigkeitsprinzip zunehmend eine Bedeutung zukommen lässt. Es ist zu begrüßen, dass das Bundesgericht die Möglichkeit aufzeigte, an sich zeitlich unbefristete therapeutische Massnahmen i.S. von Art. 59 StGB nur noch auf eine bestimmte, beschränkte Dauer zu verlängern, wovon die Praxis vermehrt Gebrauch macht.<sup>31</sup> Eine zeitliche Limitierung von Massnahmen wird sogar bei der erstmaligen Anordnung der stationären Massnahmen geschützt.<sup>32</sup> Dies ist allerdings nur ein Tropfen auf einen heissen Stein.

<sup>31</sup> BGE 135 IV 139, 144 f.

<sup>32</sup> BGer vom 25.07.2018, 6B\_636/2018.

Wenig zu erwarten ist auch von politischen Entscheidungsträgern, wenn Forderungen nach Verbesserungen bei der Vollzugssituation gestellt werden. Zweifellos lässt sich dort die Überzeugung der Notwendigkeit von Vorkehrungen zur Verbesserung der Sicherheit relativ leicht herstellen, selbst bei politischen Parteien, die regelmässig für eine Senkung von Kosten staatlichen Handelns eintreten.

*Die Erfahrung hat denn auch gezeigt, dass Institutionen mit hohen Sicherheitsstandards ausgebaut werden konnten,<sup>33</sup> während Änderungen der unbefriedigenden Situation bei Einrichtungen im tieferen Risikobereich und bei solchen mit niederschwelligerem Angebot ebenso wie unabdingbare Verbesserungen im Bereich des Übergangsmanagements am Ende des Vollzugs<sup>34</sup> weitgehend auf der Strecke bleiben.*

Bei den politisch Verantwortlichen (KKJPD) wird die prekäre Vollzugssituation zwar erkannt und breit thematisiert. Dort erfolgt indessen ausschliesslich eine Fokussierung auf die Frage der Kapazitäten, während Themen wie Qualität und Erfolge völlig ausgeblendet werden.<sup>35</sup>

So ist denn zu befürchten, dass sich ohne umfassende Strukturänderungen sowie vor allem ein Umdenken in der Rechtsprechung und im Vollzug im Massnahmenrecht die negative Spirale weiter nach unten dreht. Das übersteigerte Sicherheitsdenken hat sich derart verfestigt, dass hier wenig Hoffnung auf Änderungen besteht. So lässt sich zusammenfassend denn konstatieren, dass die Diskussion der Gefährlichkeit von Straftätern als Mittel für eine Eingrenzung der Massnahmen kaum taugt bzw. eine solche Herangehensweise unweigerlich an unüberwindbare Grenzen stösst.

<sup>33</sup> Zu denken ist etwa an die Erhöhung der Plätze in der JVA Solothurn im Jahre 2018 von 60 auf 100.

<sup>34</sup> Dazu eingehend Übergangsmanagement und Nachsorge: Die wahren Herausforderungen des Massnahmerechts, in: Heer/Habermeyer/Bernhard (Hrsg.), Tagungsband des Forums Justiz & Psychiatrie, Bern 2020, in Bearbeitung.

<sup>35</sup> Bericht «Anstaltsplanung 2013», Version 12.06.2014, der Konkordatskonferenz.

## **II. Der Umgang mit der schweren psychischen Störung als Korrektur dieser unheilvollen Entwicklung der strafrechtlichen Massnahmen**

### **A. Zur historischen und aktuellen Bedeutung der psychischen Störung**

In der jüngeren Rechtspraxis tritt nun wie ein Phönix aus der Asche die «schwere psychische Störung» auf. Es wird dieser zwingenden Voraussetzung einer therapeutischen Massnahme plötzlich auch in Kreisen der Justiz ungeahnte Aufmerksamkeit geschenkt. Diese Entwicklung bahnte sich langsam an und blieb bisher weitgehend unerkannt. Dies mag damit zusammenhängen, dass in Lehre und Rechtsprechung an diesen Begriff wertfreier herangegangen wird als an denjenigen der Gefährlichkeit, der seit langer Zeit stigmatisiert ist und zu einem «Treten an Ort» geführt hat.

In diesem Zusammenhang lohnt sich ein kurzer Blick auf die historische Entwicklung.<sup>36</sup> Die psychische Störung bzw. deren Umschreibung fand lange Zeit in Kreisen der Justiz kaum besondere Beachtung. Es erfolgte eine Orientierung in erster Linie an der Behandlungsbedürftigkeit der betroffenen Person. In Art. 43 Ziff. 1 aStGB wurde als Voraussetzung für die Anordnung einer therapeutischen Massnahme (und einer Verwahrung) ein «Geisteszustand» des Täters, der eine Behandlung oder Pflege erfordert, verlangt. Anlässlich der Revision des AT StGB von 2007 wurde diese Voraussetzung einer therapeutischen Massnahme allerdings intensiv diskutiert. Im Vorentwurf der Expertenkommission zum derzeit geltenden Art. 59 StGB wurde auf das Erfordernis einer psychischen Störung näher eingegangen und differenziert zwischen «geistig kranken» bzw. «schwer behinderten» Personen einerseits und Personen, die an einer «tief greifenden Persönlichkeitsstörung» leiden andererseits. Letzteres Störungsbild, das bei Straftätern sehr oft zu beobachten ist, sollte nicht Anlass zur Anordnung einer therapeutischen Massnahme geben können, eine Verwahrung dagegen

<sup>36</sup> Eingehend dazu Godenzi (Fn 2), 7 ff.

sollte nur bei diesem möglich sein (Art. 61 und 68 VE).<sup>37</sup> Dies stiess in psychiatrischen Fachkreisen auf heftige Kritik, weshalb in der Folge einzig der Begriff der «psychischen Störung» Eingang ins Gesetz fand und bewusst auf jede Klassifikation verzichtet wurde. Dies sollte zum Ausdruck bringen, dass grundsätzlich die ganze Bandbreite der nach wissenschaftlichen Kriterien diagnostizierbaren, vom sog. Normalen abweichenden psychischen Phänomene zu einer therapeutischen Massnahme führen kann.<sup>38</sup> Klares Anliegen des Gesetzgebers war es dabei, entsprechend der Lehre und Rechtsprechung zum alten Recht, einzig Störungen von besonderer Schwere als rechtsgenügend anzuerkennen, was zur heute geltenden Formulierung von Art. 59 und Art. 63 StGB führte. In Bezug auf ambulante Behandlungen präzisierte das Bundesgericht in seiner späteren Rechtsprechung, dass entgegen seiner Praxis zum alten Recht hier keine Differenzierung zwischen stationärer und ambulanter Massnahme mehr vorzunehmen sei.<sup>39</sup> Der besonderen Schwere einer Störung bedarf es somit auch bei solchen weniger eingriffsintensiven Massnahmen. Der Vorschlag im Gesetzgebungsprozess von dritter Seite, auf eine psychiatrische Diagnose als Voraussetzung für eine stationäre therapeutische Massnahme zugunsten einer reinen Fokussierung auf eine Risikobeurteilung zu verzichten,<sup>40</sup> wurde damit klar abgelehnt.

<sup>37</sup> Vorentwürfe von 1993 zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege; vgl. dazu Bundesamt für Justiz, Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, BJ 1993, 79 ff. (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/stgb-at/vorentw-d.pdf>, [01.04.2019]).

<sup>38</sup> Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II, 2076.

<sup>39</sup> BGer vom 15.08.2017, 6B\_290/2016, E. 2.3.3; BGer vom 06.03.2014, 6B\_926/2013, E. 3.2.

<sup>40</sup> Dazu EJPD, Bericht der Arbeitsgruppe «Verwahrung» zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht, 15. Juli 2004, Art. 59 Abs. 1 VE.

*Der Gesetzgeber verzichtete indessen, sich weiter auf die Frage einzulassen, wie dieser unbestimmte Gesetzesbegriff der «schweren psychischen Störung» auszufüllen sei.*

In der Praxis orientierte man sich in der Folge weitgehend an sog. operationalisierten Diagnosesystemen wie ICD-10 oder DSM-IV bzw. in der heutigen Fassung DSM-5. Die Psychiatrie hatte in den letzten vier bis fünf Jahrzehnten einheitliche Kriterien für eine verlässliche psychiatrische Diagnostik herausgearbeitet, welche u.a. die psychiatrische Diagnose nachvollziehbar erscheinen lassen sollten. Es war und ist eine grosse Herausforderung, psychiatrische Begriffe und Denkweisen Angehörigen der Justiz zugänglich zu machen. Und umgekehrt geht es darum, bei forensischen Psychologen und Psychiatern das Verständnis für das Bedürfnis der Justizangehörigen nach klar strukturierten und nachvollziehbaren Voraussetzungen für einen eingriffsintensiven Freiheitsentzug wie eine strafrechtliche Massnahme zu wecken. Hier kommen schwierige Kompetenzabgrenzungen zwischen Justiz und Psychiatrie zum Tragen. Es müssen teilweise schwierige Abgrenzungsfragen und Definitionsversuche vorgenommen werden mit dem Ziel einer einheitlichen Sprachregelung.<sup>41</sup> Fest steht nach heutigem Verständnis der Rollenverteilung, dass sich nicht nur forensische Psychiater ausreichende Kenntnisse über Straf- und Strafprozessrecht verfügen müssen, sondern sich auch Angehörige der Justiz um ein Verständnis der medizinischen Überlegungen zu bemühen haben, um ihre Kontrolle über die Gutachten als Beweismittel ausüben und damit letztlich die Verantwortung für Entscheide im Massnahmenrecht wahrnehmen zu können.

<sup>41</sup> Zu dem erforderlichen interdisziplinären Dialog und der Notwendigkeit von Kriterienkatalogen beachte die grundsätzlichen Überlegungen von **Habermeyer**, Ein Beitrag zur Qualitätssicherung in der Forensischen Psychiatrie, in: Schneider (Hrsg.), *Entwicklungen der Psychiatrie*, Berlin etc. 2006, 375 ff.

## B. Umschreibung des Begriffs der psychischen Störung und deren Quantifizierung

### 1. Grundsätzliches

Die erwähnte Kontroverse betreffend den Inhalt und die Bedeutung einer psychischen Störung im Gesetzgebungsprozess hallte jedenfalls in der juristischen Praxis nicht nach. Weiterhin verorteten die juristische Literatur und die Rechtsprechung zumindest in der Schweiz lange dieses Thema ausschliesslich im Kompetenzbereich der Psychiatrie. Man fand sich unbesehen mit entsprechenden gutachterlichen Erkenntnissen ab. In jüngerer Zeit zeigte sich allerdings in der öffentlichen Diskussion sowie auch in gewissen Kreisen der Psychiatrie eine kritische Haltung gegenüber psychiatrischen Diagnosen. Zu denken ist etwa an die Konstatierung einer Ausweitung des Krankheits- bzw. Störungsbegriffs, die in jüngerer Zeit u.a. mit der Schaffung der 5. Auflage des Diagnostischen Manuals für psychische Störungen (DSM-5) der Amerikanischen Psychiatrischen Gesellschaft erfolgte und teilweise heftig kritisiert wurde.<sup>42</sup> Durch eine Veränderung oder ein Weglassen von Diagnosekriterien oder die Herabsetzung von Mindestanforderungen kam es dort zu einer Pathologisierung von früher als gesund erachteten Verhaltensweisen. In die gleiche Richtung weist die Umschreibung weiterer Störungen, die alltägliche Verhaltensweisen und Gefühlszustände erfassen.<sup>43</sup> Erwähnt sein soll auch das Wiederaufleben der erwähnten früheren Bestrebungen von **Frank Urbaniok**, den Stellenwert einer geistigen Beeinträchtigung bei einer Risikoanalyse und damit bei der Anordnung von Massnahmen zu relativieren bzw. die im Massnahmenrecht zentrale Risikobeurteilung losgelöst von einer psychi-

schen Störung zu beurteilen.<sup>44</sup> Dies liess offensichtlich auch Angehörige der Justiz aufhorchen. Es zeichnete sich überdies generell eine Entwicklung ab, psychiatrische Erkenntnisse zu hinterfragen.

*Insbesondere im Zusammenhang mit der Diagnose von Persönlichkeitsstörungen wurde den forensischen Psychiatern (ebenso wie der Jurisprudenz) die Qualität einer exakten Wissenschaft abgesprochen und auf einen grossen Ermessensspielraum hingewiesen,<sup>45</sup> der mit eigenen Wertvorstellungen gefüllt sein könnte.<sup>46</sup>*

Entsprechend haben Angehörigen der Justiz das Bedürfnis und auch die Pflicht, psychiatrischen Gutachten als Beweismittel im Strafprozess zu hinterfragen und zu kontrollieren.

### 2. Diagnose i.S. der Diagnosemanuale ICD-10 oder DSM-5 als erster Schritt einer Beurteilung der psychischen Störung

Bei der forensisch-psychiatrischen Begutachtung stellt sich in einem ersten Schritt die Frage, wie blosse Auffälligkeiten in der Persönlichkeit von einer eigentlichen juristisch relevanten Störung abzugrenzen sind.

*Mittlerweile ist in weiten Teilen anerkannt, dass eine scharfe Grenzziehung zwischen den noch normalen und den von der Norm abweichenden psychischen Zuständen vorzunehmen ist, was nicht immer leicht fällt. Man sieht sich mit kontinuier-*

<sup>42</sup> Zur Problematisierung dieses Phänomens **Andreas**, Der Begriff der psychischen Störung in der Psychiatrie und Psychotherapie, Nervenarzt 2015, 7 f.

<sup>43</sup> Sehr anschaulich dazu **De Tribolet Hardy et al.**, Forensische Psychiatrie ohne Diagnose, Forens Psychiatr Psychol Kriminol, 165.

<sup>44</sup> **Urbaniok et al.**, Die «psychische Störung» im Massnahmenrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht, AJP 2016, 1671 ff.; **Urbaniok**, Frank Urbaniok fordert, dass Straftäter besser beurteilt werden. Er weiss wie, Gastkommentar in der NZZ am Sonntag, 14.04.2018.

<sup>45</sup> **Dressing/Habermeyer**, Persönlichkeitsstörungen, in: Dressing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2015, 294

<sup>46</sup> Dazu und zu verschiedenen Versuchen der Definition von Krankheit beachte **Dittmann**, «Psychische Störungen» im Therapieunterbringungsgesetz (THUG) und im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011 – Versuch einer Klärung, in: Müller et al. (Hrsg.), Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung. Was folgt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4.5.2011?, Berlin 2012, 28 ff.

lichen Übergängen und fließenden Grenzen konfrontiert.<sup>47</sup>

Soziale Abweichungen oder soziale Konflikte allein, ohne persönliche Beeinträchtigungen, sollten nicht als psychische Störung im hier definierten Sinne angesehen werden. Entsprechend ist in der Praxis etwa zu unterscheiden zwischen dissozialen Persönlichkeitsstörungen und massnahmenrechtlich nicht relevanter Dissozialität als Lebensstil. Es ist im Einzelfall immer eine Abgrenzung vorzunehmen zwischen einer Krankheit, die sich auch in kriminellen Handlungen äussern kann, und blosser Kriminalität. Auf diese Weise lässt sich klären, ob einer dissozialen Persönlichkeitsstörung, die im Kontext mit dem Strafrecht häufig ein Thema ist, die erforderliche Schwere zukommt.<sup>48</sup>

*Immer haben sich Angehörige der Justiz in Erinnerung zu rufen, dass forensisch-psychiatrische Diagnosen nicht willkürlich gestellt werden dürfen, sondern sich auf einheitliche Standards und Leitlinien zu stützen haben.*

Immer haben psychiatrische Diagnosen mittels der vorgegebenen Kriterien begründet zu sein. Bei den im Justizalltag häufig vorgefundenen Persönlichkeitsstörungen etwa haben alle sechs Eingangskriterien dieser Störungsgruppe erfüllt zu sein. Wenn dies der Fall ist, muss in einem zweiten Schritt auf die Kriterien einer spezifischen Persönlichkeitsstörung nachvollziehbar eingegangen werden.<sup>49</sup> Auch die Diagnose einer paraphilen Störung bzw. sexuellen Präferenzstörung hat sich an den vorgegebenen Kriterien zu orientieren. Nicht jede sexuelle Handlung mit einem Kind lässt auf Pädophilie

schliessen. Auch die derzeit bei gewissen Sachverständigen beliebte Diagnose eines ADHS im Erwachsenenalter beurteilt sich aufgrund von 18 Kriterien. In der psychiatrischen Literatur wird hervorgehoben, dass gemäss den gebräuchlichen Diagnoseschlüsseln relevante Kriterien unscharf und interpretationsbedürftig sind.<sup>50</sup> In diesem Zusammenhang ist, wie bereits erwähnt, auf den Ermessensspielraum und die Bedeutung der individuellen Wertvorstellungen bei der Diagnose etwa einer Persönlichkeitsstörung hinzuweisen.<sup>51</sup>

### 3. Zur Bestimmung der besonderen Schwere einer psychischen Störung als zweiter Schritt einer Beurteilung

#### a. Allgemeines

Zögerlich setzte sich dann in der Praxis die Erkenntnis durch, dass nicht jede auf DSM-5 oder ICD-10 gestützte psychiatrische Diagnose zwingend auch als schwer im rechtlichen Sinne zu qualifizieren ist bzw. den juristischen Anforderungen an dieses Eingangsmerkmal genügt. Allein die Subsumtion einer Auffälligkeit unter eine Störung i.S. eines Klassifikationssystems berechtigt nicht zur Annahme einer juristisch relevanten schweren psychischen Störung. Die dort aufgelisteten psychischen Störungen haben höchst unterschiedlichen Einfluss auf die psychosoziale Leistungsfähigkeit und insb. auf die Verantwortlichkeit der betroffenen Personen. Dies wird in der DSM-5 sogar ausdrücklich hervorgehoben. Es bedarf vielmehr noch einer Erweiterung der Optik durch eine differenzierte psychopathologische Befunderhebung und insb. eine einzelfallbezogene individuelle Bestimmung des Schweregrads einer psychopathologischen Symptomatik.<sup>52</sup> Es

<sup>47</sup> Habermeyer et. al., Der Begriff der schweren psychischen Störung: Eine alternativlose Höhenmarke, in: Heer/Habermeyer/Bernhard (Hrsg.), Tagungsband des Forums Justiz & Psychiatrie, Bern 2019, 43 ff.

<sup>48</sup> WHO, Internationale Klassifikation psychischer Störungen, 26; Müller/Nedopil (Fn. 12), 213 ff.; Dressing/Habermeyer (Fn. 45), 302; Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 59 N 25 ff., insbes. N 30h und i.

<sup>49</sup> Näheres dazu bei Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 59 N 30a.

<sup>50</sup> Schreiber/Rosenau, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: Dressing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2015, 99.

<sup>51</sup> Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 59 N 29.

<sup>52</sup> So bereits, allerdings wenig beachtet, BGE 127 IV 154 E. 3a mit der Betonung, Massnahmen seien auf erheblich «schwerst psychisch gestörte» Straftäter ausgerichtet. Vgl. Dressing/Foerster, Forensisch-psychiatrische Untersuchung, in: Dressing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2015, 23; Foerster/Dressing, Die Erstattung des Gutachtens, in: Dressing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2015, 65.

darf nicht vergessen werden, dass die fraglichen Klassifikationssysteme ICD-10 bzw. ICD-11 und DSM-5 lediglich einer Verbesserung der Reliabilität und der internationalen Vergleichbarkeit der Diagnose dienen. Sie sind nicht für juristische Belange bzw. forensisch-psychiatrische Fragen entwickelt worden.

Die Frage der Schwere einer Störung interessiert in erster Linie im Zusammenhang mit Persönlichkeitsstörungen, besondere Aufmerksamkeit ist aber auch der Pädophilie zu schenken. Nicht zu unterschätzen ist dieses Problem schliesslich auch bei der jüngst in Mode gekommenen Diagnose eines ADHS im Erwachsenenalter. Sogar eine Schizophrene, deren Auswirkungen für psychiatrische Laien ohne weiteres als gravierend erachtet werden, genügt nicht in jedem Fall den juristischen Anforderungen an eine schwere Störung.

#### **b. Nähere Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung in der psychiatrischen Wissenschaft**

Es finden sich in der forensisch-psychiatrischen Wissenschaft zahlreiche Ansätze, sich dem Begriff der Schwere einer Störung anzunähern. Als wichtig erwies sich zu beachten, dass *die rechtlich relevanten Auswirkungen etwa einer Persönlichkeitsstörung auch in anderen Lebensbereichen als in der Delinquenz erkennbar sein müssen*. Kennzeichnend für die Schwere einer Störung ist, dass die betroffene Person ihre Autonomie verliert, ihr Leben zumindest in einer Vielzahl von Bereichen zu gestalten. Mithin ist deren soziale Kompetenz im Allgemeinen eingeschränkt.<sup>53</sup>

Als weiterführend erwies sich das von **Henning Sass** entwickelte Psychopathologische Referenzsystem. Hier wird ein *Vergleich mit den Einschränkungen durch andere psychischen Störungen vorgenommen, die als schwer gelten*. Es wird

<sup>53</sup> **Sass/Habermeyer**, Die Begutachtung von Persönlichkeitsstörungen aus psychopathologischer Sicht, *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 2007, 159; **Kröber**, «Psychische Störung» als Begründung für staatliche Eingriffe in Grundrechte des Individuums, *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 2011, 242; in Deutschland BGH, 21.01.2004, 1 StrR 346/03, E. 3b.

danach gefragt, ob ein vorgefundenes Zustandsbild diesen gleichgesetzt werden kann.<sup>54</sup> Zu denken ist etwa an die psychotischen Erkrankungen als Referenz. Eine schwere psychische Störung entspricht demnach den unbestritten als schwer geltenden Erkrankungen in ihrem Gewicht und weist Symptome auf, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Täters vergleichbar schwer und mit ähnlichen – auch sozialen – Folgen stören, belasten oder einengen.<sup>55</sup>

In der psychiatrischen Literatur findet sich auch etwa der Vorschlag, eine ausreichende Schwere einer Persönlichkeitsstörung sei dann anzunehmen, wenn die *Regulierung des Selbstwertgefühls ständig von Dekompensation bedroht* sei. Dies ist bei gravierenden Borderline- oder schweren narzisstischen Persönlichkeitsstörungen, insbesondere in Lebenskrisen, der Fall. In die Kategorie der schwer gestörten Personen sollen überdies auch Betroffene fallen, die zur Stabilisierung des Selbstwerts anhaltend auf gefährliche psychodynamische Mechanismen angewiesen sind, wie dies etwa bei schweren sexuellen Deviationen der Fall sein kann.<sup>56</sup>

Ein gewichtiges Indiz für eine Persönlichkeitsstörung der erforderlichen Schwere ist die Beobachtung, dass ein *rigides und dysfunktionales Verhaltensmuster in der Wahrnehmung anderer Personen und in der Beziehungsgestaltung in ganz unterschiedlichen Bereichen vorhanden ist, das immer wieder zu gleichartigen und schweren Konflikten und problematischen Reaktionen der betroffenen Person führt*. Verfügt im Gegensatz dazu die betroffene Person in bestimmten, insb.

<sup>54</sup> **Sass**, Forensische Erheblichkeit seelischer Störungen im psychopathologischen Referenzsystem, in: Schütz/Kaatsch/Thomsen (Hrsg.), *Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin*, FS-Schewe, Berlin u.a. 1991, 272 ff.; **Sass/Habermeyer** (Fn. 53), 158 f.; **Morgenstern**, Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11, ZIS 2011, 978; **Dittmann**, (Fn. 46), 34 in Bezug auf dissoziale Persönlichkeitsstörungen.

<sup>55</sup> Vgl. dazu **Sass**, Ein psychopathologisches Referenzsystem für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, *Forensia* 1985, 33–42; **Schreiber/Rosenau** (Fn. 50), 105; vgl. auch BGH, 16.12.1998, 5 StrR 407.

<sup>56</sup> **Kröber**, Konzepte zur Beurteilung der «schweren anderen seelischen Abartigkeit», *Nervenarzt* 1995, 532 ff.

konflikthaften, sozialen Kontexten über gut erhaltene psychosoziale Kompetenzen, lässt sich eine besondere Schwere der Persönlichkeitsstörung nicht begründen. Dies kann z.B. bei der Diagnose der dissozialen Persönlichkeitsstörung der Fall sein, wenn sich die betroffene Person in einem subkulturellen Milieu erfolgreich bewegen kann.<sup>57</sup>

Vollends zu befriedigen vermögen diese Versuche einer Konkretisierung des Schweregrads einer Störung indessen jedenfalls Angehörige der Justiz nicht, sie sind doch für diese nicht durchwegs nachvollziehbar.

### **c. Zögerliche Einlassung der Schweizer Gerichte auf die Klärung dieser Frage**

Mit der Quantifizierung der psychischen Störung befassten sich in der jüngeren Vergangenheit deutsche Gerichte intensiv, welche Feststellungen auf Schweizer Verhältnisse übertragbar sind. Zu beachten ist auch die Rechtsprechung des EGMR, der den Begriff des «*unsound mind*» im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK zu umschreiben hatte. Der Gerichtshof bestimmt die Reichweite und die Grenzen des «*unsound mind*» gestützt auf den Zweck dieser Bestimmung. Das heisst bei entsprechender Auslegung des Begriffs schliesst der Gerichtshof vom Vollzugsort auf die Qualität der Störung. Der für eine «*true mental disorder*» erforderliche Schweregrad beurteilt sich danach, ob dieser Zustand eine Unterbringung in einem Spital, einer Klinik oder in einer anderen geeigneten Klinik notwendig macht.<sup>58</sup> Mittlerweile findet sich aber auch in der Schweiz eine beachtenswerte Bearbeitung dieser Thematik nicht nur in der Literatur, sondern diese Frage ist auch Gegenstand von zahlreichen Entscheiden des Bundesgerichts. Entsprechende Textbausteine zur Umschreibung einer Störung von erhebli-

cher Schwere finden sich immer häufiger in Urteilen zum Massnahmenrecht.<sup>59</sup>

*Eine klare Linie ist dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung allerdings nicht zu entnehmen. Weiter äusserte sich das Schweizer Bundesgericht bisher nicht substantiell zur Frage der Umschreibung der Schwere einer Störung.*

So ist es denn kein Zufall, dass in Kreisen vieler psychiatrischer Sachverständiger und der Rechtswissenschaft immer wieder bemängelt wird, eigentliche Kriterien für eine Beurteilung des Schweregrades einer Störung würden fehlen. Bei näherem Hinsehen lässt sich diese Kritik indessen nicht aufrechterhalten.

### **d. Klare Kriterien für eine Verdeutlichung der besonderen Schwere einer psychischen Störung gemäss den deutschen «Mindeststandards für die Schuldfähigkeitsbegutachtung» und deren Massgeblichkeit für die Schweiz**

In Deutschland sah man sich viel früher als in der Schweiz im Zusammenhang mit Eingangsmerkmal der «anderen schweren seelischen Abartigkeit» gemäss Art. 66 D-StGB bei der Sicherungsverwahrung, die in ihrer Ausgestaltung praktisch Art. 59 Abs. 3 StGB entspricht, mit der Erkenntnis konfrontiert, dass die medizinische Diagnose nichts Abschiessendes aussagt über den Schweregrad der Störung.<sup>60</sup> Entsprechend setzte dort eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Problem, die ihren Niederschlag auch in der Rechtsprechung fand, deutlich früher ein. Auf diesen Fundus ist zurückzugreifen. Zwar wird die Problematik in Deutschland zumeist sehr eng im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit behandelt. Dies

<sup>57</sup> Zum Ganzen Dressing/Habermeyer (Fn 45), 294.

<sup>58</sup> Vgl. bspw. EGMR, 28.01.2013, i.S. Glien vs. Deutschland, Nr. 7345/12, §§ 75, 85 und 90.

<sup>59</sup> Lehner, Das Kriterium der schweren psychischen Störung – Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Tagungsband des Forums Justiz & Psychiatrie, Bern 2019, 85 ff.

<sup>60</sup> Habermeyer, Typische Fallstricke bei der Begutachtung von Persönlichkeitsstörungen, Persönlichkeitsstörungen - Theorie und Therapie 2004, 85 ff.; Habermeyer/Sass, Die Massregel der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB: Grundlagen und Differentialindikation gegenüber der Massregel gemäss § 63 StGB, Nervenarzt 2004, 1061-1067.



ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass dort eine Verminderung oder ein Ausschluss der Schuldfähigkeit Voraussetzung für die Anordnung einer Massnahme ist, während nach Schweizer Recht auf dieses Erfordernis schon lange verzichtet wurde.<sup>61</sup> Dies ändert aber nichts an der Allgemeingültigkeit jener Überlegungen in Deutschland und damit auch der Massgeblichkeit für unsere Verhältnisse. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die unbestrittene Tatsache, dass in Art. 19 StGB ungeachtet des lückenhaften Wortlauts eine schwere psychische Störung Bedingung für eine Beeinträchtigung oder einen Ausschluss der Schuldfähigkeit ist, die sich nicht vom selben im Massnahmenrecht verwendeten Begriff unterscheidet.<sup>62</sup> Eine unter der Leitung von **Axel Boetticher** wirkende interdisziplinär zusammengesetzte Arbeitsgruppe entwickelte sog. «Mindeststandards für die Schuldfähigkeitsgutachten», die Kriterien für eine Festlegung des Schweregrads einer psychischen Störung enthalten. Die Verfasser dieser Mindeststandards fokussierten ihre Überlegungen in erster Linie auf die häufig umstrittenen Diagnosen einer Persönlichkeitsstörung und die in jüngerer Zeit im Zentrum der öffentlichen Diskussion stehenden Störungen der Sexualpräferenz (z.B. Pädophilie). Diese Arbeiten fanden ihren Niederschlag in der Rechtsprechung des deutschen BGH, wo **Axel Boetticher** lange Jahre als Richter wirkte. Das Schweizer Bundesgericht erachtet diese Mindeststandards als auch für die Schweiz tauglich,<sup>63</sup> was bisher kaum Beachtung fand.

**Persönlichkeitsstörungen:** In den «Mindeststandards für die Schuldfähigkeitsgutachten» findet sich eine wertvolle Anleitung für die Beurteilung des Schweregrades einer Störung, auf die nachfolgend näher einzugehen ist. Für die Bewertung der Schwere einer psychischen

Störung ist insbesondere massgebend, ob es im Alltag ausserhalb des zu beurteilenden Deliktes zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist.<sup>64</sup>

Charakteristika für besonders schwere Persönlichkeitsstörungen sind demnach:

- erheblichen Auffälligkeiten der affektiven Ansprechbarkeit bzw. der Affektregulation;
- Einengung der Lebensführung bzw. Stereotypisierung des Verhaltens;
- durchgängigen oder wiederholten Beeinträchtigung der Beziehungsgestaltung und psychosozialen Leistungsfähigkeit durch affektive Auffälligkeiten, Verhaltensprobleme sowie unflexible, unangepasste Denkstile;
- durchgehenden Störung des Selbstwertgefühls;
- deutliche Schwäche von Abwehr- und Realitätsprüfungsmechanismen.

Gründe, die gegen die Annahme einer besonderen Schwere einer Persönlichkeitsstörung sprechen:

- Auffälligkeiten der affektiven Ansprechbarkeit ohne schwerwiegende Beeinträchtigung der Beziehungsgestaltung und psychosozialen Leistungsfähigkeit;
- weitgehend erhaltene Verhaltensspielräume;
- Selbstwertproblematik ohne durchgängige Auswirkungen auf die Beziehungsgestaltung und psychosoziale Leistungsfähigkeit;
- intakte Realitätskontrolle, reife Abwehrmechanismen;
- altersentsprechende biographische Entwicklung.

Beachtenswert ist die Erkenntnis, dass es sich bei den Verläufen von Persönlichkeitsstörungen nicht um absolute Grössen handelt. So wird zugestanden, dass die Persönlichkeitsmerkmale im Verlauf des Lebens weitgehend unver-

<sup>61</sup> BGer vom 07.10.2010, 6B\_681/2010, E. 4.1; BGer vom 22.03.2010, 6B\_52/2010, E. 2.3.

<sup>62</sup> **Bommer**, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 19 N 26; vgl. auch **Godenzi** (Fn. 2), 22 f.

<sup>63</sup> BGE 140 IV 49 E. 2.4.1.

<sup>64</sup> Näheres dazu bei **Boetticher et al.**, Mindestanforderungen bei Schuldfähigkeitsgutachten, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2007, 5 oder NStZ 2005, 61 f.

ändert bleiben. Der Grad der Ausprägung ist indessen im Laufe der Zeit und in Abhängigkeit von den Lebensumständen unterschiedlich. Weiter lässt sich beobachten, dass behandlungsbedürftige Krisen bevorzugt im früheren Erwachsenenalter auftreten. Diese werden im Verlauf des Lebens seltener.<sup>65</sup>

**Schwere sexuelle Deviationen:** Der überwiegende Teil von Sexualstraftaten wird nicht primär durch psychische Störungen verursacht. Sexuell deviante Interessen dürfen nicht als Synonym für eine psychische Krankheit oder eine entsprechende Gefährlichkeit der betroffenen Person verstanden werden.<sup>66</sup> Nicht jede mehr oder weniger bewusste Grenzüberschreitung darf psychopathologisch interpretiert werden. Keinesfalls lässt sich etwa auch aus dem Vorliegen einer pädophilen Neigung bei der betroffenen Person automatisch auf Delikte gegenüber Kindern schliessen. Oder nur sehr selten steht hinter einer Vergewaltigung ein Motiv des sexuellen Sadismus bzw. der sexuell sadistischen Störung.<sup>67</sup> In der psychiatrischen Fachliteratur wird zur Zurückhaltung bei dieser Diagnose gemahnt.<sup>68</sup> Es muss in jedem speziellen Einzelfall begründet werden, weshalb es bei den betroffenen Personen, die im Bereich der Sexualität von der Norm abweichende Präferenzen aufweisen, strafrechtlich relevante Besonderheiten vorliegen sollen. Einzig mit einem Sexualdelikt lässt sich die Indikation einer Massnahme nicht begründen.<sup>69</sup> Die Störungen der Sexualpräferenz sind demgemäss gleich wie bei den Persönlichkeitsstörungen sorgfältig anhand ihrer Ausprägung auf ihre Krankheitswertigkeit und damit auf ihre forensische Relevanz hin zu überprüfen.<sup>70</sup> Die Fragestellung lautet, in welchem Ausmass diese Störung den

Alltag dieser betroffenen Person bestimmt und diese beeinträchtigt.<sup>71</sup> Für die Einordnung einer Verlaufsform als schwer oder leicht ist zu klären, ob etwa im Fall einer Pädophilie die Sexualität durch die pädophile Präferenz dominiert wird, ob diese progredient verläuft und zu Leidensdruck bzw. zu nachteiligen sozialen Konsequenzen geführt hat.<sup>72</sup>

Schon beim ersten Schritt einer Diagnose gemäss einem Klassifikationssystem sind hier somit hohe Anforderungen an die Herleitung einer Störung zu stellen. Nach DSM-5 werden Paraphilien und paraphile Störungen unterschieden, wobei die Störung mit Leiden der betroffenen Personen oder der Opfer verbunden sein soll. Entsprechend wird einerseits mit dem A-Kriterium eine überdauernd sexuelle Symptomatik beschrieben. Dabei gilt es zu beachten, dass für eine entsprechende Diagnose eine betroffene Person mindestens 18 Jahre alt zu sein hat. Weiter haben hier alle Kriterienkombinationen über eine Dauer von mindestens 6 Monaten vorzuliegen. Andererseits werden mit dem B-Kriterium die Verhaltensebene, d.h. etwa das Ausleben gegenüber einer nicht einwilligenden oder einwilligungsfähigen, nichtsahnenden Person bzw. der Leidensdruck oder die Funktionsbeeinträchtigung bzw. nachteiligen Folgen für andere Personen beschrieben. Gemäss der Terminologie der ICD-10 wird der Begriff der «Störung der Sexualpräferenz» verwendet, der nach ICD-11 zugunsten des Begriffs der «paraphilen Störung» aufgegeben werden wird (Stand: April 2019).

Bereits erwähnt wurde die Tatsache, dass mit der Feststellung einer Pädophilie noch nicht zwingend eine krankheitswertige bzw. juristisch relevante Störung gegeben ist. Besondere Aufmerksamkeit ist daher in einem zweiten Schritt dem Ausprägungsgrad der Störung zu

<sup>65</sup> Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 59 N 30i.

<sup>66</sup> Kröber (Fn. 53), 239 f.

<sup>67</sup> Briken, Paraphile Störungen und Sexualdelinquenz – Geschlechtsinkongruenz/-dysphorie – sexuelle Funktionsstörungen, in: Dressing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2015, 311.

<sup>68</sup> Briken (Fn. 67), 308.

<sup>69</sup> Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 59 N 36b.

<sup>70</sup> Müller/Nedopil (Fn. 12), 239 ff.

<sup>71</sup> Kröber (Fn. 53), 239.

<sup>72</sup> Heer/Habermeyer, BSK StGB I (Fn. 6), Art. 59 N 30g.

schenken.<sup>73</sup> Die Einschränkungen, wie sie bei krankhaften seelischen Störungen (z.B. psychotischen Störungen) vorliegen, gelten dabei als Referenz. Sachverständige haben in ihren Gutachten einzugehen auf die Intensität der Paraphilie, die Integration in die Persönlichkeit und die bisherige Fähigkeit zur Kontrolle über paraphile Impulse.<sup>74</sup>

Kriterien, die für die Einstufung einer Paraphilie als schwere psychische Störung (schwere andere seelische Abartigkeit nach deutschem Strafrecht) sprechen:

- Die Sexualstruktur ist weitestgehend durch die paraphile Neigung bestimmt.
- Eine ich-dystone (ich-fremde) Verarbeitung führt zur Ausblendung der Paraphilie.
- Eine progrediente Zunahme und «Überflutung» durch dranghafte paraphile Impulse mit ausbleiben-der Satisfaktion beherrscht zunehmend das Erleben und drängt zur Umsetzung auf der Verhaltensebene.
- Andere Formen soziosexueller Befriedigung stehen dem Beschuldigten aufgrund (zu beschreibender) Persönlichkeitsfaktoren und/oder (zu belegender) sexueller Funktionsstörungen erkennbar nicht zur Verfügung.<sup>75</sup>

### e. Ausblick: Die Einführung der ICD-11 als neue Herausforderung

**Grundsätzliches:** Inzwischen ist die elfte Version der «Internationalen Klassifikation der Krankheiten» beschlossen. Die ICD-11 soll im Januar 2022 in Kraft treten. Es handelt sich um die erste Neufassung seit 30 Jahren. Sie listet rund 55.000 Krankheiten, Symptome und Verletzungsursachen auf, wobei viele Veränderungen auch psychische Störungen betreffen. Nicht wenige dieser Änderungen sind um-

stritten.<sup>76</sup> Bei den im Strafrecht stark dominierenden Persönlichkeitsstörungen wird aus einer kategorialen Klassifikation von Differentialtypen eine weitgehend dimensionale Klassifikation vorgesehen, die im Falle der Erfüllung der allgemeinen Kriterien einer Persönlichkeitsstörung drei Schweregrade unterscheidet und zur näheren Beschreibung fünf Persönlichkeitsdomänen heranzieht. Angestrebt wird ein höherer Systematisierungsgrad, indem dieser sich an Funktionsbeeinträchtigungen des Selbst und der interpersonellen Beziehungsgestaltung orientiert, Symptome bezüglich der Emotionalität, der Kognition und des Verhaltens spezifiziert und schliesslich die psychosozialen Auswirkungen, also in welchem Masse die Probleme die verschiedenen situativen Kontexte durchzieht, bewertet. Diese Thematisierung des Schweregrades einer Störung wurde in der ICD-10 vermisst, was zu Kritik führte.<sup>77</sup>

Zu den drei Schweregraden einer Persönlichkeitsstörung:

- Die **leichte Persönlichkeitsstörung** wird mit Funktionsbeeinträchtigen beschrieben, die weder bezüglich des Selbstfunktionsniveaus noch des interpersonellen Funktionsniveaus

<sup>73</sup> Dazu eingehend Nitschke et al., Forensisch-psychiatrische Begutachtung bei Pädophilie, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 537 f.

<sup>74</sup> Briken (Fn. 67), 317.

<sup>75</sup> Boetticher et al. (Fn. 64), 10.

<sup>76</sup> Bspw. wird die Spielsucht (6C50) erstmals als eigene Diagnose unter Impulskontrollstörungen gelistet. Der Katalog differenziert zwischen einer Online- (6C50.0), einer Offline- (6C50.1) sowie einer nicht näher bestimmten Spielsucht (6C50.2). Im ICD-10-Katalog ist die Definition auf das Glücksspiel begrenzt (F63.0, pathologisches Spielen). Im Vordergrund stehen der Kontrollverlust sowie eine zunehmende Fokussierung auf das Spielen, das andere Interessen verdrängt. Hinzu kommen eine Intensivierung trotz negativer Konsequenzen und eine erhebliche Beeinträchtigung des sozialen Funktionsniveaus. Weiter hervorzuheben ist neu das zwanghafte Sexualverhalten (6C72), das jetzt ebenfalls eine eigenständige Impulskontrollstörung darstellt. Den Betroffenen gelingt es nicht, ihr sexuelles Verlangen zu zügeln, sie machen Sexualität zu einem zentralen Fokus und vernachlässigen andere Interessen, können auch dann nicht davon ablassen, wenn es ihnen schadet, Beziehungen zu Bruch gehen, das Sozialleben leidet und sie sich finanziell ruinieren. Übermässiger Pornokonsum oder Telefonsex zählen ebenfalls dazu. Die Störung muss mindestens sechs Monate persistieren und zu erheblichem Stress im Umfeld führen. Stress, der nur durch eine moralische Bewertung oder Ablehnung eines bestimmten Sexualverhaltens entsteht, zählt jedoch ausdrücklich nicht dazu. Davon abzugrenzen sind vor allem paraphile Störungen (6D30-36); siehe Ärztezeitung online, 23.03.2019, [https://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/neuro-psychiatrische\\_krankheiten/suchtkrankheiten/article/988706/who-neuen-krankheiten-icd-11.html](https://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/neuro-psychiatrische_krankheiten/suchtkrankheiten/article/988706/who-neuen-krankheiten-icd-11.html), [01.09.2019].

<sup>77</sup> S. C. Herpertz, Neue Wege der Klassifikation von Persönlichkeitsstörungen in ICD-11, Fortschr Neurol Psychiatr 2018, 153.

alle Lebensbereiche betreffen. Auch ist eine leichte Persönlichkeitsstörung mit Symptomen verbunden, die eine entweder rigide oder labile Emotionalität widerspiegeln, die Über- oder Unterkontrolle von Verhaltensimpulsen sowie unflexible, ineffektive Bewältigungsmechanismen beschreiben, die zwar zu persönlichem Leiden aber nicht zu nachhaltiger Lebensuntüchtigkeit führen.

- Bei einem **mässigen Schweregrad einer Persönlichkeitsstörung** ist das Selbstfunktionsniveau gravierender beeinträchtigt, sei es aufgrund eines rigiden, inkonsistenten oder instabilen Selbstbildes oder/und einem mangelnden, überhöhten oder rasch wechselnden Selbstwertgefühls. Weiter finden sich mal-adaptive Ausformungen interpersoneller Funktionen, die sich in der internalisierenden Variante als unterwürfig, abhängig oder vermeidend oder in der externalisierenden Form als konflikthaft und aggressiv darstellen. Auch auf der Symptomebene wird eine breite Palette von emotionalen, kognitiven und behavioralen Manifestationen beschrieben, die von Emotionsvermeidung und -unterdrückung bis hin zu Ärgerausbrüchen, von mangelnder kognitiver und emotionaler Empathie bis hin zur Überfürsorglichkeit und Selbstaufgabe sowie von umschriebenem Realitätsverlust und dissoziativem Erleben handeln.
- Die **schwere Persönlichkeitsstörung** meint ein überaus rigides oder instabiles Selbstbild oder ein solches, das von Selbsthass, Exzentrizismus oder Grandiosität bestimmt ist. Zwischenmenschliche Beziehungen von Patienten mit schwerer Persönlichkeitsstörung können sich als überaus rarifiziert oder fehlend, aber auch als extrem einseitig, oberflächlich oder gewalttätig darstellen. Ihre Emotionalität kann hochgradig eingeschränkt oder ungesteuert, expressiv sein, sie können Psychose-ähnliche Überzeugungen aufweisen und schweres selbstschädigendes Verhalten, aber auch aggressives oder gar sadistisches Verhalten zeigen. Neben einer umfassenden Lebensuntüchtigkeit ist die schwere Persönlichkeitsstörung mit ausgeprägtem Leiden

oder völliger Indifferenz der sozialen Welt gegenüber verbunden.

#### **Kritische Bemerkungen aus der Sicht der Justiz:**

Es bleibt abzuwarten, nach welchen Kriterien die fraglichen Diagnosen vorgenommen werden und insbesondere welche Faktoren für die Bestimmung des Schweregrades einer Persönlichkeitsstörung relevant sein werden. Hier ist noch alles offen. Es wird zu beobachten sein, wie die empirisch noch zu bestimmenden diagnostischen Schwellenwerte, deren Verwendung als unabdingbar erachtet wird, definiert werden. In der psychiatrischen Literatur wird bereits kritisch darauf hingewiesen, dass zu viel subjektiver Interpretationsspielraum bestehe.<sup>78</sup> Unter Fachleuten wird die Meinung vertreten, die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung werde in Zukunft vermehrt vergeben. Sicherlich entbinden psychiatrische Erkenntnisse die Justiz nicht von der Prüfung der Frage, ob Kriterien für eine Quantifizierung einer psychischen Störung auch für die Rechtsanwendung überzeugen. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass freiheitsentziehende Massnahmen als Eingriffe in die Grundrechte in einem funktionierenden Rechtsstaat nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sind. Diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber anlässlich der letzten umfassenden Revision des Strafgesetzbuchs 2006 Rechnung getragen, indem die Anordnung einer therapeutischen Massnahme nicht an das Bestehen einer wie auch immer gearteten psychischen Problematik, sondern explizit an eine psychische Störung gebunden wurde. Das macht auch Sinn, denn in der Praxis dauern solche Freiheitsentzüge sehr oft deutlich länger als schuldangemessene Strafen. Darüber hinaus ist dem Schweregrad einer Störung besondere Beachtung zu schenken. Mit Blick auf die weitreichenden Konsequenzen der Bejahung einer rechtlich relevanten psychischen Störung ist hier Zurückhaltung geboten. Psychiatrische Sachverständige haben behutsam mit den

<sup>78</sup> Zimmermann, Paradigmenwechsel in der Klassifikation von Persönlichkeitsstörungen, Die neuen Modelle in DSM-5 und ICD-11, Psychotherapie im Dialog 2014, 1 ff.

entsprechenden Kriterien umzugehen und Justizorgane haben auf deren sachgerechte Diskussion in den Gutachten zu bestehen. Entsprechend tun Abgrenzungen und Einschränkungen Not, soll nicht das Massnahmenrecht das Sanktionenrecht noch weiter dominieren und diese Art von Sanktion nicht noch mehr aufgebläht werden. Jedenfalls steht fest, dass die unter dem Regime der ICD-10 einge-

leitete fundierte juristische Thematisierung der Anforderungen an den rechtsgenügenden Schweregrad einer psychischen Störung mit dem Inkrafttreten der ICD-11 keineswegs unterbunden wird. Die neu eingeführte Stellungnahme der Psychiater zu einer Quantifizierung einer Persönlichkeitsstörung entbindet die Justiz nicht von einer verantwortungsvollen Teilnahme an dieser Diskussion.



# Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile

Omar Abo Youssef

## Zugleich Besprechung von BGE 144 IV 1

### I. Einleitung

Anlass, sich mit der Frage der Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile auseinanderzusetzen, bietet nicht nur der im Jahr 2018 publizierte Entscheid des Bundesgerichts BGE 144 IV 1, sondern auch der Umstand, dass der Jubilar die Bestimmungen zum selbstständigen Einziehungsverfahren kommentiert hat (Ch. Schwarzenegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 376–378). Im Zusammenhang mit der Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile stellt sich nämlich nicht nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen solche Vorteile einziehbar sind, sondern auch, in welchem Verfahren die Einziehung anzuordnen ist.

### II. Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile

#### A. Zukünftige wirtschaftliche Vorteile

Deliktisch erlangte Vermögensvorteile können bereits im Zeitpunkt der Begehung der Straftat oder erst viel später erzielt werden. Ebenso denkbar ist, dass durch eine Straftat erlangte Vermögenswerte Erträge abwerfen, z.B. Mietzinseinnahmen einer deliktisch erlangten Liegenschaft. Werden Erträge deliktisch erlangter Vermögenswerte nach der Tatbegehung, jedoch vor dem Urteil erzielt, dürfte unbestritten sein, dass auch solche Erträge der Einziehung unterliegen (BGE 144 IV 1 = Pra 107 [2018] Nr. 87, E. 4.2.3; N. Schmid, in: Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, Organisiertes Ver-

brechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 70–72 N 21, 61; M. Scholl, in: Ackermann [Hrsg.], Kommentar, Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Band I, Zürich 2018, Art. 71 StGB N 121). Fraglich ist jedoch, was in Bezug auf deliktisch erlangte Vermögensvorteile und daraus fliessende Erträge gilt, welche erst nach dem Urteil erzielt werden.

#### B. Voraussetzungen für die Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile

##### 1. BGE 144 IV 1: Sachverhalt und Erwägungen

###### a. Sachverhalt

Der am 8. Dezember 1990 verstorbene Vater setzte seine vier Kinder, jedes zu einem Viertel, als Erben ein und überliess seiner Ehefrau die Nutzniessung an seinem gesamten Vermögen. Als Folge von Teilteilungen verblieb das nackte Eigentum an den nicht geteilten, mit einer Nutzniessung belasteten Nachlassaktiven dem Täter und einer Schwester. Diese Nachlassaktiven bestanden insbesondere aus Liegenschaften, welche bedeutende Erträge generierten. Der Täter wurde am 18. März 2010 wegen der am 24. Dezember 2005 begangenen vorsätzlichen Tötung seiner Mutter sowie des gleichentags begangenen Mordes an seiner Schwester und an einer Freundin der Mutter zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt. Mit Urteil vom 18. März 2010 wurden die bis dahin aufgelaufenen und von der Liegenschaftenverwaltung auf ein Konto überwiesenen Anteile

des Täters an den Erträgen aus den Liegenschaften eingezogen.

Am 21. März 2013 eröffnete die Staatsanwaltschaft ein selbstständiges Einziehungsverfahren i.S.v. Art. 376 StPO, weil sie der Auffassung war, dass auch die von der Liegenschaftenverwaltung nach dem 18. März 2010 auf das Konto überwiesenen Erträge aus den Liegenschaften einziehbar seien und das Gericht nur das Schicksal der vor dem 18. März 2010 beschlagnahmten Vermögenswerte regeln durfte. Sie verfügte die Beschlagnahme des Kontos bis zum Betrag von CHF 2'272'721.61 und verpflichtete die Liegenschaftenverwaltung, die Anteile des Täters an den weiter anfallenden Erträgen aus den Liegenschaften auf das Konto zu überweisen. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 ordnete die Staatsanwaltschaft die Aufhebung der Beschlagnahme der Anteile des Täters an den nach dem 31. Dezember 2014 anfallenden Erträgen aus den Liegenschaften an, weil sie davon ausging, die Mutter wäre gemäss durchschnittlicher Lebenserwartung am 31. Dezember 2014 eines natürlichen Todes gestorben. Am 13. April 2015 verfügte die Staatsanwaltschaft die Einziehung der beschlagnahmten Vermögenswerte sowie der bis zum 31. Dezember 2014 angefallenen Erträge aus den Liegenschaften und sprach diese Guthaben den Nachlässen der getöteten Mutter und Schwester zu. Die gegen diesen Entscheid eingelegten Rechtsmittel wurden sowohl von der ersten als auch von der zweiten Instanz abgewiesen.

### **b. Erwägungen**

Das Bundesgericht sah sich vor BGE 144 IV 1 lediglich dazu veranlasst, für die Einziehung i.S.v. Art. 70 StGB in Abgrenzung zur Ersatzforderung i.S.v. Art. 71 StGB zu verlangen, dass die Vermögenswerte «verfügbar» sind. Es hatte bis anhin jedoch keine Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob das Kriterium der Verfügbarkeit der Einziehung von zwar identifizierbaren, im Zeitpunkt des Einziehungsentscheides jedoch noch nicht verfügbaren Vermögenswerten, wie insbesondere noch nicht

fälligen Mietzinsen, entgegensteht (BGE 144 IV 1 E. 4.2.4).

Das Bundesgericht stimmt der Ansicht von **Baumann** zu, dergemäss der unrechtmässige Vorteil «*anhand der im Zeitpunkt des Einziehungsurteils vorliegenden Fakten und unter Berücksichtigung allenfalls noch zu erwartender Vorteile*» beurteilt werden sollte, da Deliktsvorteile sowie Erträge aus diesen auch nach Beendigung der Tat über längere Zeiträume kontinuierlich anfallen können (**Baumann**, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 70/71 N 36; **Baumann**, Deliktisches Vermögen, Dargestellt anhand der Ausgleichseinziehung [Art. 59 Ziff. 1, 2 und 4 StGB], Diss., Zürich 1997, 155 f.). Den Umstand, dass allfällige zukünftige Vorteile einem bereits vorhandenen Vermögenswert unter einem strikt rechnerischen Gesichtswinkel nicht gleichgestellt werden können, erachtet das Bundesgericht trotz seiner Rechtsprechung, wonach einziehbare Vermögenswerte sämtliche direkt oder indirekt mittels einer Straftat erlangten wirtschaftlichen Vorteile, die rechnerisch erfasst werden können, umfassen (BGE 144 IV 1 E. 4.2.2 m.w.H.), als nicht entscheidend. Denn würde der Zeitpunkt des Einziehungsentscheides in dem Sinne als massgeblich betrachtet, dass dadurch die Einziehung allfälliger zukünftiger Vorteile verhindert wird, könnte der Täter in die Lage gelangen, nach dem Entscheid den ganzen oder teilweisen Erlös aus seiner Straftat zu erhalten. Dies aber wäre mit dem von Art. 70 StGB verfolgten Zweck unvereinbar. Die Einziehung muss nach Auffassung des Bundesgerichts deshalb nicht nur die im Urteilszeitpunkt «verfügbaren» Vermögenswerte erfassen, sondern auch zukünftige, in zeitlicher und quantitativer Hinsicht (nötigenfalls mittels einer Schätzung i.S.v. Art. 70 Abs. 5 StGB) ausreichend bestimmbare Vorteile (BGE 144 IV 1 E. 4.2.4: «*les avantages futurs, dont des créances futures, suffisamment déterminables d'un point de vue temporel et quantitatif, y compris par le biais d'une estimation [art. 70 al. 5 CP]*»). Nicht berücksichtigt werden könnten

dahingegen blosser Hoffnungen oder Gewinnerwartungen (zum Ganzen BGE 144 IV 1 E. 4.2.4).

Mit Blick auf die Bestimmung von Art. 70 Abs. 5 StGB führt das Bundesgericht aus, dass sich die Schätzung auf sämtliche Faktoren beziehen kann, welche im konkreten Fall für die Bestimmung des Umfangs der einziehbaren Vermögenswerte einschlägig sind. Insofern und unter Berücksichtigung des Grundgedankens der Einziehung, wonach sich Verbrechen nicht lohnen dürfen, könne das Gericht darauf verzichten, den Umfang der Einziehung explizit zu beziffern, wenn es in der Lage sei, den Gegenstand zu umschreiben und genügend genau zu bezeichnen (BGE 144 IV 1, E. 4.4.1: «*[I]l faut également admettre que le juge peut renoncer à chiffrer de façon explicite la quotité de la mesure, s'il est à même d'en circonscrire l'objet et de le désigner de façon suffisamment précise.*»).

Im konkreten Fall war das Bundesgericht der Auffassung, es sei klar voraussehbar gewesen, dass auch nach dem erstinstanzlichen Urteil vom 18. März 2010 Mieterträge anfallen würden. Der Erhalt der Mietzinseinnahmen sei eine Folge des verfrühten Endes der Nutzniessung der Mutter des Täters gewesen und stelle daher einen deliktisch erlangten und damit nach Art. 70 Abs. 1 StGB einziehbaren Vorteil dar. Die hauptsächliche Variable sei deshalb nur die Zeitdauer gewesen, während welcher die Erträge aus den Liegenschaften von der Mutter als Nutzniesserin bezogen worden wären. Die zu berücksichtigende Zeitdauer habe sich *in casu* bis am 31. Dezember 2014 erstreckt, dem Datum, an welchem gemäss Statistik zur durchschnittlichen Lebenserwartung der natürliche Tod der Mutter eingetreten wäre. Dieses Datum hätte nach Auffassung des Bundesgerichts vom erstinstanzlichen Gericht ohne weiteres festgestellt werden können. Infolgedessen wäre das erstinstanzliche Gericht bezüglich der zukünftigen Liegenschaftenerträge in der Lage gewesen, den Gegenstand der Einziehung als Nettomietträge bzw. als Anteil, welcher dem Täter bis zum 31. Dezember 2014

zugekommen wäre, zu umschreiben. Auch wenn der Umfang der Einziehung nicht explizit beziffert werden konnte, hätte deren Gegenstand ausreichend klar bezeichnet und begrenzt werden können (zum Ganzen BGE 144 IV 1 E. 4.4.2).

## 2. Würdigung

Um es gleich vorwegzunehmen: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung überzeugt. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob zukünftige wirtschaftliche Vorteile Gegenstand der Einziehung bilden können, ist die in zeitlicher und quantitativer Hinsicht genügende Bestimmbarkeit. Im Sinne einer negativen Abgrenzung hält das Bundesgericht fest, dass blosser Gewinnaussichten oder Anwartschaften, insbesondere Erbanwartschaften vor der Eröffnung des Nachlasses, nicht einziehbar sind (BGE 144 IV 1 E. 4.2.4 und 4.3; vgl. auch Schmid, a.a.O., Art. 70–72 N 18). Im Übrigen wird die zeitlich und quantitativ genügende Bestimmbarkeit des zukünftigen wirtschaftlichen Vorteils massgeblich davon abhängen, welcher Natur der wirtschaftliche Vorteil ist. Handelt es sich um Zinsen auf Bankguthaben (im heutigen Zinsumfeld ein reichlich theoretisches Beispiel), ist deren Höhe – vorausgesetzt sie lasse sich nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln – i.S.v. Art. 70 Abs. 5 StGB zu schätzen. Dabei ist nicht einfach der zivilrechtliche vorgesehene Zinsfuß von 5 % zur Anwendung zu bringen (Art. 73 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 1 OR), sondern es ist auf den banküblichen Durchschnittszins abzustellen. Würde ein Zinsfuß von 5 % zugrunde gelegt, würde insbesondere in einem niedrigen Zinsumfeld über die Durchsetzung des Grundsatzes «Verbrechen dürfen sich nicht lohnen» hinausgegangen (BGer vom 19.04.2007, 6P.203/2006, E. 7.3; Scholl, a.a.O., Art. 70 StGB N 218).

Vermögensvorteile, welche sich nur rechnerisch abstrakt, nicht jedoch konkret bestimmen lassen (insbesondere Ersparnisgewinne), sind nicht mittels Einziehung i.S.v. Art. 70 StGB, sondern mittels Ersatzforderung i.S.v. Art. 71 StGB abzuschöpfen (vgl. BSK StGB I-Baumann,



Art. 70/71 N 22 ff.; **Scholl**, a.a.O., Art. 70 StGB N 192 ff.). Dies gilt beispielsweise für den Fall, dass die unter Verletzung von Bauvorschriften renovierte Liegenschaft selbst bewohnt und dadurch die Bezahlung eines erhöhten Mietzins vermieden wird (vgl. **Schmid**, a.a.O., Art. 70–72 N 18 mit weiteren Beispielen).

Dem Bundesgericht ist auch darin beizupflichten, dass bei der Schätzung des Umfangs der einzuziehenden Vermögenswerte gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB sämtliche Faktoren zu berücksichtigen sind, die im konkreten Fall für die Bestimmung des Einziehungswertes bzw. der Ersatzforderung von Bedeutung sind (BGE 144 IV 1 E. 4.4.1; vgl. auch **Schmid**, a.a.O., Art. 70–72 N 209; **Scholl**, a.a.O., Art. 70 StGB N 552; **Trechsel/Jean-Richard**, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 70 N 17). Nicht der Schätzung unterliegen jedoch die Voraussetzungen der Einziehung bzw. Ersatzforderung, namentlich das Vorliegen der Anlasstat. Diese sind «nach den üblichen strafprozessualen Grundsätzen» zu beweisen (**Schmid**, a.a.O., Art. 70–72 N 210). In analoger Anwendung der Unschuldsvermutung müssen sich Zweifel an den Einziehungsvoraussetzungen deshalb zugunsten des Einziehungsbetroffenen auswirken (BGer vom 26.04.2019, 6B\_871/2018, E. 2.1.2 mit Verweis auf BSK StGB I-Baumann, Art. 70/71 N 39). **Baumann** vertritt auch mit Bezug auf die Schätzung, dass sich diese im Rahmen dessen bewegen müsse, «was unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung und auch der Eigentumsgarantie (gerade noch) tolerierbar ist» (BSK StGB I-Baumann, Art. 70/71 N 42).

Sind Faktoren, welchen für die Festlegung des Einziehungswertes bzw. der Ersatzforderung grosses Gewicht zukommt, im Zeitpunkt des Einziehungs- bzw. Ersatzforderungsentscheids unbekannt und kann diesbezügliche auch keine zuverlässige Prognose abgegeben werden, ist allenfalls eine Sistierung des Strafverfahrens in Betracht zu ziehen. Eine Sistierung rechtfertigt sich u.U. dann, wenn die Bestimmung

bzw. Festlegung des unrechtmässigen Vermögensvorteils von einem Entscheid einer anderen Behörde abhängt (**Scholl**, a.a.O., Art. 71 StGB N 123, bzgl. Ersatzforderung).

Fraglich ist, ob dem Bundesgericht auch bezüglich der Auffassung zuzustimmen ist, dass auf eine ausdrückliche Bezifferung des einzuziehenden Betrags verzichtet werden könne, wenn der Vermögenswert genügend präzise abgegrenzt und bestimmt werden kann (BGE 144 IV 1 E. 4.4.1). Das Bundesgericht selbst hielt in diesem Zusammenhang in einem Entscheid aus dem Jahr 2003 fest, dass Art. 70 Abs. 5 StGB (aArt. 59 Ziff. 4 StGB) «sich nach dem klaren Wortlaut ausschliesslich auf die Bezifferung des einzuziehenden Betrages, nicht aber auf die Voraussetzungen der Einziehung» beziehe (BGer vom 30.10.2003, 6S.300/2003, E. 2; vgl. auch BGE 129 IV 305 E. 6.3; **Schmid**, a.a.O., Art. 70–72 N 210). In einem weiteren Entscheid erwog das Bundesgericht, dass «die Sache zur Dokumentation der Papierspur von den Originalwerten zu den Surrogaten oder zur Ausfällung einer genau bezifferten Ersatzforderung» an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (BGer vom 14.11.2007, 6B\_369/2007, E. 2.3).

Aus dem ersten Entscheid könnte gefolgert werden, dass der einzuziehende Betrag beziffert werden muss. Da sich das Bundesgericht an der zitierten Fundstelle jedoch nicht explizit mit der Frage der Erforderlichkeit der Bezifferung des einzuziehenden Betrags, sondern lediglich mit dem Anwendungsbereich der Bestimmung von Art. 70 Abs. 5 StGB auseinandergesetzt hat, kann daraus nicht abgeleitet werden, es könne nicht auf die ausdrückliche Bezifferung des Einziehungsbetrags verzichtet werden, wenn der Vermögenswert genügend präzise abgegrenzt und bestimmt werden kann. Beim zweiten Entscheid bringt das Bundesgericht deutlich zum Ausdruck, dass Ersatzforderungen genau zu beziffern sind. Diese Auffassung wird auch von **Schmid** vertreten, der ausführt, der richterliche Entscheid habe «auf einen bestimmten Betrag in Schweizer

Franken» zu lauten. Es gehe nicht an, die Ersatzforderung nur dem Grundsatz nach zu entscheiden und die Festsetzung des Betrags der Vollzugsbehörde zu überlassen (Schmid, a.a.O., Art. 70–72 N 177).

Würde die ausdrückliche Bezifferung des Einziehungsbetrags vorausgesetzt, bestünde die Folge einer fehlenden Bezifferung darin, dass eine Einziehung nicht stattfinden könnte, was mit dem Grundsatz «Verbrechen dürfen sich nicht lohnen» nicht vereinbar wäre. Würde umgekehrt auf die Voraussetzung einer ausdrücklichen Bezifferung des Einziehungsbetrags verzichtet und gelänge auch eine genügend präzise Abgrenzung und Bestimmung des einzuziehenden Vermögenswertes nicht, könnte der entsprechende Vermögenswert mangels präziser Umschreibung nicht eingezogen werden. Massgeblich dürfte für die Einziehung i.S.v. Art. 70 StGB deshalb sein, dass die einzuziehenden Vermögenswerte in sachlicher, zeitlicher und quantitativer Hinsicht so präzise umschrieben werden, dass der Entscheid ohne weiteres vollstreckt werden kann (vgl. Scholl, a.a.O., Art. 70 StGB N 606). Ist dies der Fall, muss der Verzicht auf die ausdrückliche Bezifferung des einzuziehenden Betrags im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich sein. Mit Blick auf die Vollstreckbarkeit des Einziehungsentscheids dürfte bei der Ersatzforderung i.S.v. Art. 71 StGB deren ausdrückliche Bezifferung dahingegen unumgänglich sein (vgl. BGer vom 14.11.2007, 6B\_369/2007, E. 2.3; Schmid, a.a.O., Art. 70–72 N 177).

### III. Selbstständige Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile?

#### A. Voraussetzungen für die Durchführung des selbstständigen Einziehungsverfahrens

Gemäss Art. 376 StPO wird ein selbstständiges Einziehungsverfahren durchgeführt, wenn ausserhalb eines Strafverfahrens über die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten zu entscheiden ist. Diese Umschreibung der Voraussetzung für die Durchführung eines

selbstständigen Einziehungsverfahrens wird als «missglückt» bezeichnet (ZK StPO-Schwarzenegger, Art. 376 N 2). Zu Recht: Aus dem Wortlaut allein geht nämlich nicht hervor, dass über die Einziehung i.S.v. Art. 70ff. StGB grundsätzlich *akzessorisch* im Rahmen des Strafverfahrens zu entscheiden ist (BGE 144 IV 1 E. 4.1.1 m.w.H.). Ist ein Strafverfahren eröffnet worden, besteht deshalb grundsätzlich kein Raum mehr für die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens i.S.v. Art. 376ff. StPO, dem subsidiärer Charakter zukommt (BGE 144 IV 1 E. 4.1.1; BGE 142 IV 383 E. 2.1; Conti, in: Kuhn/Jeanerret [Hrsg.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 376 N 14; ZK StPO-Schwarzenegger, Art. 376 N 2). Die Einziehung ist von der zuständigen Behörde im ordentlichen Strafverfahren von Amtes wegen und mit aller Sorgfalt zu prüfen (BSK StGB I-Baumann, Art. 70/71 N 21; CR CPP-Conti, Art. 376 N 14).

Ungeachtet dessen ist die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens insbesondere dann zulässig, wenn nach Abschluss des Strafverfahrens neue einziehbare Vermögenswerte zum Vorschein kommen (BGer vom 12.03.2009, 6B\_801/2008, E. 2.3). Weil der Gegenstand der beiden Verfahren nicht deckungsgleich ist, stehen in diesem Fall die Rechtskraft des Strafentscheids und der Grundsatz *ne bis in idem* der späteren Anordnung der Einziehung im Rahmen eines selbstständigen Einziehungsverfahrens nicht entgegen (BGE 144 IV 1 E. 4.1.2 m.w.H.; BGer vom 12.03.2009, 6B\_801/2008, E. 2.3; ZK StPO-Schwarzenegger, Art. 376 N 2c). Dies gilt indessen nicht, wenn die Strafbehörde unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt von den einziehbaren Vermögenswerten hätte Kenntnis haben können. Hätte die Einziehung bereits mit Abschluss des ordentlichen Strafverfahrens angeordnet werden können, unterblieb sie jedoch aus Nachlässigkeit der zuständigen Behörde, ist die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens ausgeschlossen (BGE 144 IV 1 E. 4.1.2 m.w.H.; BSK StGB I-Baumann, Art. 70/71 N 21; Baumann,

in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 376 N 4; ZK StPO-Schwarzenegger, Art. 376 N 2c; offenbar a.M. CR CPP-Conti, Art. 376 N 14).

#### **B. Voraussetzungen für die selbstständige Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile**

Für die Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile kann nichts anderes als das unter lit. A Ausgeführte gelten. Hat die Strafbehörde im Zeitpunkt des Einziehungsentscheids Kenntnis davon, dass zukünftige, zeitlich und quantitativ genügend bestimmbare wirtschaftliche Vorteile bestehen, und ist sie dementsprechend in der Lage, eine Einziehung anzuordnen, so ist über die Einziehung akzessorisch im Strafverfahren zu entscheiden. Die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens ist unter diesen Umständen mit dem Grundsatz *ne bis in idem* nicht vereinbar und deshalb unzulässig (BGE 144 IV 1 E. 4.1.2). Konnte die Strafbehörde im Zeitpunkt des Einziehungsentscheids von den zukünftigen wirtschaftlichen Vorteilen trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt keine Kenntnis haben, steht der selbstständigen Einziehung von erst nach dem Strafercheid zum Vorschein

kommenden deliktischen Vermögensvorteilen jedoch nichts entgegen.

#### **IV. Fazit**

Sind zukünftige wirtschaftliche Vorteile in zeitlicher und quantitativer Hinsicht genügend bestimmbar, können auch sie Gegenstand der Einziehung bilden. Blosser Gewinnaussichten oder Anwartschaften, insbesondere Erbanwartschaften vor der Eröffnung des Nachlasses, erfüllen dieses Kriterium nicht. Lassen sich die zukünftigen wirtschaftlichen Vorteile nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, ist der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte gestützt auf sämtliche Faktoren, die im konkreten Fall für die Bestimmung des Einziehungswertes bzw. der Ersatzforderung von Bedeutung sind, zu schätzen. Auf eine ausdrückliche Bezifferung des Betrags der Einziehung i.S.v. Art. 70 StGB kann verzichtet werden, wenn dieser genügend präzise abgegrenzt und bestimmt werden kann. Die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens i.S.v. Art. 376 ff. StPO ist mit dem Grundsatz *ne bis in idem* nicht vereinbar und daher ausgeschlossen, wenn die Einziehung zukünftiger wirtschaftlicher Vorteile im Strafverfahren hätte angeordnet werden können.



# Unterschiedliche Massstäbe für Electronic Monitoring und Halbgefängenschaft

Jasmine Stössel

Seit dem 1. Januar 2018 ist die elektronische Überwachung als alternative Vollzugsform für kurze Freiheitsstrafen (sog. Front Door-Variante) sowie als Vollzugslockerungsstufe (sog. Back Door-Variante) in Art. 79b StGB bundesrechtlich verankert. Im Front Door-Bereich sieht Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB einen zeitlichen Anwendungsbereich von 20 Tagen bis zu 12 Monaten vor. Auf den ersten Blick entspricht die Obergrenze derjenigen der Halbgefängenschaft. Auf den zweiten Blick wird jedoch klar, dass sowohl beim Vollzug von Reststrafen von nicht mehr als sechs Monaten nach Anrechnung der Untersuchungshaft als auch des unbedingten Teils teilbedingter Freiheitsstrafen mit zweierlei Mass gemessen wird.

Dass sich der vorliegende Beitrag mit dem Thema der elektronischen Überwachung auseinandersetzt, ist kein Zufall – bereits während des Studiums und anschliessend mit der Betreuung meiner Dissertation zum Electronic Monitoring gab mir mein Doktorvater, **Christian Schwarzenegger**, die Möglichkeit, mich mit der Thematik eingehend zu beschäftigen und damit das kritische Denken zu fördern. Mein Beitrag ist deshalb dem Jubilar mit grösstem Dank und herzlicher Gratulation zum 60. Geburtstag gewidmet.

## I. Das Argument des Ausschlusses «schwerer Delikte»

Während sowohl der Wortlaut von Art. 77b StGB (Halbgefängenschaft) als auch Art. 79a StGB (gemeinnützige Arbeit) explizit statuiert,

dass eine nach Anrechnung der Untersuchungshaft verbleibende Reststrafe von nicht mehr als sechs Monaten in Form der Halbgefängenschaft bzw. der gemeinnützigen Arbeit vollzogen werden kann, fehlt eine solche Formulierung in Art. 79b StGB für die elektronische Überwachung. Dem sog. **Nettostrafenprinzip** wird damit in Bezug auf die Anwendung von Electronic Monitoring für Strafen, welche nach Abzug der Untersuchungshaft weniger als sechs Monate betragen, eine Absage erteilt. Bezweckt werden soll damit gemäss Botschaft, dass diese Vollzugsform für «schwere Delikte» nicht offensteht (BBl 2012, 4721 ff., 4748).

Ähnliches ergibt sich in Bezug auf die Frage, ob beim Vollzug teilbedingter Freiheitsstrafen der unbedingt zu vollziehende Teil oder die gesamthaft ausgesprochene Freiheitsstrafe für die von Art. 79b StGB statuierte Obergrenze von 12 Monaten Freiheitsstrafe massgebend sein soll. Während bei der Halbgefängenschaft auf den unbedingt zu vollziehenden Teil abgestellt wird (statt vieler BGer vom 03.06.2016, 6B\_51/2016, E. 5.4; BGer vom 27.10.2014, 6B\_607/2014, E. 1.5; vgl. auch Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz, Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen vom 24. März 2017, 1.2, Abschnitt c), ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Electronic Monitoring auf die Strafe «ab initio» abzustellen (BGer vom 03.10.2016, 6B\_1204/2015, E. 1.4; BGer vom 03.06.2016, 6B\_51/2016, E. 5.4; BGer vom 17.03.2016, 6B\_1253/2015, E. 2.6). Dies hat im Ergebnis zur

Folge, dass nur noch teilbedingte Strafen von genau einem Jahr für einen Vollzug mit Electronic Monitoring in Frage kommen, woraus unter Berücksichtigung von Art. 43 Abs. 3 StGB eine Vollzugsdauer von sechs Monaten resultiert.

Als Begründung für die Differenzierung wird zunächst angeführt, dass andernfalls der Vollzug mit Electronic Monitoring sogar für schwere Delikte offen stünde, was dem Willen des Gesetzgebers widerspräche (BGer vom 17.03.2016, 6B\_1253/2015, E. 2.6). Dabei ist unklar, nach welchen Kriterien die bundesgerichtliche Rechtsprechung «schwere» und in der logischen Folge «weniger schwere» Delikte unterscheidet, um das Abstellen auf die **Bruttostrafe** bei der elektronischen Überwachung zu begründen. Es ist davon auszugehen, dass diese Unterscheidung auf der Einteilung in Vergehen und Verbrechen gemäss Art. 10 StGB, d.h. auf der angedrohten Höchststrafe basiert. Die im Einzelfall verhängte Strafe, welche sich gemäss Art. 47 StGB nach dem Verschulden des Täters bemisst, sagt nichts über die tatsächliche Schwere des Deliktes per se oder die Deliktskategorie aus. So kann etwa bei leichtem Verschulden die konkrete Strafe bei einem Verbrechen unter 12 Monaten, umgekehrt bei einem Vergehen und schwerem Verschulden bei über 12 Monaten liegen. Die Herleitung eines Ausschlusses «schwerer Delikte» von der Vollzugsform Electronic Monitoring über das konkrete Strafmass ist damit per se ungeeignet.

## II. Das Argument der «öffentlichen Sicherheit»

An den obengenannten Versuch eines Ausschlusses «schwerer Delikte» schliesst das Argument der öffentlichen Sicherheit nahtlos an. So begründen die Erläuterungen zur Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen des Nordwest- und Innerschweizer Strafvollzugskonkordats die unterschiedliche Behandlung von Electronic Monitoring und der Halbfangenschaft damit, dass die Kontrollmöglichkeiten der Behörden und die Eingriffsintensität bei der Halbfangenschaft grösser

seien, da der Verurteilte während der Ruhe- und Freizeit in einer Institution eingeschlossen sei. Es rechtfertigt sich deshalb, Freiheitsstrafen mit einem grösseren Unrechtsgehalt zur Halbfangenschaft zuzulassen, weshalb auf den unbedingten Teil der Strafe abzustellen sei (Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz, Erläuterungen zur Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen vom 24. März 2017, SSED 12.1, 3, 1.2.1). **Brägger** schlägt gar vor, die Praxis und Rechtsprechung bezüglich der Halbfangenschaft zu überdenken, zumal es sich bei teilbedingten Strafen um Fälle von mittlerer bis schwerer Kriminalität – etwa auch um Sexualstraftaten – handle und aus dem Blickwinkel der öffentlichen Sicherheit anzuzweifeln sei, ob diese Täterkategorie automatisch in den Genuss der privilegierten Vollzugsform der Halbfangenschaft kommen soll (**Brägger**, Vollzugsrechtliche Auswirkungen der jüngsten Revision des Schweizerischen Sanktionenrechts, SZK 2/2017, 18 ff., 25 f.).

Aufgrund des Erfordernisses des Gesuchs des Verurteilten, welches für sämtliche Vollzugsformen gilt – so explizit Art. 77b Abs. 1 StGB, Art. 79a Abs. 1 sowie Art. 79b Abs. 1 StGB – ergibt sich bereits als logische Konsequenz, dass sich die drei Vollzugsformen gleichgestellt sind (so offenbar auch **Koller**, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 77b N 1 und Art. 79b N 9). Erfüllt der Verurteilte sowohl die Voraussetzungen für Electronic Monitoring als auch für die Halbfangenschaft, ist ersterem aufgrund der geringeren Eingriffsschwere in die Rechte des Verurteilten im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips Vorrang einzuräumen. Die Argumentation, die geringere Eingriffsschwere und Kontrollmöglichkeit der elektronischen Überwachung spreche gegen eine Anwendung des Nettostrafenprinzips, widerspricht damit nicht nur Sinn und Zweck der gesetzlichen Konzeption, sondern insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Es geht nicht an, die strengere Handhabung bezüglich der Strafobergrenze von Electronic Monitoring mit den weniger

weitgehenden Kontrollmöglichkeiten im Vergleich zur Halbgefängenschaft zu begründen, da damit der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes systemwidrig entgegenwirkt wird (a.M. BSK StGB I-Koller, Art. 77b N 8).

Auch der prinzipielle Ausschluss bestimmter Deliktskategorien wie Sexualstraftaten von einem Vollzug mit Electronic Monitoring entspricht offensichtlich nicht dem Willen des Gesetzgebers, zumal sich solche Kriterien nicht in den Voraussetzungen von Art. 79b Abs. 2 StGB wiederfinden. Ob eine verurteilte Person für die Verbüssung der Strafe mittels Electronic Monitoring in Frage kommt, hat sich einzig und allein nach den von Art. 79b StGB statuierten Voraussetzungen zu richten. Insbesondere mit dem Erfordernis der fehlenden Rückfallgefahr wird – analog zur Halbgefängenschaft – unabhängig von der Strafdauer und der Deliktsart dem öffentlichen Sicherheitsinteresse entsprechend Rechnung getragen (gl.M. BSK StGB I-Koller, Art. 77b N 8; Werninger, Die elektronische Überwachung [Art. 79b StGB], ZStrR 2018, 214 ff., 223 und 226).

### III. Das Argument der «Schwere des Verschuldens»

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Thema wird zudem angeführt, dass gegen einen Vollzug mit Electronic Monitoring der Zweck der mit dem teilbedingten Vollzug angestrebten Spezialprävention sprechen würde, «der seine Schranke im gesetzlichen Erfordernis findet, dass angesichts der Schwere des Verschuldens wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen wird» (BGer vom 03.10.2016, 6B\_1204/2015, E. 1.4 [Freiheitsstrafe von 36 Monaten, davon 18 Monate mit unbedingtem Vollzug, wobei eine Reduktion auf 12 Monate beantragt wurde]; BGer vom 17.03.2016, 6B\_1253/2015, E. 2.6 [Freiheitsstrafe von 27 Monaten, davon neun Monate mit unbedingtem Vollzug];). Dieser sog. **Verschuldensklausel** kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur Bedeutung zu, wenn eine Strafe von mehr als zwei Jahren auszufallen

ist und bei der Frage, welcher Teil der ausgesprochenen Freiheitsstrafe vollzogen werden soll (Schenker, Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe – im geltenden Recht und im Hinblick auf erneute StGB-Revisionen, ZStrR 2012, 229 ff., 235). Die Verschuldensklausel als Bemessungsfaktor im Rahmen der teilbedingten Freiheitsstrafe steht in der Kritik, zumal das Verschulden bereits für die Strafzumessung nach Art. 47 StGB massgebend ist, womit im Ergebnis eine *zweite Strafzumessung* vorgenommen wird (vgl. dazu ausführlich Schenker, ZStrR 2012, 236 ff.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Electronic Monitoring geht offenbar noch einen Schritt weiter, indem das Verschulden nicht nur gleichzeitig Strafzumessungskriterium und Bemessungsfaktor im Rahmen der teilbedingten Freiheitsstrafe darstellen, sondern zudem auch für die Wahl der Vollzugsform des mit ebendiesem Faktor bemessenen unbedingten Teils einer teilbedingten Freiheitsstrafe massgebend sein soll. Damit wird dem Betroffenen dasselbe Verschuldenselement nicht nur doppelt (vgl. Schenker, ZStrR 2012, 237), sondern dreifach zur Last gelegt, womit es sich im Ergebnis – pointiert ausgedrückt – nicht nur um eine unzulässige Doppel-, sondern Dreifachbestrafung handelt.

Des Weiteren ist die spezialpräventive Zielsetzung sowohl der elektronischen Überwachung als auch der Halbgefängenschaft in Erinnerung zu rufen, welche gemäss gesetzlicher Konzeption ausdrücklich darin liegt, die negativen Auswirkungen eines vollumfänglichen Freiheitsentzuges für kürzere Freiheitsstrafen einzuschränken, indem mit der Halbgefängenschaft eine Desintegration des Verurteilten aus der Arbeitswelt (vgl. dazu BSK StGB I-Koller, Art. 77b N 2) und mit Electronic Monitoring zusätzlich aus dem engeren sozialen Netz vermieden wird (vgl. dazu m.w.H. Stössel, Electronic Monitoring im Schweizer Erwachsenenstrafrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Änderungen des Sanktionenrechts, Diss., Zürich 2018,

370 f.). Die Berücksichtigung des Verschuldenselements bei der Zulassung zu einer alternativen Vollzugsform widerspricht dieser spezialpräventiven Ausrichtung diametral. Ob Electronic Monitoring im konkreten Fall zur Anwendung gelangen kann, hat sich deshalb einzig nach den in Art. 79b StGB statuierten Voraussetzungen zu richten und ist insbesondere losgelöst von einer Bewertung des Verschuldens, welches punitive Aspekte miteinbezieht, zu beurteilen.

Hinzu kommt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach gegen einen Vollzug mit Electronic Monitoring spreche, dass angesichts der Schwere des Verschuldens «wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen wird», offenbar verkennt, dass es sich bei Electronic Monitoring um eine alternative *Strafvollzugsform* handelt, die Strafe somit ja gerade vollzogen wird – nur eben in der Form von Electronic Monitoring. Bei dieser Argumentation ist denn auch umso weniger einzusehen, weshalb ein Vollzug in Form der Halbgefängenschaft das Kriterium der «zumindest teilweise vollzogenen Strafe» erfüllen soll, wenn sich doch gemäss der Systematik des neuen Sanktionenrechts die Halbgefängenschaft sowie Electronic Monitoring gleichgestellt sind. Electronic Monitoring aufgrund der geringeren Eingriffsintensität in die Rechte des Verurteilten als dem Kriterium der «zumindest teilweise vollzogenen Strafe» nicht genügend zu beurteilen, ist ein Zirkelschluss, zumal gerade dies für eine Anwendung der elektronischen Überwachung vor der Halbgefängenschaft spricht – dies gilt selbstverständlich unter der Prämisse, dass die entsprechenden Voraussetzungen von Art. 79b StGB erfüllt sind.

Da in beiden bundesgerichtlichen Urteilen über teilbedingte Freiheitsstrafen von über 24 Monaten zu befinden war, erschiene es überdies interessant, wie die Anwendung der elektronischen Überwachung bei teilbedingten Freiheitsstrafen im Überschneidungsbereich mit der bedingten Strafe höchstrichterlich beurteilt würde, zumal in diesem Strafbereich der

Verschuldensklausel nur bei der Berechnung der Strafteile Bedeutung zukommt (vgl. dazu ausführlich [Schenker](#), ZStrR 2012, 234 f. und 240). An dieser Stelle sei zudem erwähnt, dass im Strafbereich von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe auch gemäss neuem Sanktionenrecht der bedingte Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB für Freiheitsstrafen ab drei Tagen die Regel ist, sofern eine unbedingte Freiheitsstrafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass etwa bei Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe von zehn Monaten eine ungünstige Prognose vorliegt, der Vollzug mit Electronic Monitoring jedoch möglich ist, während bei einer teilbedingten Freiheitsstrafe im Überschneidungsbereich von bedingter und teilbedingter Strafe die Prognose an sich besser (BGE 134 IV 1 E. 5.5.2), der Vollzug mittels Electronic Monitoring jedoch nicht zulässig ist. Dies ist in Anbetracht der spezialpräventiven Zielsetzung von Electronic Monitoring zumindest widersprüchlich.

#### IV. Gleiche Massstäbe für gleiche Konzeptionen als logische Konsequenz

Im Ergebnis vermögen sowohl die Argumente des Ausschlusses schwerer Delikte, der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit als auch der Schwere des Verschuldens die Anwendung des Bruttostrafenprinzips für Electronic Monitoring nicht zu begründen. Was die diesbezügliche Ungleichbehandlung der elektronischen Überwachung und der Halbgefängenschaft im Rahmen teilbedingter Freiheitsstrafen betrifft, obwohl beide Vollzugsformen gemäss des jeweils klaren Wortlautes für Freiheitsstrafen von nicht mehr als 12 Monaten vorgesehen sind, so scheint diese von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung offenbar als selbstverständlich hingenommen zu werden (BGer vom 03.06.2016, 6B\_51/2016, E. 5.4; BGer vom 05.11.2008, 6B\_582/2008 2008, E. 2.5), ohne die Unterscheidung konkret zu begründen. Die Rechtsprechung ist denn auch nicht ohne weiteres auf die gegenwärtige rechtliche Situation übertragbar, zumal sämtliche Rechtsprechung

Soll das Ziel der Einschränkung negativer Auswirkungen kurzer unbedingter Freiheitsstrafen konsequent verfolgt werden, muss auch für Electronic Monitoring das Nettostrafenprinzip gelten.

zum Thema aus der Zeit vor Inkrafttreten von Art. 79b StGB stammt. Die Rechtslage ist insofern neu zu beurteilen, als sich seit dem 1. Januar 2018 die alternativen Vollzugsformen gleichgestellt sind, während vor diesem Zeitpunkt die Halbgefängenschaft die Regelvollzugsform darstellte und sich Electronic Monitoring lediglich auf Bewilligungen des Bundesrates stützte. Fragwürdig bleibt unter denselben Gesichtspunkten auch die fehlende Möglichkeit, Reststrafen von nicht mehr als sechs Monaten nach Abzug der Untersuchungshaft in der Form von Electronic Monitoring zu vollziehen.

Insgesamt erweckt die rigide Eingrenzung des Anwendungsbereichs von Electronic Monitoring im Vergleich zur Halbgefängenschaft den Anschein, dass diffuse Ängste etwa in Bezug auf die Verlässlichkeit der Überwachungstechnologie sowie betreffend eine Strafverbüßung integriert in die Gesellschaft statt isoliert hinter Gefängnismauern bestehen, weshalb man Altbewährtem – i.c. der Halbgefängenschaft – den Vorzug lässt. Soll das Ziel der Einschränkung negativer Auswirkungen kurzer unbedingter Freiheitsstrafen aber konsequent verfolgt werden, muss auch für Electronic Monitoring das Nettostrafenprinzip gelten (a.A. **Werninger**, ZStrR 2018, 227, welche zwar eine Gleichbehandlung der Vollzugsformen fordert, jedoch die Bruttostrafe als massgebend erachtet). Hinzu kommt, dass eine Ausschöpfung der Obergrenze von 12 Monaten für einen Vollzug mit Electronic Monitoring überhaupt nur bei teilbedingten Freiheitsstrafen (vgl. Art. 43 Abs. 2 StGB) möglich ist, zumal ansonsten die effektive Vollzugsdauer aufgrund der bedingten Entlassung lediglich acht Monate beträgt.

Mit vorliegendem Beitrag ist deshalb nicht zuletzt Anstoss zu einer aktuellen und eingehenden höchstrichterliche Auseinandersetzung mit der Thematik zu geben. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Anwendung einer besonders sozialverträglichen Vollzugsform und damit der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips ohne rechtsdogmatische Begründung systemwidrig entgegengewirkt werden soll.





# Ich töte Dich! Aber ach, ich schaff' es nicht...

Marcel Alexander Niggli & Stefan Maeder

## Versuch einer Tötung & Körperverletzung

Der Jubilar beschäftigt sich seit Jahren schon mit dem Ende (und der Beendigung) geborenen (und ungeborenen) Lebens (natürlich nur wissenschaftlich, so glauben und hoffen wir jedenfalls). Der folgende Beitrag ist deshalb dem Töten und Verletzen Anderer und dem Verhältnis der beiden zueinander gewidmet (also dem Verhältnis des Tötens zum Verletzen, nicht demjenigen des Jubilars zu Anderen). Von einem berühmten Kollegen (nein, den Namen des Verstorbenen werden wir nicht preisgeben) haben wir lernen dürfen, dass gute Beiträge zu Festgaben den Jubilar jeweils ein bisschen ärgern sollten, was wir nachfolgend umso mehr versuchen, als dass der Erstautor mit ihm schon zusammengelebt hat, wenngleich zwar nur ein Jahr, doch dafür in Italien, sodass böse Absichten kaum anzunehmen sind (oder vielleicht eben gerade doch, wenn wir an die Kriminologie der Tötungen denken). Doch sei dem, wie dem wolle, wir versuchen es.

### I. Ausgangslage

Wir wollen uns mit folgendem Sachverhalt befassen: Meier entschliesst sich, Meyer zu töten. Er begibt sich zu diesem Zweck mit einem Revolver bewaffnet in dessen Garten und passt ihn, hinter einem Baum lauernd, ab. Als Meyer in den Garten tritt, schießt Meier sofort und feuert, bis die Trommel seines sechschüssigen Revolvers leer ist, woraufhin Meier flieht. Fünf Schüsse haben ihr Ziel verfehlt, der sechste Schuss durchschlägt Meyers Brust, er wird lebensgefährlich verletzt. Nur die Intervention des zufällig mit seinem Hund vorbe-

spazierenden Arztes Maier verhindert Meyers Tod.

Wie ist Meier zu bestrafen? Unbestritten dürfte sein, dass er eine versuchte vorsätzliche Tötung begangen hat: Der Versuch zu Art. 111 StGB ist strafbar (vgl. Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB). Der Tatentschluss liegt nach Sachverhalt vor und die Schwelle zur Strafbarkeit bzw. point of no return ist zweifellos überschritten bzw. erreicht. Mit der Ausführung der Tat wurde also begonnen. Man wird gar annehmen können, der Versuch sei beendet. Unbestritten dürfte auch sein, dass die infolge der Tat eingetretene lebensgefährliche Verletzung objektiv eine schwere Körperverletzung darstellt (Art. 122 Abs. 1 StGB). Weil eine lebensgefährliche Körperverletzung – jedenfalls nach dem Tatplan Meiers – notwendiges Durchgangsstadium zur Tötung darstellt, will Meier auch die schwere Körperverletzung, erfüllt mithin den von Art. 122 StGB geforderten subjektiven Tatbestand. Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind keine ersichtlich. Wo der Tod eines Menschen angestrebt wird, ist die Verletzung seines Körpers (und dauere sie auch nur Bruchteile von Sekunden) stets notwendiges Durchgangsstadium, das mitgewollt ist. Ob etwas anderes gilt, wenn eine andere Verletzung als die vom Täter erwartete eintritt (z.B. «bloss» eine arge und bleibende Entstellung des Gesichtes), kann vorliegend offenbleiben. Entspricht aber der Kausalverlauf in etwa den Vorstellungen des Täters, so verwirklicht er bei der Tötung notwendig und

vorsätzlich auch eine zugehörige vorgängige Körperverletzung.

In unserem Fall hat Meier also mit einer Handlung zwei Straftatbestände erfüllt: (1) Versuchte vorsätzliche Tötung und (2) schwere Körperverletzung. Es gibt nun drei Varianten, wie Meier verurteilt werden könnte: Schuldspruch für Delikte (1) und (2), Schuldspruch nur für Delikt (1) oder Schuldspruch nur für Delikt (2). Wer nicht die Strafbarkeit des Versuchs grundsätzlich ablehnt, wird die letztgenannte Variante heute wohl nicht vertreten, weil Meier damit ja von der geringeren Strafrahmengerade von Art. 122 StGB profitieren würde, als wenn er Meyer überhaupt nicht getroffen hätte.

Die anderen beiden Varianten – Verurteilung nur wegen Delikt 1 (versuchte Tötung) oder Verurteilung wegen Delikten 1 und 2 (versuchte Tötung und Körperverletzung) – werden heute beide vertreten. Der Zufall will, dass der Jubilar die Position vertritt, nach welcher versuchte vorsätzliche Tötung und eingetretene Körperverletzung in Konkurrenz stehen (vgl. **Schwarzenegger**, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 111 N 13f.), während wir für richtig halten, dass mit der Verurteilung für versuchte Tötung auch eine eingetretene Körperverletzung abgegolten ist, sofern sie nach dem Plan des Täters notwendiges Durchgangsstadium war (vgl. BSK StGB-Niggli/Maeder, Art. 22 N 30 ff.). Dieser Problematik seien die nachfolgenden Bemerkungen gewidmet.

## II. Logik

Wer Konkurrenz bejaht, bejaht bei gleichartigen Strafen die Anwendung von Art. 49 StGB (Asperationsprinzip). Danach werden die Strafen der verschiedenen Delikte nicht einfach addiert, sondern das Höchstmass der höchsten angeordneten Strafe um bis zu 50 % erhöht (dass das Gericht dabei an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden ist, spielt für unsere Überlegungen keine Rolle; es könnte ja – wenn wir bei den Tötungsdelikten bleiben wollen –

auch um eine versuchte Tötung auf Verlangen und eine schwere Körperverletzung gehen. Ausserdem stellt sich die Frage auch bei anderen Delikten, wie wir gleich zeigen werden). Die Annahme von Konkurrenz führt daher zu widersinnigen Resultaten: Der Versuch könnte dann nämlich härter bestraft werden als das vollendete Delikt, ein bloss versuchter Raub aufgrund der Konkurrenz mit der (zum Zweck des Raubes begangenen) einfachen Körperverletzung wegen Art. 49 StGB härter als ein vollendeter Raub, der nach h.L. eine dazu begangene einfache Körperverletzung konsumiert. Widersinnig ist auch, dass Art. 22 Abs. 1 StGB bei einem Versuch die Möglichkeit einer Strafmilderung vorsieht, also das Verlassen des Strafrahmens nach unten, während die Annahme von Konkurrenz nach Art. 49 StGB *gleichzeitig* das genaue Gegenteil davon bewirkt, nämlich die Erhöhung der Strafobergrenze. Der genau gleiche Sachverhalt soll also gleichzeitig zur Milderung und ihrem Gegenteil (zur Schärfung) führen. Das kann logisch aber nicht korrekt sein.

Ab Beginn der Tatausführung werden die fragliche Strafnorm und ihr maximaler Strafrahmen auf den Täter anwendbar. Dieses Strafmaximum steigt nicht etwa mit den verschiedenen Stadien der Deliktsverwirklichung, und dass der angestrebte Erfolg (dessen Anstreben eben gerade den Grund der Strafe darstellt) tatsächlich eintritt, kann dieses Maximum nicht erhöhen. Vielmehr ist das Ausbleiben des angestrebten Erfolges höchstens (!) Grund für eine geringere Strafe. Es ist deshalb auch höchst irreführend, wenn Begriffe wie «Versuchsstrafe» und «Vollendungsstrafe» erfunden werden, ganz so, als ginge es dabei nicht um das Strafmass, sondern um qualitativ unterschiedliche Strafen, sozusagen ein aliud. Das ist natürlich falsch. Wenn auch beim blossen Versuch die Maximalstrafe des vollendeten Deliktes ausgefällt werden darf (Art. 22 Abs. 1 StGB spricht klar davon, dass die Strafe gemildert werden «kann»), dann ist der angestrebte Erfolg damit eben auch abgegolten, ob er nun erreicht werde oder nicht.

Es geht also (wieder einmal) um den Unterschied zwischen einerseits den klassischen Bekenntnissen (Judentum, Katholizismus, orthodoxes Christentum) und dem Protestantismus. Für die klassischen Bekenntnisse liegt der Vorwurf darin begründet, dass ein verpönter Erfolg angestrebt wird, und gerade nicht – wie für die protestantisch-deterministische Gegenposition – darin, dass ein solcher Erfolg erreicht wird oder nicht. Die «alten» drei Bekenntnisse erheben den Vorwurf, nach dem verpönten Erfolg zu streben, was einerseits einen freien Willen und andererseits eine unbestimmte Zukunft voraussetzt. Weil eine protestantisch-deterministische Position nicht nur einen freien Willen bestreitet (zumindest soweit er das eigene Seelenheil zu beeinflussen vermag), sondern auch die Unbestimmtheit der Zukunft (die höchstens den Menschen unbekannt ist), widerstrebt ihr diese Struktur des Vorwurfs natürlich. Dass Deterministen ein reines Präventionsstrafrecht vertreten (wenn es denn so etwas Paradoxes überhaupt geben kann) und sich wenig um den Ausgleich begangenen Unrechts kümmern, sondern als Strafgrund des Versuchs die blossе Gefährlichkeit von Täter und Tat sehen (dazu später mehr), überrascht natürlich nicht. Symptomatisch etwa dürfte der – dem Jubilar darin durchaus verwandte – **Franz von Liszt** sein, der (obgleich katholisch geboren) zum rabiaten Deterministen mutierte und den Strafgrund des Versuches in der Gefährlichkeit der Willensbetätigung sah, weshalb er denn auch den untauglichen Versuch nicht als Versuch, sondern als strafloses Wahnverbrechen qualifiziert wissen wollte (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., Berlin 1919, 193 und 199).

Richtiggehend skurril wird die Annahme von Konkurrenz, wenn für die beiden Delikte keine gleichartigen Strafen auszufallen sind: Erleidet das Opfer des Tötungsversuchs beispielsweise eine nur leichte Verletzung, wäre für das Körperverletzungsdelikt u.U. eine Geldstrafe auszufallen, für den Tötungsversuch hingegen (trotz blossen Versuchs!) in aller Regel eine Freiheitsstrafe. Nach BGE 144 IV 217 und 144

IV 313, die für Art. 49 Abs. 1 StGB die sog. konkrete Methode festschreiben und unseren Freund ebenfalls ärgern dürften, wären diese zwei Strafen kumulativ auszusprechen, und für die Geldstrafe müsste der bedingte Strafvollzug gewährt werden, wo keine schlechte Prognose besteht.

### III. Urteilsverständlichkeit und Opferinteressen

Für die Annahme von Konkurrenz von versuchter Tötung und eingetretener Körperverletzung wird weiter vorgebracht, dass nur so aus dem Urteilsdispositiv klar hervorgehe, welcher Delikte sich der Täter schuldig gemacht habe. Weil der Schuldspruch dem Opfer gegenüber zudem eine Genugtuungsfunktion übernehme, müsse sich das Opfer nicht damit begnügen, dass bloss aus der Urteilsbegründung hervorgehe, der Täter habe auch den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt (**Abo Youssef**, Konkurrenz zwischen einem versuchten schweren Delikt und einem vollendeten milderen Delikt, in: Cavallo et al. [Hrsg.], Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 3 ff., 9).

Freilich ist schon diese sehr opferorientierte Sicht auf das Strafverfahren diskutabel, denn aus unserer Sicht handelt es sich beim Strafprozess um eine Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Täter, der ihre Regeln missachtet hat. Grund der Strafe ist mithin – auf den Punkt gebracht – nicht die Verletzung des *Opfers*, sondern der *Regel*. Doch selbst wenn man das (irrigerweise) anders sehen wollte, müsste die von uns abgelehnte Position doch erklären können, warum bei einer Verurteilung wegen eines sog. zusammengesetzten Deliktes (Raub, Entführung, Vergewaltigung etc.) nur dieses Delikt, nicht aber seine «Bestandteile» auftauchen. Es müsste also erklärt werden, warum bei einer Verurteilung wegen z.B. vollendeten Raubes die zu diesem Zweck begangene einfache Körperverletzung nicht im Dispositiv erscheint. Für die allermeisten Opfer dürfte kaum klar sein, dass der Raub ein aus einem Diebstahl und einer Nötigungshandlung zusammengesetztes Delikt ist und deshalb kein

zusätzlicher Schuldspruch für diese Nötigungshandlung erfolgt. Aus Sicht des Opfers (bzw. dem, was wir uns als seine Sicht vorstellen) wurde ihm etwas weggenommen und es wurde ihm auch wehgetan. Wenn man ihm aber hier die Konsultation der Urteilsbegründung zumuten will, um herauszufinden, weshalb seine Schmerzen nicht im Dispositiv erscheinen, dann muss das Gleiche doch für unsere Versuchskonstellation gelten.

Wie andere Menschen, vielleicht sogar ein bisschen mehr als sie, neigen wir Juristen dazu, uns selbst und das, was wir tun, wahnsinnig wichtig zu nehmen. Deshalb wohl tendieren wir dazu, die Bedeutung des Rechts und die Rechtskenntnis nicht nur der Täter, sondern auch der Opfer masslos zu überschätzen. Aber eben: zu überschätzen. Dass das Opfer am Körper verletzt wurde, weiss es auch ohne Urteil. Dass man ihm nach dem Leben getrachtet hat, wohl auch. Nicht aber, ob nach juristischer Dogmatik das Eine im Anderen enthalten sei; doch dürfte ihm das eben auch herzlich egal sein. Von Interesse bleibt einzig, dass das Verhalten des Täters nicht in Ordnung, sondern gänzlich inakzeptabel war, weshalb er dafür auch bestraft wird.

#### IV. Dogmatik des Versuchs

Der Jubilar selbst führt zur Begründung seiner Position im Basler Kommentar zum Strafrecht (Art. 111 N 13) in versuchsdogmatischer Hinsicht aus: «Die generell-abstrakte Unrechtsdefinition der versuchten vorsätzlichen Tötung deckt aufseiten des Erfolgsunrechts nur eine konkrete Gefahrschaffung für das Leben des Opfers ab. Schiesst bspw. jemand mit Tötungsvorsatz auf ein Opfer, ohne es zu treffen, ist das volle Unrecht (Handlungs- und Erfolgsunrecht) der versuchten vorsätzlichen Tötung schon erfüllt. Die generell-abstrakte Definition dieser Versuchstat setzt nicht voraus, dass objektiv eine Verletzung des Angriffsobjektes erfolgen müsste. Ist aber das Erfolgsunrecht der versuchten vorsätzlichen Tötung schon gegeben, wenn keinerlei Verletzung des Opfers resultiert, dann deckt Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 eine allfällige Verletzung gerade nicht ab.» Aus seiner

Sicht enthält das Unrecht des Versuchs also nicht nur einen Handlungs-, sondern auch einen Erfolgsunwert. Dieser Erfolg soll in der konkreten Gefahrschaffung für das Leben bestehen.

Nun gibt es aber ganz offensichtlich auch Fälle, wo ein Versuch keine konkrete Gefahr für das Leben des Angegriffenen schafft: Stellen wir uns vor, Meier hätte aus Unachtsamkeit Platzpatronen geladen. Eine konkrete Gefahr hat damit höchstens für Meyers Gehör, nicht aber für sein Leben bestanden. Sofern man diesen untauglichen Tötungsversuch nicht auf groben Unverstand zurückführen und nach Art. 22 Abs. 2 StGB straflos lassen will, ist er genauso strafbar wie ein tauglicher Versuch mit scharfer Munition (den unsäglichen BGE 140 IV 150 strafen wir an dieser Stelle mit ausdrücklicher und vollständiger Nichtbeachtung) und kann theoretisch mit der Höchststrafe geahndet werden.

Ein Erfolgsunrecht (im Sinne einer Gefährdung) bildet also gerade *nicht* Teil des Versuchsunrechts. Zu anderen Schlüssen gelangte man nur, wenn man auf objektive Versuchstheorien rekurrieren wollte. Das allerdings führt dazu, dass man dann jeden ungefährlichen Versuch für straflos erklären muss. Nachdem die objektiven Versuchstheorien im geltenden Recht (zumindest für den Moment) überwunden sind, geht es bei Art. 22 StGB also weitestgehend um das *Handlungsunrecht*. Zwar hat sich das Gesetz nicht einer vollständig subjektiven Versuchstheorie verschrieben, die auf die blossе Betätigung eines «verbrecherischen» Willens abstellt, denn damit wären weder die Straflosigkeit des untauglichen Versuches aus grobem Unverstand (Art. 22 Abs. 2 StGB) noch des Versuchs einer Übertretungen (Art. 105 Abs. 2 StGB) erklärbar oder zulässig. Dennoch zeigt die geltende Regelung der Versuchsstrafbarkeit, dass sie *nichts* mit dem Erfolgsunwert einer Gefährdung zu tun hat. Es kommt nur auf den Handlungsunwert an, der in den genannten zwei Konstellationen eben dermassen gering ist, dass ein Einsatz des Strafrechts unnötig (und damit eben auch unzulässig)

erscheint. Man könnte auch sagen, dass solche «Versuche» die Normgeltung nicht ernsthaft in Frage zu stellen vermögen und deshalb nicht mit einer gesellschaftlichen Reaktion gewürdigt werden sollten.

Spielt aber das Erfolgsunrecht für die Strafbarkeit des Versuchs keine Rolle, so kann die Behauptung, die Strafe für einen Versuch decke nur Gefährdungen, nicht aber mögliche Verletzungen ab, als Begründung für Konkurrenz nicht taugen. Sowohl konkrete Gefährdungen als auch Verletzungen als Durchgangsphasen stellen Erfolge dar, die im Schuldpunkt unbeachtlich bleiben. Der Schuldspruch für den Versuch deckt das ganze Spektrum vom ungefährlich-untauglichen bis zum nur um Haaresbreite gescheiterten Versuch ab, inklusive aller

allfälligen Rechtsgutsverletzungen, die notwendiges Durchgangsstadium zum angestrebten Erfolg sind. Dass ein Erfolg eingetreten ist oder eben nicht, kann und muss im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden (somit völlig korrekt BGE 137 IV 113 E. 1.4.2).

Nachdem es dem höchsten Gericht unseres Landes offenbar nicht geglückt ist (vgl. den eben zitierten BGE 137 IV 113, zuvor schon BGE 77 IV 57 E. 2), den Jubilar von der richtigen Position zu überzeugen, hoffen wir, dass vielleicht wir es nun schaffen. Sollte uns dies nicht gelingen, so wird er fürderhin wenigstens in seiner Kommentierung zu Art. 111 StGB auf unsere abweichende Meinung in *seiner eigenen Festgabe* hinweisen müssen. Und dies ist der möglichen Vergnügen nicht das Geringste.



# L'aiuto al suicidio nell'opera di Enrico Ferri (1856-1929)

Roy Garré

## Attualità e limiti del suo pensiero

Il tema dell'aiuto al suicidio ha un posto di primo piano negli studi di Christian Schwarzenegger. Basti consultare la ricca bibliografia che si trova nel Commentario basilese (**Schwarzenegger/Stössel**, in: Niggli/Wipprächtiger [ed.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. ediz., Basilea 2019, Vor art. 111 CP, 2454 e segg.) per rendersene conto. Si tratta del resto di un tema dal quale, come penalista, è difficile sottrarsi e che suscita sempre ampi dibattiti, evocando dilemmi di tipo etico, filosofico, religioso, medico (notevoli a questo proposito le riflessioni di **Veronesi**, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Milano 2005), prima ancora che di tipo giuridico. Certo il punto di partenza da cui in Svizzera prendiamo le mosse è per molti versi semplice: «Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria». Così recita l'articolo 115 del Codice penale svizzero. Nella sostanza si tratta di una formulazione già presente nella versione originale del Codice approvato in votazione popolare il 3 luglio 1938 ed entrato in vigore il 1. gennaio 1942. Oggi come oggi, in tempi caratterizzati da un attivismo legislativo che ha fatto del Codice penale un cantiere permanente, è sicuramente rimarchevole la longevità di una norma come questa, destinata a disciplinare, accanto alla fattispecie dell'omicidio del consenziente giusta l'articolo 114, una materia così delicata come l'eutanasia. E questo sulla base di riflessioni sviluppate da **Emil Zürcher** (1850-1926; v. Schweizerisches Strafgesetzbuch,

Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Berna 1914, 121 e segg.), confluite nel messaggio del Consiglio federale del 23 luglio 1918 (BBl 1918 IV 1, 31-32), che meglio calibrava gli art. 51 e 52 dell'avamprogetto di **Carl Stooss** (1849-1934; v. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, Basilea/Ginevra 1894, 148), in tempi in cui non si poteva certo presagire la nascita di organizzazioni come Dignitas o Exit, che hanno rivoluzionato il concetto stesso di aiuto al suicidio, senza però che le riflessioni dei padri intellettuali del nostro Codice abbiano perso di attualità e pregnanza. Al centro del presente contributo non ci sono tuttavia le riflessioni di Stooss e di Zürcher, ma quelle del coevo penalista e criminologo italiano Enrico Ferri (1856-1929), che proprio sull'aiuto al suicidio scrisse un'importante opera, per molti versi di ancora grande attualità.

Prima di addentrarci in essa è opportuno richiamare alcuni aspetti della biografia intellettuale di Ferri, recentemente definito da **Carlotta Latini** «un giurista eretico» (*Storia di un giurista «eretico». Il diritto e il processo penale nel pensiero di Enrico Ferri*, Napoli 2018).

### I. La vita e l'opera di Enrico Ferri

Allievo di Cesare Lombroso (1835-1909), di cui conosciamo per altro l'importante influsso anche su Emil Zürcher (v. **Holenstein**, *Emil Zürcher [1850-1926] – Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers*, tesi, Zurigo 1996, 264 e segg.), Enrico Ferri non fu attivo soltanto come studioso di criminologia, ma anche

come parlamentare, giornalista e soprattutto avvocato penalista. È stato direttore dell'*Avanti!*, il quotidiano del Partito socialista italiano, partito di cui è stato altresì segretario, per un breve periodo nel 1896 e poi dal 1904 al 1906. In ambito criminologico è considerato uno dei fondatori della scuola positiva, di cui la rivista omonima (*La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*) da lui stesso creata nel 1891 assieme a Lombroso, Raffaele Garofalo e Giulio Fioretti, fu un importante canale di diffusione (v. Colao/Ferri, in: Birocchi et al. [ed.], *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. 1, Bologna 2013, 850). Nel 1919 fu incaricato dal Ministro della giustizia Ludovico Mortara di presiedere una commissione per la preparazione di un nuovo Codice penale, destinato a sostituire quello del 1889, meglio noto come *Codice Zanardelli*. Pur avendo portato a termine il suo compito con un *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, pubblicato nel 1921 e corredato da una sua personale *Relazione*, egli non ebbe fortuna nella concretizzazione legislativa, visto che tutto si fermò al mero stadio progettuale. Miglior fortuna avrà la sua partecipazione alla commissione nominata dal Ministro Alfredo Rocco, da cui l'omonima codificazione del 1930, ancora oggi in vigore, nella quale tuttavia le istanze positiviste del progetto del 1921 furono solo limitatamente riprese (v. Colao, op. cit., 851-852). La parte finale della vita di Ferri fu purtroppo macchiata dal sostegno al regime fascista, che lo portò nel 1929, poco prima dunque della sua morte, ad essere nominato senatore dallo stesso Benito Mussolini, ma che si era già manifestato nella pubblicistica (v. ad es. *Socialisti nazionali e il governo fascista. Programma del partito*, Roma 1923) ed in generale nella sua azione politica. Della sua vasta produzione scientifica vanno perlomeno citate le *Difese penali* (2a ediz., Torino 1923), i *Principi di diritto criminale* (Torino 1928) e la *Sociologia criminale* (2a ediz., Torino 1929). Visto il tema del presente contributo è però una in particolare l'opera su cui è necessario concentrarsi: *L'omicidio-suicidio*.

## II. L'opera «L'omicidio-suicidio»

Di quest'opera sono attestate cinque edizioni. Lo studio è apparso per la prima volta nel 1883/84 nell'Archivio di psichiatria, in poche centinaia di estratti. Qui si utilizzerà e citerà l'ultima edizione, pubblicata a Torino nel 1925 unitamente alla seconda edizione de «L'omicida nella psicologia e nella psicopatologia criminale». Come scrive giustamente Carlotta Latini, «a dispetto di chi ritiene che il problema della fine della vita sia una questione tutta attuale, qualcuno direbbe postmoderna, tipica dell'evoluta società tecnologica di oggi, Enrico Ferri si cimenta con la questione con la consueta capacità visionaria» (Latini, op. cit., 54). Gli spunti di riflessione che Ferri offre anche per il dibattito odierno sono in effetti innumerevoli. La domanda fondamentale da lui affrontata è quella di sapere se l'uomo ha diritto di disporre della propria vita con o senza l'intervento di terzi.

Il diritto alla vita rientra per lui tra i diritti innati o inalienabili, anche se sulla distinzione tra diritti innati e diritti acquisiti mantiene una posizione critica, perché un diritto innato, come appunto quello alla vita, se non fosse riconosciuto dalla società non avrebbe in ogni caso rilevanza (v. pp. 474-499). La parte iniziale dell'opera è così dedicata al diritto/dovere di vivere. Su questo punto Ferri è categorico: come l'uomo ha diritto di vivere ha di conseguenza anche diritto di morire e la società non può imporre all'uomo l'obbligo giuridico di restare in vita. Questo non è per lui un sintomo di abbruttimento o indifferenza della società rispetto ai soggetti deboli, malati o bisognosi di cure: occorre anzi prevenire le cause sociali di alcuni mali e migliorare i livelli e le condizioni di vita di ciascuno, andando alla radice del problema. In filigrana si legge in questo la sua sensibilità politica di stampo socialista e la conseguente attenzione ai risvolti sociali di qualsiasi fenomeno criminale.

Poste queste premesse, Ferri affronta la questione del consenso alla propria uccisione, concentrandosi da un lato sul *valore giuridico*

di detto consenso e dall'altro sulla *qualità dei motivi* che, a fronte di detto consenso, hanno indotto un terzo a contribuire al piano suicida. Spontaneo, per un giurista svizzero, raffrontare quest'ultimo elemento al contenuto sia dell'art. 114 che dell'art. 115 CP e quindi ai «motivi onorevoli» ed alla «pietà» della fattispecie soggettiva dell'omicidio su richiesta della vittima, nonché ai «motivi egoistici» dell'istigazione e aiuto al suicidio. Partendo dal presupposto che l'uomo ha diritto di disporre della propria vita, per Ferri, chi uccide un altro con il consenso della vittima non è responsabile se, oltre al consenso in quanto tale, ha dalla sua anche un motivo giuridico e sociale rilevante (v. p. 508). Precisato che la maggior parte dei penalisti italiani dell'epoca era contraria ad ammettere la liceità dell'eutanasia, confermando la dimensione «eretica» ben evidenziata da Carlotta Latini, Ferri ritiene che chiunque uccide il consenziente non sia giuridicamente responsabile se non agisce per *motivi antisociali*. A prescindere dunque dall'estensione al penale del principio privatistico *volenti non fit iniuria*, egli insiste sulla natura dei motivi che guidano l'autore. A differenza della soluzione adottata in Svizzera egli non distingue tuttavia fra «omicidio del consenziente» e «aiuto al suicidio», dato che in entrambi i casi «lo Stato non perde un'esistenza valida ed utile alla collettività, perchè è un'esistenza che ha perduto l'istinto naturale della conservazione, e quindi del proprio sviluppo fisio-psichico, e non la perde per l'azione

di un delinquente, la perde perchè egli e chi lo aiuta al suicidio si trovano in tale condizione da suscitare la pubblica commiserazione, anzichè la pubblica repulsione» (p. 515); poco importa dunque chi agisce, chi compie l'atto definitivo che porta alla morte: l'assenza di motivi antisociali comporta l'impunità sia dell'uccisore sia di colui che aiuta l'altro a suicidarsi.

Sappiamo invece che il nostro diritto insiste su questa differenza fondamentale: chi ha la padronanza dell'atto? Se si tratta del suicida si applica l'art. 115 CP; se si tratta di un'un'altra persona si applica l'art. 114 CP, e in quest'ultimo caso, anche se i motivi sono onorevoli, il comportamento è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria. Non è certo un reato della stessa gravità dell'omicidio ex art. 111 CP (punito con una pena detentiva minima di cinque anni) ma è comunque un reato. In questo Ferri è invece radicale: «la morte volontaria non [è] giuridicamente illecita, perchè l'uomo può disporre della sua esistenza e [...] quindi il suo consenso discrimina ogni atto di chi, concorrendo in qualunque modo a questo esito finale della sua morte, non sia determinato da motivi immorali, illegittimi ed antisociali» (p. 539). Ed insiste: «fra l'amico che solo per pietà uccide l'amico, condannato da malattia inesorabile, cedendo alle sue preghiere insistenti, e colui che non uccide, ma con false notizie e perfide suggestioni istiga altri al suicidio, per frodare un'eredità o liberarsi da un obbligo, c'è un abisso morale e giuridico» (p. 554). Tutto ruota attorno ai motivi dell'atto e non alle sue modalità oggettive di esecuzione: «[...] se chi agisce dietro consenso e richiesta del suicida è mosso soltanto da sentimenti di pietà e di affetto, di solidarietà umana (che sono sentimenti utili alla specie, come l'onore e l'amore), per lui viene a mancare qualsiasi responsabilità penale per la duplice, inseparabile ragione e del consenso del paziente e dei motivi che lo determinarono alla sua azione» (p. 516). Gli esempi classici portati da Ferri sono quelli del soldato che finisce il suo compagno agonizzan-

«Enrico Ferri si cimenta con la questione con la consueta capacità visionaria»  
(Carlotta Latini)



te, o quello di chi procura il veleno all'amico gravemente malato, nella consapevolezza che non vi sia nessuna speranza di guarigione. È chiaro che tutto ciò sembrerebbe avere poco a che vedere con le situazioni di cui si dibatte oggi in Svizzera attorno all'attività di organizzazioni quali Exit o Dignitas, ma a meglio guardare la differenza è piuttosto quantitativa che qualitativa. Ovviamente né Ferri, né Stooss, né Zürcher potevano immaginare gli sviluppi del fenomeno negli ultimi decenni, ma ciò non toglie che anche oggi si insiste su questi due presupposti fondamentali: 1) il *consenso* del suicida; 2) le *motivazioni* di chi presta aiuto rispettivamente compie l'azione che conduce alla morte.

### III. Quali spunti per la Svizzera *de lege lata e de lege ferenda*?

L'omicidio-suicidio di Ferri è un lavoro poderoso, scientificamente solido, ricco di richiami comparativi, filosoficamente stimolante. Il fenomeno è da lui descritto in maniera esaustiva (v. in part. 518-539 sulle forme principali di omicidio-suicidio). Inevitabile dunque chiedersi se, oltre ad essere interessante sotto il profilo della storia del diritto, possa offrire anche degli spunti *de lege lata e de lege ferenda*.

Per quanto riguarda la discussione *de lege ferenda* conosciamo le vicissitudini che hanno portato nel nostro Paese a rinunciare sia a rivedere le pertinenti disposizioni del Codice penale sia a emanare una legge sull'ammissione e sulla vigilanza delle organizzazioni di aiuto al suicidio. Si tratta di riflessioni molto serie ed approfondite che non è attualmente opportuno rimettere in discussione (v. comunque le valide considerazioni di **Bondolfi**, Alcune considerazioni etico-giuridiche sugli ultimi sviluppi del dibattito svizzero sulle pratiche «estreme» di fine vita, in *Studia Patavina*, 2010, n. 1, 327-342) e che in definitiva dimostrano l'alta qualità e la lungimiranza della soluzione a suo tempo pensata dai padri intellettuali del nostro Codice penale. Ma in fondo anche *de lege lata* non penso che la lettura dell'opera di Ferri ci indichi soluzioni interpretative diret-

tamente applicabili. La legge è chiara e va preso atto che al di là delle critiche di Ferri alla differenziazione fra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio, anche già soltanto a livello emozionale è inutile negare che un conto è aiutare qualcuno a suicidarsi ed un altro conto è ucciderlo su sua richiesta, macchiandosi quindi *personalmente* le mani di sangue, se mi è permessa l'enfasi un po' shakespeariana. Ridurre tutto ai *motivi soggettivi* e negare che ci sia comunque un antropologico tabù da superare prima di passare all'atto (non molto diverso da quello adesso ben rappresentato in tutti i più drammatici risvolti nella pièce di **von Schirach**, *Terror*, Monaco 2016) mi sembra problematico. È bene tuttavia che rispetto alla versione originale dell'art. 114 CP, che non nominava i motivi che portano all'uccisione del consenziente, l'attuale testo, in vigore dal 1. gennaio 1990 (RU 1989 2449; FF 1985 II 901), li nomini esplicitamente. Ciò non toglie che ci sia qualcosa di qualitativamente diverso tra colui che *uccide* per motivi onorevoli e colui che *aiuta* al suicidio per gli stessi motivi. A questo modo si ribadisce quella intangibilità della vita, di cui all'art. 10 cpv. 1 Cost., che certo può scontrarsi con la libertà personale di cui al cpv. 2 di questo medesimo articolo, ma che ci obbliga a portare il discorso ad un livello di costituzionalità democratica e liberale, forse non a caso destinata ad essere calpestata brutalmente proprio da quell'ideologia fascista cui Ferri aveva così acriticamente aderito. Certo quando scrisse «L'omicidio-suicidio» (perlomeno al tempo delle sue prime edizioni) non poteva presagire quello che sarebbe successo nella politica italiana del Novecento, ma è altresì evidente che nella sua opera la dimensione costituzionale del fenomeno era soltanto rudimentalmente abbozzata, ad esempio in considerazioni come questa: «se fosse vero che lo Stato ha un interesse 'diretto e immediato' all'esistenza di ogni cittadino, la conseguenza inevitabile sarebbe che l'emigrazione ed il suicidio dovrebbero essere proibiti e puniti. E così, infatti, fu per molti secoli, quando si ammetteva questo dominio assoluto dello Stato sull'individuo: ma nel mondo moderno

gli Stati riconoscono in ogni cittadino la facoltà o il diritto di emigrare e di suicidarsi, anche perché si sono persuasi che tenere per forza, nei propri confini o in vita, degli individui che – per le disgraziate condizioni di loro esistenza – non hanno più l'istinto di conservazione o quello di attrazione al luogo nativo, non costituirebbe un vantaggio per la società, pur prescindendo dall'impossibilità di impedire tali fatti» (p. 515).

Alla luce del «dominio assoluto dello Stato sull'individuo» che, con buona pace di Ferri, proprio l'ideologia fascista (ri)affermerà, amplificandone la portata in maniera ancora più sanguinaria con il nazi-fascismo, queste parole suonano non poco stonate e ci invitano a riflettere sull'importanza di ricondurre sempre

il discorso non soltanto alla mera dogmatica giuspenalistica o al puro dato criminologico, ma anche ai valori fondamentali della democrazia liberale e dello stato di diritto. L'umana compassione che guida quest'opera manca di respiro costituzionale e in ciò se ne intravedono i limiti: è più una (pur lodevole) *pietas* virgiliana (v. **W. A. Camps**, Introduzione all'Eneide, trad. ital., Milano 1973, 37-44) che un afflato etico-giuridico centrato su quella dignità umana, da noi evocata all'art. 7 Cost. ma presente in tutte le più moderne costituzioni democratiche e liberali, oltre che nel Preambolo alla Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, baluardo ancora oggi fondamentale contro qualsiasi forma di «dominio assoluto dello Stato sull'individuo».



# Art. 261 StGB und die freie Meinungsäusserung

Gerhard Fiolka

## Mehr Meinungsäusserungsfreiheit durch Aufhebung eines «Blasphemieartikels»?

### I. Weg mit Art. 261 StGB?

Nach Art. 261 StGB wird mit Geldstrafe bestraft, wer

*«öffentlich und in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet oder Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt (Abs. 1), wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert, stört oder öffentlich verspottet (Abs. 2) oder wer einen Ort oder einen Gegenstand, die für einen verfassungsmässig gewährleisteten Kultus oder für eine solche Kultushandlung bestimmt sind, böswillig verunehrt (Abs. 3).»*

In jüngerer Zeit wurde verschiedentlich die Aufhebung dieser Strafnorm gefordert,<sup>1</sup> so etwa am 14.12.2018 in einer parlamentarischen Motion.<sup>2</sup> In der Motion steht dazu folgende Begründung:

<sup>1</sup> Jenal, Religiöser Frieden durch strafrechtliche Zensur – Warum Art. 261 StGB aufgegeben werden sollte, Zürich u.a. 2017.

<sup>2</sup> Flach, Blasphemieverbot abschaffen. Antirassismus-Strafnorm und Schutz vor Ehrverletzung und Beschimpfung reichen aus, Motion 18.4344.

*«Dieser separate Straftatbestand ist in einem säkularen und liberalen Staat nicht mehr zeitgemäss. Das zeigt sich auch in anderen europäischen Staaten. Dänemark, Frankreich, Norwegen, Island und Malta haben das Blasphemieverbot bereits abgeschafft. Ende Oktober 2018 folgte nun sogar das katholische Irland, das in einer Volksabstimmung mit Zweidrittelmehrheit für die Streichung des Blasphemieverbots aus seiner Verfassung stimmte. Es ist an der Zeit, dass die Schweiz nachzieht. Auch um ein klares Statement an die Länder auf der Welt zu senden, die über das Blasphemieverbot religiöse Minderheiten und säkulare Personen verfolgen und oft mit Gefängnis oder gar der Todesstrafe belegen.»*

Art. 261<sup>bis</sup> StGB (Rassendiskriminierung) und die Ehrverletzungsdelikte seien zum Schutz der Religionen ausreichend.

Der Bundesrat wendet sich in seiner Stellungnahme vom 20.02.2019 gegen die Abschaffung dieser Strafbestimmung. Er begründet dies damit, dass aufgrund der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) ein «gemeiner» Angriff auf religiöse Gefühle nicht leichthin angenommen werden dürfe und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht werde.

«Die Meinungsfreiheit ist für einen freiheitlichen Staat zentral. Sie gilt aber nicht schrankenlos, sondern ihre Ausübung ist mit Verantwortung verbunden. In diesem Zusammenhang bietet Artikel 261 StGB ein Instrumentarium, um das friedliche Zusammenleben der Religionen zu gewährleisten. (...) Zusammenfassend kommt der Bundesrat zum Schluss, dass Artikel 261 StGB beibehalten werden sollte. Dafür sprechen nicht nur sachliche Gründe; es soll damit auch das Aussenden eines negativen Signals verhindert werden.»

## II. Ist Art. 261 StGB redundant?

Als zentrales Problem erweist sich bei dieser Diskussion das Spannungsverhältnis zwischen Äusserungsdelikten wie Art. 261 StGB und der Meinungsäusserungsfreiheit. Der Auseinandersetzung damit sei allerdings die Klärung einiger Wirrnisse in der Motion vorangestellt. In der Motion wird behauptet:

«Durch Artikel 261<sup>bis</sup> (Rassendiskriminierung) des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) werden Religionen wie andere Gruppen unserer Gesellschaft völlig zu Recht vor Hass, Diskriminierung, systematischer Herabsetzung oder Verleumdung geschützt. Dazu kommen die Artikel 173 bis 177 StGB, die uns alle vor Ehrverletzungen und Beschimpfung schützen, und auch das Zivilrecht enthält mit den Artikeln 28ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) Bestimmungen zur Abwehr von Persönlichkeitsverletzungen.»

Nichts von alledem hat irgendetwas mit dem Schutzobjekt von Art. 261 StGB zu tun. «Religionen» sind keine «Gruppen». Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfüllt etwa, wer «Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert» (Abs. 4). Rechtsgut dieser Bestimmung ist die Menschenwürde, die dann verletzt ist, wenn jemand aufgrund einer (tatsächlichen oder zugeschriebenen) Zugehörigkeit zu einer bestimmten, i.d.R. stabilen sozialen Gruppe

herabgesetzt oder diskriminiert wird.<sup>3</sup> Dieser Schutz betrifft unmittelbar weder irgendwelche Gefühlszustände betroffener Personen noch den Glauben an und für sich. Die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft (oder neutraler formuliert zu einer durch Religion definierten sozialen Gruppe) soll kein Gegenstand legitimer bzw. legaler Diskriminierungen oder Herabsetzungen sein, weil darin eine der Menschenwürde zuwiderlaufende Instrumentalisierung des Individuums erkannt wird. Es geht mithin um den Schutz des Menschen vor Angriffen aufgrund von Gruppenzugehörigkeiten, für die die Menschen vielfach nichts können und die sie auch nicht ohne weiteres ändern können. Mittelbar geht es dabei auch um den Erhalt gesellschaftlicher Diversität und friedlicher Koexistenz. Letztlich nennt Art. 261<sup>bis</sup> StGB ursprünglich die geschützten Gruppen, die in der international geläufigen Definition des Genozids aufgeführt sind. Art. 261<sup>bis</sup> StGB schützt keine religiösen Gefühle und deckt den Schutzbereich von Art. 261 StGB nicht ab.

Auch das Ehrverletzungsrecht bzw. der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz haben mit dem Schutz religiöser Gefühle kaum etwas zu tun. Unter Art. 261 StGB fallende Äusserungen sind in aller Regel nicht ehrenrührig, sie greifen nicht in die sittliche Ehre einzelner Menschen ein. Wer behauptet, die Religion R. sei eine Religion von Mördern oder Kinderschändern, greift damit nicht in irgendwessen Ehre ein, da sich die Äusserung nicht auf individualisierbare Personen beziehen lässt.

Die Behauptung, «die Religion» werde durch andere Strafbestimmungen auch geschützt und Art. 261 StGB sei insofern überflüssig, geht mithin fehl: Art. 261 StGB hat einen eigenständigen Schutzbereich, der ausschliesslich durch diese Bestimmung abgedeckt wird. Man muss sich also letztlich tatsächlich – unbeirrt von der Vorstellung, dass die durch Art. 261

<sup>3</sup> Vgl. Niggli, Rassendiskriminierung, 2. Aufl., Zürich 2007, N 381 f.; Schleiminger Mettler, Art. 261<sup>bis</sup> N 9 ff., in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

StGB geschützten Interessen sicherlich durch sonst noch irgendwas geschützt würden, gäbe es diese Bestimmung nicht – fragen, ob und wie weit religiöse Gefühle durch das Strafrecht geschützt werden sollen.

### III. Die Meinungsäusserungsfreiheit

In einer freiheitlich-demokratisch organisierten Gesellschaft ist die Freiheit der Meinungsäusserung ein hohes Gut. So bestimmt Art. 16 Abs. 2 BV: «Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten». Wie jedes andere Grundrecht auch kann die Meinungsäusserungsfreiheit indes nach Massgabe von Art. 36 BV durch ein Gesetz eingeschränkt werden, soweit die Einschränkung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Die Meinungsäusserungsfreiheit ist auch in Art. 10 EMRK garantiert, mögliche Einschränkungen sind in Art. 10 Abs. 2 EMRK umschrieben: «Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung».

Meinungsäusserungsfreiheit ist mithin nicht die allumfassende Freiheit, Beliebiges zu sagen, sondern sie kann aufgrund übergeordneter Interessen eingeschränkt werden.

Hinsichtlich der zulässigen Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit erweist sich die Rechtsprechung des EGMR im Detail als ungleichmässig. Der EGMR pflegt festzuhalten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit nicht nur

wohlwollend oder gleichgültig aufzunehmende Informationen und Auffassungen schütze, sondern auch solche, die beleidigen, schockieren oder stören. Er geht weiter davon aus, dass der Spielraum für Eingriffe bei Diskursen mit politischem Gehalt oder von öffentlichem Interesse verengt sei.<sup>4</sup>

Demgegenüber gesteht er den Staaten einen breiten Beurteilungsspielraum bei Eingriffen zum Schutz moralischer oder religiöser Überzeugungen zu, da es keine diesbezügliche europaweit tragfähige Konzeption gebe.<sup>5</sup> Dies führt dazu, dass im Ergebnis weitgehende Eingriffe zum Schutz der Moral oder religiöser Überzeugungen zulässig sind, während bei politisch relevanten Themen kaum eingeschränkt werden darf.

So erblickte der EGMR in der Beschlagnahme und Einziehung des Films «Das Liebeskonzil» (basierend auf dem Stück von Oskar Panizza), durch die u.a. dessen Vorführung in Innsbruck verhindert wurde, keinen Verstoss gegen Art. 10 EMRK. Er begründete dies damit, dass die überwältigende Mehrheit der Tiroler katholischen Glaubens seien und dass die österreichischen Behörden mit der Beschlagnahme des Films den religiösen Frieden in der Region schützen und verhindern wollten, dass manche Menschen sich in ihren religiösen Gefühlen in beleidigender Weise verletzt sehen könnten. Es liege in erster Linie an den örtlichen Behörden, die dazu besser in der Lage seien als ein internationales Gericht, zu beurteilen, inwiefern eine solche Massnahme angesichts der örtlichen Umstände erforderlich sei.<sup>6</sup>

Auch ein Anwendungsfall des sehr weit gefassten Tatbestands der Blasphemie (der auch die Beleidigung des Propheten umfasst) im

<sup>4</sup> Zusammenfassend EGMR vom 25.10.2018, *E.S. v. Österreich*, 38450/12, § 42.

<sup>5</sup> Urteil des EGMR vom 07.12.1976, *Handyside v. UK*, No. 5493/72; Urteil des EGMR vom 24.05.1988, *Müller et al. v. Schweiz*, No. 10737/84; Urteil des EGMR vom 13.09.2005, *I.A. v. Türkei*, 42571/98, § 29.

<sup>6</sup> Urteil des EGMR vom 20.09.1994, *Otto-Preminger-Institut v. Österreich*, 13470/87, § 56.

türkischen Recht wurde als vereinbar mit der Meinungsäusserungsfreiheit betrachtet. Im konkreten Fall ging es um ein religionskritisches Buch, das eine Passage enthielt, wonach manche Worte des Propheten durch (sexuelle) Erregung in Aishas Armen inspiriert worden seien und dass der Prophet sein Fasten durch Geschlechtsverkehr nach dem Nachtessen und vor dem Gebet gebrochen habe, und dass er auch den Geschlechtsverkehr mit toten Menschen oder lebendigen Tieren nicht verboten habe. Der Verfasser des Buches wurde zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt, die dann allerdings in eine Geldstrafe von seinerzeit umgerechnet USD 16.00 umgewandelt wurde. Der EGMR machte sich hier die Sichtweise zu eigen, dass es hier nicht nur um eine provokante Äusserung gehe, sondern um einen beleidigenden Angriff auf den Propheten des Islam. Unabhängig davon, dass in der Türkei eine gewisse Toleranz hinsichtlich der Religionskritik bestehe und der Staat dem Prinzip der Säkularität verpflichtet sei, könnten Gläubige sich berechtigterweise durch derartige Äusserungen in ihren religiösen Gefühlen verletzt fühlen.<sup>7</sup>

Schliesslich wurde unlängst eine österreichische Verurteilung wegen Aussagen, worin dem Propheten Mohammed (aufgrund seiner Ehe mit der im Zeitpunkt der Heirat sechsjährigen und im Zeitpunkt des ersten Geschlechtsverkehrs neunjährigen Aisha) pädophile Neigungen nachgesagt werden («hatte nun mal gerne mit Kindern ein bisschen was») vom EGMR geschützt. Der EGMR attestierte den österreichischen Gerichten eine hinreichend sorgfältige Abwägung der Meinungsäusserungsfreiheit mit dem Schutz religiöser Gefühle und verneinte eine Verletzung von Art. 10 EMRK.<sup>8</sup>

Der verengte Massstab des politischen Diskurses wurde demgegenüber an die Strafbarkeit der Leugnung von Genoziden nach Art. 261<sup>bis</sup>

Abs. 4 Variante 2 StGB angelegt und führte zur Verurteilung der Schweiz im Fall *Perinçek*.<sup>9</sup>

Mit Blick auf den strafrechtlichen Schutz religiöser Gefühle ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR also keine nennenswerte Einschränkung. Bestimmungen wie Art. 261 StGB sind grundsätzlich mit der Meinungsäusserungsfreiheit à la EGMR vereinbar, wer die Bestimmung abschaffen will, kann das nicht unter Berufung auf den Rechtsprechungs-Pudding aus Strassburg tun.

Übrigens: Wahren Freunden des befreiten Wortes täten sich durchaus noch lohnendere Betätigungsfelder auf. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG macht sich etwa strafbar, wer «andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzend Äusserungen herabsetzt.» Bestraft wurde gestützt auf diese Bestimmung jemand, der behauptete, Nähmaschinen der Marke Bernina seien «nähtechnisch im Rückstand».<sup>10</sup> Solange die Meinungsäusserungsfreiheit in der Schweiz freimütig zum Schutz von Nähmaschinen vor «unnötig verletzenden Äusserungen» eingeschränkt wird, will nicht recht einleuchten, welche Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit denn überhaupt untunlich sein sollten.

#### IV. Grenzen des Schutzes religiöser Gefühle in Art. 261 StGB

Schutzobjekt von Art. 261 StGB sind religiöse Gefühle. Man könnte insofern durchaus davon sprechen, dass Gläubige vor der Konfrontation mit bestimmten als besonders belastenden Inhalten geschützt werden sollen. Ein solcher Konfrontationsschutz erscheint dem Unbefangenen als «Mimimi», als Schutz übertriebener Empfindlichkeiten.

<sup>7</sup> Urteil des EGMR vom 13.09.2005, *I.A. v. Türkei*, 42571/98, § 29.

<sup>8</sup> Urteil des EGMR vom 25.10.2018, *E.S. v. Österreich*, 38450/12.

<sup>9</sup> Urteil des EGMR, Grosse Kammer vom 15.10.2015, *Perinçek v. Schweiz*, 27510/08; dazu eingehend *Niggli/Fiolka*, Art. 261<sup>bis</sup> und die Meinungsäusserungsfreiheit, in *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus* [Hrsg.], Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Zürich 2016, 71 ff.

<sup>10</sup> BGE 117 IV 193; ähnlicher Fall mit durch exemplarische Nennung verunglimpften Kopfwehtabletten: BGE 124 III 72.

Die ältere Rechtsprechung zu Art. 261 StGB ist nun beileibe nicht arm an Beispielen übermässiger Fürsorglichkeit religiösen Gefühlen gegenüber. Gestützt auf diese Bestimmung wurden in der Schweiz etwa Abbildungen einer nackten, gekreuzigten Frau mit gespreizten Beinen<sup>11</sup> oder auch eines Cartoon-Schweinchens am Kreuz<sup>12</sup> mit Strafen belegt. Wer wegen solcher Beispiele nun für die gänzliche Abschaffung von Art. 261 StGB plädiert, läuft aber wohl Gefahr, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Letztlich ist nämlich «violence gratuite» gegenüber den religiösen Überzeugungen genauso wenig schützenswert wie «Mimimi», wie Überempfindlichkeiten gegenüber potentieller Gotteslästerung. Die Frage, mit welchen Zumutungen sich Gläubige in einer freiheitlichen, demokratischen und pluralistischen Gesellschaft abzufinden haben, lässt sich sehr wohl auch bei der Auslegung von Art. 261 StGB stellen und lösen. Die Antwort darauf ist nicht in Stein gemeisselt, sondern von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängig und Veränderungen zugänglich.

Bei der Auslegung von Art. 261 StGB lässt sich auf verschiedene Weise eine die Meinungsäusserungsfreiheit schonende Auslegung sicherstellen:

- Art. 261 Abs. 1 StGB erfasst nur Angriffe, die «in gemeiner Weise» erfolgen. Damit sollen geringfügige Fälle aus dem Anwendungsbereich der Norm eliminiert werden. Die Verletzung muss mithin eine gewisse Schwere erreichen.<sup>13</sup>
- Bei der Beurteilung von Äusserungen spielt auch der Adressatenkreis eine Rolle.<sup>14</sup> «In einer pluralistischen, postmodernen Gesellschaft darf nicht leichtthin angenommen werden, eine Verletzung religiöser Gefühle sei schwerwiegend, zumal ironische und

teilweise drastische Ausdrucksformen auch in den Massenmedien geläufig sind.<sup>15</sup>

- Art. 261 StGB ist stets nach Massgabe der schweizerischen Rechtsordnung auszulegen, deren freiheitliche und pluralistische und säkulare Grundanlage sowie die Glaubensfreiheit eine Begrenzung des Schutzes auf mit diesen Grundwerten kompatible religiöse Vorstellungen gebieten. Sowohl Religionen als auch das staatliche Recht enthalten normative Anforderungen mit Geltungsanspruch für das gesellschaftliche Leben insgesamt. Allfällige Konflikte zwischen diesen normativen Ordnungen hat das staatliche Recht immer zu Gunsten der säkularen, pluralistischen Gesellschaftsordnung zu lösen.<sup>16</sup>

Aus alledem ergeben sich vielfältige Möglichkeiten, Art. 261 StGB im Einklang mit einer säkularen, pluralistischen und freiheitlich orientierten Grundanlage des Staates auszulegen. Diese Möglichkeiten sind allerdings durchwegs nicht alternativlos, sondern kontingent. Es gibt letztlich tatsächlich keine Garantie, dass Art. 261 StGB nicht wie zu früheren Zeiten übermässig weit ausgelegt und zur Unterdrückung missliebiger Äusserungen instrumentalisiert wird. Dies unterscheidet Art. 261 StGB allerdings nicht fundamental von anderen Strafbestimmungen. Recht garantiert im Zweifel gar nichts.

## V. Weniger Strafrecht – mehr Freiheit?

### A. Strafrecht: Nicht allein ...

Die Motion scheint von der Vorannahme getragen, dass die Streichung einer Strafnorm grundsätzlich zu mehr Freiheit, in concreto zu freierer Meinungsäusserung führe. Diese Vorstellung reproduziert das grundrechtliche Eingriffsschema, wonach unabweisbar mehr zulässig ist, wenn weniger verboten wird. Dieses Eingriffsschema bildet indes die soziale Wirklichkeit nur ausschnittsweise ab, denn die strafrechtliche Reaktion auf ein Verhalten steht nicht für sich allein, sondern ist nur eine unter

<sup>11</sup> BGE 86 IV 19, «Fahrner».

<sup>12</sup> OGer ZH vom 19.02.1971, ZR 1971, 39, 43, «Sikakrusifixi».

<sup>13</sup> BGE 86 IV 19; **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 30.

<sup>14</sup> **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 34.

<sup>15</sup> **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 33.

<sup>16</sup> **Fiolka**, BSK StGB II (Fn. 3), Art. 261 N 20, 9.

verschiedenen möglichen gesellschaftlichen Reaktionen auf eine Meinungsäußerung. Nicht-strafrechtliche Reaktions- und Sanktionierungsmöglichkeiten auf Meinungsäußerungen sind in der Praxis aber möglicherweise deutlich wirkmächtiger als eine Strafe. Dieses Phänomen lässt sich gut an Fallbeispielen aus den Rechtsordnungen mit einem weiteren Begriff der Meinungsäußerungsfreiheit beobachten, aber auch insgesamt an straflosen Äußerungen:

- Das University College London legte 2015 dem u.a. mit dem Nobelpreis geehrten Biochemiker Tim Hunt nahe, von seiner Honorarprofessur zurückzutreten, nachdem dieser in einer Tischrede an einem Kongress eine scherzhafte Bemerkung über «Mädchen im Labor» gemacht hatte, die von Anwesenden als sexistisch qualifiziert und zum Gegenstand einer Kampagne über Twitter und die Massenmedien gemacht wurde. Der Forscher zog sich in der Folge von verschiedenen weiteren Ämtern zurück und verschwand zeitweilig aus der Öffentlichkeit.
- Die Universität Harvard erneuerte 2019 die Ernennung des Strafrechtsprofessors Ronald S. Sullivan jr. als «Dean of Winthrop House» nach über zehnjähriger Amtsdauer nicht, nachdem dieser sich dem Verteidigungsteam des Filmproduzenten Harvey Weinstein angeschlossen hatte, dem mit grossem Echo in Twitter und Massenmedien sexuelle Übergriffe vorgeworfen werden. Die Universität reagierte damit auf Kritik von Studierenden und Verwaltungspersonal, die offenbar stärker gewichtet wurde als ein Unterstützungsbrief von 52 Harvard-Professoren. Der Umstand, dass Strafrechtler mitunter als Strafverteidiger tätig sind und jeder – ganz unabhängig vom Tatvorwurf – im Strafverfahren eine Verteidigung zugute hat, war offensichtlich von untergeordneter Bedeutung.

Die beiden Beispiele mögen – anstatt vieler – zeigen, dass ein aus Anlass legaler oder sogar rechtlich gebotener Verhaltensweisen aufkommender «Shitstorm» in den Medien letztlich

deutlich zerstörerischer wirken kann als Strafen oder Strafverfahren. Demjenigen, der aufgrund seiner Aussagen geächtet oder in seinen wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten beschnitten wird, wird ein schwacher Trost sein, dass er sich nicht strafbar gemacht hat. Vom chilling effect informeller Sanktionsmechanismen und Medienkampagnen kann ein Strafgesetzgeber nur träumen.

Hinzu kommt, dass das notwendigerweise ex post auf vergangene Handlungen reagierende Strafrecht durch Präventionsmassnahmen verdrängt werden kann. In einer auf Sicherheit bedachten Gesellschaft sinkt die Hemmschwelle dazu, möglicherweise problematische Äußerungen bereits ex ante zu unterdrücken. Diese Zensur wird aber heute vielfach nicht durch den Staat wahrgenommen, sondern z.B. durch Plattformbetreiber sog. sozialer Netzwerke wie Twitter oder Facebook oder durch Medien (z.B. bei der Kommentarbewirtschaftung in Onlinemedien). Die Zensur erfolgt aber nicht nach klaren, in einem demokratischen Verfahren erlassenen Regeln, sondern nach Gutdünken von Unternehmen, für die die freie Meinungsäußerung im Wesentlichen ein Vehikel zum Generieren von Werbeeinnahmen ist und die sich im Zweifel durch alles treiben lassen, was ihnen Ärger machen könnte.

### **B. ... aber eben auch noch da**

Ein anderes Beispiel: 2005 publizierte die dänische Zeitung «Jyllands Posten» eine Serie von Mohammed-Karikaturen. Diese Karikaturen wurden auch in weiteren Zeitungen abgedruckt, in der Folge kam es in verschiedenen, insbesondere auch islamisch geprägten Staaten zu teilweise gewalttätigen Demonstrationen. Im Zuge des Karikaturenstreits wurden durch Imame immer mehr, teilweise obszöne Karikaturen hervorgekramt, die Ausschreitungen weiteten sich aus, mündeten in Angriffe gegen dänische Botschaften und hatten weltweit über hundert Tote zur Folge. Die französische Zeitschrift «Charlie Hebdo» wurde am 7. Januar 2015 wegen der Veröffentlichung dieser und weiterer Mohammed-Karikaturen zum Ziel



eines islamistisch motivierten Anschlags mit zehn Toten und elf Verletzten.

Die dänischen Strafverfolgungsbehörden traten auf eine Strafanzeige aufgrund des Artikels in Jyllands Posten nicht ein, da sie nicht der Auffassung waren, dass mit der Veröffentlichung ein Straftatbestand erfüllt gewesen wäre. Explizit verneint wurde eine Strafbarkeit nach dem seinerzeitigen § 140 des dänischen Strafgesetzbuches («Den, der offentlig driver spot med eller forhåner noget her i landet lovligt bestående religionssamfunds troskærlomme eller gudsdyrkelse, straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder»), einer mit Art. 261 StGB durchaus vergleichbaren, allerdings noch etwas weiter formulierten Bestimmung. § 140 des dänischen Strafgesetzbuches wurde per 10. Juni 2017 abgeschafft.

In letzterem Beispiel lässt sich weder nach schweizerischem noch nach seinerzeitigem dänischem Recht ohne weiteres sagen, dass die betreffenden Handlungen straflos sind. Ob eine Äusserung strafbar ist oder nicht, ist durch Gerichte zu klären. Die Strafnorm ist letztlich ein Behelf, der es dem Staat erlaubt, in einer möglicherweise aufgeheizten Debatte Position zu beziehen und grundlegende rechtliche und gesellschaftliche Wertungen zu vertreten. Dadurch, dass der Staat ein Verfahren einstellt oder einen Autor oder Verbreiter freispricht, tritt er für die Meinungsäusserungsfreiheit und ein offenes Diskursklima ein und bringt zugleich zum Ausdruck, dass seitens der Rechtsgemeinschaft weitere Sanktionen nicht geboten scheinen und entsprechende Äusserungen hinzunehmen sind. Es wäre illusorisch anzunehmen, dass damit gewaltbereite Fanatiker und Krawallmacher zu besänftigen wären. Eine Kommunikation mit den Friedliebenden, Unentschlossenen und Trägen ist jedoch allemal möglich. Umgekehrt können Gerichte mit einer Verurteilung auch anzeigen, welche Art von Äusserungen auch in einer pluralistischen Gesellschaft dysfunktional und übermässig verletzend erscheinen und nicht hingenommen werden müssen.

## VI. Rückzug des Staates

Letztlich führt die Streichung einer Strafnorm also nicht zwingend zu freierer Meinungsäusserung, sondern ist in erster Linie als Rückzug des Staates aus der öffentlichen Kommunikation zu werten. Der Staat begibt sich mit der Abschaffung der Strafnorm einer Möglichkeit, in der Rechtsgemeinschaft symbolisch zu klären und zu kommunizieren, welchen Regeln Kommunikation unterworfen ist. Die Regeln der Höflichkeit, der political correctness, der Gottgefälligkeit verschwinden damit aber nicht aus dem öffentlichen Diskurs, sondern sie werden weiterhin nach Massgabe der Macht sozialer Interessengruppen – Religionsgemeinschaften und ihre Führer, Wirtschaftsunternehmen, politische Parteien, «zivilgesellschaftliche» Akteure, Medien – durchgesetzt. Ohne jede demokratische Legitimation, als mehr oder weniger kontingentes Ergebnis von Kräfteverhältnissen. Ein Staat, der sich aus der Regulierung von Diskursen zurückzieht, schafft nicht notwendigerweise mehr Freiheit und Offenheit, sondern überlässt irgendwelchen anderen sanktionierenden oder präventiven Regulierungsmechanismen das Feld.

Bei Äusserungsdelikten kann die Festlegung einer staatlichen Position auch einen moderierenden Einfluss haben. Wenn Gläubige grundsätzlich davon ausgehen können, dass schlimme Schmähungen dessen, was ihnen heilig ist, vom Staat symbolisch missbilligt werden, werden sie möglicherweise weniger geneigt sein, z.B. «auf der Strasse» gesellschaftlichen Druck aufzubauen. Umgekehrt kann eine mit Zurückhaltung angewandte Strafbestimmung auch anzeigen, welches Mass an Zumutungen Gläubige in einer säkularen Gesellschaft hinnehmen müssen. So ist es möglicherweise durchaus sinnvoll, Schmähungen des Glaubens mit Strafe zu bedrohen, z.B. einem religiösen Abbildungsverbot (wie es etwa bei den Mohammed-Karikaturen auch eine Rolle gespielt hat) gerade keinen strafrechtlichen Schutz zu gewähren.

Eine ganz zentrale Eigenschaft des Rechts ist, dass Konfliktslagen in ein von Sachlichkeit,

emotionaler Kälte und Neutralität geprägtes Umfeld – das Strafverfahren – transponiert und dort analysiert werden. Der Konflikt wird mithin heruntergekühlt und in einigermaßen bürokratischer und unpersönlicher Weise anhand abstrakter Kriterien (strafgesetzlicher Tatbestandselemente) entschieden. Heisse gesellschaftliche Problemlagen werden auf denkbar langwierige und auch langweilige Art bearbeitet. Dies ist eine ureigene Leistung des Rechts, auf die nicht leichthin verzichtet werden sollte.

Insgesamt kann die Existenz einer Strafbestimmung im Kontext des staatlichen Gewaltmonopols eine moderierende, mässige Wirkung auf öffentliche Diskurse haben. Der Rechtsgemeinschaft wird vermittelt, welche Regeln gelten, den Gläubigen wird vermittelt, dass der Staat grundsätzlich in einem gewissen Masse auch auf ihrer Seite ist, Fundamentalopposition wird durch Delegitimation unattraktiv gemacht und die eigentliche Sachfrage wird heruntergekühlt. Obschon diese Effekte wohl in ihrer Wirkung begrenzt bleiben und

«Weniger Staat bedeutet nicht zwingend ein Plus an Freiheit, sondern lediglich, dass der Staat keinen Einfluss mehr darauf hat, wie Freiheit verteilt wird»

man nicht auf die Bekehrung irgendwelcher Fanatiker hoffen sollte, besteht immerhin eine gewisse Hoffnung, dass der trägen Masse ein akzeptables Orientierungsangebot gemacht werden kann.

Es ist verführerisch, die staatliche Bewirtschaftung und Regulierung öffentlicher Diskurse als totalitär zu brandmarken und den Verzicht auf Regulierung als liberal zu preisen. Dabei lässt sich jedoch schnell verkennen, dass totalitäres Denken nicht ein staatliches Monopol ist, sondern dass Totalitarismus letztlich auch ein gesellschaftliches Phänomen ist. Letztlich besteht ein Interesse daran, eine gewisse Vielfalt an – auch und gerade kontroversen – Meinungsäusserungen zu erhalten, und dies wird mit moderat und unter rechtsstaatlicher und öffentlicher Kontrolle eingesetzten staatlichen Strafbestimmungen am ehesten zu gewährleisten sein. Öffentliche Diskurse und die politische Meinungsbildung sind im Umbruch. In «sozialen Medien» im Internet ist es für jeden einfacher denn je, beliebige Meinungen zu veröffentlichen, die Filter- und Orientierungsfunktion z.B. traditioneller Redaktionen ist durch die Informationsflut an sich, aber auch durch einen gewissen Vertrauensverlust in die Medien unter Druck geraten. Wir müssen erst lernen, mit der Flut an Fake News und Shitstorms umzugehen. Angesichts derart volatiler öffentlicher Diskursklimata erscheint es eigentlich nicht ratsam, den Staat als Akteur bei der Moderation öffentlicher Diskurse vor schnell zu eliminieren. Wer dies tut und sich dabei auch noch besonders liberal fühlt, überlässt das Feld letztlich irgendwelchen durch Wirtschaftsunternehmen programmierten Algorithmen.

Weniger Staat bedeutet so besehen nicht zwingend ein Plus an Freiheit, sondern lediglich, dass der Staat keinen Einfluss mehr darauf hat, wie Freiheit verteilt wird.

# Die Weiterverwendung der Daten zwischenzeitlich Verstorbener

Julian Mausbach

## Im Lichte des Forschungsgeheimnisses nach Art. 321<sup>bis</sup> StGB

«Darum Vorsicht! / Nichts teilen wir so gern an andere mit, als das Siegel der Verschwiegenheit – samt dem, was darunter ist.» **Friedrich Nietzsche**, *Die fröhliche Wissenschaft* (3. Buch, Aphorismus 197)

Das Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG) bezieht sich in seinem Kapitel über die Forschung an verstorbenen Personen lediglich auf die Forschung mit dem Körper des Verstorbenen oder dessen Teilen. Zur Forschung an Daten von Verstorbenen sind dem HFG keine Vorgaben zu entnehmen. Angesichts der aktiven Forschungstätigkeit in diesem Bereich, etwa auf dem Feld der Rechtsmedizin, ist dies ein überraschender Befund. Es ist denn auch nicht verwunderlich, dass die kantonalen Ethikkommissionen für die Weiterverwendung von Daten von Verstorbenen die Regelung des Art. 34 HFG analog anwenden (siehe **Mausbach/Huber**, *Forschung an verstorbenen Personen*, Jusletter vom 18.08.2014). Diese Regelung gestattet es unter dem Titel «Fehlende Einwilligung und Information», dass gesundheitsbezogenen Personendaten unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise für Forschungszwecke weiterverwendet werden.

Art. 34 HFG spielt aber vor allem dann eine Rolle, wenn es darum geht, Daten für Forschungszwecke weiterzuverwenden, die zu Lebzeiten einer Person gewonnen und weiterverwendet werden. Sind jedoch Daten betroffen, die von einer Person zu Lebzeiten erhoben wurden und diese Person aber nunmehr – also

zwischenzeitlich – verstorben ist, ist unklar, wie diese Daten in die die forschungsbezogene Weiterverwendung einzubringen sind.

Zwei Lösungsansätze drängen sich auf. Zunächst die Erteilung eines Einwilligungssubstituts durch die zuständige Ethikkommission selbst, mithin wiederum die Anwendung der Ausnahmeregel des Artikels 34 HFG. Dies drängt sich auch deshalb auf, weil dies gestatten würde, im Einklang mit der Regelung des Art. 321<sup>bis</sup> StGB vorzugehen. Nach dieser dürfen Berufsgeheimnisse im Forschungskontext offenbart werden, wenn einerseits die Voraussetzungen nach Art. 34 HFG erfüllt sind und andererseits die zuständige Ethikkommission die Offenbarung bewilligt hat. In diesen Fällen kann über Art. 321<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB der dort aufgeführte eigenständige Rechtfertigungsgrund (**Oberholzer**, Art. 321<sup>bis</sup> N 7, in: **Niggli/Wiprächtiger** [Hrsg.], *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2019) für die forschungsbezogene Weiterverwendung von Patientendaten und damit auch für die Offenbarung von Berufsgeheimnissen im Rahmen der Forschung am Menschen seine Wirkung entfalten.

Zum anderen drängt sich die Einholung einer stellvertretenden Einwilligung der Angehörigen bzw. der gesetzlichen Vertreter der verstorbenen Person auf. Die Einholung einer stellvertretenden Einwilligung wäre ihrerseits ein Mittel zum befugten Offenbaren und zur Nutzung der Daten. Vorauszusetzen wäre hierzu allerdings, dass die anzufragenden Personen ihrerseits

überhaupt zur Abgabe einer stellvertretenden Einwilligung berechtigt sind.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst ein Blick auf Art. 34 HFG, und dort insbesondere auf Art. 34 Abs. 1 lit. a HFG zu werfen. Diesem ist zu entnehmen, dass die Ausnahmeregelung nur dann Anwendung finden kann, sofern es unmöglich oder unverhältnismässig schwierig ist, die Einwilligung einzuholen beziehungsweise über das Widerspruchsrecht zu informieren, oder dies der betroffenen Person nicht zugemutet werden kann.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 34 HFG bei der Forschung mit Daten zwischenzeitlich Verstorbener wirft dies die Frage auf, ob Fälle denkbar sind, in denen die Forschenden dazu anzuhalten sind, die Angehörigen der Verstorbenen zwecks Erforschung eines mutmasslichen Willens des Verstorbenen oder hinsichtlich ihrer eigenen Präferenz anzufragen. Sofern man davon ausgeht, dass diese Konstellationen existieren, es eben nicht unmöglich ist dies Personen zu befragen, und mit einer solchen Anfrage kein unverhältnismässiger Aufwand einhergeht, würde dies ein Anfragen der berechtigten Stellvertretenden sowie eine daraufhin von diesen abgegebene Einwilligung für die Weiterverwendung der Daten bedingen.

Die Kommentierung zu Art. 34 HFG nimmt an, dass «der Tod einer betroffenen Person [...] das Einholen der Einwilligung bzw. die Information über das Widerspruchsrecht nicht a priori unmöglich [macht]: Erst wenn auch die anderen genannten Personen nicht mehr kontaktiert werden können (oder es keine solchen gibt, jemand also ohne Angehörige verstorben ist), ist die Unmöglichkeit gegeben» (Rudin, Art. 34 N 10, in: Rüttsche [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum HFG, Bern 2015). Die «genannten Personen» sind hiernach nicht nur die betroffene Person, sondern auch die gesetzliche Vertretung oder die nächsten Angehörigen – also diejenigen Personen, die nach den sonstigen Regeln zur Weiterverwen-

dung (siehe Art. 32 und 33 HFG) berechtigt sind, stellvertretend einzuwilligen bzw. das Widerspruchsrecht auszuüben.

Auch die Vorlage für die Einreichung eines Projekts «Weiterverwendung ohne Einwilligung» gemäss HFG Art.34 / HFV der Swissethics (abrufbar unter: <https://swissethics.ch/templates.html>) stellt unter Ziffer 8 fest, dass es für die Anwendung von Art. 34 HFG eine Begründung braucht, aus welcher hervorgeht, weshalb es unmöglich oder unverhältnismässig schwierig ist, die Einwilligung der betroffenen Personen einzuholen oder eine Begründung, warum dies der betroffenen Person oder deren überlebenden Angehörigen nicht zugemutet werden kann. Dabei ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass hierbei aber deutlich an das Kriterium der Unzumutbarkeit angeknüpft wird. Es geht bereits der Formulierung nach nicht um Unmöglichkeit. Beziehungsweise, wie dies an selbiger Stelle wie folgt beispielhaft dargelegt wird, vielmehr um das Kriterium der Unverhältnismässigkeit: «Das Gros der Daten stammt aber aus den Jahren davor. Wir müssen davon ausgehen, dass etwa drei Viertel der Patienten mittlerweile verstorben sind. Es ist daher schwierig und mit einem unverhältnismässig hohen Aufwand verbunden, die überlebenden Patienten oder die Angehörigen der Verstorbenen ausfindig zu machen.»

Die Kommentierung wie die Vorlage «Weiterverwendung ohne Einwilligung» gehen mithin davon aus, dass es nicht per se unmöglich ist, Angehörige von zwischenzeitlich Verstorbenen zu befragen, ob mit den Daten der zwischenzeitlich verstorbenen Personen geforscht werden darf. Demnach wäre eine solche Anfrage auch erforderlich, wollte man die Wirkung – also die Gestattung der Weiterverwendung der Daten – auf die Grundlage der Aussage eines Einwilligungsberechtigten abstützen.

Allerdings weckt bereits ein Blick in die Botschaft zum HFG Zweifel, ob dem gefolgt werden kann. Die Botschaft (BBl 2009 8045, 8123) führt nämlich als – wohlgermerkt einziges – Beispiel

für die Unmöglichkeit der Einholung einer Einwilligung auf, dass diese vorliegt, wenn die genannten Personen verstorben sind. Dies ist auch insofern konsequent, als zum einen tatsächlich keine Willensäußerung von einer verstorbenen Person eingeholt werden kann und zum anderen durch Art. 31 Abs. 1 ZGB statuiert wird, dass die Persönlichkeit mit dem Tod endet. Das Zivilrecht kennt damit grundsätzlich keinen den Tod überdauernden Persönlichkeitsschutz (BGE 104 II 225 E. 5b; 129 I 302 E. 1.2.1). Lediglich an jenen Stellen, an welchen er eine gesetzliche Ausformung erfahren hat, wie dies etwa im Bereich des Transplantationswesens der Fall ist (siehe etwa Art. 8 lit. a Transplantationsgesetz), kommt eine solche zum Tragen. Dies wurde auch im Rahmen der Rechtssetzung zum Humanforschungswesen bestätigt, wie eine Blick in die Botschaft zu Art. 118b BV zeigt, in welcher der subjektive postmortale Persönlichkeitsschutz mit Hinweis auf die mangelnde Rechtsfähigkeit des Verstorbenen verneint wurde (BBl 2007 6713 ff.).

Für das (Humanforschungs-)Recht bedeutet dies: Vertreten Angehörigen oder gesetzliche Vertreter eine Person, so ist im Todesfall davon auszugehen, dass aufgrund des Wegfalls der Persönlichkeit auch das Vertretungsverhältnis endet. Dies wird bezüglich bestimmter Vertretungsverhältnisses im Gesetz gar ausdrücklich ausgedrückt, wie die Regelung des Art. 399 ZGB zeigt, wonach die Beistandschaft mit dem Tod der betroffenen Person von Gesetzes wegen endet.

Daraus wiederum ergibt sich, dass nicht angenommen werden kann, dass Angehörige bzw. gesetzliche Vertreter durch den Tod einer Person per se Zugang zu den Daten der verstorbenen Person haben. Dieser Zugang wäre aber für die Entscheidung hinsichtlich einer stellvertretenden Einwilligung zur Erforschung ebendieser Daten erforderlich.

Bereits der Ausgangspunkt, dass nämlich Angehörige oder gesetzliche Vertreter über den Tod einer Person hinaus eine Rechtsposition

einnehmen können, die es gestatten würde, sie entsprechend in einzubinden, ist daher grundsätzlich nicht gegeben. Auch aus den Grundsätzen des HFG zur Einwilligung in die Forschung entspringt dieser nicht (siehe Art. 8 und Art. 16 HFG). Eine solche Rolle wird Angehörigen und gesetzlichen Vertretern nur dann zuteil, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Das prominenteste Beispiel hierzu ist die sogenannte «erweiterte Zustimmungslösung» im Rahmen des Transplantationswesens (vgl. Art. 8 Abs. 2 Transplantationsgesetz). Aber auch das Humanforschungsrecht kennt einen solchen Fall. Dieser betrifft die Durchführung Klinischer Versuche in Notfallsituationen. Verstirbt die Person, die in einen klinischen Versuch in einer Notfallsituation einbezogen wurde und liegt ihrerseits keine Willensäußerung vor, ist die Verwendung der für das Forschungsprojekt erhobenen Daten zulässig, wenn die nächsten Angehörigen einwilligen (Art. 16 Verordnung über klinische Versuche in der Humanforschung, KlinV). Diese Konstellation bezieht sich allerdings nicht auf die Weiterverwendung im Sinne des Art. 34 HFG, sondern auf Datenerhebung. Sie ist damit nicht auf die Konstellation der Weiterverwendung anwendbar. Sie zeigt vielmehr aber auf, dass im Gesetzgebungsprozess durchaus die Frage der Verwendung von Daten zwischenzeitlich Verstorbener eine Rolle spielte. Die Konstellation war dem Gesetzgeber mithin bewusst und bekannt, ohne dass er diese jedoch auch für den Bereich des Art. 34 HFG ausgeformt hat. Damit darf die Annahme gelten, dass hier nicht schlicht eine Regelungslücke vorliegt und insofern auch eine analoge Anwendung ausscheidet.

Darüber hinaus sieht das HFG weitere Fälle von Stellvertretung im Einwilligungsprozess vor. Dies etwa im Bereich der Forschung mit urteilsunfähigen Erwachsenen bzw. zur Weiterverwendung derer Daten und Proben zu Forschungszwecken. Gemäss Art. 32 und 33 HFG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. b HFG dürfen gesundheitsbezogene Personendaten und biologisches Material von urteilsunfähigen Personen bei

fehlender im Zustand der Urteilsfähigkeit erteilten Einwilligung der betroffenen Person nur für ein Forschungsprojekt oder allgemein zu Forschungszwecken weiterverwendet werden, wenn die gesetzliche Vertretung, eine bezeichnete Vertrauensperson oder die nächsten Angehörigen eingewilligt haben. In diesen Fällen gilt das Einwilligungsregime nach Art. 378 ZGB (Handkommentar HFG-**Sprecher**, Art. 24 N 9 und N 22). Dabei ist allerdings zu beachten, dass dies sich auf die stellvertretende Einwilligung bei urteilsunfähigen lebenden Erwachsenen bezieht. Gleiches gilt im Übrigen für die Regelungen zur Einwilligung von Kindern und Jugendlichen, auch diese sehen zwar detailliert Stellvertretungsregelungen vor, beziehen sich aber nur auf die Lebzeiten der Vertretenen.

Es besteht hinsichtlich der Weiterverwendung von Daten und biologischem Material damit ein Bezug zwischen Art. 34 HFG und den Art. 32 und 33 HFG, dieser umfasst aber nicht die Konstellation des zwischenzeitlichen Versterbens.

Auch der Bereich der Forschung an verstorbenen Personen sieht Vertretungskonstellationen vor. Gemäss Art. 36 HFG darf, falls keine dokumentierte Einwilligung oder Ablehnung zu Lebzeiten vorliegt, der Körper verstorbener Personen nur für die Forschung verwendet werden, wenn die nächsten Angehörigen oder eine von der verstorbenen Person zu Lebzeiten bezeichnete Vertrauensperson einwilligen. Die Einwilligung der nächsten Angehörigen oder der Vertrauensperson richtet sich nach Art. 8 des Transplantationsgesetzes i.V.m. Art. 5 Transplantationsverordnung. Damit sind in dieser Regelung mehrere Hürden enthalten, die es verunmöglichen diese auf die Konstellation zwischenzeitlich Verstorbener anzuwenden. Es wird nur der Zeitpunkt nach dem Tod geregelt, zum anderen ist nicht Weiterverwendung im Sinne des HFG Regelungsgegenstand und vor allem geht es ausschliesslich um den Körper verstorbener Personen bzw. um Teile desselben, nicht aber um Daten.

Den gesetzlich vorgesehenen Fällen zur stellvertretenden Einwilligung ist damit gemein, dass sie auf die Konstellation zum Umgang mit Daten zwischenzeitlich Verstorbener keine Anwendung finden können.

Hinzu tritt, dass durch den Tod der Person nicht auch der Schutz ihrer (Patienten-)Daten entfällt. Diese unterliegen weiterhin dem Arztgeheimnis. Das Bundesgericht hat dies bereits in seinem Urteil 2P.339/1994 vom 26. April 1995 (Pra 85/1996 Nr. 94, 289 ff.) erkannt und festgestellt, dass auch wenn die Persönlichkeit mit dem Tod ende, die in einem Patientendossier enthaltenen Angaben auch nach dem Tod durch das Arztgeheimnis geschützt sind (ebenda E. 3b; zum strafrechtlichen Geheimnisschutz nach dem Tod auch: BGE 135 III 597; 125 IV 298; 118 IV 319; 118 IV 153). Das Arztgeheimnis ist somit auch gegenüber den Erben und den Angehörigen zu wahren (vgl. **R. Aebi-Müller et al.**, *Arztrecht*, Bern 2016, 486 ff.; **St. Trechsel/H. Vest**, Art. 321 N 28 in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], *Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018; **F. Erard/O. Guillod**, *Levée générale du secret médical et assistance au suicide*, Jusletter vom 29.01.2018, Rz. 52; mit Bezug auf das Anwaltsgeheimnis vgl. BGE 135 III 597 E. 3.2) und es gibt keinen Anlass anzunehmen, dass dies für das Forschungsgeheimnis nach Art. 321<sup>bis</sup> StGB anders zu bewerten ist.

Zu beachten ist allerdings, dass die Botschaft zum HFG (BBl 2009 8045, 8123) auch vorsieht, dass «Unzumutbarkeit im Sinne des Art. 34 HFG vorliegen kann, wenn die erneute Konfrontation der Personen mit einer schwierigen Situation eine erhebliche emotionale Belastung mit sich bringen würde (z.B. Personen, die an eine schwere Krankheit erinnert, oder Angehörige, die mit einem Suizid in der Familie erneut konfrontiert werden)». Sie schliesst damit mindestens die Konstellation nicht aus, dass Daten einer Person, die sich suizidiert hat, über eine Einwilligung zu Forschungszwecken weiterverwendet werden können, sofern die Anfrage an die Angehörigen zumutbar wäre.

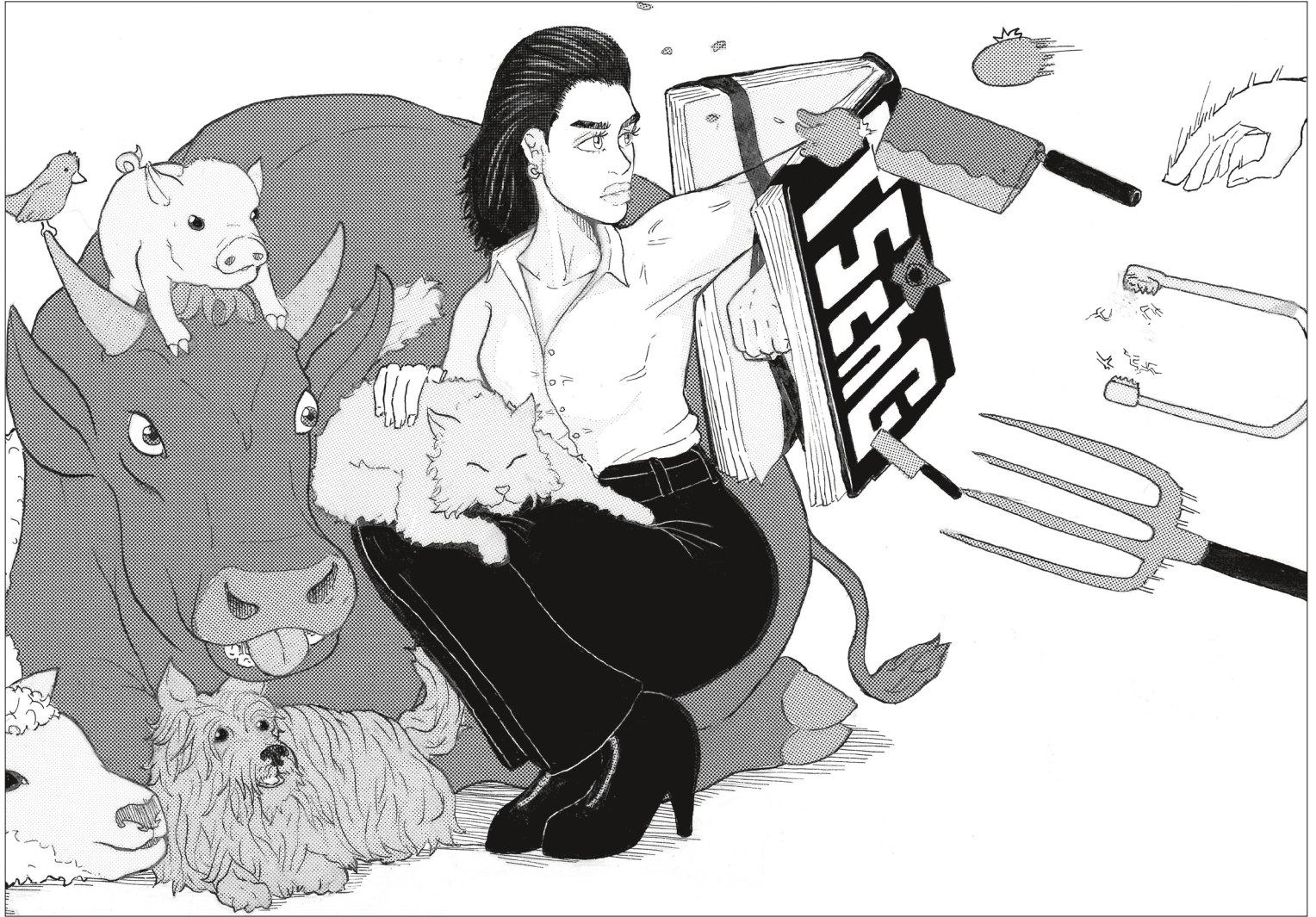
Dies kann aber die Frage des Weiterverwendens von Daten zwischenzeitlich Verstorbener aus zweierlei Gesichtspunkten heraus nicht zufriedenstellend lösen. Zunächst steht das Beispiel im Widerspruch dazu, dass den Angehörigen in der Konstellation des zwischenzeitlichen Versterbens eben gerade keine Vertretungsbefugnis mehr zukommt. Des Weiteren spricht dem der Wortlaut des Art. 34 HFG entgegen. Dieser bezieht sich nämlich weder zur Frage der Unmöglichkeit noch zu jener der Unzumutbarkeit noch zur Frage der Unzumutbarkeit nicht auf Vertreter oder genannte Personen, sondern ganz ausdrücklich auf die «betroffene» Person. Es ist daher anzunehmen, dass hier nur Situationen beschrieben wurden, die unzumutbar sind, dass hierbei aber nicht konkret die Frage der Weiterverwendung von Daten zwischenzeitlich Verstorbener betroffen ist.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Möglichkeit der Weiterverwendung von Daten zu Forschungszwecken im Falle des zwischenzeitlichen Versterbens allein durch die zuständige Ethikkommission mittels eines Entscheids über die Erteilung eines Einwilligungssubstituts im Sinne des Art. 34 HFG eröffnet ist, da ein Fall der Unmöglichkeit im Sinne des Art. 34 HFG vorliegt. Vorausgesetzt die weiteren Voraussetzungen des Art. 34 HFG, also das Fehlen einer Ablehnung zu Lebzeiten und das Vorliegen eines relevanten Forschungsinteresses, sind ebenfalls gegeben, kann diese das Einwilligungssubstitut erteilen. Daraus folgt, dass die Forschenden eine Anfrage an die Angehörigen oder (einstige) gesetzliche Vertreter ihrerseits nicht durchführen müssen um die entsprechend nach HFG erforderliche Einwilligung zur Weiterverwendung zu erhalten. Mit Blick auf Art. 321<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB verbietet sich eine solche Anfrage

gar. Eine Schweigepflichtsentbindung betreffend das Forschungsgeheimnis für eine solche Anfrage kann nicht erteilt werden, da Art. 321<sup>bis</sup> StGB ja gerade für die Fälle eine Rechtfertigungsmöglichkeit anbietet, die es gestattet, eine Offenbarung gegenüber Personen ausserhalb der Forschung zu vermeiden. Eine Anfrage an nicht (mehr) Stellvertretungsberechtigte würde letztlich eine Offenbarung gegenüber diesen voraussetzen, die für den gesetzlich vorgesehenen Ablauf nicht erforderlich ist, an denen die Angehörigen und gesetzlichen Vertreter regelmässig kein eigenes Interesse haben und die zu keinem Zeitpunkt sonstige Rechte besser schützen oder gewährleisten könnte, als es ohne sie der Fall ist.

Über die Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 321<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB ist hinsichtlich der Frage zur Weiterverwendung von Daten zwischenzeitlich Verstorbener, eine tragfähige Lösung zur Offenbarung von Patientendaten in der Forschung eröffnet. Sie ermöglicht die Erteilung eines Einwilligungssubstituts nach Art. 34 HFG durch die zuständige Ethikkommission und befähigt die Forschenden zur Weiterverwendung von Daten zwischenzeitlich Verstorbener. Die entsprechende Bewilligung zum Offenbaren kann ihrerseits für das im Forschungskontext erforderliche Offenbaren erteilt werden und auf diese Weise befugt im Rahmen der Forschung mit diesen Daten umgegangen werden. Das Berufsgeheimnis muss hierfür weder gegenüber Angehörigen noch (einstigen) gesetzlichen Vertretern angetastet werden; allerdings sind die Ethikkommissionen ihrerseits – auch und gerade – in diesen Fällen aufgefordert, das Vorliegen eines ausreichenden und relevanten Forschungsinteresses gewissenhaft zu überprüfen.







# Tierschutz im Schweizer Recht

Lea Camen-Ochsner

## Grundsätze, Tücken und Vorurteile

Tiere nehmen in unserer Gesellschaft die verschiedensten Rollen ein. Sie sind Begleiter, Familienmitglied, Produkt – z.B. Lebensmittel, Biodünger, Gebrauchsgegenstand oder Tierfutter –, Kapitalanlage und vieles mehr. Aufgrund der Vielfalt der Lebensbereiche, in denen der Mensch mit dem Tier Umgang pflegt, verwundert es nicht, dass tierschutzrelevante Straffälle oft einen themenübergreifenden Bezug aufweisen und regelmässig auch dem Tierschutz verwandte Rechtsbereiche, wie die Tierseuchen-, Jagd-, Gewässerschutz-, Umweltschutz- oder Lebensmittelgesetzgebung, sowie thematisch losgelöste Erlasse, wie das Strassenverkehrs-, das Heilmittel- oder das allgemeine Strafgesetz (v.a. bei Betrugs- und Urkunden delikten) betreffen. Letzteres dehnt in gewissen Bestimmungen den strafrechtlichen Schutz denn auch explizit auf Tiere aus (z.B. in Art. 135 StGB «Gewaltdarstellungen» oder Art. 197 StGB «Pornografie»). In den einzelnen Spezialbereichen findet sich oft sowohl auf gesetzlicher als auch auf Verordnungsstufe ein komplexer Normenteppich, welcher bei Tierschutzstrafällen zur Anwendung gelangt – so z.B. die Verordnung über tierische Nebenprodukte (VTNP), die Verordnung über das Schlachten und die Fleischkontrolle (VSFK) sowie die Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (DZV).

Der strafrechtliche Tierschutz im engeren Sinne findet sich im Schweizerischen Tierschutzgesetz (TSchG) und der zugehörigen Tierschutzverordnung (TSchV). Verstösse gegen

die Tierschutzgesetzgebung werden bestraft als «Tierquälerei», die nach Art. 26 TSchG vorsätzlich sowie seit dem 1. Januar 2013 auch fahrlässig begangen ein Vergehen darstellt, oder als «übrige Widerhandlungen», die als Übertretungen in Art. 28 TSchG normiert sind. Im Einzelfall kann insbesondere die Abgrenzung einer blossen Widerhandlung gegen die Haltevorschriften (i.S.v. Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG) von einer Tierquälerei (i.S.v. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG) Schwierigkeiten bereiten.

### I. Die Tierquälerei nach Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG

Eine Tierquälerei i.S.v. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG liegt vor, wenn ein Tier misshandelt, vernachlässigt oder unnötig überanstrengt wird oder wenn dessen Würde in anderer Weise missachtet wird. Geschützt ist folglich sowohl die nichtbiozentrische Würde des Tiers, also dessen körperliche Unversehrtheit, als auch die biozentrische Würde im Sinne eines ethischen Eigenwerts des Tieres. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG ist ein **Erfolgsdelikt**. Der Erfolg ist das entscheidende Element für die Abgrenzung zur Übertretung nach Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG (vgl. BGer vom 14.03.2013, 6B\_635/2012, E. 3.2.2). Sofern Tiere aufgrund von Verstössen gegen die Haltevorschriften offene Wunden und Verletzungen aufweisen bzw. von einem gewissen Leiden (z.B. bei erhöhtem Stress) auszugehen ist, ist der Tatbestand der Tierquälerei grundsätzlich erfüllt. So ist bspw. ein Schweinehalter, der ein verletztes Tier mit einem bis zum Ansatz abgebissenen Schwanz oder mit gelähmten

Hintergliedmassen in den Schlachthof einliefert, wegen Tierquälerei gemäss Art. 26 TSchG und nicht bloss wegen der Missachtung der Tierhaltevorschriften gemäss Art. 28 TSchG strafbar.

Eine Tierquälerei wird häufig durch Miss-handlung oder Vernachlässigung eines Tieres begangen. Eine Misshandlung kann als aktives Zufügen von Schmerzen, Leiden oder Schäden von jedermann verübt werden, wobei sowohl das Haustier des Täters als auch ein fremdes Haustier oder gar ein Wildtier betroffen sein kann. Dahingegen stellt die Vernachlässigung eine Unterlassung dar. Der Begriff des Vernachlässigens wird weder durch das Gesetz noch durch seine Materialien definiert, sondern ergibt sich indirekt aus Art. 6 Abs. 1 TSchG. Danach hat eine Person, die ein Tier hält oder betreut, dieses angemessen zu nähren, zu pflegen und ihm die für sein Wohlergehen notwendige Beschäftigung, Bewegungsfreiheit und Unterkunft zu gewähren. Wer diese Handlungen *nicht* vornimmt und dadurch im Sinne eines strafrechtlichen Erfolgs die Würde des Tiers nach Art. 4 Abs. 2 TSchG ungerechtfertigt missachtet, macht sich der Vernachlässigung nach Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG schuldig. Aufgrund der Ausführungen ist ersichtlich, dass die Vernachlässigung eine Garantenpflicht des Täters verlangt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Kreis derjenigen, die

für das Wohlergehen eines Tieres zu sorgen haben, weit auszulegen. Sowohl Halter als auch Betreuer können sich der Vernachlässigung strafbar machen. Während der Halter die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Tier im eigenen Interesse und nicht nur ganz vorübergehend ausübt, kann die Beziehung des Betreuers, der die Beaufsichtigung und Sorge über das Tier in tatsächlichem Sinne übernommen hat, auch kurzfristiger Natur, in fremdem Interesse oder weisungsgebunden sein. Als Betreuer kann somit auch der Finder, der Verwahrer, ein Angestellter oder ein Familienangehöriger des Halters qualifiziert werden, weshalb auch diese die in der Tierschutzverordnung konkretisierten Pflichten zu beachten haben (vgl. BGer vom 08.02.2011, 6B\_660/2010, E. 1.2.1 f.).

Da das Schweizerische Tierschutzgesetz **dem Individualschutz** verpflichtet ist, ist von einer Tatmehrheit auszugehen, wenn mehrere Tiere betroffen sind. Dies gilt gemäss Bundesgericht auch dann, wenn die Tiere in einer Mast- oder Zuchteinheit gehalten werden, da diesen derselbe Schutz zukommt wie einzeln gehaltenen Tieren (vgl. BGer vom 30.01.2012, 6B\_653/2011, E.1.2). Der Halter oder Betreuer ist daher in solchen Fällen wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Tierschutzgesetz zu verurteilen. Je nach Umfang der Tierhaltung kann dies in einer hundert- oder gar tausendfachen Tatbegehung resultieren, so bspw., wenn in einem Zuchtbetrieb über Jahre hinweg eine erhebliche Anzahl Ferkel ohne Schmerzausschaltung kastriert wurde.

«Aufgrund des Individualschutzes ist bei Zuchtbetrieben eine hundert- oder gar tausendfache Tatbegehung möglich»

## II. Sanktionen im Bereich des Tierschutzes – Spiegel der gesellschaftlichen Vorurteile?

Führt man sich eine tausendfache Tatbegehung vor Augen – welche bspw. im Fall der vorgenannten Ferkelkastrationen ein vorsätzliches Vergehen (Tierquälerei) darstellt – dann überrascht das in der Schweiz offenbar vorherrschende tiefe Strafmass im Bereich der Tierschutzdelikte: Sowohl die Strafen für Übertretungen als auch jene für Vergehen gegen

das TSchG seien im schweizweiten Mittel seit Jahren konstant sehr tief, so der Jahresbericht 2017 der Stiftung für das Tier im Recht (TIR) (Walther/Körner, Stiftung für das Tier im Recht, Schweizer Tierschutzstrafpraxis 2017, Fünfte zehnte Jahresanalyse des landesweiten Tierschutzstrafvollzugs vom 22. November 2018, Zürich 2018). Der Mittelwert der im Jahr 2017 ausgesprochenen Bussen liegt – bei einem Strafrahmen von CHF 20'000.00 für Vorsatzdelikte bzw. CHF 10'000.00 für Fahrlässigkeitsdelikte – gerade mal bei CHF 300.00. Die Höhe der Geldstrafen stieg im Jahr 2017 im Vergleich zum Vorjahr zwar um 27% an, liegt jedoch mit durchschnittlich 38 Tagessätzen ebenfalls nach wie vor tief. Zu Freiheitsstrafen kommt es nur selten. Aufgrund der eher tiefen Sanktionen geht die TIR davon aus, dass dem Tierschutzdelikt nach wie vor ein gewisses Image als «Kavaliersdelikt» innewohnt (vgl. Jahresbericht 2017, 29 f.).

Die Stigmatisierung bzw. Bagatellisierung des Tierschutzdelikts als «Kavaliersdelikt» könnte darauf zurückgeführt werden, dass die Stärkung des Tierschutzes in den letzten Jahren präsenter gefordert wird. Was zunächst in sich widersprüchlich erscheint, bestätigt sich in diversen Gesellschaftsbereichen jedoch als natürliches Phänomen. So ist die Kehrseite einer jeden auf strukturelle Veränderung ausgerichteten Strömung deren Bagatellisierung und Diskreditierung durch die Gegenseite, was nicht zuletzt dazu führt, dass sich schliesslich selbst solche Menschen von der Bewegung distanzieren, welche ihrem Naturell nach eigentlich in dieser Kategorie anzusiedeln wären, jedoch aus Unsicherheit oder reiner Bequemlichkeit jeglichen Spott bezüglich ihrer moralischen Gesinnung zu vermeiden versuchen. Zur Veranschaulichung dient ein Blick auf die Bewegung des Feminismus, dessen Grundgedanken gegenüber wohl keine Person weiblichen Geschlechts ablehnend eingestellt sein dürfte, gleichwohl sich aber nur wenige für feministische Anliegen aktiv einsetzen. Darüber hinaus werden allzu «verbissene» Versuche sich mit entsprechenden Themen

Gehör zu verschaffen weitläufig belächelt, ohne zu merken, dass ebensolche Reaktionen noch extremere Gegenreaktionen bewirken. Diese Abwärtsspirale, wobei eher von einem immer weiter auf beide Seiten ausschwenkenden Pendel gesprochen werden muss, führt schliesslich dazu, dass sich immer weniger ursprüngliche Anhänger noch mit der Entwicklung der Uridee identifizieren können und ebendiese extreme Positionierung schliesslich ebenfalls zu belächeln beginnen, um ihre Distanzierung davon zu bekunden. Selbige psychologischen Einflüsse dürften im Bereich des Tierschutzes wirken, da beispielsweise ganz entgegen ihres eigentlichen Wortsinns Begriffe wie «Tierschützer» mit solchen wie «Gutmensch» einhergehen, wobei beide mit einem negativen Stigma behaftet sind. Im Wissen um die negative, teilweise sogar spottbehaftete Verwendung dieser Begriffe, werden diese schliesslich selbst von solchen Menschen belächelt, welche eigentlich «gute Menschen» wären und «Tiere schützen» wollten.

Um auf den rechtlichen Lebensbereich bzw. auf den Sinn der vorgängigen Ausführungen für diesen Artikel zurückzukommen, ist dem vorgenannten gesellschaftlichen Phänomen ein allfälliger Einfluss auf die Strafverfolgung und den Gesetzesvollzug einer Gesellschaft anzudenken. Es ist daher insbesondere in der Strafverfolgung darauf zu achten, sich des allfälligen Stigmas eines Deliktsbereichs als «Kavaliersdelikt» bewusst zu sein. Diesen Vorurteilen entgegenzuwirken wäre dabei jedoch die falsche Vorgehensweise, würde dies doch wiederum zu einer Reaktion in extremis führen, was das Pendel in beide Richtungen vermehrt ausschlagen liesse. Vielmehr ist sich auf dem neutralen Terrain der Strafverfolgung in Erinnerung zu rufen, dass die Strafverfolgungsbehörden weder «Tiere retten» noch «gute Menschen» sein müssen, sondern einzig und allein das geltende Recht umzusetzen und anzuwenden haben. Dies bedingt nicht zuletzt die sachgemässe, angemessene Ausschöpfung des Strafrahmens analog anderer Rechtsbereiche.

### III. Die tatsächliche Relevanz des Tierschutzes

Die Relevanz des Tierschutzrechts wird insbesondere mit Blick auf die Vielfalt der betroffenen Interessen ersichtlich. So vielfältig sich die Tierschutzthematik in den rechtlichen Normierungsbereichen zeigt, so verschiedenartig präsentieren sich nämlich auch die diesbezüglichen Interessengruppen.

In erster Linie ist der Tierschutz zweifelsohne den **Interessen der betroffenen Tiere** gewidmet. Gemäss Art. 1 TSchG besteht dessen Zweck denn auch darin, die Würde und das Wohlergehen des Tieres zu schützen. Die Würde der Kreatur ist seit dem Jahr 1992 für den Bereich der Gentechnologie in der Schweizerischen Bundesverfassung (Art. 120 Abs. 2 BV) und seit 2008 im Schweizerischen Tierschutzgesetz verankert (Art. 3 lit. a TSchG). Dem Tier wird daher per Gesetz ein gewisser Eigenwert zugestanden. Neben den tierischen Belangen sind im Tierschutzbereich i.w.S. und den angrenzenden Rechtsgebieten jedoch zusätzliche Interessen von Bedeutung, wie bspw. diejenigen des Konsumenten an der Qualität der tierischen Lebensmittel sowie **wirtschaftliche Interessen** im Bereich der Tierseuchengesetzgebung oder der landwirtschaftlichen Direktzahlungen, wobei letztere Fälle durchaus wirtschaftsdeliktische Züge aufweisen und Deliktsbeträge in Höhe von mehreren hunderttausend Franken betreffen können. Schliesslich sind auch ge-

«Tierquälerei geht nachweislich einher mit erhöhtem Risiko, andere Wut- und Gewaltstraftaten zu verüben»

wisse gesellschaftliche Interessen mit dem Vollzug der Tierschutzgesetzgebung verknüpft, da Tierschutz nicht zuletzt auch **unter kriminologischen und kriminalpräventiven Gesichtspunkten** relevant sein kann. Wie diverse Forschungsergebnisse zeigen, besteht eine signifikante Konnexität zwischen Tierquälerei und zwischenmenschlichen Delikten. So liegt bei Teenagern, welche bereits Tiere misshandelt haben, nachweislich eine höhere Wahrscheinlichkeit vor, Straftaten wie Vandalismus oder gravierende Gewalttaten zu begehen, und bei Tätern häuslicher Gewalt konnte eine signifikant höhere Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, zuvor bereits Tiere getötet oder verletzt zu haben (Killias/Lucia, Is Animal Cruelty a Marker of Interpersonal Violence and Delinquency?, Results of a Swiss National Self-Report Study, Psychology of Violence 2011, Vol. 1, No. 2, 93 ff.; Ascione et al., Battered Pets and Domestic Violence: Animal Abuse Reported by Women Experiencing Intimate Violence and by Nonabused Women, Psychology of Violence 2007, Vol. 13, Nr. 4, 354 ff.). Tierquälerei geht somit nachweislich einher mit einem erhöhten Risiko, andere, insbesondere Wut- und Gewaltstraftaten zu verüben.

### IV. Strafrechtliche Tücken im Bereich des Tierschutzes

Im Gegensatz zu anderen Rechtsbereichen hat sich der Umgang mit rechtlichen Fragestellungen im Bereich des Tierschutzes in der Lehre und Rechtsprechung noch kaum gefestigt. Im Zusammenhang mit der Tierschutzgesetzgebung bedingt die juristische Analyse des Einzelfalls daher nicht nur eine gewisse Kreativität, sondern oft auch einen rechtsvergleichenden Blick in verwandte – oder weniger verwandte – Rechtsbereiche. Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel:

#### A. Unwahres Auslaufjournal als Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 StGB?

Typisch für den Bereich der landwirtschaftlichen Tierhaltung sind Begleitdokumente, welche vom Tierhalter selbst ausgefüllt, Datenbanken, welche von diesem gespeisen, oder

Journalen, welche von jenem selbst geführt werden. Der Tierhalter hat bspw. in einem Begleitdokument für Klautiere eigenhändig zu bestätigen, dass das Tier, welches er an die Schlachtung abgibt, frei von jeglichen Krankheiten ist (sog. Gesundheitsmeldung; vgl. Art. 24 Abs. 5 VSEK). Ferner hat er bspw. aus seuchen-technischen Gründen den Ab- und Zugang von Kühen in der Tierverkehrsdatenbank (TVD) einzutragen oder in einem Auslaufjournal – üblicherweise an der Seite des Kuhstalls montiert – mittels Kreuzen zu vermerken, an welchen Daten er seinen Tieren Auslauf ins Freie gewährt hat. All diese Handlungen bzw. Dokumente können tatsächliche oder rechtliche Konsequenzen auslösen, so z.B. die Gewährung von Direktzahlungen. Es drängt sich daher aus rechtlichen sowie wirtschaftlichen Gründen die Frage auf, ob das unwahre Ausfüllen solcher Dokumente als Urkundenfälschung bzw. Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 StGB qualifiziert werden kann. Am Beispiel des Auslaufjournals soll diese Frage nachfolgend beantwortet werden:

### 1. Das Auslaufjournal gem. Art. 40 TSchV

Die Tierschutzgesetzgebung enthält mehrere Bestimmungen, welche den Auslauf von Tieren regeln. So müssen Rinder, welche angebunden gehalten werden, regelmässig, mindestens jedoch an 60 Tagen während der Vegetationsperiode und an 30 Tagen während der Winterfütterungsperiode, Auslauf erhalten, wobei sie jeweils höchstens zwei Wochen ohne Auslauf bleiben dürfen. Ebendieser Auslauf ist vom Tierhalter in einem Auslaufjournal einzutragen (Art. 40 Abs. 1 TSchV). Über diese allgemein tierschutzrechtlichen Mindeststandards hinaus kann den Tieren weitergehender Auslauf gewährt werden. So können sich Tierhalter u.a. sogenannten Tierwohlprogrammen des Bundes anschliessen, wie dem BTS-Programm («Besonders tierfreundliche Stallhaltungssysteme») oder dem RAUS-Programm («Regelmässiger Auslauf im Freien»: Auslauf an mind. 26 Tagen/Monat während der Vegetationsperiode und an mind. 13 Tagen/Monat während der Winterfütterungsperiode). Bewirtschafter, die ein

Gesuch für bestimmte Direktzahlungsarten einreichen, haben gegenüber den Vollzugsbehörden nachzuweisen, dass sie die Anforderungen der betreffenden Direktzahlungsarten erfüllt haben (Art. 101 DZV). Das Auslaufjournal dient dabei nicht nur dem ökologischen Leistungsnachweis (ÖLN), welcher zu generellen Beiträgen berechtigt (Art. 11 DZV), sondern auch dem Nachweis der Anforderungserfüllung im Rahmen der Tierwohlprogramme (vgl. Art. 72 i.V.m. Anhang 6 lit. B Ziff. 1.6 DZV).

### 2. Die Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB

Eine Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB begeht, wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, (...) eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt. Die Tatbegehung wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Der Täter schafft demnach eine unwahre Urkunde, also eine schriftliche Erklärung, die nicht den Tatsachen entspricht. Dabei muss die Urkunde gerade die Wahrheit der erlogenen Behauptung beweisen sollen (vgl. BGE 125 IV 273, 277). Eine Falschbeurkundung im Sinne des StGB ist daher nur dann gegeben, wenn der Urkunde bezogen auf die in Frage stehende Tatsache eine besondere Beweiseignung und Beweisbestimmung zukommt. Ansonsten liegt eine einfache schriftliche Lüge vor, welche straflos bleibt. Erforderlich ist somit, dass der Urkunde eine **erhöhte Glaubwürdigkeit** zukommt und ihr deshalb besonderes Vertrauen entgegengebracht wird (BGE 132 IV 12, 15). So müssen beispielsweise allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten (BGE 129 IV 130, 134). Gemäss Bundesgericht liegen allgemeingültige, objektive Wahrheitsgarantien z.B. bei der Prüfungspflicht einer Urkundsperson oder bei gesetzlichen Vorschriften vor, die, wie etwa die Bilanzvorschriften der Art. 958 ff. OR, gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen. Blosser Erfahrungsregeln hinsichtlich der Glaubwürdigkeit irgendwelcher schriftli-

cher Äusserungen genügen indessen nicht, mögen sie auch zur Folge haben, dass sich der Geschäftsverkehr in gewissem Umfang auf entsprechende Angaben verlässt. Ob sich eine Wahrheitsgarantie aus gesetzlichen Bestimmungen ableiten lässt, ist schliesslich eine Frage der Auslegung (BGE 119 IV 289, 296).

### 3. Das Auslaufjournal als Objekt der Falschbeurkundung

Aufgrund der gemachten Ausführungen stellt sich die Frage, ob gesetzliche Bestimmungen existieren und/ oder ob dem Tierhalter eine garantenähnliche Stellung zukommt, welche die Wahrheit des Auslaufjournals garantieren, oder ob es sich bei den Eintragungen im Auslaufjournal lediglich um eine straflose einfache Lüge handelt.

Es bestehen wie gesagt verschiedene gesetzliche Normen, die konkret festlegen, wie viel Auslauf für die jeweilige Tierart verlangt wird, dass dieser Auslauf in das Auslaufjournal einzutragen ist und welche Umstände auf welche Art und Weise einzutragen sind (z.B. Art. 40 Abs. 1 TSchV; Art. 75 DZV; Anhang 6 lit. B DZV). So schreibt u.a. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung des BLV vom 27. August 2008 über die Haltung von Nutztieren und Haustieren vor, dass der Auslauf spätestens nach drei Tagen im Journal einzutragen ist. Die **gesetzlichen Bestimmungen** legen somit Inhalt, Art und Umfang der Buchführungspflicht des Tierhalters fest und sollen – u.a. dank der Strafandrohung von Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG – gewährleisten, dass das Auslaufjournal gesetzeskonform und wahr geführt wird.

Neben diesen den Inhalt des Auslaufjournals näher festlegenden gesetzlichen Bestimmungen kann auch eine **garantenähnliche Stellung des Tierhalters** hergeleitet werden: Das Bundesgericht bestätigte bspw. im Falle eines Grossisten, dass dessen Pflicht, Wildbret schon auf der Grosshandelsstufe korrekt zu deklarieren, zeige, dass dieser eine garantenähnliche Stellung zum Schutze des Konsumenten vor unrichtiger Bezeichnung von Wild innehat. Diese

garantenähnliche Stellung wurde als materielles Kriterium für die Bejahung der Falschbeurkundung angesehen (BGE 119 IV 289, 296). Selbiges gilt für den Arzt, welcher mit einem unrichtigen Krankenschein Leistungen für sich oder seinen Patienten gegenüber der Krankenkasse geltend macht. Auch er ist aufgrund seiner besonderen Stellung zur wahrheitsgetreuen Angabe verpflichtet und deshalb auch besonders glaubwürdig (BGE 119 IV 54, 57; 103 IV 178, 185 m.w.H.). Analog muss auch dem Tierhalter in einem landwirtschaftlichen Betrieb aufgrund seiner zuvor beschriebenen gesetzlichen Pflicht zur wahrheitsgemässen Führung des Auslaufjournals eine garantenähnliche Stellung zukommen. Diese bezieht sich insbesondere auf den Schutz seiner Tiere (im Gegensatz der Deklarierungspflicht des Grossisten zum Schutz der Konsumenten). Wird der Auslauf im Auslaufjournal richtig protokolliert, gewährleistet dies die Einhaltung der Mindestanforderungen des Tierschutzes. Da das Tier nicht bloss als «Sache» des Tierhalters gilt, sondern ihm per Gesetz eine eigenständige Würde und ein eigenständiger Schutz zugestanden wird, hat der Tierhalter diesbezüglich durch die Buchführungspflicht (Art. 40 Abs. 1 TSchV) eine garantenähnliche Stellung inne (vgl. BGer vom 11.03.2019, 2C\_804/2018, E. 2.4, wonach die Behörden nach Art. 24 Abs. 1 TSchG Auflagen zu verfügen haben, wenn Sie feststellen, dass der Auslauf im Einzelfall dem Tierwohl nicht ausreichend genügend Rechnung trägt). Schliesslich macht der Tierhalter mithilfe des Auslaufjournals Leistungen gegenüber dem Bund (z.B. Direktzahlungen im Rahmen des Tierwohlprogramms RAUS) geltend, was ihn – analog dem vorgenannten Arzt – zu einer wahrheitsgetreuen Journalführung verpflichtet.

Fraglich bleibt nun noch, ob durch das Eintragen einzelner unwahrer Kreuze im Auslaufjournal die **Tathandlung** einer Falschbeurkundung überhaupt begangen wird. Zur Beurteilung dient ein vergleichender Blick in die Rechtsprechung betreffend die kaufmännische Buchhaltung. Gemäss Bundesgericht können sodann auch unwahre *Teile* einer Buchhaltung,

«Durch das unwahre Ausfüllen eines Auslaufjournals kann eine Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 StGB begangen werden»

also einzelne unwahre Belege und Rechnungen den Tatbestand der Falschbeurkundung erfüllen, wenn das Schriftstück bereits bei der Erstellung objektiv und subjektiv dazu bestimmt ist, Bestandteil der kaufmännischen Buchführung zu sein (BGer vom 24.05.2012, 6B\_571/2011, E. 2.2.1). Die Buchhaltung muss ein exaktes Bild der gegebenen Situation zeichnen. Die falsche Verbuchung als solche, etwa die unrichtige Aufzeichnung in einem Kassabuch, erfüllt daher den Tatbestand der Falschbeurkundung, wenn sie ein falsches Gesamtbild bewirkt und gerade dasjenige Bild, das die Buchführung zu vermitteln bestimmt ist, verfälscht (Boog, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 251 N 52). Falschbeurkundung in Bezug auf Belege liegt somit nur vor, wenn sie für die Buchhaltung bestimmt sind und der Aussteller mittels der unwahren Belege die Buchhaltung als Ganzes fälschen will. Das Auslaufjournal ist bereits bei dessen Erstellung objektiv und subjektiv dazu bestimmt, die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen (Tierschutz, Direktzahlungen etc.) zu beweisen und somit Teil der entsprechenden «Buchführung» zu sein, die in ihrem Gesamtbild die Einhaltung dieser Anforderungen durch den landwirtschaftlichen Betrieb belegt. Mit der Fälschung des Auslaufjournals soll eben gerade das Gesamtbild über die Einhaltung dieser Vorschriften verfälscht werden, um

gewisse auslaufabhängige Beiträge zu kassieren oder Sanktionen zu vermeiden (= unrechtmässiger Vorteil i.S.v. Art. 251 Ziff. 1 StGB). Die einzelne falsche Verbuchung, also das Setzen falscher Kreuze im Auslaufjournal, ist somit als Falschbeurkundung zu werten.

Schliesslich stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob die betreffende Urkunde im **Rechtsverkehr** gebraucht wird. So verneint das Bundesgericht grundsätzlich die Möglichkeit einer Falschbeurkundung an einem Lohnausweis. Wird dieser jedoch im Verkehr mit Steuerbehörden verwendet, ist eine Falschbeurkundung möglich (vgl. BGer vom 18.02.2013, 6B\_390/2012, E. 3.4). Gemäss Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) muss der Tierhalter gegenüber den Vollzugsorganen (primär der Kontrollperson) glaubhaft machen, dass er die RAUS-Anforderungen einhält (vgl. Dokumentation des Auslaufs für Tiere der Rindergattung und Wasserbüffel sowie Tiere der Pferde-, Ziegen- und Schafgattung vom 29.12.2016). Das Auslaufjournal ist hierfür gemäss BLW ein wichtiges Hilfsmittel (vgl. Dokumentation, Ziff. 1.1). Auch gegenüber den Kontrollorganen des Veterinäramts dient das Auslaufjournal dazu, die Einhaltung der Tierschutzgesetzgebung in Bezug auf den Mindestauslauf der Tiere zu belegen. Das Auslaufjournal dient somit nicht bloss der eigenen Überprüfung des Auslaufs, sondern eben gerade der Geltendmachung und dem Beleg der Einhaltung der rechtlichen Mindestvorschriften im Rechtsverkehr mit den Behörden. Obwohl das Auslaufjournal auf den ersten Blick als informelles Dokument erscheint, ist es doch von Beginn weg objektiv und subjektiv zu einer Beweisfunktion bestimmt (vgl. BGer vom 30.12.2016, 2C\_24/2016, E. 5, wo das BGer die Rüge des Tierhalters nicht hört, er habe gewisse Auslauftage zwar gewährt, jedoch nicht im Auslaufjournal eingetragen. Mangels anderweitiger Belege sei auf das Auslaufjournal abzustellen.). An dieser Beweisfunktion ändert auch nichts, dass die Kontrollen i.d.R. auf dem Betrieb selbst vorgenommen werden und das Auslaufjournal daher grundsätzlich nicht an eine externe Stelle *eingereicht* wird.

Durch das Setzen falscher Kreuze in einem Auslaufjournal, mit welchen der Tierhalter einen Auslauf seiner Tiere deklariert, der in Tat und Wahrheit nicht gewährt wurde, kann demnach zweifelsohne eine Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 StGB begangen werden.

#### V. Fazit

Im Bereich des Tierschutzes und der damit in Zusammenhang stehenden Rechtsbereiche besteht ein komplexer Normenteppich, dessen Anwendung und Auslegung in Lehre und Rechtsprechung erst teilweise gefestigt ist. Die Umsetzung der Tierschutzgesetzgebung verdient ebenso wie alle anderen Rechtsbereiche eine objektive, rein rechtsdogmatische Anwendung, die sich der Wirkung des gesellschaftlichen Pendels zwischen Bagatellisierung und polemischem Fanatismus bewusst ist und weitestgehend zu entziehen versucht. Dabei sind insbesondere die verschiedenen Interessen zu bedenken,

welche in den entsprechenden Bereichen vorherrschen, wobei wohl regelmässig die von Emotionen losgelösten wirtschaftlichen Interessen gebraucht – oder im positiven Sinne missbraucht – werden, um auch die am ehesten diskreditierten, da nicht unmittelbar den Menschen betreffenden Interessen, nämlich jene der Tiere selbst, durchzusetzen. Wie das Beispiel des Auslaufjournals zeigt, gehen tierische Belange (Auslauf/Tierschutz) oft mit ökonomischen Konsequenzen (Direktzahlungen) einher. Von diesem Umstand können erstere zweifelsohne profitieren, was nicht bedeuten soll, dass Tierschutz nicht auch unabhängig seiner geldwerten Auswirkungen einer angemessenen Umsetzung bedarf, und zwar nicht (nur), weil dies aus moralischen Gesichtspunkten angezeigt wäre, sondern insbesondere, weil ein Rechtsstaat bezüglich sämtlicher Erlasse des Gesetzgebers eine objektive, von gesellschaftlichen Stigmata losgelöste Anwendung bedingt.





# Grenzen des Strafrechts

Eine Dame (D) – ziemlich aufgeregt – meldet sich bei der Staatsanwaltschaft. Sie wird mit dem diensthabenden Pikett-Staatsanwalt (S) verbunden.

D: Ja, hallo, sind Sie zuständig? Ich will eine Anzeige machen.

S: Um was geht es denn, was ist passiert?

D: Es ist ein Skandal. Im Sommer hatte ich Ferien, da wollte ich mit einer Kollegin wegfahren. Ich habe darum für Blume, also für meine Dalmatiner-Hündin, einen guten Platz gesucht. Ich habe sie dann in eine Luxus-Tierpension gebracht. Die Räume sahen sehr schön und gosszügig aus und machten einen guten Eindruck. Aber es hat auch ordentlich viel gekostet. Nach meinen Ferien holte ich Blume wieder ab. Da schien alles in Ordnung zu sein. Nach einiger Zeit stellte ich aber fest, dass Blume sich komisch benahm. Ich bin dann mit ihr zum Tierarzt gegangen. Dieser hat Blume untersucht und meinte dann, sie sei trächtig. Und nun sind die 4 Jungen da. An allem ist diese Tierpension schuld, und die will ich jetzt anzeigen.

S: Ja, war denn Ihre Blume sonst irgendwie beeinträchtigt, als Sie sie in der Pension abgeholt hatten?

D: Nein, es schien mit Blume alles in Ordnung zu sein. Ich habe natürlich genau geschaut, als ich sie abholte.

S: Könnte Blume denn auch an einem anderen Ort als in dieser Tierpension Kontakt mit einem Rüden gehabt haben?

D: Nein. Ich habe Blume immer bei mir und schaue genau, was sie macht. Es kommt auch zeitlich genau hin. Ich habe die Jungen zum Tierarzt gebracht, er meinte, dass der Vater der Welpen aufgrund ihres Aussehens ein Bolonka Zwetna sein müsste.

S: Und die Welpen sind gesund?

D: Ja, alles bestens, die sind sehr niedlich, ich habe bereits für alle einen Platz gefunden.

S: Und was genau wollen Sie nun zur Anzeige bringen?

D: Ja, also diese Tierpension, die Verantwortlichen. Das ist doch ein Skandal, wenn ich viel Geld ausgabe für Blume's Ferienunterbringung, nachher ist sie trächtig und ich musste auch dafür noch bezahlen.

S: Ja, ich sehe das Ganze schon, das war wirklich sehr unangenehm.

D: Unangenehm? Sie haben ja keine Ahnung!

S: Strafrechtlich gesehen fehlt da aber ein Anknüpfungspunkt. Sachbeschädigung müssen wir...

D: Sachbeschädigung? Es geht hier um meine Hündin.

S: Ja, natürlich aber laut dem anwendbaren Recht kommen die Bestimmungen des Sachenrechts auf sie zur Anwendung. Aber der Tatbestand entfällt hier ohnehin, weil nur schon der Vorsatz...

D: Meine Hündin wurde gegen ihren Willen trächtig.

S: Woher wissen Sie das denn?

D: Ja, also hören Sie mal. Ich wollte keine trächtige Hündin haben.

S: Nun, also die Tatbestände aus dem Strafgesetzbuch betreffend Sexualdelikte kommen hier sicher nicht zur Anwendung, nachdem offenkundig weder Täter noch Opfer Menschen sind. Es könnte bestenfalls etwas aus dem Bereich der Tierschutzgesetzgebung sein.

D: Ich habe den Eindruck, Sie nehmen das nicht wirklich ernst.

S: Der Eindruck täuscht, ich sehe natürlich, dass Ihrer Hündin und Ihnen etwas sehr Unschönes widerfahren ist. Und ich habe jetzt einfach laut gedacht und bin alle Gesetzesbestimmungen, die mir auf die Schnelle eingefallen sind, durchgegangen. Das ist natürlich keine abschliessende Beurteilung. Ich schlage vor, dass Sie eine schriftliche Eingabe bei uns machen, dann schauen wir weiter.

D: Ja, das werde ich machen. Aber Sie werden dann die Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen?

S: Wir werden den Sachverhalt ganz genau und unter allen Aspekten prüfen.

D: Sie bekommen das in den nächsten Tagen schriftlich, auf Wiedersehen.

S: Auf Wiedersehen.

Einige Tage später kommt die Anzeige der Dame per Post. Der Staatsanwalt runzelt zunächst die Stirn und stellt sogleich fest, dass sich

weitere Diskussionen mit der Dame erübrigen werden, denn die fragliche Tierpension befindet sich in einem anderen Kanton. So wird die Anzeige der Dame mit Gerichtsstandsanfrage an den anderen Kanton übersandt und zumindest für den hiesigen Staatsanwalt ist die Geschichte zu Ende – wie auch das Strafrecht bei solcherlei Lebens- und Liebesgeschichten am Ende ist.

Barbara Loppacher



# Strafrecht, Strafprozessrecht und sicherheitspolizeiliche Massnahmen

Andreas Donatsch & Benjamin Leupi-Landtwing

## I. Einleitung

Im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts ist der Bund zur Gesetzgebung zuständig. Für die sicherheitspolizeilichen Massnahmen sind es die Kantone. Diese an sich klare Ordnung wird bereits durch einige Regelungen des Strafrechts sowie des Strafprozessrechts durchbrochen. Darüber hinaus nimmt der Bund in der neueren Gesetzgebung ohne ausdrückliche verfassungsmässige Grundlage zunehmend Kompetenzen im sicherheitspolizeilichen Bereich für sich in Anspruch. Dies ist angesichts des kantons- und oftmals gar länderübergreifenden Bedrohungspotenzials und der Mobilität von Störern und Bedrohern in der Sache durchaus verständlich. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es nicht unproblematisch, zumal die Kantone kaum die Möglichkeit haben, sich gegen vermeintliche oder tatsächliche Beschränkungen ihrer Kompetenzen auf rechtlichem Weg zur Wehr zu setzen.

Der vorliegende Beitrag kann und will das Thema nicht erschöpfend behandeln. Vielmehr sollen die sich stellenden Probleme anhand wichtiger Gesetzgebungsbereiche pars pro toto mit Blick auf die laufende und künftige Gesetzgebung beleuchtet werden.

## II. Zuständigkeiten im Bereich Strafrecht, Strafprozessrecht und Sicherheitspolizeirecht

### A. Zuständigkeit zufolge ausdrücklicher Kompetenzzuweisung in der Bundesverfassung

Gemäss Art. 123 Abs. 2 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts sowie des Strafprozessrechts Sache des Bundes. Demgegenüber steht den Kantonen aufgrund des Systems der Einzelermächtigung nach Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV auf ihrem Territorium die originäre Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu.<sup>1</sup>

Daraus folgt, dass der Bund zwar zur Gesetzgebung im Straf- und Strafprozessrecht zuständig ist. Eine Kompetenz zur Gewährleistung von Sicherheit steht ihm aber nur dann zu, wenn ihm eine solche durch die BV speziell eingeräumt wird.

Art. 57 Abs. 1 BV, wonach Bund und Kantone «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die

<sup>1</sup> Z.B. BGE 140 I 2 E. 10.2.1; 140 I 363 E. 5; Diggelmann/Altwicker, in: Waldmann/Belser/Epinay (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 57 N 24.

Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung» sorgen, begründet nach herrschender Auffassung keine entsprechenden Kompetenzen des Bundes.<sup>2</sup>

Gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. b und c BV kann die Bundesversammlung zur Wahrung der inneren Sicherheit Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse erlassen. Der Bundesrat ist nach Art. 185 Abs. 2 bis 4 BV befugt, in eigener Kompetenz für die Wahrung der inneren Sicherheit im Falle ausserordentlicher Umstände befristete Verordnungen zu erlassen und individuell-konkrete Anordnungen zu treffen, sofern die Grundlagen des Staates und seiner verfassungsrechtlichen Ordnung bedroht sind.<sup>3</sup> Der Erlass solcher Verordnungen setzt aber eine ernsthafte und bedeutende Bedrohung der öffentlichen Ordnung sowie einen Zustand zeitlicher Dringlichkeit voraus.<sup>4</sup> Es handelt sich dabei um konstitutionelles Notstandsrecht.<sup>5</sup> Auf diese Kompetenz wird in der Folge nicht weiter eingegangen.<sup>6</sup>

Schliesslich wird in Art. 173 Abs. 2 BV festgehalten, die Bundesversammlung behandle Geschäfte, «die in die Zuständigkeit des Bundes fallen und keiner anderen Behörde zugewiesen sind». Auf diese Bestimmung stützt sich der Bund in neuster Zeit für seine Gesetzgebung betreffend sicherheitspolizeiliche Massnahmen.<sup>7</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Anwendung von Art. 173 Abs. 2 BV die Zuständigkeit des Bundes voraussetzt und somit lediglich innerhalb der Bundeskompetenz die

Auffangkompetenz der Bundesversammlung festlegt.<sup>8</sup>

## **B. Zuständigkeiten des Bundes ohne explizite Ermächtigung in der Bundesverfassung**

### **1. Erweiterung der Zuständigkeiten des Bundes im Bereich der Sicherheitspolizei und Folgen für die Kantone**

Obschon explizite Ermächtigungen in der BV fehlen, regelt der Bund Polizeiaufgaben, welche aus seiner Sicht einer Vereinheitlichung bedürfen, so etwa mit dem BWIS,<sup>9</sup> mit dem Zwangsangwendungsgesetz,<sup>10</sup> mit dem BPI,<sup>11</sup> mit dem Bundesgesetz über das Verbot von «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen,<sup>12</sup> mit dem BGST<sup>13</sup> sowie der dazugehörigen Verordnung (VST),<sup>14</sup> der VES<sup>15</sup> und seit neustem mit dem PMT<sup>16</sup> zur Änderung des BWIS. Seine Gesetzgebungskompetenz begründet der Bund regelmässig damit, zwar obliege die Gewährleistung der inneren Sicherheit den Kantonen, jedoch könne der Bund zu sicherheitspolizeilichen Zwecken Informationen sammeln und auswerten sowie diese den Kantonen zur Verfügung stellen.<sup>17</sup> Den Bund treffe in diesem Be-

<sup>2</sup> Biaggini, Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 57 N 2 m.w.H.; Digelmann/Altwicker, BSK BV (Fn. 1), Art. 57 BV N 23.

<sup>3</sup> Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 1662.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 122 IV 258 E. 2; 123 IV 29 E. 3; 137 II 431 E. 3.2.1; Häfelin et al. (Fn. 3), N 1863.

<sup>5</sup> Häfelin et al. (Fn. 3), N 1801.

<sup>6</sup> Ebenso wenig wird Art. 52 Abs. 2 BV in die Abhandlung einbezogen, wonach der Bund – gewissermassen als Ersatz für die Bundesintervention – nach Art. 83 des Militärgesetzes einem Kanton Mittel für die Wahrung der inneren Sicherheit zur Verfügung stellen kann.

<sup>7</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, 33.

<sup>8</sup> Biaggini (Fn. 2), Art. 173 N 33; Merker/Conradin, BSK BV (Fn. 1), Art. 173 N 132 f.

<sup>9</sup> Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, SR 120.

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008, SR 364.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13. Juni 2008, SR 361.

<sup>12</sup> Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12.12.2014, SR 122.

<sup>13</sup> Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18. Juni 2010, SR 745.2.

<sup>14</sup> Verordnung über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 17. August 2011, SR 745.21.

<sup>15</sup> Verordnung über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden vom 24. Juni 2015, SR 124.

<sup>16</sup> Vorentwurf zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus.

<sup>17</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1141 f.

reich eine Koordinationsaufgabe<sup>18</sup> Weiter wird argumentiert, wenn präventiv-polizeiliche Massnahmen vor und nach einem Strafverfahren zur Anwendung gelangten bzw. wenn ein Sachzusammenhang mit einem Strafverfahren bestehe, deute dies ebenfalls auf die Zuständigkeit des Bundes hin.<sup>19</sup> Von einer solchen Zuständigkeit sei jedenfalls dann auszugehen, wenn eine Koordination unter Einbezug des Bundes unerlässlich sei und Sachbereiche tangiert werden, welche mindestens teilweise in die explizite Zuständigkeit des Bundes fallen.<sup>20</sup> Im Zusammenhang mit dem Nachrichtendienstgesetz wird argumentiert, für die Frage, ob die Bundesverfassung dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz zuweist, sei im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit nicht allein der Verfassungstext massgebend. Vielmehr fielen Kompetenzen, die sich aus der staatlichen Existenz der Eidgenossenschaft ergeben, auch dann in die Kompetenz des Bundes, wenn sie in der Verfassung nicht ausdrücklich genannt werden. «So gilt es als inhärente Kompetenz des Bundes, im Inneren und im Äusseren die notwendigen Massnahmen zu seinem Schutz und zum Schutz seiner Organe und Institutionen zu treffen; der Bund hat den Bestand des gesamtschweizerischen Gemeinwesens zu gewährleisten und zu sichern und für die Abwehr von Gefahren zu sorgen, die dieses Gemeinwesen existenziell bedrohen. Die inhärente Kompetenz des Bundes im Bereich der

inneren und äusseren Sicherheit schliesst auch Gesetzgebungsbefugnisse mit ein».<sup>21</sup>

Neben dem Bund sind die Kantone im Falle paralleler Kompetenzen zur Gesetzgebung befugt. In solchen Konstellationen können Bund und Kantone unabhängig voneinander legislieren.<sup>22</sup> Die Kantone müssen mit ihrer Gesetzgebung allerdings darauf achten, dass mit den kantonalen Normen nicht gegen den Sinn und Geist von Bundesgesetzen verstossen wird.<sup>23</sup>

Anders verhält es sich, wenn der Bund eine bestimmte Materie abschliessend regelt: Wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) ist eine kantonale Rechtsetzung in derartigen Bereichen ausgeschlossen.<sup>24</sup>

Da für das Bundesgericht zufolge Art. 190 BV die Bestimmungen des Strafprozessrechts faktisch massgebend sind, kann es Normen sicherheitspolizeilicher Natur, so etwa die Regelung der Haft wegen Ausführungsgefahr, nicht wegen Verfassungswidrigkeit – zufolge eines allfälligen Verstosses gegen die verfassungsmässige Kompetenzordnung – die Anwendung versagen.<sup>25</sup>

## 2. Regelungen mit sicherheitspolizeilicher Zielsetzung im Strafrecht und Strafprozessrecht im Besonderen

Das Strafrecht kennt eine Reihe von Normen mit direkt oder indirekt sicherheitspolizeilicher Zielsetzung. So dient etwa die Friedensbürgschaft gemäss Art. 66 StGB zwar unmittelbar der Durchsetzung einer gerichtlich angeordneten Verpflichtung. Ihr Schutzzweck liegt aber

<sup>18</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und zu polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG) vom 18.1.2006, BBl 2006 2495.

<sup>19</sup> Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, 14 f., 35; Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Bekämpfung des Menschenhandels und zum Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz vom 17. November 2010, BBl 2011, 94 f. Vgl. zum Zivilrecht den erläuternden Bericht zum Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen vom Oktober 2015, 51 f.

<sup>20</sup> Vorentwurf und erläuternder Bericht PMT (Fn. 19), 95.

<sup>21</sup> Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2228.

<sup>22</sup> Z. B. BGE 117 Ia 202 E. 5; 127 I 185 E. 4; 140 III 155 E. 4.3; Biaggini (Fn. 2), Art. 57 N 6; Diggelmann/Altwickler, BSK BV (Fn. 1), Art. 57 N 26; Häfelin et al. (Fn. 3), N 1100 f.

<sup>23</sup> BGE 138 I 468 E. 2.3.1; Biaggini (Fn. 2), Art. 49 N 12; Waldmann, BSK BV (Fn. 1), Art. 49 N 19 f.

<sup>24</sup> Z. B. Biaggini (Fn. 2), Art. 49 N 12; Waldmann, BSK BV (Fn. 1), Art. 49 N 15 ff.

<sup>25</sup> Z. B. BGE 126 V 334 E. 2d; 134 I 105 E. 6; 135 I 161 E. 2.1; 143 V 9 E. 6.2 und 6.3.

mittelbar in der Verhinderung einer künftigen strafbaren Handlung. Im Zusammenhang mit der Anordnung der Verwahrung nach Art. 64 und Art. 65 Abs. 2 StGB sind ausdrücklich sicherheitspolizeiliche Aspekte zu berücksichtigen. Voraussetzung dieser Massnahme ist nämlich u.a. die ernsthafte Wahrscheinlichkeit einer oder mehrerer künftiger strafbarer Handlungen.

In Art. 67 und 67b StGB werden Tätigkeits- sowie Rayon-, Kontakt- und Annäherungsverbote geregelt, deren Missachtung gestützt auf Art. 294 Abs. 2 StGB mit Strafe sanktioniert werden kann. Bei diesen Verboten handelt es sich um eine sogenannte «andere Massnahmen» strafrechtlicher Natur, welche im Zusammenhang mit einem Strafurteil ausgesprochen werden.<sup>26</sup>

Sodann können bei bedingt oder teilbedingt ausgesprochenen Strafen Weisungen mit Blick auf das künftige Verhalten des Verurteilten angeordnet werden.<sup>27</sup> Eine ähnliche Regelung findet sich bei den Normen betreffend die bedingte Entlassung.<sup>28</sup>

Im Zusammenhang mit der Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie den subsidiär anzuwendenden Ersatzanordnungen finden sich weitere Normen mit sicherheitspolizeilicher Zielsetzung. Im Vordergrund steht hier neben dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) insbesondere derjenige der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO). Die Inhaftierung wegen Ausführungsgefahr erfordert keinen Tatverdacht, setzt mithin nicht voraus, dass ein möglicherweise strafbares Verhalten untersucht wird bzw.

werden soll.<sup>29</sup> Daraus folgt, dass der Schutzzweck dieses Haftgrundes rein sicherheitspolizeilicher Natur ist.<sup>30</sup> Die Haft wegen Ausführungsgefahr stellt damit eine Präventivhaft zur Vermeidung eines möglichen Verbrechens dar.

Wie mit der Untersuchungshaft können auch mit deren Ersatzmassnahmen sicherheitspolizeiliche Ziele verfolgt werden, so etwa mit der Auflage, sich nur oder nicht an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Haus aufzuhalten (Art. 237 Abs. 1 lit. c StPO) oder mit dem Verbot, mit bestimmten Personen Kontakte zu pflegen (Art. 237 Abs. 1 lit. g StPO).

Abgesehen vom Haftgrund der Ausführungsgefahr kann davon ausgegangen werden, dass die Anordnungen bzw. Massnahmen des Straf- und Strafprozessrechts mit sicherheitspolizeilicher Zwecksetzung sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 123 Abs. 2 BV bewegen.

### 3. Regelungen mit sicherheitspolizeilicher Zielsetzung im kantonalen Polizeirecht

Im Rahmen ihrer Kompetenzen sind die Kantone für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständig.<sup>31</sup> Zur Erfüllung ihrer sicherheitspolizeilichen Aufgaben

<sup>26</sup> Hagenstein, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 67b N 20; Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, § 7 Ziff. 6.12.

<sup>27</sup> Art. 44 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB.

<sup>28</sup> Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 94 StGB bzw. Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB.

<sup>29</sup> Coninx/Mona, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, ZStrR 2017, 2; Forster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 221 N 16; Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 221 N 41; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 927; Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 144f.; Piquerez/Macaluso, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Genf/Basel/Zürich 2011, N 1206; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1643; Riklin, Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 221 N 5; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2017, N 1026; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Art. 221 N 14.

<sup>30</sup> Z.B. BGE 137 I 31 E. 4.4; 140 I 2 E. 6.1; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2014, § 7 Ziff. 2.322; Oberholzer (Fn. 29), N 928.

<sup>31</sup> Vgl. vorne, Ziff. I.

haben sie insbesondere Gesetze über die häusliche Gewalt<sup>32</sup> sowie Polizeigesetze erlassen.

In den Polizeigesetzen finden sich – allenfalls neben Regelungen zur Gerichtspolizei<sup>33</sup> – allgemeine Bestimmungen zur Sicherheit, Vorschriften zu den Grundsätzen polizeilichen Handelns sowie solche zu den polizeilichen Massnahmen (insbesondere Anhaltung, Identitätsfeststellung, Ausschreibung, Personennachforschung, erkennungsdienstliche Massnahmen, Fernhaltung, Wegweisung, Durchsuchung, Sicherstellung von Gegenständen, polizeilicher Gewahrsam sowie Überwachungsmaßnahmen) und zur Anwendung polizeilichen Zwangs (Anwendung von physischer Gewalt, Fesselung, Schusswaffengebrauch etc.). Weiter enthalten Polizeigesetze Regelungen zum Datenschutz, zur Haftung und zu den Kosten sowie solche betreffend private Sicherheitsdienstleistungen.

In einzelnen Bereichen haben die Kantone die Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben auf Konkordatebene geregelt.<sup>34</sup>

### C. Zwischenfazit

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung im Zusammenhang mit der Grenzziehung zwischen eidgenössischem und kantonalem Polizeirecht zumindest unübersichtlich bzw. unklar ist. Zum einen wird für die Kompetenzordnung der Verfassungstext nicht als massgeblich erachtet, sondern auf inhärente Kompetenzen abgestellt. Zum andern ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob einerseits eine allfällige bundesrechtliche Regelung als abschliessend zu gelten hat, und ob andererseits im Falle paralleler Kompetenzen die kantonalen Bestimmungen gegen den Sinn und Geist von Bundesgesetzen verstossen.

<sup>32</sup> Z.B. Gewaltschutzgesetz (GSG) des Kantons Zürich vom 19.6.2006, LS 351.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007, LS 550.1.

<sup>34</sup> Vgl. z.B. Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (Hooligan-Konkordat); Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen vom 12. November 2010 (KÜPS).

In den Bereichen des Strafrechts und des Strafprozessrechts, für welche eine explizite bzw. inhärente Bundeskompetenz besteht, finden sich verschiedene Normen mit sicherheitspolizeilichem Schutzzweck. Zufolge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts sind diese Normen für die Kantone massgebend. Von einer kantonalen Gesetzgebungskompetenz ist in entsprechenden Konstellationen nur dann auszugehen, falls die bundesrechtliche Regelung nicht abschliessend ist und sofern durch die kantonale Gesetzgebung nicht gegen Sinn und Zweck der eidgenössischen Bestimmungen verstossen wird.

### III. Abgrenzungen der Zuständigkeiten zur Verhinderung künftiger Rechtsgüterbeeinträchtigungen in den Bereichen des Strafrechts und Strafprozessrechts einerseits und des kantonalen Polizeirechts andererseits

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Bund das Strafrecht und das Strafprozessrecht abschliessend regelt. Stimmt man diesem Befund zu, so ist damit nicht ohne Weiteres klar, welches denn genau die Grenze zwischen den Kompetenzen des Bundes und denjenigen der Kantone ist. Die Beantwortung dieser Frage muss gestützt auf eine Auslegung der einschlägigen Bestimmungen erfolgen.

Was die in Art. 66 StGB geregelte Friedensbürgschaft anbelangt, so handelt es sich bei dieser der Sache nach um eine Beugehaft, mit welcher eine gerichtlich auferlegte Verpflichtung durchgesetzt werden soll.<sup>35</sup> Nach hier vertretener Auffassung beschneidet diese Norm die Kantone nicht in ihren Kompetenzen, sicherheitspolizeiliche Massnahmen zur Verhinderung von Rechtsgüterbeeinträchtigungen anzuordnen.

Die Verwahrung nach Art. 64 StGB weist einen kausalen Zusammenhang mit einem begangenen

<sup>35</sup> Kissling, in: BSK StGB I (Fn.26), Art. 67b N 20; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 13 N 12; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 26), § 7 Ziff. 6.112.

Verbrechen auf und basiert – auch bei schuldunfähigen beschuldigten Personen<sup>36</sup> – auf einer Verurteilung durch ein Gericht. Nach Art. 65 Abs. 2 StGB kann eine Verwahrung nachträglich angeordnet werden, wenn deren Voraussetzungen bereits im Zeitpunkt der Verurteilung bestanden haben. Es handelt sich bei Art. 65 Abs. 2 StGB um eine Revision zu Ungunsten der betroffenen Person, bei welcher ein Urteil gestützt auf einen neuen Sachverhalt mit einem neuen Schuldspruch ergeht.<sup>37</sup> Daraus folgt, dass sicherheitspolizeiliche Erwägungen bei der Verwahrung nur im Zusammenhang und als Folge der entsprechenden Verurteilung wegen eines Verbrechens angestellt werden dürfen. Soll demgegenüber eine Person nach Beendigung der Massnahme in Gewahrsam (nachträgliche Sicherheitsverwahrung) genommen werden, liegt diese Massnahme nicht in der für das Strafrecht geltenden Bundeskompetenz. Sie liesse sich im Übrigen auch nicht mit Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK vereinbaren. Zudem würde sie gegen Art. 7 Ziff. 1 Satz 2 EMRK sowie Art. 15 Ziff. 1 Satz 2 IPBPR verstossen, weil die nachträgliche Inhaftierung einer (gesunden) Person zufolge der autonomen Auslegung durch den EGMR als Strafe qualifiziert<sup>38</sup> und damit als nachträgliche Erhöhung der ursprünglichen Strafe erachtet würde.<sup>39</sup> Soll eine Person demnach nach der Beendigung der Massnahme und unabhängig von dieser allein wegen ihrer Gefährlichkeit erneut inhaftiert werden, so wäre dies nur gestützt auf Polizeirecht zulässig.

Die Tätigkeits- sowie Kontakt- und Annäherungsverbote gemäss Art. 67f. StGB werden anlässlich der Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens ausgesprochen.<sup>40</sup> Zwischen diesen und dem jeweiligen Verbot

besteht ein Zusammenhang. Nach hier vertratener Auffassung ist dieser Bereich durch die betreffenden bundesrechtlichen Regelungen abschliessend geregelt. Die Kantone sind jedoch ebenfalls zuständig, Tätigkeits-, Kontakt- und Annäherungsverbote gesetzlich vorzusehen. Voraussetzung für die Anordnung derartiger kantonaler Verbote darf jedoch nicht die Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens sowie ein Zusammenhang zwischen diesen und dem jeweiligen Verbot sein.

Im Zusammenhang mit der Gewährung des bedingten Strafvollzugs sowie mit der bedingten Entlassung können dem Beschuldigten bzw. dem Täter Weisungen erteilt werden.<sup>41</sup> Soweit hier der notwendige Zusammenhang mit dem Strafrecht besteht, sind derartige Weisungen unproblematisch. Diese strafrechtlichen Bestimmungen regeln die möglichen Massnahmen gegen die jeweilige gefährliche Person jedoch nicht abschliessend. Besteht kein Konnex zwischen dem Tatvorwurf bzw. der beurteilten Tat einerseits und der von Täter ausgehenden Gefahr andererseits sind Massnahmen gestützt auf entsprechende kantonale Bestimmungen zu treffen.

#### **IV. Abgrenzungen der Zuständigkeiten zur Verhinderung künftiger Rechtsgüterbeeinträchtigungen bei eidgenössischen und kantonalen sicherheitspolizeilichen Erlassen**

Wie vorstehend angeführt, hat der Bund einzelne Gesetze erlassen, mit welchen sicherheitspolizeiliche Zwecke verfolgt werden.<sup>42</sup> Somit stellt sich die Frage, welche Kompetenzen den Kantonen im jeweiligen Bereich verbleiben. Die Antwort auf diese Frage kann nicht in genereller Weise erfolgen. Sie ist jeweils im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

Nach der Botschaft zum PMT sollen terroristische Anschläge in der Schweiz, der Export von Terrorismus aus der Schweiz sowie die

<sup>36</sup> Art. 374 Abs. 1 i.V.m. Art. 375 Abs. 2 StPO.

<sup>37</sup> BGE 136 IV 156 E. 3; 144 IV 321 E. 3.

<sup>38</sup> EGMR vom 26.02.1995, *Welch v. Grossbritannien*, Nr. 17440/90, Ziff. 27; EGMR vom 21.10.2013, *Del Rio Prada v. Spanien*, Nr. 42750/09, Ziff. 81; EGMR vom 04.12.2018, *Ilseher v. Deutschland*, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 203.

<sup>39</sup> EGMR vom 17.11.2009, *M. v. Deutschland*, Nr. 19359/04, Ziff. 124 ff.; EGMR vom 28.11.2013, *Glien v. Deutschland*, N. 7345/12, Ziff. 76 ff.

<sup>40</sup> Vgl. dazu vorstehend bei Fn. 26.

<sup>41</sup> Vgl. dazu vorstehend bei Fn. 27 und 28.

<sup>42</sup> Vgl. dazu vorstehend bei Fn. 9-16.



Nutzung der Schweiz als Unterstützungsbasis für Terrorismus verhindert werden.<sup>43</sup> Die vorgesehenen präventiv-polizeilichen Massnahmen sollen nicht nur während, sondern auch vor der Eröffnung und nach Abschluss eines Strafverfahrens zur Anwendung gelangen.<sup>44</sup> Sie sollen «subsidiär zu kantonalen Massnahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr und unter möglichst weitgehender Berücksichtigung und Schonung kantonaler Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiche eingesetzt werden».<sup>45</sup> Trotzdem dürften die Kantone im Bereich der Massnahmen im Zusammenhang mit typisch terroristischen Gefahren (Art. 231-23q PMT) zufolge des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts zur Legiferierung nicht (mehr) zuständig sein.

Wiewohl aber einer Gefährderin oder einem Gefährder im Zusammenhang mit terroristischen Gefahren beispielsweise ein Kontaktverbot gestützt auf Art. 231 PMT auferlegt werden kann, kann gestützt auf kantonale Bestimmungen ein Kontaktverbot erlassen werden, wenn eine terrorverdächtige Person im privaten Bereich gegenüber ihrem Ehegatten bzw. ihrer Ehegattin Gewalt ausübt. Diese Einschätzung lässt sich durch Auslegung von Sinn sowie Zweck primär des eidgenössischen sowie subsidiär des kantonalen Gesetzes erzielen.

Für den kantonalen Gesetzgeber ergeben sich bei der Auslotung seiner Zuständigkeit im Bereich der Sicherheitspolizei heikle Auslegungsfragen. Letztlich entscheiden die Gerichte unter Berücksichtigung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV sowie von Art. 190 BV, ob entsprechende kantonale Regelungen zulässig sind oder nicht.

<sup>43</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, 7; vgl. auch vorstehend bei Fn. 16.

<sup>44</sup> Botschaft PMT (Fn. 43), 10.

<sup>45</sup> Botschaft PMT (Fn. 43), 16 und 19.

## V. Schlussbetrachtung

Obschon die Kompetenzen zur Gesetzgebung im Bereich des Straf- sowie Strafprozessrechts (Art. 123 Abs. 2 BV) einerseits und der sicherheitspolizeilichen Aufgaben (Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV) andererseits grundsätzlich auf Verfassungsebene geregelt sind, beansprucht der Bund zunehmend Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der Sicherheitspolizei, welche nicht auf einer expliziten verfassungsrechtlichen Grundlage beruhen. Das führt zu Unklarheiten und zur Unübersichtlichkeit der Kompetenzordnung in diesem Bereich. Problematisch ist dies namentlich für die kantonalen Gesetzgeber, welche einerseits mangels entsprechender rechtlicher Möglichkeiten ihre Kompetenzen nicht verteidigen können und welche andererseits zufolge der unklaren Abgrenzungen der erwähnten Kompetenzordnung nie sicher wissen können, ob sie mit ihren Gesetzen die ihnen zustehenden Kompetenzen ausschöpfen oder überschreiten.

In der Sache sind die Bestrebungen des Bundes verständlich und sinnvoll, kantonsübergreifende Risiken für die öffentliche Sicherheit auf Bundesebene zu regeln. Angesichts der Mittel und der Mobilität der potenziellen Störerinnen bzw. Störer und Gefährderinnen bzw. Gefährder drängen sich kantonsübergreifende bzw. bundesweite Strategien zur Gewährleistung von Sicherheit und entsprechende rechtliche Grundlagen zu deren Umsetzung geradezu auf. Dazu bestehen grundsätzlich wohl vor allem zwei Möglichkeiten, nämlich zum einen eine engere Zusammenarbeit der Kantone mit Regelungen auf Konkordatebene oder aber die explizite Übertragung zusätzlicher Kompetenzen im sicherheitspolizeilichen Bereich an den Bund.

Unabhängig davon wäre eine klare Regelung der Kompetenzen in der Bundesverfassung zu begrüssen.

# Verzicht auf Strafverfolgung = Verfahrenseinstellung im Vorverfahren ≙ Absehen von Strafe im Hauptverfahren?

Stefan Heimgartner & Tornike Keshelava

## Anmerkungen zu Art. 8 StPO

### I. Ingress

**Christian Schwarzenegger** hat seit jeher ein ausgeprägtes Interesse fürs Sanktionenrecht. Unter anderem hat er sich auch mit konzeptionellen Fragen der Strafzumessung auseinandergesetzt. Etwa hat er als einer der ersten schweizerischen Strafrechtslehrer die sog. Sperrwirkung der hypothetischen Kumulation bei der Asperation propagiert<sup>1</sup> und (zu Recht) gegen die wenig praktikable *sog. konkrete Methode* gefochten.<sup>2</sup> Letzteres leider ohne

Erfolg.<sup>3</sup> Seine Methodik zielt stets darauf ab, eine im Sinn und Geist des Gesetzgebers liegende praktikable Lösung zu präsentieren. Ebendieses Ziel verfolgt auch vorliegender Aufsatz in Bezug auf das Opportunitätsprinzip in der Strafverfolgung.

Das Opportunitätsprinzip ist in Art. 8 StPO mit der Marginalie «Verzicht auf Strafverfolgung» normiert. Abs. 1 dieser Bestimmung hält fest, dass Staatsanwaltschaft und Gerichte von der Strafverfolgung absehen, wenn das Bundesrecht es vorsieht, namentlich unter den Voraussetzungen der Artikel 52, 53 und 54 StGB. Art. 8 Abs. 4 StPO weist Staatsanwaltschaften und Gerichte («sie») an, in diesen Fällen zu verfügen,

<sup>1</sup> Vgl. **Schwarzenegger/Hug/Jositsch**, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 86; **Schwarzenegger**, Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB), in: Heer/Heimgartner/Niggli/Thommen (Hrsg.), Festgabe für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 53; rezipiert vom BGE: BGE 143 IV 145 E. 8.2.3.

<sup>2</sup> **Schwarzenegger** (Fn. 1), 45 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 144 IV 217.

dass kein Verfahren eröffnet oder das laufende Verfahren eingestellt wird.

Immer wieder stellen Strafgerichte Verfahren gestützt auf Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO ein.<sup>4</sup> Die höchstrichterliche Rechtsprechung limitiert indes die Anwendbarkeit dieser Regelung in Fortführung der altrechtlichen Praxis zu Art. 52 ff. StGB<sup>5</sup> auf das Vorverfahren; nach Anklageerhebung sei hingegen beim Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 52 ff. StGB das Verfahren nicht einzustellen, sondern der Täter zu verurteilen und von Strafe abzusehen.<sup>6</sup> Haben wir es hier mit besonders ignoranten oder gar renitenten Richtern der unteren Instanzen zu tun? Oder gibt es Gründe, weshalb die bundesgerichtliche Praxis nicht auf Akzeptanz stösst?

Dazu ein illustratives Fallbeispiel:<sup>7</sup> Ein US-amerikanisches Kreisgericht hatte in einem Vollstreckungsverfahren betreffend ein schweizerisches Scheidungsurteil zwischen dem in den USA wohnhaften B. und seiner in der Schweiz lebenden Ex-Ehefrau C. eine Ladung zur Stellungnahme erlassen. Darin hatte das Gericht C. aufgefordert, innert gesetzter Frist zum Vollstreckungsantrag von B. Stellung zu nehmen, ansonsten ein Säumnisurteil erfolgen würde. Darauf stellte A., Schweizer Anwalt von B., dem Schweizer Anwalt von C. die Verfügung des Kreisgerichts inklusive Vollstreckungsantrag auf postalischem Weg zu.<sup>8</sup> Das Bundesstrafgericht stellte im (auf Anklage bzw. überwiesenem Strafbefehl der Bundesanwalt-

schaft durchgeführten) Hauptverfahren fest, dass das Zustellen (unter Umgehung des Rechtshilfewegs) einer ausländischen Gerichtsurkunde – deren Empfang Rechtswirkungen auslösen kann – an einen Adressaten in der Schweiz eine verbotene Handlung für einen fremden Staat gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB darstelle.<sup>9</sup> Indes qualifizierte das Gericht das Verschulden und die Tatfolgen als derart geringfügig, dass es im Sinne von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO i.V.m. Art. 52 StGB von einer Strafverfolgung absah und das Verfahren einstellte. Begründet wurde das fehlende Strafverfolgungsbedürfnis im Wesentlichen damit, dass das geschützte Rechtsgut (schweizerische Souveränität) in casu nur theoretisch tangiert worden sei (Adressat versierter Gegenanwalt, gegenständliches Exequaturverfahren im Hinblick auf Vollstreckung eines schweizerischen Scheidungsurteils).<sup>10</sup> Das Bundesgericht kam mit Verweis auf die konstante Praxis (und dem Hinweis, dass kein Anlass bestünde, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen) zum Schluss, dass Art. 8 Abs. 1 StPO keine Grundlage für die Einstellung des Verfahrens durch Gerichte nach Anklageerhebung in Fällen von Art. 52-54 StGB bilde.<sup>11</sup> Es hiess die Beschwerde der Bundesanwaltschaft gut, hob die Einstellungsverfügung des Bundesstrafgerichts auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung zurück. Im Rückweisungsverfahren sprach das Bundesstrafgericht A. wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat schuldig, sah indes gemäss Art. 52 StGB von einer Bestrafung ab. Neben den bereits im ersten Entscheid angeführten Gründen attestierte das Bundesstrafgericht dem Beschuldigten eine erhöhte Strafempfindlichkeit aufgrund allfälliger Konsequenzen hinsichtlich der Berufsausübung (als Folge einer Strafregistereintragung). Insgesamt erkannte das Gericht wiederum kein

<sup>4</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts: BStGer vom 07.04.2017, SK.2016.46, kassiert durch BGer vom 20.03.2018, 6B\_983/2017; BStGer vom 06.10.2017, SK.2017.16, kassiert durch BGer vom 28.05.2018, 6B\_117/2018; BStGer vom 07.12.2017, SK.2017.27, kassiert durch BGer vom 05.03.2019, 6B\_167/2018; BStGer vom 12.02.2018, SK.2017.66, auch diese Verfahrenseinstellung wurde vom BGer (BGer vom 19.07.2019, 6B\_479/2018, E. 2.4.2 f.) als bundesrechtswidrig qualifiziert, der dagegen erhobenen Beschwerde der Bundesanwaltschaft war indes aus einem anderen Grund kein Erfolg beschieden.

<sup>5</sup> BGE 135 IV 27 E. 2.

<sup>6</sup> BGE 139 IV 220 E. 3.4.

<sup>7</sup> An den diesen Fall betreffenden bundesstrafgerichtlichen Entscheiden wirkten die Autoren des vorliegenden Beitrags mit.

<sup>8</sup> BGer vom 28.05.2018, 6B\_117/2018, Sachverhalt: A.

<sup>9</sup> TPF 2018 16, E. 4.34.6 und E. 4.8.

<sup>10</sup> BStGer vom 06.10.2017, SK.2017.16, E. 5.2 (nicht in TPF 2018 16 publ.).

<sup>11</sup> BGer vom 28.05.2018, 6B 117/2018, E. 1.2.

Strafbedürfnis, verurteilte den Beschuldigten und sah von Strafe ab.<sup>12</sup>

Im Folgenden wird nach den Regeln der juristischen Methodik, mithin dem massgebenden Methodenpluralismus geprüft, ob die bundesgerichtliche Praxis dem Gesetz entspricht oder (unzulässiges) contra-*legem*-Judizieren darstellt.

## II. Auslegung

### A. Grammatikalische Auslegung

Wie das Bundesgericht in seiner konstanten Rechtsprechung immer wieder betont, ist der Ausgangspunkt der Auslegung stets der Gesetzeswortlaut. Ist der Text nicht vollkommen klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, ist – unter Anwendung sämtlicher Auslegungsmethoden – nach der wahren Tragweite des Gesetzes zu suchen. Abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung), ihren Zweck (teleologische Auslegung) sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (systematische Auslegung). Das Bundesgericht lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann einzig auf den Wortlaut ab, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt.<sup>13</sup>

Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 4 StPO ist eindeutig und klar: «nicht zu eröffnen oder einzustellen ist». Auch hält Art. 8 Abs. 1 StPO fest, dass «Staatsanwaltschaft und Gerichte» in den vom StGB definierten Konstellationen von einer Strafverfolgung abzusehen haben. Als Strafverfolgung gilt zwar grundsätzlich der gesamte Prozess, der zu einer Einstellung, Verurteilung oder zu einem Freispruch führt. Der Gesetzgeber hat indes in Art. 52 ff. StGB differenziert zwischen Absehen von Strafverfolgung und Absehen von Bestrafung. Mithin meint der Begriff «Strafverfolgung» Prozesshandlungen,

die auf eine Verurteilung – und eben nicht auf eine Bestrafung – abzielen.

Ausgehend von diesem Befund ist zu fragen, ob die übrigen Auslegungselemente Anlass zur Annahme bieten, dass der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO nicht den wahren Sinn des Gesetzes wiedergibt.

### B. Historische Auslegung

Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO auf das Vorverfahren beschränken wollte. Im Gegenteil finden sich in den Gesetzesmaterialien Stellen, die sich explizit für die Anwendung des Opportunitätsprinzips (unter Einschluss der Möglichkeit der Verfahrenseinstellung) in jedem Verfahrensstadium aussprechen, so etwa im Bericht der Expertenkommission vom Dezember 1997 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts «Aus 29 mach 1».<sup>14</sup> Mit dem historischen Auslegungselement lässt sich die vom Gesetzeswortlaut abweichende Interpretation von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO somit nicht begründen.

### C. Teleologische Auslegung

Die *ratio legis* des in Art. 8 StPO verankerten Opportunitätsprinzips liegt darin, beschuldigte Personen unter den Voraussetzungen von Art. 52 ff. StGB nicht zu verfolgen. Sie fusst – nebst prozessökonomischen Gesichtspunkten – auf der Erkenntnis, dass die Anwendung der Straftatbestände in bestimmten, gesetzlich definierten Fällen mit Blick auf den Beschuldigten unverhältnismässig sein kann.<sup>15</sup> Dieser Zweck wird im Vorverfahren – soviel steht ausser Debatte – mit der Nichtanhandnahme bzw. Einstellung des Verfahrens verwirklicht, wie dies in Art. 8 Abs. 4 StPO ausdrücklich vorgesehen ist.

<sup>12</sup> BStGer vom 18.12.2018, SK.2018.28, E. 5.3f.

<sup>13</sup> Statt vieler BGE 139 IV 282 E. 2.4.

<sup>14</sup> EJPD vom Dezember 1997, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/a29m1-d.pdf>>, 49.

<sup>15</sup> Fiolka/Riedo, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 8 StPO N 2.

Die entscheidende Frage ist, ob im Hauptverfahren ein Schuldspruch mit Absehen von Strafe diesen Rechtsfolgen materiell gleichwertig ist. Und falls dem nicht so ist, ob es sachliche Gründe gibt, Täter für die gleiche Tat einmal zu verurteilen und einmal nicht. Die vom Bundesgericht «entwickelte» Differenzierung knüpft einzig und allein ans Verfahrensstadium an. Indes müsste das unterschiedliche Verschulden dafür massgebend sein, ob jemand als Straftäter verurteilt wird und bloss von Bestrafung abgesehen wird oder ob das Verfahren eingestellt wird. Geht doch die Verurteilung mit der Feststellung von Schuld und einer Stigmatisierung einher, während bei einer Einstellung der Beschuldigte nach der Unschuldsvermutung als unschuldig gilt. Mithin stellt sich die Frage, ob der fortschreitende Verfahrensstand einen Zusammenhang mit dem Verschulden hat. Die Antwort ist evident: Dem ist in aller Regel nicht so. Vielmehr hängt es von der Beurteilung der Verfahrensleitung – sprich im Vorverfahren vom fallführenden Staatsanwalt – ab, ob er gestützt auf Art. 52 ff. StGB das Verfahren einstellt oder nicht. Eine Differenzierung zu rechtfertigen vermöchte in Bezug auf Art. 53 StGB allenfalls der Umstand, dass ein Täter erst im Haupt- oder Berufungsverfahren eine Wiedergutmachung leistet, mithin die Verschuldensintensität marginal als höher zu betrachten ist als bei einer frühen Einsicht, Reue und Wiedergutmachung. Nachdem jedoch der Gesetzgeber mit Art. 8 Abs. 1 StPO die Fälle von Art. 52 ff. StGB einer einheitlichen Lösung zugeführt hat, bleibt für eine differenzierte Handhabung des Opportunitätsprinzips im Rahmen von Art. 53 StGB kein Raum.

In der Dogmatik wurde versucht, die zur Diskussion stehende Differenzierung einzuordnen, indem im Vorverfahren die einschlägigen Gründe als Opportunitätsregeln und im Hauptverfahren als Strafbefreiungsgründe charakterisiert wurden.<sup>16</sup> Es bedarf keiner weit-

schweifigen Erläuterung, dass diese Einordnung gekünstelt ist, um eine scheinbare Logik für eine nicht zu rechtfertigende Differenzierung zu erlangen. Richtigerweise fehlt es bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 52 ff. StGB *a priori* an einer hinreichenden Strafbegründung, mithin an einem Element für eine Bestrafung, d.h. einer Voraussetzung für eine Strafbarkeit als Basis für eine Verurteilung.

Nach dem Gesagten führt auch die teleologische Auslegung von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO nicht zu einem vom Wortsinn dieser Bestimmung abweichenden Ergebnis.

#### D. Systematische Auslegung

Das Bundesgericht begründet seine Auffassung von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO im Wesentlichen mit systematischer Auslegung. Nach dieser Methode ist im Zweifel so zu interpretieren, dass andere Normen nicht obsolet werden. Die wortgetreue Anwendung von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO würde Art. 52, 53 und 54 StGB teilweise obsolet machen, namentlich in Bezug auf die in diesen Bestimmungen vorgesehene Rechtsfolge des Absehens von einer Bestrafung.

Der angebliche Normwiderspruch lässt sich indes problemlos mittels systematischer Auslegung lösen. Da seit Inkrafttreten der StPO grundsätzlich diese für prozessuale Fragen massgebend ist, ist es fragwürdig, Rückgriff auf ein älteres Gesetz wie das StGB zu nehmen. Richtigerweise beansprucht dieses in Bezug auf prozessuale Fragen nur Geltung, wenn die StPO betreffende Fragen nicht regelt. Nach dem Grundsatz «*lex posterior derogat legi priori*» ist davon auszugehen, dass Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO die Regelungen von Art. 52 ff. StGB hinsichtlich der Rechtsfolgen materiell derogiert haben.

Nicht zu überzeugen vermag sodann die in BGE 139 IV 220 E. 3.4.3 angeführte Erklärung, wonach – soweit in Art. 8 Abs. 1 StPO neben der Staatsanwaltschaft auch Gerichte genannt werden – nicht Gerichte gemeint seien, die im Hauptverfahren über die Anklage entscheiden,

<sup>16</sup> Riklin, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Vor Art. 52-55 StGB N 10.

sondern nur diejenigen Gerichte, welche über Beschwerden gegen Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft befinden. Das Bundesgericht stützt diese Interpretation auf Art. 351 Abs. 1 StPO, wonach das Gericht, wenn es materiell über die Anklage entscheiden kann, ein Urteil über die Schuld, die Sanktionen und die weiteren Folgen fällt. Daraus leitet es ab, dass nach Anklageerhebung ein Absehen von der Strafverfolgung nicht mehr möglich sei. Das Argument hinkt - es lässt ausser Acht, dass die Regelung von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO zwingender Natur ist: Sind die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt, sind die in dieser Bestimmung genannten Behörden, namentlich auch Gerichte, verpflichtet, auf die Strafverfolgung zu verzichten. In diesen Fällen besteht für eine materielle Beurteilung der Anklage durch das Gericht gemäss Art. 351 Abs. 1 StPO gerade kein Raum. Im Übrigen spricht - nebst der klaren gesetzlichen Formulierung - auch folgender Gesichtspunkt dagegen, dass der Gesetzgeber mit «Gerichte» nur Beschwerdeinstanzen meinte. Bei der Beurteilung der Voraussetzungen von Art. 52 ff. StGB hat die Verfahrensleitung einen grossen Ermessensspielraum, in welchen die Beschwerdeinstanz generell nur mit Zurückhaltung eingreift. Dass sie gegen eine fehlende Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft selbst reformatorisch entscheidet und das Verfahren einstellt, ist in der Praxis kaum zu erwarten, zumal die Anklageerhebung ohnehin nicht anfechtbar ist.<sup>17</sup> Die bundesgerichtliche Auslegung führt mithin dazu, dass die Regelung von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO - soweit sie sich auf Gerichte bezieht - praktisch zum toten Buchstaben wird. Ein solches Ergebnis steht gerade im Widerspruch zum Telos der systematischen Auslegung.

### **E. Grundrechtskonforme Auslegung**

Obschon bei Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden das Verdikt glasklar ist, wenden wir uns - last but not least - noch der grundrechtskonformen Auslegung zu:

<sup>17</sup> Art. 324 Abs. 2 StPO.

Sind mehrere Interpretationen möglich, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt.<sup>18</sup> Der in Art. 8 BV verankerte Rechtsgleichheitsgrundsatz, der sich sowohl an rechtssetzende wie auch rechtsanwendende Behörden richtet, verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist. Die Rechtsgleichheit wird verletzt, wenn zwei Sachverhalte, die miteinander verglichen werden können, ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden.<sup>19</sup> Wie bereits aufgezeigt, gibt es grundsätzlich keine sachlichen Gründe für die thematisierte Differenzierung. Indes soll nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Verfahren gegen ein und denselben Täter für die identische Tat einmal eingestellt werden und einmal in einer Verurteilung (ohne Sanktionierung) münden. Dies unabhängig von den Gründen, sei es, dass die Verfahrensleitung im Vorverfahren das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 52 ff. StGB nicht erkannt hat oder dass sie den Fall der Einfachheit halber - etwa im Hinblick auf den Begründungsaufwand und das Erledigungsrisiko bei einer Einstellung (eventuelle Genehmigungspflicht durch den leitenden Staatsanwalt, Beschwerdeverfahrensrisiko) - mit Strafbefehl oder Anklage erledigen wollte. Der Gesetzgeber wollte mit Art. 8 StPO dem Gleichbehandlungsgebot Nachachtung verschaffen, was das Bundesgericht als höchster Rechtsanwender indes mit seinem «Traditionsanschluss» bedauerlicherweise unterminiert hat.

Infolgedessen indiziert auch eine verfassungsmässige Anwendung von Art. 8 Abs. 1 und 4 StPO die Gleichbehandlung Beschuldigter bei gleicher Ausgangslage. Ansonsten würde es dem Ermessen des Staatsanwalts überlassen, ob er den Beschuldigten mit dem Unwerturteil eines Schuldspruchs stigmatisiert oder nicht.

<sup>18</sup> BGE 137 II 164 E. 4.1.

<sup>19</sup> Statt vieler BGE 123 II 9 E. 3a.

### III. Fazit

Wie das eingangs angeführte Fallbeispiel (I.) illustriert, liegt es nach bundesgerichtlicher Praxis in fine im Gutdünken der Staatsanwaltschaft, ob ein und derselbe Täter bei gleichem, nicht strafwürdigem Verhalten verurteilt wird oder nicht. Es dürfe schon schwierig zu begründen sein, weshalb nicht strafwürdiges Verhalten verurteilungswürdig ist. Quasi unmöglich zu begründen ist, weshalb ein und dieselbe nicht strafwürdige Tat bei gleichem Verschulden einmal verurteilungswürdig ist und einmal nicht. Mithin sollte bei Vorliegen von Strafbefreiungsgründen gemäss Art. 52-54 StGB auf eine Verurteilung verzichtet werden.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II, 9. Aufl., Zürich u.a. 2018, 77.

Das in Art. 8 StPO verankerte Opportunitätsprinzip beansprucht in jedem Verfahrensstadium Geltung. Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben sich aus dieser Bestimmung keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass es dem Sachgericht nach Anklageerhebung verwehrt sein soll, das Verfahren einzustellen. Da das Bundesgericht indes das contra-legem-Judizieren aufzuoktroieren vermag, seien die Gerichte eindringlich davor gewarnt, im Sinne vorliegender Auffassung Ungehorsam zu leisten.

Um diesen Missstand zu beheben, wäre eine Praxisänderung oder eine noch klarere Regelung, etwa die Anpassung von Art. 52 ff. StGB an Art. 8 StPO,<sup>21</sup> wünschenswert.

<sup>21</sup> Vgl. zu einem anderen Ansatz, der auf das gleiche Ergebnis hinzielt: Melunovic/Kuhn, Vorschläge für Art. 8 StPO, plädoyer 2019, 58.



# Encryption, the Challenges for Criminal Investigation Authorities and the Role of Human Rights Guarantees

Sarah Summers

*'The debate on investigatory powers, as I discovered when I was asked by Parliament to report on it, is addictive to some and toxic to everybody else. Securocrats seek access to innocent communications, while privacy advocates warn darkly of dystopia. The rest of us tend to be bored, confused and generally defeated by it all.'*<sup>1</sup>

## I. Introduction

Christian Schwarzenegger would resist being categorised, I am sure, as a securocrat or a privacy advocate. His long enthusiasm for all cyber-crime related-matters means, though, that he would probably also resist Anderson's characterisation of the response to the regulation of investigatory powers as boredom, confusion or defeat. That, at least, is what I am counting on in my decision to select this topic as my contribution to this collection of essays in his honour.

The impact of privacy concerns raised in the aftermath of the Snowden revelations has extended beyond the confines of national security.<sup>2</sup> Such concerns have become increasingly evident in the law enforcement context. Police and prosecutorial practices, in context of big data and bulk collection of data, have given rise to considerable controversy.<sup>3</sup> At the centre of this discussion is essentially consideration of the manner in which police (or prosecutorial) surveillance and investigations ought to be regulated. This article focuses on just one aspect of such investigations, the challenge of encrypted content. The article will first illustrate the technical challenges and the legal response to these before going on to consider the (in)adequacy of the European constitutional-type protections regulating the activities of the investigation authorities in this context.

<sup>1</sup> Anderson QC, The Investigatory Powers Bill is Still a Work in Progress, The Telegraph, 2 March 2016.

<sup>2</sup> Snowden, Permanent Record, New York 2019.

<sup>3</sup> Justice, Freedom from Suspicion: Building a Surveillance Framework for a Digital Age, London 2015.



## II. Encryption

Encryption is 'the process of transforming some text known as the plain text into a form which cannot be read by anyone who does not have knowledge of the mechanisms used to carry out the encryption. The transformed text is known as the cipher text.'<sup>4</sup> Essentially, encryption does not prevent the interception of communications but prevents the interceptor from accessing the content of the message. Encryption is obviously closely related to security. Encryption poses difficulties for law enforcement because intercepted data is unreadable or because even if the investigating authorities have seized a device – such as a mobile phone or computer – they are powerless to access the content without the relevant password. Difficulties in forcing the owner of a mobile device or computer to reveal his or her password (either because the whereabouts of a suspect is unknown or because the suspect refuses to disclose the password) have led to law enforcement bypassing suspects and approaching communications operators and tech companies in order to secure access to the content of the device.

These issues were well illustrated by the San Bernardino case. In a well-publicised dispute between Apple and the FBI, the FBI sought to compel Apple to assist in decrypting the data on the iPhone of one of those responsible for carrying out an attack in San Bernardino, California, which led to the deaths of 14 people. The FBI had received permission to search the phone but had not been able to guess the password to unlock it. In iOS devices, most files are encrypted using a combination of a secret key stored on the device and the user's passcode. Data may be wiped after too many incorrect attempts at getting the password. The FBI therefore applied for a court order that Apple be compelled to assist it by removing protections from the operating system in order to allow it to make unlimited number of password guesses without the data being erased. Apple sought to resist the request on the basis that it

would undermine the security of their products by leaving customers vulnerable to unlawful interference with their communications. The US Government subsequently dropped the legal action after the FBI successfully managed to access the data stored on the iPhone. This was just one of a number of cases in which investigation and prosecution authorities had requested assistance from Apple.

Such cases reflect the fact that tech companies, worried by privacy invasion by governments and the resulting potential for loss of business, have jettisoned their policies of quiet cooperation with governments and law enforcement and have started championing their independence and commitment to consumer privacy. Companies such as Apple and Google have made efforts to strengthen encryption and have designed encryption strategies, which they claim makes it extremely difficult for them to access the data held on phone. This type of encryption is increasingly seen to pose a challenge to the existing warrant regime and represents an obvious obstacle to law enforcement authorities, which are seeking access to content on such devices by rendering warrants to compel such companies to produce content ineffective.

## III. Legal Responses to the Challenge

It is widely argued that the current regulatory approach to such matters is outdated and insufficient, but designing a more appropriate regulatory framework is challenging. It is possible to identify various distinct, though not necessarily mutually exclusive, approaches to addressing this problem.<sup>5</sup>

First, law enforcement might simply be permitted to compel a suspect to assist in decryption by supplying their passwords. This gives rise to practical problems, however, in that the suspect may not yet have been tracked down or may have died (as in the San Bernardino case)

<sup>4</sup> Ince, Oxford Dictionary of the Internet, 2nd edn, Oxford 2009.

<sup>5</sup> For consideration of existing methods of defeating encryption, see Penney/Gibbs, Law Enforcement Access to Encrypted Data: Legislative Responses and the Charter, 63 McGill Law Journal, 2017, 201.

or may simply refuse to cooperate. This approach also gives rise to questions regarding compatibility with constitutional and human rights. Attempts by the state to compel a suspect to provide incriminatory information will, as a rule, engage the privilege against self-incrimination. It is unclear, however, whether the privilege against self-incrimination as protected by Article 6 ECHR would prevent the authorities from compelling a suspect to provide a password. Although many countries and jurisdictions operate under the assumption that compelled decryption violates the right, this is certainly not the approach in England and Wales.<sup>6</sup> According to sections 49 and 53 of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000, it is a criminal offence, punishable by a sentence of imprisonment of up to two years, to fail to disclose when requested the key to any encrypted information. In 2014 a man from Luton, England, was convicted of failing to provide the police with a password for a memory stick seized during a counter terrorism operation (he claimed he could not remember the password but did in fact subsequently remember it – some 11 months later) and jailed for four months.<sup>7</sup>

A second approach is to pass legislation allowing law enforcement to hack into systems to get the data themselves. This approach is also envisaged in the UK investigatory powers legislation and was utilised in the San Bernadino case when the FBI allegedly paid 1.3 million dollars to purchase a hacking tool, which allowed it to access the encrypted content. On the one hand, the approach gives rise to security concerns, on the other, it raises questions about the lawfulness of inciting third parties to produce

hacking tools – essentially condoning state sponsored hacking.

Third, legislation could be passed forcing tech companies to retain their ability to decrypt content to ensure that they are able to comply with law enforcement warrants. Examples of this type of solution are to be found in the much-criticised Burr-Feinstein encryption bill in the USA,<sup>8</sup> in the UK Investigatory Powers Act<sup>9</sup> and in French legislation.<sup>10</sup> Such solutions also give rise to various concerns. Tech companies argue that it might result in consumers switching to foreign internet providers – some estimates suggest that the impact of such lost business in the USA would result in losses of in the region of \$180 billion. It is unsurprising therefore that the Feinstein-Burr proposal has not received the support of the White House and is not expected by commentators to be enacted.

Aside from the economic consequences of such proposals, if customers switched to foreign internet providers this could actually make it even harder to access content by forcing law enforcement to cooperate with foreign governments to secure access to the information. In those cases, in which the relevant tech companies were based in a foreign jurisdiction, law enforcement would be required to use cumbersome mutual legal assistance treaties – if they exist – to secure assistance.

The main argument against compelled decryption involves security concerns if companies were forced to keep keys to enable decryption. Apple's response, for instance, was to state that it would do its best to 'protect that key, but in a world where all of our data is under constant

<sup>6</sup> See eg *R v S* [2008] EWCA Crim 2177; [2009] 1 WLR 1489 where the court held that S had a legal obligation to disclose the encryption key and that compelling S to do so was not unfair. This confidence in compliance with Article 6 ECHR is arguably called into question by the judgment in *Chambaz v Switzerland*, no. 11663/04, 5 April 2012. See also the US case *Boucher II*, 2009 WL 424718 and for discussion Kerr, Compelled Decryption and the Privilege against Self-Incrimination, 97 Texas Law Review 2019, 767.

<sup>7</sup> <http://www.bbc.com/news/uk-25745989>, 15 January 2014.

<sup>8</sup> Compliance with Court Orders Act of 2016, discussion draft available at [https://www.feinstein.senate.gov/public/\\_cache/files/5/b/5b990532-cc7f-427f-9942-559e73eb8bfb/6701CF2828167CB85F51D12F7CB69D74\\_bag16460.pdf](https://www.feinstein.senate.gov/public/_cache/files/5/b/5b990532-cc7f-427f-9942-559e73eb8bfb/6701CF2828167CB85F51D12F7CB69D74_bag16460.pdf) [09.09.2019].

<sup>9</sup> Investigatory Powers Act 2016, s. 253(5).

<sup>10</sup> See Art. 434-15-2 of the criminal code.

threat, it would be relentlessly attacked by hackers and cybercriminals'.<sup>11</sup>

The economic and security concerns of the tech companies and communications operators are clearly well founded and the solutions clearly need to be tailored to take these into account. What, however, is the problem with compelled decryption of third parties? Why should this be considered problematic? Swiss investigation authorities have, after all, long employed the practice of compelling communications operators to assist with unlocking passwords to further drugs prosecutions. This was never viewed as particularly problematic providing that the provisions of the criminal procedure code regulating the search or seizure or interception of the relevant data had been complied with.

This emphasises that the problem here is less the element of compulsion of third parties but rather the legal basis on which the third parties can be compelled to provide assistance in decryption – essentially the existence of a warrant. In this context it is notable, for instance, that under the UK investigatory powers legislation there is no need for reasonable suspicion in order for law enforcement to obtain a warrant for equipment interference if it relates to the detection or prevention of serious crime (defined as a likely sentence of more than three years) providing that it is 'necessary and proportionate'.

Questions arise here not so much as to the legality of such provisions but as to their legitimacy; but how should the legitimacy of such provision be determined?

In modern times, constitutional provisions lend legitimacy to the law. Legislators are not free to enact such laws as they please but are required to comply with the demands of these constitutional provisions. In Europe, the European Convention on Human Rights (ECHR) has

<sup>11</sup> See <https://www.apple.com/customer-letter/answers> [09.09.2019].

played an important role in delineating and safeguarding guaranteeing common standards, which all member states are required to meet. The UK Home Secretary confirmed, as required to do by the Human Rights Act 1998, that in her opinion the draft legislation on the investigatory powers legislation complied with the provisions of the ECHR. Others were not so sure: JUSTICE, for instance, stated that it considered that there were 'serious concerns about the compatibility of these powers with the provisions of the ECHR and the Charter of Fundamental Rights of the European Union'.<sup>12</sup> The legislation was nevertheless subsequently enacted. If such legislation does in fact conform to the requirements of the ECHR, this might reveal a worrying lack of regulation in this sphere. It is useful to consider the scope and limits of the European human rights protections in this context.

#### IV. The Extent of the Protection in the ECHR

There are limits to a state's power to interfere in the lives of its citizens. In the context of compelled decryption, the principal concern is of course interference in the private lives of individuals. Also of considerable importance, however, are the consequences of the use of such evidence in criminal trials and the impact of this on the fairness of criminal proceedings.

To what extent might the ECHR be said to regulate policing in the context of investigating and preventing crime? What are the consequences of this regulation in the context of compelled decryption or state interference with computer systems? If we turn to the ECHR, we can see that there are several provisions, which might be of relevance, particularly Article 8 ECHR and Article 6 ECHR.

<sup>12</sup> Justice, Investigatory Powers Bill 2016: Briefing for House of Commons Second Reading, London, UK, March 2016, available at <http://2bquk8cdew6192tsu41lay8t.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2016/03/JUSTICE-Investigatory-Powers-Bill-2R-Briefing-11-March-2016-FINAL.pdf>, last accessed 9.9.2019.

### A. Privacy and Article 8 ECHR

Police activity in intercepting, searching or seizing evidence must comply with the privacy guarantee in Article 8 ECHR. The protection of the right to private life under Article 8 ECHR is wide and covers, *inter alia*, both emails<sup>13</sup> and mobile phone communications.<sup>14</sup> Accordingly, if law enforcement authorities proceed to access such data then these actions will interfere with the rights protected by Article 8 ECHR. Interferences with the rights in Article 8 ECHR can, however, in certain circumstances, be justified. Article 8(2) ECHR requires that actions that interfere with protected rights are in accordance with the law, undertaken in pursuance of a legitimate aim and necessary in a democratic society.

The requirement that actions, which interfere with rights protected by Article 8 ECHR are in accordance with the law contains a number of specific aspects. First, the action must have a basis in domestic law. This domestic law must be sufficiently clear and accessible in order to afford individuals the possibility to foresee the circumstances in which it will be applied. In addition, the domestic law must comply with the rule of law and include sufficient protections against arbitrariness. This means that the discretion afforded by the relevant domestic law must not be too wide.<sup>15</sup> These issues are often also considered under the final strand of the justification process as part of the proportionality assessment.<sup>16</sup> The specific formulation of the test is, however, materially irrelevant – at some stage the European Court of Human Rights (ECtHR) will consider the safeguards against arbitrariness when assessing whether the interference with the protected rights under Article 8 ECHR can be justified.

<sup>13</sup> *Copland v. United Kingdom*, no. 62617/00, 3 April 2007, § 41.

<sup>14</sup> *Roman Zakharov v. Russia*, no. 47143/06, 4 December 2015, § 173, and *Liberty and Others v. United Kingdom*, no. 58243/00, 1 July 2008, § 56.

<sup>15</sup> *S and Marper v. United Kingdom*, no. 30562/04 and no. 30566/04, 4 December 2008, § 95.

<sup>16</sup> *Ibid*, § 99.

The second leg of the tripartite test – whether the interference pursues a legitimate aim – is seldom at issue before the ECtHR. Article 8(2) ECHR sets out specific legitimate aims that actions that interfere with Article 8 ECHR rights should pursue if they are to be justifiable. These aims include protecting national security, public safety, or preventing disorder or crime. Such aims are easily invoked in relation to the accessing of data or communications by law enforcement authorities.

Finally, the ECtHR considers whether the interference can be considered ‘necessary in a democratic society’. The ECtHR first considers whether a ‘pressing social need’ exists that has motivated the interfering actions. Second, the reasons for the interference must be ‘relevant and sufficient’.<sup>17</sup> Finally, the ECtHR conducts a proportionality assessment. This assessment balances the extent of the interference with the reasons for the interference and the pursued legitimate aim. Within the proportionality assessment the ECtHR often also considers the relevant domestic decision making process surrounding the actions that resulted in an interference. Although not mentioned within the text of Article 8 ECHR, the ECtHR has highlighted that affording due process rights to the individual during the domestic decision making process is an important protection against arbitrariness.<sup>18</sup>

Within the ECtHR’s vast jurisprudence surrounding Article 8 ECHR, the relevance of ‘reasonable suspicion’ to justify police activity that interferes with the right in Article 8 ECHR is of particular interest. This has been considered by the ECtHR within the context of ‘stop and search’ regimes. Here the ECtHR’s focus is firmly on the procedural safeguards and domestic decision-making process that act as protections against arbitrary actions by domestic authorities.

<sup>17</sup> *Ibid*, §§ 95-101.

<sup>18</sup> *McMichael v. United Kingdom*, no. 16424/90, 24 February 1995, § 87

In *Gillan and Quinton* the ECtHR considered whether the 'stop and search' regime within the UK's Terrorism Act 2000 complied with Article 8 ECHR.<sup>19</sup> The domestic legislation allowed senior police officers to afford officers stop and search powers within designated areas for up to 28 days. This allowed officers to stop and search individuals if they believed that it was 'expedient for the prevention of acts of terrorism'. The ECtHR considered that these searches, which were not consented to by individuals, constituted an interference with their right to private life protected by Article 8 ECHR. Following this, the ECtHR assessed whether the interference was 'in accordance with the law'. The ECtHR highlighted a number of deficiencies when considering whether domestic law afforded sufficient protections against arbitrariness and clearly limited the scope of discretion afforded to officers. The procedure surrounding the designation of areas as 'stop and search' areas was firstly unsatisfactory. Although the initial decision required confirmation by the Secretary of State within 48 hours, this had never been withheld.<sup>20</sup> Secondly, the Independent Reviewer had limited powers to only report on application of the regime as opposed to alter or rescind any decisions to set up designated areas. Finally, although the orders were limited in time to 28 days, they were capable of being renewed. Reports showed that these orders were systematically renewed as part of a 'rolling programme'.<sup>21</sup> The domestic system did not include sufficient safeguards to ensure that subsequent interfering powers were not used in an arbitrary manner. The ECtHR also focused upon the fact that officers could rely on 'expediency' as opposed to 'necessity' or 'reasonableness' when invoking stop and search powers. This gave officers an inappropriately wide discretion that resulted in a clear risk of arbitrary use of the powers. Accordingly, the ECtHR found that domestic law failed to satisfy the

requirements imposed by the 'in accordance with the law' test and therefore violated Article 8 ECHR.

The scheme in *Gillan and Quinton* can be compared to that employed in the Netherlands, which was considered by the ECtHR in *Colon*.<sup>22</sup> In this decision, the ECtHR considered that the 'stop and search' regime in the Netherlands included sufficient safeguards to hold that the interferences were 'in accordance with the law'. The domestic regime included strong review mechanisms prior to the decision by public bodies and, also, by criminal courts during subsequent criminal proceedings that arose as a result of a search conducted under the relevant regime. These safeguards were sufficient to protect against the risk of arbitrariness.

This case law emphasises the close relationship between the requirement of existence of reasonable suspicion that a crime has been committed and the prevention of arbitrariness. In the context of encryption, this suggests that the investigation authorities would at least have to have some prima facie evidence that a crime had been committed before they were entitled to act to compel third parties to assist in decryption in order to meet the requirements of Article 8 ECHR. Even assuming, though, that an order to compel a third party to provide assistance in decrypting evidence violated the Article 8 ECHR rights of a suspect, this does not necessarily mean that the use of evidence obtained in violation of Article 8 ECHR will automatically be deemed to compromise the fairness of the trial.

It is noticeable that Article 8 ECHR does not contain an 'exclusionary-type' provision comparable to that of the fourth amendment to the US Constitution. Thus, while the interception and compelled decryption of content is regulated by Article 8 ECHR, a violation of the provision will not necessarily lead to a prohibition on the use of the evidence. Indeed, the ECtHR

<sup>19</sup> *Gillan and Quinton v. United Kingdom*, no. 4158/05, 12 January 2010.

<sup>20</sup> *Ibid*, § 80.

<sup>21</sup> *Ibid*, § 81.

<sup>22</sup> *Colon v. Netherlands (dec.)*, no. 49458/06, 15 May 2012.

has proven reluctant – or perhaps more accurately has consistently refused – to find that the use of evidence obtained in violation of Article 8 ECHR automatically violates Article 6 ECHR.<sup>23</sup>

### **B. Privacy, Fairness and Article 6 ECHR**

A good example of the type of reasoning which the ECtHR employs when considering whether a violation of Article 8 ECHR might compromise the fairness of the trial can be found in its judgment in *Bykov*. In this case, it held that in determining whether the proceedings as a whole were fair, 'regard had also be had to whether the rights of the defence were respected'. It noted that it was necessary to examine 'whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker'.<sup>24</sup>

Similarly, in *Khan*, where no statutory system existed at all to regulate the use of covert listening devices, the finding that Article 8 ECHR had been violated was not deemed to impact on the fairness of the subsequent trial. The ECtHR held that the applicant had had 'ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording' and that at each level of jurisdiction the domestic courts assessed the

effect of admission of the evidence on the fairness of the trial by reference to section 78 of the Police and Criminal Evidence Act. It noted that had the domestic courts been of the view that the admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had a discretion to exclude it under the relevant legislation.<sup>25</sup>

This type of test places virtually no restraints on police or prosecutorial activity and does little to guard against arbitrariness. Essentially, it represents a requirement of contestability without explaining which standards must be adhered to. Concerns about the fairness of the use of evidence obtained by compelling individuals or third parties to decrypt information are linked to the Article 8 ECHR concerns in that they relate to the potential for arbitrariness in the police or prosecutorial activity. In many, if not the majority of, European countries, this potential for arbitrariness in the context of the prosecution of crime is kept in check by a series of safeguards notably the requirements of reasonable suspicion, subsidiarity and proportionality, which are all subject to judicial supervision and control. There are prohibitions on the use of evidence, which has not been obtained in a manner which meets these requirements.

It is noticeable that the ECHR does not contain any provisions which might be said to afford this type of protection against arbitrariness. The only cases in which the ECtHR has considered a lack of reasonable suspicion in the context of the collection of evidence to impact on the fairness of the trial have involved entrapment or police incitement. In *Kudobin*, for instance, the ECtHR held that reasonable suspicion that the applicant was involved in criminal activity was necessary to rule out arbitrariness. In addition, the fact that the ECtHR has held that the existence of previous convictions is sufficient to give rise to such

<sup>23</sup> See eg *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 December 2009; *PG and JH v. United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX; *Heglas v. Czech Republic*, no. 5935/02, 1 March 2007; *Khan v. United Kingdom*, no. 35394/97, 12 May 2000, Reports 2000-V, and for discussion *Jackson/Summers*, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge 2012, 171.

<sup>24</sup> *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, 10 December 2009, § 90, citing *Khan v. United Kingdom*, no. 35394/97, 12 May 2000, Reports 2000-V, §§ 35 and 37, and *Allan v. United Kingdom*, 31 December 2002, Reports 2002-IX, § 43.

<sup>25</sup> *Khan v. United Kingdom*, no. 35394/97, 12 May 2000, Reports 2000-V, § 38.

reasonable suspicion demonstrates the limits of this test.<sup>26</sup>

It is instructive that in the modern age of data collection in which the law enforcement authorities have considerable powers to engage in wide-spread surveillance and interception of communications and bulk collection of data, that the principal European body regulating the fairness of criminal proceedings has little to contribute to developing an appropriate regulatory framework. This is once again evidence of the trial-centric approach to the regulation of criminal trials; an approach which relies on an artificial split between the investigative and determinative phases of the proceedings and which relies on the opportunity to challenge the manner in which the evidence was collected as sufficient to remedy any potential infringements in the collection of evidence.

## V. Conclusion

An appropriate regulatory structure governing search and seizure and compulsion to assist in decryption would involve consideration of the need to prevent arbitrary or discriminatory policing and investigation. An appropriate

regulatory framework would involve a clear distinction being made between prevention and prosecution of crime. In those cases, in which the police investigations are based on suspicion about a particular suspect, the guarantee against arbitrariness is provided by the requirements of reasonable suspicion and proportionality. In relation to the prevention of crime and suspicionless searches, arbitrariness would be prevented by generality and proportionality – the guarantee here is essentially the random nature of such searches.<sup>27</sup> This focuses attention both on the weaknesses of the current European human rights framework in the context of technological development and on the importance of thinking more about the connection between fairness and a lack of arbitrariness in the investigation of crime. Can trials constructed on the basis of evidence collected by way of arbitrary or discriminatory policing techniques be said to be fair? If not, why not? And what type of remedies ought to be employed in order to uphold this understanding of fairness?

<sup>26</sup> *Khudobin v. Russia*, no. 59696/00, 26 October 2006, § 134.

<sup>27</sup> Friedman/Benin Stein, Redefining what's reasonable: The protections for policing, 84 *George Washington Law Review*, 2016, 281.







# V wie Vertrauensperson

Frank Meyer

Die Vertrauensperson ist eine bekannte Figur heutiger Strafverfolgung und Polizeiarbeit. Und dennoch findet sie sich weder in der StPO noch in den kantonalen Polizeigesetzen. Im Gegensatz zum Informanten, der sich den Behörden im Einzelfall und regelmässig eigeninitiativ als Informationsquelle zur Verfügung stellt, und dem verdeckten Ermittler, der als Polizeibeamter oder staatlich Beauftragter unter einer Legende ermittelnd in ein kriminelles Milieu eindringt, handeln V-Männer mittel- oder langfristig unter ihrer eigenen Identität und in ihrem eigenen Umfeld als staatliche Informationslieferanten, wobei diese Beziehung auf Initiative der V-Person oder durch Kontaktaufnahme seitens der Polizei zustande kommen kann. Einfachrechtlich geregelt ist nur der verdeckte Ermittler. Dieser Zustand wirft Fragen auf. Trotz ihrer sprachlichen Nähe trennen VE und VP Welten. Dieser Beitrag zu Ehren von **Christian Schwarzenegger** soll erhellen, warum das so ist und ob es so bleiben darf.

## I. Definitorisches

In jüngster Vergangenheit stand der Kanton Zürich mehrfach wegen dubioser V-Mann-Einsätze in den Schlagzeilen, die erheblichen Regelungsbedarf aufscheinen liessen. Das fängt schon beim Label an, denn worauf bezieht sich „Vertrauen“ eigentlich? Im Unterschied zum verdeckten Ermittler scheint „Vertrauensperson“ eine glatte Fehlbezeichnung zu sein. Die V-Person geniesst gerade nicht das Vertrauen der Polizei. Sie gilt wahlweise als unzuverlässig, geltungssüchtig oder allein monetär motiviert, aber nicht als für die Rechtspflege engagierter Bürger. Vielleicht bezieht sich „Vertrauen“ deshalb eher darauf, dass die Person für die

Polizei interessant ist, weil sie das Vertrauen anderer Personen geniesst, die im Visier staatlicher Ermittlungen sind, oder weil sie sich in bestimmten kriminellen Milieus (OK, Zuhälterei, Drogen- und Menschenhandel, Links- und Rechtsextremismus, gewaltbereiter Islamismus) bewegen. Womöglich ist „Vertrauen“ aber auch ironisch zu verstehen, weil diese Form der Zusammenarbeit keine Grundlage im Gesetz findet, sondern sich allein auf das Vertrauen der Beteiligten stützt. Oder noch böser gedacht: Die Vertrauensperson vertraut darauf, in einer rechtlich gesicherten Informationsbeschaffungsbeziehung zum Staat zu stehen, ohne dass dies tatsächlich zutrifft. Aufgrund ihres vermeintlichen rechtlichen Status wiegt sich die V-Person in Scheinsicherheit. Sie glaubt womöglich, dass sie auf der Grundlage einer rechtlich gesicherten und schützenden Beziehung zur Polizei agiert, die der Polizei ihr gegenüber im Vergleich mit dem normalen Bürger höhere Schutz- und Fürsorgepflichten auferlegt und zugleich einen gewissen rechtlichen Schutz bei der Durchführung der V-Mann-Tätigkeit verschafft. Das Gegenteil ist der Fall. So verleugnet sich der Staat mitunter sogar und nimmt dem Betroffenen die Möglichkeit, seine VP-Stellung objektiv nachweisen zu können. Seine Stellung ist rechtlich ungeregelt. Er ist ein rechtliches Nullum, denn er handelt auch weder als Kronzeuge noch als Whistleblower, da er nicht als Beschäftigter über Rechtsverletzungen aus seinem legalen Arbeitsumfeld berichtet, sondern über kriminelle Milieus und deren düstere Machenschaften.

Die Strafverfolgungsbehörden sehen in diesem Nicht-Rechtzustand offenbar kein Problem. Der Umgang mit Vertrauenspersonen soll ein

flexibles, keiner äusseren Kontrolle unterliegendes Element der Ermittlungspraxis bleiben. Im Kern gründet sich diese offizielle Position auf ein Bündel untereinander verwobener Gesichtspunkte, die aber wohl nicht den eigentlichen Grund für die Zurückhaltung ausmachen und auch rechtlich nicht zu überzeugen vermögen. Vordergründig schlagend scheint der Hinweis auf die Autonomie des V-Manns. Dieser handele weder im Auftrag des Staates noch unterliege er dessen Weisungen. Und im Übrigen führe er auch keine Zwangsmassnahmen durch, sondern höre nur zu, schnappe auf, sehe öffentlich Wahrnehmbares und teile dies dann mit. Da der V-Mann nur Informationen in seinem privaten Lebensalltag aufnimmt, habe sowohl die Aufnahme als auch die Weitergabe der Informationen keine Grundrechtsrelevanz. Als privates Handeln löse ein solches Agieren keine Pflicht resp. Verantwortlichkeit des Staates aus und mangels Invasivität sei der Staat auch nicht verpflichtet, das Verhältnis zwischen den Privaten grundrechtsschützend auszugestalten. Und es wird noch besser, denn da es sich um rein privates Verhalten handelt, treffe die staatlichen Behörden auch keine Fürsorgepflicht gegenüber der V-Person. Bei der Regelung des Umgangs mit V-Personen handelt es sich damit letztlich um einen Akt der Selbstorganisation in Bezug darauf, wie Polizei und Strafverfolger in Kontakt zu Bürgern treten wollen.

Das ist gleich mehrfach unaufrichtig. Der V-Mann wird nicht V-Mann, weil er im Ausgang in Züri-West oder bei der Late-Night-Bratwurst am Sternengrill immer wieder rein zufällig von Straftaten hört, sondern weil er der Polizei Zugänge zu Milieus verschafft, die nur äusserst schwer zu infiltrieren sind. Wie Medienberichte nahelegen, können diese Unterstützungshandlungen extrem wertvoll sein. Besondere Anerkennung wird dem V-Mann dafür (offen) nur begrenzt zu teil. Seine Zuverlässigkeit und Rechtstreue sind nämlich ein zentrales Problem. V-Personen und ihre Motive gelten als schwer berechenbar. Und gerade deshalb versucht man sie ausserhalb staatlicher Weisungs- und Ver-

antwortungszusammenhänge zu halten. Der V-Mann ist ein notwendiges Übel. Er personifiziert die Schmutzdecke der Strafverfolgung. Es geht um Leute, mit denen man eigentlich nichts zu tun haben möchte; wohl oder übel aber muss.

Dies mag die von den staatlichen Behörden (schon aus Selbstschutzgründen) gewählte hemdsärmelige Herangehensweise nachvollziehbar erscheinen lassen. Sie ist aber dennoch verfassungs- und menschenrechtlich hochgradig fragwürdig und schadet auch den durchaus berechtigten Eigeninteressen der Strafverfolgungsorgane. Nicht nur die V-Person, sondern auch Zielpersonen, private Dritte und die beteiligten staatlichen Bediensteten haben ein Interesse an einer verlässlichen rechtlichen Regelung. Mehr noch: Sie haben einen grundrechtlichen Anspruch darauf. Eben diesen negiert die Strafverfolgungsseite beharrlich und darf sich dabei wohl der Rückdeckung durch die Gerichte sicher wissen. Die heutige Praxis wartet freilich nur darauf, vom EGMR kassiert zu werden. Dem vorzubeugen wäre eigentlich die Aufgabe des Bundesgerichts. Jedoch fällt auf, dass man immer wieder auf Defizite der Gewährleistung hinreichender Rechtsgrundlagen stösst (verdeckte Ermittlungen, heimliche Abhörmassnahmen und Fichierung, Speicherung von DNA-Profilen), denen von der nationalen Justiz beharrlich nicht abgeholfen wird. Es ist eine Neigung auszumachen, das Offensichtliche zu überspielen, bis es nicht mehr ignoriert werden kann (Stichworte: J.B., Amann, Minelli, Nada, Cham-baz u.a.).

## II. Regelungsbedarf

Eine Regelung der V-Mann-Tätigkeit ist sachlich geboten und verfassungsrechtlich notwendig. Für eine solche Pflicht lassen sich nicht weniger als drei unterschiedlich weitreichende und teils miteinander verbundene Quellen identifizieren. Die Regelungsnotwendigkeit kann aus der Zurechnung der Vertrauensperson zum Staat resultieren, einer positiven Schutzpflicht des Staates entspringen oder Gegenstand einer

positiven Gewährleistungspflicht des Staates sein. Dabei muss man sich von der irrigen Annahme freimachen, bei einer solchen Regelung handele es sich um eine unangebrachte Wohltat für zwielichtige Personen. Tritt eine V-Person auf den Plan, spannt sich ein mehrpoliger Grundrechtshorizont auf. Berührt sind nicht nur die Interessen der V-Person, die Anspruch auf Klarheit hat, was sie tun darf, was sie dafür erwarten darf und wie der Staat sie vor den Gefahren ihrer Arbeit schützt. Noch gewichtiger sind die Interessen der Personen, die mit ihm als mögliche Ziele oder Drittbetroffene in Kontakt treten. Vor allem aber sind es die Mitarbeiter der Strafverfolgungsbehörden selbst, insb. die Quellenführer, denen stets klar sein muss, welche Verhaltensweisen sie anleiten dürfen, welche Vorteile sie gewähren können und wann eine Pflicht zur Intervention einerseits zum Wohl der V-Person oder andererseits zum Schutz Dritter erwächst. Aus der Individualebene herausgehoben stärken klare rechtliche Regelungen die rechtsstaatliche Belastbarkeit und Wirksamkeit von V-Mann-Einsätzen. Hieran sollte auch die Öffentlichkeit ein Interesse haben, damit Skandale eingedämmt und die unzweifelhaften Potenziale des Instruments abgerufen werden können. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit liegen im Interesse wirksamen Grundrechtsschutzes und effektiver Strafverfolgungsarbeit. Beides ist nicht erreichbar, wenn die Grenzen der V-Mann-Tätigkeit derart opak bleiben.

### A. Zurechnung

Vertrauenspersonen werden, so ist zu erfahren, zumeist auf Initiative des Staates tätig. Sie werden gezielt in ihren jeweiligen Milieus rekrutiert. Bei ihrem Wirken stehen V-Personen in Kontakt zu einem Quellenführer und werden von diesem regelmässig auch angeleitet. Werden Private im Auftrag des Staates tätig oder fördert der Staat wissentlich Informationssammlungen Privater (z.B. durch Lieferung eines Aufnahmegeräts, Instruktionen zur Gesprächsführung und Fragetechnik o.ä.), ist ihm dieses Verhalten aber wie eigenes zuzurechnen, unabhängig vom personal- oder arbeitsrechtlichen Innenverhält-

nis. Es bedarf damit einer entsprechenden Rechtsgrundlage im Verhältnis zu Zielpersonen und Dritten. Der EGMR verfährt insofern traditionell strenger als das BGer, welches bei Handlungen mit tatsächlich oder vermeintlich geringer Intensität keine spezifische parlementsrechtliche Regelung verlangt.

Es ist eine sehr feine Linie, die hier zwischen autonomem Handeln und Handeln für den Staat verläuft. Je deutlicher und individualisierter die Anleitungen und Anregungen oder Informationswünsche der Behörden ausfallen, umso näher liegt die Zurechnung. Auch die Struktur der Belohnungs- und Anreizsysteme ist dabei relevant. Der Graubereich dürfte hier relativ weit reichen. In ihm schlummert ein erhebliches Risiko, da die Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns im Falle der Zurechnung, wie bereits gesagt, vom Vorliegen einer Rechtsgrundlage abhinge, die hinreichenden Missbrauchs-, Willkür- und Rechtsschutz bietet.

### B. Schutzpflichten

Zweite Quelle von positiven Handlungsverpflichtungen sind Schutzpflichten, die sich vor allem aus dem Recht auf Privat- und Familienleben und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben können. Dessen Träger, v.a. potenzielle Zielpersonen und Drittbetroffene, sind gegen unzulässige Intrusionen in ihre Privat- und Rechtssphäre zu schützen. Das gilt auch, wenn die unzulässigen Übergriffe von Privaten ausgehen und der Staat ihrer gewahr wird. Die Massstäbe für Eingriffsschwellen und Pflichtenumfang sind im Vergleich zu Gefährdungen von Leib und Leben zugegebenermassen reichlich unscharf. Sie dürften aber zumindest dort einsetzen, wo absehbar ist, dass ein V-Mann zu Straftaten verleitet würde oder in Straftaten abzurutschen droht. Es ist eine interessante materiell-strafrechtliche Frage, die hier nicht vertieft werden soll, unter welchen Umständen ein Quellenführer als Überwachungsgarant einzustufen wäre oder sich als Beteiligter strafbar machte, wenn er subtil Einsatzsituationen schafft, in denen sich die V-Person vorhersehbar in Straftaten zu verstricken droht.

Noch schwieriger und weitgehend ungelöst ist, wie mit den regelmässigen Interaktionen der Vertrauensperson mit Zielpersonen und Dritten unterhalb der Strafbarkeitsschwelle umzugehen ist. Damit ist zum einen das Eindringen in die engere Persönlichkeitssphäre angesprochen. Zum anderen geht es darum, dass die Vertrauensperson ihre Kontakte nicht nur gezielt staatlichen Ermittlungen aussetzt, sondern sie auch erst zu ermittlungsrelevantem Verhalten stimulieren kann. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Vertrauensperson das von ihr zu beobachtende Umfeld mit beeinflusst. Dieses Wesensmerkmal des V-Mann-Wesens wird gerne ausgeblendet.

Ebenso spannend ist, wie es sich mit der Abwendung sonstiger Risiken der V-Mann-Tätigkeit verhält. Bei verdeckten Ermittlern steht die Existenz einer Fürsorgepflicht ausser Frage. Der Staat sorgt sich um seine eigenen Leute. Der V-Mann scheint dagegen auf eigenes Risiko tätig zu werden. Da er nach dem Standardnarrativ Privater ist und autonom handelt, besteht kein Ansatzpunkt für eine besondere staatliche Fürsorge. Auch hier gilt es das oben Gesagte in Erinnerung zu rufen. Die Vertrauensperson wird vom Staat angeworben und unter dessen Führung im Interesse staatlicher Informationssammlung tätig, nicht selten in sehr gefährlicher Umgebung. Fürsorge ist das Mindeste, was der Staat schuldet, wenn er Personen für eine mitunter beträchtliche Dauer für derartige Tätigkeiten in Anspruch nimmt. Das hat auch für sich abzeichnende Suchtprobleme und psychische Schwierigkeiten zu gelten. Die federführenden Behörden können sich nicht mit formalen Argumenten aus der Verantwortung winden.

Dessen ungeachtet bleibt die Hauptschwierigkeit in dieser Fallkategorie die Präzisierung der Eingriffssituationen. Überdies dürfte zur Erfüllung der akuten Schutzpflichten eher selten eine umfassendere gesetzgeberische Intervention notwendig sein. Dies berührt vielmehr den Aspekt positiver staatlicher Gewährleistungsverantwortung.

### C. Positive Gewährleistungspflichten

Eine positive Gewährleistungsverantwortung erwächst aus Situationen, in denen sich ein wirksamer Grundrechtsschutz nur erreichen lässt, wenn der Staat bestimmte Organisations- und Verfahrensstrukturen schafft oder gewichtige widerstreitende Grundrechtsinteressen (und öffentliche Interessen) in multipolaren Spannungslagen rechtssicher zu einem wechselseitigen Ausgleich bringt und für klare, berechenbare Grenzen und Modalitäten des Freiheitsgebrauchs sorgt. Eine entsprechende Indikationslage scheint man von behördlicher Seite bei Vertrauenspersonen nicht zu sehen. Das ist eine erstaunliche Fehleinschätzung. Bei genauerer Analyse stösst man auf eine ganze Reihe von gewichtigen Gründen, die eine Gewährleistungsverantwortung mehr als nur nahelegen. Die Regelungsbedürftigkeit folgt schon daraus, dass im Verhältnis zwischen den involvierten Privaten (V-Person, Zielpersonen, Drittbetroffene) verlässlich bestimmt sein muss, wo das unzulässige Eindringen in die Privatsphäre beginnt. Der Staat hat Grenzen zu setzen, um Verkürzungen des Freiheitsgebrauchs infolge unklarer Rechtsverhältnisse zu verhindern. Sicherlich sind die Grenzen zulässiger Täuschung und Zwangsausübung (zum Schutz der Privat- und Intimsphäre) generell nicht leicht zu ziehen. Das entbindet den Staat aber nicht von der Verantwortung, wenn er Personen rekrutiert, die in seinem Interesse Informationen sammeln sollen. Inakzeptabel und nicht begründbar ist es, die V-Person als reinen Privatmann zu fingieren, um das Regelungsbedürfnis herunterzuspielen.

Betrachtet man die strafverfahrensrechtlichen Implikationen des V-Mann-Einsatzes, offenbart sich zudem gleich an mehreren Stellen ein vitales Bedürfnis, der Umgehung strafprozessualer Sicherungsmechanismen entgegenzuwirken. Das beginnt schon mit der drohenden Umgehung des Verdachtserfordernisses. Durch ihre dauerhafte Einbindung in kriminelle Milieus werden V-Personen leicht zu Instrumenten der Vorfeldermittlung und Verdachtsausforschung. Man bewegt sich hier haarscharf an (und nach

Auffassung vieler womöglich jenseits) der Grenze des strafprozessual Zulässigen. Dieser Herausforderung ist nicht bereits dadurch abgeholfen, dass man Vertrauenspersonen im Polizeirecht verortet. Zweifelsohne können sie (vielleicht sogar insbesondere) bei der präventiven Polizeiarbeit wichtige Dienste leisten. Sie bleiben aber in jedem Fall Zwitter und müssen entsprechend sowohl polizeirechtlich als auch strafprozessrechtlich erfasst werden. Besonders herausfordernd ist dabei die Regulierung des verfahrenstechnischen Übergangs vom Polizeirecht ins Strafverfahrensrecht sowie der Informationstransfer zwischen diesen Bereichen.

Mit Händen zu greifen ist ferner die Gefahr, dass Eingriffsvoraussetzungen für Zwangsmassnahmen unterlaufen werden. Der V-Mann ist eine lebende Wanze. Er ist der Fleisch gewordene Lausch- und Spähangriff. In unmittelbarem Zusammenhang mit solchen heimlichen Methoden ist auch eine Umgehung von Auskunft- und Zeugnisverweigerungsrechten zu befürchten. Das initiierte Gespräch mit dem V-Mann ist kein Plausch unter Bekannten, bei dem Bürger von vornherein keinen absoluten Schutz gegen Weitergabe der Inhalte haben. Die Erfahrung lehrt überdies, dass das Risiko der Tatprovokation in den typischen Einsatzfeldern (z.B. bei Drogendelikten, aber auch bei Korruption) als nicht gering zu veranschlagen ist. Das verlangt nach einer hinreichend anwendungssicheren Fixierung der zulässigen Einwirkung bzw. passiven Begleitung von Straftaten. Freilich schlummert hier schon das nächste Problem: die Unterbindung eigener Straftaten des V-Manns. Bei der gegenwärtigen Rechtslage glaubt man (irrtümlich), sich von jeglicher Verantwortung freizeichnen zu können, weil der V-Mann ja auf eigenes Risiko als Privater handle. Das Risiko, sich innerhalb des Einsatzmilieus strafbar zu machen bzw. es zwangsläufig zu müssen, darf nicht (durch absichtliches Nichthinsehen) hingegenommen werden. Der V-Mann braucht Klarheit darüber, was er angesichts einer wachsenden Zahl von Delikten, die Mitgliedschaften und auch sehr vage Unterstützungsleistungen kriminalisieren, tun darf.

Spiegelbildlich betrifft dies natürlich auch den Quellenführer als potenziellen Beteiligten. Er muss ggf. durch Belehrungen und erzieherische Impulse auf die Vertrauensperson einwirken. Stattdessen werden V-Personen heute vielfach allein gelassen. Sie werden sich nicht selten irrtümlich darauf verlassen, aufgrund ihrer Beziehung zur Polizei rechtlich geschützt oder Inhaber von Sonderrechten zu sein. Dies ist aber nicht der Fall. Allenfalls über Beteiligungsdogmatik sowie Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wird der V-Mann seinen Kopf aus der Schlinge ziehen können, und auch das nur dann, wenn der Staat in Strafverfahren die V-Mann-Tätigkeit offenlegt. Kurzum: ein rechtsstaatlich inakzeptabler Zustand.

### III. Mindestinhalte einer Regelung

Um die aufgezeigten Gefahren zu bändigen, müsste eine künftige Regelung, ähnlich wie beim verdeckten Ermittler, genau festlegen, wer überhaupt als V-Mann angeworben werden darf, was er unternehmen darf und wie Polizei und Staatsanwaltschaft mit ihm umzugehen haben. Damit sind Aufsichts- und Weisungsfragen sowie Fürsorgepflichten angesprochen. Als äusserst heikel erweist sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob Informationen über laufende Ermittlungsmassnahmen im beobachtenden Umfeld und Warnungen vor Zugriffen ausgesprochen werden dürfen, wenn dies erforderlich scheint, um die Fortsetzung der V-Mann-Tätigkeit sicherzustellen. Um Wildwuchs und Rechtsunsicherheit vorzubeugen, müssten ferner Protokollierungsstandards eingeführt werden. Damit würde auch die nötige Transparenz geschaffen, um eine wirksame Kontrolle durch Behördenleitung und Justiz zu ermöglichen. Ähnlich verhält es sich beim neuralgischen Problem der Ent- oder Belohnung. Die aktuelle «nicht-regulierte Selbstregulierung» durch die Polizei ist ein wichtiger erster Schritt, aber nicht hinreichend. Sie setzt alle Beteiligten grosser Rechtsunsicherheit und sogar Strafbarkeitsrisiken auf Seiten der Quellenführer aus, wie aktuelle Fälle zeigen. Während die Festlegung konkreter Tarife sicherlich den kantonalen

Behörden überlassen werden könnte, müsste zumindest gesetzlich geklärt sein, worauf eine Vertrauensperson wann Anspruch hat; denkbar wären Geldzahlungen, Unterstützungsleistungen für die Familie, aufenthaltsrechtliche Privilegien, Hafterleichterungen oder gar Verfahrenseinstellungen, aber vor allem auch Vertraulichkeitszusicherungen und etwaige Schutzmassnahmen.

Schliesslich lassen sich vitale Geheimhaltungsinteressen des Staates bzgl. seiner operativen Methoden, Anwerbep Praxis und Einsatztaktik nicht leugnen. Eine Regelung von Akteneinsichts-, Auskunfts- oder Konfrontationsersuchen muss ihnen adäquat Rechnung tragen. Sie können freilich keinen generellen und absoluten Vorrang geniessen.

#### IV. Schluss

Dieser kursorische Aufriss sollte gezeigt haben, dass der rechtliche Status Quo dringend der Überarbeitung bedarf. Dabei geht es primär darum, den Einsatz von Vertrauenspersonen

rechtssicher und (multidimensional) grundrechtskonform auszugestalten. Weder sollen Vertrauenspersonen unbotmässig privilegiert werden, noch handelt es sich um einen Generalangriff auf das Instrument als solches. Vertrauenspersonen können ein effektives und wichtiges Instrument der Gefahrenprävention und Strafverfolgung sein. Eine bessere Regulierung mag zunächst unbequem erscheinen und zu Reibungsverlusten führen. Sie stärkt mittelfristig aber Rechtsstaatlichkeit und Effektivität staatlichen Handelns. Ohnehin werden in einzelnen Kantonen bereits Dienstbefehle zur Führung von Quellen und zur Verwendung ihrer Informationen erlassen und im Umgang mit Vertrauenspersonen Standards gepflegt, die eine solide Ausgangsbasis für eine einfachrechtliche Regelung bilden. Dieser Beitrag zu Ehren von **Christian Schwarzenegger**, der sich wissenschaftlich über Jahrzehnte mit empirischen und institutionellen Fragen der Kriminalitätsprävention beschäftigt hat, sollte uns aber vor Augen geführt haben, dass dies noch lange nicht reicht.



# Die Beschlagnahme als Zwangsmassnahme

Daniel Jositsch & George Poulikakos

## Wie lange ist zu lange?

**Gegenstand dieser Untersuchung ist die Beschlagnahme gemäss Art. 263 ff. StPO und deren Ausgestaltung als Zwangsmassnahme. Dabei wird der Frage nachgegangen, wie lange eine Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person maximal dauern kann, um noch als verhältnismässig zu gelten. Hierfür wird eine Analyse der Rechtsprechung des EGMR zur übermässig langen Verfahrensdauer gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK herangezogen, in der Richtwerte zur allgemein maximal zulässigen Dauer des Strafverfahrens gebildet wurden. Sodann werden diese Richtwerte übertragen auf die maximal zulässige Dauer der Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person. Schliesslich wird vorgeschlagen, diese Richtwerte zu reduzieren für Beschlagnahmen, die gegen nicht beschuldigte Personen angeordnet werden.**

### I. Beschlagnahme als Zwangsmassnahme allgemein

#### A. Begriff

Der Begriff der Beschlagnahme wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Mit Beschlagnahme meint man zunächst eine **Zwangsmassnahme**, die der vorläufigen staatlichen Sicherstellung von Gegenständen und Vermögenswerten ohne Einverständnis der betroffenen Person dient, damit diese beschlagnahmten Vermögens-

werte und Gegenstände eventuell im Verlauf des Strafprozesses verwendet werden können.<sup>1</sup> Im Unterschied zur Einziehung gemäss Art. 69 ff. StGB bleiben die Besitz- und Eigentumsverhältnisse der beschlagnahmten Gegenstände respektive Vermögenswerte durch die Beschlagnahme unberührt.<sup>2</sup> Es gibt jedoch Konstellationen, in denen eine Beschlagnahme etwa wegen ihrer Dauer die Verwendung der beschlagnahmten Sachen zum vorgesehenen Zweck verunmöglicht.<sup>3</sup> Damit würde sie einen irreversiblen Eingriff in die Eigentums- und Vermögensrechte der Betroffenen darstellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts

<sup>1</sup> Bommer/Goldschmid, Vor Art. 263-268 N 1, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014; Heimgartner, Art. 263 N 1, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014; Riklin, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 263 N 1; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 1108.

<sup>2</sup> BGE 120 IV 299; vgl. Schmid/Jositsch (Fn. 1), N 1109; Riedo/Fiolka/Niggli, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1934.

<sup>3</sup> So unter anderem bei verderblichen Gegenständen, vgl. Fn. 4.

ist in solchen Fällen keine Beschlagnahme zu verfügen.<sup>4</sup>

Trotzdem hat die Beschlagnahme auf die zivilrechtlichen Ansprüche der betroffenen Person einen Einfluss. Es wird ihr verunmöglicht, tatsächlich über die beschlagnahmten Gegenstände respektive Vermögenswerte zu verfügen und Eigentumsrechte auszuüben.<sup>5</sup> Dieser Eingriff in die Verfügungsmacht der betroffenen Person kann auch über eine längere Zeit andauern, denn über die Verwendung der beschlagnahmten Gegenstände respektive Vermögenswerte wird erst beim Abschluss des Verfahrens entschieden.<sup>6</sup>

### B. Betroffene

Die Beschlagnahme kann nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 263 Abs. 1 StPO gegen die **beschuldigte Person** oder eine **Drittperson** gerichtet sein, wobei die Einschränkungen nach Art. 264 StPO zu beachten sind.<sup>7</sup> Eine Unterscheidung in der Ausgestaltung einer Beschlagnahme gegen die beschuldigte Person im Vergleich zu einer Drittperson ergibt sich nicht direkt aus Art. 263 StPO. Zu beachten ist aber, dass für die Beschlagnahme als Zwangsmassnahme die allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen nach Art. 196 StPO gelten.<sup>8</sup> Entsprechend wäre gemäss Art. 197 Abs. 2 StPO eine Beschlagnahme dann besonders zurückhaltend einzusetzen, wenn sie in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen, mithin Drittpersonen nach Art. 263 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 Abs. 1 lit. f StPO, eingreift.<sup>9</sup> Sofern also eine Beschlagnahme gegen eine

nicht beschuldigte Person angeordnet wird, muss von restriktiveren Voraussetzungen ausgegangen werden, als dies bei einer Beschlagnahme gegenüber einer beschuldigten Person der Fall wäre.<sup>10</sup>

### C. Objekte

Die Bestimmungen zur Beschlagnahme erfassen zwei beschlagnahmefähige Objekte: **Gegenstände** und **Vermögenswerte**.<sup>11</sup> Dabei wird der Begriff «Gegenstände» i.S.v. Art. 263 Abs. 1 StPO durch die Bestimmung zur Sicherheitseinziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB konkretisiert. Er erfasst demnach Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Gemeint sind mithin nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre nur körperliche Objekte.<sup>12</sup>

Der Begriff «Vermögenswerte» i.S.v. Art. 263 Abs. 1 StPO wird wiederum durch die Bestimmung zur Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 70 Abs. 1 StGB konkretisiert. Beschlagnahmefähig sind somit Vermögenswerte, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen.<sup>13</sup>

## II. Voraussetzungen der Beschlagnahme

### A. Allgemein aus Art. 197 Abs. 1 StPO

Die Beschlagnahme ist eine Zwangsmassnahme i.S.v. Art. 196 lit. a und b StPO und muss

4 Urteil des BGer vom 23.05.2012, 1B\_26/2012; dabei geht es primär um das Umpflügen und Vernichten von Hanffeldern. Dies sei ein Eingriff von definitivem Charakter und nach Bundesgericht eine zivilrechtliche Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK, für die der Richter zuständig ist. Nach Schmid/Jositsch (Fn. 1), N 1109, hat der Staatsanwalt in solchen Fällen einen Einziehungsbefehl zu erlassen, der mittels Einsprache an das erstinstanzliche Gericht weitergezogen werden kann (Art. 377 Abs. 2 StPO).

5 Riedo/Fiolka/Niggli (Fn. 2), N 1934.

6 Vgl. Art. 267 StPO.

7 Vgl. Schmid/Jositsch (Fn. 1), N 1119 ff.

8 Näheres dazu hinten, II.A.

9 Vgl. Bommer/Goldschmid, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 3.

10 Näheres dazu hinten, VII.

11 Bommer/Goldschmid, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 7.

12 BGE 126 I 50, E. 4c; Aepli, Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, Zürich 2004, 59; Bommer, in: Schwarzenegger/Arter/Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Strafrecht, Bern 2005, 178; Thommen, in: Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 69 N 137; Trechsel/Jean-Richard, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 69 N 1; a.M. Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, Zürich/Basel/Genf 2011, 89.

13 Zum Ganzen vgl. Bommer/Goldschmid, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 7.



demnach den gesetzlichen Voraussetzungen der Zwangsmassnahme nach Art. 197 StPO genügen. Konkret bedeutet dies, dass eine Beschlagnahme nur angeordnet werden kann, wenn sie das Ziel verfolgt, Beweise zu sichern (Art. 196 lit. a StPO), die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen (Art. 196 lit. b StPO) oder die Vollstreckung des Endentscheides zu gewährleisten (Art. 196 lit. c StPO). Die Aufzählung der möglichen Ziele für Zwangsmassnahmen aus Art. 196 StPO ist abschliessend, so dass eine Beschlagnahme unzulässig wäre, wenn sie andere Ziele verfolgt als diejenigen von Art. 196 lit. a-c StPO. Entsprechend fällt es etwa ausser Betracht, ein Konto zu sperren, um die Begehung von (weiteren) allenfalls strafbaren Handlungen zu verhindern.<sup>14</sup>

Die Beschlagnahme stellt in der Regel einen mittelschweren bis schweren Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum und Besitztum (Art. 26 BV), unter Umständen auch in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), der betroffenen Person dar. Hierfür verlangt die Praxis des Bundesgerichts eine «klare und eindeutige Grundlage in einem formellen Gesetz»<sup>15</sup>, um den allgemeinen Anforderungen an Grundrechtseingriffe aus Art. 36 Abs. 1 BV zu genügen. Diese wurden für den Anwendungsbereich der StPO in Art. 197 StPO auf Gesetzesebene konkretisiert.<sup>16</sup> Erforderlich für die Beschlagnahme sind demnach eine gesetzliche Grundlage (Art. 197 lit. a StPO), ein hinreichender Tatverdacht (Art. 197 lit. b StPO) sowie Verhältnismässigkeit (Art. 197 lit. c und d StPO). Soweit sie in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen eingreift, ist die Beschlagnahme

besonders zurückhaltend einzusetzen (Art. 197 Abs. 2 StPO).

Für die Beschlagnahme ergibt sich die **gesetzliche Grundlage** aus Art. 263 ff. StPO.<sup>17</sup> Problematisch sind die Art. 263 ff. StPO als gesetzliche Grundlage erst im Rahmen der vorzeitigen Vernichtung von beschlagnahmten verderblichen Gegenständen, da solche Massnahmen sich nicht auf die Bestimmungen der Beschlagnahme stützen lassen.<sup>18</sup> Entsprechend kann gestützt auf Art. 263 ff. StPO keine vorzeitige Vernichtung etwa von Hanfpflanzen angeordnet werden.<sup>19</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Voraussetzung für die Beschlagnahme «ein hinreichender, objektiv begründeter konkreter Tatverdacht gegenüber dem Inhaber des Gegenstandes bzw. Vermögenswertes oder einem Dritten»<sup>20</sup>. Ein für die Beschlagnahme **hinreichender Tatverdacht** liegt somit vor, wenn ernsthafte konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass sich ein strafrechtlich relevanter tatbestandsmässiger Sachverhalt ereignet hat.<sup>21</sup>

An den hinreichenden Tatverdacht sind am Anfang der Untersuchung noch weniger hohe Anforderungen zu stellen, als wenn die Ermittlungen bereits weiter vorangeschritten sind.<sup>22</sup> Es wird zwar nicht – in Abgrenzung zum dringenden Tatverdacht – vorausgesetzt, dass Beweise und Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen;<sup>23</sup> allerdings muss sich

<sup>14</sup> OGer Schaffhausen, 14.11.2008, SJZ 105/2009, 510 f.; vgl. **Bommer/Goldschmid**, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 9 f.

<sup>15</sup> BGE 130 I 360, E. 1.2.

<sup>16</sup> Vgl. **Heimgartner** (Fn. 12), 14; **Heimgartner**, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 4a. Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses für die Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 Abs. 2 BV «versteckt» sich dabei nach der Lehre im hinreichenden Tatverdacht gemäss Art. 197 lit. b StPO: das öffentliche Interesse liege in der Strafverfolgung bzw. in der Durchsetzung eines allfälligen staatlichen Strafanspruchs. Dies setzt einen mindestens hinreichenden Tatverdacht voraus, um dessen Klärung es im Verfahren geht, vgl. **Bommer/Goldschmid**, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 11 m.w.N.

<sup>17</sup> **Heimgartner**, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 4.

<sup>18</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>19</sup> Näheres dazu **Bommer/Goldschmid**, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 14.

<sup>20</sup> BGE 124 IV 313, E. 4; BGE 122 IV 91, E. 4; BGer vom 07.06.2005, 1S.16/2005, E. 5.2; BGer vom 03.09.2002, 8G.73/2002, E. 3 und 4; kritisch zum hinreichenden Tatverdacht als Voraussetzung der Beschlagnahme **Bommer/Goldschmid**, BSK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 18 ff.

<sup>21</sup> **Heimgartner** (Fn. 12), 126.

<sup>22</sup> BGE 124 IV 313, E. 4; vgl. BGE 122 IV 91 E. 4; BGer vom 07.06.2005, 1S.16/2005, E. 5.2; BGer vom 03.09.2002, 8G.73/2002, E. 3 und 4.

<sup>23</sup> BGE 137 IV 122, E. 3.2; BGE 124 IV 313, E. 4; BGer vom 23.02.2012, 1B\_588/2011, E. 6.1.

der Tatverdacht **im Verlaufe der Ermittlungen weiter verdichten**.<sup>24</sup> Die Verdachtslage unterliegt mit anderen Worten einer umso strengeren Prüfung, je weiter das Verfahren fortgeschritten ist.<sup>25</sup> Zu berücksichtigen ist demnach die Intensität des vor der Zwangsmassnahme bestehenden Tatverdachts: Falls bereits früh konkrete, belastende Beweise vorliegen, kann es für die Fortdauer der Zwangsmassnahme genügen, wenn der Tatverdacht im Laufe der Ermittlungen weder ausgeräumt noch deutlich abgeschwächt wird.<sup>26</sup> Sinkt die Eingriffsintensität der Zwangsmassnahme – was bei einer andauernden Beschlagnahme aber nicht wirklich der Fall sein kann – so ist an den Nachweis des Tatverdachts in der Regel ein weniger strenger Massstab anzulegen.<sup>27</sup>

Die Abgrenzung verschiedener Verdachtsstufen, namentlich des dringenden Tatverdachts vom hinreichenden Tatverdacht, ist in der Praxis schwierig. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt ein dringender Tatverdacht vor, wenn die vorhandenen Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen.<sup>28</sup> Der hinreichende Tatverdacht unterscheidet sich vom dringenden Tatverdacht vor allem durch graduelle Elemente hinsichtlich der Beweislage.<sup>29</sup> Ein dringender Tatverdacht ist für die Beschlagnahme nicht erforderlich.<sup>30</sup>

Die **Verhältnismässigkeit** der Beschlagnahme ist anhand der verfassungsrechtlichen Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit (Subsidiaritätsprinzip) und Verhältnismässigkeit i.e.S (auch Proportionalität) zu beurteilen und

muss in jedem einzelnen Fall geprüft werden.<sup>31</sup> Konkretisiert werden die Kriterien der Erforderlichkeit (Subsidiaritätsprinzip) und Proportionalität in Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO, wonach für die Zulässigkeit der Anordnung der Beschlagnahme die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Beschlagnahme rechtfertigt (lit. d). Das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO ist auch dann zu beachten, wenn verschiedene Zwangsmassnahmen mit unterschiedlicher Eingriffsintensität zur Diskussion stehen. Reicht etwa eine blosser Hausdurchsuchung zur Sicherung eines Beweises aus, so darf keine Untersuchungshaft angeordnet werden.<sup>32</sup> Das Erfordernis der Proportionalität verlangt, dass vom Grundrechtseingriff durch die Zwangsmassnahme abgesehen werden muss, wenn Eingriffszweck und Eingriffswirkung nicht in einer vernünftigen Relation stehen.<sup>33</sup> So kann etwa bei einer Übertretung keine Haft angeordnet werden (Art. 221 Abs. 1 StPO).<sup>34</sup> Im Rahmen der Verhältnismässigkeitprüfung der in Frage stehenden Beschlagnahme ist sodann deren **Zeitdauer** zu berücksichtigen.<sup>35</sup> Dies bedeutet, dass eine ursprünglich zumutbare Zwangsmassnahme nach einer gewissen Zeitdauer unzumutbar werden kann und somit nicht mehr verhältnismässig wäre.<sup>36</sup>

Weiter finden sich in den Bestimmungen über die Beschlagnahme andere Konkretisierungen des Verhältnismässigkeitprinzips, etwa die Nachrangigkeit der Beschlagnahme gegenüber der Editionsauflage gemäss Art. 265 Abs. 1 und 4 StPO, die Pflicht zur vorzeitigen Verwertung von Gegenständen mit schneller Wertverminderung gemäss Art. 266 Abs. 5 StPO

<sup>24</sup> BGer vom 27.03.2007, 1B\_34/2007, E. 3.3; BGer vom 10.10.2012, 1B\_501/2012, E. 5.2.

<sup>25</sup> BStGer vom 14.09.2018, BB.2018.114, E. 3.1; BStGer vom 30.05.2011, BB.2011.25, E. 3.2.

<sup>26</sup> BGer vom 26.07.2013, 1B\_230/2013, E. 5.1.2-5.1.5 m.w.H.

<sup>27</sup> BGer vom 17.12.2007, 1B\_139/2007.

<sup>28</sup> BGE 137 IV 127; BGE 116 Ia 143.

<sup>29</sup> BStGer vom 14.07.2009, BV.2009.16.

<sup>30</sup> BGer vom 09.01.2012, 1B\_636/2011, E. 2.2.3.

<sup>31</sup> BGE 130 I 360, E. 1.2.

<sup>32</sup> Hug/Scheidegger, ZK StPO (Fn. 1), Art. 197 N 18.

<sup>33</sup> BGE 133 I 81; BGE 134 I 218.

<sup>34</sup> Zum Ganzen Hug/Scheidegger, ZK StPO (Fn. 1), Art. 197 N 20.

<sup>35</sup> Weber, BSK StPO (Fn. 1), Art. 197 N 11.

<sup>36</sup> BGE 131 I 425, E. 6.4.

oder zur Anlage beschlagnahmter Vermögenswerte gemäss Art. 266 Abs. 6 StPO.<sup>37</sup>

### B. Materiell

Neben den allgemein für die Anordnung von Zwangsmassnahmen geltenden Voraussetzungen<sup>38</sup> bedarf es nach Art. 263 Abs. 1 StPO für die Beschlagnahme der Wahrscheinlichkeit, dass die beschlagnahmten Objekte im Verlaufe des Strafverfahrens zu einem der angestrebten Zwecke aus Art. 263 Abs. 1 lit. a-d StPO gebraucht werden.<sup>39</sup> Obwohl sich die Prognose auf «tatsächliche Anhaltspunkte» stützen muss,<sup>40</sup> verlangt die Rechtsprechung, dass die Anforderungen an die voraussichtliche Verwendung im Verlauf des Verfahrens zunehmen.<sup>41</sup> So genügt am Anfang der Strafuntersuchung noch eine einfache Wahrscheinlichkeit, wohingegen für eine Beschlagnahme über eine längere Zeit verlangt werden muss, dass sich die Verdachtsmomente im Laufe der Ermittlungen erhärten und ein Kausalzusammenhang zwischen den beschlagnahmten Gegenständen und der untersuchten Tat sehr wahrscheinlich erscheint.<sup>42</sup> Die StPO kennt aber keine spezifischen zeitlichen Grenzen, in denen sich der Tatverdacht qualitativ erhärtet haben muss.<sup>43</sup> Die entsprechende Grenze muss grundsätzlich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eruiert werden.<sup>44</sup>

Die Beschlagnahme ist nur zulässig, wenn die Gründe für ein Beschlagnahmeverbot gemäss Art. 264 StPO nicht greifen oder andere materielle bzw. prozessuale Hindernisse eine Be-

schlagnahme nicht verunmöglichen.<sup>45</sup> So wäre etwa die Beschlagnahme von Vermögenswerten nicht möglich, wenn die Einziehung gemäss Art. 70 Abs. 3 StGB bereits verjährt ist.<sup>46</sup>

### C. Formell

Verlangt ist (mindestens) die zeitnahe Eröffnung eines Strafverfahrens oder eines selbständigen Einziehungsverfahrens<sup>47</sup> sowie ein schriftlicher Beschlagnahmebefehl. Zuständig für die Anordnung des Beschlagnahmebefehls sind gemäss Art. 198 Abs. 1 lit. a und b StPO die Staatsanwaltschaft und das Gericht. Nach Art. 263 Abs. 2 StPO kann die Beschlagnahme in dringenden Fällen mündlich angeordnet werden; sie ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen.<sup>48</sup> Der Beschlagnahmebefehl ist nach dem Wortlaut des Gesetzes kurz zu begründen. Er sollte somit Ausführungen zum inkriminierten Sachverhalt sowie zur Beweislage enthalten, die den Tatverdacht begründet, sowie den mutmasslichen Zusammenhang zwischen Delikt und Beschlagnahmeobjekt<sup>49</sup> aufzeigen.<sup>50</sup> Zudem muss aus dem Beschlagnahmebefehl hervorgehen, zu welchem Zweck das fragliche Objekt beschlagnahmt wird, mithin um welche Beschlagnahmeart gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. a-d StPO es sich handelt; die betreffenden Gesetzesbestimmungen sind aufzuführen.<sup>51</sup>

### III. Beschlagnahmearten

Das Gesetz unterscheidet zwischen der Beweismittelbeschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO), der Deckungsbeschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. b und Art. 268 StPO), der Restitutions-

<sup>37</sup> Bommer/Goldschmid, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 15.

<sup>38</sup> Vgl. vorne, II.A.

<sup>39</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 263 Abs. 1 StPO: «[...] wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich [...] gebraucht werden».

<sup>40</sup> Heimgartner, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 12.

<sup>41</sup> BGER vom 25.10.2007, 1B\_157/2007, E. 2.2.

<sup>42</sup> BStGer vom 04.07.2012, BB.2012.10, E. 3.1, wobei hiervon die Deckungs- und Ersatzforderungsbeschlagnahmen ausgenommen sind.

<sup>43</sup> Heimgartner, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 13.

<sup>44</sup> Weber, BSK StPO (Fn. 1), Art. 197 N 11; vgl. hinten, VI.

<sup>45</sup> Heimgartner, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 14.

<sup>46</sup> Näheres dazu Heimgartner (Fn. 12), 109 ff.

<sup>47</sup> Heimgartner, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 12; a.M. Bommer/Goldschmid, BSK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 11, die ein laufendes Strafverfahren voraussetzen.

<sup>48</sup> Vgl. Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Auflage, Basel 2016, 158.

<sup>49</sup> Wobei hiervon die Deckungs- und Ersatzforderungsbeschlagnahmen ausgenommen sind.

<sup>50</sup> BStGer vom 17.08.2013, BB.2012.1657, E. 3.1; BGER vom 16.07.2002, 1A.95/2002, E.3.3; wobei auch sehr knappe, rudimentäre Begründungen von der Rechtsprechung als genügend angesehen werden, vgl. BStGer vom 14.09.2018, BB.2018.114, E. 4.3.

<sup>51</sup> BGER vom 20.03.2014, 1B\_18/2014, E. 2.2.

beschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. c StPO) und der Konfiskationsbeschlagnahme oder Einziehungsbeschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO).<sup>52</sup> Die Ersatzforderungsbeschlagnahme ist in der StPO nicht geregelt, weil der Gesetzgeber es unterliess, die betreffende Bestimmung von Art. 71 Abs. 3 StGB in die StPO zu übertragen.<sup>53</sup> Um den Rahmen dieses Beitrags nicht zu übersteigen wird darauf verzichtet, näher auf die verschiedenen Beschlagnahmearten einzugehen.<sup>54</sup>

#### IV. Durchführung der Beschlagnahme gemäss Art. 266 StPO

Die Durchführung der Beschlagnahme wird in Art. 266 StPO geregelt und hängt davon ab, was beschlagnahmt werden soll. Handelt es sich um bewegliche Sachen, so werden diese physisch der von der Beschlagnahme betroffenen Person entzogen. Bei unbeweglichen Sachen, insbesondere Grundstücken, erfolgt die Beschlagnahme in Gestalt einer im Grundbuch eingetragenen Verfügungssperre i.S.v. Art. 266 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 56 lit. a der Grundbuchverordnung.<sup>55</sup> Bei der Beschlagnahme einer Forderung ergeht an den Schuldner der Hinweis, dass eine Zahlung an den Gläubiger die Schuldverpflichtung nicht tilgt (Art. 266 Abs. 4 StPO).<sup>56</sup>

Die Kontosperrung geht in ihrer eigentlichen Durchführung meistens über die blosser Beschlagnahme von Vermögenswerten hinaus: die Bank wird angewiesen, keine Verfügungen über ein bestimmtes Konto mehr zuzulassen oder zu veranlassen. Es handelt sich insofern eigentlich um eine Verfügungssperre.<sup>57</sup>

#### V. Entscheidung über die beschlaggenommenen Gegenstände und Vermögenswerte gemäss Art. 267 StPO

Wie alle Zwangsmassnahmen dürfen Beschlagnahmen nur so weit angeordnet und so lange aufrechterhalten werden, als sie verhältnismässig und im Hinblick auf ihren Zweck notwendig sind.<sup>58</sup> Ist der Grund für die Beschlagnahme weggefallen, so sind die Gegenstände respektive die Vermögenswerte den Berechtigten (mit schriftlicher und begründeter Verfügung) auszuhändigen (Art. 267 Abs. 1 StPO). Sofern Ansprüche an den Gegenständen oder Vermögenswerten strittig sind, so hat das Gericht nach Art. 267 Abs. 4 StPO über diese Ansprüche zu entscheiden.<sup>59</sup>

#### VI. Maximal zulässige Dauer der Beschlagnahme gegen beschuldigte Personen

##### A. Rechtsprechung in der Schweiz

Im Gesetz findet sich keine zeitliche Grenze für die zulässige Höchstdauer einer Beschlagnahme. Ein Blick in die bisherige Praxis ergibt folgendes Bild: Zunächst ist festzustellen, dass nur sehr wenig einschlägige schweizerische Rechtsprechung vorliegt, weil im Zusammenhang mit einer Beschlagnahme selten eine unverhältnismässig lange Dauer, sondern eher ein fehlender Tatverdacht oder fehlender Konnex zwischen Delikt und beschlaggenommenem Gegenstand respektive Vermögen gerügt wird. Falls eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips gerügt wird, dann eher aufgrund einer angeblichen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>60</sup>

Das Bundesstrafgericht befasste sich in einem jüngeren Entscheid jedoch mit der vorliegend interessierenden Frage.<sup>61</sup> Der Beschwerdeführer rügte konkret eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips in zeitlicher Hinsicht weil seit Anordnung der Beschlagnahme drei Jahre verstrichen seien, ohne dass

<sup>52</sup> Zur Terminologie vgl. *Heimgartner*, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 7 ff.

<sup>53</sup> Vgl. *Heimgartner*, ZK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 7 ff.

<sup>54</sup> Vgl. dazu ausführlich *Bommer/Goldschmid*, BSK StPO (Fn. 1), Art. 263 N 9 ff.

<sup>55</sup> Grundbuchverordnung vom 23. 09.2011 (SR 211.432.1, GBV); vgl. *Bommer/Goldschmid*, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 8.

<sup>56</sup> Zum Ganzen *Heimgartner*, ZK StPO (Fn. 1), Art. 266 N 1 ff.

<sup>57</sup> *Schmid/Jositsch* (Fn. 1), N 1129 Fn. 445; *Bommer/Goldschmid*, BSK StPO (Fn. 1), Vor Art. 263-268 N 8.

<sup>58</sup> *Schmid/Jositsch* (Fn. 1), N 1131.

<sup>59</sup> Näheres bei *Heimgartner*, ZK StPO (Fn. 1), Art. 267 N 6.

<sup>60</sup> Vgl. BGer vom 24.09.2018, 1B\_134/2018, E. 2.7.

<sup>61</sup> BStGer vom 31.08.2018, BB.2018.84.

es in der Strafuntersuchung tatsächlich zu Fortschritten gekommen wäre.<sup>62</sup> Die Beschwerde wurde aber abgewiesen, weil sich die Verfahrensdauer aufgrund der Komplexität des Verfahrens rechtfertige: die Bundesanwaltschaft habe zahlreiche Zahlungsflüsse untersuchen müssen, was sich als sehr aufwendig erwiesen habe. Zudem habe die Bundesanwaltschaft darlegen können, dass sie diverse Ermittlungshandlungen vorgenommen habe, sodass nicht geltend gemacht werden könne, es sei zu keinen Fortschritten in der Untersuchung gekommen.<sup>63</sup>

Aufgrund der spärlichen schweizerischen Praxis empfiehlt sich ein Blick auf diejenige des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Da keine klaren zeitlichen Schranken für die zulässige Dauer einer Beschlagnahme existieren, kann die reichhaltige Rechtsprechung des EGMR zur zulässigen Verfahrensdauer allgemein im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 EMRK herangezogen werden.<sup>64</sup> Anhand dieser lässt sich eruieren, wie lange eine Beschlagnahme im Rahmen eines Strafverfahrens maximal dauern kann, um überhaupt noch als mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar zu gelten. Denn die Beschlagnahme als Zwangsmassnahme in einem Strafverfahren kann nicht länger andauern, als das Strafverfahren selbst.

### B. Rechtsprechung des EGMR

Im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Verfahrensdauern prüft der EGMR, ob eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1

EMRK<sup>65</sup> vorliegt. Beginn des Verfahrens ist dabei am Tag, an dem eine Person angeklagt wird i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Konzeption der Anklage (Englisch: «charge») in Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist dabei materiell zu verstehen und hat nicht eine formelle Bedeutung.<sup>66</sup>

Die Anklage wird von der Rechtsprechung definiert als «*the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence*»<sup>67</sup>, aber «*it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.*» Für eine Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person käme letztere Definition zur Anwendung. Nach der Rechtsprechung gilt eine Person i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK durch eine Beschlagnahme als «*substantially affected*», sobald ein Beschlagnahmebefehl für Vermögenswerte oder Gegenstände der betroffenen Person ergeht.<sup>68</sup>

Es stellt sich die Frage, wie lange ein Verfahren andauern kann, um noch als «innerhalb angemessener Frist» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu gelten. Die Eruierung der zulässigen Verfahrensdauer erfolgt anhand einer Interessenabwägung. Die Kriterien der Interessenabwägung sind dabei nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR die «*Betroffenheit des Beschwerde-*

<sup>62</sup> BStGer vom 31.08.2018, BB.2018.84, E. 3.1.

<sup>63</sup> BStGer vom 31.08.2018, BB.2018.84, E. 3.2 ff.

<sup>64</sup> Vgl. Henzelin/Rordorf, When does the length of criminal proceedings become unreasonable according to the Court of Human Rights?, in: New Journal of European Criminal Law, 05/01, 2014.

<sup>65</sup> Art. 6 Ziff. 1 EMRK: «Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder - soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält - wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.»

<sup>66</sup> Urteil des EGMR vom 27.02.1980, *Deweere v. Belgium*, No. 6903/75, § 46.

<sup>67</sup> Urteil des EGMR vom 27.02.1980, *Deweere v. Belgium*, No. 6903/75, § 44.

<sup>68</sup> Urteil des EGMR vom 18.07.1994, *Venditelli v. Italy*, No. 14804/89, § 21.

führers, die Komplexität des Falles, das Verhalten des Beschwerdeführers sowie das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden»<sup>69</sup>. Henzelin/Rordorf haben anhand einer Analyse der Rechtsprechung des EGMR für das Jahr 2012 durch die Europäische Kommission für die Effizienz und Qualität der Justiz (CEPEJ) eine Kaskadenordnung für die zulässige Dauer von Strafverfahren aufgestellt. Nachstehend werden die Kaskadenordnung sowie die Rechtsprechung kurz zusammengefasst.<sup>70</sup>

Eine **Verfahrensdauer von weniger als 3 Jahren** erachtet der EGMR als grundsätzlich angemessen. Beschwerden wegen einer übermässig langen Verfahrensdauer und somit einer Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK werden fast immer als unbegründet abgewiesen:

- Urteile des EGMR *Trymbach v. Ukraine*, No. 44385/02, 12. Januar 2012 (2 Jahre 1 Monat, Ermittlungen wegen Mord. Der Beschwerdeführer rügte, sein Strafverfahren habe zu lange gedauert und die Staatsanwaltschaft hätte Beweise fabriziert);
- *J.M. v. Denmark*, No. 34421/09, 13. November 2012 (1 Jahre 4 Monat, Strafverfahren wegen Vergewaltigung. Der Beschwerdeführer rügte eine übermässig lange Dauer des Verfahrens).

Ausgenommen Fälle, in denen Verzögerungen im Verfahren auf das Verhalten der Strafbehörden zurückzuführen sind, erachtet der EGMR **Verfahrensdauern zwischen 3 – 5 Jahren** bei Behandlung der Streitigkeit durch mehrere Gerichte im Rahmen des Instanzenzugs als grundsätzlich zulässig:

- Urteile des EGMR *Ustyantsev v. Ukraine*, No. 3299/05 vom 12. Januar 2012 (3 Jahre 6 Monate und 3 Jahre 9 Monate für 2 Instanzen, Strafverfahren und Verurteilung wegen

Diebstahl eines Autos. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem die seines Erachtens konventionswidrigen Haftbedingungen wie auch eine unrechtmässige und überlange Untersuchungshaft sowie eine übermässig lange Verfahrensdauer);

- *Timoshin v. Russia*, No. 41643/04, 7. Februar 2012 (3 Jahre 5 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung wegen Diebstahl von Palladium aus militärischer Ausrüstung. Der Beschwerdeführer rügte eine überlange Verfahrensdauer);
- *Idalov v. Russia* (Grosse Kammer), No. 5826/03, 22. Mai 2012 (4 Jahre 11 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung wegen Entführung, Erpressung, illegalem Waffen- und Drogenbesitz. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem die seines Erachtens konventionswidrigen Haftbedingungen und Transferbedingungen in andere Vollzugsanstalten sowie eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Valeriy Kovalenko v. Russia*, No. 41716/08, 29. Mai 2012 (3 Jahre 6 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung wegen mehrfachen Betrugs. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem eine unrechtmässige und überlange Untersuchungshaft und Verfahrensdauer);
- *Mitkus v. Latvia*, No. 7259/03, 2. Oktober 2012 (3 Jahre 4 Monate für 3 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung zuerst wegen Erpressung und ein Jahr später wegen Raub. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem, dass er wegen medizinischer Behandlung in Gefangenschaft mit HIV infiziert worden sei sowie eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Struc v. the Republic of Moldova*, No. 40131/09, 4. Dezember 2012 (3 Jahre 10 Monate für 3 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung wegen Körperverletzung. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem Konventionsverletzungen wegen Folter durch die Polizei während der Untersuchungshaft sowie eine übermässige Verfahrensdauer).

Eine **Verfahrensdauer von mehr als 5 Jahren** wird nur ausnahmsweise als zulässig erachtet.

<sup>69</sup> Zum Ganzen: Urteile des EGMR vom 10.09.2010, *McFarlane v. Ireland*, No. 3133/06, §140; Urteil des EGMR vom 22.05.2012, *Idalov v. Russia*, No. 5826/03, § 186.

<sup>70</sup> Näheres dazu und mit ausführlicher Analyse bei Henzelin/Rordorf (Fn. 64), 82.

Dabei müssen die Strafbehörden nachweisen, dass sie das Verfahren mit genügender Sorgfalt geleitet haben, dass der Beschwerdeführer für Verzögerungen verantwortlich ist, dass es sich um einen besonders komplexen Fall handelt oder dass die Streitigkeit durch verschiedene Gerichte im Rahmen des Instanzenzugs behandelt wurde:

#### Unzulässige Verfahrensdauer:

- Urteile des EGMR *Kiryakov v. Ukraine*, No. 26124/03, 12. Januar 2012 (5 Jahre 5 Monate für 3 Instanzen; Ermittlungen unter anderem wegen Steuerbetrug und Amtsmissbrauch, schliesslich wurden alle Verfahren eingestellt. Der Beschwerdeführer rügte eine übermässig lange Dauer des Vorverfahrens);
- *Dimitar Vasilev v. Bulgaria*, No. 10302/05, 10. April 2012 (5 Jahre 6 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung wegen mehrfachen Diebstals und versuchten Diebstahls. Der Beschwerdeführer rügte eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Lambadaris v. Greece*, No. 47112/09, 17. April 2012 (5 Jahre 9 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren und Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung. Der Beschwerdeführer rügte eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Solovyevy v. Russia*, No. 918/02, 24. April 2012 (5 Jahre für 2 Instanzen, Strafverfahren und Verurteilung wegen Totschlag. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem konventionswidrige Haftbedingungen und eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Mahmut Öz v. Turkey*, No. 6840/08, 3. Juli 2012 (über 5 Jahre – noch hängig – für 2 Instanzen; Strafverfahren wegen Raub, Untersuchungshaft des minderjährigen Täters. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Grigoryan v. Armenia*, No. 3627/06, 10. Juli 2012 (5 Jahre und 3 Monate – nach 7 Jahren immer noch hängig im Vorverfahren, laufende Ermittlungen wegen Urkundenfälschung und Veruntreuung. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem einen fehlenden Tat-

verdacht sowie die übermässig lange Verfahrensdauer);

- *Kechev v. Bulgaria*, No. 13364/05, 26. Juli 2012 (über 5 Jahre und 3 Jahre 4 Monate für Vorverfahren; Ermittlungen wegen Amtsmissbrauch, Einstellung wegen mangelnder Beweise, ohne die beschuldigte Person zu informieren. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem eine übermässig lange Verfahrensdauer);
- *Pimentel Lourenço v. Portugal*, No. 9223/10, 23. Oktober 2012 (5 Jahre 4 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren wegen Geldwäscherei und Drogenhandel. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem eine übermässig lange Verfahrensdauer).

#### Zulässige Verfahrensdauer:

- Urteile des EGMR *Horych v. Poland*, No. 13621/08, 17. April 2012 (5 Jahre 6 Monate für 2 Instanzen; Strafverfahren wegen diversen Drogen delikten sowie Straftaten als Teil einer kriminellen Organisation. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem konventionswidrige Haftbedingungen wegen folterähnlicher Behandlung und eine übermässig lange Verfahrensdauer. Insbesondere aufgrund der Komplexität des Sachverhalts, die sich aus dem Bezug des Beschwerdeführers zur organisierten Kriminalität ergab, sei die Verfahrensdauer mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar);
- *Ghiță v. Romania*, No. 18817/04, 25. September 2012 (6 Jahre 5 Monate für 3 Instanzen und 2 Verfahren; Strafverfahren wegen Vergewaltigung, die zum Selbstmord des Opfers geführt habe. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem eine übermässig lange Verfahrensdauer. Aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und der sehr umfangreichen Beweiswürdigung durch die nationalen Gerichte, sowie, weil der EGMR keine längere Zeitphasen feststellen konnte, in denen das Verfahren nicht vorangetrieben wurde, sei die Verfahrensdauer mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar);
- *Borodin v. Russia*, No. 418671/04, 6. November 2012 (5 Jahre 3 Monate für 2 Instanzen;

Strafverfahren zunächst wegen Totschlag und dann Ermittlungen und Verurteilung wegen Mord. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem konventionswidrige Haftbedingungen und dass die ersten Ermittlungen wegen Totschlag übermässig lange gedauert hätten. Aufgrund der Komplexität des Sachverhalts, die eine ausführliche forensische Beweiserhebung verlangt habe, sowie, weil die Verzögerungen im Verfahren insbesondere auf das Verhalten des Beschwerdeführers selber zurückzuführen gewesen seien, sei die Verfahrensdauer mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar. Die Strafbehörden hätten dargelegt, dass sie die Untersuchungen mit genügender Sorgfalt durchgeführt haben).

Eine **Verfahrensdauer von mehr als 7 Jahren** hat der EGMR in fast allen Fällen als unangemessen erachtet. In den wenigen Urteilen, in denen eine Verfahrensdauer von mehr als 7 Jahren als zulässig erachtet wurde, waren Verzögerungen primär auf das Verhalten der beschuldigten Person zurückzuführen, aufgrund einer sehr hohen Komplexität oder aufgrund des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers gerechtfertigt:

- Urteile des EGMR *Dementjeva v. Latvia*, No. 17458/10, 13. März 2012 (Strafverfahren und Ermittlungen wegen Betrug. Der Beschwerdeführer rügte unter anderem eine übermässig lange Verfahrensdauer. Obwohl gewisse Verzögerungen auch auf das Verhalten der Strafbehörden zurückzuführen seien, sei die Verfahrensdauer aufgrund der Komplexität des Sachverhalts sowie den erheblichen Verzögerungen, die der Beschwerdeführer selber zu verantworten habe, mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar);
- *Breinesberger and Wenzelhuemer v. Austria*, No. 46601/07, 27. November 2012 (Strafverfahren und Ermittlungen wegen Betrug. Die Beschwerdeführer rügten unter anderem eine übermässig lange Verfahrensdauer. Aufgrund der sehr komplexen Natur des Verfahrens sei nach EGMR die lange Verfahrensdauer mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar);

- *Krakolinig v. Austria*, No. 33992/07, 10. Mai 2012 (Strafverfahren und Ermittlung unter anderem wegen Betrug und Veruntreuung dauerten aufgrund des Gesundheitszustands der beschuldigten Person über 20 Jahre. Der Beschwerdeführer rügte eine übermässig lange Verfahrensdauer. Da der objektive Grund für die Verfahrensverzögerungen, der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers, ausserhalb seines Machtbereichs und des Machtbereichs der Verfahrensleitung lag, sei die lange Verfahrensdauer mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar).

Die obige Einteilung für zulässige Verfahrensdauern allgemein soll als Orientierung dienen um zu eruieren, ob eine Beschlagnahme im Rahmen eines Strafverfahrens in zeitlicher Hinsicht noch als verhältnismässig anzusehen ist. Überträgt man die Rechtsprechung und die Grundsätze der Verhältnismässigkeitsprüfung des EGMR zur zulässigen Verfahrensdauer auf die maximal zulässige Dauer einer Beschlagnahme, so wäre eine Beschlagnahme in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich zulässig, wenn sie weniger als 3 Jahre dauert. Eine Beschlagnahme, die zwischen 3 und 5 Jahre dauert, wäre grundsätzlich auch zulässig, sofern das Verfahren mindestens vor die zweite Instanz gekommen ist. Eine Beschlagnahme, die mehr als 5 Jahren andauert, wäre in den meisten Fällen unzulässig und eine Beschlagnahme, die mehr als 7 Jahre andauert, wäre in fast allen Fällen unzulässig und nur in Extremfällen noch mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar.

Zu beachten ist dabei, dass sich die Verhältnismässigkeit in zeitlicher Hinsicht aufgrund der vom EGMR aufgestellten Kriterien ergibt. Eine Beschlagnahme von 6 Jahren ist somit nicht kategorisch unverhältnismässig, die lange Dauer kann sich aufgrund der Umstände des Einzelfalls, etwa eine sehr komplexe und aufwändige Untersuchung, (ausnahmsweise) rechtfertigen. Immerhin machen diese Richtwerte aber deutlich, wann die Dauer einer Beschlagnahme in Bezug auf die Verhältnis-



mässigkeit in zeitlicher Hinsicht mindestens problematisch ist.

## VII. Beschlagnahme als Zwangsmassnahme gegenüber nicht beschuldigten Personen

### A. Begriff

Wie unter II.A. ausgeführt, kann eine Beschlagnahme als Zwangsmassnahme im Sinn von Art. 196 StPO angeordnet werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, sie verhältnismässig ist und durch die Bedeutung der Straftat gerechtfertigt wird (Art. 197 Abs. 1 StPO). Soweit sie in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen eingreift, ist die Beschlagnahme **besonders zurückhaltend** einzusetzen (Art. 197 Abs. 2 StPO).<sup>71</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn sich die Beschlagnahme gegen eine Person richtet, gegen die keine Anklage formell erhoben worden ist.

### B. Voraussetzungen

Fraglich ist, wie sich die vom Gesetz – aufgrund der Erheblichkeit des Grundrechtseingriffs sinnvollerweise – geforderte besondere Zurückhaltung bei der Ausgestaltung der Beschlagnahme<sup>72</sup> gegen nicht beschuldigte Personen im Vergleich zu beschuldigten Personen manifestieren soll und kann. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person in ihren Voraussetzungen von der Beschlagnahme, die gegen eine beschuldigte Person angeordnet wird. Denn die **gesetzliche Grundlage bleibt gleich**, weil Art. 263 Abs. 1 StPO sowohl die beschuldigte Person wie auch Drittpersonen als mögliche Betroffene einer Beschlagnahme nennt. Für den **hinreichenden Tatverdacht** gilt, dass dieser nicht bei der nichtbeschuldigten Drittperson zu suchen ist; es liegt in dieser Konstellation zwangsläufig kein (unmittelbarer) Tatverdacht gegenüber dem Eigentümer des beschlagnahmten Gegenstands respektive Vermögenswerts vor. Vielmehr muss sich der Tatverdacht allgemein

auf das **Vorliegen einer strafbaren Handlung** beziehen.

Die vom Gesetz geforderte besondere Zurückhaltung dürfte sich – mangels anderer Möglichkeiten – insbesondere auf die Prüfung der **Verhältnismässigkeit** der in Frage stehenden Beschlagnahme auswirken. Nach der Rechtsprechung ist *e contrario* sogar ein besonders strenger Massstab an die Verhältnismässigkeit einer Beschlagnahme zu legen, die gegen eine nicht beschuldigte Person angeordnet wird.<sup>73</sup>

Um diesen besonders strengen Massstab an der Verhältnismässigkeitsprüfung zu konkretisieren, sollen zunächst die unter VI.B. aufgestellten Maximaldauern für Beschlagnahmen gegen **beschuldigte Personen** dienen. In zeitlicher Hinsicht wäre eine Beschlagnahme demnach grundsätzlich verhältnismässig, wenn sie weniger als 3 Jahre dauert. Sie wäre grundsätzlich auch verhältnismässig, wenn sie zwischen 3 und 5 Jahre dauert, sofern das Verfahren mindestens vor die zweite Instanz gekommen ist. Die Beschlagnahme wäre jedoch grundsätzlich unverhältnismässig, wenn sie mehr als 5 Jahre andauert und in fast allen Fällen unverhältnismässig, wenn sie mehr als 7 Jahre andauert. Es stellt sich mithin die Frage, wie diese Richtwerte anzupassen sind, um der besonders strengen Verhältnismässigkeitsprüfung zu genügen, die für eine Beschlagnahme gegen **nicht beschuldigte Personen** gefordert wird.

### C. Maximal zulässige Dauer für Beschlagnahmen gegen nicht beschuldigte Personen

Aufgrund des strengen Massstabs an die Verhältnismässigkeitsprüfung, die sich aus der Formulierung in Art. 197 Abs. 2 StPO ergibt,

<sup>71</sup> BGer vom 16.08.2018, 1B\_34/2018, E. 3.1.; BStGer vom 31.08.2018, BB.2018.84, E. 2; vgl. zur Entsiegelung BGer vom 25.10.2017, 1B\_269/2017, E. 3.1.

<sup>72</sup> Art. 263 Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Abs. 2 StPO.

<sup>73</sup> BGer vom 06.07.2018, 1B\_26/2018, E. 3.9: «Der Beschwerdeführer 1 ist im Übrigen Beschuldigter und wirtschaftlich berechtigter Mitinhaber des betroffenen Kontos. Insofern ist hier auch kein besonders strenger Massstab an die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahmen anzulegen». *E contrario* dürfte in Konstellationen, in welchen eine Beschlagnahme gegenüber einer nicht beschuldigten Person angeordnet wird, ein besonders strenger Massstab an die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme anzulegen sein.

ist zunächst festzuhalten, dass die maximal zulässige Dauer für eine Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person – bei ansonsten gleichen Voraussetzungen<sup>74</sup> – **kürzer** sein muss, als wenn die Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person angeordnet worden wäre. So kann grundsätzlich die Verhältnismässigkeit in zeitlicher Hinsicht bei einer strengeren Verhältnismässigkeitsprüfung gewahrt werden. Es dürfte jedoch nicht ausreichen, dass die Beschlagnahme bloss wenige Tage oder Wochen weniger andauert. Konkret müsste die Maximaldauer einer Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person **deutlich weniger lange** sein, als wenn die Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person angeordnet worden wäre; das Gesetz spricht schliesslich von **besonderer Zurückhaltung** bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen, die gegen nicht beschuldigte Personen angeordnet werden.

Wenn also eine Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person, die 2 Jahre und 11 Monate andauert, grundsätzlich in zeitlicher Hinsicht noch als verhältnismässig gilt, so wäre eine Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person – bei ansonsten gleichen Voraussetzungen – die 2 Jahre und 10 Monate andauert, in zeitlicher Hinsicht nicht verhältnismässig. Der zeitliche Unterschied wäre nicht signifikant genug um behaupten zu können, dass die Beschlagnahme einer besonders strengen Verhältnismässigkeitsprüfung genügen könnte. Vielmehr muss als Richtwert postuliert werden, dass Beschlagnahmen gegen nicht beschuldigte Personen – bei ansonsten gleichen Voraussetzungen<sup>75</sup> – **höchstens 2/3** der Maximaldauer haben dürfen, wie wenn sie gegen beschuldigte Personen angeordnet worden wären.<sup>76</sup> Mit anderen Worten sind die Richtwerte für die zulässige Maximaldauer einer Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person um 1/3 zu reduzieren, um den Richtwert zu erhalten für

die zulässige Maximaldauer einer Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person. So wäre eine Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person während maximal 2 Jahren (2/3 von 3 Jahren) in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich verhältnismässig. Sie wäre grundsätzlich auch verhältnismässig, wenn sie zwischen 2 und 3 1/3 Jahre (2/3 von 3 und 5 Jahren) dauert, sofern das Verfahren mindestens vor die zweite Instanz gekommen ist. Die Beschlagnahme wäre jedoch grundsätzlich unverhältnismässig, wenn sie mehr als 3 1/3 Jahre (2/3 von 5 Jahren) andauert und in fast allen Fällen unverhältnismässig, wenn sie mehr als 4 2/3 Jahre (2/3 von 7 Jahren) andauert.

Es handelt sich hierbei um eher konservative Richtwerte, die einerseits der **besonders strengen Verhältnismässigkeitsprüfung** standhalten können, die für Zwangsmassnahmen gegen nicht beschuldigte Personen gefordert werden muss. Andererseits soll aber die Ermittlungstätigkeit der Strafbehörden nicht ungebührlich eingeschränkt werden, wenn die Voraussetzungen der Beschlagnahme ansonsten grundsätzlich erfüllt sind. Somit erscheint der Lösungsvorschlag für die zulässige Maximaldauer einer Beschlagnahme gegen eine nicht beschuldigte Person als 2/3 der Maximaldauer einer Beschlagnahme, die gegen eine beschuldigte Person angeordnet wurde, als sinnvoll.

### VIII. Schlussbetrachtung

Wie lange eine Beschlagnahme andauern darf, um gemäss aktueller Praxis in zeitlicher Hinsicht noch als verhältnismässig zu gelten, kann zwar nicht allgemein beantwortet werden. Diese Frage hängt von verschiedenen Faktoren ab, etwa die Komplexität des Falles, die Ermittlungsleistungen der Strafbehörden oder Verzögerungen, die auf die beschuldigte Person zurückzuführen sind. Die vorgeschlagenen Richtwerte für die Maximaldauer einer Beschlagnahme sollten jedoch dazu dienen, abschätzen zu können, wann die Dauer einer Beschlagnahme in Bezug auf die Verhältnismässigkeit in zeitlicher Hinsicht mindestens problematisch ist.

<sup>74</sup> Insbesondere in Bezug auf den hinreichenden Tatverdacht, mithin bei Vorliegen derselben Straftat.

<sup>75</sup> Etwa in Bezug auf die Komplexität des Falles oder den Tatverdacht.

<sup>76</sup> Vgl. vorne, VI. B.

Zwangsmassnahmen, die gegen nicht beschuldigte Personen angeordnet werden, sind besonders zurückhaltend einzusetzen. Bei der Beschlagnahme manifestiert sich diese gesetzlich normierte besondere Zurückhaltung in der Prüfung der Verhältnismässigkeit. Um diesem Standard gerecht zu werden, ist es angezeigt, die Richtwerte zur zulässigen Maximaldauer einer Beschlagnahme gegen eine beschuldigte Person um  $\frac{1}{3}$  zu reduzieren für Beschlagnahmen, die gegen nicht beschuldigte Personen angeordnet werden. So wird die Verhältnismässigkeit gewahrt, ohne dass die Ermittlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden übermässig beeinträchtigt werden.

Die aktuelle Praxis ist dabei zu starr, zu wenig differenziert und übersieht, dass die Beschlagnahme einen massiven Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellen kann. Oftmals umfasst die Beschlagnahme die gesamten

Vermögenswerte der betroffenen Person. Dies führt oftmals zu einer massiven Einschränkung in der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit sowie in der Lebensgestaltung. Die Beschlagnahme von (für die Verhältnisse des Betroffenen) umfangreichen Vermögenswerten während mehrerer Jahre ist zwar weniger einschneidend als Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, kann aber bezüglich der Auswirkungen nahe an diese herankommen. Nach der geltenden Praxis wäre eine Beschlagnahme auch in solchen Fällen während bis zu fünf Jahren weitgehen bedenkenlos. Angesichts des Ausmasses einer solchen Zwangsmassnahme erscheint es als zweckmässig, dass Beschlagnahmen von für den Betroffenen (und insbesondere, wenn es sich dabei nicht um den Beschuldigten handelt) existentieller Dimension in zeitlich wesentlich geringerem Umfang als zulässig zu erachten sind, als das nach der bisherigen Praxis der Fall ist.



# Die Beschuldigten-Einsprache im Strafbefehlsverfahren

David Studer

## Eine empirische Untersuchung zur Häufigkeit und zu den Ursachen von Einsprachen in vier Schweizer Kantonen

**Die Einsprache stellt das zentrale Mittel der beschuldigten Person dar, sich gegen einen staatsanwaltlichen Strafbefehl zur Wehr zu setzen. Trotz der grossen Bedeutung der Einsprache (welche sich ihrerseits bereits aus der schieren Häufigkeit des Strafbefehlsverfahrens in der Schweiz ergibt) ist empirisch kaum etwas darüber bekannt, welche Gründe beschuldigte Personen dazu veranlassen, Einsprache zu erheben oder dies nicht zu tun. Dieser Beitrag untersucht mittels einer quantitativen Aktenanalyse gewonnener Daten, welche Faktoren empirisch mit der Einspracherhebung verknüpft sind. Ausgewertet wurden mehr als 4'600 Strafbefehlsdossiers in den Kantonen Bern, Neuenburg, St. Gallen und Zürich.**

### I. Einführung

Die Einsprache nach Art. 354 StPO stellt ein Rechtsbehelf oder – je nach Rechtsauffassung – ein Rechtsmittel im Strafbefehlsverfahren dar,<sup>1</sup> mit welchem eine beschuldigte Person gegen einen von der Staatsanwaltschaft an sie gerichteten Strafbefehl vorgehen und das Straf(befehls)verfahren fortführen kann.<sup>2</sup> Dem Standardwerk des Schweizerischen Strafrechts, dem Basler Kommentar, ist zu entnehmen, dass in weniger als 10 % der Fälle Einsprache erhoben werde. Sodann ist zu lesen, dass das Ausbleiben einer Einsprache nicht als Einverständnis mit dem Strafbefehl gewertet werden dürfe, zumal es auch sein könne, dass die betroffene Person zu scheu sei oder an «Sprachunkundigkeit», Leseschwierigkeiten oder intellektuellen Defiziten leide.<sup>3</sup> Ausgehend von diesen Feststellungen soll im Rahmen des vorliegenden Beitrages mittels einer empirischen Analyse der Frage nachgegangen werden, warum eine beschuldigte Person überhaupt Einsprache erhebt bzw. wann und warum sie dies – sei es aktiv, weil sie sich dagegen entscheidet, oder passiv, weil sie die Frist verpasst oder den Strafbefehl nicht entgegennimmt – unterlässt. Die jeweiligen Gründe der betroffenen Person liessen sich durch Befragung leicht in Erfahrung bringen, allerdings würde diese Vorgehensweise in der Praxis auf Schwierigkeiten stossen (Datenschutz, Verweigerung, Sprachbarrieren etc.). Das hier gewählte methodische Vorgehen ist

<sup>1</sup> Der Strafbefehl stellt bei seinem Erlass bloss eine Urteilsofferte dar und hat daher noch nicht die Qualität eines Urteils. Die Einsprache führt bloss zur Fortsetzung des Verfahrens, sodass sie als Rechtsbehelf und nicht als Rechtsmittel zu qualifizieren ist, Riklin, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Art. 154 N 4. Diese Unterscheidung ist für den vorliegenden Beitrag jedoch nicht von Bedeutung.

<sup>2</sup> Capus/Studer, Stärkung der Verteidigungsrechte durch die Schweizerische Strafprozessordnung? – Eine Analyse von Einvernahmeprotokollen, fp 2016, 103 ff.

<sup>3</sup> Riklin, BSK StPO (Fn 1), Art. 354 N 3.

daher ein anderes: Es wird versucht, mittels einer quantitativen Aktenanalyse Rückschlüsse auf die Gründe des «Einspracheentscheids»<sup>4</sup> zu ziehen, indem untersucht wird, welche aus den Straftaten extrahierbaren Merkmale mit der Einspracheerhebung assoziiert sind. Die Datengrundlage der nachfolgenden Auswertungen bildet eine in vier Schweizer Kantonen durchgeführte Erhebung von über 4'600 Strafbefehlsdossiers (hierzu später).

Der aufmerksame Leser mag sich die Frage stellen, weswegen es überhaupt von Bedeutung sei, die Gründe für oder gegen eine Einsprache zu kennen. Hierzu ist auszuführen, dass das (mit der Vereinheitlichung der bis dahin kantonal geregelten Strafprozessordnungen) im Jahr 2011 eingeführte Strafbefehlsverfahren der Staatsanwaltschaft relativ umfangreiche Befugnisse einräumt, wogegen in der Lehre und Praxis immer wieder Kritik laut wurde.<sup>5</sup> Kritische Äusserungen finden sich insbesondere zum Umstand, dass das Strafbefehlsverfahren gewissermassen fernab der öffentlichen Kontrolle<sup>6</sup> zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person – d.h. ohne Beteiligung eines unabhängigen Gerichts – ablaufe, während gleichzeitig von der Staatsanwaltschaft nicht unerhebliche Strafen verhängt werden können (bis zu 6 Monate Freiheitsstrafe). Die vorgebrachte Kritik wird noch dadurch befeuert, dass das Strafbefehlsverfahren in der Schweiz die zahlenmässig am weitaus häufigsten angewendete Strafverfahrensart darstellt.<sup>7</sup> Die relativ weit gehenden staatsanwaltlichen Machtbefugnisse wurden und werden unter anderem damit gerechtfertigt, dass die beschuldigte Person – so sie dies möchte – das Verfahren

letztlich immer vor ein Gericht bringen könne. Es wird also angenommen, dass sich die ungerecht behandelte beschuldigte Person schon wehren werde. Der Strafbefehl wird dabei als «Offerte» betrachtet,<sup>8</sup> welche angenommen werden kann oder eben auch nicht. Die Einsprachemöglichkeit stellt daher die zentrale Voraussetzung dar, unter welcher die staatsanwaltschaftlichen Befugnisse zu rechtfertigen sind. Sie ist die wichtigste «Waffe» der beschuldigten Person und das Gebot der Fairness im Strafverfahren bzw. der Waffengleichheit gebietet es, dass die beschuldigte Person ihr Recht auf Einspracheerhebung nicht nur theoretisch ausüben kann, sondern auch tatsächlich. Der faktische Verlust der Einsprachemöglichkeit oder auch nur jede Einschränkung dieser Möglichkeit, ist rechtsstaatlich problematisch. Dies kann z.B. damit begründet werden, dass im Strafbefehlsverfahren auf eine Einvernahme der beschuldigten Person verzichtet werden kann und letztere ihren Anspruch auf rechtliches Gehör daher faktisch nur durch eine Einsprache durchsetzen kann.<sup>9</sup>

Wie die nachfolgenden Beispiele zeigen, sind die Faktoren, welche eine Einsprache verhindern oder erschweren, dabei durchaus heterogen. Sie unterscheiden sich z.B. auch darin, in welchem Masse sie von der beschuldigten Person selbst zu verantworten sind:

- Die beschuldigte Person nimmt den Strafbefehl zwar zur Kenntnis, versäumt die Einsprache jedoch infolge anderweitiger Verpflichtungen (Vergessen);
- Die beschuldigte Person ist mit dem Strafbefehl zwar nicht einverstanden, fürchtet sich aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage jedoch vor weiteren Kosten im Falle eines negativen Gerichtsentscheides und ver-

<sup>4</sup> Gemeint ist der Entscheid für oder gegen eine Einsprache, nicht etwa ein Entscheid der Einspracheinstanz.

<sup>5</sup> Z. B. Riklin, Rechtsstaatlichkeit im Strafverfahren, Neue Zürcher Zeitung vom 6.5.2013 (Online-Ausgabe), <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/rechtsstaatlichkeit-von-strafbefehlen-1.18077058>.

<sup>6</sup> Im Unterschied zum «ordentlichen» Verfahren findet im Strafbefehlsverfahren z.B. keine Hauptverhandlung statt.

<sup>7</sup> Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2016, 251 m.w.H.; Hansjakob, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, fp 2014, 160 ff.

<sup>8</sup> So heisst es in der Botschaft des Bundesrats zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 129, «Der Strafbefehl stellt im Grunde einen Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles dar.»

<sup>9</sup> Schmid, Ohne rechtliches Gehör ins Gefängnis, pläd 2/2014, <https://www.plaedoyer.ch/artikel/artikeldetail/ohne-rechtliches-gehoer-ins-gefaengnis>.

zichtet daher auf eine Einsprache (Verzicht);

- Die beschuldigte Person ist mit dem Strafbefehl nicht einverstanden, möchte eine öffentliche Gerichtsverhandlung und die damit verbundene Exponierung aber vermeiden (Verzicht);
- Die beschuldigte Person ist mit dem Strafbefehl nicht einverstanden, hält den Aufwand für eine Einsprache (im Vergleich zur Strafe) jedoch für zu gross, sodass sie die Faust im Sack macht und den Strafbefehl akzeptiert;
- Die beschuldigte Person ist des Lesens nicht mächtig und versteht den Strafbefehl schlicht nicht;
- Die beschuldigte Person versteht den Inhalt des Strafbefehls nicht, da sie die Landessprache, in der er verfasst ist, nicht versteht;
- Der Strafbefehl wird an ein Asylzentrum zugestellt, die dort wohnhafte beschuldigte Person ist jedoch untergetaucht.

Die obgenannten Beispiele machen deutlich, dass das Spektrum der Gründe für ausgebliebene Einsprachen breit ist und auf einem Kontinuum zwischen «dumm gelaufen» und «dumm gewesen» verläuft. Angesichts erster (noch unveröffentlichter) Auswertungen, welche zeigen, dass von Gerichten ausgesprochene Strafen tendenziell weniger punitiv ausfallen als solche von Staatsanwälten in der Richterrolle,<sup>10</sup> mag man sich gar die Frage stellen, ob es – von Spezialfällen einmal abgesehen<sup>11</sup> – aus der Sicht der beschuldigten Person nicht *generell* ratsam wäre, Einsprache zu erheben – und sei es auch nur um eine Strafreduktion zu erwirken.

Natürlich ist es nicht nur aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit wichtig, die Gründe für oder wider eine Einsprache zu kennen. Auch

<sup>10</sup> Die Publikation von **Eschle** und **Thommen** erscheint voraussichtlich in: Meier/Staffler/Zurkinden (Hrsg.), *recht. innovativ, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich* (Apariuz), Band 21, Zürich.

<sup>11</sup> Wenn z.B. das Risiko besteht, dass weitere Straftaten entdeckt werden könnten.

die Staatsanwaltschaft selbst mag ein Interesse an solchen Erkenntnissen haben. Liesse sich z.B. aufzeigen, dass sich mit ausführlich(er) begründeten Strafbefehlen Einsprachen verhindern liessen, könnten Einsprachen und Kosten in der Folge reduziert werden. Neben rein wirtschaftlichen Überlegungen liegt es im Hinblick auf die angestrebte Resozialisierung aber auch im Interesse der Staatsanwaltschaften, dass ihre Beschuldigten zwar bestraft werden, sich darüber hinaus aber nicht ungerecht behandelt fühlen.

## II. Das Forschungsprojekt / Methodik

Der vorliegende Artikel stellt eine Auswertung des vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten empirischen Forschungsprojektes «Zahlen und Fakten im Strafbefehlsverfahren» dar.<sup>12</sup> Im Rahmen einer quantitativen Aktenanalyse wurden in den Kantonen Bern, Neuenburg, St. Gallen und Zürich Strafbefehlsdossiers der Jahre 2014 bis 2016 (Erlassdatum) ausgewertet.<sup>13</sup> Hierfür wurden die Archive der Kantonalen Staatsanwaltschaften aufgesucht, die erforderlichen Daten aus den (Papier-)Dossiers extrahiert und über ein Online-Erfassungstool in eine Datenbank gespeichert. Die gezogenen Zufalls-Stichproben aus allen im genannten Zeitraum erlassenen Strafbefehlen wegen Verbrechen und Vergehen<sup>14</sup> umfassten pro Kanton rund 1'500 Strafbefehlsdossiers (Bruttostichprobe). Um eine ausreichende Anzahl Einsprachefälle zu erhalten, wurde eine Zusatzstichprobe ausschliesslich unter Einsprachefällen gezogen. Beide Stichproben werden für den vorliegenden Beitrag *zusammen* ausgewertet, da dessen Ziel nicht primär darin liegt, inferenzstatistische Aussagen zu treffen, d.h. Kennwerte der Stichprobe auf die Grundgesamtheit zu interferieren, sondern darin, die Gründe für oder wider eine Einsprache aufzu-

<sup>12</sup> Co-Projektleiter: **Thommen** und **Kuhn**; weitere Mitarbeitende: **Matjaz**, **Eschle**, **Lichtenberger** sowie zahlreiche studentische Mitarbeitende.

<sup>13</sup> Im Kanton Zürich stammen die Strafbefehle aus den Jahren 2015 bis 2017.

<sup>14</sup> Zur Unterscheidung vgl. Art. 10 StGB. Strafbefehle aufgrund von Übertretungen i.S.v. Art. 103 StGB wurden im Rahmen des Projektes nicht untersucht.

decken, wobei unter «Gründen» längst nicht nur bewusste Entscheidungen zu verstehen sind. Repräsentativität, wie sie nur für die erste Stichprobe gegeben wäre, ist unter diesen Voraussetzungen kein Erfordernis.<sup>15</sup> Erfasst wurden pro Dossier mehr als 150 Merkmale, wobei solche, die bereits in den Informatiksystemen der Behörden erfasst waren, nach Möglichkeit in elektronischer Form übernommen wurden. Die nachfolgenden Auswertungen, wurden mit der Software «R» vorgenommen. Die realisierten Fallzahlen sind, nach Kanton und Stichprobe aufgeschlüsselt, in der untenstehenden Tabelle aufgeführt (Nettostichprobe).

Stichprobenausfälle ergaben sich namentlich daraus, dass es sich bei den gezogenen Fälle fälschlicherweise um Strafbefehle für Übertretungen handelte, dass die Dossiers nicht in den Archiven auffindbar waren, dass diese während der Datenerhebung gerade an andere Staatsanwaltschaften oder Gerichte ausgeliehen waren oder dass die Daten der Staatsanwaltschaften aufgrund von Falscheingaben nicht korrekt waren (z.B. dass das ausgewählte Dossier effektiv mit einer anderen Verfahrenart erledigt wurde – etwa im ordentlichen oder abgekürzten Verfahren).

Die im Rahmen des SNF-Forschungsprojektes erhobenen und nachfolgend ausgewerteten Daten, werden voraussichtlich auf der Plattform FORSbase<sup>16</sup> publiziert, sodass diese für weitere Analysen und Replikationen zur Verfügung stehen.

### III. Definition und Häufigkeit von Einsprachen

#### A. Definition

Wie bereits ausgeführt stellt ein Strafbefehl ein Rechtsbehelf oder Rechtsmittel<sup>17</sup> dar, mit welchem die beschuldigte Person die Fortsetzung des Strafverfahrens verlangen kann. Unter sozialwissenschaftlichen Gesichtspunkten ist es von Bedeutung, ab wann eine Einsprache als solche zu zählen ist. Es geht dabei um die Frage, ob eine zurückgezogene Einsprache ebenfalls eine Einsprache i.S.d. Untersuchung darstellt. Diese Unterscheidung ist insofern wichtig als zurückgezogene Einsprachen häufig vorsorglich erhobene Einsprachen darstellen, welche sich hinsichtlich ihrer Ursachen von «echten», d.h. sachlich fundierten, Einsprachen unterscheiden. Dieser Aspekt wird leider allzu häufig übersehen, wenn pauschal von Einspracheraten gesprochen wird. Die Rückzugsrate beläuft sich im ausgewerteten Datensatz auf rund 37 Prozent (729 Rückzüge in 1'950 Beschuldigten-Einsprachen), fällt also relativ hoch aus. Dass Rückzüge bei anwaltlich verteidigten Beschuldigten häufiger erfolgen, lässt sich anhand der Daten allerdings nicht zeigen ( $\chi^2(1) = 0.36129$ ;  $p = .5478$ ). Rein vorsorglich erhobene Einsprachen lassen sich anhand der zur Verfügung stehenden Daten leider nicht eindeutig von «echten» Einsprachen abgrenzen. Zu bedenken ist ferner, dass nach Art. 355 StPO eine Einsprache als zurückgezogen gilt, wenn die beschuldigte Person trotz Vorladung unentschuldig einer Einvernahme fernbleibt – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt diese gesetzliche Rückzugsfiktion allerdings

	Kanton BE	Kanton NE	Kanton SG	Kanton ZH
<b>Stichprobe</b>	735	646	932	619
<b>Zusatzstichprobe (Einsprachen)</b>	557	338	453	409
<b>Total</b>	1292	984	1385	1028

<sup>15</sup> Diekmann, Empirische Sozialforschung: Grundlagen, Methoden, Anwendungen, Reinbek bei Hamburg 2014, 432.

<sup>16</sup> <http://forsbase.unil.ch>.

<sup>17</sup> Diese Qualifikation ist umstritten, BBl 2006 1085, 1291.

nicht für im Ausland lebende Beschuldigte.<sup>18</sup> Genauso wenig wie sich vorsorgliche von «echten» Einsprachen unterscheiden lassen, können anhand der zur Verfügung stehenden Daten «echte» von fingierten Rückzügen auseinandergehalten werden.

### B. Häufigkeit von Einsprachen / Einspracheraten

Bei der Interpretation der nachfolgenden Einspracheraten ist zu berücksichtigen, dass die Grundgesamtheit per definitionem alle in den Jahren 2014-2016 wegen Verbrechen und Vergehen erlassenen Strafbefehlen umfasst,<sup>19</sup> wobei *nur der jeweils erste* Strafbefehl einer Person im Verfahren berücksichtigt wurde. Die Staatsanwaltschaft kann im Nachgang einer Einsprache einen neuen Strafbefehl erlassen - bei erneuter Einsprache sogar mehrfach. Die nachfolgenden Einspracheraten beziehen sich daher nur auf die *ersten* Strafbefehle, welche später nicht notwendigerweise auch in Rechtskraft erwachsen. Da die Einspracherate mit jedem weiteren Strafbefehl sinkt, ist bei einer Beschränkung auf die jeweils *zuerst erlassenen* Strafbefehle von einer leicht höheren Einspracherate auszugehen als wenn man diese für *sämtliche* erlassenen Strafbefehle berechnen würde. Eine Beschränkung auf die zuerst erlassenen Strafbefehle macht aus inhaltlichen Überlegungen indessen durchaus Sinn, zumal die erste Einsprache die am häufigsten vorkommende ist.

Die Einspracheraten, wie sie sich aus den Daten ergeben, sind in der untenstehenden Tabelle

getrennt nach den vier untersuchten Kantonen aufgeführt, wobei zu präzisieren ist, dass sich die Zahlen auf die Einsprachen *der beschuldigten Person* beziehen. Einsprachen durch ebenfalls legitimierte Privatkläger, leitende Staatsanwälte (was nicht in allen Kantonen möglich ist) oder durch andere Personen wurden nicht berücksichtigt. Diesbezüglich ist weiter anzumerken, dass Einsprachen durch Nicht-Beschuldigte ohnehin selten sind.

Wie zu erkennen ist, bestehen kantonale Unterschiede in den Beschuldigten-Einspracheraten: So liegt die Rate im Kanton Zürich mit 5% gegenüber 13% im Kanton Neuenburg z.B. deutlich tiefer. Wie diese Unterschiede zu werten sind, bzw. ob eine hohe oder eine niedrige Einspracherate erstrebenswert ist, lässt sich aus den Daten selbst nicht ableiten, kann eine geringe Einspracherate doch sowohl als Ausdruck von Zufriedenheit und Akzeptanz seitens der beschuldigten Person gedeutet werden<sup>20</sup> als auch als fehlende Möglichkeit, seine Einsprachemöglichkeit wahrzunehmen.

### IV. Welche Faktoren beeinflussen die Einspracheerhebung?

Die zur Verfügung stehenden Daten umfassen eine ganze Reihe von Merkmalen, bei welchen aus theoretischen Überlegungen davon ausgegangen werden kann, dass sie mit dem Einspracheentscheid in einem (nicht zwingend kausalen) Zusammenhang stehen. Diese Merkmale, die im Modell als unabhängige Variablen (uV) oder Prädiktoren fungieren, werden nachfolgend (nur) summarisch vorge-

	Kanton BE	Kanton NE	Kanton SG	Kanton ZH
<b>Einspracherate</b>	11.4 %	13.0 %	9.0 %	5.2 %
<b>SB insgesamt</b>	735	646	932	619
<b>SB mit Einsprache</b>	84	84	84	32

<sup>18</sup> Schmid, (Fn 9).

<sup>19</sup> Im Kanton Zürich wurden Strafbefehle der Jahre 2015-2017 untersucht.

<sup>20</sup> So schon Hansjakob, (Fn 7).



stellt, um den Umfang des Beitrages nicht zu sprengen. Der Übersichtlichkeit halber werden sie in drei Kategorien eingeteilt: (1) Merkmale der beschuldigten Person, (2) Merkmale des Strafbefehls bzw. Merkmale, welche direkt dem Strafbefehl entnommen werden können, und (3) Merkmale des Verfahrens. Die Verwendung solcher Kategorien als «erkenntnisleitende Begriffe» ist allerdings nur als Vorschlag ohne weiteren Erklärungswert im Hinblick auf die Forschungsfrage zu verstehen. Es hätten mithin auch andere Einteilungen gewählt werden können.

## A. Merkmale der beschuldigten Person

### 1. Alter

Obschon die Kriminalitätsbelastung (auf Täterseite) mit steigendem Alter nach einem Höhepunkt bei ca. 25 Jahren kontinuierlich abnimmt,<sup>21</sup> sind auch ältere Personen nicht vor Strafbefehlen gefeit. Die kriminologische Forschung legt nahe, dass sich mit ansteigendem Lebensalter allerdings die Art der verwirklichten Delikte verändert, was z.B. mit physiologischen Unterschieden (diskutiert werden z.B. der Einfluss des Testosterons<sup>22</sup> und anderer körpereigener Substanzen (Rückgang der Gewaltdelinquenz), die im Alter nachlassenden körperlichen Kräfte und andere Faktoren mehr) als auch mit situativen Ansätzen (z.B. geänderter Lebensstil, der zu anderen Gelegenheitsstrukturen führt<sup>23</sup>) erklärt werden kann. Solche Unterschiede könnten sich auch auf die Einspracheraten auswirken, da nicht in allen Deliktsbereichen gleich häufig Einsprache erhoben wird. Darüber hinaus ist von einem indirekten Effekt des Alters über den Beizug eines Verteidigers

auszugehen, welcher bei besseren wirtschaftlichen Verhältnissen (die bei jungen Beschuldigten regelmässig weniger oft vorliegen) häufiger hinzugezogen wird, was tendenziell zu mehr Einsprachen führt. Ob die beschuldigte Person über eine Rechtsschutzversicherung verfügt, konnte leider nicht erhoben werden. Verwendet wird das Alter im Zeitpunkt des Strafbefehlserlasses (das Tatbegehungsdatum wurde nicht erfasst).

### 2. Geschlecht

Während die Geschlechterverteilung sowohl im Hellfeld (wozu auch Verurteilungen im Strafbefehlsverfahren zu rechnen sind) als auch im Dunkelfeld sehr ungleich ausfällt,<sup>24</sup> ist die Sachlage in Bezug auf die Einsprachehäufigkeit weitaus weniger eindeutig. Unterschiede könnten sich allenfalls auch aus der Art der verwirklichten Delikte ergeben.

### 3. Nationalität [national] und Aufenthaltsstatus

Aus den staatsanwaltlichen Akten bzw. IT-Systemen (RIS, JURIS, Tribuna etc.) wurde sodann extrahiert, welcher Nationalität die beschuldigten Personen angehören (Kategorien: Schweizer, Ausländer) und welchen Aufenthaltsstatus diese haben (Kategorien: Schweizer, Aufenthaltler, Niedergelassene, Illegale, Touristen/Gäste etc.). Die Nationalität als klassische «Platzhaltervariable»<sup>25</sup> und – im Falle von Ausländern – der Aufenthaltsstatus können die Einsprachehäufigkeit der beschuldigten Personen theoretisch aus verschiedenen Gründen beeinflussen:

<sup>21</sup> Killias/Kuhn/Aebi, Grundriss der Kriminologie - Eine europäische Perspektive, Bern 2011, 176ff., m.w.H.

<sup>22</sup> Dabbs Jr. et al., Testosterone, crime, and misbehavior among 692 male prison inmates, *Personality and Individual Differences* 1995, 627 ff.; Dabbs Jr./Hargrove, Age, Testosterone, and Behavior Among Female Prison Inmates, *Psychosomatic Medicine* 1997, 477 ff.; Booth et al., Testosterone and Social Behavior, *Social Forces* 2006, 167ff.

<sup>23</sup> So führt z.B. ein mit dem Alter eher rückläufiges nächtliches Ausgehverhalten i.S.d. Routine Activity-Approaches nach Cohen/Felson auch seltener zu Konfrontationen mit gewaltbereiten Alkoholisierten.

<sup>24</sup> Stellvertretend für viele weitere z.B. Heidensohn, Gender and Crime. In: *Crime and Society. Sociology for a Changing World*. Palgrave, London 1989, 86; Lee/Farrington/Hoskin, *Handbook of crime correlates*. Academic Press, 2019, 48 ff.

<sup>25</sup> Unter dem Begriff «Platzhaltervariable» wird ein Prädiktor verstanden, bei welchem mit der Zielvariable eine Scheinkausalität besteht. Die Variable stellt ein «Platzhalter» für dahinterliegende Merkmale dar. Siehe auch Schwarzenegger/Studer, Kriminalität, strafrechtliche Sanktionierung, Nationalität und Aufenthaltsstatus. Eine Analyse der schweizerischen Strafurteilsstatistik (1984-2011), in: Fink/Kuhn/Schwarzenegger (Hrsg.), *Migration, Kriminalität und Strafrecht - Fakten und Fiktion*, Bern 2013.

- *Bildung und Sprachkenntnisse:* Obschon aus den von uns untersuchten Akten klar hervorgeht, dass es Fälle gibt, in denen die beschuldigte Person derart grosse sprachliche Schwierigkeiten hatte, dass es fraglich erscheint, ob sie den Strafbefehl oder Teile des Strafbefehlsverfahrens wirklich verstanden hat, wurden die Sprachkenntnisse in Deutsch bzw. Französisch nicht erfasst, zumal diese kaum, bzw. nur sehr subjektiv, zu operationalisieren gewesen wären. Es ist aus theoretischen Überlegungen indes davon auszugehen, dass geringe Kenntnisse der jeweiligen Amtssprache mit einer geringeren Einspracherate einhergehen.
- *Andere Delikte:* Ebenfalls ist denkbar, dass eine zwischen verschiedenen Aufenthaltstiteln unterschiedlich hoch ausfallende Einspracherate auf eine andere Deliktstruktur zwischen Schweizern und Ausländern zurückzuführen ist. Zu denken ist etwa an die von Schweizern nur selten zu erfüllenden Straftatbeständen des Ausländergesetzes. Wenn Einsprachen auch in allen Deliktsbereichen möglich sind, sind sie doch nicht in allen Bereichen gleich erfolgsversprechend, da sich die Beweislage unterscheiden kann.
- *Andere soziodemografische Bevölkerungsstruktur:* Verschiedene Ausländergruppen können sich untereinander oder von Schweizer Beschuldigten hinsichtlich ihrer soziodemografischen Zusammensetzung unterscheiden. Unterschiede in der Einspracherate liessen sich dann indirekt z.B. über eine andere Altersstruktur oder Geschlechterverteilung erklären (z.B. tendenziell eher jüngere Flüchtlinge mit grösserem Männeranteil).

#### 4. Wohnsitz

Erfasst wurde, ob die beschuldigte Person ihren Wohnsitz in der Schweiz oder aber im Ausland hatte. Für die Frage der Einspracherhebung ist dies insofern relevant, als eine Zustellung ins Ausland – je nach Zustellungsland – schwieriger ist oder gar unmöglich sein kann (nicht alle Länder verfügen über ein funktionierendes Postsystem). In die Gegen-

richtung ist u.U. auch der Aufwand grösser, eine schriftliche Einsprache zurückzuschicken. Da die Einsprache zwingend *schriftlich* erfolgen muss (Art. 354 Abs. 1 StPO) reicht z.B. ein E-Mail nicht aus.

#### B. Merkmale des Strafbefehls

Unter «Merkmale des Strafbefehls» werden jene Informationen subsumiert, welche direkt dem Strafbefehlsdokument zu entnehmen sind.

##### 1. Funktion der erlassenden Person

Für den Erlass eines Strafbefehls zuständig ist nach Massgabe der StPO grundsätzlich die Staatsanwaltschaft. Die funktionelle Zuständigkeit innerhalb der jeweiligen Staatsanwaltschaft richtet sich jedoch nach kantonalem Recht: Während Strafbefehle z.B. im Kanton Bern ausschliesslich von Staatsanwälten ausgestellt werden (Exklusivkompetenz), sind es im Kanton Neuenburg in etwa einem Drittel aller Fälle Assistenzstaatsanwälte. Im Kanton St. Gallen demgegenüber wurde die Mehrheit der untersuchten Strafbefehle von Sachbearbeitern mit staatsanwaltlichen Befugnissen erlassen (ca. 60%). Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat mit Urteil vom 18. April 2019 zwar entschieden, dass es sich bei solchen Sachbearbeitern nicht um Verwaltungsbeamte, sondern um Staatsanwälte im Sinne der StPO handle, dennoch haben diese i.d.R. kein juristisches Studium absolviert, woraus sich allfällige Unterschiede ergeben könnten.

Die Funktion der den Strafbefehl erlassenden Person wurde im Rahmen des Projektes erfasst. Für die vorliegende Auswertung wurden die erfassten Kategorien auf die Kategorien «Staatsanwälte», «Assistenzstaatsanwälte» und «Sachbearbeiter» aggregiert. Zu berücksichtigen ist bei der Frage, ob dies in Bezug auf die Einspracherhebung einen Unterschied macht, jedoch, dass die Zuteilung der Fälle auf die sie zu bearbeitenden Personen nicht zwingend zufällig erfolgt: Sollte sich z.B. zeigen, dass bei Sachbearbeitern Einsprachen häufiger oder weniger häufig sind, wäre dies u.U. auch dadurch erklärbar, dass diese schlicht andere

Fälle behandeln (z.B. weniger schwerwiegende oder weniger komplexe).

## 2. Schilderung des Sachverhalts

Erfasst wurde sodann, ob der jeweilige Strafbefehl Ausführungen zum Sachverhalt enthält, welcher der beschuldigten Person vorgehalten wird. Dieses Merkmal ist für die Einspracheerhebung insofern relevant als die beschuldigte Person den Tatvorwurf erst adäquat beurteilen kann, wenn sie detailliert versteht, worin das von ihr begangene Unrecht bestanden haben soll. Das Merkmal steht allerdings in einem engen Zusammenhang mit der Deliktsart: So wird z.B. gerade in Strassenverkehrsdelikten (Geschwindigkeitsüberschreitungen) betreffenden Strafbefehlen häufig nur sehr knapp ausgeführt, worin der Tatvorwurf liegt. Die subjektiven Anforderungen der beschuldigten Person an den Umfang an Erklärungen des Tatvorwurfs im Strafbefehl muss auch nicht zwingend mit den gesetzlichen Anforderungen (Art. 353 Abs. 1 Bst. c StPO) übereinstimmen: Die Beschuldigte Person kann sich auch dann ungenügend informiert fühlen, wenn den gesetzlichen Anforderungen genüge getan wurde.

## 3. Begründung des Strafbefehls

Erhoben wurde auch, ob die untersuchten Strafbefehle (insbesondere im Strafpunkt) von den sie erlassenden Personen ausreichend begründet wurden. Die Begründung kann nach dem verwendeten Codierschema entweder fehlen, gesetzlich vorgesehen sein oder noch darüber hinausgehen. Eine gesetzlich vorgesehene Begründung liegt vor, wenn es sich um die Begründung eines Widerrufs (Art. 353 Abs. 1 lit. f. StPO) oder einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe (Art. 41 Abs. 2 StGB in der Version vom 13. Dezember 2002) handelt. Eine darüber hinaus gehende Begründung liegt dann vor, wenn weitere (nicht begründungspflichtige) Begründungen enthalten waren.

## 4. Der beschuldigten Person auferlegte Kosten

Aus Gründen der Systematik wurden die Verfahrenskosten, die sich aus Gebühren, Auslagen,

Anwaltsentschädigungen und «weiteren» Kosten zusammensetzen, in der vorliegenden Untersuchung getrennt von den «Kosten» etwa einer Geldstrafe oder Busse erfasst. Da diese Trennung für die beschuldigte Person, welche den Betrag letztlich einfach bezahlen muss, reichlich akademisch erscheinen mag, werden zur Erklärung der Einspracheerhebung nur jene Kosten berücksichtigt, die der beschuldigten Person auch tatsächlich auferlegt wurden. Allfällige bereits früher geleistete Deposita (zur Sicherung der Verfahrenskosten) wurden ebenfalls berücksichtigt. Im Sinne einer Arbeitshypothese wäre anzunehmen, dass bei höheren auferlegten Kosten tendenziell auch häufiger Einsprache erhoben wird.

## 5. Deliktsbereich(e)

Die Art der Delikte, welche der beschuldigten Person von der Staatsanwaltschaft vorgehalten werden, stellt eine Platzhaltervariable dar, hinter welcher verschiedene andere Merkmale stehen, die in Bezug auf die Frage der Einspracheerhebung von Bedeutung sind. So sind die betroffenen Deliktsbereiche z.B. mit der Herkunft der beschuldigten Personen assoziiert (man denke an Strafbefehle aufgrund von Verstössen gegen das Ausländergesetz), aber sie unterscheiden sich auch systematisch in Bezug auf die Beweislage. Letztere ist im Bereich der Strassenverkehrsdelikte (z.B. bei Geschwindigkeitsübertretungen) aufgrund von Video- und Fotobeweisen z.B. regelmässig sehr gut: Moderne Verfahren der Bildanalyse erleichtern bisweilen auch bei unklaren Aufnahmen eine Täteridentifikation.

Im Rahmen der Analyse erfasst wurden sämtliche Straftatbestände (auf Ebene von Gesetzen, Artikeln, Absätzen und Ziffern). Die vorliegende Auswertung wird sich jedoch auf die betroffenen Bundesgesetze (StGB, BetmG, AuG, SVG, WG, andere) beschränken, um eine gewisse Anzahl Fälle in jeder Kategorie zu gewährleisten. Ein Strafbefehl wurde nur dann einem Bundesgesetz zugeordnet, wenn dies eindeutig möglich war, d.h. wenn *ausschliesslich* Tatbestände des jeweiligen Bundesgesetzes

betroffen waren. Strafbefehle mit Delikten aus mehreren Bundesgesetzen enthalten entsprechend bei allen sechs Merkmalen den Wert «nein».

Ein Zusammenhang der Deliktskategorie mit der Einspracherate könnte neben der Beweislage auch über die Höhe und Art der Strafe bestehen oder darüber, als wie schwerwiegend der Tatvorwurf empfunden wird: Insbesondere die Möglichkeit eines Führerausweisentzuges dürfte einige Beschuldigte weitaus schwerer belasten und weniger leicht zu akzeptieren sein als eine mittels Strafbefehl ausgesprochene Geldstrafe, die womöglich auch noch bedingt ausgefällt wird.<sup>26</sup>

## 6. Strafen

Je stärker die Strafe schmerzt, desto grösser ist die Bereitschaft, sich dagegen zu wehren bzw. desto ungünstiger fällt das Verhältnis zwischen dem Aufwand für eine Einsprache und den «Kosten» aus, welche aus einem Verzicht resultieren würden. Aus einer Rational-Choice-Perspektive ist daher davon auszugehen, dass die Einspracherate grundsätzlich positiv mit der Strafschwere assoziiert ist. Bei der Festlegung der Strafschwere eines Strafbefehls ergeben sich allerdings einige (weitgehend ungelöste) methodische Probleme der Vergleichbarkeit verschiedener Sanktionsformen und -bedingungen. Wie die Schwere einer Strafform empfunden wird, kann subjektiv sehr unterschiedlich sein. So ist fraglich, ob der gesetzlich vorgesehene Umwandlungssatz (vgl. z.B. Art. 36 Abs. 1 StGB) zwischen Geld-, Freiheits- und Arbeitsstrafe dem tatsächlichen Verhältnis der verschiedenen Sanktionsformen zueinander entspricht, wie es von den betroffenen Personen erlebt wird<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Führerausweisentzüge und andere verwaltungs-, migrations- und ausländerrechtliche Folgen des Strafbefehls wurden im Rahmen der Studie allerdings nicht erfasst.

<sup>27</sup> Die Festlegung solcher Umwandlungssätze erfolgt eher nach rechtspolitischen Erwägungen denn nach empirischen Erkenntnissen.

In der vorliegenden Untersuchung wurde zu allen Sanktionsformen (GS, FS, Bu, GA) erfasst, ob diese verhängt wurden (ja/nein) und wie das Strafmass (gemessen in Tagen, Franken etc.) ausfiel. In das Modell aufgenommen wurden die unten aufgelisteten Variablen. Da gemeinnützige Arbeit nur äusserst selten angeordnet wird, wurde diese Sanktionsart aus der Analyse ausgeklammert. Da die Höhe der Geldstrafe sowie der Busse bereits in den der beschuldigten Person auferlegten Kosten (vgl. oben) enthalten ist, wurden diese Variablen ebenfalls nicht in das Modell aufgenommen:

- Geldstrafe (ja/nein<sup>28</sup>);
- Freiheitsstrafe (ja/nein);
- Busse (ja/nein).

## C. Merkmale des Verfahrens

### 1. Kanton

Die Kantons-Variable beschreibt, in welchem Kanton (der vier untersuchten) der Strafbefehl erlassen wurde.

### 2. Verteidigung

Aus theoretischen Überlegungen ist davon auszugehen, dass beschuldigte Personen, die anwaltlich vertreten sind, grundsätzlich häufiger Einsprache erheben als solche, die dies nicht sind. Die Ursache hierfür liegt nicht (nur) darin, dass Anwälte ihr Geld damit verdienen, Rechtsmittel für ihre Klienten zu ergreifen, sondern darin, dass diese mit ihren Akteneinsichtsgesuchen häufig auch vorsorgliche Einsprachen verbinden.<sup>29</sup> Die Ursachen von Einsprachen sind daher oft rein formeller Natur (und u.U. auch standesrechtlich notwendig) anstatt inhaltlich substantiiert. Nach Durchsicht der Akten und nach Absprache mit seinem Klienten wird die Verteidigung Letzterem dann eine Empfehlung abgeben, ob an der Einsprache festzuhalten ist oder ob sie zurückgezogen

<sup>28</sup> Die Bedingungsform der Strafe bzw. der «Strafaufschub» (unbedingt, teilbedingt, bedingt) wurde auch erfasst, wird hier jedoch nicht ausgewertet.

<sup>29</sup> Die vorsorgliche Einsprache bietet die Möglichkeit bei der Staatsanwaltschaft Einsicht in die Akten zu nehmen und kann ggf. wieder zurückgezogen werden.

wird. Dabei sind grundsätzlich verschiedene Sachverhaltsvarianten denkbar, wobei es keineswegs so sein muss, dass die Initiative zu einer Einsprache initial vom Anwalt ausgeht. Ebenso ist denkbar, dass die beschuldigte Person nach Erhalt des Strafbefehls sich an einen Anwalt wendet mit der klaren Absicht, dass dieser ihm eine Einsprache verfasse. Die Kausalität verläuft daher anders. Natürlich lässt sich anhand der Akten nicht genau erfassen, von wem der Wunsch zur Einsprache initial ausging. Es wurde nur erfasst, ob die beschuldigte Person *jedemals* im Verfahren einen Verteidiger hatte, da der genaue Zeitraum der Verteidigung in den Akten nicht immer ersichtlich war. Es wird jedoch davon ausgegangen, dass Fälle, in denen ein Verteidiger erst *nach* der Einsprache hinzugezogen wird (sodass dieser keinen Einfluss auf die Einsprache nehmen kann), selten sind. Die Art der Verteidigung (amtlich, privat) wurde im Rahmen der nachfolgenden Auswertung nicht berücksichtigt.

### 3. Untersuchungs- und Polizeihaft [haft] / Haftdauer

Dieses dichotome Merkmal erfasst, ob sich die beschuldigte Person im Zuge des Verfahrens in Polizei- oder Untersuchungshaft befand oder nicht. Die Erfassung ist jedoch nicht immer einheitlich, z.B. ab wie vielen Stunden Haft ein ganzer Hafttag angerechnet wird (es existieren diesbezüglich aber interne Weisungen). Die Variable wurde insbesondere deshalb in das Modell aufgenommen, weil davon ausgegangen wird, dass Haft – und Untersuchungshaft im Speziellen – für beschuldigte Personen eine einschneidende Erfahrung darstellt, welche mutmasslich auch die Einstellungen gegenüber der Justiz und den Strafverfolgungsbehörden zu ändern vermag. Eine kritische Einstellung gegenüber der Justiz und den Strafverfolgungsbehörden könnte sich z.B. über eine unterschiedliche Einschätzung der Wirksamkeit einer Einsprache auf die Einsprachehäufigkeit auswirken. Ebenfalls wäre denkbar, dass die Perspektive auf eine sofortige Entlassung bei Akzeptierung einer Erledigung durch Straf-

befehl in Haftfällen dazu führt, dass weniger Einsprache erhoben wird.

### 4. Verfahrensdauer

Die Verfahrensdauer wurde operationalisiert als Zeitraum zwischen dem Eingangsdatum und dem Erlassdatum des Strafbefehls. Zeitangaben zur Tat (Tatzeit oder Ausführungsbeginn oder -ende bei Dauerdelikten) wurden nicht erfasst.

### 5. Beweislage: Sach- und Personalbeweise

Im Rahmen der Aktenanalyse wurde die «Beweislage» relativ detailliert erfasst. Erhoben wurden sowohl *Personalbeweise* (belastende Einvernahmen) als auch *Sachbeweise*. Je ungünstiger die Beweislage für die beschuldigte Person ausfällt, d.h. je sicherer jemandem ein Delikt nachgewiesen werden kann, desto geringer sind auch die Chancen, dass der Strafbefehl nachträglich gekippt werden kann. Entsprechend wird davon ausgegangen, dass eine belastende Beweislage tendenziell mit einer geringeren Einspracherate assoziiert ist. Das bedeutet freilich nicht, dass es im Einzelfall auch bei erdrückender Beweislage Einsprachen geben kann – wenn z.B. formelle Aspekte gerügt werden.

Sachbeweise wurden nur dann erfasst, wenn sie im Hinblick auf den Erlass des Strafbefehls (soweit es sich aus den Akten ergab) bzw. auf die Beweislage auch tatsächlich von Bedeutung waren: Ein standardmässig durchgeführter Atemalkoholtest, der jedoch negativ ausfiel, wurde daher z.B. nicht erfasst, wenn der Tatvorwurf ohnehin nichts mit Alkohol zu tun hatte. Das Vorliegen folgender Sachbeweise wurde erhoben:

- Atemalkoholmessung;
- DNA-Analyse;
- Tests von (und auf) Drogen, Medikamente oder Alkohol;
- Fingerabdrücke;
- Foto-/Video-/Audiobeweise (z.B. Radarfotos);
- Gutachten (z.B. psychiatrische oder physikalische);

- eigene Wahrnehmung der Polizei;
- andere eindeutige Beweise.

Personalbeweise wurden anhand der Anzahl belastender (Nicht-Beschuldigter-)Einvernahmen operationalisiert. Die Anzahl ausgewerteter Einvernahmeprotokolle musste aus Ressourcen Gründen jedoch auf fünf pro Strafbefehlsdossier beschränkt werden, wobei es ohnehin nur selten Fälle mit fünf oder mehr Einvernahmen gab.

Auch die Einvernahme der beschuldigten Person selbst kann als Personalbeweis betrachtet werden und insbesondere Geständnisse stellen wichtige Beweismittel dar. Wann ein Geständnis vorliegt, kann anhand der Daten unterschiedlich operationalisiert werden. Im Sinne einer Arbeitsdefinition ist die beschuldigte Person in der vorliegenden Untersuchung dann geständig, wenn sie bei *mindestens einer* Einvernahme vollgeständig<sup>30</sup> war. Dabei handelt es sich um eine wenig restriktive Definition. Zweifellos erfordert die Beurteilung, ob ein Geständnis oder Teilgeständnis vorliegt, stets eine subjektive Wertung durch den Codierer, sodass eine Klassifikation anhand von Einvernahmeprotokollen nicht immer trennscharf möglich ist.

Aus theoretischen Überlegungen ist davon auszugehen, dass geständige Beschuldigte tendenziell seltener Einsprache erheben als nicht-geständige, da das Strafbefehlsverfahren zur Voraussetzung hat, dass die beschuldigte Person geständig ist (oder die Tat anderweitig ausreichend geklärt). Geständigkeit bezieht sich zwar nur auf den Sachverhalt und nicht auf die Akzeptanz der Strafe, sodass eine Einspracherhebung aus Sicht der beschuldigten Person nicht zwingend widersprüchlich ist, dennoch ist anzunehmen, dass eine geständige Person eher bereit ist, die ausgefallte Strafe zu akzeptieren.

<sup>30</sup> Bei der Erfassung wurde differenziert zwischen Geständnis, Teilgeständnis, Bestreiten und Schweigen.

## 6. Persönlicher Kontakt

Um die Hypothese zu untersuchen, dass sich persönlicher Kontakt zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden auf die Wahrscheinlichkeit der Einspracherhebung auswirkt, wurden folgende zwei Merkmale verwendet:

- *Persönliche Zustellung des Strafbefehls* («Aushändigung»): Strafbefehle können ganz unterschiedlich zugestellt werden. Im Normalfall geschieht dies mittels eingeschriebenen Briefs. Wird dieser jedoch vom Empfänger nicht abgeholt, wird eine zusätzliche Kopie mit «normaler» Post nachgesendet, obschon das Schreiben rechtlich auch ohne Nachsendung mit dem Ablauf der Abholfrist als zugestellt gilt (Zustellfiktion). Bisweilen werden Strafbefehle der beschuldigten Person auch persönlich ausgehändigt. Falls der Aufenthaltsort der beschuldigten Person bzw. deren Zustelladresse unbekannt ist, kann der Strafbefehl auch publiziert werden (Publikationsfiktion), wobei gemäss Art. 88 Abs. 4 StPO Einstellungsverfügungen und Strafbefehle auch ohne Veröffentlichung als zugestellt gelten. Während der Datenerhebung zeigte sich auch, dass einige Staatsanwaltschaften sich von der beschuldigten Person bestätigen lassen, dass sie als Zustelldomizil die eigene Adresse (der Staatsanwaltschaft) angeben dürfen. Durch diesen Trick wird eine Zustellung in jedem Fall möglich. Bezüglich der Ausgangsfrage der vorliegenden Arbeit interessierte die Zustellungsform v.a. um zu untersuchen, ob sich persönlicher Kontakt zwischen dem Strafbefehlsempfänger und den Strafverfolgungsbehörden auf die Einsprachewahrscheinlichkeit auswirkt. Insbesondere bei fehlender Einvernahme und postalischer Zustellung kann sich die beschuldigte Person kein Bild einer Person machen, gegen oder an die sie sich mit ihrer Einsprache wendet, was einen Einfluss auf die Einsprachehäufigkeit haben könnte. Es wurde daher eine dichotome Variable konstruiert, welche angibt, ob die Zustellung persönlich (Aushändigung) oder unpersön-

lich (per Post, Zustellungsfiktionen, Publikationsfiktion etc.) erfolgte.

- *Beschuldigten-Einvernahme*: Persönlicher Kontakt zwischen den Strafverfolgungsbehörden bzw. dem zuständigen Mitarbeiter derselben und der beschuldigten Person kann nicht nur durch persönliche Zustellung entstehen, sondern v.a. durch das Zusammenreffen im Rahmen von Beschuldigten-Einvernahmen. Als unabhängige Variable erfasst wurde daher, ob mindestens eine Beschuldigten-Einvernahmen vor Erlass des Strafbefehls durchgeführt wurde. Zwar wurde in der Aktenanalyse auch erfasst, um welche Art von Einvernahme es sich handelte (*staatsanwaltschaftliche, polizeiliche, delegiert polizeiliche*), dies wurde hier jedoch nicht weiter berücksichtigt (polizeiliche Einvernahmen sind weitaus häufiger als staatsanwaltschaftliche oder staatsanwaltschaftlich an die Polizei delegierte).

#### D. Weitere nicht erfasste/erfassbare Merkmale

Es versteht sich von selbst, dass es nebst den oben behandelten Merkmalen noch zahlreiche weitere Variablen gibt, welche zur Erklärung des Einspracheentscheides beitragen könnten, aber entweder nicht bekannt waren oder sich schlicht nicht erheben liessen – dies einerseits deswegen weil in der Kriminologie keine deterministischen Zusammenhänge bestehen (sodass grundsätzlich alles einen, wenn auch noch so kleinen, Einfluss haben kann) und andererseits weil in der Praxis gewisse Informationen schlicht nicht verfügbar sind bzw. nicht mit vertretbarem Aufwand erfasst werden können (z.B. Persönlichkeitsmerkmale). Einige solcher nicht erhobener Merkmale sollen hier der Vollständigkeit halber kurz angesprochen werden.

- *Tatsächliche Schuld*: Ob sich eine per Strafbefehl verurteilte Person gegen diesen zur Wehr setzen will, dürfte – so die Annahme – (auch) davon abhängen, ob diese die ihr vorgeworfene Tathandlung(en) überhaupt begangen hat, denn im Grundsatz ist anzu-

nehmen, dass eine Person, welche sich selbst für unschuldig hält, auch eher dazu bereit ist, gegen den Strafbefehl zu opponieren. Umgekehrt ist es allerdings keineswegs so, dass jede beschuldigte Person, die sich selbst für schuldig hält, einen Strafbefehl einfach hinnehmen wird: So kann sie sich trotz im Schuldpunkt korrekter Verurteilung z.B. am Verfahren stören oder mit der Höhe der verhängten Strafe nicht einverstanden sein, obschon sie den Sachverhalt anerkennt etc.<sup>31</sup> Ob der Strafbefehlsempfänger die ihm vorgeworfene Tat begangen hat, ist – von seltenen Fällen der unmittelbaren Beweisbarkeit (z.B. bei eindeutigen Videoaufnahmen) einmal abgesehen – zumeist nur der beschuldigten Person und allfälligen Opfern selbst<sup>32</sup> bekannt und lässt sich anhand blosser Verfahrensakten daher nicht valide operationalisieren.

- *Bildung und Sprachkenntnisse*: Strafbefehle werden in der Schweiz grundsätzlich in der jeweiligen Amtssprache am Ort der Erlassbehörde ausgestellt. Von beschuldigten Personen, deren Muttersprache davon abweicht, wird erwartet, dass sie das Dokument entweder selbst verstehen oder – bei fehlenden Sprachkenntnissen – zumindest eine sprachkundige Person zur Übersetzung beiziehen. Sie sind m.a.W. selbst dafür verantwortlich, den Strafbefehl zu verstehen. Das kann problematisch sein, denn es wird vorausgesetzt, dass die betroffene Person überhaupt um die Bedeutung des Dokumentes Bescheid weiss, was sich abschliessend erst (zirkulär) aus dessen Inhalt ergibt. Es ist zudem bekannt, dass die verwendete Juristensprache mit Formulierungen, welche dem Sprachgebrauch des «durchschnittlichen» Bürgers nicht entsprechen, dessen Verständnis, wenn nicht gerade erschwert,

<sup>31</sup> Partielle Einsprachen, also solche, welche sich bloss gegen bestimmte Teile des Strafbefehls richten, entfalten grundsätzlich keine partiellen Wirkungen, sodass eine Einsprache den gesamten Strafbefehl dahinfallen lässt. Davon ausgenommen sind Einsprachen, die nur die Kosten, Entschädigungen oder weitere Nebenfolgen betreffen, *Riklin*, BSK StPO (Fn 1), Art. 354 N 2.

<sup>32</sup> Bisweilen bekundet selbst das Opfer darin Mühe, einen Täter zu erkennen (z.B. beim Waffenfokus-Effekt; vgl. z.B. *Stebly*, A meta-analytic review of the weapon focus effect, *Law and Human Behavior* 1992, 413 ff.

doch zumindest auch nicht fördert. Hinzu kommt, dass sich ein Strafbefehl zwar gemäss den gesetzlichen Vorgaben in Art. 353 Abs. 1 StPO zu den direktesten Folgen (Sanktionen) äussert, aber Nebenfolgen wie administrativ- oder ausländerrechtliche Folgen unerwähnt lässt, sodass für manche Beschuldigte die eigentliche Strafe erst auf die Strafe folgt. **Thommen** geht davon aus, dass Beschuldigte generell – aber insbesondere dann, wenn sie vor dem Strafbefehlserlass nicht einvernommen wurden (Rechtsbelehrung) – die Dimensionen des Verfahrens nicht überblicken würden.<sup>33</sup> Zum Bildungsniveau der beschuldigten Personen im Strafbefehlsverfahren ist empirisch wenig bekannt, sodass auf Dunkelfeldstudien abzustellen wäre. Die Variable konnte in der vorliegenden Analyse nicht erfasst werden, da sich diese Information häufig nicht oder nur indirekt und approximativ dem Aktendossier entnehmen lässt. Ein höheres Bildungsniveau dürfte annahmeweise aus verschiedenen Gründen mit einer grösseren Bereitschaft zur Einspracheerhebung einhergehen: Einerseits über das bereits erwähnte bessere sprachliche Verständnis, andererseits dürften finanzkräftige Beschuldigte durch die Angst vor anfallenden Gerichtskosten aber auch weniger stark abgeschreckt werden, was insbesondere dann der Fall ist, wenn sie von der Staatsanwaltschaft explizit auf die Folgekosten einer Einsprache hingewiesen werden. Hinzu kommt, dass sie sich eher einen (privaten) Verteidiger leisten können.

- *Einflussnahme der Staatsanwaltschaft:* Sodann ist bei der Durchsicht der physischen Aktendossiers aufgefallen, dass manche Staatsanwaltschaften durchaus auch von ihren Möglichkeiten Gebrauch machen, der beschuldigten Person zu signalisieren, dass eine Einsprache – ihrer eigenen Beurteilung nach – häufig nicht sinnvoll ist. Mittels an die beschuldigte Person gerichteten Schreiben wird diese etwa auf die hohen Kosten hingewiesen, welche eine Einsprache nach

sich ziehen kann. Einige Staatsanwaltschaften üben in diesem Sinne einen direkten Einfluss auf die Willensbildung der beschuldigten Person aus, wobei deren Beweggründe (schnelle Erledigung der Verfahren, Bewahrung der beschuldigten Person vor hohen Kosten etc.) im Dunkeln liegen. Diesbezügliche kantonale Besonderheiten werden indirekt zumindest über die Kantons-Variable erfasst.

- In manchen Fällen – die genaue Zahl bleibt unbekannt – mag es auch so sein, dass die beschuldigte Person auf eine Einsprache verzichtet, um dadurch einer (öffentlichen) Gerichtsverhandlung zu entgehen (Prangerwirkung, zeitlicher Aufwand etc.) oder um zu verhindern, dass im Rahmen des Verfahrens und allfälliger weiterer Beweiserhebungen bislang unentdeckte Delikte ans Tageslicht gelangen könnten. Ob es sich bei den beschuldigten Personen um Erst-, Einmal- oder Wiederholungstäter handelte, konnte ebenfalls nicht erfasst werden.

## V. Ergebnisse

### A. Auswertungsstrategie

Die dichotome abhängige Variable (Einspracheerhebung) sowie die gemischten Skalenniveaus der unabhängigen Variablen erlauben die Verwendung verschiedenster statistischer Analysemethoden. Da es vorliegend nicht primär darum gehen soll, ein «black box»-Modell mit möglichst hoher Modellgüte bzw. möglichst guter Vorhersagbarkeit zu erstellen, sondern darum, die einzelnen Beiträge der verschiedenen erklärenden Merkmale zu quantifizieren und inhaltlich zu erklären, wird zunächst das Verfahren der (binären) multiplen logistischen Regressionsanalyse gewählt. Dieses Verfahren berücksichtigt, dass die abhängige Variable dichotom ist, und ist inhaltlich überdies leicht interpretierbar, da für jeden Prädiktor die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Zielereignisses (hier: Einspracheerhebung) berechnet werden kann.

Wie Prädiktoren am besten ausgewählt werden sollen (feature selection), um ein erklärungs-

<sup>33</sup> Zitiert in: Schmid, (Fn 9).



kräftiges (model fit), aber dennoch sparsames (model parsimony) Modell zu erhalten, welches Overfitting vermeidet, ist eine wichtige, aber auch umstrittene Frage. Es existieren denn auch zahlreiche Ansätze (schrittweise Aufnahme vorwärts oder rückwärts, blockweise Aufnahme, cross validation, ridge regression, lasso regression, elastic net regression etc.) mit je unterschiedlichen Vor- und Nachteilen. In der vorliegenden Auswertung wurden die Modellprädiktoren gestützt auf *theoretische Vorannahmen*, d.h. nicht rein empirisch, ausgewählt: Es wurden grundsätzlich nur Variablen in das Modell aufgenommen, bei welchen aus theoretischen Überlegungen ein Zusammenhang mit der abhängigen Variablen vermutet wird. Im Interesse einer besseren Interpretierbarkeit der Ergebnisse wurden keine Interaktionseffekte zwischen den einzelnen unabhängigen Variablen berücksichtigt. In einem zweiten Schritt wurde ein schrittweises Auswahlverfahren gewählt, das sowohl vor- als auch rückwärts selektiert.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Der Algorithmus ist im R-Paket «MASS» in der Funktion «stepAIC» implementiert und bedient sich des Informationskriteriums von Akaike. Dieses Kriterium belohnt die Anpassungsgüte des Modells, pönalisiert aber gleichzeitig auch eine grosse Modellkomplexität, sodass sein Wert nicht automatisch mit zunehmender Anzahl Prädiktoren ansteigt.

### B. Gruppenvergleiche: Einsprache- vs. Nicht-Einsprache-Fälle

Zunächst wird in der untenstehenden Tabelle ein Überblick darüber gegeben, ob sich Einsprachefälle (ES) hinsichtlich der oben erwähnten Merkmale von Nicht-Einsprache-Fällen (NES) unterscheiden. Bei *kontinuierlichen Merkmalen* wurden jeweils die arithmetischen Mittelwerte für beide Gruppen berechnet. Zur Überprüfung, ob sich beide Gruppen voneinander unterscheiden, wurde ein t-Test (auf Mittelwertunterschiede bei unabhängigen Stichproben) durchgeführt und als Mass für die Effektstärke Cohen's d angegeben. Bei kategorialen Merkmalen wurde für beide Gruppen (ES/NES) berechnet, welcher Anteil die jeweilige Ausprägung des Merkmals (z.B. «Schweizer») erfüllt. Als Gruppenvergleich wurde ein Chi-Quadrat-Test durchgeführt und als Effektstärke Cramers V angegeben. Aus Platzgründen wurde bei dichotomen Prädiktoren (Geschlecht, Sachverhalt, Begründung etc.) jeweils nur die Häufigkeiten einer Kategorie angegeben (die Häufigkeiten aller Kategorien summieren sich auf hundert Prozent).

Prädiktor	ES	NES	Gruppenvergleich	p	Sign.	Effektstärke
Alter	31.5	37.3	$t(3794.2) = 9.9573$	2.2e-16		0.302
Geschlecht			$\chi^2(1) = 0.50132$	0.4789		0.011
... Frau	18.5%	17.7%				
Nationalität			$\chi^2(1) = 60.307$	0.0000	***	0.114
... Schweizer	58.9%	47.3%				
Aufenthaltsstatus			$\chi^2(5) = 77.526$	0.0000	***	0.129
... Schweizer	67.2%	60.0%				
... Niederlassung	14.3%	13.2%				
... Aufenthalt	8.5%	7.8%				
... Asyl	2.6%	2.9%				
... Illegal	3.4%	8.1%				
... Anderer	4.1%	7.9%				
Wohnsitz			$\chi^2(2) = 114.85$	0.0000	***	0.159
... Schweiz	92.9%	81.8%				
... Ausland	6.4%	15.9%				
... ohne festen	0.8%	2.3%				
Fkt. erlassende Person			$\chi^2(2) = 15.451$	0.004415		0.057
... StA	71.1%	65.6%				
... Ass.-StA	12.5%	14.7%				
... Sachbearbeiter	16.5%	19.7%				
Sachverhalt			$\chi^2(1) = 2.536$	0.1113		0.025
... ja	97.9%	98.6%				
Begründung			$\chi^2(1) = 0.11761$	0.7316		0.005
... ja	69.6%	70.1%				
Auferlegte Kosten	1838.3	1402.6	$t(3002.4) = 6.9931$	0.0000	***	0.225
StGB-Delikt			$\chi^2(1) = 28.354$	1.01e-07		0.079
... ja	38.2%	30.6%				
SVG-Delikt			$\chi^2(1) = 0.7768$	0.3781		0.013
... ja	47.6%	48.9%				
BetmG-Delikt			$\chi^2(1) = 20.362$	0.0000	***	0.067
... ja	8.2%	12.4%				
AuG-Delikt			$\chi^2(1) = 15.824$	0.0001	***	0.059
... ja	10.7%	14.8%				

Prädiktor	ES	NES	Gruppenvergleich	p	Sign.	Effektstärke
WG-Delikt			$\chi^2(1) = 4.1208$	0.04236		0.031
... ja	1.9 %	2.8 %				
Anderes Delikt			$\chi^2(1) = 7.8214$	0.005163		0.042
... ja	6.9 %	4.9 %				
Geldstrafe			$\chi^2(1) = 11.189$	0.008227		0.050
... ja	87.9 %	90.9 %				
Freiheitsstrafe			$\chi^2(1) = 1.388$	0.2388		0.018
... ja	6.0 %	6.9 %				
Busse				0.001784		0.055
... ja	6.0 %	6.9 %				
Geldstrafe (Betrag)	333.1	284.0	$t(3076.8) = 4.4113$	0.0006549		0.109
Kanton			$\chi^2(2) = 42.784$	0.0000	***	0.096
... SG	27.5 %	30.9 %				
... BE	32.7 %	24.1 %				
... NE	18.9 %	22.4 %				
... ZH	20.9 %	22.6 %				
Verteidiger			$\chi^2(1) = 1144.3$	0.0000	***	0.495
... ja	44.8 %	4.1 %				
Untersuchungshaft			$\chi^2(1) = 32.481$	0.0000	***	0.085
... ja	5.7 %	10.6 %				
Dauer U-Haft (Tage)	0.4	0.5	$t(3986.5) = -0.74101$	0.4587		0.022
Verfahrensdauer (Tage)	103.8	68.6	$t(3257.4) = 10.223$	0.0000	***	0.323
Beweis: Atemalkohol			$\chi^2(1) = 24.309$	0.0000	***	0.073
... ja	8.3 %	12.9 %				
Beweis: DNA-Analyse			$\chi^2(1) = 14.914$	0.0001125		0.058
... ja	2.3 %	4.5				
Beweis: Drogentest			$\chi^2(1) = 29.385$	0.0000	***	0.080
... ja	11.3 %	17.1 %				
Beweis: Fingerabdrücke			$\chi^2(1) = 7.553$	0.005991		0.041
... ja	1.8 %	3.2 %				
Beweis: Foto, Video, Audio		$\gamma^2(1) = 19.575$	0.0000	***	0.065	
... ja	29.8 %	23.9 %				

Prädiktor	ES	NES	Gruppenvergleich	p	Sign.	Effektstärke
Beweis: Gutachten			$\chi^2(1) = 14.254$	0.0001598		0.056
... ja	5.8%	3.4%				
Beweis: Eigene Wahrn.		$\gamma^2(1) = 8.2788$	0.004011		0.042	
... ja	41.4%	45.7%				
Beweis: Andere			$\chi^2(1) = 2.0004$	0.1573		0.021
... ja	38.9%	41.0%				
Belastende EV (Anzahl)	0.3	0.0	$t(2010.4) = 17.53$	0.0000	***	0.626
Geständnis			$\chi^2(1) = 811.12$	0.0000	***	0.417
... ja	28.0%	59.1%				
Pers. Zustellung			$\chi^2(1) = 48.085$	0.0000	***	0.102
... ja	6.7%	13.2%				
Beschuldigten-EV			$\chi^2(1) = 2401.2$	0.0000	***	0.716
... ja	68.6%	2.3%				

Wie der Tabelle entnommen werden kann, erweisen sich rein bivariat die nachfolgenden Prädiktoren als (hinsichtlich ihrer Effektstärke) relevant:

- Einvernahmen, welche den Strafbefehlsadressaten inhaltlich belasten, sind mit einer höheren Einspracherate assoziiert;
- Bei Beschuldigten mit Verteidiger wird häufiger Einsprache erhoben;
- Geständige Beschuldigte erheben weniger oft Einsprache;
- Die Einspracherate ist positiv mit der Verfahrensdauer assoziiert: Je länger das Verfahren dauert, desto häufiger wird Einsprache erhoben;
- Ältere SB-Empfänger erheben häufiger Einsprache als jüngere;
- Höhere Kosten seitens der Beschuldigten sind mit mehr Einsprachen verbunden.

Weiter sind z.B. folgende Zusammenhänge erkennbar:

- Es besteht ein sign. Zusammenhang zwischen der *Nationalität* des Strafbefehlsadressaten und der Einspracheerhebung: Der Ausländeranteil fällt bei der ES- höher aus als bei der NES-Gruppe (59 vs. 47%).
- Bezüglich der *Nationalität* bzw. des *Aufenthaltstitels* zeigen sich deutliche Unterschiede in der Einspracheerhebung: Prozentual am häufigsten erheben Schweizer Einsprachen, gefolgt von Niedergelassenen und Aufenthaltaltern (inkl. Kurzaufenthalt). Deutlich tiefer fällt die Einspracherate dagegen im Asylbereich, sowie bei Illegalen und bei Personen mit anderen Aufenthaltstiteln aus.
- Der Anteil Personen mit Wohnsitz im Ausland ist bei der NES-Gruppe grösser (16 % vs. 6%).

### C. Ergebnisse (logistische Regressionsanalyse)

Die Ergebnisse der durchgeführten logistischen Regressionsanalysen sind in der nachfolgenden Tabelle wiedergegeben.

Koeffizienten		Vollständiges Modell			Reduziertes Modell		
Prädiktor		Estimate	OR	Sign.	Estimate	OR	Sign.
(Intercept)		1.57E+00	4.821	**	1.500045	4.482	***
Alter		1.64E-02	1.017	***	0.0177	1.018	***
Geschlecht	Mann	1.68E-02	1.017				
Nationalität	Ausländer	-1.98E-01	0.821				
Aufenthaltsstatus	Anderer	8.49E-01	2.338	*	0.7259	2.067	*
	Illegale	5.02E-01	1.652		0.397227	1.488	
	Aufenth.	7.09E-01	2.031	**	0.538547	1.714	**
	Niederl.	-5.55E-02	0.946		-0.231418	0.793	
	Asyl	4.04E-01	1.498		0.256894	1.293	
Wohnsitz	Ausland	-7.24E-01	0.485	**	-0.777423	0.460	***
	ofW	-3.83E-01	0.682		-0.352141	0.703	
Funktion des SB-Erlassers	Ass-StA	-2.16E-01	0.806		-0.21719	0.805	
	Sachb.	4.80E-01	1.616	.	0.520115	1.682	.
Sachverhalt	nein	5.70E-01	1.768	.	0.577846	1.782	.
Begründung	nein	7.14E-02	1.074				
Auferlegte Kosten		2.67E-05	1.000				
StGB-Delikt	ja	-1.31E-01	0.877				
SVG-Delikt	ja	3.06E-01	1.359		0.477662	1.612	***
BetmG-Delikt	ja	-3.86E-01	0.680	.			
AuG-Delikt	ja	-1.58E-01	0.854				
WG-Delikt	ja	-3.95E-01	0.674				
Anderes Delikt	ja	4.25E-01	1.530	.	0.521126	1.684	*
Strafe: GS	ja	1.67E-01	1.182				
Strafe: FS	ja	1.76E-01	1.192				
Strafe: Busse	ja	-2.54E-01	0.776	.	-0.301705	0.740	*
Kanton	BE	2.26E+00	9.545	***	2.294074	9.915	***
	NE	2.16E+00	8.662	***	2.092873	8.108	***
	ZH	6.86E-01	1.985	*	0.707176	2.028	*
Verteidigung	ja	2.89E+00	18.011	***	2.85514	17.377	***
Haft	ja	1.29E-01	1.138				
Haftdauer (Tage)		-4.11E-02	0.960	*	-0.040196	0.961	*
Verfahrensdauer (Tage)		-5.60E-04	0.999				
Beweis: Alkoholtest	ja	-2.86E-01	0.751				

Koeffizienten		Vollständiges Modell			Reduziertes Modell		
Prädiktor		Estimate	OR	Sign.	Estimate	OR	Sign.
... DNA-Analyse	ja	-1.19E+00	0.303	**	-1.240344	0.289	***
... Drogentest	ja	-2.99E-01	0.742		-0.484309	0.616	**
... Fingerabdrücke	ja	1.48E-01	1.160				
... Atemalkoholtest	ja	-1.44E-01	0.866				
... Gutachten	ja	-9.69E-01	0.380	**	-0.979746	0.375	**
... eigene Wahrn.	ja	3.30E-02	1.034				
... andere	ja	-2.44E-01	0.784	*	-0.225382	0.798	*
Belastende EV		-1.04E-03	0.999				
Geständnis	ja	-6.53E-01	0.521	*	-0.66432	0.515	*
Persönliche Zustellung	ja	-1.16E-01	0.890				
Besch. P. einvernommen	nein	-5.68E+00	0.003	***	-5.665515	0.003	***
Nagelkerke R <sup>2</sup>		0.721			0.72		
Cox & Snell R <sup>2</sup>		0.533			0.53		
Hosmer & Lemeshow R <sup>2</sup>		0.566			0.57		

Zunächst wurde ein Modell mit sämtlichen Prädiktoren berechnet (nur Haupteffekte), bei welchen ein Zusammenhang mit der Einspracheerhebung vermutet wird («vollständiges Modell»). In einem zweiten Schritt wurde, um die Modellkomplexität zu reduzieren, eine schrittweise Variablenauswahl durchgeführt («reduziertes Modell»). Die in den Spalten «OR» angegebenen Odds Ratios sind so zu interpretieren, dass der jeweilige Prädiktor bei einem OR-Wert grösser 1 die Wahrscheinlichkeit für eine Einsprache vergrössert. Werte kleiner eins verringern die Wahrscheinlichkeit demgegenüber. Werte nahe 1 deuten schliesslich darauf hin, dass nur ein schwacher bzw. kein Zusammenhang zwischen dem jeweiligen Prädiktor und der Einspracheerhebung besteht.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Beispiele: Ein OR von 3 bedeutet, dass sich die Wahrscheinlichkeit einer Einspracheerhebung verdreifacht. Ein OR von 0.5 demgegenüber ist als Verringerung der Einsprachewahrscheinlichkeit um den Faktor 0.5 (Halbierung) zu deuten.

Die Tabelle macht deutlich, dass die schrittweise Auswahl der Prädiktoren im Wesentlichen zu einer Vereinfachung des Modells führt, wobei sich an den Koeffizienten selbst wenig ändert. Zur Beurteilung der Modellgüte wurden verschiedene sog. Pseudo-Bestimmtheitsmasse berechnet (Nagelkerke R<sup>2</sup>, Cox & Snell R<sup>2</sup>, Hosmer & Lemeshow R<sup>2</sup>). Diese geben an, welchen Anteil an Varianz durch das Modell erklärt werden kann: Vorliegend schwanken die Werte – je nach verwendetem Kennwert – zwischen 53 und 72 Prozent, wobei die Erklärungskraft des vereinfachten Modells in etwa gleich hoch ausfällt. Es gibt keine Hinweise auf das Vorliegen relevanter Multikollinearität (Faustregel: VIF-Werte < 10)<sup>36</sup>.

Um die Interpretation der Ergebnisse zu vereinfachen, wurden die Koeffizienten unten-

<sup>36</sup> Zu dieser «Faustregel» siehe z.B. Wooldridge, *Introductory Econometrics: A Modern Approach*, Mason USA 2013, 98.

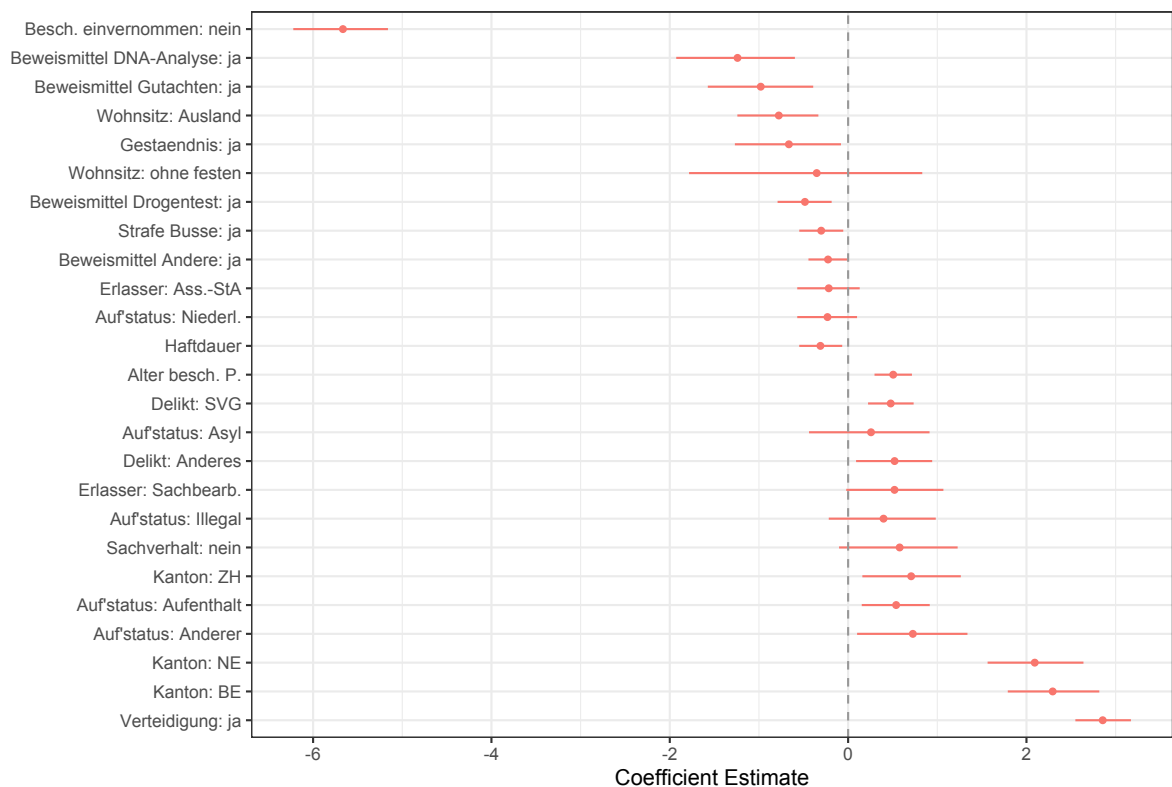
stehend als sog. Dot-Whisker-Plot dargestellt und der Grösse der Regressionskoeffizienten nach sortiert. Zu beachten ist, dass die dargestellten Punkte Logits darstellen – und keine Odds Ratios. Werte  $> 0$  deuten auf einen positiven Zusammenhang mit der Einspracheerhebung hin, Werte  $< 0$  dagegen auf einen negativen.

Insgesamt lassen sich grafisch vier Gruppen von Prädiktoren ausmachen: (1) stark einsprache-hemmende («Besch. einvernommen: nein»), (2) schwach einsprache-hemmende [«Beweismittel DNA-Analyse: ja» bis «Haftdauer»], (3) schwach einsprache-fördernde («Alter besch. P.» bis «Aufstatus: Anderer») und (4) stark einsprache-fördernde («Kanton: NE» bis «Verteidigung: ja»).

Als wichtigster Faktor in Bezug auf das Nicht-erheben einer Einsprache hat sich das Fehlen einer Beschuldigten-Einvernahme erwiesen: Beschuldigte, welche im Rahmen des Verfahrens bzw. vor SB-Erlass nie einvernommen wurden,

weisen eine deutlich geringere Wahrscheinlichkeit auf, Einsprache zu erheben. Ob hier tatsächlich von einer «Wirkung» der Einvernahme auf die beschuldigte Person auszugehen ist, bleibt unklar. Denkbar wäre allenfalls auch, dass indirekte Effekte (z.B. über die Tatschwere) vorliegen, welche dazu führen, dass Beschuldigte eher dazu bereit sind, einen Strafbefehl zu akzeptieren. Es kann auch argumentiert werden, dass die beschuldigte Person im Rahmen ihrer Einvernahme besser bzw. deutlicher auf ihre Rechte hingewiesen wird oder dass die einvernommene Person ihre Einsprache gedanklich an eine Person richten kann, von der sie bereits ein Bild hat, was psychologisch einen Unterschied machen könnte.

Als weitere «einsprache-hemmende» Merkmale erwies sich sodann auch das Vorliegen eines DNA-Beweises. Inhaltlich könnte hier die Interpretation lauten, dass solche Beweise i.d.R. eindeutig sind und den Argumentationsspielraum im Rahmen einer Einsprache stark ein-



schränken. Gleiches gilt womöglich für Gutachten als Beweismittel, wobei hier die Interpretation schwieriger ist, zumal die Daten leider keine weitere Differenzierung nach der Art des Gutachtens erlauben.

Wenig überraschend wird auch von Beschuldigten mit Wohnsitz im Ausland sowie geständigen Beschuldigten weniger häufig Einsprache erhoben. Bezüglich der Kantons-Variable ist festzustellen, dass statistisch signifikante und überdies starke Unterschiede in der Einspracherhebung bestehen, welche sich auch unter Verwendung bzw. statistischer Kontrolle der übrigen zur Verfügung stehenden uV nicht vollständig erklären lassen (vgl. hierzu die Ausführungen zu den nicht erfassten bzw. erfassbaren Prädiktoren). Der Erlass des Strafbefehls in den Kantonen NE und BE stellt ein Faktor dar, welcher mit einer grösseren Einspracherhebungs-Wahrscheinlichkeit einhergeht.

Auffallend stark und inhaltlich gut erklärbar ist der Zusammenhang zwischen der Einspracherhebung und dem Vorhandensein eines Verteidigers. Das Vorhandensein eines Verteidigers im Rahmen des Verfahrens erhöht die Einsprachehäufigkeit erheblich. Auf die diesbezügliche Kausalitätsproblematik wurde bereits hingewiesen.

Wie der Abbildung entnommen werden kann, ist sodann auch das Fehlen einer Sachverhaltsbeschreibung im Strafbefehl mit einer höheren Einspracherate verbunden. Gleiches gilt für Strafbefehle, welche von Sachbearbeitern erlassen wurden. Ob sich solche Strafbefehle von durch Staatsanwälte ausgestellten unterscheiden oder aber nur anders wahrgenommen werden, lässt sich nicht überprüfen.

Ebenso besteht ein Zusammenhang mit dem Alter: Hier ist zu beachten, dass sich die oben angegebenen Logit- bzw. OR-Werte auf ein einzelnes Lebensjahr beziehen. Über eine längere (Alters-)Zeitspanne hinweg können sich so durchaus deutliche Unterschiede in der

Einspracherate ergeben: Insgesamt kann festgehalten werden, dass ältere Personen deutlich häufiger Einsprache erheben als jüngere. Es wäre denkbar, dass hier auch unterschiedliche Einstellungen gegenüber der Polizei und Justiz eine gewisse Rolle spielen. Diese These ist jedoch anhand der Daten nicht weiter überprüfbar.

## VI. Fazit

Der vorliegende Beitrag ging der Frage nach, welche Faktoren empirisch mit der Einspracherhebung im Strafbefehlsverfahren assoziiert sind. Diese Frage ist von der Frage der Kausalität und von der Frage, wie allfällige (vorhandene oder fehlende) Zusammenhänge zu werten sind, strikte zu unterscheiden: Wie genau sich ein Sachverhalt auf den Entscheid, Einsprache zu erheben oder nicht, auswirkt, kann aus den Daten oft nicht eindeutig abgelesen werden. Die im Rahmen dieser Auswertung gemachten Ergebnisse bieten dafür immerhin Indizien und bilden einen Ausgangspunkt für weiterführende Auswertungen, welche gefundene Zusammenhänge weiter ausleuchten sollten.

Die im Rahmen von multiplen logistischen Regressionsanalysen gewonnenen Ergebnisse erweisen sich insgesamt als plausibel (z.B. hinsichtlich der Richtung des Zusammenhangs), sie machen aber auch deutlich, dass der Entscheid für oder gegen eine Einsprache komplex ist und durch eine Vielzahl von Faktoren mitbestimmt wird, die sich in einfachen Modellen nur beschränkt nachbilden – und in komplizierten Modellen<sup>37</sup> demgegenüber nur schwer nachvollziehen – lassen. Signifikante und starke (positive) Zusammenhänge mit der Einspracherhebung zeigten sich insbesondere mit folgenden Prädiktoren:

- Anwesenheit eines Verteidigers im Verfahren;
- Erlass des SB in den Kantonen Bern oder Neuenburg;
- höheres Alter der beschuldigten Person.

<sup>37</sup> Zu denken ist an sog. Black-Box-Algorithmen im Bereich AI / Machine Learning (support vector machines, deep learning etc.).



Ein «einsprache-hemmender» Einfluss fand sich u.a.

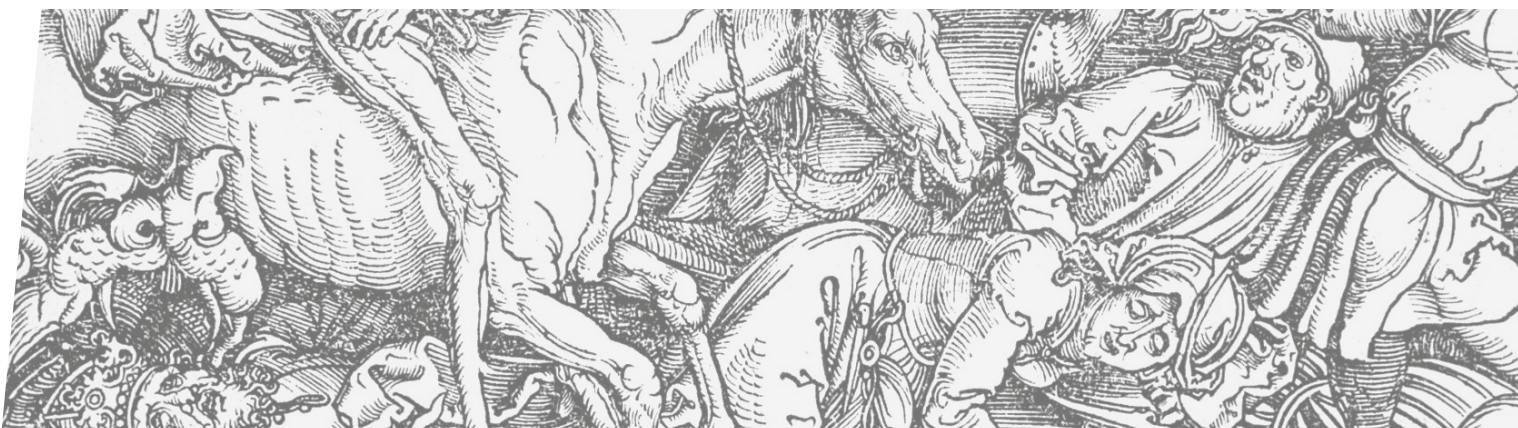
- bei Strafbefehlsverfahren, in denen die beschuldigte Person nicht einvernommen wurde;
- beim Vorhandensein von DNA-Analysen, Drogentests oder Gutachten als Beweismitteln;
- bei geständigen Beschuldigten;
- bei im Ausland wohnhaften Beschuldigten;
- bei länger inhaftierten Beschuldigten.

Dass sich trotz Einbezug verschiedenster Kontrollvariablen nach wie vor starke Kantonsunterschiede zeigen, ist – mehr als ein Jahrzehnt nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung – erstaunlich, aber vor dem Hintergrund der fortbestehenden regionalen und kantonalen Besonderheiten immerhin nachvollziehbar: Faktoren wie die Art und Weise, wie Einvernahmen geführt, Strafbefehle formuliert, Beschuldigte behandelt und letztlich auch bestraft werden etc. dürften hier ihren je eigenen Beitrag dazu leisten, wie sich Beschuldigte nach Erhalt des Strafbefehls entscheiden. Lokale Rechtstraditionen oder – ganz praktisch – sich über Jahrzehnte eingeschliffene Arbeitsabläufe haben sich – im Rahmen des übergeordneten Schweizerischen Rechts – ihren Platz erhalten können. Ob solche festgefahrenen Abläufe und regionalen bzw. kantonalen Spezifika und Anforderungen echte Erfordernisse widerspiegeln (so sind z.B. die Kantone aufgrund ihrer geografischen Lage ganz unterschiedlich mit Ausländerkriminali-

tät belastet) oder aber schlicht über die Zeit hinweg gewachsen sind und sich gefestigt haben, muss im Einzelfall beantwortet werden. Die Kriminologie – oder genauer: Rechtstatsachenforschung – kann hier in Zusammenarbeit mit Juristinnen und Juristen ihre Dienste anbieten.

In der Schweiz ist an dieser Stelle insbesondere auf die kriminologische Arbeit von Christian Schwarzenegger hinzuweisen, dem der vorliegende Beitrag gewidmet sei. Ihm war es stets ein Anliegen, Recht nicht fernab der Rechtswirklichkeit zu «betreiben», sondern unter Miteinbezug derselben. Dieses Anliegen, welches sich bereits in seiner Dissertation – eine Einstellungsbefragung der (kantonal)zürcher Wohnbevölkerung zu Kriminalität und Verbrechenskontrolle – zeigte, zieht sich als roter Faden durch seine Forschung.

Ich möchte dem Jubilar dafür danken, als sein Assistent und Mitarbeiter die Gelegenheit gehabt zu haben, während einiger Jahre an der Umsetzung innovativer Ideen mitzuwirken. Lebhaft erinnere ich mich an eine intensive Zeit zurück, an meterhohe Stapel von Fragebögen oder an Besprechungen in seinem Büro mit japanischem Tee aus kunstvollen Tässchen, bei denen er in bewundernswerter Weise zu fast allen Themen eine Studie aus dem Ärmel schütteln und Zusammenhänge aufzeigen konnte. Lieber **Christian**, ich gratuliere dir herzlich zum Sechzigsten und hoffe, dass du dir – trotz oder neben deinem Engagement in der Universitätsleitung – dein Interesse an der Forschung bewahren kannst.



# Subsidiäre Verfassungsbeschwerde im abgekürzten Verfahren?

Angela Giger

## Ein Denkanstoss zum Perspektivenwechsel

Lieber Christian,

Das abgekürzte Verfahren hat mich während des Studiums zu dir geführt und es ist das abgekürzte Verfahren, das mich nach baldigem Abschluss der Dissertation weiterziehen lässt. Aufgrund dieser persönlichen Bedeutung wird mein Festgabenbeitrag diesem Institut gewidmet. Schon zu Beginn unseres ersten Aufeinandertreffens im Rahmen der Vorlesung zum Strafprozessrecht hat sich gezeigt, dass wir nicht durchwegs gleicher Meinung sind und auch nicht sein müssen – wo bliebe der wissenschaftliche Diskurs? Und trotzdem soll dir der vorliegende Beitrag im Hinblick auf die Neuauflage des roten «Zürcher StPO-Wälzers» als Anreiz zum Umdenken dienen, ohne dir die gleichfarbigen Haare zu Berge stehen zu lassen. Herausgegriffen sei dabei die Frage der Zulässigkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen ablehnende Entscheide im abgekürzten Verfahren. Im Übrigen verweise

ich auf meine – im Zeitpunkt der Abgabe dieses Beitrags – sich in Fertigstellung befindende Dissertation, für deren Betreuung ich dir als meinem Doktorvater bereits an dieser Stelle herzlich danke.

### I. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide nach Art. 359 Abs. 1 StPO

#### A. Ansicht Schwarzenegger

Der Jubilar und ihm zustimmende Lehrmeinungen befürworten die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen die staatsanwaltschaftliche Verfügung i.S.v. Art. 359 Abs. 1 StPO, da die Beschwerde in Strafsachen infolge fehlender gerichtlicher Vorinstanz ausgeschlossen ist und die Nichtdurchführung des abgekürzten Verfahrens einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die beschuldigte Person bewirke, indem im ordentlichen Verfahren ein höheres Strafmass drohe. Zudem dürfe die Staatsanwaltschaft ihren Entscheid nicht

völlig willkürlich oder diskriminierend treffen.<sup>1</sup>

## B. Denkanstoss Giger

### 1. Fehlende Vorinstanz (Art. 80 BGG)

Auf den ersten Blick könnte man dazu verleitet sein, die Ansicht von **Schwarzenegger** zu teilen. Immerhin steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 BGG offen, soweit die Beschwerde in Strafsachen nicht zulässig ist. In der Tat ist letztgenannte gegen (ablehnende) Verfügungen der Staatsanwaltschaft infolge fehlender Vorinstanz ausgeschlossen, da es sich nicht um eine Entscheidung einer letzten kantonalen *Gerichtsinstantz* handelt.<sup>2</sup> Diese Bestimmung über die Vorinstanzen in Strafsachen wird grammatikalisch tatsächlich nicht in Art. 114 BGG erwähnt, was darauf schliessen lassen könnte, Art. 80 BGG wäre gar nicht sinngemäss anwendbar und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde deshalb zulässig.<sup>3</sup> Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden nach Art. 113 BGG indessen ausdrücklich nur gegen Entscheide *letzter kantonomer Instanzen*, was wiederum den Rückgriff auf Art. 80 Abs. 2 BGG erlaubt und somit den staatsanwaltschaftlichen Entscheid i.S.v. Art. 359 Abs. 1

StPO nicht als einen kantonal letztinstanzlichen, *gerichtlichen* Entscheid qualifiziert.<sup>4</sup> Folglich **scheidet die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wegen fehlender Vorinstanz aus.**<sup>5</sup> Dies umso mehr, als auch Entscheide der Bundesanwaltschaft als *nicht kantonale* Entscheide ausdrücklich von der subsidiären Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen sind,<sup>6</sup> weshalb nicht einzusehen ist, dass die gleichen Entscheidungen der kantonalen Staatsanwaltschaft eine Anfechtbarkeit rechtfertigen sollten.

Darüber hinaus ist die **subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht auf Strafsachen zugeschnitten.** Tatsächlich kommt sie bei allen kantonalen gerichtlichen Strafentscheiden (und somit bei erfüllter Vorinstanz nach Art. 80 BGG) nicht zur Anwendung, weil die Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 ff. BGG *de lege lata* infolge fehlendem Ausnahmekatalog und fehlender Streitwertgrenze stets zulässig ist, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>7</sup> In der Praxis werden eingereichte Verfassungsbeschwerden dementsprechend stets als Beschwerden in Strafsachen entgegengenommen.<sup>8</sup> Dieser generelle Ausschluss steht im Gegensatz zum ursprünglichen Entwurf des BGG und derzeitigen Revisionsvorhaben: Art. 74 Abs. 1 lit. a E-aBGG kannte entgegen des heutigen Art. 79 BGG diverse Ausnahmen, gemessen an der Höhe der ausgesprochenen bzw. beantragten Strafe;<sup>9</sup> auch Art. 79 Abs. 1 lit. a E-nBGG sieht bei Übertretungen mit einer Busse von bis zu CHF 5'000.00 *de lege ferenda* eine Ausnahme

1 **Schwarzenegger**, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 359 N 2; ebenso **Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers**, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 316; **Kunz**, Absprache und abgekürztes Verfahren nach künftigem Schweizerischem Strafprozessrecht, in: Jung/Luxemburger/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, Baden-Baden 2008, 383-393, 390 Fn. 22, hält die subsidiäre Verfassungsbeschwerde begründungslos für möglich; **Schmid/Jositsch**, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 1637, 1650 und 1725, befürworten sie in Fällen fehlender gerichtlicher Vorinstanz, nehmen dabei aber nicht Bezug auf das abgekürzte Verfahren; offen gelassen **Donatsch/Frei**, Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren, in: Heer et al. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 73-86, 78 Fn. 20.

2 Vgl. Art. 80 Abs. 2 BGG; hierzu u.a. **Aemisegger/Dolge**, in: Spühler et al. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 80 N 10 f.; **Bommer**, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 128 (2009) II, Heft 1, 5-124, 11 Fn. 9; **Schmid/Jositsch**, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 359 N 1; **Thommen**, Kurzer Prozess – fairer Prozess?, Strafbefehls- und abgekürztes Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil. Univ. Luzern 2013, Bern 2013, 207; **Thommen/Faga**, in: Niggli et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 80 N 11; a.M. **El-Hakim**, Mitbeschuldigte im abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358 ff. StPO, Diss., Basel 2017, 120 ff.

3 Zu Recht umgekehrt **Schmid/Jositsch** (Fn. 1), N 1724.

4 Ähnlich kritisch zur Auffassung von **Schwarzenegger** äussert sich **El-Hakim** (Fn. 2), 120.

5 Gl.M. insb. **Bommer** (Fn. 2), 11 Fn. 9; **Lagler**, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?, Diss. Zürich 2014, Zürich/Basel/Genf 2016, 118; vgl. BGER vom 16.05.2011, 6B\_873/2010, E. 2 Abs. 2.

6 Vgl. Art. 113 BGG e contrario; **Aemisegger**, PK BGG (Fn. 2), Vorbemerkungen zu Art. 113-119 N 4 Fn. 23; **Biaggini**, BSK BGG (Fn. 2), Art. 113 N 23; **Schmid/Jositsch** (Fn. 1), N 1723.

7 BGER vom 23.08.2007, 6B\_38/2007, E. 3 Abs. 2; BGER vom 09.09.2009, 6B\_416/2009, E. 1.1.; **Aemisegger**, PK BGG (Fn. 2), Art. 113 N 9 und Art. 114 N 1; **Biaggini**, BSK BGG (Fn. 2), Art. 113 N 29 al. 2 und N 33 je m.w.H.; **Thommen** (Fn. 2), 207; vgl. **Schmid/Jositsch** (Fn. 1), N 1724.

8 U.a. BGER vom 28.02.2019, 6B\_1120/2018, E. 1; BGER vom 24.02.2017, 6B\_793/2016, E. 2.

9 BBl 2001 4498.

vor. Zudem wird in Art. 79a i.V.m. Art. 78 Abs. 2 lit. a E-nBGG für Entscheide über Zivilansprüche, die von der Vorinstanz zusammen mit der Strafsache beurteilt wurden, eine Streitwertgrenze vorgeschlagen.<sup>10</sup> Aufgrund des Gesagten fehlt in Art. 114 BGG de lege lata konsequenterweise die Erwähnung von Art. 80 BGG.<sup>11</sup> Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, die Vorinstanzenregelung in Strafsachen spiele bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde keine Rolle, weshalb Letztere ungeachtet Art. 80 BGG zulässig ist.<sup>12</sup> Sind Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde in Strafsachen nicht erfüllt, ist eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde also ebenso ausgeschlossen.<sup>13</sup>

Randbemerkend sollte das Bundesgericht mit Einführung der Einheitsbeschwerde nach BGG entlastet werden.<sup>14</sup> Dies spricht ebenfalls dafür, ihm Entscheide, die von Art. 80 BGG nicht erfasst sind, nicht über die Hintertür der subsidiären Verfassungsbeschwerde zur Überprüfung anzudrehen.

## 2. Kein zulässiges Anfechtungsobjekt (Art. 93 BGG)

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist selbst bei fingierter Vorinstanz ausgeschlossen, da es sich beim staatsanwaltschaftlichen Zwischenentscheid wie bereits bei der Beschwerde in Strafsachen um kein zulässiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 93 BGG handelt: Die Verfügung kann entgegen der Auffassung von **Schwarzenegger** weder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken noch bei Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbei-

führen.<sup>15</sup> Diese Bestimmung gilt bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde sinngemäss.<sup>16</sup>

### a. Kein rechtlich nicht wiedergutzumachender Nachteil (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG)

(1) Zunächst sei Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in Strafsachen restriktiv auszulegen, was einen rechtlichen Nachteil erforderlich macht, «der durch einen nachfolgenden günstigen Entscheid in der Sache selbst nicht mehr vollständig beseitigt werden könnte».<sup>17</sup> Der durch die Durchführung eines ordentlichen, anstatt abgekürzten Verfahrens rein tatsächlicher Schaden der Verfahrensverlängerung und -verteuerung fällt dabei nicht unter den Begriff des nicht wiedergutzumachenden Nachteils.<sup>18</sup> Ähnlich wird die fehlende Anfechtbarkeit nach StPO damit begründet, dass in der Durchführung eines ordentlichen Verfahrens keine Beschwer liege.<sup>19</sup>

(2) Zudem erwächst die Ablehnung i.S.v. Art. 359 Abs. 1 StPO nicht in materielle Rechtskraft, sodass im weiteren Verlauf des ordentlichen Vorverfahrens ein erneuter Antrag auf Durchführung eines abgekürzten Verfahrens möglich bleibt,<sup>20</sup> was den nicht wiedergutzumachenden

<sup>10</sup> BBl 2018 4665; Stand der Beratungen: vom Nationalrat behandelt, siehe curia vista Nr. 18.051 unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20180051> (31.07.2019).

<sup>11</sup> Zum fehlenden Versehen des Gesetzgebers u.a. **Biaggini**, BSK BGG (Fn. 2), Art. 114 N 2; anders Art. 114 E-nBGG de lege ferenda infolge geplanter Ausnahme- und Streitwertregelungen (BBl 2018 4671).

<sup>12</sup> Ähnlich **Schmid/Jositsch** (Fn. 1), N 1724.

<sup>13</sup> Vgl. u.a. BGER vom 07.03.2018, 6B\_730/2017, E. 1.1; betr. Beschwerdelegitimation BGER vom 26.04.2018, 6B\_1117/2017, E. 3.3.

<sup>14</sup> Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4225 und 4234.

<sup>15</sup> H.L. zur Beschwerde in Strafsachen **Greiner/Jaggi**, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 359 N 3; **Schmid/Jositsch**, PK StPO (Fn. 2), Art. 359 N 1; a.M. **El-Hakim** (Fn. 2), 120 ff. Zur Frage eines allfälligen gesetzgeberischen Versehens, Entscheide nach Art. 359 Abs. 1 StPO für gänzlich unüberprüfbar zu erklären, vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1307, wonach gegen Entscheide, die nach Art. 380 StPO nicht mit Rechtsmitteln der StPO anfechtbar sind, stets die Beschwerde in Strafsachen hätte zur Verfügung stehen sollen.

<sup>16</sup> Siehe Art. 117 BGG; vgl. **Biaggini**, BSK BGG (Fn. 2), Art. 113 N 25.

<sup>17</sup> **Schmid/Jositsch** (Fn. 1), N 1652 m.w.H.

<sup>18</sup> BGE 143 IV 175 E. 2.4; 137 III 522 E. 1.3; 137 III 380 E. 1.2.1 je m.w.H.; 133 V 477 E. 5.2.1 a.E.; **Aemisegger/Dolge**, PK BGG (Fn. 2), Art. 78 N 31; **Spühler/Aemisegger**, PK BGG (Fn. 2), Art. 93 N 14 und 18; **Uhlmann**, BSK BGG (Fn. 2), Art. 93 N 3 f. m.w.H.

<sup>19</sup> U.a. **Jeanneret**, Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse, in: Pfister-Liechti (Hrsg.), La procédure pénale fédérale, Bern 2010, 137-195, 172 und 183; **Moreillon/Parein-Reymond**, Petit commentaire CPP, Code de procédure pénale, 2. Aufl., Basel 2016, Art. 359 N 3; **Perrin**, in: Kuhn/Jeanneret (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 359 N 1 Fn. 1 f. und Art. 360 N 18 Fn. 21; **Thormann**, Das abgekürzte (?) Vorverfahren – Ein abgekürztes Vademecum für die Staatsanwaltschaft, fp 2011, 231-237, 233 je m.w.H.

<sup>20</sup> Ziff. 14.3.2 Abs. 3 WOSTA ZH; **Greiner/Jaggi**, BSK StPO (Fn. 15), Art. 359 N 3; **Pitteloud**, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012, N 1025; **Schmid/Jositsch**, PK StPO (Fn. 2), Art. 359 N 2.

Nachteil verneint.<sup>21</sup> (3) Schliesslich kann der Befürchtung von **Schwarzenegger**, im ordentlichen Verfahren drohe ein höheres Strafmass, regelmässig nicht gefolgt werden, da das *Geständnis* nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst im ordentlichen Verfahren mit einer *Strafminderung* verbunden ist.<sup>22</sup> Weil sich das Ermessen bei der Strafzumessung im abgekürzten und ordentlichen Verfahren nicht unterscheidet, kann bei Beachtung von Art. 47 ff. StGB in vergleichbaren Fällen in beiden Verfahren ein ähnliches Strafmass erreicht werden.<sup>23</sup> Sollte das Verfahrensergebnis bei gleichbleibenden Umständen indessen stark von demjenigen vergleichbarer Fälle in abgekürzten Verfahren abweichen, müsste ein rechtlicher Nachteil theoretisch bejaht werden. Allerdings wird dies – wenn überhaupt – erst mit dem Endentscheid im ordentlichen Verfahren überprüfbar, weshalb eine vorgängige Beschwerdemöglichkeit nach BGG praktisch ausscheiden muss. Nichts desto trotz wird von **El-Hakim** bereits die Beschwerde in Strafsachen (ungeachtet der fehlenden Vorinstanz) bejaht, da es aufgrund der Effizienzüberlegungen im abgekürzten Verfahren unangebracht sei, den staatsanwaltschaftlichen Entscheid erst mit dem Endent-

scheid im länger andauernden, ordentlichen Verfahren anzufechten.<sup>24</sup>

### **b. Kein sofortiger Endentscheid (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG)**

Dass mit Gutheissung der Beschwerde nicht sofort ein Endentscheid herbeizuführen ist, weil bei angeordneter Durchführung des abgekürzten Verfahrens zunächst noch ein Vorverfahren zu durchlaufen bzw. von der Staatsanwaltschaft eine erweiterte Anklageschrift zu erstellen ist, die vom erstinstanzlichen Gericht genehmigt werden kann (vgl. Art. 359 ff. StPO), ist offensichtlich. Dies verkennt **Thommen**, wenn er das Anfechtungsobjekt bejaht, weil mit dem abgekürzten Verfahren ein weitläufiges Beweisverfahren im ordentlichen Verfahren erspart bleibe.<sup>25</sup>

## **II. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide nach Art. 362 Abs. 3 StPO**

Ausserhalb der Ansicht des **Jubilars** bleibt als Nachtrag anzufügen, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde auch beim ablehnenden Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts abzulehnen ist.

### **A. Zulässige Vorinstanz (Art. 80 BGG)**

#### **1. De lege lata**

Im Unterschied zu den bisherigen Ausführungen zur staatsanwaltschaftlichen Verfügung liegt nach Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BGG de lege lata offensichtlich ein Entscheid einer zulässigen Vorinstanz vor, da das erstinstanzliche Gericht infolge fehlender Rechtsmittelmöglichkeiten nach StPO als einzige und somit letzte kantonale Instanz vorgesehen ist.<sup>26</sup>

#### **2. De lege ferenda**

Im Rahmen des derzeitigen Revisionsvorhabens soll das Bundesgericht als erste Rechtsmittel-

<sup>21</sup> Insb. **Perrin**, CR CPP (Fn. 19), Art. 360 N 18; **Ruckstuhl/Dittmann/Arnold**, Strafprozessrecht, unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011, N 1070; **Thommen** (Fn. 2), 207.

<sup>22</sup> Statt vieler BGE 121 IV 202 E. 2d; BGER vom 07.03.2011, 6B\_885/2010, E. 4.4.3; BGER vom 22.01.2004, 6S.186/2003, E. 5.7.3 f.

<sup>23</sup> Vgl. unter Vorbehalt des erheblichen Ermessensspielraums bei der Strafzumessung u.a. BGE 136 IV 55 E. 5.6; 135 IV 130 E. 5.3.1; eingehend **Giger**, Die Unverwertbarkeit der Erklärungen nach Art. 362 Abs. 4 StPO: Rückschluss auf das Strafmassermessen der Staatsanwaltschaft im abgekürzten Verfahren? – Besprechung von BGE 144 IV 189, fp 2019, 73-79, 76 ff. m.w.H.; insb. **Stadler**, Das Ermessen der Staatsanwaltschaft im abgekürzten Verfahren nach dem Entwurf des Bundesrates zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (E StPO), Masterarbeit, Hochschule Luzern 2007, 18 a.E. und 30; ähnlich **Laube**, Zu Tendenzen der schnellen Verfahrenserledigung, Das abgekürzte Verfahren gemäss Art. 358-362 der eidgenössischen Strafprozessordnung im Zuge des Beschleunigungsgebotes, Lösungsansätze mittels strafprozessualer Sphärentheorie, Beachtung formaler Verfahrensgerechtigkeit und Betonung der verfahrensleitenden Filterfunktion, Diss. Zürich 2015, Zürich/Basel/Genf 2016, N 920; **Wohlers**, Das abgekürzte Verfahren im schweizerischen Strafprozess (Art. 358 ff. StPO), StV 2011, 567-574, 573.

<sup>24</sup> **El-Hakim** (Fn. 2), 122 Fn. 805.

<sup>25</sup> **Thommen** (Fn. 2), 207.

<sup>26</sup> Art. 362 Abs. 3 i.V.m. Art. 380 StPO; u.a. **Lagler** (Fn. 5), 118 f.; **Thommen** (Fn. 2), 208; **Thommen/Faga**, BSK BGG (Fn. 2), Art. 80 N 14 und 14b.

instanz weiter entlastet werden, indem laut Art. 80 Abs. 2 E-nBGG nur noch diejenigen Fälle vom doppelten Instanzenzug ausgenommen sind, in denen die *oberen* kantonalen Gerichte als einzige Instanz entscheiden.<sup>27</sup> Art. 362 Abs. 3 StPO würde künftig also nicht mehr unter Art. 80 BGG fallen. Dies ist zu begrüssen, als auch Entscheide des Bundesstrafgerichts nach Art. 362 Abs. 3 StPO als nicht kantonale Entscheide ausdrücklich von der subsidiären Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen sind,<sup>28</sup> weshalb die Anfechtbarkeit des kantonalen Pendantes nicht gerechtfertigt ist (vgl. oben I.B.1. mutatis mutandis).

## B. Kein zulässiges Anfechtungsobjekt (Art. 93 BGG)

Trotz zulässiger Vorinstanz kann der gerichtliche Zwischenentscheid als Rückweisungsentscheid ebenso wenig einen rechtlich nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken wie die staatsanwaltschaftliche Verfügung hiervor, noch soll die Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen können. Deshalb ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde analog der Beschwerde in Strafsachen infolge unzulässigen Anfechtungsobjekts erneut ausgeschlossen.<sup>29</sup>

### 1. Kein rechtlich nicht wiedergutzumachender Nachteil (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG)

Der fehlende rechtliche Nachteil kann wiederholt damit begründet werden, dass im Anschluss an die Rückweisung im ordentlichen Vorverfahren ein *zweiter Antrag* auf ein abgekürztes

Verfahren möglich ist,<sup>30</sup> in der Durchführung eines ordentlichen Verfahrens keine Beschwerde liegt und die reine Verfahrensverzögerung durch Rückweisungsentscheide keinen derartigen Nachteil darstellt.<sup>31</sup>

### 2. Sofortiger Endentscheid fraglich (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG)

Demgegenüber könnte die Gutheissung der Beschwerde mittels Urteil gemäss Anklage im abgekürzten Verfahren sofort einen Endentscheid i.S.v. Art. 362 Abs. 2 StPO herbeiführen und damit den bedeutenden Mehraufwand eines erneuten (Vor-)Verfahrens ersparen.<sup>32</sup> Die Bestimmung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG sei allerdings *nicht auf Beschwerden in Strafsachen zugeschnitten*, sondern werde besonders restriktiv gehandhabt und komme deshalb kaum zur Anwendung.<sup>33</sup> Wiederum genüge das blosser Interesse, eine Verfahrensverlängerung oder -verteuerung zu vermeiden nicht, um die Eintretensvoraussetzungen zu erfüllen.<sup>34</sup> Auch aus diesen Gründen muss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim ablehnenden gerichtlichen Entscheid konsequenterweise ausscheiden.

## III. Fazit und Schlussbetrachtung

Die (ablehnenden) Entscheide im abgekürzten Verfahren sind nach h.L. weder mit Rechtsmitteln nach StPO noch BGG überprüfbar. Auch die (kantonale) **verwaltungsrechtliche Be-**

<sup>27</sup> BBl 2018 4666; Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 15. Juni 2018, BBl 2018 4620 und 4636.

<sup>28</sup> Art. 113 BGG e contrario; BGer vom 28.11.2016, 6B\_905/2016, E. 3; Aemisegger, PK BGG (Fn. 2), Vorbemerkungen zu Art. 113-119 N 4 Fn. 23 und Art. 113 N 7 m.w.H.; Aemisegger/Dolge, PK BGG (Fn. 2), Art. 80 N 28 m.w.H.; Biaggini, BSK BGG (Fn. 2), Art. 113 N 23; Schmid/Jositsch (Fn. 1), N 1723.

<sup>29</sup> Zur Beschwerde in Strafsachen Greiner/Jaggi, BSK StPO (Fn. 15), Art. 362 N 28; Piquerez/Macaluso, Procédure pénale suisse, Manuel, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2011, N 1604; Schmid/Jositsch (Fn. 1), N 1387 Fn. 99; dies., PK StPO (Fn. 2), Art. 362 N 9; begründungslos zustimmend Moreillon/Parein-Reymond, PC CPP (Fn. 19), Art. 362 N 15.

<sup>30</sup> Siehe allg. u.a. Greiner/Jaggi, BSK StPO (Fn. 15), Art. 362 N 35; Jeanneret/Kuhn, Précis de procédure pénale, 2. Aufl., Bern 2018, N 17078 a.E.; Moreillon/Parein-Reymond, PC CPP (Fn. 19), Art. 362 N 13; Riklin, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 362 N 4.

<sup>31</sup> Siehe obige Ausführungen zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG mutatis mutandis; zur Verfahrensverzögerung allg. BGE 133 V 477 E. 5.2.2; 133 IV 139 E. 4; BGer vom 20.09.2011, 1B\_314/2011, E. 2.2; BGer vom 21.08.2017, 1B\_171/2017, E. 2.4 f.; Aemisegger/Dolge, PK BGG (Fn. 2), Art. 78 N 33; insb. Lagler (Fn. 5), 119; a.M. Thommen (Fn. 2), 208.

<sup>32</sup> So die Auffassung von Thommen (Fn. 2), 208, der deshalb bereits die Beschwerde in Strafsachen bejaht.

<sup>33</sup> BGE 141 IV 289 E. 1.1; 141 IV 284 E. 2; 133 IV 288 E. 3.2; BGer vom 29.01.2019, 6B\_799/2018, E. 1.3 Abs. 2; Aemisegger/Dolge, PK BGG (Fn. 2), Art. 78 N 30; Spühler/Aemisegger, PK BGG (Fn. 2), Art. 93 N 26 f.; Uhlmann, BSK BGG (Fn. 2), Art. 93 N 20 Abs. 3 je m.w.H.

<sup>34</sup> Dies zumindest in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, siehe Spühler/Aemisegger, PK BGG (Fn. 2), Art. 93 N 28 m.w.H.

**schwerde ist in Strafsachen nicht einschlägig.**<sup>35</sup> Zwar ist der Geltungsbereich des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich mit der Bezeichnung «Verwaltungsbehörden» in § 4 beispielsweise extensiv gefasst, darunter fallen jedoch keine Behörden, die Strafrecht anwenden, weil diese keine öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten i.S.v. § 1 behandeln.<sup>36</sup> Ebenso würde Art. 93 BGG laut § 19a Abs. 2 VRG im Verwaltungsverfahren analog Anwendung finden, was die Überprüfung infolge unzulässigen Anfechtungsobjekts wiederum ausschliesst. Gleiches gilt auf Bundesebene für das Bundesverwaltungsgericht, welches Beschwerden gegen (Zwischen-)Verfügungen der Bundesbehörden beurteilt.<sup>37</sup> **Möglich soll einzig die (kantonale) Aufsichtsbeschwerde bleiben**, wenn der (ablehnende) Entscheid klar willkürlich getroffen worden ist.<sup>38</sup> In der Praxis wird allerdings nur bei offensichtlich haltloser Prozessleitung eingegriffen.<sup>39</sup> Ob die Aufsichtsbeschwerde in der Praxis erfolgsversprechend ist,

muss angesichts der fehlenden Begründungspflicht bei Entscheiden im abgekürzten Verfahren<sup>40</sup> in Frage gestellt werden.<sup>41</sup>

Der Umstand, dass v.a. der Entscheid auf Nichtdurchführung eines abgekürzten Verfahrens praktisch nicht anfechtbar ist, obwohl im Einzelfall die Voraussetzungen eines solchen erfüllt wären und der Verdacht einer willkürlichen Entscheidung im Raum steht, stösst nicht nur beim **Jubilar** auf berechtigte Kritik.<sup>42</sup> Deshalb wird de lege ferenda vereinzelt die **Öffnung des Beschwerdewegs** i.S.v. Art. 393 ff. StPO gefordert.<sup>43</sup> Dies ist im derzeitigen Revisionsvorhaben zur StPO bis dato allerdings nicht vorgesehen. Vielmehr ist der Gesetzgeber der Überzeugung, dass sich das abgekürzte Verfahren bewährt habe, weshalb im entsprechenden (Vor-)Entwurf darauf verzichtet wurde, die Regelungen zu ändern.<sup>44</sup>

<sup>35</sup> Für ZH: **Griffel**, in: Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Einleitung N 11 al. 1; **Plüss**, Kommentar VRG (Fn. 35), § 1 N 46. Deshalb wird die Staatsanwaltschaft wohl auch nicht als Vorinstanz erfasst (siehe § 19b Abs. 2 VRG [LS 175.2]).

<sup>36</sup> **Plüss**, Kommentar VRG (Fn. 35), § 4 N 6.

<sup>37</sup> Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 VwVG; zum Abschluss von Strafsachen **Müller**, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 5 N 61 und 64 al. 1; zur fehlenden Vorinstanz der Bundesanwaltschaft und des Bundesstrafgerichts Art. 33 lit. c und c<sup>quater</sup> VGG.

<sup>38</sup> **Greiner/Jaggi**, BSK StPO (Fn. 15), Art. 359 N 6; **Perrin**, CR CPP (Fn. 19), Art. 359 N 1 Fn. 3; **Schwarzenegger**, ZK StPO (Fn. 1), Art. 359 N 3 a.E.; **Stadler** (Fn. 23), 35; **Thormann** (Fn. 19), 233; zur sachlichen Beschwerde gegen eine unhaltbare Fehlanordnung **Hauser/Schweri/Lieber** (Hrsg.), Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, § 82 N 21 f.

<sup>39</sup> **Hauser/Schweri/Lieber** (Fn. 38), GOG Kommentar, § 82 N 29 m.w.H. auf die Praxis des OGer ZH.

<sup>40</sup> Hierzu Art. 359 Abs. 1 Satz 2 und Art. 362 Abs. 3 i.V.m. Art. 80 Abs. 3 StPO; u.a. Begleitbericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, 235, einsehbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-d.pdf> (31.07.2019).

<sup>41</sup> **Stadler** (Fn. 23), 35 Fn. 244.

<sup>42</sup> **Schwarzenegger**, ZK StPO (Fn. 1), Art. 359 N 3; u.a. auch **Bommer** (Fn. 2), 12 und 110.

<sup>43</sup> **Stohner**, Abgekürzte Rechtsstaatlichkeit – Überlegungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358-362 StPO, fp 2015, 168-175, 169 und 174 f.; **Thommen** (Fn. 2), 224.

<sup>44</sup> Siehe Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), vom Dezember 2017, 15; Vorentwurf nStPO; fehlende Vorschläge im Vernehmlassungsverfahren; Botschaft des Bundesrats zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28.08.2019, 22 Ziff. 3.2; Entwurf nStPO, alles einsehbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo.html> (12.10.2019).







# Grenzüberschreitender strafrechtlicher Menschenrechtsschutz auf Konzernebene?

Nadine Zurkinden

«Die Internationalisierung des Wirtschaftsstrafrechts und die schweizerische Kriminalpolitik» lautet der Titel eines Aufsatzes von **Christian Schwarzenegger** (ZSR 2008 II 399 ff.), den er vor über zehn Jahren geschrieben hat, als die Verfasserin dieser Zeilen noch Assistentin und Doktorandin bei ihm war. Das Thema ist nach wie vor aktuell.

## I. Ein Beispielfall

In jüngerer Zeit stellt sich die Frage, ob grenzüberschreitender Menschenrechtsschutz durch Schweizer Strafrecht gewährleistet werden kann oder soll, wenn in global tätigen Konzernen, deren Konzernobergesellschaft ihren Sitz in der Schweiz hat, mutmasslich Menschenrechtsverletzungen verursacht wurden. Mediale Aufmerksamkeit hat insbesondere der folgende Fall erhalten: Der kolumbianische Gewerkschafter Luciano Romero, ehemaliger Angestellter der Nestlé-Tochtergesellschaft Cicolac, wurde im September 2005 durch kolumbianische Paramilitärs entführt und getötet. Im März 2012 erstatteten seine Witwe (Privatklägerin) und die Menschenrechtsorganisation European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug gegen den damaligen Verwaltungsratspräsidenten und vier weitere Personen, die alle im Zeitpunkt der Ereignisse auf verschiedenen Stufen eine leitende Position innerhalb der Nestlé AG innehatten, Strafanzeige. Sie warfen ihnen im Wesentlichen fahrlässige Tötung durch Unterlassen vor, weil sie nichts unternommen hätten, um den Tod von Luciano Romero zu verhindern. Eventualiter warfen sie

der Nestlé AG vor, sich des Art. 102 Abs. 1 StGB (Strafbarkeit des Unternehmens) strafbar gemacht zu haben. Laut der Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt, die die Untersuchung übernommen hatte, waren die Straftaten allerdings bereits verjährt. Die deshalb erlassene Nichtanhandnahmeverfügung wurde vom Waadtländer Kantonsgericht und vom Bundesgericht gestützt (BGer vom 21.06.2014, 6B\_7/2014 = Pra 2014 Nr. 115. Besprochen u.a. durch **Macaluso/Garbarski**, fp 2014, 322 ff.). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist auf den Fall nicht eingetreten. Der Verein humanrights.ch/MERS kommentierte: «Die nun erfolgten Entscheide der Schweizer Behörden und des EGMR bekräftigen den Eindruck, dass die bestehenden rechtlichen Regeln zu wenig verfangen. Aus diesem Grund wurde in der Schweiz die «Konzernverantwortungsinitiative» lanciert.» (<https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/aussenpolitik/aussenwirtschaftspolitik/tnc/praezedenzfall-klage-nestle-schweiz>, besucht am 10.09.2019).

Dieser Beitrag geht am Beispiel dieses Falls der Frage nach, wie er strafrechtlich zu beurteilen gewesen wäre, wenn nicht bereits die Verjährung eingetreten wäre, und ob es aus strafrechtlicher Sicht etwas ändern würde, wenn die Konzernverantwortungsinitiative (KOVI) angenommen und sich ein vergleichbarer Fall nochmals ereignen würde. Der Autorin liegen die Verfahrensakten nicht vor, so dass sich die Ausführungen auf die Informationen beschränken, die aus den Medien, dem akademischen Schrifttum (etwa **Forstmoser**, Schutz der

Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Cavallo et al. [Hrsg.], *Liber amicorum* für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 703 ff.) und dem Bundesgerichtsurteil bekannt sind.

## II. Indirekte Grundrechtswirkung unter Privaten

Die KOVI bezweckt grenzüberschreitenden Menschenrechtsschutz. Im vorliegenden Fall stand der Vorwurf im Raum, die Nestlé AG bzw. ihre Leitungspersonen in der Schweiz seien ihrer menschenrechtlichen Verantwortung nicht nachgekommen. Der Staat hat dafür zu sorgen, dass Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV). In der Bundesverfassung verankerte Grundrechte wirken aber in der Regel nicht unmittelbar unter Privaten, sondern entfalten erst indirekt beispielsweise durch Gesetze Drittwirkung (Waldmann, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 35 N 66 f. Ausnahmen sind z.B. die Lohngleichheit und das Folterverbot: sie haben direkte Drittwirkung. Die Drittwirkung wird aber kontrovers diskutiert. Eine weitergehende Drittwirkung bzw. «Horizontalwirkung» vertritt etwa Schweizer in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 35 N 58 ff. m.w.Nw.). Beim Fall Romero steht das Recht auf Leben (Art. 10 BV; Art. 2 EMRK) im Vordergrund. Es wird unter anderem durch die Tötungsdelikte im StGB geschützt.

## III. Anwendbarkeit des Schweizer Strafrechts?

Wird, wie im Fall Romero, das Opfer in einem anderen Land getötet, stellt sich die Frage, ob dennoch Schweizer Strafrecht anwendbar ist. Das Strafanwendungsrecht ist in den Artikeln 3-8 StGB geregelt. Den angezeigten Leitungspersonen wurde fahrlässige Tötung durch Unterlassen vorgeworfen. Damit besteht die erste Schwierigkeit des Falles darin, festzustellen, wo die Leitungspersonen pflichtwidrig untätig geblieben sein könnten: in der Schweiz

oder in Kolumbien? Falls man auf ein Unterlassen in der Schweiz abstellen kann, ist Schweizer Strafrecht gemäss Art. 3 i.V.m. Art. 8 StGB anwendbar. Zwei der angeklagten Leitungspersonen waren aber zur Tatzeit in Kolumbien tätig bzw. untätig. Auf sie wäre Schweizer Strafrecht nur anwendbar, wenn andere Strafanwendungsbestimmungen anwendbar wären und etwa die Voraussetzungen von Art. 6 (bräuchte unter anderem ein internationales Abkommen mit ausdrücklicher Verfolgungspflicht. Siehe Popp/Keshelava, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar, Strafrecht* I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 6 N 5) oder 7 StGB (dazu müssten sich etwa die in Kolumbien tätigen Täter in der Schweiz befinden) erfüllt wären.

## IV. Garantenstellung?

Sofern Schweizer Strafrecht anwendbar ist, stellt sich die alles entscheidende Frage, ob die Leitungspersonen in der Schweiz eine Garantenstellung innehatten. Denn die fahrlässige Tötung durch Unterlassen stellt ein unechtes Unterlassungsdelikt dar. Strafbar machen kann sich deswegen nur, wer eine Garantenstellung hat. In Frage kommt eine Obhuts- bzw. Schutzgarantenstellung, da es um den Schutz von Leib und Leben bestimmter Personen (nämlich den Angestellten bzw. ehemaligen Angestellten der Tochtergesellschaft) und nicht gegenüber jedermann (in der Krisenregion) geht. Es braucht mithin eine besondere Beziehung des Garanten zum Rechtsgut Leib und Leben der bestimmten Personen (BSK StGB I-Niggli/Muskens, Art. 11 N 67).

### A. Keine Garantenstellung aus Gesetz, Vertrag oder Ingerenz

Gemäss Art. 11 Abs. 2 StGB kann eine Garantenstellung unter anderem aus Gesetz, Vertrag, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr (sogenannte Ingerenz) entstehen. Da der ehemalige Arbeitnehmer im Ausland angestellt gewesen war, kann sich eine Garantenstellung aus Schweizer Gesetz nur ergeben, falls dieses etwa aufgrund der Bestimmungen im IPRG anwend-

bar war (Kaufmann et al., Extraterritorialität im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte, Bern 2016, Rn. 215). Eine einschlägige Bestimmung ist nicht ersichtlich. Ein Vertrag mit dem Opfer bestand im Tochterunternehmen zum Zeitpunkt des Tötungsdelikts nicht mehr.

Fraglich ist, ob man eine Garantenstellung aus Ingerenz prüfen kann. Man könnte dies mit dem Hinweis verneinen, dass Ingerenz eine Sicherungsgarantenstellung begründet (Seelmann/Geth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, Rn. 292), die vorliegend gerade nicht gegeben ist, da es, wie gesagt, nicht darum geht jedermann in der Krisenregion vor einer Gefahrenquelle zu schützen, sondern höchstens um eine allfällige Pflicht, die Angestellten bzw. ehemaligen Angestellten der Tochtergesellschaft an Leib und Leben zu schützen. Geht man aber davon aus, dass auch eine Obhutsgarantenstellung aus Ingerenz entstehen kann (so Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie générale, Genf 2008, Rn. 1330), kann man prüfen, ob im Fall Romero eine Garantenstellung aus Ingerenz entstanden ist. Bei der Garantenstellung aus Ingerenz, wird darüber gestritten, ob die Gefahrschaffung an sich bereits pflichtwidrig sein muss. Setzt man Pflichtwidrigkeit bei der Gefahrschaffung voraus (so etwa Hurtado Pozo, a.a.O., Rn. 1330; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 14 N 20f. a. A. etwa Donatsch/Tag, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 319 f.), liegt im Fall Romero keine Garantenstellung der Leitungspersonen der Konzernobergesellschaft vor. Denn die Gefahrschaffung bestünde im Aufbau der Tochtergesellschaft in einer Krisenregion. Dies stellt jedoch keine pflichtwidrige Handlung dar. Auch dann nicht, wenn man die Meinung vertritt, dass eine Person eine Garantenstellung aus Ingerenz erlangt, wenn ihr Vorverhalten zwar im Rahmen des erlaubten Risikos bleibt, aber ein höheres Risiko gesetzt hat, als es unumgängliches alltägliches Verhalten tut (so etwa Seelmann/Geth, a.a.O., Rn. 304 m.w.N.). Denn der Aufbau von Tochtergesellschaften in Krisenregionen schafft

per se noch kein höheres Lebensrisiko für dort gewerkschaftlich aktive Arbeitnehmer. Die Leitungspersonen der Konzernobergesellschaft hatten somit keine Gefahr für Luciano Romero in Kolumbien geschaffen. Damit kommt auch eine Garantenstellung aus Ingerenz nicht in Frage.

### B. Garantenstellung aus schlafender Ingerenz?

Allenfalls könnte man sich überlegen, ob eine Garantenpflicht aus sogenannter schlafender Ingerenz vorliegt. Dieser Begriff wurde von Gless (Strafrechtliche Produkthaftung, recht 2013, 60) im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Produkthaftung geprägt. Die schlafende Ingerenz setzt dort gemäss Gless voraus, dass der Gesetzgeber den Produzenten eine Produktbeobachtungspflicht zugewiesen hat. Schlafend ist sie, weil die Garantenstellung bereits bei Inverkehrbringen eines Produkts besteht, die Garantenpflicht sich aber zunächst nur auf die Produktbeobachtung beschränkt und Handlungspflichten erst entstehen, wenn mit der Produktnutzung verbundene Gefahren erkannt werden. Übertragen auf den Fall Romero käme eine solche Garantenstellung aus schlafender Ingerenz einzig in Frage, wenn die Leitungspersonen in der Schweiz gegenüber den in der Tochtergesellschaft tätigen Personen gesetzliche Kontroll- und Aufsichtspflichten und bei Feststellung von Gefährdungen auch Handlungspflichten gehabt hätten. Um dies herauszufinden, ist ein Blick ins Privatrecht nötig. Konzerne leiten Gesellschaften, die formalrechtlich selbständig sind (Forstmoser, a.a.O., 713. Siehe etwa auch Art. 728 Abs. 6 OR und 963 Abs. 4 OR). Gemäss Forstmoser haben der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft eine Konzernleitungspflicht wahrzunehmen. Diese Pflicht beschränke sich allerdings auf die Bereiche, für welche die Konzernobergesellschaft die Leitung beanspruche (diese Bereiche ergeben sich aus öffentlichen Aussagen der Konzerne zu Konzernorganisation und Kompetenzverteilung) oder die zur sorgfältigen Ausübung der Organisationspflicht gehören (Forstmoser,

a.a.O., 713 f.). Eine Mitverantwortung dafür, dass gewerkschaftlich tätige (ehemalige) Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften nicht zu Schaden kommen, kann sich entsprechend einerseits aus der sorgfältigen Ausübung der Organisationspflicht ergeben und andererseits aus entsprechenden Erklärungen in öffentlichen Unternehmenspublikationen oder dem Beitritt zu internationalen Deklarationen (Forstmoser, a.a.O., 714 f.). Allerdings beschränkt sich diese Mitverantwortung der Konzernobergesellschaft gemäss Forstmoser dabei auf zwei Pflichten. Nämlich erstens darauf, die Tochtergesellschaft in die Lage zu versetzen, ihre eigenen Aufgaben erfüllen zu können. Hier geht es vor allem darum, sicherzustellen, dass die Tochtergesellschaft nicht unterkapitalisiert ist. Die zweite Pflicht besteht darin, für eine angemessene Berichterstattung der Tochtergesellschaft zu sorgen (Forstmoser, a.a.O., 715 f.). In Bezug auf den Schutz gewerkschaftlich tätiger (ehemaliger) Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft dürfte dies die wesentlichere Pflicht sein. Darüber hinaus hatte die Konzernobergesellschaft auch im Fall Romero keine Pflicht. Vielmehr durfte die Beurteilung der Schutzpflichten der Tochtergesellschaft überlassen bleiben (Forstmoser, a.a.O., 717). Insbesondere, da es sich dabei um eigene Aufgaben der rechtlich selbständigen Tochtergesellschaft handelt und nicht um solche, die von der Konzernobergesellschaft an die Tochtergesellschaft delegiert werden (Forstmoser, a.a.O., 715). Eine Garantenstellung aus schlaffender Ingerenz scheidet folglich mangels konkret gesetzlich vorgesehener Aufsichts- und Kontrollpflichten aus.

### C. Keine Garantenstellung aus faktischer Verantwortungsübernahme

Eine Garantenstellung kann sich aber auch aus anderen Gründen ergeben, als den in Art. 11 Abs. 2 StGB aufgezählten. Etwa aus freiwilliger Verantwortungsübernahme (a.A. Donatsch/Tag, a.a.O., 317). So hat etwa eine Person, die einen Blinden über die Strasse führt, eine Garantenstellung aus freiwilliger Verantwortungsübernahme und darf ihn nicht mitten

auf der Strasse stehen lassen. Wer freiwillig Verantwortung übernimmt, muss sie tragen, solange die Gefahr besteht (siehe Entscheid des Obersten Gerichtshofes Österreich: OGH SST Band 31, Nr. 1 vom 07.01.1960). Laut Bundesgericht ist in Bezug auf diejenigen, die Schneeräumungsarbeiten vornehmen, Garant aus faktischer Übernahme der Garantenstellung, wer im Rahmen des Baus einer Seilbahn über die Lawinengefahr informiert und in diesem Sinne die Strasse sperrt sowie eine Lawinensprengung plant (BGE 141 IV 249).

Übertragen auf den Fall Romero könnte man sich folglich fragen, ob die Leitungspersonen Garanten aus freiwilliger Verantwortungsübernahme geworden sind. Etwa, indem im Konzern Prinzipien, zu denen auch der Schutz der Menschenrechte gehört, für alle Länder, in denen der Konzern tätig ist, für verbindlich erklärt wurden. Oder durch den Beitritt zu internationalen Erklärungen (Forstmoser, a.a.O., 706). Zu beachten ist, dass bei Menschenrechten (i.e. in internationalen Verträgen verankerte «Grundrechte») die Adressaten in erster Linie Staaten sind. Unternehmen können sich dennoch selber verpflichten, Menschenrechte und somit z.B. gewerkschaftlich tätige (ehemalige) Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft zu schützen. Wenn man darin die Übernahme einer freiwilligen Garantenstellung sieht, würden Soft Law und Selbstregulierungen zur Bestimmung einer strafrechtlich relevanten Garantenstellung führen. Dies ist schon deshalb abzulehnen, weil nicht die einzelne Leitungsperson durch ihr eigenes Verhalten diese Verantwortung übernommen hat, sondern sie auf einem Unternehmensentscheid beruht. Eine auf Soft Law und Selbstregulierung beruhende Garantenpflicht wäre auch nicht mehr mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren. Ausserdem würden Anreize dafür geschaffen, dass die Unternehmen solche Prinzipien aus Angst vor Strafbarkeitsrisiken nur noch unpräzise und unverbindlich formulieren und internationalen Erklärungen nicht mehr beitreten. Dem Menschenrechtsschutz wäre damit nicht gedient.

Eine Garantenstellung aus faktischer Verantwortungsübernahme ist auch nicht dadurch entstanden, dass der CEO der Nestlé AG 2003 nach Kolumbien gereist ist, um sich vor Ort ein Bild zu machen. Die Nestlé-Konzernleitung führte keine direkten Gespräche mit der kolumbianischen Gewerkschaft oder schweizerischen NGOs, da für arbeitsrechtliche Fragen ausschliesslich die rechtlich selbständige Tochtergesellschaft zuständig sei (Forstmoser, a.a.O., 717). Aus aktienrechtlicher Sicht führt dies nicht zur Durchbrechung der klaren Haftungstrennung zwischen Konzernobergesellschaft und Tochtergesellschaft (Forstmoser, a.a.O., Fn. 26). Zu einer direkten Haftung der Konzernobergesellschaft und ihrer Organe könnte es erst kommen, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit und ausschliessliche Haftung der Tochtergesellschaft als missbräuchlich erschiene (etwa wegen Sphärenvermischung, Unterkapitalisierung oder Schaffung von Konzernvertrauen, Forstmoser, a.a.O., 720 f.). Solange die Konzernobergesellschaft die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft konsequent beachte, sie so ausstatte, dass sie ihre Aufgaben wahrnehmen kann und sie ihre Entscheidungen selbst treffen lässt, haftet aus privatrechtlicher Sicht die Konzernobergesellschaft nicht für die Tochtergesellschaft. Strafrecht sollte ultima ratio sein und schon deshalb ist eine Garantenstellung aus faktischer oder freiwilliger Übernahme jedenfalls dann abzulehnen, wenn das Verhalten der Konzernleitungspersonen nicht einmal privatrechtlich zu einer Haftung der Konzernobergesellschaft führen würde.

#### **D. Keine Geschäftsherrenhaftung**

Aus ähnlichen Gründen scheidet auch die Geschäftsherrenhaftung. Kern der Geschäftsherrenhaftung ist die Überwachung von Betriebsangehörigen und Betriebsgefahren. Die Gefahrenquelle muss sich dabei im Herrschaftsbereich der Geschäftsherren befinden. Laut Bundesgericht wäre etwa Herr Bührlé «[a]ls Haupt der WO [Werkzeugmaschinenfabrik Oerlikon] und nach der beherrschenden Rolle,

die er innehatte, [...] verpflichtet gewesen, sogleich durchzugreifen und für Abhilfe zu sorgen, als er erkennen konnte, dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung sich über den Embargo-Beschluss des Bundesrates hinwegsetzte» (BGE 96 IV 155). Gemäss dem Von Roll Entscheid hatte der Konzernleiter, der gleichzeitig Leiter des Rechtsdienstes war, fahrlässig gegen das Kriegsmaterialgesetz verstossen, weil er nicht die nötigen organisatorischen Massnahmen getroffen hatte, um Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz im Betrieb auszuschliessen (BGE 122 IV 103). Im Fall Romero liegen die Gefahrenquellen – i.e. Diffamierung von Romero als Guerillakämpfer und Verflechtungen der Tochtergesellschaft mit paramilitärischen Kreisen – im Herrschaftsbereich der rechtlich selbständigen Tochtergesellschaft, nicht im Herrschaftsbereich der Leitungspersonen der Konzernobergesellschaft. Schon daran scheidet also die Geschäftsherrenhaftung.

Ausserdem wird die Geschäftsherrenhaftung auch begrenzt auf betriebstypische Risiken und Straftaten (BSK StGB I-Niggli/Muskens, Art. 11 N 104 m.w.N.). Betriebstypisch sind «Straftaten, die quasi in Erfüllung des unternehmerischen Ziels begangen werden» (Zerbes/Pieth, Unternehmerische Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverbrechen im Ausland, KJ 2018, 83). So sind etwa Embargo-Verstösse betriebsbezogen, nicht aber Mobbing innerhalb des Betriebs. Denn beim Mobbing fehlt der innere Zusammenhang zur im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit (Zerbes/Pieth, a.a.O., 74 mit Verweis auf BGH, vom 20.10.2010, 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42).

Das ECCHR warf den Leitungspersonen der Konzernobergesellschaft vor, dass Romero «mehrfach von den lokalen Nestlé-Vertretern» (gemeint sind wohl Personen, die für die Tochtergesellschaft tätig waren) fälschlich als Guerilla-Kämpfer diffamiert worden sei, was in Kolumbien die Wirkung eines Todesurteils haben könne. Ausserdem sei «die lokale Nestlé-Vertretung auf mehreren Ebenen mit para-

militärischen Kreisen verflochten» gewesen. Nach dem oben gesagten wird damit gerade kein betriebsbezogenes Fehlverhalten vorgeworfen. Vielmehr handelt es sich um ein Fehlverhalten, das krisengebietsbezogen ist. Für krisengebietsbezogenes Fehlverhalten schlagen **Zerbes/Pieth** vor, die Betriebsbezogenheit in einem weiteren Sinn zu verstehen, wenn die Straftaten mindestens mittelbar dem Unternehmensziel dienen. Etwa, wenn Angestellte als Gewerkschaftsvertreter ausgelöscht werden sollen (**Zerbes/Pieth**, a.a.O., 83). Die Betriebsbezogenheit an sich reicht aber für eine strafrechtliche Verantwortung nicht aus. Die entscheidende Frage bleibt, wer aus welchem Grund eine Garantstellung und eine Garantspflicht hat. Erst dann stellt sich die Frage nach der Betriebsbezogenheit.

#### **E. Garantpflicht aus gesetzlich verankerten UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte?**

Fraglich ist, ob eine Annahme der KOVI zu neuen Garantpflichten führen würde. Die KOVI verlangt einen neuen Artikel 101a «Verantwortung von Unternehmen» in die Bundesverfassung aufzunehmen, der den Bund beauftragt, Elemente der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte rechtlich verbindlich umzusetzen – und zwar «in allen Rechtsbereichen» (Verein Konzernverantwortungsinitiative, Factsheet 5, abrufbar unter [https://konzern-initiative.ch/initiative-erklart/besucht am 10.09.2019](https://konzern-initiative.ch/initiative-erklart/besucht%20am%2010.09.2019)) – mithin auch dem Strafrecht. Unternehmen sollen dafür sorgen müssen, dass Tochtergesellschaften oder anderweitig kontrollierte Unternehmen international anerkannte Menschenrechte respektieren. Unternehmen sollen ausserdem zu einer menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung verpflichtet werden. Dabei sollen sie Menschenrechtsrisiken ermitteln, Massnahmen zu deren Verhütung ergreifen und darüber Rechenschaft ablegen. Unternehmen sollen ausserdem dafür haften, wenn Tochtergesellschaften oder anderweitig kontrollierte Unternehmen durch Menschenrechtsverletzungen in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung einen Scha-

den verursacht haben, ausser das beherrschende Unternehmen beweist, dass es seine Sorgfaltspflichten erfüllt hat.

Die KOVI verfolgt damit löbliche Ziele und dehnt das ausservertragliche Haftpflichtrecht von natürlichen Personen als Geschäftsherren auf juristische Personen aus (**Werro**, Konzernverantwortungsinitiative: Über den Mythos Unternehmenshaftung, NZZ 18.12.2018, 10). Wirtschaftsstrafrecht ist zivilrechtsakzessorisch (**Pieth**, Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AJP 2017, 1009). Dies bedeutet, dass sich nicht strafbar macht, wer sich an privatrechtliche Regeln hält. Es bedeutet indes nicht, dass haftpflichtrechtliche Regeln Grundlage einer strafrechtlichen Verantwortung sind. Insbesondere die strafrechtliche Garantstellung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sie nicht zivilrechtsakzessorisch ist (**Geth**, Off-label-use von Arzneimitteln und strafrechtliche Produkthaftung, recht 2013, 131). Wäre sie es, wäre der Weg zu einer dem strafrechtlichen Schuldprinzip widersprechenden strafrechtlichen Kausalhaftung nicht weit. Der Initiativtext ist deswegen mit Blick auf Strafbarkeitsrisiken für natürliche Personen differenzierter zu bewerten. Eine strafrechtlich relevante Garantstellung erwächst aus der KOVI aus zwei Gründen nicht. Erstens ist die KOVI explizit auf Unternehmen und nicht auf natürliche Leitungspersonen zugeschnitten. Im Fokus steht damit eine privatrechtliche Haftung. Zweitens sind Dreh- und Angelpunkt der Initiative Sorgfaltspflichten. Sorgfaltspflichten führen aber gerade nicht zum Entstehen einer Garantstellung, sondern sind erst zu prüfen, nachdem eine Garantstellung bereits erstellt ist (BSK StGB I-**Niggli/Muskens**, Art. 11 N 148f.).

#### **V. Keine Unternehmensstrafbarkeit**

Im Unterschied zum Privatrecht werden in erster Linie natürliche Personen strafrechtlich verantwortlich – nicht die juristische Person (**Forstmoser**, a.a.O., 722). Die Straflosigkeit von Leitungspersonen führt deswegen, das sei hier

pro memoria noch angemerkt, auch zur Straflosigkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB. Denn die sogenannte Anlasstat bildet eine objektive Strafbarkeitsbedingung für die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB (dasselbe gilt auch für die originäre Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB, siehe BSK StGB I-Niggli/Gfeller, Art. 102 N 19a, 27, 61, 246). Als Anlasstat (für die nota bene Schweizer Strafrecht anwendbar sein muss, siehe Villard, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, Zürich 2017, N 882 ff.) wurde den für die Nestlé AG tätigen Personen fahrlässige Tötung durch Unterlassen vorgeworfen, was (wie gezeigt) an der fehlenden Garantenstellung scheitert. Art. 102 Abs. 1 StGB bezweckt ausserdem nicht die Verhinderung von Straftaten, sondern nur, dass das Unternehmen die Positionen, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten innerhalb des Unternehmens klar definiert, damit die Strafverfolgungsbehörden den Verantwortlichen bestimmen können (Bueno, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, AJP 2017, 1015 ff.). Art. 102 Abs. 2 würde die Verhinderung von Straftaten bezwecken. Allerdings nur von den ausdrücklich dort genannten Katalogstraftaten, zu denen fahrlässige Tötung durch Unterlassen nicht gehört.

## VI. Fazit: Keine Garantenstellung – keine Strafbarkeit für Leitungspersonen

Eine Leitungsperson, die keine Garantenstellung innehat, kann sich nicht der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar machen. Eine Garantenstellung und entsprechende Garantenpflichten sind für Leitungspersonen von Konzernobergesellschaften nur schwer zu etablieren. Daran wird auch die Konzernverantwortungsinitiative nichts ändern. Das Strafrecht ist hier zu Recht zurückhaltend. Erstens, da andere Rechtsgebiete (z.B. Haftpflichtrecht) eher geeignet sind, die Ziele der KOVI durchzusetzen und Strafrecht ohnehin als letztes Mittel (ultima ratio) eingesetzt werden sollte. Zweitens, da die Strafwürdigkeit für fahrlässiges Unterlassen doppelt verringert ist, da es einerseits «am Evidenzerlebnis einer kausalen Erfolgsverursachung fehlt» und andererseits Fahrlässigkeitsdelikte gegenüber Vorsatzdelikten wesentlich weniger schwer wiegen (Seelmann/Geth, a.a.O. Rn. 505). Drittens, weil das Strafrecht seine Funktion als Instrument der Verhaltenssteuerung verliert, wenn Leitungspersonen von Konzernobergesellschaften generell strafrechtlich verantwortlich gemacht würden, wenn sich in der Tochtergesellschaft Risiken realisieren oder krisengebietsbezogene Delikte begangen werden (die nota bene im Fall Romero in Kolumbien aufgeklärt wurden und zu Verurteilungen geführt haben. Siehe Forstmoser, a.a.O., 707).



# Das öffentlich einsehbare Transparenzregister

Stephanie Müller

## Ein Problem?

**Die Vierte Geldwäscherichtlinie der EU verpflichtet die Mitgliedsstaaten u. a. ein Register der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen des Privatrechts, eingetragenen Personengesellschaften, Trusts und Rechtsgestaltungen, die Trusts ähneln, zu erstellen. Die Änderungsrichtlinie zur Vierten Geldwäscherichtlinie schafft für jeden die Möglichkeit des bedingungslosen Zugriffs auf dieses Register. Dieser Aufsatz soll einen Beitrag zur Klärung der Frage leisten, ob die Öffnung mit der EU-Grundrechtecharta vereinbar ist.**

### I. Das Transparenzregister

Die Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates (sog. Vierte Geldwäscherichtlinie) sieht in Art. 30f. vor, dass in den EU-Mitgliedsstaaten ein Register der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen des Privatrechts, eingetragenen Personengesellschaften, Trusts und diesen ähnlichen Rechtsgestaltungen geschaffen wird. Die Vierte Geldwäscherichtlinie war bis zum 26. Juni 2017 in nationales Recht umzusetzen. In Deutschland geschah dies mit dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen

vom 23. Juni 2017<sup>1</sup>. Das deutsche Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (kurz: Geldwäschegesetz – GwG) enthält auf Grund des Umsetzungsgesetzes in seinem vierten Abschnitt die Regelungen dem Register über die wirtschaftlich Berechtigten (sog. Transparenzregister).

Das Transparenzregister ist ein elektronisch geführtes Register<sup>2</sup>. Es dient der Erfassung und Zugänglichmachung der Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten<sup>3</sup>. Nach § 19 Abs. 1 GwG sind hiervon die wirtschaftlich Berechtigten von Vereinigungen und Rechtsgestaltungen betroffen. Unter Vereinigungen fallen sämtliche Kapitalgesellschaften, Partnerschaftsgesellschaften, Genossenschaften, Personhandelsgesellschaften, rechtsfähige Stiftungen und Vereine. Unter Rechtsgestaltungen werden Trusts, nichtrechtsfähige Stiftungen mit gemeinnützigem Stiftungszweck und solchen Stiftungen vergleichbare Gestaltungen verstanden<sup>4</sup>. Das Transparenzregister soll einen Beitrag zur Verhinderung des Missbrauchs der

<sup>1</sup> BGBl. 2017 I 1822 ff.

<sup>2</sup> § 18 Abs. 2 GwG.

<sup>3</sup> § 18 Abs. 1 GwG.

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/11555, S. 88, 124.



betroffenen Gesellschaften und Rechtsgestaltungen darstellen<sup>5</sup>.

## II. Der wirtschaftlich Berechtigte

Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wurde mit der Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie neu in das GwG eingefügt. Nach § 3 Abs. 1 GwG ist wirtschaftlich Berechtigter die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht oder die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird. Darüber hinaus ist ein wirtschaftlich Berechtigter auch eine natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % der Kapitalanteile einer Gesellschaft hält oder der Stimmrechte kontrolliert oder auf eine vergleichbare Weise die Kontrolle ausübt. Besteht eine Kontrolle über Beteiligungsgesellschaften, so ist die am Ende stehende natürliche Person in das Transparenzregister einzutragen, § 3 Abs. 2 S. 2 GwG. Die Regelung hat zur Folge, dass auch einige Vereinbarungen mit und unter Gesellschaftern eingetragen werden müssen, die bislang nicht offenkundig waren.

Ist eine Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten nicht oder nicht zweifelsfrei möglich, so sieht § 3 Abs. 2 S. 5 GwG vor, dass der gesetzliche Vertreter, geschäftsführende Gesellschafter oder Partner des Vertragspartners als wirtschaftlich Berechtigter in das Transparenzregister als wirtschaftlich Berechtigter eingetragen wird (sog. fiktiver wirtschaftlich Berechtigter).

Bei rechtsfähigen Stiftungen, mit denen treuhänderisch Vermögen verwaltet oder verteilt oder Dritte entsprechend beauftragt werden, werden die Vorstandsmitglieder, beherrschende Einfluss auf die Vermögensverwaltung ausübende natürliche Personen und die begünstigten natürlichen Personen als

wirtschaftlich Berechtigte in das Transparenzregister eingetragen, § 3 Abs. 3 GwG. Bei Rechtsgestaltungen mit diesem Zweck werden ebenfalls die natürlichen begünstigten Personen sowie die natürlichen Personen, die als Treugeber, Verwalter von Trusts oder Protektoren auftreten, als wirtschaftlich Berechtigte eingetragen, § 3 Abs. 3 GwG. Ebenso sind bei Rechtsgestaltungen die natürlichen Personen, die beherrschenden Einfluss auf die Vermögensverwaltung ausüben, wirtschaftlich Berechtigte, § 3 Abs. 3 GwG.

Zum 1. Oktober 2017 hatten die juristischen Personen, Personengesellschaften und Rechtsgestaltungen erstmals Meldungen gegenüber dem Transparenzregister zu erstatten. Verpflichtet hierzu sind die jeweiligen Leitungsorgane, der Verwalter des Trust bzw. der Treuhänder<sup>6</sup>. Im Fall von Beteiligungsketten verbleibt die Meldepflicht bei jeder juristischen Einheit bestehen. Jede Änderung bei den wirtschaftlich Berechtigten muss gemeldet werden. Die Meldung hat unverzüglich zu erfolgen. Das bedeutet, dass die Angaben beim wirtschaftlich Berechtigten eingeholt werden müssen und auf aktuellem Stand zu halten sind.

Ergeben sich die Informationen bereits aus dem Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts-, Vereins- oder Unternehmensregister und sind diese elektronisch abrufbar, so gilt die Meldepflicht bereits als erfüllt, § 20 Abs. 2 GwG.

Den Anteilseignern obliegt eine Mitteilungspflicht gegenüber der Vereinigung, wenn sie selbst wirtschaftlich Berechtigter sind oder von einer natürlichen Person als wirtschaftlich Berechtigter unmittelbar kontrolliert werden, § 20 Abs. 3 S. 1 GwG. Für den Fall, dass ein Anteilseigner unter mittelbarer Kontrolle steht, obliegt ihm keine Angabepflicht, § 20 Abs. 3

<sup>5</sup> EG 14 der Vierten Geldwäscherichtlinie.

<sup>6</sup> §§ 20, 21 GwG.

S. 5 GwG. Eine Nachforschungspflicht bzgl. der Beteiligungskette besteht nicht<sup>7</sup>.

Die im Transparenzregister gespeicherten Daten, sind in § 19 Abs. 1 GwG festgelegt. Es handelt sich dabei – nach derzeitiger Rechtslage – um Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses.

### III. Einsichtnahme in das Transparenzregister

#### A. Derzeit geltendes Recht

Nach dem derzeit geltenden Recht besteht beim Transparenzregister ein nach den Arten der Einsichtsberechtigten gestaffelter Zugriff.

Aufsichtsbehörden, die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, die gem. § 13 Aussenwirtschaftsgesetz zuständigen Behörden, Strafverfolgungsbehörden, das Bundeszentralamt für Steuern, die örtlichen Finanzbehörden nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 Abgabenordnung, die für Aufklärung, Verhütung und Beseitigung von Gefahren zuständigen Behörden können anlasslos auf sämtliche im Transparenzregister zugreifen, § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GwG.

Verpflichtete i. S. d. GwG erhalten ebenfalls Einsicht in das Transparenzregister soweit sie gegenüber der das Transparenzregister führenden Stelle darlegen, dass die Einsichtnahme zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 3 GwG erforderlich ist, § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG.

Darüber hinaus kann derzeit auch jede sonstige Person, die ein berechtigtes Interesse darlegt, teilweise Einsicht nehmen, § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. S. 2 GwG. Das berechtigte Interesse ist nicht im deutschen Geldwäschegesetz legaldefiniert. Jedoch enthält § 8 Transparenzregister-einsichtnahmeverordnung Regelbeispiele für die Annahme des berechtigten Interesses. Beispielsweise können Journalisten bei Vorlage

ihres Journalistenausweises und der Darstellung bereits getätigten oder geplanten Recherchen im Bereich der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Die Steuerhinterziehung gem. § 370 Abgabenordnung ist eine Vortat zur Geldwäsche, so dass auch eine Recherche zu einem solchen Delikt zur Darlegung eines berechtigten Interesses herangezogen werden könnte<sup>8</sup>. Ebenso wird bei Nichtregierungsorganisationen von einem berechtigten Interesse ausgegangen, wenn sie nach ihrer Satzung sich gegen Geldwäsche oder damit zusammenhängenden Vortaten ergibt. Sonstige Personen können das berechtigte Interesse mittels bereits getätigter oder geplanten Aktivitäten im Zusammenhang mit Geldwäschebekämpfung oder damit zusammenhängenden Vortaten darlegen.

Liegen überwiegend schutzwürdige Interessen des wirtschaftlich Berechtigten vor, so kann die Einsichtnahme der im Transparenzregister gespeicherten Informationen vollständig oder teilweise eingeschränkt werden, § 23 Abs. 2 GwG. Der Gesetzgeber sieht solche überwiegend schutzwürdigen Interessen lediglich im Falle der Gefahr, Opfer einer der in § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG aufgeführten Katalogtat zu werden, oder bei Minderjährigkeit oder beschränkter Geschäftstätigkeit des wirtschaftlich Berechtigten, § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GwG. Sind die Informationen bereits in anderen öffentlichen Registern zugänglich, so liegt kein schutzwürdiges Interesse des wirtschaftlich Berechtigten vor, § 23 Abs. 2 S. 3 GwG. In der Praxis führt dies dazu, dass diese Anträge kaum Erfolg haben<sup>9</sup>. Dies belegen auch die Zahlen: 444 Anträge wurden bis zum 8. Oktober 2018 gestellt, hiervon wurden 32 stattgegeben, 28

<sup>7</sup> J. Rieg, Prüfungs- und Handlungsbedarf aufgrund der Einführung des Transparenzregisters, BB 2017, 2310, 2311.

<sup>8</sup> Rieg (Fn. 7), 2313.

<sup>9</sup> Grundsätzlich kritisch gegenüber der entsprechenden Regelung in der Vierten Geldwäscherichtlinie N. Müller, Das Geldwäscheregister nach Art. 30 und 31 der Vierten Geldwäscherichtlinie und seine Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung, ZStW 2016, 1021, 1028.

zurückgenommen und 19 abgelehnt<sup>10</sup>. Ein Verdacht für das Vorliegen einer entsprechenden Straftat ist für den Zugriff von jedermann auf das Register nicht erforderlich. Kritisch ist ebenfalls, dass die Daten auch von Personen in Drittstaaten abgerufen werden können. In solchen Fällen ist kein angemessenes Schutzniveau im Datenschutz gewährleistet<sup>11</sup>.

### B. Änderungen durch die Änderungsrichtlinie und deren Umsetzung in deutsches Recht

Die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU (sog. Änderungsrichtlinie) sieht Änderungen im Bereich des Transparenzregisters vor. Die Änderungen sind bis zum 10. Januar 2020 in nationales Recht umzusetzen<sup>12</sup>. Nach dem Entwurf der Bundesregierung<sup>13</sup> sollen zukünftig «alle(n) Mitglieder(n) der Öffentlichkeit» in das Transparenzregister Einsicht nehmen können (§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG-E), um Art. 1 Nr. 15 lit. c der Änderungsrichtlinie umzusetzen. Grundsätzlich sollen für jedermann zukünftig die Angaben Vor- und Nachname, Geburtsmonat und -Jahr, Wohnsitzland und die Staatsangehörigkeit sowie der Umfang des wirtschaftlichen Interesses einsehbar sein, falls nicht alle in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Informationen in anderen Registern eingesehen werden können, zu denen das Transparenz-

register Zugang gewährt<sup>14</sup>, § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GwG-E. Eine Einschränkung der Einsichtnahme soll zukünftig auch nur unter den derzeit bereits geltenden strengen Voraussetzungen eingeschränkt werden können. Wie bereits heute kann der Zugriff auf die im Transparenzregister einsehbaren Daten auch zukünftig nur unter sehr engen Voraussetzungen eingeschränkt werden. Die derzeitige Rechtslage soll bestehen bleiben. Mit der geplanten Öffnung des Transparenzregisters für jedermann gehen Datenschutzprobleme einher, die in der juristischen Literatur bislang wenig beleuchtet wurden<sup>15</sup>.

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) schützt in Art. 7 das Privat- und Familienleben sowie die Wohnung und Individualkommunikation, darüber hinaus ist in Art. 8 der Schutz personenbezogener Daten geregelt. Art. 8 EMRK schützt in ähnlicher Weise wie Art. 7 GRCh das Privat- und Familienleben, sowie die Wohnung und Individualkommunikation.

Personenbezogene Informationen sind Informationen über natürliche Personen, die sich direkt oder indirekt auf diese beziehen<sup>16</sup>. Im Transparenzregister wird neben der bereits unter dem geltenden Recht aufgeführten Daten, zukünftig auch die Staatsangehörigkeit gespeichert werden<sup>17</sup>. Unstreitig handelt es sich dabei um personenbezogene Daten.

Nach Art. 52 GRCh ist ebenso eine Einschränkung der Grundrechte möglich wie durch entsprechende Regelungen in den Grund-

<sup>10</sup> Stellungnahme **DIE FAMILIENUNTERNEHMER e.V.** zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie [Richtlinie (EU) 2018/843], S. 7, abrufbar unter [www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_VII/19\\_Legislaturperiode/2019-05-24-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/0-Gesetz.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-05-24-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/0-Gesetz.html) [26.08.2019].

<sup>11</sup> Ebenfalls kritisch Müller (Fn. 7), 1037.

<sup>12</sup> Art. 4 Abs. 1 der Änderungsrichtlinie.

<sup>13</sup> Abrufbar unter [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_VII/19\\_Legislaturperiode/2019-05-24-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/2-Regierungsentwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-05-24-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=2), [25.08.2019].

<sup>14</sup> Ausweislich § 22 Abs. 1 Nr. 5-8 GwG sind dies das Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts- und Vereinsregister.

<sup>15</sup> Ausführlich auf die datenschutzrechtlichen Probleme eingehend Schenke/Teichmann, Das Transparenzregister und seine datenschutzrechtliche Achillesferse, ZIP 2019, 1260 ff. und Müller (Fn. 7), 1021 ff. sowie Müller, Transparenz auf allen Ebenen – Zur Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie, NJW 2017, 87 ff. und 121 ff.

<sup>16</sup> Statt vieler EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 (Volker und Markus Schecke GbR und Hartmut Eifert), Rn. 52. Dies entspricht auch der Definition personenbezogener Daten in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.

<sup>17</sup> § 19 Abs. 1 Nr. 5 GwG-E.

rechten<sup>18</sup>. Ausweislich des Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh dürfen personenbezogene Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf Grund einer gesetzlichen Regelung verarbeitet werden.

Die Zugänglichmachung einiger im Transparenzregister gespeicherter Daten für jedermann ist zukünftig gesetzlich in § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG-E<sup>19</sup> geregelt. Damit besteht grundsätzlich eine nach Art. 8 Abs. 2, 52 GRCh erforderliche Rechtsgrundlage zur Einschränkung der Art. 7 und 8 GRCh. Jedoch stellt sich die Frage, ob die in § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG-E umgesetzte Regelungen des Art. 1 Nr. 15 lit. c der Änderungsrichtlinie der veränderten Geldwäscherichtlinie damit vereinbar sind. Dazu muss der Grundrechtseingriff gerechtfertigt sein. Ein Grundrechtseingriff ist nach Art. 52 Abs. 1 GRCh gerechtfertigt, wenn es hierfür eine gesetzliche Grundlage gibt, der Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts gewahrt wird und Ziel und Verhältnismäßigkeit zu einer Rechtfertigung der Einschränkung führen<sup>20</sup>. Problematisch ist hier die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Ein solcher Eingriff ist verhältnismäßig, wenn er geeignet, das am wenigsten belastende Mittel darstellt und angemessen ist<sup>21</sup>.

Eine Verletzung des Wesensgehaltes der Art. 7 und 8 GRCh ist nicht erkennbar<sup>22</sup>.

Das Transparenzregister dient der Vorhaltung von Angaben über die Personen, die hinter einer Gesellschafterstruktur stehen<sup>23</sup>. Die dadurch geschaffene größere Transparenz soll sowohl der Bekämpfung des Missbrauchs von juristischen Personen dienen als auch von Geldwäsche,

Terrorismusfinanzierung und damit zusammenhängenden Vorfällen wie Bestechung, Steuerstraftaten und Betrug<sup>24</sup>. Im Gegensatz zum Handelsregister hat das Transparenzregister keinen öffentlichen Glauben<sup>25</sup>. Die Schaffung eines Registers wirtschaftlich Berechtigter in der Vierten Geldwäscherichtlinie beruht auf den Empfehlungen der FATF, geht aber über diese hinaus. Die FATF forte in ihren Empfehlungen kein spezielles Register, sondern ein kurzfristiges Zurverfügungstellen der Informationen durch die juristische Einheit. Die Empfehlungen der FATF enthalten auch keinen Zugriffsmöglichkeiten für die Öffentlichkeit auf derartige Daten. Das Transparenzregister ist grundsätzlich geeignet, einen Beitrag zur Bekämpfung von Straftaten im Bereich der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu leisten<sup>26</sup>.

Bzgl. der Erforderlichkeit des Transparenzregisters wurden bereits kritische Stimmen erhoben<sup>27</sup>, da es fraglich erscheint, ob ein solch tiefer Grundrechtseingriff notwendig ist<sup>28</sup>. Nur absolut notwendige Grundrechtseingriffe sind nach der Rechtsprechung des EuGH mit europäischem Recht vereinbar<sup>29</sup>, dies gilt auch für die Achtung des Privatlebens<sup>30</sup>. Regelungsziele sind gegen die konkrete Eingriffstiefe abzuwägen<sup>31</sup>. Der EuGH erkennt die Bekämpfung des internationalen Terrorismus und die Bekämpfung schwerer Kriminalität als wichtige

<sup>18</sup> Mehr hierzu bei [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1264.

<sup>19</sup> Umsetzung von Art. 1 Nr. 15 lit. c der Änderungsrichtlinie.

<sup>20</sup> [Jarass](#), Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl., München 2016, Art. 52 Rn. 19.

<sup>21</sup> [Jarass](#) (Fn. 20), Art. 52 Rn. 36.

<sup>22</sup> Ausführlich zur Rechtslage der Vierten Geldwäscherichtlinie [Müller](#) (Fn. 7), 1061.

<sup>23</sup> EG 14 der Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>24</sup> EG 14 und teilweise EG 11 der Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/11555, S. 125.

<sup>26</sup> So auch [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1266.

<sup>27</sup> Kritisch gegenüber dem Transparenzregister beispielsweise [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1266.

<sup>28</sup> [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1266.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd. und Kärntner Landesregierung), Rn. 46 mit weiteren Nennungen aus der ständigen Rechtsprechung.

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd. und Kärntner Landesregierung), Rn. 52; EuGH, Rs. C-473/12 (IPI), Rn. 39; EuGH, Rs. C-92/09 und C-93/09 (Volker und Markus Schecke GbR sowie Hartmut Eifert), Rn. 77; EuGH, Rs. C-73/07 (Stakunna Markkinapössi Oy und Statamedia Oy), Rn. 56.

<sup>31</sup> [Jarass](#) (Fn. 20), Art. 52 Rn. 34 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

Ziele der Union an<sup>32</sup>. Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung stellen somit legitime Zwecke in einem Rechtsstaat dar. Betroffen sind von der Eintragung in das Transparenzregister sehr viele Menschen, nämlich alle wirtschaftlich Berechtigten. Die Eintragung in das Transparenzregister lässt Rückschlüsse auf das Einkommen und Vermögen der eingetragenen Person zu, insbesondere wenn die dort vorhandenen Daten mit weiteren verknüpft werden. Aus diesen Informationen können auch Gesellschaftsstrukturen und Stimmrechtspools, die aus legitimen Gründen (z. B. bereits geregelte Erbfolge oder zum Schutz vor Wettbewerbern) geheim gehalten werden sollten, ermittelt werden. Ob die bedingungslose Zugänglichkeit der Daten für die Öffentlichkeit erforderlich ist, erscheint zweifelhaft, zumal es die Aufgabe des Staates ist, Straftaten zu verfolgen und nicht die der Allgemeinheit. Dass investigativer Journalismus immer wieder einen wertvollen Beitrag hierzu leistet, hat beispielsweise die Recherche um die Panama Papers gezeigt. Damit dieser Beitrag geleistet werden kann, genügt die bisherige Regelung des Zugriffs für jedermann, wenn ein berechtigtes Interesse besteht<sup>33</sup>. Da beim Erlass der Änderungsrichtlinie die Vierte Geldwäscherichtlinie noch nicht in allen Mitgliedsstaaten umgesetzt war, lagen noch keine ausreichenden Erfahrungen mit den nationalen Registern der wirtschaftlich Berechtigten vor, die die Änderung gerechtfertigt hätten. Wie bereits oben erwähnt, wurde ein für jeden zugängliches Transparenzregister nicht von der FATF empfohlen, sondern lediglich, dass die Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten bei den juristischen Einheiten und Rechtsgestaltungen für die zuständigen Behörden zum kurzfristigen Abruf vorgehalten werden<sup>34</sup>. Dies ist nachvollziehbar, denn im Fall eines Geldwäscheverdachts ist ein schnelles Handeln erforderlich, so dass aktuelle Daten dies ver-

einfachen<sup>35</sup>. Die Öffnung des Transparenzregisters wird in der Änderungsrichtlinie auch mit dem Transparenzgedanken begründet<sup>36</sup>. Dies geht jedoch fehl, da die Öffnung des Transparenzregisters eine Transparenz der Bürger untereinander ermöglicht, aber nicht des Staates durch den Bürger, wie der Transparenzgedanke eigentlich gemeint ist<sup>37</sup>.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum in die Rechte nach Art. 7 und 8 GRCh derart eingegriffen werden sollte. In Deutschland werden die Zugriffe auf das Transparenzregister nicht protokolliert. Die Betroffenen erhalten, ebenso wie etwa beim Handelsregister keine Information darüber, wer die sie betreffenden Daten eingesehen hat. Es besteht keinerlei Gewähr, dass die eingesehenen Informationen nur zu den gesetzlichen Pflichten Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verwendet werden. Die bloße Online-Registrierung für die Einsichtnahme, wie sie derzeit erforderlich ist und auch beibehalten werden soll, bietet hierfür keine Gewähr. Zwar sieht der deutsche Gesetzgeber vor, dass der Zugriff auf die Informationen für jedermann gesperrt werden kann, jedoch sind die Voraussetzungen hierfür derart hoch, dass diese – ausser bei Vorliegen von Minderjährigkeit oder Geschäftsunfähigkeit – kaum erfüllbar sind<sup>38</sup>.

Durch die bedingungslose Einsichtnahmemöglichkeit für jeden, besteht keine Kontrolle darüber, wer in die Daten Einsicht nimmt. Nach der Einsichtnahme ist es nicht ausgeschlossen, dass die Daten zweckwidrig, also nicht zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verwendet werden. Im Bereich des Grundbuchrechts kam es bereits zu derartigen Verfehlungen. Es ist zu befürchten, dass bei einem voraussetzungslosen Zugriff für jedermann die dort gespeicherten Daten zweck-

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd. und Kärntner Landesregierung), Rn. 42.

<sup>33</sup> Ähnlich [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1268.

<sup>34</sup> FATF, FATF Recommendations, Stand Juni 2019, Punkt 24, S. 20.

<sup>35</sup> FATF, FATF Recommendations, Stand Juni 2019, Punkt 24, S. 20.

<sup>36</sup> EG 2, 4, 28, 28, 31 der Änderungsrichtlinie.

<sup>37</sup> So im Ergebnis auch [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1268.

<sup>38</sup> Ähnlich kritisch bereits zur Vierten Geldwäscherichtlinie [Müller](#) (Fn. 7), 1021, 1028.

widrig verwendet werden, so beispielsweise von Wettbewerbern, um die Gesellschafterstruktur zu erkennen, oder von Kriminellen zur Vorbereitung von Straftaten.

Verhältnismässig ist ein Eingriff in ein Grundrecht, wenn die Handlung geeignet ist, den verfolgten Zweck zu erreichen und nicht die Grenzen dessen überschreitet, was zur Zielerreichung geeignet und erforderlich ist<sup>39</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH wiegt das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens sehr schwer und Eingriffe sind auf das absolut Notwendige zu beschränken<sup>40</sup>. Werden personenbezogene Daten auf Vorrat – wie es beim Transparenzregister der Fall ist – gespeichert, so ist es erforderlich, dass ausreichende Garantien vorgesehen sind, um vor Missbrauch und unberechtigter Datennutzung zu schützen<sup>41</sup>. Bereits der anlasslose Zugriff von Behörden und nach dem Geldwäscherecht Verpflichteten lässt einen Missbrauchsgefahr entstehen. Die nun vorgesehene Einsichtsmöglichkeit für jedermann auf die im Transparenzregister gespeicherten Daten mit faktisch kaum durchsetzbaren Sperrmöglichkeiten für den wirtschaftlich Berechtigten und ohne Nachverfolgungsmöglichkeit der einsichtnehmenden Allgemeinheit, besteht keine Verhältnismässigkeit<sup>42</sup>. Beim derzeit in Deutschland gewählten Verfahren besteht keine Gewähr, dass die Anmelde Daten nicht weitergegeben werden. Auch dies birgt für die wirtschaftlich Berechtigten ein erhebliches Risiko, da anhand der Logdaten des Transparenzregisters keine belastbare Aussage darüber getroffen werden kann, wer die Daten tatsächlich eingesehen und bestellt hat. Zudem besteht keine Gewähr dafür, dass die Daten nur für geldwäscherechtliche Zwecke bzw. zu entsprechenden Recherchen verwendet werden.

39 Ständige Rechtsprechung statt vieler Urteile des EuGH, Rs. C-293/12 und Rs. C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd. und Seitlinger), Rn. 46.

40 Urteile des EuGH, Rs. C-293/12 und Rs. C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd. und Seitlinger), Rn. 52; Rs. C-473/12 (IPI), Rn. 39.

41 Urteil des EuGH, Rs. C-293/12 und Rs. C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd. und Seitlinger), Rn. 52; Rs. C-473/12 (IPI), Rn. 54.

42 So auch [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1268 f.; zur Vierten Geldwäscherrichtlinie so im Ergebnis auch [Müller](#) (Fn. 7), 1021, 1078 ff.

Dies auch insbesondere in den Fällen, in denen ein fiktiver wirtschaftlich Berechtigter eingetragen ist. Dieser wird in das Transparenzregister eingetragen, wenn keine natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter ermittelt werden kann bzw. Zweifel an der ermittelten Person bestehen<sup>43</sup>. Bei fiktiven wirtschaftlich Berechtigten spiegelt das Transparenzregister nicht die wahren Verhältnisse wieder. Sie sind durch diese Eigenschaft ggf. Gefahren ausgesetzt, denen sie bei einer korrekten Abbildung der Vermögensverhältnisse nicht ausgesetzt wären. In diesen Fällen sind die eingetragenen Personen noch mehr in der Verletzung in ihren Grundrechten betroffen als wirklich wirtschaftlich berechtigte Personen. Zwar ermöglicht der EU-Gesetzgeber den Mitgliedsstaaten Bedingungen für den Zugang zu den im Transparenzregister enthaltenen Informationen festlegen und auch eine Online-Registrierung für die Einsichtnahme festlegen<sup>44</sup>, aber dies genügt den Anforderungen an eine Grundrechtseinschränkung nicht<sup>45</sup>.

Darüber hinaus ist auch zu bezweifeln, dass Geldwäscher oder Terrorismusfinanzierer die wirklichen Gesellschaftsstrukturen offenlegen würden<sup>46</sup>. Abgesehen davon ist die Strafverfolgung eine Aufgabe des Staates und nicht die Aufgabe der Zivilgesellschaft, auch wenn investigativer Journalismus teilweise zur Aufdeckung von Straftaten beiträgt. Für den Beitrag von Journalisten zur Aufdeckung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist kein Zugriff von jedermann auf das Transparenzregister erforderlich, sondern es genügt die Zugriffsmöglichkeit bei berechtigtem Interesse. Darüber hinaus hat das Transparenzregister keinen öffentlichen Glauben.

43 Im deutschen Recht wurde Art. 3 Nr. 6 lit a ii der Vierten Geldwäscherrichtlinie in § 3 Abs. 2 S. 5 GWG umgesetzt. Die Vorschrift wird im Rahmen der Umsetzung der Änderungsrichtlinie im deutschen Recht angepasst, da die derzeit noch geltende Regelung nicht allumfassen ist (siehe Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 81).

44 Art. 1 Nr. 15 lit c und d der Änderungsrichtlinie.

45 Im Ergebnis ähnlich [Schenke/Teichmann](#) (Fn. 15), 1268 f.

46 So auch [Müller](#), Transparenz auf allen Ebenen – Zur Umsetzung der Vierten Geldwäscherrichtlinie – Teil 2, NZWiSt 2017, 121, 125.

#### IV. Fazit

Die Öffnung des Transparenzregisters für die Öffentlichkeit kann für die wirtschaftlich Berechtigten erhebliche Risiken bergen. Es ist nicht sichergestellt, dass die Informationen ausschliesslich zur Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verwendet werden. Die Missbrauchsgefahr ist bei diesen

sensiblen Informationen sehr gross und in der Kombination mit weiteren Informationen kann ein genaues Vermögensprofil eines wirtschaftlich Berechtigten entstehen. Der nach der Änderungsrichtlinie zu schaffende Zugriff für jedermann geht über das Ziel hinaus und ist nicht mit der europäischen Grundrechtecharta vereinbar.



# Verbleibende Streitpunkte bezüglich des Erfolgs- und Handlungsunwertes im japanischen Strafrecht

Makoto Ida

## I. Zur Einleitung

Das Unrecht bietet den *Grund für die staatliche Strafe*. Die Schuld ist die Bedingung für den persönlichen Vorwurf, der wegen des verwirklichten Unrechts gegen den Täter erhoben wird. Die Kategorie der Schuld stellt damit den Filter dar, der das Unrecht nach dem Grad der Verwerfbarkeit mit dem Strafmaß in eine proportionale Verbindung bringt. Bildlich gesprochen: Das Unrecht ist der *Motor* der Bestrafung und die Schuld ihre *Bremse*. Das Unrecht begründet die staatliche Strafe und die Schuld beschränkt sie. Wer sich ein Auto kaufen will, interessiert sich u. a. für den Motor. Die Frage nach dem Unrecht ist die *primäre Frage der Strafrechtsdogmatik* und gleichbedeutend mit der Frage nach der Begründung der staatlichen Strafe. Es ist deshalb sehr wohl verständlich, dass sich die Diskussion um das Unrecht und damit um den *Wesensgehalt aller Straftaten* als der wichtigste Streit in der japanischen Strafrechtsdogmatik der Nachkriegsperiode erwiesen hat.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Zum Diskussionsstand ausführlich [Ida](#), Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, Berlin 1991, 66 ff. und [Iijima](#), Die Entwicklung des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs in Japan, Bern 2004.

In diesem Beitrag, der dem verehrten Kollegen und Freund [Christian Schwarzenegger](#) zu seinem 60. Geburtstag mit herzlichen Glückwünschen und in Dankbarkeit gewidmet sei, werde ich diesen Streit zum Thema machen und seine *methodischen, normtheoretischen, straftheoretischen und dogmatischen Aspekte* – jeweils kurz – beleuchten. Dabei versuche ich vor allem die immer noch diskussionswürdigen Streitpunkte von denjenigen, die als bereits erledigt oder überholt gelten dürfen, möglichst sauber zu trennen, und nur die ersteren, d. h. die heute noch aktuellen Problempunkte einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

## II. Methodische Aspekte

Die Lehrmeinung, die sich unter dem Einfluss [Welzels](#) gebildet hat und die personalen Unrechtselemente wie Vorsatz und Fahrlässigkeit anerkennt, war in Japan in den 1960er Jahren vorherrschend geworden. Dabei war von großer Bedeutung, dass sich die damals einflussreichen Lehrbücher von [Shigemitsu Dando](#), [Kameji Kimura](#), [Taira Fukuda](#) und [Hitoshi Otsuka](#) die personale Unrechtslehre zu eigen machten. Die japanischen Vertreter der ersten Generation



beriefen sich allerdings bei der Begründung der personalen Unrechtselemente auf *ihre sozialethische Bedeutung* oder die *Struktur der menschlichen Handlung*. Ich gebe hier nur ein Beispiel: Zur Frage, warum zur Rechtfertigung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens ein subjektives Element wie der Verteidigungswille bei der Notwehr erforderlich ist, schrieb Fukuda in seinem Lehrbuch: «Die menschliche Handlung stellt eine Einheit objektiver und subjektiver Elemente dar. Nur wenn der Akt des Täters durch den subjektiven Verteidigungswillen getragen ist, kann man ihn als eine Verteidigungshandlung bezeichnen».<sup>2</sup> Besonders problematisch war darüber hinaus die *general-klauselartige Verwendung der Sozialadäquanz* durch die damaligen Vertreter der personalen Unrechtslehre: Diese Rechtsfigur wurde in den Lehrbüchern von Vertretern der personalen Unrechtslehre – mit nicht zu verkennendem *moralisierendem Beigeschmack* – bei allen möglichen Grenzfällen zur Bejahung oder Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit und auch der Rechtfertigung herangezogen.

Es war **Ryuichi Hirano**, Protagonist des Objektivismus und des utilitaristischen Strafrechtsdenkens, der seit dem Ende der 1960er Jahre gegen diese *formal-systematische sowie moralisierende Argumentationsweise mit oft inhaltsleeren Formeln* eindringliche und einflussreiche Kritik übte. Er stellte der traditionellen systematischen Argumentation problemorientiertes Denken gegenüber. Ab den 1970er Jahren erhob er die *funktionale Betrachtungsweise des Strafrechts* zu seinem Motto. Er sah das tragfähige Fundament des Strafrechtsdenkens in kriminalpolitischen Überlegungen, insbesondere im empirisch zu ermittelnden, rechtsgüterschutzorientierten Strafbedürfnis und auch in der Abwägung der kollidierenden Interessen. **Hirano** hat dadurch einen *Methodenwandel in der japanischen Strafrechtswissenschaft* eingeleitet. Die formal-systematische Argumentationsweise sollte nunmehr einer problem- bzw. fallorientierten Platz machen. Moralisierende Argumente und Schein-

begründungen mit inhaltsleeren Formeln sollten durch rechtsgut- und strafgrundorientierte sowie kollidierende Interessen abwägende Begründungen ersetzt werden.

Ich möchte es so ausdrücken, dass die personale Unrechtslehre in Japan *dem Methodenwandel in der japanischen Strafrechtsdogmatik zum Opfer gefallen* ist und die japanischen Wissenschaftler nicht so sehr dem wesentlichen Theoriegehalt der personalen Unrechtslehre, als vielmehr der früheren – jetzt überholten – Argumentationsweise ihrer damaligen Vertreter ablehnend gegenüberstanden.<sup>3</sup>

Es ist hier wichtig festzustellen, dass mit der prinzipiellen Richtigkeit der Methode **Hiranos** die personale Unrechtslehre gar nicht widerlegt ist. Aufgrund seiner methodischen Position wäre auch eine auf der Verhaltensnormtheorie basierende Unrechtskonzeption ohne weiteres vertretbar gewesen. Das wird wohl einleuchtend sein, wenn man bedenkt, dass die funktionale Betrachtung **Hiranos** mit einem wichtigen Aspekt der Methodenlehre **Welzels**, nämlich ihrem *hegelianischen* Element, sehr gut kompatibel ist: **Welzel** suchte unter Begriffen wie der «Sozialadäquanz» oder der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» Konstellationen zu erfassen, in denen die *sozialen Verhaltensregeln* in der geschichtlich gewordenen Wirklichkeit die Koordinierungsaufgabe des sozialen Lebens übernehmen, so dass die strafrechtlichen Werturteile nur unter Heranziehung dieser in der sozialen Praxis funktionierenden sozialen Verhaltensregeln – und nicht etwa mit Hilfe eines mathematischen Interessen- oder Risikokalküls am grünen Tisch – vorgenommen werden können. Das Paradebeispiel dafür ist die Konkretisierung der strafrechtlich erheblichen Sorgfalt anhand der sozialen Verhaltensregeln bei der Prüfung des Fahrlässigkeitsdelikts.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Hierzu **Ida**, Zum heutigen Stand des japanischen Strafrechts und der japanischen Strafrechtswissenschaft, GA 2017, 72 f.

<sup>4</sup> Vgl. **Ida**, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Frisch et al. (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 206.

<sup>2</sup> **Fukuda**, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 2011, 157 f. (in jap. Sprache).

### III. Normtheoretische Aspekte

Die noch heute in Betracht kommende Version der personalen Unrechtslehre, d. h. die noch einer Erwägung würdige Alternative zur objektivistischen Unrechtslehre, muss das Verhaltensunrecht der Tat unabhängig von ethisch-moralischen Bewertungen beurteilen, den Sinn und Zweck der Verhaltensnormen nur im verfassungsrechtlich legitimierbaren Rechtsgüterschutz suchen und sie in ihrem Gehalt immer rechtsgutsbezogen verstehen, statt sich auf die Sozialethik oder -moral zu berufen. Man kann hier von einer *säkularisierten Verhaltensnormtheorie* sprechen. Das heutige Problem, das sich uns stellt, liegt vor allem darin, ob man dem strafrechtlichen Unrechtsbegriff diese säkularisierte Version der Verhaltensnormtheorie zugrunde legen soll oder nicht.

Bemerkenswert ist, dass in Japan bei diesem Grundlagenstreit über das Unrecht vielfach auf den *grundlegenden Unterschied zwischen der deutschen und der US-amerikanischen Rechtskultur* Bezug genommen wird. Dabei sieht man das Typische an der deutschen Rechtslehre darin, dass sie die Regeln des Strafrechts als Verhaltensnormen mit Steuerungsfunktion auffasst. Demgegenüber wird die Grundansicht, die die Rechtsregeln vornehmlich als erst nachträglich anzuwendende *Entscheidungsnormen* betrachtet, dem US-amerikanischen Recht zugeschrieben. Diese Gegenüberstellung soll insbesondere dazu dienen, die in Deutschland herrschende, auf der Verhaltensnormtheorie basierende, personale Unrechtslehre zu relativieren und ihre Übertragbarkeit auf die japanische Gesellschaft anzuzweifeln, sowie das objektivistische, erfolgsunrechtsorientierte Denken der japanischen Dogmatik in *der amerikanisierten Nachkriegszeit* als zeitgemäß und «trendig» zu charakterisieren.<sup>5</sup>

Die Verhaltensnormtheorie hat *einerseits* den großen Vorzug, dass sie mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis der *Überschaubarkeit und Transparenz des Rechtsinhalts* sehr gut zusammenpasst. Die hieraus resultierende Voraussehbarkeit bzw. Berechenbarkeit des Unrechts ist das wichtigste Prinzip für die strafrechtliche Unrechtslehre *in struktureller Hinsicht*, weil erst dadurch die *generalpräventive Aufgabe des Strafrechts* ermöglicht wird. Diese Grundansicht ist denn doch dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken inhärent. Demgegenüber ist das Konzept der Rechtsregeln als erst nachträglich anzuwendende Entscheidungsnormen dem US-amerikanischen Strafrechtsdenken eigen. Danach sind die Rechtsregeln bloß Werkzeuge der Justizbeamten: Die als nachträgliche Entscheidungsnormen konzipierten Rechtsregeln sind als Verhaltensmaßstäbe für die Bürger untauglich.

Andererseits ist mit der Verhaltensnormtheorie ein gewisser *Bevormundungs- bzw. paternalistischer Charakter* verbunden, wenn sie immer an Ort und Stelle auch direkt die *Willensbildung* der Normadressaten bestimmen will. Diese Grundansicht kann, je nachdem, welcher Staat dabei vorausgesetzt wird – ein demokratischer oder aber ein autoritärer –, mit der Tendenz einer aus dem *ex-ante* Gesichtspunkt resultierenden *Unrechtserweiterung* unterschiedliche Auswirkungen, ja sogar verhängnisvolle Folgen haben. Auch die empirische Basis der Verhaltensnormtheorie ist von einer Klärung weit entfernt. Ist es nicht so, dass die *Diskrepanz zwischen dem Normbruch und seiner Sanktionierung in der Wirklichkeit* die Verhaltensnormtheorie um ihre Überzeugungskraft bringt? Diese Tendenzen schreiten heute immer mehr fort. Das Vorliegen eines mehr oder weniger großen *Dunkelfeldes* und einer weitgehenden Abhängigkeit der Normbekräftigung von der Ermessensausübung der Justizbeamten, wie dies in Japan der Fall ist, wo unter dem *Opportunitätsprinzip* (§ 248 des jap. Strafprozessgesetzes) die Strafverfolgung stark vom Ermessen des Staatsanwalts abhängt, lässt uns die Stimmigkeit der Grundthese, dass der Ver-

<sup>5</sup> Hierzu und zum Folgenden *Ida*, Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich? - dargestellt am Beispiel der Versuchsstrafbarkeit, in: Streng/Kett-Straub (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich, Tübingen 2012, 35 f.

haltensnormbruch einer Normbegründung durch die Verhängung der Strafe bedürfe, stark bezweifeln. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob das Konzept, das die Rechtsregeln als bloße erst nachträglich zum Zuge kommende Entscheidungsnormen auffasst, unsere Wirklichkeit des Strafrechts viel besser abbilde.

Daraus lässt sich sagen, dass wir hier eine *dualistische Unrechtskonzeption* benötigen, die die *beiden Komponenten des Handlungs- und des Erfolgsunrechts* miteinander verbindet. Die Verhaltensnormtheorie ist der strafrechtlichen Unrechtslehre insofern zugrunde zu legen, als sie der Überschaubarkeit und Transparenz der Rechtsinhalte und der Voraussehbarkeit bzw. Berechenbarkeit des Strafunrechts dienlich ist. Man sollte sie jedoch *nicht* als *allein konstituierendes Prinzip des Strafunrechts* ansehen. Im heutigen Strafrecht hat auch das *Vergeltungsbedürfnis* wegen der real eingetretenen schädigenden Folge eine (mit)unrechtskonstituierende Wirkung. Ein Verhaltensnormverstoß kann oft erst durch das Hinzukommen des Erfolgsunrechts zum strafwürdigen Unrecht werden. Es muss dem Erfolgsunrecht eine *straflimitierende* Funktion in diesem Sinne eingeräumt werden. Die Verdrängung jeglicher Elemente des Erfolgsunrechts aus der Unrechtslehre würde zu einer *monistischen, stark subjektivierenden und ins Uferlose gehenden Unrechtslehre* führen.

Diese Überlegungen leiten zum Thema der *Straftheorie* über. Es hat sich erwiesen, dass hinter dem Streit zwischen der Handlungsunwert- und der Erfolgsunwertlehre der *straftheoretische Gegensatz zwischen der generalpräventiven und der Vergeltungstheorie der Strafe* steckt. Hier hat sich die Einsicht, dass die Straftatlehre und die Straftheorie als *eine Einheit* aufgefasst werden müssen,<sup>6</sup> einmal mehr bewahrheitet.

<sup>6</sup> Statt vieler **Frisch**, Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel, GA 2015, 65 ff. Hierzu haben insbesondere der Aufschwung der Forschungsdisziplin Kriminologie in der Nachkriegszeit und die Forderung der kriminalpolitischen Orientierung der Strafrechtsdogmatik beigetragen. Die kriminalpolitische Wende der Strafrechtsdogmatik wurde insbesondere in Deutschland durch **Roxin** und in Japan durch **Hirano** initiiert.

#### IV. Straftheoretische Aspekte

Die objektivistische Unrechtskonzeption, die sich allein am Erfolgswert orientiert, ist nur verträglich mit der zweckfreien Vergeltungstheorie oder mit einer Art der generalpräventiven Theorie, die die Strafe zur Befriedigung des auch als ein soziales Faktum bestehenden Rachebedürfnisses verhängen will.

Demgegenüber lokalisiert die personale Unrechtslehre das Strafrecht im gesamtgesellschaftlichen Mechanismus der Verinnerlichung, Erhaltung und Stärkung von Normen und Werten unter den Bürgern, der ganz vornehmlich durch eine funktionstüchtige *Sozialisation* übernommen wird, und weist dem Strafrecht eine *die Sozialisation ergänzende und teilweise nachholende* Rolle zu. Dieses Bild des Strafrechts ist für mich überzeugend, weil es sich den anderen Sozialwissenschaften wie der Soziologie oder der Sozialpsychologie offenhält und damit einer empirischen Nach- und Überprüfung zugänglich bleibt. Dieses straftheoretische Konzept konkretisiert sich in der strafrechtlichen Unrechtslehre, die die Regeln des Strafrechts als Verhaltensnormen mit Steuerungsfunktion auffassen will.

Der Schutz der Strafrechtsnormen im Sinne einer *Sozialisationsergänzung* kann aber nicht als einziger Grund für die Bestrafung aufgefasst werden, solange heute auch dem Vergeltungserfordernis eine strafbegründende Funktion eingeräumt wird. Wie die strafrechtliche Unrechtslehre muss auch die Straftheorie *dualistisch* konzipiert werden: Der Normenschutz und die Erfolgsvergeltung sind zwei zu unterscheidende Begründungselemente der staatlichen Strafe.

Hier liegt jedoch ein *Dilemma*, dem schwer zu entkommen ist. Das Erfolgsunrecht ist *in der Straftatlehre* ein dem Handlungsunrecht hinzukommendes Element und hat damit eine straflimitierende Funktion. *In der Straftheorie*, insbesondere *bei der Strafzumessung*, hat die Erfolgskomponente demgegenüber eine ausgesprochen strafbegründende und -erhöhende

Wirkung. Aus der dualistischen Strafkonzep- tion, die die beiden Komponenten des Normen- schutzes und der Erfolgsvergeltung anerkennt, lassen sich deshalb Argumente gegen die Er- schwerung und Verschärfung der Strafe, die in der heutigen Kriminalpolitik besonders stark hervortreten, nicht gewinnen. Gegenüber den derzeitigen *punitiven Tendenzen* stellt sich erst auf der Grundlage der *monistischen* Normen- schutztheorie, nach der die Strafe als ein *öf- fentlich-rechtliches* Institut mit dem Rachebedürf- nis der Opfer, als einem privaten Interesse, nichts zu tun hat und allein zum Schutz der Geltung der Strafnormen, die in erster Linie als Verhaltensnormen zu verstehen sind, eingesetzt wird, die *treffliche Frage*, ob derzeit eine empirisch fundierte Notwendigkeit für die Verstärkung der Strafnormen überhaupt besteht und, wenn das der Fall sein sollte, eine schwerere Strafe die erwartete Wirkung ent- falten kann. Ein großer Nachteil der dualisti- schen Konzeption in der Straftheorie liegt darin, dass sie *kumulative Strafgründe* des Normenschutzes und der Erfolgsvergeltung anerkennt, so dass sie gegen eine beliebige Erweiterung und Verschärfung der Strafe keine effektiven Gegenargumente aufzuweisen hat.<sup>7</sup> Hier in diesem Dilemma sehe ich ein be- sonderes *Defizit der Theorieanstrengung* in der heutigen japanischen Strafrechtsdogmatik.

## V. Strafrechtsdogmatische Aspekte

### A. Systematische Stellung des Vorsatzes

Ein großer Vorteil der personalen Unrechts- lehre liegt darin, dass durch die Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits in den Tatbestand, in die erste Deliktsstufe, viel praktikablere Lösungen ermöglicht werden, als wenn man sie erst bei der letzten Prüfungs- stufe der Schuldbeurteilung berücksichtigt. Das war in Deutschland und auch in den an- deren Ländern ein wichtiger Umstand, der der personalen Unrechtslehre zum Durchbruch verholfen hat. Aber in Japan hat dieses syste-

matische Argument für diese Lehrmeinung wenig zu Buche geschlagen und die heute herrschende Auffassung zählt Vorsatz und Fahrlässigkeit zu wichtigen Tatbestandsmerk- malen, *ohne dass* man sich die Handlungsun- wertlehre zu eigen gemacht hat.

Es ist überhaupt ein Schlüssel zum Verständnis der japanischen Strafrechtsdogmatik, *unsere eigenartige Tatbestandskonzeption* zu begreifen.<sup>8</sup> Der Pionier der Tatbestandslehre in Japan war **Seiichiro Ono**. Er sah die Tatbestandsmäßigkeit als ein vom Gesetzlichkeitsprinzip unabhän- giges rechtstheoretisches Erfordernis an. Man benötige für die Verbrechenslehre nicht nur allgemeine Kategorien wie die Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit, sondern auch den Tat- bestand als ihre gesetzliche Konkretisierung oder Spezifizierung. Ein Verhalten müsse tat- bestandlich-rechtswidrig und tatbestand- lich-schuldhaft sein, um für strafbar erklärt werden zu können. **Ono** fasste deshalb den die erste Deliktsstufe bildenden Tatbestand als *Typus der strafbaren Handlung*, d. h. als Typus der rechtswidrigen und schuldhaften Handlung, auf. Er zählte nicht nur die objektiven, sondern auch die subjektiven (für **Ono** schuldrelevanten) Elemente wie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu Tatbestandsmerkmalen, weil auch sie der In- dividualisierung der Straftaten dienen. Die eigenständige Tatbestandslehre **Onos** wurde in der Nachkriegszeit von seinem Schüler **Dando** in dessen 1957 erschienenenes, besonders einfluss- reiches Lehrbuch übernommen. **Dando** fasste genauso wie **Ono** den Tatbestand nicht nur als einen Unrechtstypus, sondern zugleich als einen Schuldtypus auf. Denn im gesetzlichen Tatbestand im BT seien nur solche Verhaltens- weisen typisiert, die prinzipiell vorwerfbar sein können. Vorsatz und Fahrlässigkeit, die in ihren wesentlichen Eigenschaften Schuld- merkmale seien, sollen deshalb zum Tatbestand gehören und bereits in der *ersten* Deliktsstufe geprüft werden. Die Tatbestandslehre **Ono-Dan- dos** hat bis heute eine besonders mächtige Posi- tion in der japanischen Strafrechtsdogmatik

<sup>7</sup> Hierzu **Ida**, Gedanken über die Methode einer universellen Strafrechtsdogmatik, in: Safferling et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, 278.

<sup>8</sup> Vgl. zum Folgenden **Ida** (Fn. 4), 210 f.

und sie hat es so den japanischen Strafrechtlern ermöglicht, ein starkes systematisches Argument von Seiten der personalen Unrechtslehre zu entkräften.

Es erhebt sich selbstverständlich ein gewichtiges Bedenken gegen diese Tatbestandskonzeption. Sie verwechselt den Tatbestand mit dem Deliktstypus und führt zu einer undifferenzierten, «ganzheitlichen» Betrachtung der Straftat. Nach dieser Systemkonzeption sollen bereits in der ersten Prüfungsstufe – vor der Rechtfertigungsfrage – wichtige Schuld-elemente berücksichtigt werden. Damit würden *die Unrechts- und die Schuldbetrachtung vermischt*. Es ist mir unverständlich, warum diejenigen Autoren, die einerseits die personale Unrechtslehre wegen der Verwischung von Unrecht und Schuld kritisieren, andererseits diese – Unrecht und Schuld in einen Topf werfende – Tatbestandskonzeption vertreten wollen.

### B. Zum untauglichen Versuch

Die Problematik des Strafgrunds des Versuchs, insbesondere des untauglichen Versuchs stellt zweifellos das strafrechtsdogmatische Hauptschlachtfeld zwischen den beiden Lagern dar.<sup>9</sup> Die in Japan immer noch herrschende Lehrmeinung ist die *konkrete Gefährlichkeitstheorie*, d. h. die «neuere objektive Theorie», die von **Franz von Liszt** begründet worden ist und bis in die 1930er Jahre in Deutschland vorherrschend war. Auch die japanische Rechtsprechung steht dieser Position nahe.<sup>10</sup> Diese Theorie orientiert sich an einer *ex-ante-Betrachtungsweise*. Bei der Untauglichkeit des Tatmittels und des Objekts fragt sie wie die subjektive Versuchstheorie, ob der Erfolgseintritt aufgrund der Tatumstände, die der Täter sich zum Zeitpunkt der Tat vorgestellt hat, überhaupt möglich war. Dabei will die konkrete Gefährlichkeitstheorie bei den vom Täter irrtümlicherweise vorgestellten Umständen nur

diejenigen berücksichtigen, von deren Vorliegen auch ein *Durchschnittsmensch* in der Tatsituation ausgegangen wäre. Die nicht vorhandenen, aber vom Täter angenommenen Umstände, die sich ein Durchschnittsmensch nicht vorgestellt hätte, seien folglich irrelevant. Wer einen vermeintlich noch lebenden Menschen mit dem Messer zu erstechen trachtet, sei nur dann wegen Versuchs strafbar, wenn auch ein an die Stelle des Täters tretender Durchschnittsmensch das Opfer für lebend halten würde. Ihre *theoretische Fundierung* erfährt diese Lehrmeinung durch die personale Unrechtslehre, und zwar die *objektiv gefasste Verhaltensnormtheorie*: Die strafrechtlichen Verhaltensnormen orientieren sich an der Erkenntnisperspektive eines Durchschnittsmenschen, und die Erschütterung der Normgeltung, damit das Bedürfnis an der Normbekräftigung, kann erst dann angenommen werden, wenn auch ein Durchschnittsmensch in der gleichen Situation das Täterverhalten für gefährlich halten würde.

Besonders erwähnenswert ist hier, dass die konkrete Gefährlichkeitstheorie nur die äußerste Grenze, d. h. das absolute Minimum, der Versuchsstrafbarkeit markiert und keinen Prototyp des Versuchsdelikts präsentiert. In aller Regel ist der Versuch einer Straftat nicht nur normwidrig, sondern er gefährdet auch das betreffende Rechtsgut konkret und objektiv. Nach der oben befürworteten *dualistischen Unrechtskonzeption* ist auch beim Versuchsdelikt das Gefährdungselement unrechtskonstituierend; es spielt bei der Strafzumessung eine große Rolle. Die konkrete Gefährlichkeitstheorie will das alles nicht bestreiten und nur sagen, dass im äußersten Fall eine Bestrafung des Täters allein mit der Verhaltensnormwidrigkeit ohne jegliches Element des Erfolgswertes begründet werden kann. Wenn auch mit diesem Vorbehalt befürworte ich diese Theorie, aber muss zugleich gestehen, dass sie nicht ganz befriedigend ist. Unbestimmtheit und Beliebigkeit begleiten ihr Beurteilungskriterium, das auf die Perspektive eines Durchschnittsmenschen abstellt; es ist insofern verständlich, dass

<sup>9</sup> Einen guten Überblick über den Diskussionsstand gibt **Sato**, Entwicklung der japanischen Versuchsdogmatik, GA 2017, 432 ff.

<sup>10</sup> Neuerdings ganz deutlich zum Versuch des Betrugs: Urteil des Obergerichts Fukuoka vom 31.05.2017.

gegen die konkrete Gefährlichkeitstheorie der Einwand erhoben wird, sie diene nur dem Schutz eines abstrakten Sicherheitsgefühls. Auch bei den Fällen des *nomologischen Irrtums* stößt diese Theorie auf Schwierigkeiten.

Andererseits ist es der *objektiven Gefährdungstheorie*, die die Objektivisten vertreten, bis heute nicht geglückt, die auf einem *ex-post-Gefährurteil* basierenden Kriterien vorzubringen, anhand deren ein strafbarer Versuch sachgerecht von einem straflosen angemessen abgegrenzt werden kann. Sie birgt in sich die Gefahr, dass sie die Strafbarkeit wegen der versuchten Tat allzu sehr einengt oder gar unmöglich macht. Die meisten Anhänger findet heute die *stark modifizierte Version* dieser objektiven Gefährdungstheorie, die durch **Atsushi Yamaguchi** begründet worden ist.<sup>11</sup> Danach wird etwa die Tauglichkeit der Tathandlung nach den folgenden Schritten geprüft: Erstens soll der Beurteilende unter Berücksichtigung aller Tatumstände und der Sachkenntnis – *ex post* – feststellen, warum der abgezielte Erfolg nicht eintrat. Zweitens soll man sich hypothetisch vorstellen, unter welcher Bedingung der Erfolg hätte eintreten können. Drittens soll beurteilt werden, ob diese hypothetische Bedingung zur Tatzeit überhaupt hätte erfüllt werden können. Wenn dies mit guten Gründen bejaht werden kann, dann sei ein strafbarer Versuch anzunehmen.

Wenn man jedoch auf diese Weise nicht nach der Möglichkeit des Erfolgseintritts, sondern vielmehr nach der einer *fehlenden Bedingung für den Erfolgseintritt* fragt, dann wird man in kaum behebbarer Abgrenzungsschwierigkeiten geraten. Man stelle sich vor, dass die Pistole, die der Täter von seinem Anstifter ausgeliehen hatte, ungeladen war. Soll es überhaupt möglich gewesen sein, dass sie doch geladen war? Wie ist es, wenn der Anstifter die Pistole mit einer anderen verwechselt hatte? Soll das Möglichkeitsurteil davon abhängen, ob er immer un-

vorsichtig ist oder nicht? Macht es für den Täter einen Unterschied, dass der Anstifter ihm wissentlich eine ungeladene Waffe geliehen hatte? Kommt es darauf an, dass er am Anfang eine geladene Pistole leihen wollte, aber später von der Tat zurückgeschreckt war?

Zum Streit über den untauglichen Versuch lässt sich zusammenfassend sagen, dass eine endgültige Lösung noch nicht in Sicht ist. Die bisherigen Lösungsvorschläge sind sämtlich nicht völlig überzeugend. Weitere Theorieanstrengungen aus beiden Lagern sind erforderlich. Dieser Problembereich wird noch lange das wichtigste Schlachtfeld zwischen der personalen und der objektivistischen Unrechtslehre bleiben.

### C. Unterscheidung von Unrecht und Schuld

Ein weiterer wichtiger dogmatischer Streitpunkt betrifft die Unterscheidung von Unrecht und Schuld. Es wird durch die Objektivisten immer wieder vorgebracht, dass die Anerkennung der personalen Unrechtselemente eine klare Unterscheidung von Unrecht und Schuld unmöglich mache. Bemerkenswert ist hier, dass in Japan von der sehr wichtigen Grundeinsicht **Welzels** hinsichtlich dieses Punktes kaum Notiz genommen wird: Er bezog die Unterscheidung von Unrecht und Schuld auf die unterschiedlichen Substrate der *Willensverwirklichung* und der ihr vorausgehenden *Willensbildung*. Während das Rechtswidrigkeitsurteil die willentliche Handlungssteuerung des Täters, d. h. den Willensverwirklichungsprozess, zum Gegenstand habe, sei das Schuldurteil an die Antriebssteuerung des Täters, d. h. den Willensbildungsprozess, bezogen.<sup>12</sup> **Welzel** hat auf diese Weise den strukturellen Unterschied der Beurteilungsgegenstände der Rechtswidrigkeit einerseits und der Schuldhaftigkeit andererseits bewunderungswürdig klar herausgearbeitet. Nur so kann man verstehen, dass die *Schuldtheorie*,

<sup>11</sup> Yamaguchi, Studien zum Gefährdungsdelikt, 1996 (in jap. Sprache); zu seiner Auffassung siehe Sato (Fn. 9), 439 f.

<sup>12</sup> Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, 138 ff.; ders., Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 422 f.

die in Japan inzwischen zur herrschenden Lehrmeinung geworden ist, fest auf den ontologischen Befund gegründet ist; der Vorsatz, der tragende Faktor des Willensverwirklichungsprozesses, auf der einen und das Unrechtsbewusstsein, das mit der Antriebssteuerung im Willensbildungsprozess zu tun hat, auf der anderen Seite seien rechtlich verschieden einzuordnende Phänomene.<sup>13</sup>

Ich halte es für ausgesprochen unfair, dass die japanischen Objektivisten diese wichtige Einsicht der personalen Unrechtslehre ignorieren und bis heute den gleichen Einwand gegen die angebliche Verwischung von Unrecht und Schuld wiederholen.

## VI. Schluss

Ich komme zum Schluss. Man hört heutzutage oft, dass der Streit über das Verhältnis zwischen dem Erfolgs- und dem Handlungsunrecht der Vergangenheit angehöre und nicht mehr aktuell sei. Ich bin der Meinung, dass genau das Gegenteil der Fall ist, und hoffe sehr, dies in diesem kleinen Beitrag deutlich gemacht zu haben. Ich habe am Anfang meiner Ausführungen festgestellt: Nach dem Wesen des Strafunrechts fragen heißt nach der Begründung der staatlichen Strafe fragen. Es handelt sich dort um die *fundamentalste Frage des Strafrechts*. Sie stellt sich zu allen Zeiten neu. Wer sie für bereits gelöst und nicht mehr diskussionswürdig hält, irrt sich gewaltig.

Ich bin auf meinem wissenschaftlichen Werdegang von zwei großen Strafrechtlern am meisten beeinflusst worden: von **Hans Joachim Hirsch**,<sup>14</sup> getreuer Schüler von **Hans Welzel**, dem berühmten Gründer der personalen Unrechtslehre, sowie von **Ryuichi Hirano**, dem genialen Vertreter der objektivistischen Unrechtslehre in Japan. Nach meiner persönlichen Einschätzung bin ich keineswegs der orthodoxen finalistischen Theorielinie getreu gefolgt, sondern habe mich immer um eine Synthese der beiden Positionen bemüht. Wenn meine Stellungnahme zum Streit nicht so aussehen sollte, dann liegt das an der Begrenztheit meiner Fähigkeiten. Die Einsichten, die diese großen Wissenschaftler hinterlassen haben, sind auf beiden Seiten so wichtig, dass man sie nicht vergessen oder vernachlässigen darf.

13 Hierzu **Ida** (Fn. 4), 215.

14 **Seine** Hauptwerke: *Strafrechtliche Probleme*, Bd. I, Berlin 1999, und Bd. II, Berlin 2009.



# Is it right to relate the maintenance or abolition of the death penalty to the adoption of the life imprisonment without parole?

*Makoto Tadaki*

## I. Following the Executions of the Death Row Inmates from the Aum Shinrikyo Incident

On July 6, and 20 days later on July 26, 13 criminals on death row for the series of attacks carried out by Aum Shinrikyo, including its founder, Chizuo Matsumoto, also known as Shoko Asahara, were put to death. Seven criminals were executed on July 6, which was the largest number of executions carried out on a single day since the Ministry of Justice began announcing executions in 1989. The total of 13 criminals executed in a span of three weeks was the largest scale of executions carried out since the end of World War II. This case has strongly impacted not only the victims and others, who were involved, but also society as a whole. On the July 27, newspapers printed articles after the world reacted to the executions, including the following: «On the July 26, EU member nations and others made a joint statement calling for Japan to 'adopt a moratorium on executions with a view to abolishing this punishment.' The international human rights organization Amnesty International also called on Japan to push forward with talks aimed at abolishing the death penalty.» (*Shimbun*) The 28 EU member nations, as well as Iceland, Norway and Switzerland responded to the executions carried out on July 6 with a joint declaration, announcing, «We convey our heartfelt sympathy to the victims and their fa-

milies, and absolutely condemn terrorist attacks. However, we are strongly and unequivocally opposed to the use of the death penalty under all circumstances. The death penalty is cruel and inhumane and fails to act as a deterrent to crime.' They also announced, 'We will continue our active pursuit of abolishing the death penalty in Japan—a friend and like-minded country—with which we share values and principles.'» (*Shimbun*)

In Japan, too, this occasion has reignited interest regarding the death penalty. The following opinion was expressed by Professor *Makoto Ida* in *Yomiuri Shimbun* on July 27: «Now that we've reached a critical juncture with the Aum incident, the time has come to have a sensible debate with regard to the death penalty.» *Asahi Shimbun* also collected a wide range of opinions through an online survey. It appears that these developments have led intelligent people to hope that a genuine debate can now be had concerning the death penalty.

## II. Arguments for and Against Abolishing the Death Penalty

Upon reexamining public opinion regarding the death penalty, about 80 percent support the death penalty, while about 10 percent oppose it. However, under the condition that we introduce a system of life imprisonment without parole, which currently does not exist in Japan,



public opinion shifts to 52 percent against abolishing the death penalty, and 38 percent in support of it. According to these results, there seems to be among many a favorable view of replacing the death penalty with life imprisonment. (2014 Public Opinion Survey on the Basic Legal System, Cabinet Office, <https://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-houseido/2-2.html>)

As we delve into the subject of public opinion on this issue, the following arguments are made by individuals who support continuing the death penalty. First, they argue that it is the legal conviction of citizens that anyone who kills another person should have to pay with their own life. Next, the existence of the death penalty acts as a deterrent toward felonious offenses, such as murder. Finally, the death penalty is the ultimate and most effective method of protecting society from dangerous criminals. On the other hand, those who oppose the death penalty and support abolishing it claim that as long as the state forbids murder by law, it is irrational for the state itself to carry out murders, and because of this, it is not possible to allow it. In addition, the argument that the death penalty acts as a deterrent to crime has never been proven; in fact, some criminals commit murder hoping to receive the death penalty. And finally, it is not possible to rule out the possibility of a miscarriage of justice, and if such error is discovered after the fact, the punishment is irreversible.

However, it can be said that the opinions on neither side offer enough grounds for argument to fully support its legitimacy. Among advocates of the social contract theory, there are an equal number of people who are for and against the death penalty, and there is not enough meaningful data with regard to the deterrent effect against crime. In addition, although the argument about the possibility of wrongful sentencing is convincing in favor of abolishing the death penalty, the possibility of someone wrongfully convicted spending their entire life in prison, only to have it discovered after their

death that they were innocent, can be said to be equally cruel.

### **III. Life Imprisonment and Life Imprisonment Without Parole as a Replacement for the Death Penalty**

When someone is sentenced to life in prison, the current law grants the possibility of release on parole after 10 years. If you just observe this point, you might assume that no matter how cruel of a crime someone commits, they are eligible to return to society after a number of years in prison. However, out of the roughly 1'800 prisoners sentenced to life imprisonment, the number of those released on parole is in the single digits. (On a side note, the number of those who die while in prison is about 20 per year.) Furthermore, in practice (from the fact that the maximum prison sentence is 30 years), those who receive prison sentences not exceeding 30 years are not granted parole. By observing these facts, we can conclude that in our country, we are, in practice, sentencing people to life imprisonment without parole.

One may argue then, that there is no reason not to introduce a system of life imprisonment without parole as a replacement for the death penalty and that nothing bad can come of it. However, there is an unequivocal difference between life imprisonment and life imprisonment without parole. For those who are sentenced to life with a chance for parole, the possibility of release is a faint light at the end of a dark tunnel. The prisoner lives their life with the hope that one day they may return to society, and they spend each day with that faint hope. Of course, many of them fully understand that their situation is different from that of other prisoners, but they can still hold on to that light and can spend their days with that sliver of hope. The hope of those who are sentenced to life is supposedly conveyed to the prison officers that watch over them on a daily basis. Even if they believe that parole is next to impossible, the prisoner, as well as the prison officer, can live with that faint hope that offers a reason to live and lead them to work toward

rehabilitation and the eventual return to society. However, if we were to introduce a system of life imprisonment without parole, the prisoner loses all hope of one day returning to society, which in turn would sever all connections they have to society, causing unfathomable despair. How can prison officers approach such people who are guaranteed to never receive a chance to return to society? What purpose would their life have? The level of mental burden that must be carried by these prison officers is also immeasurable. They are shown to have to endure a high level of stress.

#### **IV. Can Life Imprisonment Without Parole Serve as a Viable Alternative?**

This is an idea that should be revisited, but is the punishment of losing all hope as a human being and spending your life in prison the only acceptable treatment of those who commit heinous crimes? Even for prisoners, isn't it their right as human beings to have some sliver of hope while they spend their lives in darkness? Is it acceptable to take away that right by introducing a system of life imprisonment with no parole?

Furthermore, if we introduce a system of life imprisonment without parole, those who would

receive the death penalty under the current law would instead receive life imprisonment without parole, and in the environment of public opinion that seeks heavy punishments, criminals that would, under the current law, receive life imprisonment with a chance of parole would instead receive life imprisonment without parole. For example, based on current trends in sentencing, we can assume that if someone commits a murder-robbery leaving three victims dead, they will most likely receive the death penalty. If there are two victims, there is a 66% chance that they will receive the death penalty. If there is only one victim, they will most likely receive life imprisonment with a chance of parole. Changing the system could result in the criminals in these cases receiving life imprisonment without parole, whether there are two victims or one. This trend could continue into similar cases, resulting in more life imprisonment without parole for crimes that would have previously only resulted in life imprisonment with a chance of parole.

As we debate whether or not to abolish the death penalty, the adoption of life imprisonment without parole as a replacement is something that should be approached with skepticism.



# Über die neuen Entwicklungen des Sexualstrafrechts in Japan

Shinya Fukamachi

**In der vorliegenden Abhandlung wird die Reform des japanischen Sexualstrafrechts analysiert, in der unter anderem eine Geschlechtsneutralisierung und eine Erweiterung von § 177 des japanischen StGB (Vergewaltigung) vorgenommen sowie neue Tatbestände des sexuellen Missbrauchs durch Erziehungsberechtigte eingeführt wurden. Die Beweggründe hinter dem neuen Gesetz sollen näher beleuchtet und mit dem deutschen Sexualstrafrecht verglichen werden, um klar zu machen, ob die Reform tatsächlich unentbehrlich war. Die Revision des Tatbestandes der Vergewaltigung ist grundsätzlich wünschenswert, jedoch ist gegen eine Einführung der neuen Sexualdelikte einzuwenden, dass deren Strafrahmen zu hoch und deren Rechtsgut noch unklar sind. Ausserdem behandelt dieser Beitrag den Reformvorschlag zur Bestrafung sexueller Handlungen wider den Willen des Opfers.<sup>1</sup>**

## I. Einleitung

In Japan wurden 2017 die Sexualdelikte reformiert. Sie waren bis zu diesem Zeitpunkt nahezu unverändert geblieben, obwohl das japanische Strafgesetzbuch (jStGB) bereits im

Jahr 1907 entstanden ist. Dieses «altmodische» Sexualstrafrecht wurde jedoch zunehmend kritisiert,<sup>2</sup> weshalb das japanische Justizministerium einen Ausschuss für die Reform des Sexualstrafrechts einberief, der im September 2016 eine Beschlussempfehlung für den Referentenentwurf veröffentlichte. Am 16.06.2017 wurde der Regierungsentwurf vom japanischen Parlament verabschiedet und am 13.07.2017 trat das reformierte Sexualstrafrecht in Kraft.

Das neue Gesetz enthält einen erweiterten Tatbestand der Vergewaltigung (§ 177 jStGB), gemäss dem nicht nur Frauen, sondern auch Männer Opfer der Tat sein können, und § 180 jStGB, der ein Antragserfordernis für die Verfolgung von Sexualdelikten vorsah, wurde gestrichen. Anders als im deutschen Sexualstrafrecht wurde jedoch auf die Einführung einer Bestimmung, welche sexuelle Handlungen ohne Gewalt und Bedrohung (nur gegen den Willen der Verletzten) bestraft, verzichtet. Ausserdem sieht das neue Gesetz keinen besonderen Tatbestand der sog. sexuellen Belästigung vor. Die Tendenz der Reform des japanischen Sexualstrafrechts stimmt damit

<sup>1</sup> Der Autor veröffentlichte bereits den Hauptteil dieser Abhandlung in Fukamachi, Über die Reform des Sexualstrafrechts in Japan, Ein Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, GA, 2017, 444 ff., deren Gegenstand aber die Analyse der Reformvorschläge der japanischen Regierung ist.

<sup>2</sup> In den Reformentwürfen zum japanischen Strafgesetzbuch der Jahre 1940 und 1974 wurden neue Tatbestände des Sexualstrafrechts vorgeschlagen, jedoch wurden die Entwürfe nicht in das Gesetz aufgenommen.

teilweise mit der Gesetzgebung in Deutschland überein, es gibt jedoch auch grosse Unterschiede.

Im Folgenden sollen einige Aspekte der Reform erläutert und mit dem deutschen Sexualstrafrecht verglichen werden: Zunächst werden die alten und neuen Vorschriften des jStGB detailliert dargestellt (II.), dann werden die Beweggründe hinter der Reform näher beleuchtet (III.) und schliesslich werden die weiteren angestrebten Reformen kurz umrissen (IV.).

## II. Die alten und neuen Sexualdelikte im jStGB

### A. Das alte Recht

Verglichen mit den deutschen Bestimmungen des Sexualstrafrechts sind die japanischen Tatbestände vom Wortlaut her weniger kompliziert und einfacher zu verstehen:

- Nötigung zur Unzucht, wobei sowohl Männer als auch Frauen Opfer sein können (§ 176 jStGB a.F.)
- Vergewaltigung, die nur den Beischlaf mit einer Frau umfasst (§ 177 jStGB a.F.)
- Quasi-Vergewaltigung und Quasi-Nötigung zur Unzucht (§ 178 jStGB a.F.), die in einer Lage der Widerstandslosigkeit des Opfers vorgenommen werden
- Gruppenvergewaltigung (§ 178 bis jStGB a.F.)
- Versuch (§ 179 jStGB a.F.)
- Antragsdelikt (§ 180 jStGB a.F.)
- Vergewaltigung und Nötigung zur Unzucht mit Körperverletzung oder Todesfolge (§ 181 jStGB a.F.)

### B. Das neue Recht

Das japanische Justizministerium schlug den Referentenentwurf vor, um auf die zunehmende Kritik an den Bestimmungen des Sexualstrafrechts zu reagieren. Anschliessend veröffentlichte der Ausschuss für die Reform des Sexualstrafrechts eine Beschlussempfehlung zum Entwurf. Im März 2017 wurde der Regierungsentwurf im Parlament beraten und am

16.06.2016 verabschiedet. Er enthielt folgende Neuerungen: Eine Erweiterung und Geschlechtsneutralisierung des Tatbestandes der Vergewaltigung (1.), eine Erhöhung der Mindeststrafe der Vergewaltigung (2.), die Einführung neuer Tatbestände, welche den sexuellen Missbrauch einer Person unter 18 Jahren durch ihren Erziehungsberechtigten sowie deren erfolgsqualifizierte Delikte umfassen (3.) und die Abschaffung des Antragsanfordernisses (§ 180 jStGB a.F.) (4.).

#### 1. Erweiterung und Geschlechtsneutralisierung der Vergewaltigung (§ 177 jStGB n.F.)

Im neuen Gesetz wird der erweiterte Vergewaltigungstatbestand wie folgt geregelt: Wer durch Gewalt oder Drohung eine Person nicht unter dreizehn Jahren zur Duldung des Beischlafs, Analverkehrs oder Oralverkehrs (kurz: Beischlaf u.Ä.) nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer mit einer Person unter dreizehn Jahren den Beischlaf u.Ä. vornimmt.

#### 2. Erhöhung der Mindeststrafe der Vergewaltigung (§§ 177, 178 jStGB n.F.)

Die Mindeststrafe der Vergewaltigung und der Quasi-Vergewaltigung wurde mit dem neuen Gesetz auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht.

#### 3. Neue Tatbestände des sexuellen Missbrauchs durch den Erziehungsberechtigten (§ 179 jStGB n.F.)

Das Gesetz führt den neuen Tatbestand des sexuellen Missbrauchs einer unter 18-jährigen Person sowie ein qualifiziertes Delikt wie folgt ein:

*Beischlaf durch den Erziehungsberechtigten:* Wer mit einer Person unter achtzehn Jahren dadurch Beischlaf u.Ä. vornimmt, dass er als Erziehungsberechtigter seinen Einfluss auf sie ausübt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Verursacht der Täter durch seine Handlung den Tod oder die Körperverletzung des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter sechs Jahren.

Unzüchtige Handlungen durch den Erziehungsberechtigten: Wer an einer Person unter achtzehn Jahren dadurch unzüchtige Handlungen vornimmt, dass er als Erziehungsberechtigter seinen Einfluss auf sie ausübt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Verursacht der Täter durch seine Handlung den Tod oder die Körperverletzung des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

#### 4. Abschaffung des Antragerfordernisses

§ 180 jStGB a.F., der die Tatbestände der §§ 176-178 jStGB und deren versuchte Begehung als Antragsdelikte qualifizierte, wurde gestrichen.

### III. Analyse des neuen Gesetzes

#### A. Was regelt das neue Gesetz

##### 1. Erweiterung und Geschlechtsneutralisierung der Vergewaltigung<sup>3</sup> (§ 177 jStGB n.F.)

Der Tatbestand der Vergewaltigung (§ 177 jStGB a.F.) stellte seit 1907 unverändert nur den Beischlaf mit einer Frau unter Strafe. An dieser Bestimmung wurde jedoch zunehmend kritisiert, dass ein Täter gem. § 176 jStGB a.F. weniger schwer bestraft wird, wenn er einen Mann zur Duldung des Analverkehrs nötigt. Das reformierte Gesetz umfasst sowohl eine Geschlechtsneutralisierung des Opfers, als auch eine Erweiterung des Taterfolges: Beischlaf, Analverkehr und Oralverkehr.

Der ersten Änderung ist ohne weiteres zuzustimmen. Eine geschlechtliche Neutralisierung des Sexualdelikts wäre auch mittels folgender Alternativen möglich: Zum einen könnte man nur die Höchststrafe der Nötigung zur Unzucht (§ 176 jStGB) auf diejenige der Vergewaltigung anheben, während der Tatbestand der Vergewaltigung als solcher unverändert bleibt,<sup>4</sup> zum anderen könnten, wie im dStGB, die beiden Bestimmungen der §§ 176, 177 jStGB verein-

heitlicht werden. Ähnlich wie im österreichischen StGB (öStGB) unterscheidet das neue Gesetz zwischen Vergewaltigung und Nötigung zur Unzucht, während es gleichzeitig den Tatbestand der Vergewaltigung geschlechtlich neutralisiert.

Die zweite Änderung muss näher beleuchtet werden, da es nicht plausibel erscheint, dass nur das Einführen eines männlichen Glieds in die Scheide, in den Anus oder in den Mund als Vergewaltigung qualifiziert wird. Gegen diese Vorschrift wird argumentiert, dass, wie nach der in Deutschland herrschenden Meinung,<sup>5</sup> im Hinblick auf die Intensität des Eingriffs in den Körper auch die Penetration der Scheide oder des Anus mit einem Finger, einer Zunge oder einem Gegenstand erfasst werden müsse.<sup>6</sup> Meines Erachtens ist dieser Ansicht jedoch entgegenzuhalten, dass es nicht verständlich ist, warum das Einführen eines Messers in den Mund nicht als Vergewaltigung betrachtet wird, obwohl die Schwere des Eingriffs offensichtlich ist. Ob eine Vergewaltigung vorliegt beruht auf der Intensität des «sexuellen»<sup>7</sup> Eingriffs, weshalb man auch auf den objektiven Sexualbezug der Tat<sup>8</sup> abstellen muss, den das Einführen des männlichen Gliedes ohne Zweifel hat.<sup>9</sup> Im Ergebnis ist daher auch der zweiten Änderung zuzustimmen.

<sup>5</sup> Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB Band 3, § – 80-184j, 3. Aufl., München 2017, § 177 N 67.

<sup>6</sup> Ida, Bemerkungen zu den Änderungen der Sexualdelikte, Keio-Hogaku 2/2015, 43 ff., 48. Diese Auffassung vertritt auch die österreichische Rechtsprechung bei der Auslegung der «dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung» (§ 201 öStGB) (vgl. 13 Os 15/95 (Einführung des Fingers in die Scheide der Verletzten); 13 Os 191/95 (Einführung des Fingers in den Anus der Verletzten)).

<sup>7</sup> Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 2015, 851 ff., 862.

<sup>8</sup> Auch in Österreich ist nicht nur die Intensität des Eingriffs, sondern auch die Ähnlichkeit der Handlung mit einem Geschlechtsverkehr massgeblich. Vgl. Philipp, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Wien 2012, Vor § 201 N 23.

<sup>9</sup> Vgl. Schwaighofer, Vergewaltigung durch Einführen eines Fingers in die Scheide, JBl 1992, 729 ff., 730 f.

<sup>3</sup> Der alte Titel des § 177 jStGB war «Notzucht», neu wird die Norm als «Nötigung zum Beischlaf u.Ä.» bezeichnet.

<sup>4</sup> Das schweizerische StGB (sStGB) hat diesen Weg gewählt (siehe Art. 189, 190 sStGB).

## 2. Neue Tatbestände des sexuellen Missbrauchs durch den Erziehungsberechtigten (§ 179 jStGB n.F.)

Das neue Gesetz führt neue Bestimmungen über sexuellen Missbrauch ein, nach denen der Beischlaf zwischen einem Elternteil und einem Kind gegen dessen Willen (ohne Gewalt und Drohung) ebenso schwer wie die Vergewaltigung (§ 177 jStGB n.F.) oder die Quasi-Vergewaltigung (§ 178 Abs. 2 jStGB n.F.) bestraft wird.<sup>10</sup> Dies wird mit der schwerwiegenden Verletzung der sexuellen Freiheit des Opfers, welche die unter langfristigen körperlichem und/oder psychischem Missbrauch vorgenommenen sexuellen Handlungen darstellen, begründet.<sup>11</sup> Indessen ist noch unklar, warum diese Straftat mit der Vergewaltigung oder Nötigung zur Unzucht (§ 176 jStGB) gleichzustellen ist.<sup>12</sup> Im Folgenden soll die Struktur der neuen Tatbestände analysiert und anschliessend deren einzelne Voraussetzungen detailliert dargestellt werden.

### a. Struktur der Tatbestände

Der Wortlaut der Vorschrift lautet: Wer mit einer Person unter achtzehn Jahren dadurch den Beischlaf u.Ä. (oder sexuelle Handlungen) vornimmt, dass er als Erziehungsberechtigter seinen Einfluss auf sie ausübt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren (oder von sechs Monaten bis zu zehn Jahren) bestraft.

Um den hohen Strafrahmen (der denen der Vergewaltigung und der Nötigung zur Unzucht entspricht!) zu rechtfertigen, kann nur «der Erziehungsberechtigte» Tatsubjekt sein. Dadurch wird auch der Kern des Unrechts in diesen Tatbeständen abgegrenzt.

### b. Voraussetzungen

Der Auffassung des Ausschusses nach setzt «der Erziehungsberechtigte» ein mit der Eltern-Kind

Beziehung gleichzustellendes andauerndes Verhältnis voraus.<sup>13</sup> Im Unterschied zu den Sexualdelikten gegen Jugendlichen unter Ausnutzung der Stellung des Täters in den deutschsprachigen Ländern<sup>14</sup> scheiden Erziehungs-, Ausbildungs- und Arbeitsverhältnisse als Tatbestandsmerkmale aus. Diese Eingrenzung basiert auf der Auffassung, dass nur die Ausnutzung der (mit dem Eltern-Kind-Verhältnis gleichzustellenden) hohen Abhängigkeit eine ausreichend grosse unterdrückende Auswirkungen auf den Willen des Opfers haben kann.<sup>15</sup> Allerdings werden in der Bestimmung keine konkreten Beispiele der Verhältnisse aufgezählt – man soll einzelfallabhängig einschätzen, ob die Voraussetzung erfüllt ist – deswegen ist der Tatbestand konturlos.<sup>16</sup>

Wenn einmal die Voraussetzung des «Erziehungsberechtigten» erfüllt ist, nimmt er grundsätzlich als solcher Einfluss auf das Opfer, um den Beischlaf (oder die unzüchtigen Handlungen) vorzunehmen, es sei denn, dass er ohne Ausübung seiner Autorität – z.B. in der Dunkelheit, ohne das Opfer wissen zu lassen, dass er dessen Vater ist<sup>17</sup> – mit ihm sexuelle Handlungen vornimmt.<sup>18</sup> Das Einverständnis des Opfers ist rechtlich völlig unbeachtlich.

Im Ergebnis ähnelt diese Bestimmung dem § 174 I Nr. 3 dStGB<sup>19</sup>, der jede sexuelle Handlung für strafbar erklärt, ohne dass es auf eine Ausnutzung der Abhängigkeit des Opfers ankommt.<sup>20</sup>

<sup>10</sup> Die erste Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts, 7.

<sup>11</sup> Die dritte Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts, 9.

<sup>12</sup> Honjyo, Die Reformierung der Sexualdelikte, Horitsu-Jihou 88, 5 (2016), 103.

<sup>13</sup> Die dritte Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts, 3.

<sup>14</sup> Vgl. § 174 dStGB, § 212 öStGB und Art. 188 sStGB.

<sup>15</sup> Vgl. Fukamachi, Über die sexuellen Delikte gegen Kinder, in: Gedächtnisschrift für Noriyuki Nishida, 2017, 339.

<sup>16</sup> Diese Kritik wurde bereits von der Rechtsanwältin Keiko Miyata in der fünften Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts angebracht.

<sup>17</sup> Die fünfte Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts, 8.

<sup>18</sup> Die siebte Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts, 3.

<sup>19</sup> Auch gem. der Auslegung des § 174 I Nr. 3 dStGB ist es erforderlich, dass das Opfer weiss, dass es vom Täter abstammt. Vgl. Renzowski, MüKo (Fn. 5), § 174 N 34.

<sup>20</sup> Fukamachi (Fn 15), 340.

### c. Rechtsgut und Strafraumen

Höchst fragwürdig ist, dass der Strafraumen des sexuellen Missbrauchs durch den Erziehungsberechtigten dem der Vergewaltigung (Freiheitsstrafe von fünf bis zwanzig Jahre!) entspricht. In den deutschsprachigen Ländern stehen die Mindest- und Höchststrafe des Missbrauchs von Schutzbefohlenen unter achtzehn Jahren auf einer niedrigeren Ebene<sup>21</sup> als die der Vergewaltigung oder des sexuellen Missbrauchs von Kindern: Die Höchststrafe ist im Hinblick auf den schwersten Fall – z.B. einen langfristigen sexuellen Missbrauch durch die Eltern – vorgesehen. Im Vergleich zu einer solchen Rechtslage ist die Höchststrafe für den sexuellen Missbrauch durch den Erziehungsberechtigten unverhältnismässig schwer. Gleiches gilt für die Mindeststrafe.

Der Gesetzentwurf versucht nur den Fall der mit der Vergewaltigung gleichzustellenden schwerwiegenden Verletzung der sexuellen Freiheit des Opfers, das anscheinend mit den sexuellen Handlungen einverstanden ist, aber das normativ kein Recht auf seine sexuelle Selbstbestimmung ausüben kann, zu erfassen.<sup>22</sup> Indessen ist dieser Versuch nicht gelungen. Nach dem Vorschlag des Gesetzentwurfs wird der Kern des Unrechts nur mit dem Tatbestandsmerkmal «Erziehungsberechtigter» umschrieben. Durch diese Darstellung ähnelt dieses Verbrechen jedoch der Blutschande.<sup>23</sup>

Um diese Schwierigkeit bewältigen zu können, muss über das Rechtsgut dieser Vorschrift nachgedacht werden. Der Gesetzentwurf erwähnt nur die sexuelle Freiheit des Opfers, das erklärt jedoch nicht, warum nur die Erziehungsberechtigten zum Täterkreis gehören. Meines

Erachtens liegt der Grund darin, dass die neuen Tatbestände des sexuellen Missbrauchs auch die gesunde sexuelle Entwicklung des Opfers unter achtzehn Jahren als Rechtsgut schützen, für die ausschliesslich die Erziehungsberechtigten verantwortlich sind.<sup>24</sup> Zugleich kann diese Auffassung begründen, dass der Strafraumen dieser Vorschrift so hoch ist.

## B. Was regelt das neue Gesetz nicht

### 1. Keine Abschaffung der Gewalt und Drohung als Tatmodalität

#### a. Ausgangspunkt der Diskussion

Bislang wurde den Bestimmungen der Vergewaltigung (§ 177 jStGB a.F.) oder der Nötigung zur Unzucht (§ 176 jStGB) heftig vorgeworfen, dass deren Tatmodalitäten nur auf Gewalt und Drohung begrenzt sind.<sup>25</sup> Auch im Bericht des Kabinettsbüros über Gewalt gegen Frauen wurde behauptet, dass sexuelle Handlungen gegen den Willen des Opfers auch ohne Gewalt oder Drohung als Vergewaltigung (oder Nötigung zur Unzucht) anzusehen sind, insofern Sexualdelikte als Verletzung der sexuellen Freiheit verstanden werden.<sup>26</sup> Das neue Gesetz verzichtet jedoch nicht auf solche Tatmodalitäten.

Der Diskussionslage in Japan steht jene in Deutschland gegenüber, wo sexuelle Handlungen gegen den Willen des Opfers als eigenes Sexualdelikt unter Strafe gestellt werden (§ 177 I dStGB). Zwar hat Japan das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention) nicht ratifiziert, weshalb ihm keine völkerrechtliche Pflicht zur Einführung einer entsprechenden Regelung zu-

<sup>21</sup> § 174 I dStGB (Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren); § 212 I öStGB (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe); Art. 188 I sStGB (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe).

<sup>22</sup> Die dritte Besprechung des Ausschusses für die Reform des Sexualstrafrechts, 18.

<sup>23</sup> Bei § 173 dStGB (Beischlaf zwischen Verwandten) droht nur eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe. In Japan gibt es nicht einmal eine entsprechende Bestimmung.

<sup>24</sup> Fukamachi, Strafrechtliche Regelungen über den sexuellen Missbrauch gegen Kinder in der Familie, Rikkyo-Hogaku 97 (2018), 104 f.

<sup>25</sup> Vgl. Shimaoka, Rechtsgut der Sexualdelikte und Kritik am Reformentwurf zum Strafgesetzbuch, Keio-Hogaku 2/2017, 19 ff., 30 f.

<sup>26</sup> Der besondere Ausschuss über Gewalt gegen Frauen, Problemen und Pläne zur Bekämpfung der «Gewalt gegen Frauen», 2012, 9.

kommt,<sup>27</sup> aber in Österreich, dem eine solche Pflicht auferlegt wurde, hat die Regierung nicht wegen der Obliegenheit durch das Übereinkommen, sondern zur «über den von der Konvention vorgegebenen Mindeststandard hinausgehenden Umsetzung von Artikel 36 der Europaratskonvention»<sup>28</sup> eine neue Vorschrift (§ 205 a öStGB<sup>29</sup>) vorgeschlagen. Daher muss näher analysiert werden, ob eine solche Bestimmung auch in Japan benötigt wird, um die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers ausreichend zu schützen.

### b. Analyse der Diskussionslage in Deutschland

In Deutschland wurde die Reform des § 177 dStGB vorgeschlagen, da dem durch den BGH beschränkten Anwendungsbereich des § 177 dStGB a.F. zufolge viele Fälle straffrei bleiben, die offensichtlich strafwürdig sind. Als Strafbarkeitslücken des § 177 dStGB a.F. kann man benennen<sup>30</sup>:

1. Ein Finalzusammenhang ist erforderlich;
2. § 177 dStGB a.F. erfasst nur die Drohung mit Körperverletzung oder Tötung;

<sup>27</sup> Art. 36 I der Istanbul Konvention lautet wie folgt:

«1 Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen, um sicherzustellen, dass folgendes vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird:

- a) nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand;
- b) sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person;
- c) Veranlassung einer Person zur Durchführung nicht einverständlicher sexuell bestimmter Handlungen mit einer dritten Person.»

<sup>28</sup> EBRV 689 BgINR XXV GP, 33.

<sup>29</sup> § 205 a öStGB lautet:

«(1) Wer mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine Person auf die im Abs. 1 beschriebene Weise zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu veranlasst, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unfreiwillig an sich selbst vorzunehmen.»

<sup>30</sup> Hörnle, Die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB – ein kritischer Blick, KriPoZ 2016, 19 ff., 21.

3. § 177 I Nr. 3 dStGB a.F. verlangt nach h. M. eine objektiv schutzlose Lage;
4. Das Ausnutzen eines Überraschungsmoments ist nicht unter § 177 dStGB zu subsumieren.

In der Auslegung des § 177 dStGB a.F. herrschte die Meinung<sup>31</sup>, dass es an einem Finalzusammenhang fehlt, wenn sich der Täter nach Gewaltanwendung oder Bedrohung zu sexuellen Handlungen entschliesst. Dieser Auffassung nach ist § 177 I dStGB a.F. noch nicht erfüllt, wenn der Täter die Gewalt anwendet, nicht um den Widerstand des Opfers zu beugen, sondern um seine sexuelle Lust zu steigern.

Um die Strafbarkeitslücken (2) und (3) zu erläutern, ist der sog. «Arbeitsagentur-Fall» anschaulich. Dem Urteil des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte war als Angestellter der Bundesagentur für Arbeit als Fallmanager im Bereich Stellenvermittlung für die unter 25-jährigen Arbeitssuchenden zuständig. Er betreute die zum Urteilszeitpunkt 27-jährige Frau W, die sehr sensibel und wenig durchsetzungsfähig war. Der Angeklagte bestellte sie in sein Büro. Er fragte sie, ob sie einen Freund habe und machte ihr Komplimente. Der Angeklagte war sexuell erregt und forderte sie auf, «komm, lass uns küssen». In der Hoffnung, dann gehen zu können, wehrte sich sie nicht, als er ihr einen Zungenkuss gab. Der Angeklagte fragte nun aber, «ob sie es ihm mit dem Mund machen würde». Obwohl sie die Frage verneinte, entblösste er sein erigiertes Geschlechtsteil und führte es ihr, ohne dass sie Widerstand leistete, in den Mund. Der Angeklagte zog nach kurzer Zeit seinen Penis aus ihrem Mund, stellte sich hinter sie und befriedigte sich selbst.<sup>32</sup>

Das LG Siegen verneinte eine sexuelle Nötigung/Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1 und 2 dStGB a.F., weil der Angeklagte weder Gewalt ange-

<sup>31</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014, § 177 N 6.

<sup>32</sup> BGH: Exhibitionistische Handlung, NSTz 2015, 337 f., 337.



wendet habe, noch mit Gefahr für Leib oder Leben gedroht habe, noch habe sich Frau W in einer schutzlosen Lage befunden. Der BGH hob das Urteil auf, weil das LG auch keine exhibitionistische Handlung des Täters (– 183 dStGB) angenommen hatte. Beide Instanzen bestätigten, dass der Angeklagte nicht nach § 177 dStGB a.F. strafbar ist.

Früher machte sich nicht strafbar, wer den sexuellen Übergriff so überraschend vornahm, dass das Opfer darauf nicht reagieren konnte.<sup>33</sup> Nach dem bisherigen Recht wurde der Täter nicht bestraft, selbst wenn er, ohne seine sexuellen Absichten zuvor zu erkennen zu geben, plötzlich und mit Gewalt das Geschlechtsteil des Opfers berührt, weil es an einer Willensbeugung (Nötigung) fehlt.<sup>34</sup> Ausserdem war auch § 179 dStGB a.F. nicht erfüllt.

### c. Analyse der Diskussionslage in Japan

Anders als in Deutschland sind die oben beschriebenen vier Konstellationen in Japan grundsätzlich strafbar. Nach der Rechtsprechung<sup>35</sup> und der h.M.<sup>36</sup> sind weder die Überwindung des entgegenstehenden Willens des Opfers mit Gewalt oder Drohung noch ein Finalzusammenhang erforderlich. Der Täter wird nach §§ 176, 177 jStGB bestraft, wenn er in der konkreten Tatsituation (Alter und Geschlecht des Opfers, Zeit und Umgebung der Tat u.a.)<sup>37</sup> mit Gewalt oder Drohung den Widerstand des Opfers erschwert. Ausserdem ist der Anwendungsbereich des § 178 jStGB (Quasi-Vergewaltigung oder Quasi-Nötigung zur Unzucht) viel umfangreicher als derjenige von § 179 dStGB a.F. Nach dieser Auffassung macht sich wegen Quasi-Vergewaltigung (§ 178 Abs. 2 jStGB) oder Quasi-Nötigung zur Unzucht (§ 178 Abs. 1 jStGB) strafbar, wer nach einer Gewaltanwendung

oder einer Bedrohung sexuellen Handlungen mit dem oder am Opfer vornimmt, das wegen der Auswirkung der Gewalt oder Drohung in einer Lage ist, in welcher der Widerstand psychisch erschwert ist. Der Täter wird wegen Vergewaltigung (§ 177 jStGB) bestraft, wenn er zur Luststeigerung Gewalt gegen das Opfer anwendet und den Beischlaf vornimmt, weil ein Finalzusammenhang völlig entbehrlich ist.

Im Gegensatz zu § 177 I dStGB a.F. (§ 177 V n.F.) lassen § 177 jStGB (Vergewaltigung) und § 176 jStGB (Nötigung zur Unzucht) auch eine Drohung *ohne* gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben als Tatmittel zu. Deswegen wird der Täter nach § 177 jStGB bestraft, wenn er dem Opfer nur mit einer zukünftigen Entlassung droht, um den Beischlaf vorzunehmen.<sup>38</sup>

Anders als § 177 Abs. 1 Nr. 3 dStGB a.F. (§ 177 V Nr. 3 n.F.) schreiben §§ 176 und 177 jStGB keine Erweiterung der Tathandlung, also keine Ausnutzung einer hilflosen Lage, vor. Nach der Rechtsprechung und der h.M. in Japan werden jedoch Gewalt oder Drohung nicht in einer restriktiven, sondern in einer umfassenden Weise ausgelegt. Ausserdem wird der Täter nach § 178 jStGB bestraft, wenn er ohne Gewalt und Drohung zum Beischlaf eine Lage lediglich ausnutzt, in der der Widerstand des Opfers körperlich oder psychisch erschwert ist. Der «Arbeitsagentur-Fall» wäre in Japan daher möglicherweise nach § 176 oder § 178 Abs. 1 jStGB strafbar.

Schliesslich ist die Ausnutzung des Überraschungsmoments nach der japanischen Rechtsprechung<sup>39</sup> wenigstens unter § 176 jStGB (Nötigung zur Unzucht) subsumierbar. Deswegen macht sich der Täter nach § 176 jStGB strafbar, wenn er plötzlich die Hand in die Hose des Opfers steckt und dessen Geschlechtsteil berührt.

<sup>33</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 31), § 177 N 10.

<sup>34</sup> Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht, NJW 2016, 3553 ff., 3555.

<sup>35</sup> Urteil des OGH vom 10.5.1949, Keisyū 3, 6, 711.

<sup>36</sup> Nishida et al., Kommentar zum japanischen StGB, Tokyo 2016, 619 f.

<sup>37</sup> Beschluss des OGH vom 6.6.1958, Syūkei 126, 171.

<sup>38</sup> Fukamachi, Der Grad der Gewalt oder Drohung in den Sexualdelikten, Hougaku-Kyoshitsu, Nr. 427 (2016), 37.

<sup>39</sup> Urteil des früheren OGH vom 1.12.1925, Keisyū, 4, 743.

## 2. Kein Interesse an der sexuellen Belästigung?

Die sexuelle Belästigung, die bereits in Art. 198 sStGB und § 218 öStGB normiert ist, wurde in Deutschland nach dem 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches<sup>40</sup> als § 184 i dStGB eingeführt. Diese Entwicklung spiegelte sich nicht in der Reform des japanischen Sexualstrafrechts wieder, in deren Verlauf keine Diskussion zur sexuellen Belästigung ergangen ist. Wie lässt sich dieser Unterschied begründen?

Als Anwendungsbereich der sexuellen Belästigung kommt eine Berührung der Brust oder des Gesässes in Betracht, die im Hinblick auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht *nicht* von einiger Erheblichkeit ist.<sup>41</sup> Diese Handlungen sind weder unter § 177 Abs. 1 dStGB a.F. (sexuelle Nötigung) noch unter § 177 Abs. 2 Nr. 3 dStGB n.F. (sexueller Übergriff) zu subsumieren. Nach dem bisherigen Recht waren sie straffrei. Hingegen ist dieselbe Körperberührung nach § 176 jStGB (Nötigung zur Unzucht)<sup>42</sup> strafbar, weil der Begriff der «Unzucht» viel umfassender ist als derjenige der «sexuellen Handlungen» (§ 184 h Nr.1 dStGB).<sup>43</sup> In Japan gibt es also auch in den Fällen der sexuellen Belästigung eine kleinere Strafbarkeitslücke<sup>44</sup> als in deutschsprachigen Ländern.

## IV. Weitere Reform des Sexualstrafrechts?

### A. Die praktische und symbolische Bedeutung der Abschaffung der Gewalt und Drohung als Tatmodalität

Wie bereits skizziert, scheint die Abschaffung der Gewalt und Drohung als Voraussetzung der §§ 176, 177 jStGB mindestens in der Praxis nicht

erforderlich zu sein, dennoch wurde die Tatmodalität nach der Reform noch stärker kritisiert. Dies insbesondere, nachdem das LG Nagoya am 26.03.2019 einen Täter freigesprochen hat, der seine 19-jährige Tochter – deswegen konnte er nicht nach § 179 jStGB bestraft werden – sexuell missbrauchte, mit der Erklärung, dass ihre Widerstandslosigkeit – die Voraussetzung der Quasi-Vergewaltigung (§ 178 Abs. 2 jStGB) – nicht hinreichend bewiesen wurde. In solchen Fällen, in denen das über 18-jährige Opfer nur in einem Klima der Gewalt – ohne konkrete Gewalt und Drohung – von den Eltern zu sexuellen Handlungen gezwungen wird, hat die Abschaffung der Tatmodalität eine praktische Bedeutung.

Ausserdem ist die symbolische Wirkung zu berücksichtigen, welche die Streichung der Gewalt und Bedrohung mit sich bringt. An der Tatmodalität wird schon seit langer Zeit kritisiert, dass sie den Verletzten eine «Abwehrlaufpflicht gegen den Täter» auferlegt, unter der Prämisse, dass sich Frauen vor sexuellen Handlungen schützen sollen, wenn sie sie vermeiden wollen (sog. Vergewaltigungsmythos). Mit der Abschaffung der Gewalt und Drohung als Tatmodalität wird klargestellt, dass das Opfer keine solche Pflicht trifft.

### B. Neuer Tatbestand ohne Tatmodalität der Gewalt und Drohung?

#### 1. Strafraumen des neuen Tatbestandes

Die Kritiker verlangen zwar die Abschaffung der oben beschriebenen Tatmodalität, jedoch ist noch unklar, welcher Tatbestand ihrer Auffassung nach eingeführt werden soll: Einige von ihnen<sup>45</sup> wollen nur die Streichung der Tatbestandsmerkmale Gewalt und Drohung im § 177 jStGB n.F. mit der Folge, dass dessen Strafraumen unverändert bleibt. Mir erscheint dies jedoch fragwürdig, weil der Strafraumen der Norm, eine Freiheitsstrafe von nicht unter 5 Jahren, für sexuelle Handlungen nur wider den Willen der Verletzten zu hoch ist. Deutschland und Österreich führten die Vorschrift des

<sup>40</sup> BGBl. I 2016, 2460 ff., 2460.

<sup>41</sup> Sexuelle Handlungen sind nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind (§ 184 h Nr. 1 dStGB).

<sup>42</sup> Ausserdem ist eine solche Berührung, die an öffentlichen Orten (z. B. im Zug) vorgenommen wird, nach kommunalen Verordnungen strafbar (das heisst auf japanisch «Chikan»).

<sup>43</sup> Wie bereits festgestellt, ist auch die Ausnutzung des Überraschungsmoments unter § 176 jStGB subsumierbar.

<sup>44</sup> Es könnte sein, dass dieselbe Strafvorschrift wie Art. 198 sStGB eingeführt wird, wenn nicht nur Körperberührungen, sondern auch verbale sexuelle Belästigungen unter Strafe gestellt werden sollen.

<sup>45</sup> Vgl. Shimaoka (Fn. 25), 34.

sexuellen Übergriffs ein, dessen Strafraumen jedoch niedriger als derjenige der sexuellen Nötigung ist. In Ergebnis ist dem zuzustimmen.

## 2. Irrtum des Opfers

In Japan, ähnlich wie in der Schweiz,<sup>46</sup> tauchten in der Praxis einige Fällen auf, in denen ein Opfer aufgrund eines Irrtums sexuelle Handlungen durch den Täter duldet. Es stellt sich daher die Frage, welche Irrtümer eine Strafbarkeit nach der Quasi-Vergewaltigung (§ 178 Abs. 2 jStGB) oder Quasi-Nötigung zur Unzucht (§ 178 Abs. 1 jStGB) nicht ausschliessen. Die japanische Rechtsprechung subsumierte mehrmals Fallkonstellationen, in denen das Opfer über die medizinische oder therapeutische Notwendigkeit getäuscht wurde, unter § 178 jStGB, da die Widerstandslosigkeit der Verletzten so weit ausgelegt wird, dass sowohl eine physische als auch eine psychische Widerstandsunfähigkeit erfasst werden können.

Interessanter ist die Problematik des sog. «Stealthings». Als Stealthing wird eine Form des Missbrauchs bezeichnet, bei der ein Sexualpartner vor oder während des Geschlechtsverkehrs sein Kondom heimlich – ohne Einwilligung des anderen Partners – entfernt. Die japanische Rechtsprechung hatte keinen solchen Fall zu beurteilen, so dass es noch unklar ist, ob dieser Irrtum eine Widerstandslosigkeit des Opfers (§ 178 jStGB) begründen kann. Meines Erachtens ist es zweifelhaft, ob der Täter für eine Quasi-Vergewaltigung bestraft wird, da der Strafraumen des § 178 Abs. 2 jStGB n.F. zu hoch ist (der gleiche Strafraumen wie § 177 jStGB, also Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren!).

<sup>46</sup> Scheidegger, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Bern 2018, 242 ff.

Mit der Einführung des neuen Tatbestandes, der sexuellen Handlungen wider den Willen der Verletzten strafbar macht, taucht das schwer zu lösende Problem auf, ob auch Stealthing unter diese Bestimmung fällt. In Deutschland ist diese Problematik nach der Reform des Sexualstrafrechts höchst umstritten.<sup>47</sup> In Japan nimmt die Thematik noch keine grosse Rolle ein<sup>48</sup>, es ist jedoch davon auszugehen, dass sie in der Zukunft heftig diskutiert wird.

## V. Zum Schluss

Die Reform der Sexualdelikte im jStGB scheint zurückhaltend und es sind nur kleine Fortschritte zum erwünschten Schutz der sexuellen Freiheit gemacht worden, so dass das neue Gesetz noch kritisiert wird. Jedoch ist sie die erste und grösste Reformierung im Sexualstrafrecht seit 1907, die sowohl in der Praxis als auch im Schrifttum eine grosse Bedeutung hat. Wir müssen die Folgen des reformierten Gesetzes untersuchen und eine weitere Reform vorschlagen, wenn sie notwendig ist.

Diese Abhandlung ist Herrn Professor **Christian Schwarzenegger** gewidmet. Ich habe im Jahr 2016 als Gastwissenschaftler an seinem Institut studiert und mich mit ihm über viele Themen ausgetauscht. Es freut mich sehr, dass ich mit dem Beitrag sein 60. Jubiläum feiern darf.

<sup>47</sup> Z.B. Hoffmann, Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des – 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016, Ein Kurzbeitrag zur strafrechtlichen Einordnung des sogenannten «Stealthings», NSTZ 2019, 16 ff.

<sup>48</sup> Z.B. Kawaguchi, Von der Vergewaltigung nach der sexuellen Nötigung ohne Einwilligung, Hosei-Kenkyu 85, 3-4(2019), 518 f.





# Gesetzesumgehung im japanischen Sexualstrafrecht?

Marvin Stark

## Veraltete Gesetze und aktuelle Herausforderungen

**Art. 175 des japanischen Strafgesetzbuches vom 24. April 1907 (刑法, *keihō*; jStGB) erklärt den Vertrieb, Verkauf und das Bereitstellen von obszönem Material für strafbar. Trotzdem werden in Japan je nach Quelle jährlich zwischen 13'000 und 20'000 pornografische Filme produziert.<sup>1</sup> Auch die Prostitution ist in Japan ein massives, etabliertes Gewerbe, das vom Grossteil der Bevölkerung und der Polizei als Lebensatsache akzeptiert wird.<sup>2</sup> Doch auch diese ist gemäss Art. 3 des Gesetzes zur Prävention der Prostitution vom 24. Mai 1956 (売春防止法, *baishun bōshi hō*; PPrävG) verboten. Ziel dieses Beitrages ist es, der Frage nachzugehen, wie die Erklärung dieser Phänomene mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip zu würdigen ist und ob sie allenfalls in einer Gesetzesumgehung gründet.**

<sup>1</sup> Vgl. Wong/Yau, The Japanese Adult Video Industry, Abingdon-on-Thames u.a. 2018, 206; vgl. auch Japan Today vom 13.09.2012 <https://japantoday.com/category/features/japan-sees-surge-in-aspiring-adult-film-actresses-6000-said-to-debut-each-year>, [31.07.2019].

<sup>2</sup> Salzberg, The Japanese Response to AIDS, in: Boston University International Law Journal, Volume 9, Boston 1991, 243 ff., 258; vgl. auch Aoyama, The sex industry in Japan: The danger of invisibility, in: McLelland/Mackie (Hrsg.), Routledge Handbook of Sexuality Studies in East Asia, Abingdon-on-Thames u.a. 2015, 281 ff., 282; Hotz, Selbstbestimmung im Vertragsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, Rechtliche und kulturelle (Schweiz, Deutschland, Japan) sowie theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie, Bern 2017, 306.

### I. Grundsätzliches

Da das japanische Strafrecht bei seiner Entstehung vom europäischen Strafrecht beeinflusst wurde, wird es wie in vielen europäischen Staaten von Feuerbachs Formel «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» getragen. Demnach darf es weder eine Straftat noch eine daran anknüpfende Strafe geben, solange dies nicht vor Tatausübung in einer genügend bestimmten gesetzlichen Regelung verankert worden ist. Zum Gehalt des Grundsatzes gehört u.a. auch das Verbot der Auslegung durch Analogieschluss. Der Gesetzeswortlaut darf demnach nicht derart ausgedehnt werden, dass eine Bestrafung des Täters in ähnlichen, aber ursprünglich nicht von der möglichen Wortbedeutung umfassten Bereichen möglich ist.<sup>3</sup> Daraus folgt, dass Strafbestimmungen grundsätzlich so formuliert werden müssen, dass ihr Adressat sein Verhalten danach richten kann. Von Zeit zu Zeit kann es aber in Strafgesetzen zu Lücken kommen zwischen dem Wortlaut einer Norm und deren Sinn und Zweck. Wird diese Lücke vom Adressaten in einer Art und Weise ausgenutzt, die zur Straflosigkeit führt,

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen Tadaki, Faktische Gesetzgebung durch «freie» richterliche Auslegung von Strafgesetzen, in: Duttge/Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, Tübingen 2017, 15 ff.; Yamanaka, Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, Berlin u.a. 2012, 253.

spricht man von einer Gesetzesumgehung.<sup>4</sup> Eine solche Lücke könnte höchstens durch einen Analogieschluss geschlossen werden, dieser ist im Strafrecht aber mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip verboten. Somit muss die Straflosigkeit hingenommen werden, bis der zuständige Gesetzgeber die Lücke geschlossen hat.<sup>5</sup> Im Gegensatz zur europäischen Auffassung zeichnet sich die japanische Gerichtspraxis dadurch aus, dass der Wortlaut der existierenden Strafbestimmungen sehr weit ausgelegt wird, anstatt dass Strafbarkeitslücken vom Gesetzgeber durch neue Tatbestände geschlossen werden.<sup>6</sup> Ob es sich bei dieser extensiven Auslegung von Straftatbeständen um eine durch das Gesetzlichkeitsprinzip verbotene Auslegung durch Analogieschluss handelt, ist indes umstritten. Während ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, dass eine bewegliche Auslegung im Hinblick auf nicht vorhersehbare gesellschaftliche Veränderungen gerade nötig sei, zweifelt der andere Teil der Lehre an einer Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip.<sup>7</sup>

## II. Pornografie

### A. Gesetzliche Regelung

Nach dem 1907 erlassenen Art. 175 jStGB wird mit Gefängnis, mit Arbeitspflicht von nicht mehr als zwei Jahren, einer Geldstrafe von nicht mehr als 2.5 Millionen Yen oder einer Busse bestraft, wer obszöne Dokumente, Zeichnungen oder andere Objekte vertreibt, verkauft oder öffentlich zur Schau stellt. Dasselbe gilt für Personen, welche solches Material mit der Absicht besitzen, es zu verkaufen. Weil das jStGB keine Definition für den Begriff der Obszönitäten kennt, wird in der japanischen Lehre über dessen Umfang gestritten. Die herrschende Lehre vertritt die Meinung, dass

digitale Pornografie nicht darunter falle, da es bei Verabschiedung des Artikels im Jahre 1907 noch keine digitalen Medien gab und der Gesetzgeber somit eine Strafbarkeit für solche Sachverhalte nicht voraussehen konnte.<sup>8</sup> Der Oberste Gerichtshof Japans ist dagegen der Auffassung, dass auch die digitale Pornografie vom Begriff der Obszönitäten umfasst sei.<sup>9</sup> Dies entspricht der genannten Praxis der weiten Auslegung der Gesetzesartikel durch die japanischen Gerichte. Als «obszön» zu verstehen sind nach der japanischen Rechtsprechung jegliche Objekte, welche aufgrund ihrer stark triebhaften Beschaffenheit das Schamgefühl eines Durchschnittsbürgers und damit auch die guten Sitten verletzen.<sup>10</sup>

### B. Faktizität

Um den heutigen Umgang Japans mit Pornografie besser zu verstehen, ist vor allem der Geschichte auf den Grund zu gehen. Als schintoistisch geprägtes Land war die Sexualität in Japan nie negativ konnotiert, wie dies im Christentum der Fall ist. Die Sexualität wurde nicht als etwas Schmutziges angesehen. So gab es viele künstlerische Darstellungen mit sexuellen Inhalten und die überspitzte Abbildung von Sexualorganen war keine Seltenheit. Auch Nacktheit war kein Tabu; öffentliche gemischtgeschlechtliche Bäder, in welchen nackt gebadet wurde, waren selbstverständlich. All dies begann sich zu ändern, als Japan gegenüber dem Westen geöffnet wurde. Plötzlich wurde das vorher Alltägliche von Westlern als primitiv und obszön beschimpft. Um in der internationalen Staatengemeinschaft von seiner stereotypisierten Rolle als primitiver Staat wegzukommen und stattdessen als moderne und zivilisierte Nation dazustehen, übernahm Japan westliche Standards in vielen gesellschaftlichen Bereichen. So wurden die Bäder nach Geschlech-

<sup>4</sup> Zur Definition siehe statt vieler Schröder, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, Berlin 2013, 31 f.

<sup>5</sup> BGE 126 IV 5 E. 2d; 116 IV 134 E. 2a; Donatsch/Tag, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich u. a. 2013, 33 f.

<sup>6</sup> Saheki/Griebeler, § 12 Einführung in das japanische materielle Strafrecht, in: Kaspar/Schön (Hrsg.), Einführung in das japanische Recht, Baden-Baden 2018, 131 ff., 137; Tadaki (Fn. 3), 16 ff.; Yamana (Fn. 3), 253 f.

<sup>7</sup> Saheki/Griebeler (Fn. 6), 137 f.; Tadaki (Fn. 3), 20 ff. m. w. H.

<sup>8</sup> Takato, Cybercrimes in Japan: Recent cases, legislations, problems and perspectives, Tōkyō 2003, 16.

<sup>9</sup> Oberster Gerichtshof Japans vom 16.07.2001, 1999 (A) 1221.

<sup>10</sup> Kuzuhara, Aktuelle Entwicklungen im japanischen Sexualstrafrecht: Einführung eines Rachepornographieggesetzes, in: Duttge/Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, Tübingen 2017, 101 ff., 103.

tern getrennt und erste Gesetze erlassen, welche für die öffentliche Moral schädliche Objekte verboten.<sup>11</sup> Der Begriff «Obszönität», das Verbot des öffentlichen Zugänglichmachens und des Verkaufs obszöner Darstellungen fanden 1880 in Art. 259 ihren Weg ins japanische Strafgesetzbuch. 1907 wurde das revidierte jStGB mit dem erwähnten Art. 175 erlassen.<sup>12</sup>

Als die Video-Pornografie aufkam, war zunächst unklar, welche filmischen Darstellungen unter die Obszönitätsnorm fallen. Daher gründeten einige Pornografie-Filmunternehmen 1972 den sog. *nihon bideo rinri kyōkai* (日本ビデオ倫理協会; Japan Video-Ethik Verein), abgekürzt Biderin genannt, welcher die gedrehten Videos vor ihrer Veröffentlichung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Obszönitäts-Artikel überprüfen sollte. Der Verein basierte auf rein freiwilliger Basis und wollte verhindern, dass der Staat den Filmemachern zuvorkommt und die Produktion ihrer Videos verbietet. Aufgrund fehlender staatlicher Autorität war es Biderin aber nicht möglich, rechtlich gegen Filmemacher vorzugehen, welche sich nicht an die von ihnen aufgestellten Regeln hielten. Um trotzdem das Bild zu erzeugen, dass es sich bei ihrer Organisation um eine staatlich anerkannte oder gar eine staatliche Behörde handle, zog sie ehemalige Polizeioffiziere bei, welche sie bei ihrer Kontrolle der Videos unterstützten. Dadurch entstand eine quasi-staatliche Agentur der grössten Pornografie-Studios, welche durch ihr Handeln faktisch neue Unternehmen der Branche vom Markt verdrängte – *in facto* also als Kartell agierte. Biderin trug lange dazu bei, dass sich die Pornografie-Studios an die von ihm geschaffenen Kriterien hielten oder ihre Filme zur Kontrolle übergaben mit der Überzeugung, so vor einer Strafverfolgung geschützt

zu sein.<sup>13</sup> Beim Screening des Video-Materials war Biderin bei der Auslegung des Art. 175 jStGB sehr streng.<sup>14</sup> Nach der Auffassung von Biderin musste in pornografischen Darstellungen der gesamte Genitalbereich beider Geschlechter verschwommen dargestellt werden, was dazu führte, dass in vielen japanischen Pornofilmen der 80er Jahre der gesamte untere Bereich der Darsteller unkenntlich gemacht wurde.<sup>15</sup> Mit der Zeit waren viele Pornografie-Unternehmen zunehmend unzufrieden mit den strengen, von Biderin aufgestellten Kriterien.<sup>16</sup> Daher schlossen sich 1996 einige Indie-Filmemacher zusammen und gründeten einen eigenen Verein zum Screening von pornografischen Medien, den sog. *media rinri kyōkai* (メディア倫理協会, Medien-Ethik Verein), abgekürzt Medirin. Da auch viele andere pornografische Filmstudios genug hatten von Biderins überholter Screening-Praxis, ging ein Grossteil zu Medirin über und liess diesen ihre Videos überprüfen. Die Machtlosigkeit Biderins gegenüber gleichartigen Vereinen wurde damit bestätigt. In der Folge wurden weitere ähnliche Vereine gegründet. Diese lockerten zunehmend die Kriterien zur Veröffentlichung pornografischer Medien, indem sie kleinere und schmalere Mosaik über die Geschlechtsteile der DarstellerInnen anbrachten.<sup>17</sup> Aufgrund dieses Wandels fühlte sich Biderin unter Druck gesetzt, weshalb er ab 2006 die Darstellung von Ani und Schambehaarung ebenfalls zulies und die Mosaik

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen Allison, Permitted & Prohibited Desires, Boulder 1996, 163 m.w.H.; siehe auch Wong/Yau (Fn. 1), 58.

<sup>12</sup> Ward Beer, Freedom of Expression in Japan: A Study in Comparative Law, Politics and Society, Tōkyō u.a. 1984, 336, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 57.

<sup>13</sup> Vgl. zum Ganzen Adachi, アダルトな人びと (*adaruto na hitobito*), Tōkyō 1995, 288 f., zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 58 ff.; Wong/Yau (Fn. 1), 186; Yasuda/M. Amamiya, エロの敵 今、アダルトメディアに起こりつつあること (*ero no teki: ima, adaruto media ni okori tsutsuaru koto*), Tōkyō 2006, 98 f., zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 60.

<sup>14</sup> Adachi (Fn. 13), 288, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 187; Motohashi, あの一斉逮捕から4年! 「ビデオ倫」事件のその後 (*ano issei taiho kara yonnen! «Biderin» jiken no sonogo*), in: 創 (*tsukuru*), combined Issue of 5 and 6, Tōkyō 2012, 122 ff., 123, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 187.

<sup>15</sup> Wong/Yau (Fn. 1), 187.

<sup>16</sup> Motohashi (Fn. 14), 123, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 187; Yasuda/Amamiya (Fn. 13), 100, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 187.

<sup>17</sup> Vgl. zum Ganzen T. Fujiki, アダルトビデオ革命史 (*adarutobideo kakumeishi*), Tōkyō 2009, 210, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 187; H. Sonoda/H. Dai, エロスと「わいせつ」のあいだ 表現と規制の戦後攻防史 (*erosu to «waisetsu» no aida hyōgen to kisei no sengo kōbōshi*), Tōkyō 2016, 105, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 187.

verschmälerte.<sup>18</sup> Paradoxerweise wurde Biderin genau dies zum Verhängnis. Am 29. August 2007 führte die Tokioter Polizei völlig unerwartet eine Razzia bei Biderin und einiger Mitglieder durch und beschlagnahmte zahlreiche Videos. Am 1. März 2008 wurden schliesslich fünf Personen verhaftet. Dies löste sowohl in der japanischen Pornografie-Industrie als auch der gesamten japanischen Gesellschaft grosses Aufsehen aus, denn aufgrund der jahrelangen, marktbeherrschenden Stellung Biderins und dem Stillschweigen der Behörden hatte keiner damit gerechnet.<sup>19</sup> Als der Fall vor das Tokioter Obergericht kam, wurde klar, dass der Grund für die Verhaftung die plötzliche Milderung der Screening-Kriterien war. In der Anklageschrift wurde vorgebracht, dass Biderin durch die Lockerung der Kriterien seine eigenen kommerziellen Interessen vor die Vereinsinteressen gestellt und somit seine Rolle als «Hüter der Moral» unterminiert hatte. Biderin bestritt dies und brachte vor, dass sich die moralischen Ansichten gegenüber Pornografie in der Gesellschaft verändert hätten und sie sich durch die neuen Kriterien dieser Änderung angepasst hätten.<sup>20</sup> Nichtsdestotrotz waren die Richter des Tokioter Obergerichts anderer Meinung und brachten vor, Biderin habe es versäumt, seine Rolle gesetzsgemäss wahrzunehmen. Nach Weiterzug ans Tokioter Appellationsgericht, welches das Urteil bestätigte, wurden die fünf Angeklagten zu Bussen von je ¥ 500'000 verurteilt.<sup>21</sup> Wichtiger aber war, dass das Urteil den langjährig, marktdominierenden Verein Biderin zu Fall brachte. Das daraufhin entstandene Chaos auf dem Pornografie-Markt Japans führte dazu, dass ehemalige Biderin-Mitglieder im Juni 2008 eine neue Assoziation bildeten. Diese fusionierte im Dezember 2010 mit der zwischenzeitlich in Contents Soft Association (CSA) umbenannten Medirin in die *eizō rinri kikō* (映像倫理機構, Video-Ethik Orga-

nisation), abgekürzt Eizōrin.<sup>22</sup> Die bis heute tätige Eizōrin hat noch immer mit grossen Unsicherheiten zu kämpfen. Daher versucht auch sie eine staatliche Anerkennung zu bewirken. Da die japanische Verfassung jedoch die Meinungsäusserungsfreiheit gewährleistet, käme die Ausführung der Medienkontrolle durch eine staatliche bzw. staatlich-anerkannte Behörde einer verfassungswidrigen Zensur gleich.<sup>23</sup> Daher bleibt Eizōrin nichts anderes übrig, als in Zukunft seine Praxis wie bisher weiterzuführen. Um den vom Tokioter Obergericht kritisierten Interessenkonflikt zu beseitigen, besteht die Organisation nun nicht mehr aus den Pornografie-Filmemachern selbst, sondern aus neutralen Drittpersonen. Auch der Einbezug von ehemaligen Polizeioffizieren wurde eingestellt. Stattdessen besteht das Gremium nun aus einer Vielzahl Experten aus verschiedenen Bereichen; u.a. aus einem Anwalt, einem Kommunikations- und einem Soziologie-Dozenten.<sup>24</sup>

### C. Würdigung

Aus der Umschreibung der Obszönitäten ergibt sich, dass es Sinn und Zweck von Art. 175 jStGB ist, die öffentliche Sittlichkeit zu wahren. Nimmt man die Schweiz als Vergleich, so kennt auch diese eine Strafbestimmung gegen Pornografie (Art. 197 StGB). Im Gegensatz zu Japan beschränkt sich das Pornografie-Verbot in Art. 197 Abs. 3 und 4 StGB aber auf eine bestimmte Art der Pornografie (sog. harte Pornografie). *Ratio legis* für dieses Verbot ist einerseits der Schutz der potentiellen «Darsteller» vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung und andererseits der Gedanke, dass der Konsum solcher Pornografie beim Verbraucher die Bereitschaft erhöhen könnte, die dargestellten Hand-

<sup>18</sup> Sonoda/Dai (Fn. 17), 106, zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 189.

<sup>19</sup> Wong/Yau (Fn. 1), 189 f.

<sup>20</sup> Sonoda/Dai (Fn. 17), 105 ff., zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 190 f.

<sup>21</sup> Sonoda/Dai (Fn. 17), 103, 111 f., zitiert nach Wong/Yau (Fn. 1), 191.

<sup>22</sup> Vgl. zum Ganzen Wong/Yau (Fn. 1), 191 f.

<sup>23</sup> Wong/Yau (Fn. 1), 193 f.

<sup>24</sup> Wong/Yau (Fn. 1), 195.



lungen selbst vorzunehmen.<sup>25</sup> Auch in der Schweiz war aber bis zur Gesamtrevision des Sexualstrafrechts im Jahr 1992 Zweck der Pornografie-Strafnorm die Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit, wobei vom Bundesgericht insbesondere auch auf die christliche Ethik Bezug genommen wurde.<sup>26</sup> Heutzutage gilt dagegen, dass es in einem modernen Staat nicht die Aufgabe des Strafrechts ist, die Rolle der Sittenpolizei zu übernehmen. Vielmehr muss gerade mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot und der Rolle des Strafrechts als *ultima ratio* aus einer Norm klar erkennbar sein, welches Rechtsgut sie schützt.<sup>27</sup> An dieser Mangelhaftigkeit leidet Art. 175 jStGB noch heute. Sinn und Zweck der Norm sind sehr unklar und vor langer Zeit unter Einfluss westlichen Drucks entstanden. Ob nun ein kleines Mosaik die Geschlechtsteile der Darsteller verbirgt oder nicht, macht meines Erachtens keinen Unterschied im Hinblick auf das ohnehin sehr unbestimmte Rechtsgut der öffentlichen Moral. Nicht die detaillierte Darstellung von Geschlechtsteilen führt zu den befürchteten Nachteilen bei den Pornografie Konsumenten, sondern, falls überhaupt, die Szenerie als Ganzes. So ist etwa die Darstellung simulierter sexueller Gewalt selbst mit Verpixelung grundsätzlich moralisch fragwürdig. Es scheint, als würden sich die japanischen Pornografie-Studios mit viel Einfallsreichtum und stetiger Lockerung der selbst aufgestellten Regeln mehr und mehr von einer veralteten Strafbestimmung entfremden. Ob von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden kann, bleibt unklar, insbesondere mit Blick auf die japanische Gerichtspraxis, in der eine weite Auslegung des Wortlauts üblich ist. Sicherlich ist die Norm mit

vielen Unsicherheiten verbunden, weshalb eine Revision im Sinne einer Einschränkung des Verbots auf harte Pornografie die Lage für alle Beteiligten vereinfachen würde. Der japanische Gesetzgeber sieht aber nicht tatenlos zu. Erste Schritte in Richtung einer Definition verbotener Pornografie wurden unternommen: 1999 wurde das Gesetz zum Schutz des Kindes, zur Verfolgung entgeltlichen sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie von Kinderpornografie erlassen, welches den Umfang der Strafbarkeit im Gegensatz zu Art. 175 jStGB erheblich erweitert. Darin ist die Kinderpornografie genau definiert, auch bereits Nacktfotos fallen darunter.<sup>28</sup> 2014 wurde zudem das sog. Rachepornografiegesetz erlassen, welches als zusätzliches Rechtsgut die Ehre eines unfreiwilligen «Darstellers» schützt und eine engere Definition der Pornografie kennt, welche auch Nacktfotos umfasst.<sup>29</sup> Es bleibt nun abzuwarten, wie sich die Pornografie-Gesetze Japans in Zukunft entwickeln werden und ob eine ähnliche Entwicklung wie in der Schweiz zu beobachten sein wird.

### III. Prostitution

#### A. Gesetzliche Regelung

Japan kennt zwei Gesetze, welche sich die Regelung der Prostitution zur Aufgabe gemacht haben: Das Gesetz zur Prävention der Prostitution von 1956 (PPrävG) und das Gesetz von 1948 über die Regulierung von Geschäften, welche die «öffentliche Moral» und die Korrektheit des Unterhaltungsgewerbes betreffen (風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律, *fūzoku eigyō tō no kisei oyobi gyōmu no tekiseika tō ni kansuru hōritsu*; GRegG). Der Zweckartikel Art. 1 PPrävG klärt darüber auf, dass durch das Verhindern der Prostitutions-Förderung die Menschenwürde, die sexuelle Moral und die Gesellschaft geschützt werden sollen. Art. 2 PPrävG enthält eine gesetzliche Definition der Prostitution. Als solche gilt der Geschlechtsverkehr mit einer beliebigen bzw. fremden Person gegen Entgelt oder gegen das Versprechen

<sup>25</sup> BGE 124 IV 106 E. 3c; 128 IV 25 E. 3a; Isenring/Kessler, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 197 N 8; Trechsel/Bertossa, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich u.a. 2018, Art. 197 N 2; Weissenberger, Strafwürdiger Besitz von Kinderpornografie?, Zu den geplanten Gesetzesrevision im Bereich der harten Pornografie, in: AJP 1998, 311 ff., 313; ders., Revisionsentwurf zur harten Pornografie: In dubio contra libertate, in: ZBJV 1999, 159 ff., 161 f.

<sup>26</sup> BGE 117 IV 276 E. 3b; 114 IV 23 E. 3b; 100 IV 233 E. 2; 89 IV 195 E. 2; 87 IV 73 E. 5; 83 IV 19 E. 6.

<sup>27</sup> Isenring/Kessler, BSK StGB II (Fn. 25), Art. 197 N 6.

<sup>28</sup> Kuzuhara (Fn. 10), 104, 106 Fn. 14.

<sup>29</sup> Kuzuhara (Fn. 10), 103, 105 f.

eines Entgeltes. Unter den Begriff Geschlechtsverkehr fällt hierbei bloss der Koitus (Vereinigung der geschlechtlichen Organe).<sup>30</sup> Nach Art. 3 PPrävG ist die Prostitution sowohl für die Prostituierte als auch den Freier verboten. Die Gesetzesmarginale spricht dabei unverkennbar und entgegen dem Titel des Gesetzes von einem Verbot der Prostitution (売春禁止, *baishun kinshi*). Die Norm droht bei Verstoss jedoch keine Strafe an, ist also nicht strafrechtlicher Natur.<sup>31</sup> Grund dafür ist, dass das Gesetz auf die Bestrafung Dritter ausgelegt ist, welche von der Prostitution profitieren und nicht die Prostituierten selbst bestrafen soll.<sup>32</sup> So zählt einzig der unter dem Titel «Strafbestimmungen» stehende zweite Abschnitt des Gesetzes die unter Strafe gestellten Verhaltensweisen auf. Darunter fallen die Anwerbung zur Prostitution (Art. 5 Abs. 1 PPrävG), die Vermittlung zur Prostitution (Art. 6 Abs. 1 PPrävG), das Erwirken der Prostitution durch äusseren Druck oder Ähnlichem (Art. 7 PPrävG), die vertragliche Verpflichtung zur Prostitution (Art. 10 Abs. 1 PPrävG) sowie die Verpflichtung zum Betrieb eines Prostitutionsgewerbes (Art. 12 PPrävG).

Das GRegG reguliert und kontrolliert zusammen mit dem PPrävG die Sexindustrie. Zweck des Gesetzes ist die Wahrung der guten Moral, das Schaffen einer hygienischen Umwelt sowie der Jugendschutz (Art. 1 GRegG). Neben diversen anderen Formen der Unterhaltungsbranche kennt das Gesetz eine Reihe von legalen sexuellen Dienstleistungen, u.a. die sog. «*fashion health*-Einrichtungen», *soaplands* und *love hotels*.<sup>33</sup> Das Gesetz unterstellt Unternehmen, welche eine solche Einrichtung eröffnen möchten, einer lokalen Bewilligungspflicht (Art. 3 f. und 9 GRegG). Zur Erteilung einer solchen

Bewilligung muss das Unternehmen insbesondere die Bestimmungen des PPrävG oder des Gesetzes zum Schutz des Kindes und zur Verfolgung entgeltlichen sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie von Kinderpornografie beachten (Art. 4-2 GRegG). Ausserdem regelt das Gesetz die wichtigsten Grundbedingungen, wie etwa Abstandsvorschriften zu Schulen (Art. 28 Abs. 2 GRegG), die Öffnungszeiten der Einrichtungen (Art. 52 GRegG) und die Werbung für die Beschäftigung (Art. 53 GRegG).

## B. Faktizität

Wie auch bei der Gesetzgebung zur Pornografie, hat die lange Geschichte der Prostitution Einfluss auf die heutige Faktenlage. Bis ins 19. Jahrhundert waren Prostituierte zugelassen und arbeiteten häufig als vertraglich angestellte Bedienstete.<sup>34</sup> Zwar gab es bereits in der Edo-Zeit (1603-1868) Gesetze zur Prostitution, diese blieben jedoch weitgehend unbeachtet. In der Meiji-Zeit (1868-1912) gab es eine Verordnung, welche die Prostitution hätte verbieten sollen. Auch diese blieb aber unwirksam.<sup>35</sup> Als Japan nach dem Zweiten Weltkrieg von Amerika besetzt wurde, herrschten miserable Zustände. Vergewaltigungen japanischer Frauen durch die amerikanischen Besatzungstruppen stellten ein andauerndes Problem dar.<sup>36</sup> Aus diesem Grund wurde 1945 die sog. «Recreation and Amusement Association» gegründet, welche zum Ziel hatte, Prostituierte für die amerikanischen Soldaten bereitzustellen, um so andere Frauen vor sexueller Gewalt zu schützen.<sup>37</sup> Dies führte jedoch zur Verbreitung diverser Geschlechtskrankheiten.<sup>38</sup> Sowohl den Ameri-

<sup>30</sup> Hotz, Wider die öffentliche Ordnung und die guten Sitten – Eine Annäherung an die japanische Generalklausel aus europäischer Perspektive, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 13 (25), Köln 2008, 105 ff., 118 Fn. 39; Sanders, Indentured Servitude and the Abolition of Prostitution in Postwar Japan, Cambridge 2006, 41.

<sup>31</sup> Hotz (Fn. 30), 121.

<sup>32</sup> Aoyama (Fn. 2), 282.

<sup>33</sup> Hotz (Fn. 2), 302; West, Law in Everyday Japan: Sex, Sumo, Suicide, and Statutes, Chicago 2005, 166 f.

<sup>34</sup> Ramseyer, Odd Markets in Japanese History, Law and Economic Growth, Cambridge u.a. 1996, 109 ff. m.w.H.

<sup>35</sup> Hotz (Fn. 2), 299.

<sup>36</sup> Tanaka, Japan's Comfort Women, Sexual Slavery and Prostitution during World War II and the US Occupation, London u.a. 2002, 110 ff. m.w.H.; vgl. auch Koikari, Rethinking Gender and Power in the US Occupation of Japan, 1945-1952, in: Gender and History, Band 11 (2), Oxford u.a. 1999, 313 ff., 320 m.w.H.

<sup>37</sup> Hotz (Fn. 2), 299 Fn. 1277; Mackie/Tanji, Militarised sexualities in East Asia, in: McLelland/Mackie (Hrsg.), Routledge Handbook of Sexuality Studies in East Asia, Abingdon-on-Thames u.a. 2015, 60 ff., 63; Koikari (Fn. 36), 320 f.; Tanaka (Fn. 36), 141 ff. m.w.H.

<sup>38</sup> Sanders (Fn. 30), 27; Tanaka (Fn. 36), 155 ff.; Koikari (Fn. 36), 321 f. je m.w.H.; vgl. auch Hotz (Fn. 30), 118.

kanern als auch den Japanern war klar, dass eine Veränderung nötig war. 1946 verlangte **MacArthur**, Oberbefehlshaber über die Besatzungstruppen, die Einführung eines Prostitutions-Präventionsgesetzes. 1948 forderte das Hauptquartier der Besatzungsmacht gar ein institutionelles Verbot der Prostitution.<sup>39</sup> Im Gegensatz zur Gesetzgebung zur Pornografie standen hinter den Gesetzesvorschlägen jedoch weniger ethische Überlegungen. Vielmehr sollte das Gesetz die zunehmende Verbreitung von Geschlechtskrankheiten verhindern.<sup>40</sup> Nichtsdestotrotz brachten die Amerikaner auch vor, dass eine lizenzierte Prostitution nicht mit den Idealen einer modernen Demokratie und den Entwicklungen der individuellen Freiheit vereinbar sei.<sup>41</sup> Die Prostitution zu verbieten stand aber eigentlich nie in Frage. An der Weiterführung derselben hatten die amerikanischen Soldaten nämlich eigene Interessen. Die Japaner befürworteten das Gesetz, um zu verhindern, dass sich die Amerikaner an japanischen Frauen vergehen.<sup>42</sup> So kam es 1958 zur Einführung des noch heute geltenden PPrävG und zum Ende der lizenzierten Prostitution. Nach der Einführung des Gesetzes wurde die nun verbotene Prostitution schnell zum Monopol der Yakuza, der japanischen Mafia, welche die Prostitution unter dem Deckmantel neuer Bezeichnungen weiterführte.<sup>43</sup> Durch die laufende Revision des GRegG und dessen Ergänzung mit den neuen Formen der Unterhaltungsindustrie wurde dem entgegengewirkt.<sup>44</sup> Die Prostitutionsdefinition in Art. 2 PPrävG hat bis heute aber zu einigen einfallsreichen Ausprägungen deren Ausübung geführt. Der enge

Wortlaut von Art. 2 PPrävG zieht vor allem zwei Folgen nach sich: Die erste betrifft die Art der Sexualpraktik. Da das Gesetz bloss das Anbieten des Koitus gegen Entgelt als Prostitution definiert, wird das Anbieten aller anderen Sexualpraktiken nicht erfasst. Diese werden dementsprechend offen gegen Entgelt angeboten.<sup>45</sup> Die zweite Folge betrifft den Freier. Dieser muss nach der gesetzlichen Definition eine fremde Person sein. Eine private Vereinbarung zwischen zwei miteinander bereits bekannten Personen fällt somit nicht unter das PPrävG und ist aus diesem Grunde nicht unrechtmässig.<sup>46</sup>

Gehen wir nun einigen der im GRegG genannten Einrichtungen der japanischen Sexindustrie und deren Vereinbarkeit mit dem PPrävG auf den Grund. Einführend muss hierzu festgestellt werden: Bereits die Tatsache, dass das GRegG verschiedene legale sexuelle Dienstleistungen aufzählt, ist ein Anzeichen dafür, dass der japanische Gesetzgeber gar nie die Absicht hatte, das Sexgewerbe einzudämmen. Vielmehr wollte er sich die Möglichkeit offenlassen, das Gesetz an die aktuellen Formen der Unterhaltungsbranche anzupassen.<sup>47</sup> Die angesprochenen «*fashion health*-Einrichtungen» sind Massagesalons, welche ihr Angebot auf Sexualpraktiken beschränken, welche mit dem PPrävG vereinbar sind.<sup>48</sup> Denkbare Arten erlaubter käuflicher Dienste sind der Oral-, Anal-, Mammal- und Schenkelverkehr oder die manuelle Stimulation der Geschlechtsteile. Die *soaplands* sind Badehäuser, welche das Prostitutionsverbot gleich durch beide Lücken der Prostitutionsdefinition umgehen. An der Theke dieser Einrichtung bezahlt der Kunde für das Benutzen der Badeeinrichtungen und die Körperpflege durch eine Dame. Beim «Einseifen» findet dann zugleich eine Genitalmassage statt,

39 Hotz (Fn. 30), 117 f.; dies. (Fn. 2), 298 f.

40 Hotz (Fn. 30), 118; Koikari (Fn. 36), 321 f. m.w.H.; Sanders (Fn. 30), 27 m.w.H.

41 SCAP Records, Memorandum for Imperial Japanese Government, Enclosure 3, Nr. 9321, Summary Report: VD Control, 1945/10–1949/12, zitiert nach Koikari (Fn. 36), 322 Fn. 34.

42 The Labor Ministry, Women's and Minors' Bureau, 風紀についての世論 (*fūki ni tsuite no seron*) (Opinions on Public Morality), conducted by the National Public Opinion Survey Center in 1953, zitiert nach Koikari (Fn. 36), 327 Fn. 54; vgl. auch Hotz (Fn. 2), 229 Fn. 1277.

43 Downer, *Geisha: The secret history of a vanishing world*, London 2000, 172.

44 Vgl. Hotz (Fn. 2), 302 f.

45 Vgl. Hotz (Fn. 2), 301, 303; Sanders (Fn. 30), 41.

46 Hotz (Fn. 2), 300 m.w.H. auf Bayley, *Forces of Order, Policing Modern Japan*, 2. Aufl., Berkeley u.a. 1991, 107 ff.

47 Hotz (Fn. 2), 302 f.

48 Vgl. Chaplin, *Japanese Love Hotels: A cultural history*, Abingdon-on-Thames u.a. 2007, 163 f.; vgl. auch West (Fn. 33), 167.

welche bekanntlich nicht unter eine Sexualpraktik fällt, welche das PPrävG verbietet.<sup>49</sup> Darüber hinaus wurde aber ein Ausweg entdeckt, um den Koitus gegen Entgelt anzubieten. Vollziehen die im soapland angestellte Frau und ihr Kunde den Beischlaf, verstösst das Badehaus nicht gegen Art. 3 PPrävG, da seine Dienstleistung einzig in der Zurverfügungstellung der Badeeinrichtung und einer Pflegedame besteht. Der Kunde kann die Frau aber zusätzlich für den Koitus bezahlen. Sie haben sich bei Gelegenheit des Badens kennengelernt und treffen eine persönliche Vereinbarung über Geschlechtsverkehr gegen Entgelt, was die Formulierung des Prostitutionsbegriffs von Art. 2 PPrävG zulässt.<sup>50</sup> Schliesslich werden *love hotels* (gewöhnliche Stundenhotels, die von japanischen Paaren für den Liebesakt genutzt werden) für entgeltliche Sexualpraktiken beansprucht,<sup>51</sup> wobei nicht ignoriert werden darf, dass es auch Prostituierte gibt, die darin in illegaler Weise Koitus gegen Entgelt anbieten und mit ihren Freiern vollziehen.<sup>52</sup> Erfahrungsgemäss sind sich die Beteiligten der japanischen Sexindustrie zumal in der Annahme weitgehend einig, dass sie die Polizei kaum strafrechtlich verfolgen wird, wenn sie den Koitus gegen Entgelt anbieten; denn der Beweis, dass mit den genannten Techniken das PPrävG verletzt wird, ist nahezu unmöglich. Der Polizei wird es kaum gelingen, nachzuweisen, welche Art des Geschlechtsverkehrs die beteiligten Personen vollzogen haben und ob sie sich bereits kannten. Zudem könnte von einer Anklage mit der Behauptung ausgewichen werden, die Angestellte der Einrichtung und der Kunde hätten sich an

Ort und Stelle ineinander verliebt und einvernehmlichen Sex gehabt.<sup>53</sup>

### C. Würdigung

Fraglich ist bereits, ob es je das Ziel des PPrävG war, die Prostitution zu verbieten. Vielmehr entstand dieses Gesetz durch Einfluss der amerikanischen Besatzungsmacht und dem damaligen Problem der sich verbreitenden Geschlechtskrankheiten. Nichtsdestotrotz hält sich das japanische Sexgewerbe peinlich genau an den Wortlaut des PPrävG. Die gemeinsame *ratio legis* der beiden Gesetze ist die Wahrung der öffentlichen Moral. Trotzdem verbietet das eine Gesetz die Prostitution und das andere reguliert die sehr wohl existierende Sexindustrie. Da die – die beiden Gesetze zusammenhaltende – Definition der Prostitution sehr eng gefasst ist, entsteht eine Lücke zwischen Wortlaut sowie Sinn und Zweck der auf dieser Definition beruhenden Strafbestimmungen. Was den Art. 3 PPrävG anbelangt, so ist bereits fragwürdig, wozu die Norm überhaupt dient, insbesondere weil die sich im Gesetz befindenden Strafbestimmungen weitgehend vergleichbar sind mit dem in der Schweiz geltenden Art. 195 StGB. Rechtsgut dieses Artikels ist indessen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten,<sup>54</sup> also ein ganz anderes als dem PPrävG und dem GRegG zugrunde liegt. Geht man von der Existenz eines Konstrukts wie einer öffentlichen oder «guten» Moral aus, eignet sich ein Verbot der Prostitution, um jene zu wahren. Wird der Begriff jedoch derart eng ausgelegt, wie dies im PPrävG der Fall ist, und entwickelt sich ein Prostitutionsmarkt, welcher mit allen Mitteln versucht, Lücken im Begriff zu entdecken, muss von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden. Entsprechend nannte **Nakayama** das Gesetz anlässlich seines

<sup>49</sup> Hotz (Fn. 2), 260.

<sup>50</sup> Vgl. West (Fn. 33), 166 Fn. 51.

<sup>51</sup> Hotz (Fn. 2), 260; West (Fn. 33), 148 ff., 152 f.

<sup>52</sup> West (Fn. 33), 153 f.

<sup>53</sup> Vgl. zum Ganzen Hotz (Fn. 2), 300; Kaname/Mizushima, 風俗嬢意識調査-126人の職業意識 (*fūzokujō ishiki chōsa – 126-nin no shokugyō ishiki*), Tōkyō 2005, 195, zitiert nach Aoyama (Fn. 2), 283; Mizushima, 日本の売春政策とセックスワーカーの現状: フェミニズムの視点から (*nihon no baishunseisaku to sekkusuwākā no genjō: feminizumu no shiten kara*), in: 女性・戦争・人権 9 (*josei sensō jinken 9*), Ōtsu 2008, 32 ff., 34, zitiert nach Aoyama (Fn. 2), 283.

<sup>54</sup> Isenring/Kessler, BSK StGB II (Fn. 25), Art. 195 N 2.

dreissigjährigen Jubiläums ein sog. *zaru hō* (策法), ein «Sieb-Gesetz», welches durchlässig und somit unwirksam ist.<sup>55</sup> Es scheint, als hätte sich die gesamte japanische Gesellschaft mit der Faktenlage bezüglich der letzten 61 Jahre abgefunden und sich so gut wie möglich damit arrangiert.

Wie **Aoyama** festhält, haben das PPrävG und das GRegG die Prostitution in Japan nicht gestoppt, sondern sie vielmehr in einem Graubereich versteckt, in welchem sie inoffiziell neben einer Reihe legaler und regulierter, sexueller Dienste koexistiert. Dass die Prostitution einerseits durch das PPrävG geächtet und unter strafrechtlichen Schutz gestellt, aber andererseits durch das GRegG normalisiert wird, führt zu einer schwierigen Situation für SexarbeiterInnen. Einerseits befinden sie sich in einem ungewissen Bereich, in welchem sie den Launen der Polizei ausgeliefert sind, andererseits verschwimmen die Grenzen zwischen Sexarbeitern und Nicht-Sexarbeitern. Auch die erwähnte Argumentation der *Soapland*-Betreiber, dass sich die Angestellte und der Kunde an Ort und Stelle kennengelernt und eine private Abrede getroffen hätten, schützt die Prostituierte vor einer strafrechtlichen Verfolgung. Anstatt hilfreich zu sein, führt diese Logik aber zu noch grösseren Unsicherheiten und Gefahren für die Sexarbeiterinnen, da sie dadurch in einem Graubereich zwischen Legalität und Illegalität arbeiten und es ihnen an nötigem Schutz fehlt.<sup>56</sup> Es fällt auch auf, dass der Gesetzgeber, anstatt zu handeln und die Lücke in der Prostitutionsdefinition zu schliessen oder das Prostitutionsverbot aufzuheben, sich durch das Anpassen des GRegG an PPrävG-konforme sexuelle Dienstleistungen selbst an der Gesetzesumgehung beteiligt. Insbesondere mit Blick auf die ansonsten grundsätzlich weite teleologische Auslegung von Straftatbeständen durch japanische Ge-

richte ist das strikte Festhalten am Wortlaut der Prostitutions-Definition verwunderlich. **Matsuzawa** argumentiert, dass der Gesetzgeber diesen Graubereich absichtlich erschaffen hat, um eine Pufferzone zu erzeugen, in welcher Geschäfte, welche im GRegG geregelt werden, nicht strafrechtlich verfolgt werden können. Stattdessen bleiben die Einrichtungen legal und die Polizei kann sie inoffiziell beobachten. Dadurch kann sie zusätzlich verhindern, dass die neuen Geschäftszweige nicht in die Unterwelt abdriften und sie die Kontrolle darüber verliert,<sup>57</sup> wie dies gleich nach Erlass des PPrävG erfolgte. Dazu kommt, dass allein der Begriff «beliebige Person» und seine Abgrenzung von «bekannten Personen» schon unergiebig ist. Nach einer kurzen Vorstellung könnten sich Prostituierte und Freier bereits «kennen». Es wäre sinnvoller gewesen, die Prostitution anhand eines Gewerbmässigkeits-Kriteriums zu definieren, also zu verlangen, dass die Prostituierte ihre Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Dem japanischen Gesetzgeber kann schliesslich aber zugutegehalten werden, dass er aus seinem Handeln gelernt und im Gesetz zum Schutz des Kindes und zur Verfolgung entgeltlichen sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie von Kinderpornografie von 1999 die unter Strafe gestellten Arten von sexuellen Handlungen genau beschrieben und aufgezählt hat.<sup>58</sup> Es bleibt deshalb zu hoffen, dass er in Zukunft auch im Bereich der Erwachsenenprostitution zu neuen Mitteln greifen und die Sexarbeiter etwa durch eine Legalisierung und Regelung der Prostitution besser schützen wird.

#### IV. Fazit

Es konnte aufgezeigt werden, dass sowohl die Strafbestimmung zur Pornografie als auch diejenigen zur Prostitution unter Druck westlicher Einflüsse entstanden sind. Obwohl sich die Wertvorstellungen und technischen Mög-

<sup>55</sup> Nakayama, 売春防止法の今日的意義と課題 (*baishun bōshi hō no konnichiteki igi to kadai*), in: *ジュリスト (jurisuto)* Nr. 882, Tōkyō 1987, 30 ff., 30, 34, zitiert nach **Hotz** (Fn. 30), 119 Fn. 45.

<sup>56</sup> Vgl. zum Ganzen **Aoyama** (Fn. 2), 283.

<sup>57</sup> Matsuzawa, グレーゾーンがなくなる社会 風営法の現在を巡って (*gurēsōn ga nakunaru shakai: fūeihō no genzai wo megutte*), in: *Isobe* [Hrsg.], *踊ってはいけない国日本 - 風営法問題と過剰規制される社会 (odotte wa ikenai kuni, nihon - fūeihō mondai to kajō kisei sareru shakai)*, Tōkyō 2012, 70 ff., 73, zitiert nach **Aoyama** (Fn. 2), 283.

<sup>58</sup> **West** (Fn. 33), 154 Fn. 17.

lichkeiten seither drastisch verändert haben, haben die veralteten Bestimmungen ihren Platz im japanischen Strafrecht unverändert beibehalten. Was für Unsicherheiten und Schlupflöcher dies für Bevölkerung und Justiz mit sich bringt, wurde mehr als deutlich erkennbar. Sicherlich wurde die heutige Gesetzes- und Faktenlage durch viele verschiedene Faktoren, wie die Gesetzesentstehung, kulturelle Aspekte und westliche Einflüsse, zu dem entwickelt, was sie heute ist. Die Frage der korrekten Formulierung einer Strafnorm eröffnet ausserdem die grundlegende Fragestellung des Strafrechts, inwiefern eine solche dem «*nulla poena sine lege*»-Grundsatz genügen kann. Die beiden genannten Rechtsbereiche eignen sich gut, die zwei möglichen Extreme des Umgangs mit der Formel deutlich zu machen. Die Pornografie-Bestimmung im jStGB basiert auf dem unbestimmten Rechtsbegriff der «Obszönitäten». Daraus ist nicht ersichtlich, was darunterfällt, weshalb es voll und ganz der japanischen Rechtsprechung obliegt, diese zu definieren. Die Gefahr der Schliessung von Lücken durch Analogieschluss ist hierbei gross. Diese Ausgangslage führt zu erheblichen Unsicherheiten in der Bevölkerung, wie es sich auch im Umgang mit Pornografie in Japan zeigt. Die japanischen Pornografie-Studios arbeiten in ständiger Angst, strafrechtlich verfolgt zu werden, und testen Schritt für Schritt aus, wie weit sie gehen können, ohne Probleme mit der Justiz zu bekommen. Dabei greifen sie zu Genres wie Bukkake und Vergewaltigungssimulationen, welche längst sogar westlichen Moralvorstellungen zuwiderlaufen. Auf der anderen Seite wird dann aber die Künstlerin **Megumi Igarashi** alias **Rokudenashiko** wegen Verstosses gegen Art. 175 jStGB bestraft, weil sie Daten, mit welchen sie per 3D-Drucker ein Kajak in Form ihrer Vulva herstellte, an die Unterstützer ihres Crowd-Funding-Projekts geschickt hat. Die Daten weisen nach dem Tokioter Gericht zwar keine wahrnehmbar obszöne Form auf, sie könnten aber durch den 3D-Drucker in eine solche Form gebracht werden. Im Punkt der Herstellung des Vulva-Kajaks wurde sie zu Recht freigesprochen, da die leuchtenden Farben und

Dekorationen, die auf dem Kajak angebracht waren, den Ursprung seiner Form ausreichend verschleierten,<sup>59</sup> also nicht einmal mit der Begründung, dass ein solches Kajak aus europäischer Sicht ohnehin schlichtweg nicht obszön und durch die Kunstfreiheit geschützt ist. Um den Widerspruch der japanischen Wertvorstellungen gänzlich auf die Spitze zu treiben, ist zu beachten, dass die richterliche Begründung im Fall Rokudenashiko aus einem Land stammt, in welchem an den schintoistischen Festen Kanamara- und Hönen-Matsuri gigantische Phallus-Abbildungen durch die Strassen getragen werden und Alt und Jung penisförmige Süssigkeiten verzehren. Doch dies ist wohl durch Religion und Kultur gerechtfertigt. Auf jeden Fall führt das alles zur Gefahr des willkürlichen Handelns der staatlichen Behörden und einem Misstrauen der Bevölkerung gegenüber der Justiz. Demgegenüber stehen die Strafbestimmungen zur Prostitution, welche auf der sehr eng umschriebenen gesetzlichen Definition der Prostitution basieren. Bei dieser Ausgangslage befindet sich die Bevölkerung am «längeren Hebel». Sie kann Strafbarkeitslücken, welche sich durch den exakt umschriebenen Wortlaut der Bestimmung ergeben, ausnutzen und straflos agieren. Es läge am Gesetzgeber, die Lücken zu erkennen und zu schliessen. Wenn er dies aber nicht tut, bleibt vom Gesetz nichts anderes übrig als ein unwirksames Sieb. Das Formulieren eines Straftatbestandes ist mit grossen Schwierigkeiten verbunden. Der zu verwendende Wortlaut muss es dem Adressaten möglich machen, sein Verhalten danach zu richten, und zugleich der Justiz einen gewissen Spielraum zur Konkretisierung der Bestimmung belassen. Man darf gespannt sein, wie sich die japanische Gesetzgebung in diesem Bereich in Zukunft entwickeln wird.

<sup>59</sup> BBC News vom 09.05.2016, <https://www.bbc.com/news/world-asia-36247459>, [31.07.2019]; siehe auch die Stellungnahme der Künstlerin **Rokudenashiko** selbst auf ihrem Blog <https://6d745.com/2017/10/30/my-current-situation>, [31.07.2019], wobei auch sie sich über die herrschende Ungerechtigkeit ärgert, in welcher die Polizei gewalttätige Pornografie zulässt, aber ihre Kunst bestraft.

# Rassendiskriminierung im digitalen Zeitalter: Von offline zu online?

Nina Beeler & Nora Markwalder

**Wie sehr hat sich durch die Digitalisierung und das Aufkommen von sozialen Medien die Begehung von Rassendiskriminierungen gemäss Art. 261<sup>bis</sup> StGB von der realen in die digitale Welt verschoben? Der vorliegende Artikel analysiert mögliche Veränderungen anhand der von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR) gesammelten Entscheide der letzten 20 Jahre und stellt fest, dass Rassendiskriminierung in den letzten Jahren mehrheitlich zu einem Cyberdelikt mutiert ist.**

## I. Einleitung

Die Digitalisierung hat nicht nur unsere berufliche und private Lebensweise grundlegend verändert, sondern auch die Kriminalität und deren Erscheinungsformen. Diese Erkenntnis ist wenig überraschend, denn neue technologische Errungenschaften haben, nebst sozialen Veränderungen, seit jeher auch zu neuen Gelegenheiten geführt, die sich Kriminelle zunutze machen können.<sup>1</sup> Der Jubilar hat diese Entwicklungen bereits sehr früh zur Kenntnis genommen und mit seiner umfangreichen Publikationstätigkeit massgeblich zur

Erweiterung des Forschungsstandes beigetragen.<sup>2</sup>

Kriminalität in der heutigen digitalen Ära kann in drei Kategorien eingeteilt werden: In traditionelle «Offline»-Delikte, in Mischdelikte (sog. hybride Delikte), welche eine Online- und/oder Offlinekomponente aufweisen können, sowie in Delikte, die ausschliesslich im digitalen Raum begangen werden (Cyberdelikte im engeren Sinn).<sup>3</sup> Zur Beantwortung der Frage, inwieweit im Rahmen der Digitalisierung eine Verschiebung der Delinquenz von «offline» in den digitalen Raum stattgefunden hat, ist insbesondere die zweite Kategorie von Interesse.

<sup>1</sup> Sog. «Breschen», siehe dazu Killias, The Opening and Closing of Breaches. A Theory on Crime Waves, Law Creation and Crime Prevention, European Journal of Criminology, Volume 3 (1), 11 f.

<sup>2</sup> Für eine Auswahl siehe Schwarzenegger, Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 217 ff.; Schwarzenegger/Ege, Aktuelle Entwicklungen des Internetstrafrechts aus europäischer Perspektive, in: Grafl/Klob/Reindl-Krauskopf/Winter (Hrsg.), 3. ALES-Tagung. Cybercrime 2.0, Virtuelle Fragen - Reale Lösungen, Frankfurt 2015, 51 ff.; Schwarzenegger, Die Internationalisierung des Wirtschaftsstrafrechts und die schweizerische Kriminalpolitik: Cyberkriminalität und das neue Urheberstrafrecht, ZSR 127 (2008) II, 399 ff.; Schwarzenegger, Computer crimes in cyberspace: A comparative analysis of criminal law in Germany, Switzerland and Northern Europe, Jusletter vom 14.10.2002; Schwarzenegger, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, Die Verfolgung von grenzüberschreitender Internetkriminalität in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland und Österreich, ZStrR 2000, 109 ff.

<sup>3</sup> Caneppele/Aebi, Crime Drop or Police Recording Flop? On the Relationship between the Decrease of Offline Crime and the Increase of Online and Hybrid Crimes, Policing: A Journal of Policy and Practice, Vol. 13 (1), 70; Zur Unterscheidung zwischen Cybercrime im weiteren und im engeren Sinne siehe auch Gyarmati, Phänomen Cybercrime und seine Bekämpfung, SZK 1 & 2 2019, 87 f.

Während sich die rechtswissenschaftliche Forschung bereits eingängig mit neuen, durch die Digitalisierung bedingten Formen der Strafbarkeit auseinandergesetzt hat,<sup>4</sup> ist aus kriminologischer Sicht nur wenig über die Digitalisierung der Kriminalität bekannt, was hauptsächlich der mangelhaften Datenlage geschuldet sein dürfte. Offizielle Statistiken beinhalten oft zu wenig Informationen zu den Tatumständen, weshalb aus ihnen nicht ersichtlich ist, ob das Delikt im digitalen Kontext resp. mit digitalen Hilfsmitteln begangen wurde oder nicht. Aus den vom Bundesamt für Statistik erhobenen Daten zur Kriminalität in der Schweiz ist ein Cyberbezug demnach nur bei den «reinen» Cyberdelikten zu erkennen, also bei denjenigen Delikten, die *per definitionem* nur online begangen werden können (bspw. die unbefugte Datenbeschaffung in Art. 143 StGB oder das unbefugte Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem in Art. 143<sup>bis</sup> StGB). Bei allen anderen Delikten fehlen Informationen zu den Tatumständen, weshalb basierend auf diesen Daten nicht nachvollziehbar ist, ob die Delikte nun im digitalen oder analogen Raum stattgefunden haben. Opferbefragungsdaten verschaffen zwar detailliertere Informationen zu den Opfern, Tätern und Tatumständen und haben im Vergleich zu Kriminalstatistiken zudem den Vorteil, auch die Dunkelziffer (sprich die nicht zur Anzeige gebrachten Delikte) zu erheben, allerdings wurde in diesem Bereich lange Zeit versäumt, Fragen zu Cyberdelikten aufzunehmen, weshalb auch diese Informationsquelle bisher keine fundierten Erkenntnisse zum Ausmass der Digitalisierung der Kriminalität in der Schweiz liefern kann.<sup>5</sup>

4 Für eine Auswahl siehe [Selman/Simmler](#), «Shitstorm» – strafrechtliche Dimensionen eines neuen Phänomens, ZStrR 2018, 248ff.; [Simmler/Selman/Burgmeister](#), Beschlagnahme von Kryptowährungen im Strafverfahren, AJP 2018, 963ff.; [Molo/Drzalic](#), Können Kryptowährungen compliant sein? AJP 2019, 40ff.; [Isenring/Maybud/Quiblier](#), Phänomen Cybercrime – Herausforderungen und Grenzen des Straf- und Strafprozessrechts im Überblick, SJZ 2019, 439ff.

5 Siehe dazu die letzte Opferbefragung in der Schweiz [Biberstein et al.](#), Studie zur Kriminalität und Opfererfahrungen der Schweizer Bevölkerung. Analysen im Rahmen der schweizerischen Sicherheitsbefragung 2015, Killias Research & Consulting, Lenzburg 2016.

Zur Beantwortung der Frage, wie die Digitalisierung die Begehung von Straftaten verändert, braucht es daher detaillierte Angaben zu Tätern, Opfern und Tatumständen. Die Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR) bietet eine solche Datengrundlage: Sie beinhaltet sämtliche Entscheide der Strafbehörden seit dem Jahre 1995, die im Rahmen einer Strafverfolgung wegen Rassendiskriminierung i.S.v. Art. 261<sup>bis</sup> StGB ergangen sind, und weist einen beachtlichen Detaillierungsgrad auf. Diese Datenlage erlaubt es, spezifisch für den Straftatbestand der Rassendiskriminierung die Entwicklungen im Online- und Offlinebereich nachzuverfolgen und für dieses Delikt den Einfluss der Digitalisierung zu analysieren.

## II. Empirische Datenanalyse

### A. Daten und Methode

Die vorliegende Untersuchung basiert auf dem Datensatz der EKR, welcher für die Jahre 1995 bis 2017 erhältlich ist. Die kantonalen Behörden sind gestützt auf Art. 1 Ziff. 9 der Verordnung über die Mitteilung kantonalen Strafentscheide (MTV) verpflichtet, dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) sämtliche Entscheide, die basierend auf Art. 261<sup>bis</sup> StGB ergangen sind, zu übermitteln. Diese kantonalen Entscheide werden daraufhin anonymisiert vom NDB an die EKR weitergeleitet. Die EKR-Datenbank umfasst somit sämtliche Entscheide von Gerichten und Strafverfolgungsbehörden, sprich sowohl Schuld- als auch Freisprüche, Einstellungen sowie Entscheide der Rechtsmittelinstanzen. Für vorliegende Analyse wurde daher lediglich auf rechtskräftige Endentscheide abgestellt. Zudem konnten Fälle, welche mit einer Nichtanhandnahme erledigt wurden, in dieser empirischen Auswertung nicht berücksichtigt werden, weil die kantonalen Behörden diese Fälle nicht zwingend dem NDB melden müssen, sie aber auf freiwilliger Basis weiterleiten können. Diejenigen Nichtanhandnahmen, die von den Kantonen auf freiwilliger Basis weitergeleitet worden waren (N=77) und in der Datenbank aufgeführt waren, wurden demnach von der gesamten Analyse ausgeschlossen, da es sich bei diesen Fällen nur um eine zufällige



Selektion handelte.<sup>6</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass ein Vorfall zu mehreren Entscheiden führen kann, z.B. wenn der Fall durch mehrere Mittäter verursacht wurde. Zur Analyse wird vorliegend auf die Anzahl der rechtskräftigen Entscheide abgestützt, wobei jeweils pro beschuldigte Person ein Verfahren und ein rechtskräftiger Entscheid gezählt wird.<sup>7</sup> Aufgrund der Möglichkeit, dass nicht alle kantonalen Behörden ihre Mitteilungspflicht in gleichem Mass erfüllen, muss zudem davon ausgegangen werden, dass nicht sämtliche Verfahren im Bereich der Anti-Rassismus-Strafnorm Eingang in die Datenbank der EKR gefunden haben, es also tatsächlich mehr Entscheide geben dürfte als vorliegend aufgeführt. Schliesslich bleibt zu betonen, dass es sich beim Datensatz der EKR um offizielle Statistiken und demnach um Hellfelddaten handelt, weshalb vorliegend keine Aussagen über das reale Ausmass der begangenen Rassendiskriminierungen getroffen werden können.

Zur Beantwortung der Forschungsfrage wurden die gesammelten Entscheide in eine Online- und eine Offline-Kategorie codiert. Da die EKR-Suchmaske keine bereits vorexistierende Unterteilung in online/offline anbietet, musste, um die relevanten Fälle herausfiltern zu können, eine Kombination von verschiedenen Kriterien in der Suchmaske eingegeben werden. Die Online-Kategorie (auch Internet-Kategorie genannt) wurde schliesslich anhand der Suchkriterien «elektronische Kommunikation», kombiniert entweder mit dem Suchkriterium «Massenmedien inkl. Internet» oder dem

Suchkriterium «soziale Medien», definiert.<sup>8</sup> Dementsprechend werden unter den Begriff «Internet» resp. «online» für die vorliegende Auswertung folgende Teilbereiche des Internets subsumiert: Internetseiten, Blogs, Soziale Medien (insb. Facebook, Twitter), Youtube, Kommentarspalten unter Online-Artikel und Massenmails.<sup>9</sup>

Im Sinne der obigen Definition des Internets wurden demnach sämtliche Delikte, welche mithilfe der obgenannten Medien begangen wurden, der Online-Kategorie zugeordnet, während die übrig gebliebenen Delikte in die Offline-Kategorie eingeteilt wurden. Stand der Datenbank zum Zeitpunkt der Analyse war der 31. Juli 2019, wobei die Datenbank nur Fälle bis zum Jahr 2017 beinhaltet.

## B. Ergebnisse

### 1. Allgemeine Entwicklung und Verfahrensausgang der Strafverfahren zwischen 1995 und 2017

Der gesamte Datensatz der EKR umfasst 874 Straffälle, die in den Jahren 1995 bis 2017 wegen potentiellen Verstössen gegen die Anti-Rassismus-Strafnorm registriert wurden, wovon wie bereits erwähnt 80 Fälle von Nichtanhandnahmen und unbekanntem Erledigungsformen<sup>10</sup> ausgeschlossen wurden. Dementsprechend

<sup>6</sup> Gleichermassen wurden ein Straffall, in welchem eine Beschwerde gegen eine Nichtanhandnahme gutgeheissen wurde, sowie zwei Fälle, die keine Informationen bezüglich der Erledigungsform enthielten, von der Analyse ausgeschlossen.

<sup>7</sup> Ausnahme bilden eine geringe Anzahl Fälle von Rückweisungen an die Vorinstanz (N=11, siehe dazu auch die Verteilung in Grafik 1). Obwohl es sich bei diesen Fällen nicht um rechtskräftige Endentscheide handelt, wurden sie in der Analyse belassen, da der das jeweilige Verfahren abschliessende, endgültige Entscheid in der Datenbank nicht mehr aufgefunden werden konnte.

<sup>8</sup> Die Suchkriterien «elektronische Kommunikation», «Massenmedien inkl. Internet» sowie «soziale Medien» mussten miteinander kombiniert werden, da das Kriterium «elektronische Kommunikation» allein auch einzelne E-Mails und Textnachrichten erfasst hätte. Wird nur das Kriterium «Massenmedien inkl. Internet» ausgewählt, werden u.a. Straffälle in Printmedien (Zeitungen, Bücher, Flyer) aufgelistet, welche für die Themstellung ebenfalls nicht relevant sind. Schliesslich ist auch das Kriterium «soziale Medien» für sich alleine nicht geeignet, die Online-Kategorie zu definieren, da es nur Interaktionsplattformen miteinschliesst, wodurch Youtube, Massenmails, Blogs, Internetseiten und Kommentarspalten unberücksichtigt bleiben würden.

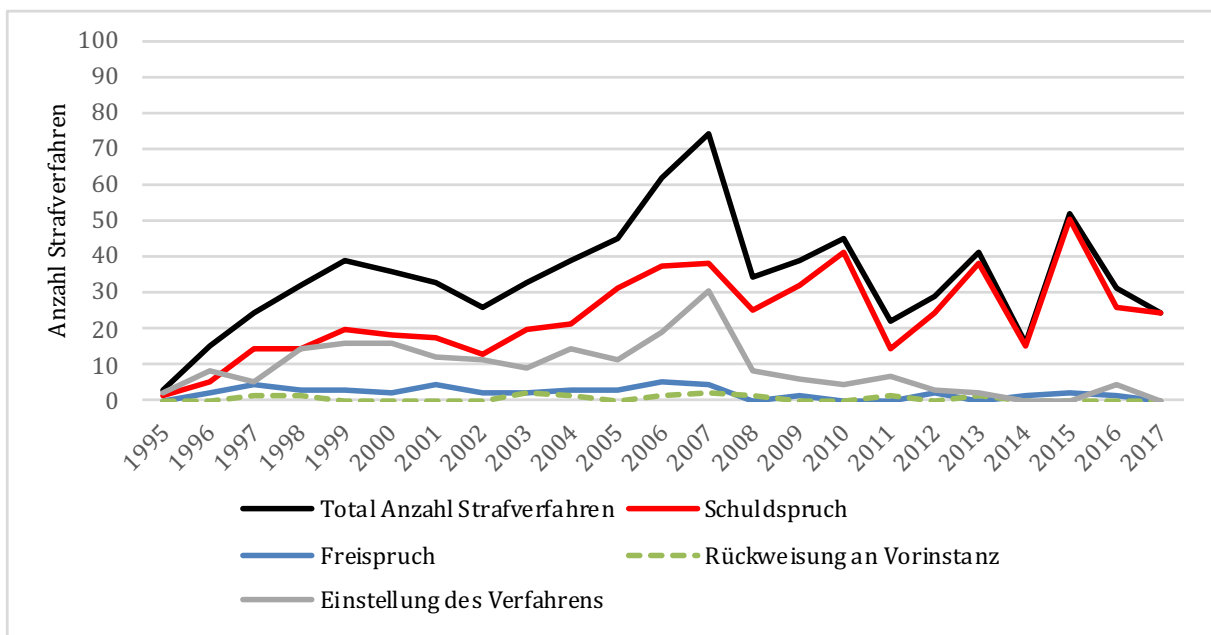
<sup>9</sup> Persönliche Kommunikation mittels E-Mails oder Textnachrichten wurde aus der Online-Kategorie ausgeschlossen, da es sich dabei zwar teilweise um digitale Kommunikation handelt, diese aber nicht auf allgemein zugänglichen Plattformen stattfand und zudem bei der Kategorie der Textnachrichten nicht differenziert werden konnte, ob es sich um klassische Textnachrichten ohne Internetzugang oder internetbasierte Messenger-Dienste handelte. Insgesamt handelt es sich um 12 Fälle, die mittels E-Mail oder SMS begangen wurden, wobei 4 Verfahren Mittäter und daher denselben Sachverhalt betrafen.

<sup>10</sup> Darunter befindet sich auch der eine Fall, in dem eine Beschwerde gegen eine Nichtanhandnahme gutgeheissen wurde.

liegen der vorliegenden Analyse insgesamt 794 Entscheide zugrunde. Aus Grafik 1 ist ersichtlich, dass die Anzahl Strafverfahren zwischen dem Beginn der Datenreihe im Jahr 1995 und dem Jahr 2007 mit Ausnahme der Jahre 2000,

2001 und 2002 stetig zugenommen hat. Nach einem Höhepunkt der registrierten Verfahren im Jahr 2007 mit 74 Entscheiden ist bis zum Jahre 2017 insgesamt ein abnehmender Trend zu beobachten.

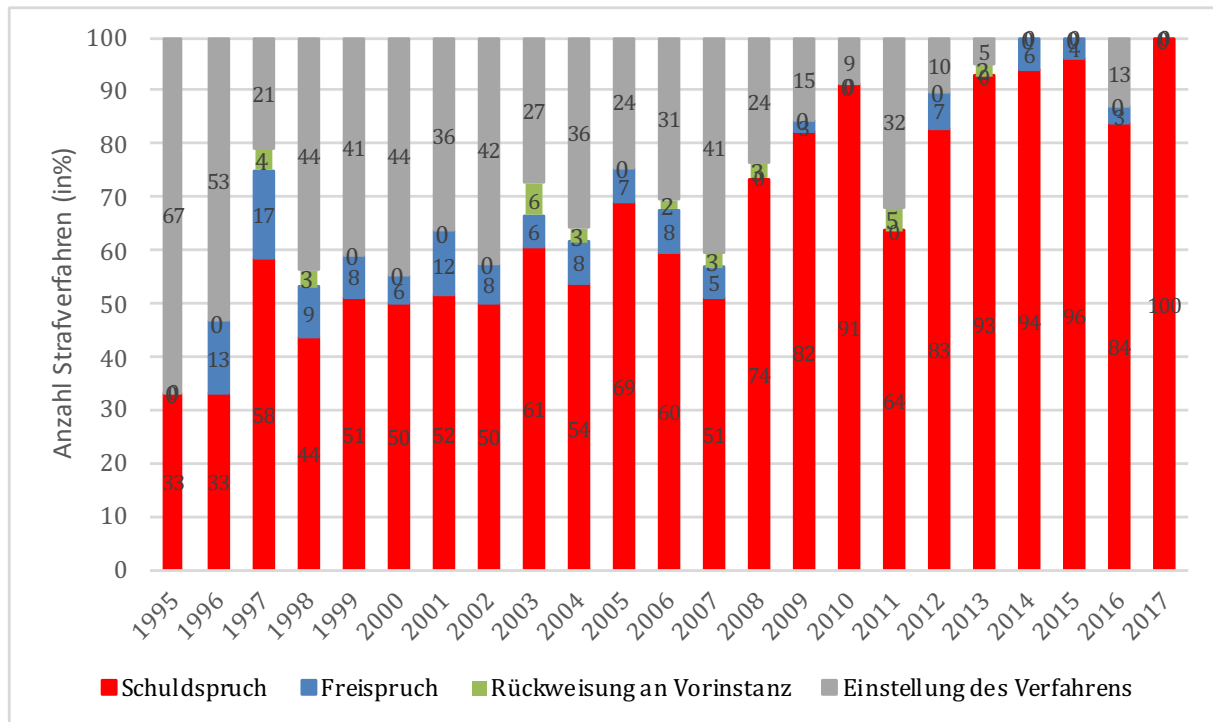
Grafik 1: Entwicklung der Anzahl rassistischer Strafverfahren und Erledigungsform, Jahre 1995-2017, in absoluten Zahlen (Quelle: EKR, 2019)



Neben der Entwicklung der Strafverfahren interessiert ebenfalls, wie die Verfahren erledigt worden sind. Verfahren, die mit einem Schuldspruch beendet worden sind, haben, wie aus Grafik 1 ersichtlich, über die Jahre insgesamt stetig zugenommen, was sich auch in der Verurteilungsquote, sprich dem Anteil der Fälle, die zu einem Schuldspruch geführt haben, niederschlägt. Grafik 2 illustriert diesbezüglich, wie hoch der Anteil der verschiedenen Verfahrenserledigungen am Gesamtanteil der Entscheide zu liegen kommt. Über den gesamten Beobachtungszeitraum hat der Anteil der Fälle, die mit einem Schuldspruch erledigt worden sind, markant zugenommen. Während die Verurteilungsquote zu Beginn für die Jahre 1995 bis 2000 noch 45 % betrug, stieg sie für die Jahre 2001 bis 2006 auf 57.4 %, für die

Jahre 2007 bis 2012 auf 74.1 % und zuletzt für die Jahre 2013 bis 2017 auf 93.3 % an. Es gibt somit weniger Verfahren, die wegen eines Verstosses gegen Art. 261<sup>bis</sup> StGB angestrebt worden sind, dafür aber führten die eingeleiteten Verfahren zu mehr Schuldsprüchen. Gleichzeitig schwindet die Bedeutung von Einstellungen und Freisprüchen. Insgesamt kommt es in 5.5 % der Entscheide zu einem Freispruch und in 25.3 % der Entscheide zu einer Einstellung des Verfahrens. In der Grafik 2 ist ersichtlich, dass in den ersten 10 Jahren deutlich mehr Verfahren eingestellt werden als in den nachfolgenden Jahren. Die Beendigung des Verfahrens durch einen Freispruch bleibt hingegen in allen Jahren relativ marginal, wobei dennoch auffällt, dass ab dem Jahr 2006 auch die Anzahl der Freisprüche zurückgeht.

Grafik 2: Entwicklung der Anzahl rassistischer Strafverfahren und Erledigungsform, Jahre 1995-2017, in % aller Strafverfahren (Quelle: EKR, 2019)

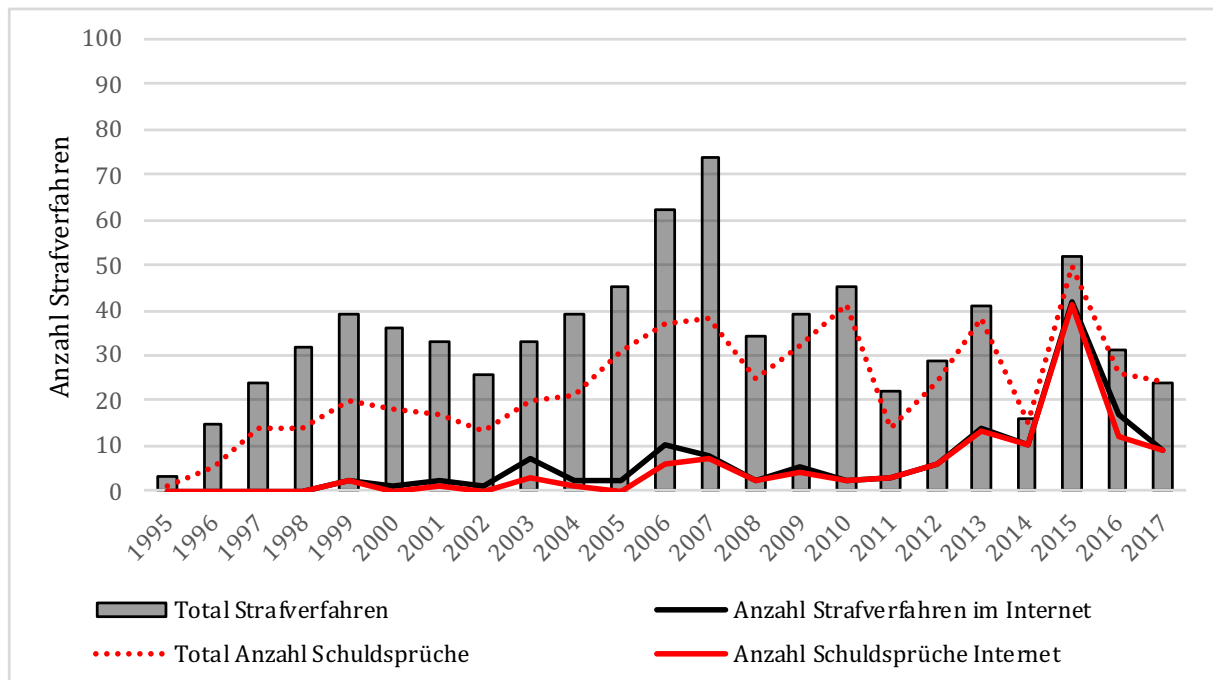


## 2. Entwicklung der Strafverfahren im Internet und Verfahrensausgang

Wie bereits unter Kap.II.A erwähnt wurden als Strafverfahren im Internet sämtliche Fälle definiert, deren Tatbegehung mittels Online-Medien erfolgte. Die ersten beiden rassen-diskriminierenden Straftaten im Internet wurden im Jahr 1999 registriert. Von 1999 bis 2017 wurden insgesamt 18.3% aller Rassen-diskriminierungen im Internet begangen, wobei die Bedeutung von Online-Delikten bis in die frühen 2010er Jahre marginal blieb, danach aber einen sprunghaften Anstieg erlebte und erst in den letzten zwei Jahren der Datenerhebung ein rückläufiger Trend zu verzeichnen war. In Grafik 3 fällt zudem auf, dass sich in den letzten vier Jahren der Datenserie insbesondere die Anzahl der Strafverfahren im Internet derjenigen der gesamten Anzahl der Strafverfahren annähert, somit also mutmassliche Verstösse gegen die Rassis-

mus-Norm in den letzten Jahren fast ausschliesslich im Internet stattgefunden haben. Weiter ist bemerkenswert, dass die Entwicklung der Straffälle im Internet jeweils auch beinahe deckungsgleich verläuft mit der Anzahl der Schuldprüche, die bei Online-Delikten ausgefällt werden. Dies bedeutet, dass beinahe sämtliche Verfahren, die eine Handlung im Internet zum Gegenstand haben, mit einem Schuldpruch abgeschlossen werden. Der insgesamt hohe Anteil an Schuldprüchen in den letzten Jahren kann damit mit der zunehmenden Bedeutung von Online-Delikten erklärt werden. Die Daten lassen darauf schliessen, dass der Nachweis deliktischen Handelns bei Online-Delikten eher gelingt als bei Offline-Delikten. Grund dafür dürfte die klare Beweislage sein, welche bei Online-Delikten jeweils vorherrscht, liegen doch bei diesen Fällen die deliktischen Handlungen jeweils in schriftlicher oder fotografischer Form vor.

Grafik 3: Entwicklung der Strafverfahren im Internet, Jahre 1995-2017, in absoluten Zahlen (Quelle: EKR, 2019)



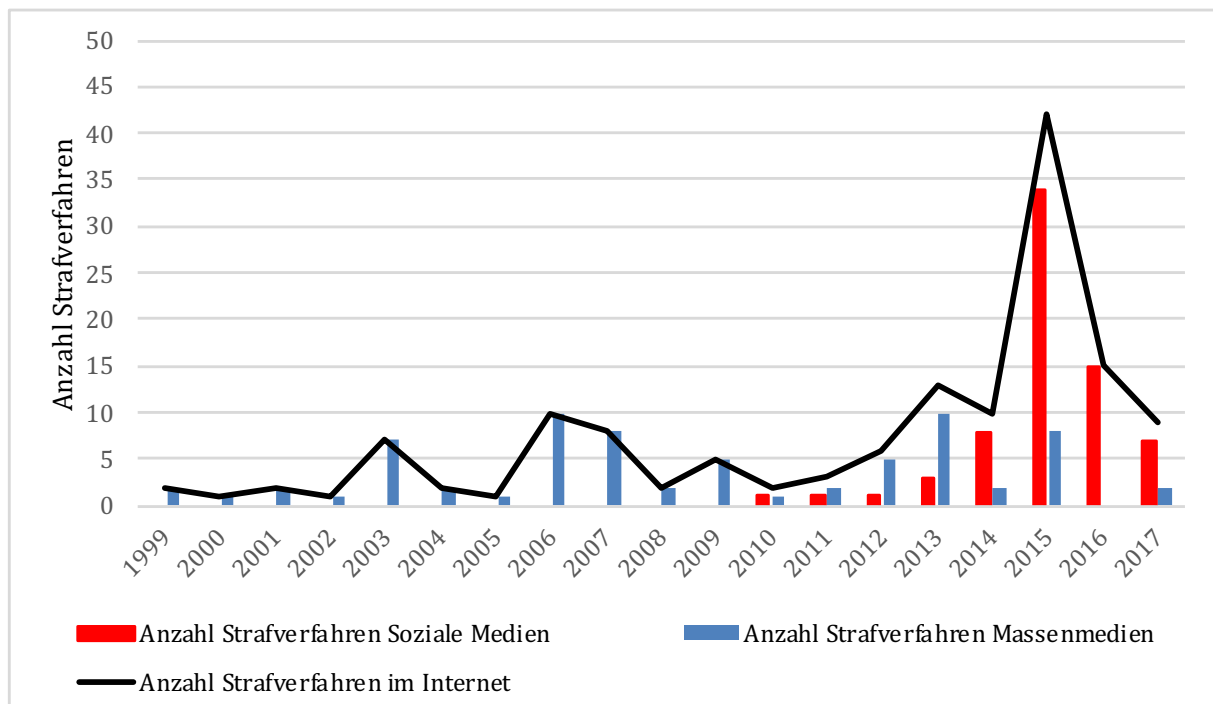
### 3. Entwicklung der Strafverfahren im Bereich soziale Medien und Massenmedien

Rassendiskriminierungen im Internet können, nach der hier festgelegten Definition, entweder in den sozialen Medien oder in Massenmedien verübt werden. Falls inkriminierte Äusserungen auf Twitter oder Facebook verbreitet werden, handelt es sich bei der Plattform um ein soziales Medium. Kann ein rassendiskriminierendes Verhalten auf Youtube, Internetseiten, Blogs oder in Massenmails oder Kommentarspalten festgestellt werden, fallen diese nach dem Datensatz der EKR unter die Kategorie der Massenmedien.

Wie aus Grafik 4 ersichtlich ist, fanden rassistische Äusserungen im Internet bis ins Jahr

2009 nur in den elektronischen Massenmedien statt. Der erste rassistische Straffall in den sozialen Medien ereignete sich im Jahr 2010. Nach einer konstanten Steigerung der Anzahl Fälle stellen Rassendiskriminierungen in den sozialen Medien seit 2014 die Mehrheit aller Straffälle im Internet dar, was mit der zunehmenden Bedeutung dieser Plattformen erklärt werden kann. Die allgemeine starke Zunahme der Delikte im Online-Bereich ist denn auch hauptsächlich auf diese Zunahme im Rahmen der sozialen Medien zurückzuführen. Es ist somit das Aufkommen der sozialen Medien, welches für die Verschiebung der Rassendiskriminierungsfälle von offline zu online verantwortlich ist.

Grafik 4: Entwicklung der Strafverfahren in sozialen Medien und elektronischen Massenmedien, Jahre 1995-2017, in absoluten Zahlen (Quelle: EKR, 2019)



#### 4. Täter, Opfer und Ideologie

Wer sind nun die Täter und Opfer von Rassendiskriminierungen, und inwieweit unterscheiden sie sich zwischen Online- und Offline-Tatbegehung? Grafik 5 führt auf, um welche Kategorie von Tätern es sich bei den Strafverfahren handelt. Da Mehrfachnennungen möglich sind, d.h. gewisse Beschuldigte resp. Verurteilte mehrere der unten genannten Kategorien erfüllen können,<sup>11</sup> ist eine Aussage über die Häufigkeit der verschiedenen Kategorien nicht sinnvoll. Aussagen über das unterschiedliche Aufkommen der verschiedenen Kategorien im Online- und Offline-Bereich sind hingegen von diesen Mehrfachnennungen unabhängig. Aus Grafik 5 ist jedenfalls ersichtlich, dass deutlich mehr Privatpersonen Rassendiskriminierungen

online begehen<sup>12</sup> als im Offline-Bereich. Dasselbe gilt für die Kategorien der politischen Akteure sowie der Jugendlichen, die ebenfalls statistisch signifikant häufiger online Delikte begehen. Umgekehrt handeln Rechtsextreme signifikant häufiger ausserhalb des Internets, was vermutlich an Fällen liegen dürfte, in denen «Sieg Heil»-Schreie sowie Hitlergrüsse geahndet wurden oder rassendiskriminierendes Material wie CD's oder Flaggen zu einem Verfahren geführt haben. Ebenfalls signifikant ist der Unterschied bei den Akteuren im Dienstleistungssektor; Diese Tätergruppe handelt ausschliesslich ausserhalb des Internets, was wohl mit dem Tatbestand der Leistungsverweigerung in Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 zusammenhängt, welcher dadurch erfüllt ist, dass jemand eine von ihm für die Allgemeinheit bestimmte Leistung einer Person resp. einer Gruppe wegen ihrer Rasse,

<sup>11</sup> So können Täter z.B. sowohl unter «Privatpersonen» als auch unter «Rechtsextreme» kategorisiert werden. Diese Möglichkeit der Mehrfachnennung erklärt daher auch die hohe Anzahl an Privatpersonen als Täter, da die meisten Personen nicht im Rahmen einer beruflichen oder öffentlichen Funktion, sondern als Privatpersonen gehandelt haben.

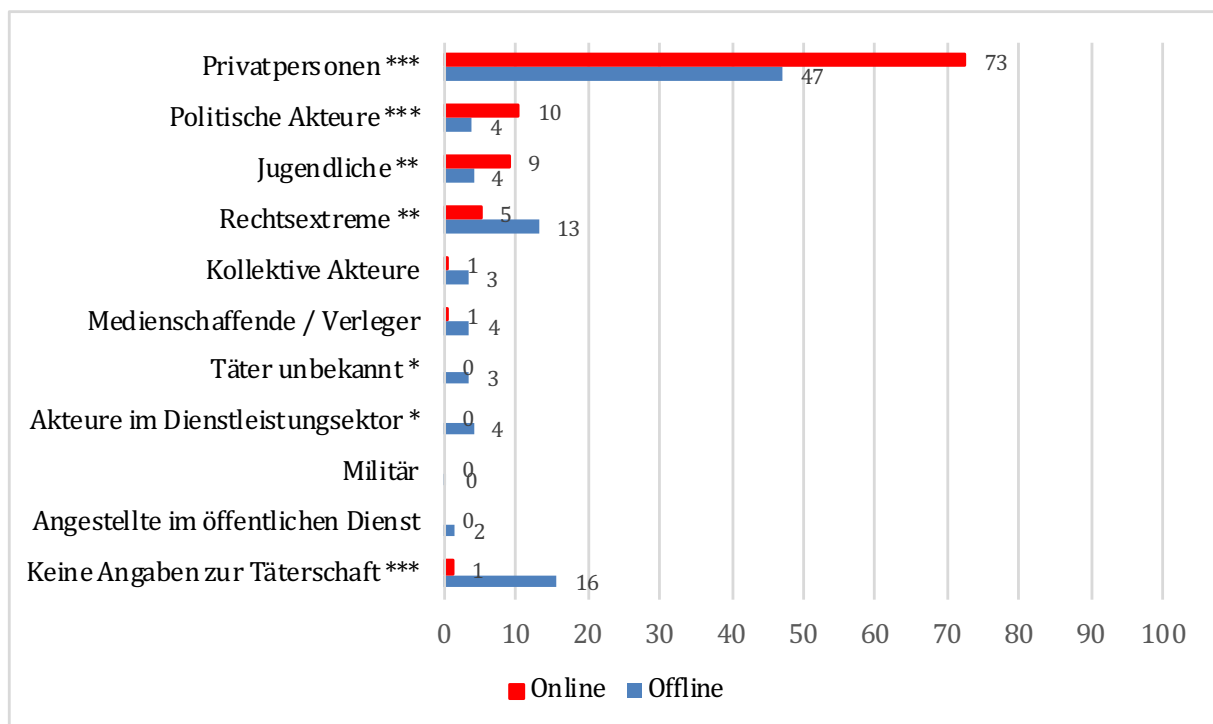
<sup>12</sup> Respektive in Fällen, die zu einer Einstellung oder einem Freispruch geführt haben, wegen einer online begangenen Rassendiskriminierung beschuldigt worden sind.

Ethnie oder Religion verweigert. Solche Konstellationen bedürfen damit einer persönlichen Begegnung zwischen Opfer und Täter. Eine solche Leistungsverweigerung ist zwar theoretisch auch für Dienstleistungen, die im Internet angeboten werden, denkbar, allerdings werden solche meist automatisiert und daher unabhängig vom Dienstleistungsersuchenden abgewickelt, was rassistisches Missbrauchspotential verringern dürfte.

Schliesslich fällt auf, dass im Online-Bereich signifikant weniger Täter unbekannt sind oder keine Angaben zur Täterschaft bestehen. Dies bedeutet entweder, dass die Täter im Online-Bereich von Anfang an bekannt (weil sie beispielsweise unter ihrem richtigen Namen Kommen-

tare veröffentlicht haben) oder zumindest einfach zu ermitteln waren, oder aber dass bei Online-Fällen Strafverfahren lediglich nur dann angestrebt werden, wenn der Täter überhaupt ermittelbar ist. Dieses Ergebnis vermag jedoch auch zu erklären, warum die Quote der Schuldsprüche bei Online-Delikten höher ist als bei Offline-Delikten: Wenn der oder die Täter nicht ermittelt werden können, so ist auch nicht mit einem Schuldspruch zu rechnen, sondern das Verfahren muss eingestellt werden. Bekannte Täterschaft in Kombination mit einer erleichterten Beweisführung durch die schriftlichen Äusserungen, die bei Delikten im Online-Bereich jeweils vorliegen, kann somit eine höhere Schuldspruch-Quote im Vergleich zu den Offline-Delikten erklären.

Grafik 5: Charakteristika der Täter in Online- und Offline-Delikten, in % der Strafverfahren (Mehrfachnennungen möglich, Quelle: EKR, 2019)



\*\*\* Sig. Unterschied ( $p < 0.001$ ), \*\* Sig. Unterschied ( $p < 0.01$ ), \* Sig. Unterschied ( $p < 0.05$ )

Bei den Opfern zeigt sich in Grafik 6 ein durchmisches Bild. Juden, Muslime und Asylbewerber werden signifikant häufiger durch Online-

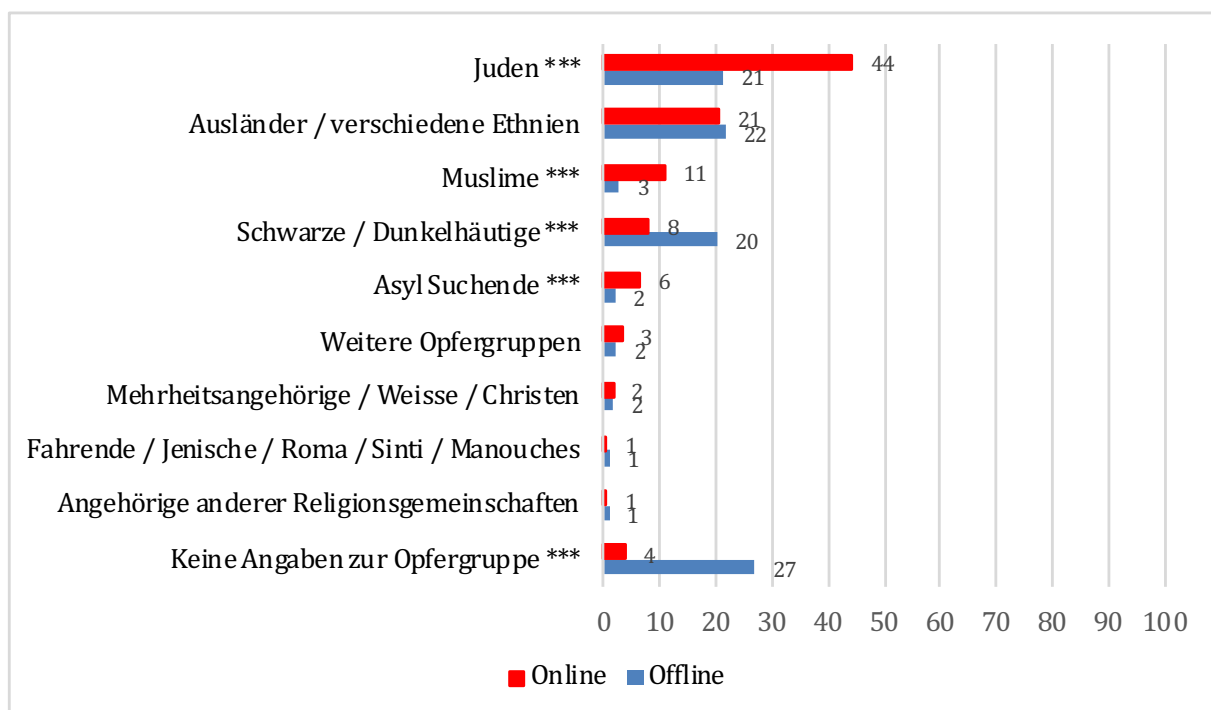
Handlungen Opfer einer Rassendiskriminierung, während dunkelhäutige Personen signifikant häufiger in der analogen Welt viktimisiert

werden. Diese Erkenntnis dürfte mit der Tatsache zusammenhängen, dass bei letztgenannter Gruppe äusserliche Erkennungsmerkmale eine Rolle spielen, die in Interaktionen in der digitalen Welt nicht so stark in Erscheinung treten. Es dürfte sich daher bei der Kategorie der dunkelhäutigen Opfer eher um Fälle direkter Diskriminierung handeln, die während einer persönlichen Begegnung zwischen Opfer und Täter stattfinden, während Angriffe gegen Juden und Muslime wohl eher im Kontext von unpersönlicher, systematischer Diskriminierung und als Reaktion auf mediale Ereignisse begangen werden, welche heutzutage oft in den sozialen Medien resp. in Massenmedien stattfinden. Ein etwas vertiefter Blick in die Konstellation der Fälle bestätigt denn auch diese Vermutung. Dunkelhäutige Personen werden am häufigsten bei persönlicher Begegnungen mit dem Täter diskriminiert; Finden die Fälle im Internet statt, spielen Fotos oder Videos von dunkelhäutigen Menschen eine Rolle, sowie auch

allgemeine Hasstiraden ohne Kontext. Juden und Muslime werden online in den meisten Fällen in Bezug auf ein Ereignis (z.B. Online-Zeitungsartikel oder Facebook-Seite) sowie durch unpersönliche, systematische Angriffe Opfer einer Rassendiskriminierung. Offline sind bei Juden Konstellationen wie das Zeichnen von Hakenkreuzen (Symbole) oder das Erheben resp. Schreien des Hitlergrusses einschlägig, wohingegen bei Muslimen häufig Angriffe auf Kopftuchträgerinnen zu einem Verfahren wegen Rassendiskriminierung führen.

Wie bereits bei den Tätern ist auch bei den Opfern im Offline-Bereich signifikant weniger häufig bekannt, gegen wen sich die Tat richtet. Diese Erkenntnis dürfte ebenfalls mitverantwortlich für eine geringere Quote von Schuldsprüchen im Offline-Bereich sein, ist bei Verfahren mit unbekanntem Geschädigten doch häufiger mit einer Einstellung oder einem Freispruch zu rechnen.

Grafik 6: Charakteristika der Opfer in Online- und Offline-Delikten, in % der Strafverfahren (Mehrfachnennungen möglich, Quelle: EKR, 2019)

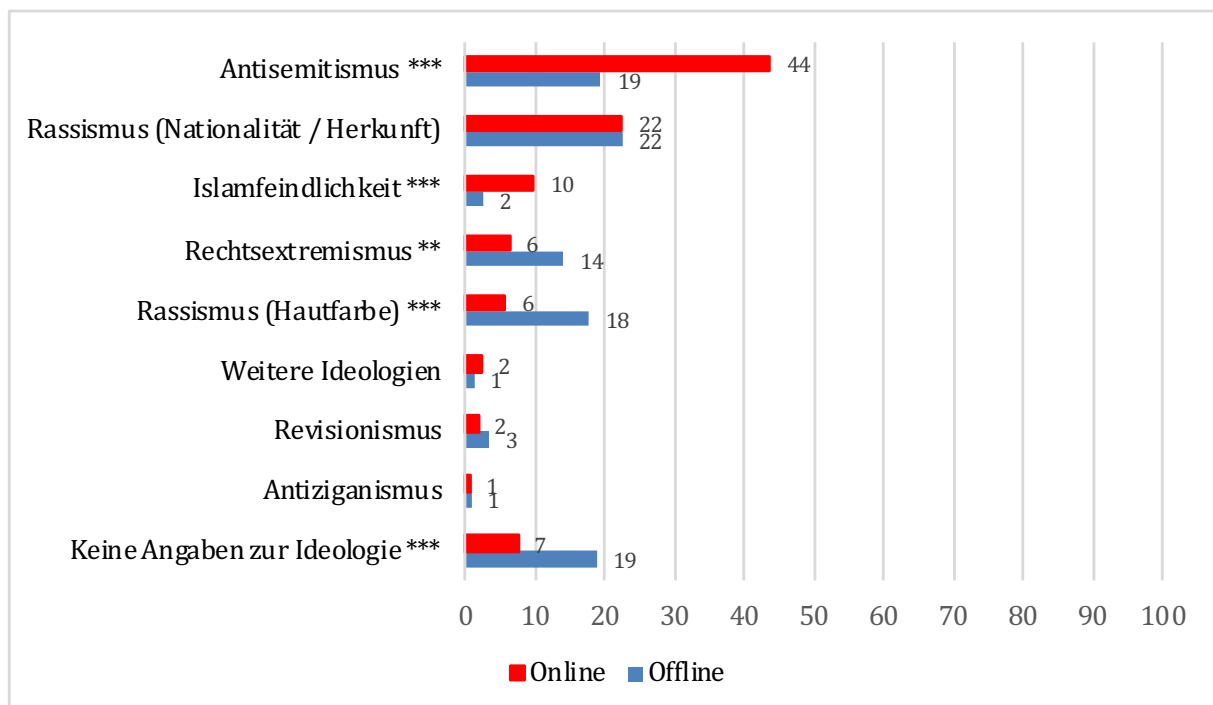


\*\*\* Sig. Unterschied ( $p < 0.001$ ), \*\* Sig. Unterschied ( $p < 0.01$ ), \* Sig. Unterschied ( $p < 0.05$ )

Grafik 7 zeigt schliesslich auf, welchen ideologischen Hintergrund der Fall aufwies. In Anbetracht der Opfer-Täter-Konstellationen erstaunt es auch hier nicht, dass Fälle mit einem antisemitischen oder islamfeindlichen Hintergrund signifikant häufiger online anzutreffen sind. Rechtsextremistische Taten und rassistisch motivierte Delikte basierend auf der

Hautfarbe des Opfers werden hingegen signifikant häufiger offline begangen. Auch bei dieser Variable sind wiederum Angaben zur Ideologie bei Offline-Delikten signifikant weniger häufig vorhanden als im Online-Bereich, weshalb die oberwähnten Schlussfolgerungen zum Einfluss auf die Quote der Schuldsprüche auch hier ihre Gültigkeit aufweisen.

Grafik 7: Ideologischer Hintergrund der Online- und Offline-Delikten, in % der Strafverfahren (Mehrfachnennungen möglich, Quelle: EKR, 2019)



\*\*\* Sig. Unterschied ( $p < 0.001$ ), \*\* Sig. Unterschied ( $p < 0.01$ ), \* Sig. Unterschied ( $p < 0.05$ )

### III. Diskussion der Resultate

Die Datenanalyse der EKR hat aufgezeigt, dass die Anzahl der Entscheide wegen Verstössen gegen Art. 261<sup>bis</sup> StGB in den letzten Jahren zwar insgesamt rückläufig war, die Quote der Schuldsprüche hingegen zugenommen hat. Gleichzeitig haben diejenigen Delikte, die im Internet, also «online» begangen wurden, in den letzten Jahren sprunghaft (mit Ausnahme einer rückläufigen Tendenz in den letzten zwei Jahren der Datenerhebung) zugenommen, wobei diese

Zunahme hauptsächlich auf Fälle, die in den sozialen Medien begangen wurden, zurückzuführen ist. Diese Erkenntnis ist wenig erstaunlich, hat sich doch das Kommunikationsverhalten der Menschen zu einem grossen Teil ins Internet verschoben, insbesondere für den öffentlichen Meinungs Austausch.<sup>13</sup> Allerdings kann die Hypothese, dass die durch das Internet geschaffenen neuen Möglichkeiten der

<sup>13</sup> Selman/Simmler (Fn. 4), 248f.



Deliktsbegehung einen Anstieg aller rassendiskriminierenden Straffälle mit sich bringt, nicht bestätigt werden, sind doch die Fälle von Verfahren wegen Rassendiskriminierung in den letzten Jahren insgesamt gesunken. Dieses Resultat lässt daher eher den Schluss zu, dass sich Rassendiskriminierung tatsächlich vom analogen Raum in die digitale Welt verschoben hat. Der Täter, der früher z.B. rassistische Plakate an öffentlichen Plätzen aufgehängt hat, verübt seine Tat nun mit Hilfe eines Facebook-Beitrags. Dieser Wechsel in den digitalen Raum könnte der Täter möglicherweise vornehmen, weil er sich durch die scheinbare Anonymität des Internets geschützt fühlt, sein rassistisches Gedankengut mit einem grösseren Publikum teilen und sich mit Gleichgesinnten austauschen kann. Allerdings kann basierend auf den Daten der EKR keine Aussage über das tatsächliche Ausmass rassendiskriminierender Vorfälle getätigt werden, handelt es sich dabei doch lediglich um offizielle Statistiken, welche die Dunkelziffer nicht berücksichtigen können.

In den letzten zwei Jahren der Datenreihe konnte zudem ein Rückgang der Vorfälle beobachtet werden. Ob es sich dabei nur um eine zwischenzeitliche Abnahme handelt oder dies eine bevorstehende Entwicklung prognostiziert, ist aus den aktuellen Daten nicht ersichtlich und wird sich in den nächsten Jahren zeigen. Mögliche Gründe für einen Abwärtstrend könnten neue technische Massnahmen auf den Internetplattformen sein, welche strafbare Inhalte herausfiltern und automatisch entfernen. Zusätzlich könnte auch eine Sensibilisierung der Bevölkerung, dass das Internet kein strafloser und anonymer Raum ist, stattgefunden haben, welche zu einem Rückgang der rassistischen Straffälle geführt hat.

Interessant ist hingegen die Feststellung, dass die Anzahl der Fälle im Internet jeweils beinahe deckungsgleich mit der Anzahl der Schuldsprüche bei Internet-Fällen ist. Rassendiskriminierungen, die online begangen worden sind, weisen somit eine weitaus höhere Quote von Schuldsprüchen auf als Offline-Delikte.

Begründet werden kann dies damit, dass Rassendiskriminierungen im Internet vorwiegend schriftlich, evtl. unter Zuhilfenahme von Bildern oder Videos, ausgeführt werden. Durch die Schriftlichkeit ist der Sachverhalt des Straffalles einfacher rekonstruierbar und gelöschte Dateien im Internet können durch die Behörde oftmals wiederhergestellt werden. Daraus resultiert eine bessere Beweislage im Verfahren und somit eine grössere Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung. Eine weitere Erklärung für die höhere Verurteilungsrate könnte die tiefere Hemmschwelle im Internet sein. Da es sich bei der Kommunikation im Internet um virtuelle Kontakte handelt, kann die scheinbare Anonymität dazu führen, dass rassistische Aussagen vermehrt unbedacht und offensiver geäussert werden,<sup>14</sup> was zur erhöhten Intensität der Härte<sup>15</sup> und zu generell mehr Verurteilungen führen könnte. Zusätzlich wird die oft strittige Tatbestandsvoraussetzung der Öffentlichkeit im Internet mehrheitlich bejaht.<sup>16</sup> All diese Elemente führen zu einer besseren Beweislage, sofern der Autor der Äusserungen denn auch tatsächlich identifizierbar ist. Die hohe Quote an Schuldsprüchen lässt aber auch darauf schliessen, dass Verfahren im Online-Bereich häufig nur angestrebt werden, wenn die Täter überhaupt erst ermittelbar sind, was auch an der höheren Anzahl Fälle im Offline-Bereich, in denen keine Angaben zur Täterschaft bestehen, ersichtlich ist.

Unterschiede zwischen Online- und Offline-Delikten bestehen auch im Rahmen der Täter-Opfer-Konstellation. So sind denn die Kategorien Privatpersonen, politische Akteure und Jugendliche häufiger online tätig, während Rechts-extreme und Akteure im Dienstleistungssektor eher offline Delikte begehen. Auf der Opferseite werden Juden, Muslime sowie Asylbewer-

<sup>14</sup> Selman/Simmler (Fn. 4), 249f.

<sup>15</sup> Der Aufruf zu Hass i.S.v. Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB ist nur strafbar, wenn er eine gewisse Intensität erreicht, siehe dazu [Schleiminger Mettler](#), Art. 261<sup>bis</sup> N 33 ff., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

<sup>16</sup> Selman/Simmler (Fn. 4), 275; [Bähler](#), Tweet und Retweet: Mitgefangen, mitgefangen – Aber nicht immer, *medialex* 2, 2017, 43.

ber häufiger Opfer einer Online-Rassendiskriminierung, wohingegen Schwarze resp. dunkelhäutige Opfer eher im realen Leben rassistische Übergriffe erdulden müssen, was ebenfalls mit den Eigenschaften des Internets als Tatmittel und insbesondere dem Aufkommen sozialer Medien erklärt werden kann. Rassistische Äusserungen, die online getätigt werden, richten sich häufig nicht gegen Einzelpersonen, sondern bestimmte Nationalitäts- oder Religionsangehörige wie Juden, Muslime oder verallgemeinernde Gruppierungen wie Asylbewerber, während sich rassistische Übergriffe im realen Raum eher an Einzelpersonen richten, die sich durch ihre Hautfarbe oder ihr Äusseres als Mitglied einer gewissen Ethnie oder Rasse zu erkennen geben. Dieses Erkenntnis wird auch durch den ideologischen Hintergrund der Delikte bestärkt: Während Antisemitismus, Rassismus in Bezug auf eine gewisse Nationalität und Islamfeindlichkeit häufiger online abspielen, sind Entscheide, bei denen rechtsextreme Ideologien und Rassismus in Bezug auf die Hautfarbe häufiger offline anzutreffen. Werden einige Vorfälle in den sozialen Medien analysiert, fällt zudem auf, dass rassistische Äusserungen oft auf öffentlichen Facebook-Seiten,<sup>17</sup> in Facebook-Gruppen<sup>18</sup> oder auf der eigenen Pinnwand<sup>19</sup> stattfinden. So scheint es, dass die Kundgabe der eigenen Meinung und nicht die direkte Konfrontation das zentrale Motiv der Tat darstellt. Dies stellt im Fall des Kristallnacht-Tweets auch das BGer fest, indem es aufführt, dass es dem Täter dabei weniger um den Dialog gegangen, sei, sondern er sich vielmehr den Frust vom Leibe schreiben und mit einem prägnanten Wort ein wenig

provozieren haben wollen.<sup>20</sup> Dadurch hat sich mit der Verschiebung der Delikte von Offline zu Online nicht nur der Modus Operandi von Delikten gegen die Anti-Rassismus-Norm verändert, sondern auch die Opfer-Täter-Konstellation sowie die (ideologischen) Beweggründe der Täter. Wurden früher häufig Personen aufgrund ihrer Hautfarbe oder Ethnie rassistisch diskriminiert, sind es heute vermehrt Juden, Muslime und Asylbewerber, welche im Rahmen von Meinungsäusserungen oder Diskussionen auf sozialen Plattformen rassistisch herabgesetzt werden.

#### IV. Fazit

Die Datenanalyse des EKR hat klar gezeigt, dass sich das Delikt der Rassendiskriminierung durch die Digitalisierung und insbesondere durch das Aufkommen neuer sozialer Medien zu einem grossen Teil in den digitalen Raum verschoben hat und wohl in Zukunft auch vermehrt als «Cybercrime» in Erscheinung treten wird. In präventiver Hinsicht ist es dementsprechend wichtig, Massnahmen zu fördern, die auf den digitalen Raum zugeschnitten sind, so beispielsweise Aufklärungs- und Sensibilisierungskampagnen der Internet-Nutzer. In repressiver Hinsicht muss der veränderten Erscheinungsform des Delikts ebenfalls Rechnung getragen werden. Dies bedeutet, dass polizeiliche sowie staatsanwaltschaftliche Ressourcen in den digitalen Raum verlagert werden müssen, will man das Entdeckungsrisiko solcher Delikte tatsächlich erhöhen. Der Aufbau der kantonalen Cyber-Strafverfolgungsbehörden steht zwar vielerorts noch am Anfang, es kann aber davon ausgegangen werden, dass sich diesbezüglich die Lage bereits zum Zeitpunkt der Emeritierung des Jubilars massgeblich verbessert haben dürfte.

<sup>17</sup> EKR-Entscheid Nr. 2015-057N; 2015-046N; 2015-039N.

<sup>18</sup> EKR-Entscheid Nr. 2015-056N; 2015-041N.

<sup>19</sup> EKR-Entscheid Nr. 2015-054N; 2015-047N.

<sup>20</sup> BGer vom 04.11.2015, 6B\_627/2015, E. 2.6.; OG ZH vom 27.04.2015, SB140436, E. 4.4.1.

# Social Engineering

Mirjam Loewe-Baur

## Psychologische Aspekte und Prävention

Herr Glaubegut sitzt am Freitagabend an seinem Arbeitsplatz im Sekretariat einer Grossbank. Bald ist Wochenende. Es scheint ruhig, bis das wichtige E-Mail des Vorgesetzten von Herrn Glaubegut reinflattert. DRINGEND, bitte die Zahlung an einen externen Partner über CHF 23'000.00 noch heute freigeben. Wird gemacht und dann ab ins Wochenende! Am kommenden Montag stellt sich leider heraus, dass der Vorgesetzte von Herrn Glaubegut nichts von seinem Auftrag weiss – sowohl das E-Mail als auch die darin vorhandenen Kontoangaben wurden von einem Social Engineer manipuliert und gesteuert. Herr Glaubegut wurde Opfer<sup>1</sup> eines CEO-Betruges. Nie hätte er gedacht, dass ihm dies passieren könnte! Bei genauer Betrachtung des E-Mails hätte man die Fälschung erkennen können. Herr Glaubegut schämt sich zutiefst für sein Versehen und wird sich hüten, anderen Mitarbeitenden vom Erlebten zu erzählen.

Das kurze Einstiegsbeispiel soll verschiedene Facetten des Phänomens Social Engineering aufzeigen, die für die Prävention relevant sind und in diesem Beitrag thematisiert werden. Neben der Beschäftigung mit der Begrifflichkeit «Social Engineering» wird insbesondere auf die

psychologischen Aspekte eingegangen, ohne deren Verständnis, so die These, Prävention nicht greift.

### I. Was ist Social Engineering?

Social Engineering ist weder ein Straftatbestand noch existiert eine allgemeingültige Definition des Phänomens. Die Melde- und Analysestelle MELANI beschreibt Social Engineering Angriffe dahingehend, dass die Hilfsbereitschaft, Gutgläubigkeit oder die Unsicherheit von Personen ausgenutzt wird, um beispielsweise an vertrauliche Daten zu gelangen oder die Opfer zu bestimmten Aktionen, wie beispielsweise zum Kauf eines Produktes oder, wie in unserem Einstiegsbeispiel zur Freigabe von Finanzmitteln, zu bewegen (Social Engineering, Stand 28.10.2016, siehe: <https://www.melani.admin.ch/melani/de/home/themen/socialengineering.html>).

Gehackt wird demnach nicht wie einst das technische System, sondern die menschliche Psyche. Diese Verschiebung ist unter anderem auf den technologischen Fortschritt der IT-Systeme zurückzuführen. Während die Systeme immer sicherer werden, bleibt der Mensch mit seinen grundlegenden Eigenschaften wie Vertrauen, Autoritätsgläubigkeit oder Angst weiterhin für gezielte Manipulationen angreifbar. Dies gelingt der Täterschaft insbesondere, jedoch nicht nur, im Cyberspace, da dieser die

<sup>1</sup> Im vorliegenden Beitrag wird der kriminologische Opfer-Begriff verwendet, welcher weiter gefasst ist als der Opfer-Begriff im juristischen Sinn.

grösstmögliche Anonymität bietet.<sup>2</sup> Um die Vielschichtigkeit von Cyber-Phänomenen mit Bezug zu Social Engineering aufzuzeigen, werden nachfolgend jene Cybercrime-Phänomene aufgelistet, bei welchen Social Engineering gemäss Einschätzung der Autorin eine besonders grosse Rolle spielt.

	Kurzbeschreibung
<b>Phishing</b>	Unbefugtes Erhältlichmachen von persönlichen Daten mit dem Ziel unbefugter finanzieller Bereicherung.
<b>Romance Scam</b>	Vortäuschen einer Liebesbeziehung um Geld zu erhalten, «Heiratsschwindel» der Neuzeit.
<b>Sextortion</b>	Erpressen von Geld mittels vorhandener oder angeblich vorhandener Nacktaufnahmen.
<b>CEO-Betrug</b>	Als angeblicher Vertreter einer Firma zur Geldüberweisung auf ein ausländisches Konto verleiten.
<b>Money-Mule</b>	Weiterleiten von Geld oder Ware durch Dritte (Geldwäscherei).
<b>Betrügerischer technischer Support</b>	Betrug, bei dem die Täter die potenziellen Opfer anrufen und sich als technische Supporter (z.B. Microsoft-Techniker) ausgeben. Übernehmen der Kontrolle über den Computer und finanzielle Bereicherung durch kriminelle Handlungen am Computer.
<b>Falsche Immobilienanzeigen</b>	Publikation falscher Immobilienanzeigen, Verlangen von Vorauszahlungen für fiktive Immobilien.

<sup>2</sup> Beispiele für Social Engineering im analogen Bereich sind der Telefonbetrug (besser bekannt als Enkeltrickbetrug) oder der Heiratsschwindel.

Problematisch ist, dass betroffene Personen unzulässig agieren, indem sie durch ihr Handeln einen Schaden verursachen. Wird bekannt, dass eine Person manipuliert und dadurch ein Schaden generiert wurde, wird in der Praxis leider häufig die getäuschte Person und nicht etwa der dahinterstehende Social Engineer verantwortlich gemacht. Zumindest wird dem Getäuschten eine Mitverantwortung zugeschrieben. Dies mag damit zusammenhängen, dass der Social Engineer in praktisch allen Fällen unbekannt bleibt – die Strafverfolgung stösst in diesem Bereich rasch an ihre Grenzen. Umso wichtiger ist Prävention. Das Verständnis dafür, weshalb wir Menschen anfällig für Social Engineering Angriffe sind und wie sich Opfer nach einem Angriff fühlen, ist Voraussetzung für eine effektive Prävention.

## II. Psychologische Mechanismen des Social Engineerings

### A. Weshalb werden wir Opfer?

Im Bereich der IT-Security wird bereits seit Jahren intensiv Prävention betrieben. Die meisten Personen wissen beispielsweise, dass es Phishing-Mails gibt und reagieren richtig, wenn sie ein entsprechendes E-Mail erhalten. Selbst immer professioneller werdende Phishing-Mails vermögen uns in den meisten Fällen nicht zu täuschen. Die ständige Wiederholung von Awareness-Programmen ist eine wichtige Grundlage dafür, dass wir sensibilisiert sind und richtig handeln. Und trotzdem gibt es sie: Personen, die trotz Wissen um Angriffe in die Falle von Social Engineers tappen. Aus einer psychologischen Sicht kann dies damit zusammenhängen, dass wir Menschen Informationen auf zwei unterschiedliche Arten verarbeiten: Entweder unbewusst oder bewusst. Dieser Ansatz wurde durch den Psychologen und Nobelpreisträger **Daniel Kahneman** begründet. In seinem berühmten Buch «Schnelles Denken, langsames Denken» legt er dar, welche Charakteristika für welches Denksystem gelten.

Kognitives System 1	Kognitives System 2
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Unbewusst</li> <li>• Automatisch</li> <li>• Schnell</li> <li>• Mühelos</li> <li>• Ohne willentliche Steuerung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bewusst</li> <li>• Kontrolliert</li> <li>• Langsam</li> <li>• Anstrengend</li> <li>• Willentliche Steuerung</li> </ul>

Kahneman (2014) geht davon aus, dass der Mensch, wenn immer möglich, die unbewusste automatische Strategie nutzt, da die bewusste Verarbeitung von Informationen sehr anstrengend ist. Gerade wenn mehrere Informationen gleichzeitig auf ihn einwirken, ist eine parallele Verarbeitung kaum möglich. Anhand eines einfachen Beispiels wird dies deutlich: Man versuche *gleichzeitig* die Rechenaufgabe  $14 \times 72$  zu lösen und eine E-Mail zu lesen (und sich deren Inhalt zu merken!). Praktisch unmöglich, da beide Aufgaben über das bewusste kognitive System laufen. Wie sieht es aus, gleichzeitig dieselbe Rechenaufgabe zu lösen und dabei einen Stapel Papier nach Farben zu sortieren? Das klappt ganz mühelos, da das Papier Sortieren unbewusst ablaufen kann. Je mehr Informationen auf uns einprallen, desto schwieriger wird die bewusste Verarbeitung von Informationen. Die Social Engineers zählen auf den unbewussten schnellen Verarbeitungsweg: So sollen beispielsweise (Phishing-)Mails noch kurz vor dem Wochenende oder neben einer anderen Bürotätigkeit bearbeitet werden. Wäre Herr Glaubegut auch Opfer geworden, wenn das E-Mail am Montagmorgen angekommen und der Vorgesetzte im Büro nebenan gewesen wäre? Die Wahrscheinlichkeit, dass Herr Glaubegut das E-Mail auf dem bewussten Informationsweg verarbeitet hätte und misstrauisch geworden wäre, wäre sicherlich grösser. Der Fakt, dass unsere Gesellschaft einer zunehmenden Informationsflut über unterschiedliche digitale Kanäle ausgesetzt ist, mag zudem dazu beitragen, dass Informationen vermehrt automatisch und unbewusst verarbeitet werden und somit eine grössere Anfälligkeit für Social Engineering Angriffe besteht. Social Engineers leiten ihre Opfer zudem bewusst auf

den schnellen Verarbeitungsweg, indem sie eine Dringlichkeit vorgeben. So enthalten die meisten Phishing-Mails eine Art Deadline (beispielsweise soll eine Zahlung noch am selben Tag ausgeführt werden, damit ein Schaden verhindert werden kann). Auch recherchieren Social Engineers teilweise Informationen über ihre potentiellen Opfer, um die eigene Glaubwürdigkeit zu erhöhen. Dies können Informationen über ein Unternehmen, recherchiert über die Webseite des Unternehmens, oder auch einzelne Personen, recherchiert über soziale Netzwerke, sein. An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass neben dem dualen Erklärungsansatz mittels des Modells von Kahneman selbstverständlich andere Erklärungen für eine Opferwerdung denkbar sind. So scheint es beispielsweise naheliegend, dass Personen mit einem hohen Ausmass an Hilfsbereitschaft und Vertrauen besonders vulnerabel sind.

### **B. Was wird bei den Betroffenen ausgelöst und was sind die Konsequenzen daraus?**

Betroffene von Social Engineering sehen sich selber eher als Täter denn als Opfer. Schliesslich hat man selbst einen Fehler begangen, allenfalls gegen die Sicherheits-Policy des eigenen Unternehmens verstossen, vertrauliche Informationen preisgegeben oder einen hohen Schaden verursacht.

Diese Reaktion ist verständlich, jedoch aus Präventionssicht fatal: Ohne die Offenheit der Betroffenen können sich die Unternehmen nicht gegen Social Engineering immunisieren. Was steckt hinter dem Verhalten? Die Betroffenheit von Social Engineering löst bei den meisten

Als betroffene Person ist man Täter und Opfer zugleich.

Personen Scham aus – ein Gefühl der starken Verletzlichkeit, der Überzeugung, etwas falsch gemacht zu haben und infolgedessen negativen oder zumindest unangenehmen Konsequenzen ausgesetzt zu werden. Negative Konsequenzen können beispielsweise die Stellungnahme gegenüber den Vorgesetzten, die verständnislosen Blicke der Arbeitskollegen oder schlimmstenfalls die Angst vor einer Kündigung sein. Auch bei Angriffen auf den privaten Bereich einer Person (beispielsweise dem Phänomen Sextortion: Der Erpressung mittels vom Opfer überlieferter Nacktbilder) steht die Scham und Angst, vor Bekannten das Gesicht zu verlieren, im Zentrum. Als Konsequenz schweigen die Opfer. Die fehlende Auseinandersetzung mit der Opferwerdung führt zeitweise zu erheblichen psychischen Belastungen und insbesondere zur fehlerhaften Meinung, das einzige Opfer zu sein.

### III. Betroffenheit von Social Engineering und Cyber-Angriffen

Wie sieht die Lage jedoch tatsächlich aus? Da Social Engineering Angriffe selten angezeigt werden, stellen die Hellfeld Daten keine verlässlichen Quellen dar. Eine im Auftrag unterschiedlicher nationaler Akteure im Bereich der IT-Sicherheit und durch das Markt- und Sozialforschungsinstitut GFS (2019) durchgeführte Befragung der Deutsch- und Westschweizer Bevölkerung zum Thema Sicherheit im Internet zeigt auf, dass rund jede siebte Person bereits einmal von Cyberangriffen betroffen war. Aus den Angriffen resultierten finanzielle Schäden, relevante Aufwände für die Schadensbereinigung oder emotionale Belastungen. Paradoxerweise geben aber mehr als die Hälfte der von einem Angriff betroffenen Personen an, ausreichend hinsichtlich präventiver Massnahmen sensibilisiert zu sein. Dieser Widerspruch zur Schadenrealität könnte darauf hinweisen, dass sich Betroffene zu wenig mit den Gründen ihrer Opferwerdung auseinandersetzen bzw. sich nicht überlegen, weshalb sie in der Situation unachtsam waren.

Im Rahmen der Befragung wurde zudem das Sicherheitsgefühl bzgl. Verhalten im Internet

erfragt und in Relation zum Informationsgrad gesetzt. Auch hier ergibt sich eine Diskrepanz: Gut zwei Drittel der Personen mit tiefem Informationsgrad fühlen sich trotzdem sicher, während sich gut jede zehnte Person mit hohem Informationsgrad unsicher fühlt. Informationsgrad und Sicherheitsgefühl verlaufen demnach nicht, wie man annehmen könnte, gleichförmig.

Gerade was Verhaltensregeln betrifft, deckt die Befragung grosses Verbesserungspotential auf: So verwendet die Hälfte der Internetnutzerinnen und -nutzer überall oder mehrfach das gleiche Passwort. Auch wird als bekannteste und am häufigsten angewendete Schutzmassnahme eine technische Lösung, nämlich die Benutzung eines Antivirenprogrammes, genannt. Aus Präventionsicht eine besondere Herausforderung ist das Desinteresse der Befragten bzgl. Informationen: Nicht einmal die Hälfte der Befragten wünscht sich, besser über die Sicherheit im Internet informiert zu werden.

Das Problem ist: IT-Sicherheit interessiert den Bürger nicht.

### IV. Learnings für die Präventionsarbeit

Wie kann die Bevölkerung vor dem Hintergrund dieser herausfordernden Ausgangslage geschützt werden? Vielversprechend scheint ein dreistufiger Ansatz: Der *Primärprävention*, das heisst der flächendeckenden Sensibilisierung, kommt eine zentrale Rolle zu. Dabei bilden technische Präventionsmassnahmen wie der Einsatz eines Antivirenprogrammes wohl eine notwendige, jedoch keineswegs hinreichende Voraussetzung. Prävention muss auf das Verhalten der Personen Einfluss nehmen können.

Freilich handelt es sich hier um einen sehr herausfordernden Ansatz, dessen konkrete Massnahmen erprobt und evaluiert werden müssen. Zentral scheint es, im Rahmen von wiederkehrenden Awareness-Programmen wenige, jedoch wirksame Präventionsbotschaften zu platzieren, welche einen Grundschutz gewährleisten. Der Security Spickzettel der globalen Initiative *Stop Think Connect* nennt beispielsweise die folgenden fünf Punkte:

1. *Datensicherung*: Eine Kopie aller Daten erstellen und diese auf einer externen Festplatte speichern.
2. *Updates installieren*: Auf allen Geräten die aktuellsten Sicherheitsupdates installieren.
3. *Starke Passwörter*: Unterschiedliche Passwörter mit mindestens 10 Zeichen wählen.
4. *Realitätscheck*: Misstrauisch bei verführerischen Angeboten und dringenden Anfragen sein.
5. *Hilfe*: Bei Verdacht auf einen Angriff oder eine Infizierung professionelle Hilfe holen.

Wer diese fünf Tipps befolgt, ist bereits gegen eine Vielzahl von Angriffen geschützt. Hätte Herr Glaubegut beispielsweise Punkt 4 beachtet, nämlich misstrauisch bei dringenden Anfragen zu sein, hätte er das E-Mail womöglich genauer überprüft oder sich bei seinem Vorgesetzten rückversichert, bevor er die Zahlung ausgelöst hätte. Damit das Interesse an Präventionsbotschaften geweckt werden kann, ist es neben ihrer wiederholten Darstellung wichtig, Betroffenheit zu schaffen. Es soll beispielsweise aufgezeigt werden, dass Personen jeden Alters und jeden Bildungsstandes betroffen sind. Ziel soll es sein, Personen dahingehend zu sensibilisieren, dass sie relevante Informationen über das bewusste kognitive System verarbeiten, das heisst, dass eine tatsächliche Auseinandersetzung mit der Thematik stattfindet. Bei der Ausarbeitung von Awareness-Programmen ist es zwingend, werbe- und motivationspsychologische Erkenntnisse einzubeziehen.

Auf einer zweiten Stufe sollen Angebote für besonders vulnerable Personengruppen ge-

schaffen werden (*Sekundärprävention*). Während Jugendliche in Schulen und arbeitstätige Erwachsene in Unternehmen zumindest relativ flächendeckend sensibilisiert werden können, ist der Zugang zu älteren Personen sehr eingeschränkt. In der Praxis zeigt sich, dass sich gerade diese Personengruppe sehr wenig mit IT-Sicherheit auseinandersetzt und gleichzeitig immer aktiver im Internet wird. Diese Personengruppe ist demnach besonders gefährdet, Opfer von Social Engineering zu werden. Es braucht somit auf ältere Personen zugeschnittene präventive Angebote seitens unterschiedlicher privater und behördlicher Organisationen.

Eine besondere Bedeutung kommt der dritten Stufe, der *Tertiärprävention*, zu. Dabei geht es darum, Angebote für betroffene Personen zu schaffen. Was den spezifischen Bereich der Unternehmen betrifft, so scheint die Einflussnahme auf die Unternehmens-Sicherheitskultur besonders relevant. Betroffene müssen im Rahmen eines Incident Managements die Gelegenheit erhalten, Vorkommnisse ohne negative Konsequenzen zu melden und Unterstützung bei der Verarbeitung zu erhalten. In anderen Bereichen wie beispielsweise der Aviatik ist es üblich, real begangene Pilotenfehler zu Trainingszwecken zu nutzen, ohne dabei das Verhalten der betroffenen Personen zu verurteilen. Nur so kann das Problembewusstsein bei den Mitarbeitenden geschärft und somit die Bereitschaft, das eigene Verhalten kritisch zu hinterfragen und zu ändern, geschaffen werden.

Ebenfalls braucht es Angebote für betroffene Privatpersonen. Ziel soll es in erster Linie sein, eine weitere Opferwerdung zu verhindern. Dies ist teilweise gar nicht so einfach: Gerade wenn es um Phänomene wie Romance Scam geht, fehlt das Problembewusstsein teilweise gänzlich und die Gefahr ist gross, dass die betroffene Person immer wieder Geld übermittelt. In solchen Fällen braucht es intensive Einzelgespräche mit den Betroffenen, in welchen das Problem in einem ersten Schritt aufgezeigt wird und in einem zweiten Schritt eine Betreuung

bzw. Beratung in psychologischer und/oder finanzieller Hinsicht stattfinden soll.

Die Prävention hat im Bereich der Cyber-Kriminalität einen langen Weg vor sich. Eine der Hauptherausforderungen besteht darin, die präventiven Angebote sowohl für Unternehmen als auch Privatpersonen schweizweit zu bündeln. Dabei darf nicht vergessen werden, die

psychologischen Wirkmechanismen von Social Engineering einzubeziehen. Es braucht demnach in der Präventionsarbeit neben IT-Experten vermehrt auch psychologisch und sozialwissenschaftlich geschulte und auf den Cyberbereich spezialisierte Personen, welche die Präventionsarbeit auf allen drei Stufen, der Primär-, Sekundär- und Tertiärprävention mit ihrem Fachwissen unterstützen können.





# Die Blockchain und das Recht. Das Recht der Blockchain?

Veio Zanolini

## Von staatlichen Regelungen hin zur Blockchain-Governance?

### I. Einleitung

Spätestens seitdem der Bitcoin im Dezember 2017 innerhalb weniger Wochen den Schlusskurs von USD 19'216.26 erreichte und ein Jahr danach auf USD 3'248.74 sank, stehen Kryptowährungen im Fokus der öffentlichen Debatte. Die Blockchain ist die Technologie hinter dem Bitcoin. Heutzutage dienen Blockchain-Anwendungen meist dazu, Vermögenswerte schnell und kostengünstig zu transferieren. Die neue Technologie ist allerdings nicht auf rein finanzielle Zwecksetzungen beschränkt. Aktuell bestehen Blockchain-Projekte sowohl im Bereich der öffentlichen Verwaltung als auch in allen wichtigen Branchen der Privatwirtschaft. In Estland soll es bei einer E-Heirat möglich sein, die Hochzeitsurkunde in einer Blockchain zu hinterlegen, was den Notar, das Standesamt und den Priester überflüssig macht.<sup>1</sup> Durch ein eigenes Netzwerk und ohne zentrale Datenbank und Autorität erlaubt die Blockchain-Technologie Transaktionen zwischen zwei Nutzern auszuführen und die entsprechenden Informationen digital, einmalig und fälschungssicher in einer öffentlichen Datenbank zu buchen. Damit ermöglicht eine Technologie erstmals die bisher fehlende Vertraulichkeit im Internet.

Mit anderen Worten können zwei Nutzer im Netzwerk einer Blockchain eine Transaktion ausführen, ohne das Vertrauen infrage zu stellen und zu überprüfen.

Mit der steigenden Zahl der Befürworter digitaler Währungen und auf Blockchain basierender Anwendungen ist anzunehmen, dass auch der Anteil an Personengruppen zunimmt, die mit der neuen Technologie nicht wie erwünscht umgehen und diese für sich entdecken, namentlich Opportunisten, Spekulanten und Kriminelle. Die heutige soziale Umwelt ist stark durch Internet und Technologie bestimmt, die nicht nur Vorteile, sondern auch neue Risiken und kriminogene Faktoren mit sich bringen. Die individuelle Entscheidung zu solchen Verhaltensweisen dürfte von einer relativ komplexen Kosten-Nutzen-Analyse abhängen. Schliesslich bieten digitale Währungen grundsätzlich die Gelegenheit, Transaktionskosten zu minimieren und den Nutzen zu maximieren, nicht nur bei legalen, sondern auch bei deliktischen Handlungen. Hinzu kommt, dass das Risiko, entdeckt zu werden, durch die Anonymität in verteilten dezentralen Strukturen reduziert wird.<sup>2</sup> Das mit der Blockchain-Technologie verbundene

<sup>1</sup> Vgl. **Binder**, Heiraten mit der Blockchain, abrufbar unter <https://www.swisscom.ch/de/business/enterprise/themen/banking/ban-2017-001.html>, [09.08.2019].

<sup>2</sup> **Durrant**, Understanding the Nexus between Cryptocurrencies and Transnational Crime Operations, CUNY Academic Works, New York 2018, 34 ff.

Missbrauchsrisiko muss rechtzeitig erkannt werden. Am Finanz und Wirtschaft Forum vom 30.03.2019 waren sich die Gesprächsteilnehmer darüber einig, dass allfällige Risiken, die sich in der neuen Technologie verbergen, so gut wie möglich kalkulierbar gemacht werden müssen. Denn man wisse ja nicht, was nach der Blockchain komme. Man solle dabei einen möglichst technologieneutralen Ansatz verfolgen. Mit einem pragmatischen Ansatz war auch die schweizerische Finanzmarktaufsicht (FINMA) einverstanden.<sup>3</sup> Somit stellt sich die Frage nach der Regulierung der Blockchain-Technologie, denn geeignete Massnahmen können getroffen werden, wenn die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen vorhanden sind.

Nach einem kurzen Überblick über die Blockchain-Technologie und deren Anwendungen (II.) werden nachfolgend rechtliche Grundlagen und Richtlinien thematisiert (III.), die sich in der Schweiz spezifisch auf die Blockchain beziehen. Sodann werden konkrete Aspekte der gesetzlichen Regulierung der Blockchain diskutiert (IV.): Welche Herausforderungen stellen sich dabei angesichts der Natur und der Eigenschaften der neuen Technologie? Was soll die Regulierung überhaupt bezwecken? Worin bestehen Chancen und Risiken? Ferner wird auf die Programmierung der Blockchain fokussiert, deren Code in der Lage sein könnte, diverse Steuerungs- und Kontrollfunktionen zu übernehmen (V.). Durch diese Annäherungsweise an das vielfältige Thema werden die Chancen der Regulierung durch das Gesetz und die Technologie der Blockchain dargestellt. Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse werden schliesslich einige Hypothesen hinsichtlich einer neuen Governance in der Blockchain-Ökonomie diskutiert. Der Ausgangspunkt für den Begriff der Governance ist die theoretische Perspektive der IT-Governance, die auf drei Dimensionen gestützt

<sup>3</sup> Bösiger, Die Blockchain fordert neue Rechtsformen, Finanz & Wirtschaft Nr. 25 vom 30.03.2019.

ist: Entscheidungsrechte, Verantwortlichkeiten und Anreize.<sup>4</sup>

## II. Zur Blockchain-Technologie und deren Anwendungen

In der Blockchain werden Transaktionen in einem digitalen Kontenbuch dokumentiert, dessen Daten auf von Freiwilligen in aller Welt zur Verfügung gestellten und vernetzten Rechnern verwaltet werden. Sodann wird das Kontenbuch mehrfach kopiert, wobei die Kopien untereinander prinzipiell gleichgestellt sind. Neu hinzuzufügende Transaktionen werden in allen Kopien des Kontenbuchs übernommen, nachdem es zu einer Übereinkunft<sup>5</sup> über den jeweils aktuellen Stand des Kontenbuchs gekommen ist. Die Sicherheit bei der Verwaltung des Kontobuchs wird durch den Einsatz der Kryptografie gewährleistet. Die Datenstruktur ist mit jener eines P2P-Netzwerks vergleichbar, es gibt keine zentrale Datenbank, die gehackt werden kann, allerdings ist das Kontenbuch öffentlich.

In struktureller Hinsicht besteht die Blockchain aus Blöcken, einer Kette («Chain») und dem Netzwerk. Während im Block die Informationen über die Transaktionen gespeichert sind, die über einen bestimmten Zeitraum in einem Kontobuch aufgezeichnet werden, verknüpft eine Kette die Blöcke mathematisch miteinander, dies anhand eines Hash-Wertes<sup>6</sup>. Jeder Block

<sup>4</sup> Vgl. Beck/Müller-Bloch/King, Governance in the Blockchain Economy: A Framework and Research Agenda, Journal of the Association for Information Systems, 2018, Vol. 19: Heft 10, Beitrag 1., Ziff. 2.3, m.w.H.

<sup>5</sup> Dazu näher Antonopoulos, Bitcoin & Blockchain, Grundlagen und Programmierung. 2. Aufl., Heidelberg 2018, 219 ff.

<sup>6</sup> Der Begriff «Hash» stammt aus der Mathematik und bezeichnet eine kurze Zeichenfolge mit fester Länge und stellt die Abkürzung einer beliebig langen Zeichenfolge dar. Ein kryptografischer Hash-Wert wird in der Blockchain-Technologie als Prüfsumme oder Sicherungsmechanismus benutzt. Ändert sich ein Zeichen am ursprünglichen Inhalt des Datensatzes, so ändert sich der entsprechende Hash-Wert komplett. Der Hash-Wert dient also dazu, zwei Zeichenfolgen miteinander zu vergleichen und festzustellen, ob sie identisch sind. Auf der Blockchain wird derjenige Datensatz, der gespeichert werden soll, in einen Hash-Wert umgewandelt und dieser im Block gespeichert. Grundsätzlich ist alles in einen Hash-Wert umwandelbar, es kommt dabei weder auf die Art noch auf die Grösse des Datensatzes an (vgl. Gyr, Blockchain und Smart Contracts, Die vertragsrechtlichen Implikationen einer neuen Technologie, Bern 2019, S. ii). Das Besondere am Hash-Wert ist, dass dieser nicht ermöglicht, den ursprünglichen Wert zu rekonstruieren.

muss sich auf den vorherigen Block beziehen, ansonsten ist er ungültig. Anhand der Bitcoin-Blockchain zeigt sich, dass die Technologie nicht auf Komponenten wie Konten, Nutzern, Salden oder Zahlungen basiert, sondern auf niedriger Ebene angesiedelten kryptografischen Funktionen bzw. Primitiven. Diese zeichnen sich wie folgt aus: Kein Double-Spending, Unveränderlichkeit, Neutralität, sichere Zeitstempel, Autorisierung, Überprüfbarkeit, Buchhaltung, kein Verfallsdatum, Integrität, atomische Transaktionen, diskrete (unteilbare) Werteeinheiten, Beschlussfähigkeit, Zeitsperren/Alterung, Replikation, Fälschungssicherheit, Konsistenz, externe Zustände festhalten, vorhersehbare Emission.<sup>7</sup> Aus diesen Primitiven werden übergeordnete Konzepte bzw. Anwendungen abgeleitet.

<sup>7</sup> Diese Liste ist nicht vollständig; neue Grundbausteine kommen hinzu, wenn neue Funktionen eingeführt werden. Näheres dazu Antonopoulos (Fn. 5), 282%

Das Blockchain-Netzwerk ist sowohl verteilt als auch dezentralisiert. Verteilt ist es deshalb, weil seine Bestandteile auf mehreren Rechnern an unterschiedlichen Orten gespeichert sind. Die Dezentralisierung hängt hingegen davon ab, wie die Entscheidungsrechte verteilt sind.

Neben den Kryptowährungen stellen Token, Smart Contracts und Initial Coin Offering (ICO) wichtige Kategorien von Anwendungen der Blockchain-Technologie dar. Als blockchainbasierte Kryptowährung setzt sich der Bitcoin zusammen aus Benutzern mit eigenem Wallet, den im Netzwerk propagierten Transaktionen und den Miner, welche das verbindliche Kassenbuch für alle Transaktionen bzw. die Blockchain erzeugen.<sup>8</sup> Virtuelle Währungen gelten in der Schweiz als Vermögenswerte, jedoch nicht als Währung oder gesetzliches Zahlungsmittel.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Blockchain.info [09.08.2019] stellt hingegen einen Blockchain-Explorer zur Verfügung.

<sup>9</sup> Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz, Bern 2018, 7%

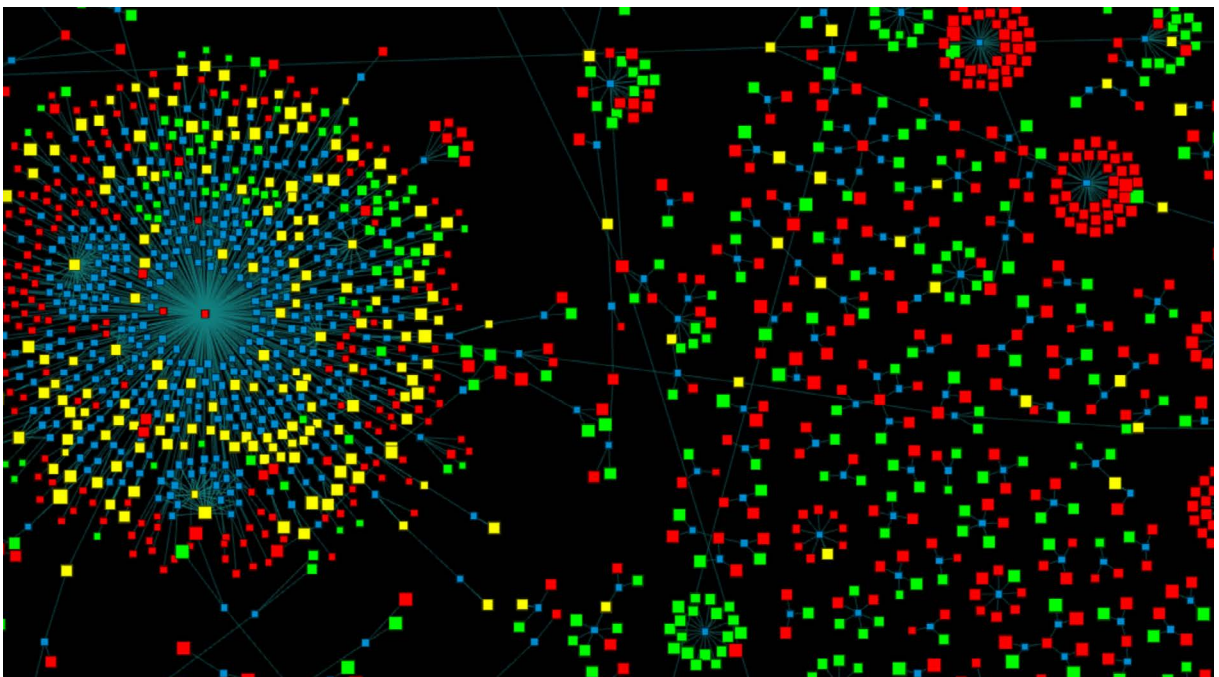


Abbildung 1: Visuelle Darstellung von Bitcoin-Transaktionen vom 20.08.2019 um 17.23.58 Uhr gemäss <http://dailyblockchain.github.io>.

Damit ein Datensatz (z.B. Wert oder Gegenstand in der realen Welt) Gegenstand von Transaktionen in einer Blockchain sein kann, braucht er einen eindeutigen Vertreter bzw. Token in der Blockchain. Für den Begriff «Token» besteht keine einheitliche Definition. Die FINMA qualifiziert Token aus einer finanzmarktrechtlichen Perspektive und teilt sie in drei Kategorien: Zahlungs-, Nutzungs- und Anlage-Token auf.<sup>10</sup> Je nach wirtschaftlicher Funktion repräsentiert ein solcher Token eine Aktie, Obligation oder ein Derivat. Ebenfalls in diese Kategorie fallen diejenigen Token, die physische Wertgegenstände auf der Blockchain handelbar machen.<sup>11</sup>

Was unter dem Begriff «Smart Contracts» zu verstehen ist, lässt sich nicht durch eine allgemeingültige Definition beschreiben. Smart Contracts können durch unterschiedliche Akteure zu unterschiedlichen Zwecken verwendet werden. Eine Vorreiterrolle kommt im Zusammenhang mit Smart Contracts der in der Schweiz ansässigen Ethereum-Stiftung zu, die diesen Begriff geprägt hat. Grundsätzlich handelt es sich um Codes auf der Blockchain, die mit anderen Smart Contracts interagieren, Entscheidungen treffen, Daten speichern und Ether – die Kryptowährung von Ethereum – versenden können. Die jeweiligen Eigenschaften können durch ihre Schöpfer bestimmt werden – die Ausführung und allfällige weitere Serviceleistungen werden jedoch durch die Ethereum-Blockchain vorgenommen.<sup>12</sup>

Schliesslich ist ein ICO eine Form öffentlicher Kapitalbeschaffung in digitaler Form für unternehmerische Zwecke. Die Anleger überweisen den ICO-Organisatoren finanzielle Mittel in Form von Kryptowährung und erhalten im Gegenzug blockchainbasierte Coins bzw. Token. Diese Token werden auf einer neu entwickelten

Blockchain oder mittels Smart Contracts auf einer bereits bestehenden Blockchain geschaffen und verteilt gespeichert.<sup>13</sup>

Die Blockchain-Technologie hat viele Hürden zu überwinden, um zu einer Software zu werden, die zugleich eine Mainstreamlösung darstellt. Fraglich ist, ob die Technologie aktuell überhaupt flächendeckend einsetzbar wäre. In ihrer Anwendung ist sie komplex und schwer, man denke etwa nur an den enormen Energieverbrauch, der zum Durchführen der jeweiligen Algorithmen<sup>14</sup> erforderlich ist. Ferner dauert der Abrechnungsprozess im Bitcoin-Blockchain-Netzwerk immer noch rund zehn Minuten: schneller als im Rahmen herkömmlicher Zahlungssysteme, aber zu lange im Hinblick auf das Internet der Dinge. Wieweit ist das heutige Netzwerk skalierbar? Was passiert, wenn Tausende oder gar Millionen vernetzter Blockchains täglich Milliarden von Transaktionen verarbeiten? Die Antworten auf diese und ähnliche Fragen sind noch offen.

Hinzu kommt, dass die weltweite Infrastruktur nicht gleichmässig verteilt ist. Im Umgang mit der neuen Technologie ist festzustellen, dass diese für den Normalbürger ziemlich anspruchsvoll ist. Wer im Bitcoin-Netzwerk den privaten Schlüssel verliert, macht die darin enthaltenen Kryptowährungen unwiederbringlich, es sei denn, die Wallet-Firma hat sich dazu verpflichtet, den gegebenenfalls verlorenen Schlüssel wiederherzustellen. Jedenfalls fehlt ein zentralisiertes Institut wie eine Bank, die von vornherein bestimmte Dienste zur Verfügung stellt. Das Fehlen einer zentralen Autorität im Umgang mit Geld und Transaktionen verlangt im Allgemeinen eine erhebliche Verhaltensänderung, muss der Normalbürger doch nun allein und eigenverantwortlich sein Geld auf einem Stick speichern, seine Passwörter sichern und ein Backup dieser Daten an ver-

<sup>10</sup> Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Hrsg.), Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), Bern 2018.

<sup>11</sup> Gyr (Fn. 6), xi ff.

<sup>12</sup> Zu den Definitionsansätzen im Einzelnen Gyr (Fn. 6), 89 ff.

<sup>13</sup> Gyr (Fn. 6), x.

<sup>14</sup> Die wichtigsten Algorithmen sind aktuell Proof of Work, Proof of Stake, Delegated Proof of Stake, Proof of Capacity, Proof of Burn (dazu näher developcoins.com, [09.08.2019]).

schiedenen Orten durchführen, damit sein Geld nicht plötzlich weg ist.<sup>15</sup>

### III. Rechtliche Grundlagen

Die ersten praktischen Erfahrungen mit Kryptowährungen und Initial Coin Offerings haben zu den ersten Regulierungsversuchen geführt. Ein paar Beispiele: Bereits im Mai 2016 beschloss die Stadt Zug, dass Gebühren am Schalter der Einwohnerkontrolle bis zum Betrag von CHF 200.00 fortan in Bitcoin beglichen werden können. Dies war kein Zufall, hatten sich doch bereits einige Unternehmen aus dem Bereich der digitalisierten Finanzdienstleistungen und der Blockchain-Technologie im Kanton Zug angesiedelt. Im September 2017 ermöglichte das Handelsregisteramt dieses Kantons sodann die Gründung und Eintragung einer Aktiengesellschaft, deren Aktienkapital mittels Einlage der Kryptowährung Bitcoin als Sacheinlage liberiert wurde.<sup>16</sup> Nachdem 2017 in der Schweiz und in Liechtenstein die ersten Bankkonten für ICOs sowie für Projekte mit Kryptowährungen eröffnet wurden<sup>17</sup>, hat die FINMA im Februar 2018 ihre eigenen Richtlinien erlassen. Es handelt sich um Prinzipien und Anforderungen, welche Gesuche um Eröffnung neuer Bankbeziehungen für Krypto-Projekte zu erfüllen haben. Im Zentrum der Richtlinien stehen Funktionalität und Übertragbarkeit von Zahlungs-, Nutzungs- und Anlage-Token, welche durch den ICO-Organisator ausgegeben werden. Da weder in der Schweiz noch international eine allgemein anerkannte Klassifizierung von Token besteht, spielt die Frage, ob diese bereits von Beginn des ICOs an handel- oder übertragbar sind, eine zentrale Rolle. Die Richtlinien der FINMA definieren ferner die Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei.

Im Dezember 2018 hat der Bundesrat einen Bericht über die rechtlichen Grundlagen für *Distributed Ledger*-Technologie und Blockchain in der Schweiz erlassen.<sup>18</sup> Dieser bezieht sich in erster Linie auf die Anwendungen der Blockchain im Finanzsektor. Sodann werden Fragen im Zusammenhang mit dem Zivilrecht, dem Finanzmarktrecht und der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung behandelt. Die Frage lautet, wie die Blockchain in ihrer Natur und Anwendung *de lege lata* einzuordnen und zu beurteilen ist und ob die Rechtssicherheit mit Blick auf die neuen Entwicklungen durch neue, spezifische Normen sichergestellt werden soll. Ähnliche Fragen stellen sich, wenn man – statt der Blockchain – die Anwendungsmöglichkeiten virtueller Währungen unter die Lupe nimmt.<sup>19</sup> Das Fazit lautet, dass neue Regelungen schon deshalb erforderlich sind, weil sich die Blockchain oder die Kryptowährungen im geltenden Recht nicht vollständig einordnen lassen.<sup>20</sup>

In Bezug auf kryptobasierte Vermögenswerte stützt sich der Bericht des Bundesrates auf der von der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung durchgeführten Risikoanalyse. Diese kommt zum Schluss, dass weltweit ein Risiko des Missbrauchs kryptobasierter Vermögenswerte für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vorhanden ist. Jedoch unterstehen Personen und Institute, die mit solchen Vermögenswerten arbeiten und Finanzintermediation anbieten, bereits heute dem Geldwäschereigesetz. Bei Dienstleistungen, die keine Finanzintermediation darstellen – wie etwa bei Non-Custodial Wallet Anbietern –, sind Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung unwahrscheinlich; in diesen Fällen besteht auch

<sup>15</sup> Tapscott/Tapscott, Die Blockchain Revolution, Wie die Technologie hinter Bitcoin nicht nur das Finanzsystem, sondern die ganze Welt verändert, 5. Aufl., Kulmbach 2018, S. 46, 323 ff. m.w.H.

<sup>16</sup> Müller/Reutlinger/Kaiser, Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union, EuZ 2018, 80 ff., 84 f.

<sup>17</sup> Petrovskaya, What makes Switzerland & Liechtenstein regulatory framework attractive to international blockchain, abrufbar unter <https://innmind.com/articles/1836>, [09.08.2019].

<sup>18</sup> Bundesrat (Fn. 9).

<sup>19</sup> Dazu Müller/Reutlinger/Kaiser (Fn. 16), 80 ff.

<sup>20</sup> Zum Problemfeld der Einordnung im geltenden Recht gehört auch das Verhältnis zwischen Landesrecht und EU-Recht. Sofern nun lediglich die EU und einige andere Länder neue Regelungen einführen, lässt sich eine Aktivität ohne Probleme in weniger intensiv regulierte Gebiete umgehen. Wünschenswert wäre daher ein global akzeptiertes Regelungsrahmengerüst.

gemäss der Financial Action Task Force (FATF) kein Handlungsbedarf.<sup>21</sup>

Aufgrund dieser Übersicht ist festzustellen, dass hinsichtlich der Regulierung der Blockchain in der Schweiz Vorsicht und Pragmatismus herrschen.

#### IV. Regulierung der Blockchain durch das Gesetz<sup>22</sup>

In diesem Kapitel wird die Regulierung durch Gesetze im formellen und materiellen Sinn der Blockchain-Technologie in Bezug auf deren Programmierung und Anwendung diskutiert. Die erste Ebene betrifft das Verhalten und die Aktivitäten der Endbenutzer. Einerseits könnten diese durch gesetzliche Regelungen direkt beeinflusst werden: Wer sich nicht an die gesetzlichen Pflichten hält, hat mit den gesetzlich statuierten Folgen zu rechnen. Andererseits könnten die Endbenutzer auch indirekt beeinflusst werden, etwa durch Steuern oder Verhaltensnormen, die über längere Zeit die geltenden Sozialnormen beeinflussen oder neue Sozialnormen schaffen. Will man hingegen die Aktivitäten der Endbenutzer direkt überwachen, so stellt die Verwendung von Pseudonymen sowie von Verschlüsselungstechniken und Datenschutzmassnahmen ein Hindernis dar, das durch den Einsatz von Data-Mining-Prozessen nur mit erheblichem Aufwand überwunden werden kann. In diesem Zusammenhang stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Regulierung auf der Ebene der Endbenutzer überhaupt sinnvoll ist, wenn ihnen mangels entsprechender Informationen das Unrechtsbewusstsein fehlt. Will man bei der Regulierung der Blockchain auf die Endbenutzer fokussieren, dann sollte dies in einer vernünftigen Art und Weise sowie in einem tragbaren Mass geschehen.

Eine weitere Ebene stellen die Internet Service Provider (ISP) dar. Wie sonst im Internet besteht ihre Aufgabe darin, dass sie durch das TCP/

IP-Protokoll die Internetverbindung zur Verfügung stellen. Die ihnen zur Verfügung stehenden Protokolle enthalten zahlreiche und wertvolle Informationen über Verbindungen und Transaktionen innerhalb einer Blockchain sowie die Art und Weise, wie der Konsens zwischen der jeweiligen Rechnern («Nodes») zustande gekommen ist. Die Überwachung der ISP verspricht eine verhältnismässig gute Kontrolle über die Aktivitäten der Blockchains, denn sie sind nach wie vor in der Lage zu entscheiden, welche Rechner mit einer bestimmten Blockchain verbunden werden dürfen und welche nicht. Auf der Ebene eines ISP stellt sich das Verschlüsselungsproblem nur in einem beschränkten Umfang: Obwohl Verschlüsselungstechniken unter den Parteien, die eine blockchainbasierte Applikation verwenden, eingesetzt werden können, bleibt der Verkehr über das Netzwerk unverschlüsselt.

Neben ISP können natürlich auch die Suchmaschinen im Fokus staatlicher Regelungen stehen. So könnte z.B. die Indexierung von Webseiten so beschränkt werden, dass die Internet-Adresse bestimmter Anwendungen und relevante Hinweise unterbunden werden.

Gegenstand der Regulierung können ferner die blockchainspezifische Vermittler sein. Wenn die Blockchain-Technologie so konzipiert ist, dass in deren Netzwerk auf jegliche zentrale Datenbank und Autorität verzichtet werden kann, so schliesst dies das Auftreten neuer Vermittler nicht aus. Gemeint sind etwa neue Unternehmen, die Wallets zur Verfügung stellen, oder jene, die den Geldwechsel erlauben, entweder nur zwischen Kryptowährungen oder zwischen diesen und den herkömmlichen Währungen (Fiat-Währungen<sup>23</sup>). Sollen die Aktivitäten dieser Dienstleister überwacht werden, so besteht das Problem, dass diese ihren Sitz im In- aber auch im Ausland haben können. Somit würden sie zunächst einmal der

<sup>21</sup> Bundesrat (Fn. 9), 149.

<sup>22</sup> Gemäss dem Ansatz von De Filippi/Wright, Blockchain and the Law, The Rule of Code, Cambridge/London 2018, 173 ff.

<sup>23</sup> Mit diesem Begriff werden heutzutage in erster Linie die Zentralbankwährungen gemeint. So fällt beispielsweise der Schweizer Franken genauso in den Bereich Fiat-Geld wie der Euro oder der US-Dollar.

Gesetzgebung des Staates ihres Sitzes unterstehen.

Dieses Problem gilt auch für die prominentesten Vermittler in einem Blockchain-Netzwerk: die Miner. Diese sind grundsätzlich in der Lage, zu eruieren, ob eine Transaktion technisch valide ist. Was die Transaktion hingegen bezweckt, können sie nicht interpretieren. Im Unterschied zu ISP sind sie nicht in der Lage, die Internetverbindungen durch eine tiefe Überprüfung deren Datenpakete zu überwachen. Für ihre Operationen profitieren die Miner nicht von einer Blockchain und stellen auch keine Blockchain zur Verfügung, sondern sind Bestandteil des Blockchain-Netzwerkes. Darin spielen sie eine autoritative Rolle, indem sie ultimativ entscheiden, ob eine neue Software, die Einfluss auf das grundlegende Protokoll einer Blockchain hat, überhaupt zugelassen wird. Dabei können sie die Angaben zum Verlauf von Transaktionen in einer geteilten Datenbank verändern oder neue Kontrollfunktionen im Netzwerk einbauen. Diese Möglichkeiten werden relevant, wenn eine Mehrheit der Miner in der Verwendung einer neuen Protokollregel übereinstimmen. Wie Miner-Pools entstehen können, zeigt sich anhand der Entwicklungen der grössten Blockchain-Netzwerke: Im Bitcoin-Netzwerk kontrollieren vier Miner-Pools über 50 % der gesamten Bitcoin-Blockchain; im Ethereum-Netzwerk sind es nur zwei. Würden diese Pools zusammenarbeiten, würden sie als eigentliche Herrschaftspools das gesamte Netzwerk kontrollieren.

Nun könnten die Miner und die Miner-Pools im Prinzip gesetzlich dazu verpflichtet werden, bestimmte, unerwünschte Aktivitäten im Netzwerk zu unterlassen oder zu verhindern. Würde sich eine Mehrheit von ihnen jedoch ausserhalb des gesetzlichen Anwendungsbereichs befinden, könnten sie jegliche Aufgaben und Funktionen übernehmen und im gesamten Netzwerk zur Verfügung zu stellen, ohne gesetzliche Folgen zu befürchten. Dieses Problem besteht bei dezentralisierten Netzwerken, in denen die Miner wichtige Entscheidungen

selbständig treffen. Bei eher zentralisierten Blockchain-Netzwerken stellt sich das Regulierungsproblem grundsätzlich wie bei jedem anderen internationalen Netzwerk.

Ferner besteht die Möglichkeit, Normen zur Programmierung der Blockchain einzuführen, namentlich durch Vorgaben zur Herstellung des Codes der Blockchain. Denkbar wäre die Pflicht, im Blockchain-Netzwerk einen privilegierten Zugang für Behörden vorzusehen, der bei Bedarf die Ausschaltung bestimmter Funktionen erlauben würde. Auch hier würde sich das Problem des räumlichen Geltungsbereichs der jeweiligen Rechtsnormen stellen. Bei eher dezentralisierten Blockchain-Netzwerken würde sich insbesondere die Frage stellen, wie mit Miner umzugehen wäre, welche die Anwendung solcher Vorschriften verhindern würden.

Aufgrund der obigen Ausführungen kann der Eindruck entstehen, dass eine umfassende Regulierung der Blockchain eher unmöglich ist. Jedoch hat die Blockchain-Technologie mit internationalen verteilten Netzwerken – etwa P2P-Netzwerken – viel gemeinsam. Mit solchen Netzwerken leben wir schon seit zwei Jahrzehnten. Darüber wurde bereits vor der Finanzkrise von 2008 geforscht.<sup>24</sup> Die Regulierung der Blockchain-Technologie stellt daher kein neues Thema dar. Dabei empfehlen [Quintais et al.](#) (2019), es sei zu vermeiden, dass Technologie einerseits und Gesetze andererseits als zwei Welten dargestellt werden, als würden Letztere die Innovation und die Entwicklung der Blockchain von vornherein verhindern. Am Beispiel der Schweiz zeigt sich, dass die gesetzlichen Grundlagen und die Debatte über die Einführung neuer Regelungen die Vorbeugung von sozialschädlichen Risiken bezwecken. Rein präventive Regelungsbestrebungen, welche der Innovation und der Entwicklung der Blockchain-Technologie im Weg stehen würden, sind

<sup>24</sup> Siehe etwa [Goldsmith/Wu](#), Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World, Oxford 2006; [Quintais et al.](#), Blockchain and the Law: A Critical Evaluation, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2019-03, 19 f. m.w.H.

nicht ersichtlich. Das zeigen auch die Richtlinien der FINMA.

## V. Der Code der Blockchain als Gesetz<sup>25</sup>

In einer Zeit digitaler Transformation setzt die Digitalisierung auf mehreren Ebenen eines Unternehmens – etwa der Produkte und Dienstleistungen, der Kanäle, des operativen Geschäfts (Arbeitsprozesse) und des Geschäftsmodells überhaupt – ihre Regeln durch und beeinflusst das menschliche Verhalten in mehrerer Hinsicht. Am besten ist die Digitalisierung im Gesamtkontext des jeweiligen Unternehmens zu betrachten. Somit stellt die Digitalisierung nicht nur ein Effizienzsteigerungsprogramm dar, sondern ist ein zentrales Element der Unternehmensstrategie, die zu einem Kulturwandel führt. Damit ist die Digitalisierung Chefsache und nicht bloss ein IT-Thema.<sup>26</sup> Bei der Digitalisierung von Produkten und Arbeitsprozessen werden Unternehmensstrategien in Codes umgesetzt: Kundenentscheidungen lösen Arbeitsprozesse aus und führen zu einem im Voraus festgelegten Ziel. Die Digitalisierung beschränkt sich nicht auf die Privatwirtschaft, sondern fasst auch in zahlreichen Tätigkeitsfeldern der öffentlichen Verwaltung Fuss.

Während die gesetzliche Regulierung der Blockchain – wie im vorherigen Kapitel dargestellt – zahlreiche Schwachstellen aufweist, könnte man davon ausgehen, dass die Technologie grundsätzlich in der Lage ist, ein deterministisches und selbstausführendes System zur Anwendung und Durchsetzung von Regeln zur Verfügung zu stellen. Wäre ein solches System wirksamer und effizienter als das Gesetz? Klar ist, dass die Technologie wenig Spielraum für Entscheidungen lässt, denn technische Prozesse werden meist durch klare und strenge Regeln gesteuert. In einem digitalisierten deterministischen System würde der Code zum obersten Gesetz. Mit den Worten von **Charles Clark**: «The answer to the machine is

the machine»<sup>27</sup>. So könnten die Voraussetzungen zur Anwendung von Normen in blockchain-basierten Lösungen hartcodiert und automatisiert werden. Unter diesen Umständen würden die Unsicherheiten bei der Auslegung und Anwendung des Rechts erheblich reduziert oder gar eliminiert werden. Auch die Kontrolle über die Einhaltung der Gesetze für die Behörden wäre einfacher und effizienter. Durch den Einsatz einer Technologie, die nichts vergessen kann, würde die Gefahr von Manipulationen der Daten durch eine zentrale Stelle entfallen.<sup>28</sup>

Dabei stellt sich allerdings die grundlegende Frage, ob und wie weit sich Gesetze in technische Regeln und Codes übersetzen lassen. Das System einer Blockchain an sich ist eigentlich eine blinde Umgebung bestehend aus Codes; die Regeln werden vom Netzwerk unveränderbar interpretiert und ausgeführt. Die Absichten hinter dem Code werden jedoch nicht interpretiert.<sup>29</sup> Hingegen sind Gesetze in einer Sprache formuliert, die von Natur aus flexibel und zugleich mehrdeutig ist. Sie stellen einen Text dar, welcher einer Interpretation bedarf. Der Spielraum im Rahmen der Rechtsanwendung nimmt bei unbestimmten Rechtsbegriffen zu, deren Bedeutung nicht allgemein-abstrakt und von vornherein festgelegt werden kann, sondern erst im Kontext der Rechtsanwendung zu eruieren ist. Bei der Einbindung der Normen in ein Blockchain-Netzwerk droht somit sowohl ein Verlust als auch eine Umdeutung relevanter und unerlässlicher Norminhalte. Daher würden nur ganz bestimmte Normen mit eindeutigen (eher technischem) Inhalt in Betracht kommen.

Will man der Blockchain Steuerungsfunktionen und Kontrollaufgaben übertragen, würde die Anwendung von Gesetzen und sonstige Normen durch ein deterministisches System erfolgen, welches gemäss den obigen Ausführungen eine

<sup>25</sup> Gemäss dem Ansatz von **De Filippi/Wright** (Fn. 22), 193 ff.

<sup>26</sup> **Bain & Company** (Hrsg.), *Von der Vision zur Transformation: Digitalisierung ist Chefsache*, München/Zürich 2018.

<sup>27</sup> **Clark**, *The Answer to the Machine Is the Machine*, in: **Hugenholz** (Hrsg.), *The Future of Copyright in a Digital Environment: Proceedings of the Royal Academy Colloquium*, The Hague 1996.

<sup>28</sup> Vgl. **Abramowicz**, *Cryptocurrency-Based Law*, *Arizona Law Review* 58/2016, 359 ff.

<sup>29</sup> **Gyr** (Fn. 6), 212 ff.



höhere Effizienz versprechen würde. Dabei ist allerdings unklar, was unter einem solchen Effizienz-Konzept zu verstehen ist. Quintais et al. (2019) bringen ihre Skepsis zum Ausdruck: Wenn algorithmisch determinierte Entscheidungsprozesse dazu führen sollten, dass die ultimative Kontrolle und der Überblick des Menschen über diese entbehrlich werden und keine Möglichkeit mehr besteht, sowohl die Entscheidung selbst als auch das Vorgehen infrage zu stellen, dann sollte man eigentlich danach fragen, ob ein solches System überhaupt erwünscht, nicht bloss, ob dessen Realisierung technisch möglich sei.<sup>30</sup> Dieser Kritik ist zuzustimmen. Dass man in einer ersten Entwicklungsphase das Potenzial einer neuen Technologie genauer einschätzen will, kann verständlich sein. Trotzdem sollten die Bedürfnisse und die Interessen des Menschen und der Gesellschaft im Zentrum bleiben.

## VI. Schlussfolgerungen

Mit dem Ausdruck «Blockchain-Technologie» werden verteilte und mehr oder weniger dezentral geführte Netzwerke bezeichnet. Die Blockchain-Technologie als solche, wie wir sie unter II. beschrieben haben, müsste allerdings nicht nur verteilt, sondern auch vollständig dezentral geführt werden. Denn alle Systeme, die ganz oder auch nur teilweise zentralisiert geführt werden, sind manipulierbar. Man muss also Blockchain-Systeme verwenden, die niemand, egal mit wie viel Computerpower er ausgestattet ist und mit wie vielen Computern er sich zusammenschliesst, verändern kann. Dass «Blockchain-Technologie» heutzutage als Sammelbegriff benutzt wird, ist deshalb verständlich, weil es das vollständig dezentralisierte System in der Realität bisher nur einmal gibt und das ist die Bitcoin-Blockchain. Wenn man von Blockchain-Netzwerken redet, heisst dies noch lange nicht, dass es dabei um vollständig dezentralisierte Netzwerke handelt. Vielmehr kommt es auf den Grad der Zentralisierung bzw. Dezentralisierung der Entscheidungsrechte an. Blockchain-Netzwerke, die

nicht öffentlich zugänglich sind, werden im Allgemeinen einen höheren Grad an Zentralisierung aufweisen. Konkrete Beispiele sind Airbnb und Uber, hingegen folgt die Handelsplattform Swarm City in ihrer Organisationsstruktur einem dezentralisierten Ansatz.<sup>31</sup> Im Hinblick auf die Regulierung gilt: Je dezentralisierter die Netzwerke geführt werden, desto grösser ist die Herausforderung.

Gegenüber der mit dem Thema der Blockchain verbundenen Vielfalt überrascht kaum, dass eine umfassende Regulierung durch das Gesetz eher unmöglich erscheint. Wird einzig auf dezentral geführte Netzwerke fokussiert, so findet man Lösungsansätze zur Regulierung der Blockchain-Technologie nur im Kontext einer neuen Governance. Das Konzept der IT-Governance mit seinen Grundstrukturen ist in Bezug auf verteilte sowie dezentral geführte Netzwerke unbrauchbar.

Ob Smart Contracts zur Anwendung kommen oder nicht: Es ist aktuell nicht ersichtlich, wie Blockchain-Netzwerke in der Lage sein könnten, beliebige Gesetze zu ersetzen und autonom im Rahmen eines deterministischen, wirksamen und effizienten Systems zur Anwendung zu bringen. Selbst wenn der Anwendungsbereich der Smart Contracts auf Zertifikate und technische Regeln beschränkt sein wird, ist in vielen Branchen nicht nur mit neuen Arbeitsprozessen, sondern auch mit einer neuen Verteilung der Ressourcen zu rechnen.

Jede digitale Lösung wurde von Menschen erzeugt. Hoffentlich wird der Mensch künftig die Übersicht über die strategischen Entscheidungen behalten. Dass im Rahmen illegaler Aktivitäten Kryptowährungen als Zahlungsmittel benutzt wurden, konnte u.a. die Studie von Janze (2017) belegen. Die Ergebnisse dieser Untersuchung zeigen jedoch, dass das Fiat-Geld

<sup>30</sup> Quintais et al. (Fn. 24), 19% m.w.H.

<sup>31</sup> Vgl. Beck/Müller-Bloch/King (Fn. 4), Ziff. 2.3, m.w.H., 16.

das gleiche Schicksal teilt.<sup>32</sup> Daher fehlen überhaupt Hinweise darauf, dass der Umgang mit Kryptowährungen mit einem erhöhten Kriminalitätsrisiko verbunden ist, wie oft vermutet wird.<sup>33</sup>

Während ein enger kausaler Zusammenhang zwischen Blockchain bzw. Kryptowährungen und kriminellen Verhaltensweisen oft angenommen wird, werden andere Aspekte vernachlässigt. Ende April 2019 konnten die Administratoren des weltweit zweitgrössten Darknet-Markts – dank der Auswertung der in der Blockchain verankerten Daten – festgenommen werden. Auch der Administrator des grössten deutschen Darknet-Forums «Deutschland im Deep Web» wurde enttarnt, weil die Ermittler den Weg der Gelder mittels Blockchain nachvollziehen konnten.<sup>34</sup> Indem die Blockchain-Technologie die in ihrem Netzwerk lückenlos registrierten Informationen und

Transaktionen jederzeit belegen kann, verhält sie sich wie ein Dritter, der Zeuge für die Integrität der im Netzwerk gespeicherten Dateien und Informationen ist. Dank ihrer Eigenschaften kann die Blockchain-Technologie in kriminalistischer Hinsicht interessant werden und polizeiliche Ermittlungen wesentlich erleichtern. Dies setzt voraus, dass die Ermittler entsprechend geschult werden und mit Techniken und Methoden der Ermittlung relevanter Tatsachen, die etwa auf den Einsatz von Kryptowährungen hinweisen, vertraut sind. Die neuen Ermittlungsmethoden der Strafverfolgungsbehörden zeigt **Furneaux** (2018) am Beispiel der Kryptowährungen auf.<sup>35</sup> Die Blockchain-Technologie bringt somit in kriminalistischer Hinsicht nicht nur neue Risiken, sondern auch neue Chancen mit sich.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass in der Schweiz zurzeit die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Umgang mit der Blockchain-Technologie ausreichend sind. Jedoch gilt es, die rasanten Entwicklungen in diesem Bereich im Auge zu behalten, um allenfalls zeitnahe darauf reagieren zu können.

<sup>32</sup> Siehe **Janze**, Are Cryptocurrencies Criminals Best Friends? Examining the Co-Evolution of Bitcoin and Darknet Markets, Twenty-third Americas Conference on Information Systems, Boston 2017.

<sup>33</sup> Offenbar lässt sich der Umgang mit Kryptowährungen nicht ohne Weiteres anhand des Modells des «homo oeconomicus» erklären.

<sup>34</sup> Siehe **Dölle**, Spurensicherung: Wie die Blockchain Kriminelle überführt, Beitrag vom 24.05.2019, abrufbar unter <https://www.heise.de/ct/artikel/Spurensicherung-Wie-die-Blockchain-Kriminelle-ueberfuehrt-4427702.html>, [01.10.2019].

<sup>35</sup> **Furneaux**, Investigating Cryptocurrencies, Understanding, Extracting, and Analyzing Blockchain Evidence, Indianapolis 2018, 117 ff.



# Big Data – Big Changes?

Ladina Cavelti

## Big Data und Algorithmen verändern unser Leben und unsere Gesellschaft. Werden Sie auch die Kriminologie verändern?

**Big Data und Algorithmen verändern unser Leben und unsere Gesellschaft. Dank den enormen Datenmengen und den Möglichkeiten der Analyse solcher Daten wird befürchtet, dass Big Data ein Paradigmenwechsel in der Wissenschaft einläuten wird. In Zukunft, so wird prognostiziert, werden Theorien und sozialwissenschaftliche Methodenforschung in der bisherigen Form obsolet.**

### I. Big Data

Big Data ist überall. Kaum vergeht eine Woche ohne Neuigkeiten, was alles mit Big Data und Algorithmen möglich ist und wie sie Leben und Gesellschaft verändern.<sup>1</sup> Oft sind wir uns nicht bewusst, was alles bereits mit Big Data-Technologien möglich ist und wo diese im Alltag bereits angewendet werden. Big-Data-Technologien und deren Algorithmen werden beispielsweise eingesetzt, um Gewaltausbrüche zu prognostizieren<sup>2</sup>, Suizide vorzubeugen<sup>3</sup>, Asylsuchende

in der Schweiz auf Kantone zu verteilen<sup>4</sup>, in Spitälern Hirnblutungen oder Lungenembolien rasch zu erkennen<sup>5</sup> oder falsche von echten Alarmen zu unterscheiden<sup>6</sup>, klassische Musik zu komponieren<sup>7</sup>, Bilder zu ‚malen‘<sup>8</sup>, Versicherungsbetrüger aufzuspüren<sup>9</sup>, im Wahlkampf spezifisch Zielgruppen zu adressieren<sup>10</sup>, oder den SBB Fahrplan ständig zu aktualisieren<sup>11</sup>. In Amerika wird einen Schritt weiter gegangen: einige Schulen und Spitäler sind mit Mikro-

1 **Wiegerling/Nerurkar/Wadephul**, Ethische und anthropologische Aspekte der Anwendung von Big Data-Technologien, in: Kolany-Raiser et al. (Hrsg.), Big Data und Gesellschaft, Wiesbaden, 2018, 4.

2 **Häusler**, Ein Algorithmus für Gewalt-Vorhersagen, SRF-online vom 03.03.2015, <https://www.srf.ch/wissen/mensch/ein-algorithmus-fuer-gewalt-vorhersagen>.

3 **Gabathuler**, Eine künstliche Intelligenz soll Selbsttötungen vorbeugen, SRF-online vom 07.03.2017, <https://www.srf.ch/kultur/netzwelt/eine-kuenstliche-intelligenz-soll-selbsttoetungen-vorbeugen>.

4 **Badertscher**, Algorithmus verteilt neu Asylbewerber auf Kantone, SRF-online vom 10.05.2018, <https://www.srf.ch/news/schweiz/jobs-fuer-fluechtlinge-algorithmus-verteilt-neu-asylbewerber-auf-kantone>.

5 **Weikert**, Wenn der Algorithmus dem Arzt sagt, dass der Patient eine Lungenembolie hat, NZZ-online vom 12.01.2019, <https://www.nzz.ch/wissenschaft/wenn-der-algorithmus-dem-arzt-sagt-dass-der-patient-eine-lungenembolie-hat-ld.1449515>.

6 **Kerstein**, Ein neuer Algorithmus aus Zürich soll für mehr Ruhe sorgen, SRF-online vom 26.01.2019, <https://www.srf.ch/news/regional/zuerich-schaffhausen/software-in-der-intensivpflege-ein-neuer-algorithmus-aus-zuerich-soll-fuer-mehr-ruhe-sorgen>.

7 **Tschirren**, Wenn der Algorithmus in die Tasten greift, SRF-online vom 06.02.2018, <https://www.srf.ch/radio-srf-3/digital/musik-wenn-der-algorithmus-in-die-tasten-greift>.

8 **Meier**, Mischen Algorithmen bald den Kunstmarkt auf?, SRF-online vom 14.04.2017, <https://www.srf.ch/kultur/wissen/mischen-algorithmen-bald-den-kunstmarkt-auf>.

9 **Pelosi**, Wie viel soll Ihre Versicherung über Sie wissen dürfen?, SRF-online vom 30.11.2017, <https://www.srf.ch/news/schweiz/big-data-im-versicherungswesen-wie-viel-soll-ihre-versicherung-ueber-sie-wissen-duerfen>.

10 **Fichter/Preusse**, Die illegale Suche nach Datenwilligen, Republik vom 22.02.2018, <https://assets.republik.space/pdf/2018/02/22/die-illegale-suche-nach-den-datenwilligen.pdf>.

11 **Widmer**, Fahrplanwechsel ohne Kursbuch, SRF-online vom 23.11.2017, <https://www.srf.ch/news/schweiz/sbb-passt-laufend-an-fahrplanwechsel-ohne-kursbuch>.

fonen ausgestattet, die dank Algorithmen Stress und Wut in Stimmen erkennen, bevor eine Gewalttat passiert.<sup>12</sup> Der Fahrdienst Uber setzt Algorithmen ein, der erkennt, wann der Akku eines Smartphones tief ist, weil sie wissen, dass in solchen Fällen die Nutzer bereit sind einen höheren Preis für eine Fahrt zu zahlen.<sup>13</sup>

Doch auch in der Schweiz sind die Möglichkeiten von Big Data und Algorithmen bei Weitem nicht ausgeschöpft. So zeigte eine Studie des rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, dass sich die Anonymisierung von Urteilen des Bundesgerichts (die online verfügbar sind) dank Algorithmen in einer Stunde aufheben lässt.<sup>14</sup> Auch Anwaltstätigkeiten, die bisher weitgehend von Automatisierungen verschont blieben, können zukünftig durch selbstlernende Algorithmen ersetzt werden.<sup>15</sup>

Diese Aufzählung ist mitnichten abschliessend, doch sie zeigt deutlich, dass Vorgänge und Entscheidungen, die bisher Menschen überlassen wurden, zunehmend an Algorithmen delegiert werden. Die Versprechungen über die Potenziale von Big Data sind scheinbar grenzenlos. Neue Anwendungen und Tätigkeitsfelder, steigende Produktivität und Effizienz, neue Erkenntnisgewinne in Forschung sowie bessere Steuerungs- und Optimierungsmöglichkeiten werden versprochen. Auf der anderen Seite wecken Big Data und deren Anwendungen Be-

fürchtungen vor Überwachung durch Staat und Firmen, Manipulationen von Bürgern und Konsumenten und dem Verlust von Freiheit und Privatsphäre.<sup>16</sup>

Gleichzeitig bleibt für viele unklar, was genau mit Big Data gemeint ist und was dahinter steht.

### A. «Bigger, Better, Faster, More»

Big Data steht nicht für spezifische Instrumente, Prozesse oder Analyseverfahren, sondern ist ein Oberbegriff für die Erzeugung, Anwendung und Verarbeitung riesiger, unübersichtlicher Datenmengen.<sup>17</sup>

Big Data umfasst alle digital gespeicherten Informationen und Verhaltensspuren, von Einträgen und Präferenzen in Sozialen Medien über Nutzungsdaten von Smartphones und weiteren «smarten» Geräten, Informationen aus Firmen und Institutionen bis hin zu Verkehrsdaten und Konsum- und Kreditkarteninformationen und vieles mehr. Dabei machen nicht nur die Sammlung enormer Datenmengen Big Data aus, sondern auch die Vernetzung und Koppelung aller Daten und die Möglichkeiten der Analyse von Zusammenhängen.<sup>18</sup> Durch das permanente sammeln, weiterleiten und vernetzen von Daten entsteht ein stetig anwachsender Datenstrom, der mit normalen Speicherkapazitäten und Prozessoren nicht mehr bewältigbar ist und zu Neuerungen führt, auch was Verfahren und Algorithmen betrifft.<sup>19</sup> Herkömmliche Rechensysteme sind schlichtweg überfordert.<sup>20</sup>

Dies wird auch der weit verbreiteten und eher technischen Beschreibung der Vs zum Ausdruck gebracht. Je nach Definition sind es drei bis

<sup>12</sup> Gillum/Kao, The Unproven, Invasive Surveillance Technology Schools Are Using to Monitor Students, Pro Publica, 25.06.2019, <https://features.propublica.org/aggression-detector/the-unproven-invasive-surveillance-technology-schools-are-using-to-monitor-students/>.

<sup>13</sup> Withnall, Uber Knows When Your Phone Is Running Out of Battery, The Independent vom 22.05.2016, <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/uber-knows-when-your-phone-is-about-to-run-out-of-battery-a7042416.html>.

<sup>14</sup> Badertscher, So können Anonymisierungen in Gerichtsurteilen aufgehoben werden, SRF-online vom 02.09.2019, <https://www.srf.ch/news/panorama/brisantes-experiment-gelungen-so-können-anonymisierungen-in-gerichtsurteilen-aufgehoben-werden>.

<sup>15</sup> Scherer, Automatisch recht bekommen, Zeit Online vom 22.09.2016, <https://www.zeit.de/2016/40/legal-tech-algorithmen-juristen-ersatz>; Tanda, Der Anwalt aus dem Internet, SRF-online vom 20.06.2017, <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/der-anwalt-aus-dem-internet>.

<sup>16</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Fn. 1), 2.

<sup>17</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Fn. 1), 6.

<sup>18</sup> Mayerl, Bedeutet ‚Big Data‘ das Ende der sozialwissenschaftlichen Methodenforschung, Soziopolis, Hamburg 2015, 1.

<sup>19</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Fn. 1), 6.

<sup>20</sup> Niekler, Journalismus, Big Data, Algorithmen, in: Hoofacker/Kentemich/Kulisch (Hrsg.), Die neue Öffentlichkeit, Wiesbaden 2018, 37.

sieben Vs, hier konzentrieren wir uns erstmals auf drei:

- **Volume (Datenmenge):** die Daten sind umfangreich, da alle Eingaben aufgezeichnet werden. Aktuell verdoppelt sich weltweit alle zwei Jahre die Datenmenge, was ein enormes Wachstum durch die Digitalisierung von Inhalten jeglicher Art darstellt.
- **Velocity (Geschwindigkeit):** Die Geschwindigkeit, mit der Daten erzeugt werden, aber auch die Geschwindigkeit, mit der Daten verarbeitet werden.
- **Variety (Vielfalt, Komplexität):** Daten und -quellen sind sehr heterogen. Unterschiedliche Daten sind verfügbar, die aus vielfältigen Quellen stammen und in diversen Datenquellen vorliegen. Klassische Datenbanksysteme stoßen damit an ihre Grenzen.<sup>21</sup>

### B. Algorithmen

Algorithmen hingegen sind so etwas wie eine Anleitung oder ein Set von Regeln, mit der ein Problem gelöst werden kann. Ein Algorithmus ist so etwas wie eine Handlungsvorschrift.<sup>22</sup> Das können sehr einfache Anleitungen sein, wie die Berechnung eines Durchschnitts einer Zahlenreihe. Algorithmen können jedoch auch Anleitungen für sehr komplexe Aufgaben sein wie das Steuern von Roboter oder das Voraussagen von Wahrscheinlichkeiten für einen Einbruch in einem Quartier.<sup>23</sup> Algorithmen sind nicht eine neue Erfindung und existieren nicht nur in Big-Data-Kontexten, im Folgenden jedoch werden Algorithmen im Bereich der Big-Data-Technologien verstanden.

## II. Big Data und die Wissenschaft

Die Möglichkeiten von Big Data besitzen sowohl einen starken Innovationscharakter als auch eine hohe gesellschaftliche und ethische Relevanz. Die Erhebung und Verarbeitung von

Daten ist nicht neu, aber aktuell wird mit Big Data eine neue Qualität an gesellschaftlicher Durchdringung und Quantifizierung erreicht, die Fragen über die Zukunft der Wissenschaft aufwirft.<sup>24</sup> In der Literatur wird diskutiert, dass Big Data auch zu einem Paradigmenwechsel in der Methodologie der Sozialwissenschaften, und damit auch der Kriminologie, führen kann.<sup>25</sup> Im Folgenden werden die meistgenannten Bedenken und Herausforderungen im Hinblick auf den Einfluss von Big Data auf die Sozialwissenschaft ausführlicher dargestellt.

### A. Das Ende der Theorie

Als vor ein paar Jahren im Online Magazin «Wired» ein Artikel erschien, der mit dem Aufkommen der Datenflut das Ende der wissenschaftlichen Methode und der Theorie ankündigte, war der Aufruhr riesig.<sup>26</sup> Der bisherige empirische Forschungsprozess, der stets nach folgendem Muster verläuft: Bildung einer Hypothese anhand theoretischer Überlegungen zu einer Frage oder Problemstellung, in einem weiteren Schritt wird die Hypothese mittels Experimente bestätigt oder falsifiziert.<sup>27</sup> Dieses sogenannte hypothesengeleitete Verfahren sei zukünftig nicht mehr notwendig, da dank Big-Data-Technologien alles zu jeder Zeit beobachtet und gesammelt werden und dann beliebig miteinander korreliert werden kann.<sup>28</sup> Manche argumentieren, dass allein die enorme Datenmenge sowie -tiefe die theoretischen Modelle über menschliches Handeln und gesellschaftliche Prozesse überflüssig werden lassen, da theoretische Modelle generell zu verallgemeinert und eine Abstraktion der Realität darstellen, solche Modelle sich also der Realität nähern, sie aber niemals genau abbilden können. Der datengeleitete Ansatz mit

<sup>21</sup> Zum Ganzen: **Niekler** (Fn. 20), 37.

<sup>22</sup> **Tiedemann**, Erklärt: Was genau sind eigentlich Algorithmen?, 12.03.2019, <https://www.alexanderthamm.com/de/artikel/erklart-was-genau-sind-eigentlich-algorithmen/>.

<sup>23</sup> **Kolany-Raiser et al.**, Big Data und Gesellschaft, Glossar, Wiesbaden 2018, 423.

<sup>24</sup> **Wiegerling/Nerurkar/Wadephul** (Fn. 1), 4.

<sup>25</sup> **Mayerl** (Fn. 18), 1.

<sup>26</sup> **Anderson**, The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete, *Wired* 23.06.08, <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>.

<sup>27</sup> **Chan/Bennett Moses**, Is Big Data challenging criminology?, *Theoretical Criminology*, 2016, 22.

<sup>28</sup> **Wiegerling/Nerurkar/Wadephul** (Fn. 1), 19.

der enormen Masse an Daten und der Durchforstung mittels komplexen und teilweise selbstlernenden Algorithmen werde daher den klassischen hypothesengeleiteten Ansatz ersetzen.<sup>29</sup> Gemäss Mayerl wird sich jedoch nichts an der sozialwissenschaftlichen Methodologie des Erklärens von Ursachen, Verstehens und Prognostizieren von Phänomenen ändern. Big Data vermag dies nicht zu ersetzen, sondern wird sich als weiteres Instrument in den Forschungsprozess einfügen. Big Data kann Zusammenhänge aufzeigen und beschreiben, aber kann die Frage nach dem «Warum?» nicht beantworten. Das Einordnen und Erklären wird auch in Zukunft nicht ohne Theorie auskommen.<sup>30</sup> Die Befürchtungen, dass Big Data dazu verleitet, Daten zu analysieren weil sie vorhanden sind und nicht weil eine Forschungsfrage oder Problemstellung dahinter steht, scheinen dennoch verbreitet zu sein.<sup>31</sup>

### B. Wissenschaftliche Standards

Eine weitere Frage, die aufgeworfen wird ist, ob Big Data den sozialwissenschaftlichen Gütekriterien der Gültigkeit (Validität), Zuverlässigkeit (Reliabilität) und Unabhängigkeit (Objektivität) genügen kann. Dies ist unklar, da vielfach Big-Data-Technologien Daten sammeln und auswerten, deren Ursprung und Qualität nicht bekannt oder zugänglich ist. Ob wissenschaftliche Standards bei der Erhebung von Daten im Rahmen von Big Data eine Rolle spielen, ist ebenso wenig klar. Ein weiterer wissenschaftlicher Standard ist die Replizierbarkeit von Ergebnissen. Wenn die Herkunft oder Erhebungsmethode von Daten nicht bekannt sind, oder werden die Daten zur Wiederholung empirischer Resultate nicht zur Verfügung gestellt, dann fehlt ein wesentlicher Standard im wissenschaftlichen Forschungsprozess.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Mayerl (Fn. 18), 2.

<sup>30</sup> Mayerl (Fn. 18), 2.

<sup>31</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadepful (Fn. 1), 19.

<sup>32</sup> Mayerl (Fn. 18), 3.

### C. Verzerrungen und Diskriminierungen

Optimisten sehen in Big Data und Algorithmen eine neutrale und faire Grundlage für Entscheidungssysteme. Dem ist natürlich nicht so, auch Big-Data-Technologien und Verfahren können Verzerrungen (sogenannter Bias) enthalten und/oder diskriminierend sein.<sup>33</sup> Irren ist menschlich, aber nicht nur.

Daten aus dem Internet können stark verzerrt sein, man denke an Social Media Daten, bspw. falsche Bewertungen in Reiseportalen oder falsche Profile auf Facebook. Zusätzlich sind nicht alle Personen gleichermaßen im Internet und auch auf Social Media aktiv, was zu Problemen mit der Repräsentativität führt. Auch Algorithmen können zu verzerrenden und diskriminierenden Ergebnissen führen. Um einen Algorithmus zu entwickeln, müssen eine Menge subjektiver Entscheidungen getroffen werden und die werden von Menschen getroffen, mit all ihren Vorurteilen und Missverständnissen.<sup>34</sup> Was in der Vergangenheit u.a. dazu führte, dass Algorithmen auf der Fotoseite Flickr Schwarze Menschen automatisch als «Affen» taggte und Konzentrationslager mit den Wörtern «Sport» und «Klettergerüste».<sup>35</sup>

Hinzu kommt, dass die Datengrundlage unzureichend ist, nur bestimmte Datentypen erhoben werden oder die Daten veraltet sind oder Fehler enthalten. Hinsichtlich Daten, die von Zwischenhändlern bezogen werden, können Analysten unter Umständen schwer nachvollziehen, woher die Daten stammen und welche Qualität die Daten aufweisen.

Weitere Verzerrungen können sich auch durch ungenaue oder fehlerhafte (d. h. falsch positive oder falsch negative) Klassifikationen ergeben. Unterschiedliche Personen kodieren Daten-

<sup>33</sup> Kolany-Raiser et al., Einleitung, in: Kolany-Raiser et al. (Hrsg.), Big Data und Gesellschaft, Wiesbaden, 2018, XXIV.

<sup>34</sup> Niekler (Fn. 20), 31.

<sup>35</sup> O.V., Flickr verschlagwortet schwarze Menschen als «Affen», Süddeutsche Zeitung online20.05.2015, <https://www.sueddeutsche.de/digital/fotodienst-flickr-verschlagwortet-schwarze-menschen-als-affen-1.2487913>.

sätze unterschiedlich, da sich die Personen voneinander unterscheiden und individuelle Vorstellungen und auch Vorurteile haben.<sup>36</sup>

#### **D. Vernachlässigbare Datenqualität**

Dank der enormen Datenmengen, die durch Big Data zur Verfügung stehen, werde die Qualität der Daten vernachlässigbar. Präzisere Ergebnisse können berechnet werden und ungenaue oder fehlerhafte Daten können bei einer grossen Datenmenge problemlos herausgerechnet werden. Dies die Annahme.<sup>37</sup> Doch viele Daten müssen nicht zwingend zu einem korrekten Ergebnis führen wie 2011 am Cern festgestellt wurde, als zuerst die Relativitätstheorie aufgrund der Erhebung eines riesigen Datensatzes widerlegt zu glauben schien und erst in einem zweiten Schritt gemerkt wurde, dass der Datensatz aufgrund eines defekten Glasfaserkabels zustande kam.<sup>38</sup> Damit die Datenqualität im Einzelnen vernachlässigt werden kann, muss folglich auch im Big-Data-Zeitalter die Qualität im Grossteil der Daten hoch sein.<sup>39</sup>

#### **E. Datenanalysten ersetzen Fachexperten**

Mit der Komplexität des Algorithmus steigt seine Undurchsichtigkeit. Bei manchen Arten selbstlernender Algorithmen können die Prozesse, die der Algorithmus entwickelt, um bestimmte Resultate zu erzeugen, selbst von ihren Entwicklern nicht erklärt werden. Auch für Nicht-Experten, was viele Kriminologen im Bereich Big Data sind, sind Big-Data-Technologien mitunter schwer zu verstehen. Zusammenhänge und Vorhersagen werden durch Algorithmen erzeugt, es gibt scheinbar keine Logik, die als solche in Frage gestellt werden kann. Nicht-Experten müssen dem Prozess vertrauen. Es ist schwierig, auf einen Algorithmus zu reagieren, den man vielleicht nicht

versteht, wenn man auf der Grundlage von Daten und der Verwendung von Software und Hardware, auf die man möglicherweise keinen Zugriff hat.<sup>40</sup> Daher wird befürchtet, dass Fachexperten ihr Monopol auf empirische Daten verlieren werden und durch generalistische Datenanalysten ersetzt werden. Chan & Moses lehnen diese Befürchtung ab, da zumindest die Kriminologie schon immer multidisziplinär war und immer eine Vielfalt von Einflüssen und Untersuchungsmethoden Rechnung getragen hat. Während Big Data den Einsatz von Programmierern und Statistikern für die technischen Seiten der Datenerhebung, -speicherung und Analyse erfordern kann, bedeutet dies nicht gleich der Untergang der Kriminologie. Es ist natürlich möglich, dass generalistische Datenanalysten zu Spezialisten werden bspw. von Analysen von Strafrechtsdaten, aber Erfahrungen der Vergangenheit haben gezeigt, dass das Wachstum solcher Spezialisten den Status von Kriminologen nicht gefährdeten.<sup>41</sup>

### **III. Big Data und die Kriminologie**

#### **A. Aktuelle Anwendungsgebiete**

Die derzeitige Überschneidung zwischen Kriminologie und Big Data ist relativ gering. Momentan finden Big-Data-Technologien einerseits Verwendung von Daten aus sozialen Medien. Dies steht im Einklang mit einem wachsenden Trend in der Sozialforschung, der die Verfügbarkeit von natürlich vorkommenden oder «nutzergenerierten» (user-generated) Daten die in Echtzeit oder beinahe Echtzeit verfügbar sind. Ein Beispiel hierfür sind Einträge in Sozialen Medien wie Twitter oder Facebook über die Polizei nach einer Demonstration. Solche selbstberichtete Daten können nützliche Erkenntnisse über Aktivitäten, Wahrnehmungen und Meinungen von Personen widerspiegeln. Die Kriminologie hat eine lange Tradition in der Verwendung von selbstberichteten Daten. Dennoch gibt es nur wenige ver-

<sup>36</sup> Ulbricht et al., Eine politikwissenschaftliche Systematisierung, in: Kolany-Raiser et al. (Hrsg.), Big Data und Gesellschaft, Wiesbaden, 2018, 203.

<sup>37</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Fn. 1), 13.

<sup>38</sup> Seidler, Loses Kabel blamiert Teilchenphysiker, Spiegel Online 23.02.2012, <https://www.spiegel.de/wissenschaft/natur/neutrino-experiment-loses-kabel-blamiert-teilchenphysiker-a-817077.html>.

<sup>39</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Fn. 1), 13.

<sup>40</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 31.

<sup>41</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 36.

öffentliche Beispiele für Forschungen, die Daten aus sozialen Medien verwenden.<sup>42</sup>

### B. Algorithmen als prädiktive Werkzeuge

Andererseits findet bereits seit einigen Jahren ein Trend zur Verwendung von Computermodellen und Algorithmen als prädiktives Werkzeug zur Orientierung von Polizeistrategien und strafrechtlichen Entscheidungen statt.<sup>43</sup> Ein klassisches Beispiel hierfür ist Predictive Policing, welches auch in der Schweiz angewendet wird. Predictive Policing basiert auf speziellen Analyseprogrammen, die eine systematische Analyse grosser Datenmengen vornehmen und dabei Muster oder Facetten aufdecken und vorhersagen, wo und wann das nächste Delikt oder Deliktserie stattfinden wird.<sup>44</sup> Bei diesen Vorhersagen kann es sich entweder um Orte und Zeiten mit erhöhtem Kriminalitätsrisiko handeln oder um Personen die potentiell Gefährder sind. Big Data kann zwar zur Verbesserung prädiktiver Ansätze verwendet werden, ist aber kein notwendiges Element. In der Schweiz wird Predictive Policing bislang für die Vorhersage von Wohnungseinbruchsdiebstahlsdelikten verwendet, in den USA hingegen auch bei Gewalt- und Tötungsdelikten. Den Wandel der Polizeiarbeit im Zeitalter von Big Data beschreibt auch die Tatsache, dass mit den Entwicklerinnen und Entwicklern der Software für das Predictive Policing neue Akteurinnen und Akteure mit wirtschaftlichen Interessen das Feld betreten. Bislang gibt es weder in der Schweiz noch in einem anderen Land Standards für die Software, die für Predictive Policing verwendet wird, obwohl diese mit sensiblen polizeilichen bzw. öffentlichen Daten operiert.<sup>45</sup>

### C. Zukunft von Big Data in der Kriminologie

Die Forscher Chan & Moses gehen davon aus, dass nicht Big Data per se, sondern eine be-

stimmte Art der Nutzung von Big Data-Technologien, nämlich die Verwendung von Algorithmen und des maschinellen Lernens zur Vorhersage, die grössten Auswirkungen auf die kriminologische Forschungspraxis haben könnte.<sup>46</sup>

Ein Verständnis für die Gründe und Ursachen wird auch in der Zukunft in der Kriminologie wichtig bleiben. Das Verständnis von Ursachen und Mechanismen bietet nicht nur eine rationalere Grundlage für Entscheidungen zur Einführung von Interventionen, sondern ist auch für Entscheidungsträger von Bedeutung. Wie gesagt können Big Data-Analysen wie eine Art «Black Box» betrachtet werden und ihre Logik unergründlich sein. Für Entscheidungsträger, die Rechtfertigungen für ihre Entscheidungen liefern müssen (in der Strafverfolgung, Polizei, Politik etc.), kann dies, milde ausgedrückt, unangenehm sein. Dies deutet darauf hin, dass es wichtig ist, nicht nur, dass Algorithmen mit Bezug zur Theorie gebaut werden, sondern dass das Design der Algorithmen und die Annahmen (abgeleitet von der Theorie), auf denen sie aufgebaut sind, transparent und verständlich gemacht werden.<sup>47</sup> Eine Kriminologie, die nach Nützlichkeit in der Politik und Strafverfolgung strebt, muss sich daher weiterhin mit der Theorie beschäftigen. Die Art des Wissens, das durch maschinelle Lerntechniken erzeugt wird, kann nützlich sein, ist aber ohne Kontext begrenzt nützlich.<sup>48</sup>

### IV. Fazit

Big Data ist und wird weiterhin ein Thema bleiben, weil durch diesen Einsatz schon jetzt zu beobachtende sowie künftig zu erwartende Folgen als problematisch empfunden bzw. mit einem massiven gesellschaftlichen Veränderungspotenzial verknüpft werden. Der Trend einer an Breite und Tiefe zunehmenden Erfassung und Verarbeitung von Daten in Gesellschaft, Alltagsleben, Wirtschaft, Verwaltung

<sup>42</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 25.

<sup>43</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 25.

<sup>44</sup> Weyer et al., Big Data in soziologischer Perspektive, in: Kolany-Raiser et al. (Hrsg.), Big Data und Gesellschaft, Wiesbaden, 2018, 123.

<sup>45</sup> Weyer et al. (Fn. 44), 123.

<sup>46</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 31.

<sup>47</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 34.

<sup>48</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 34.



usw. ist seit Jahren deutlich zu sehen und wird sicherlich noch stärker zunehmen.<sup>49</sup>

Vielleicht ist es zu früh, um zu sagen, ob Big Data die Kriminologie drastisch verändern wird, zum aktuellen Zeitpunkt wenden wenige Forscher im kriminologischen Bereich Big Data-Ansätze an.<sup>50</sup> Einen Ausverkauf der Kriminologie zu prognostizieren wäre etwas viel, weder auf methodologischer Ebene noch auf Ebene der Datenerhebung. Big Data kann vielmehr als neuen und zusätzlichen Datenzugang betrachtet werden und als solcher genutzt werden. Trotzdem bedeutet die Nutzung von Big Data und Algorithmen für die Krimino-

logie eine Herausforderung hinsichtlich der interdisziplinären Zusammenarbeit. Um die Analyse und Bewertungen von Daten aus Big Data zu verstehen, wird es erforderlich, den Ursprung, Mechanismen und die zugrundeliegenden Algorithmen zu verstehen. Interdisziplinären Austausch und Kooperationen mit Experten in Data Science wird notwendig sein. Wie Mayerl in seinem Artikel erwähnt, wirft Big Data gesellschaftliche und ethische Fragen auf, deren Debatten von grösserer Wichtigkeit sein wird und ein grösseres Potenzial haben wird das gesellschaftliche Zusammenleben zu verändern und zu prägen als die sozialwissenschaftliche Forschung in Zukunft überflüssig zu machen.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Wiegerling/Nerurkar/Wadephul (Fn. 1), 4.

<sup>50</sup> Chan/Bennett Moses (Fn. 27), 36.

<sup>51</sup> Mayerl (Fn. 18), 5 f.



# Medizin und Digitalisierung (E-Health)

Eric Hilgendorf

## Eine neue Herausforderung für das Technikrecht

Mit dem Jubilar **Christian Schwarzenegger** verbindet mich nicht nur eine jahrzehntelange Freundschaft, sondern auch ein gemeinsames Interesse für das Technikrecht. Dabei geht es insbesondere um das Informations- und Telekommunikationsrecht in seinen vielfältigen und sich immer mehr erweiternden Anwendungsbereichen einerseits, und das kaum weniger innovationsgetriebene Medizin(straf)recht andererseits. Die nachfolgenden, zugegebenermaßen noch durchaus skizzenhaften Ausführungen verstehe ich als Einladung, unsere Kooperation um ein weiteres Zukunftsfeld zu erweitern – die Digitalisierung der Medizin.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Im Folgenden orientiere ich mich exemplarisch an der Situation Deutschland. Über die aktuelle Lage der Digitalisierung der Medizin in der Schweiz berichtet die Strategie eHealth Schweiz 2.0, 2018 – 2022, vom 14. Dezember 2018, im Internet unter [https://www.e-health-suisse.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/2018/D/181214\\_Strategie-eHealth-Suisse-2.0\\_d.pdf](https://www.e-health-suisse.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/2018/D/181214_Strategie-eHealth-Suisse-2.0_d.pdf).

### I. Einführung

Die Digitalisierung der Medizin schreitet rasch voran.<sup>2</sup> Im Juni 2019 legte die deutsche Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation, das sogenannte **Digitale-Versorgung-Gesetz** (DVG), vor.<sup>3</sup> Ziel des Gesetzes ist es, die Digitalisierung im deutschen Gesund-

<sup>2</sup> Literaturauswahl: **Böttinger/zu Putlitz** (Hrsg.), Die Zukunft der Medizin. Disruptive Innovationen revolutionieren Medizin und Gesundheit, Berlin 2019; **Bogdan**, MedRevolution. Neue Technologien am Puls der Patienten, Berlin 2018; **von Grätz** (Hrsg.), Vernetzte Medizin. Patientenempowerment und Netzinfrastrukturen in der Medizin des 21. Jahrhunderts, Hannover 2004; **Haring** (Hrsg.), Gesundheit digital. Perspektiven zur Digitalisierung im Gesundheitswesen, Berlin 2019; **Huss**, Künstliche Intelligenz, Robotik und Big Data in der Medizin, Berlin 2019; **Jörg**, Digitalisierung in der Medizin. Wie Gesundheits-Apps, Telemedizin, künstliche Intelligenz und Robotik das Gesundheitswesen revolutionieren, Berlin 2018; **Matusiewicz/Pittelkau/Elmer** (Hrsg.), Die Digitale Transformation im Gesundheitswesen. Transformation, Innovation, Disruption, Berlin 2017; **Müller-Mielitz/Lux** (Hrsg.), E-Health-Ökonomie, Berlin 2017; **Schulz**, Zukunftsmedizin. Wie das Silicon Valley Krankheiten besiegen und unser Leben verlängern will, München 2018; **Topol**, Deep Medicine. How Artificial Intelligence Can Make Healthcare Human Again, New York 2019; **Trill** (Hrsg.), Praxisbuch eHealth. Von der Idee zur Umsetzung, 2. Aufl., Stuttgart 2018; **Wachter**, The Digital Doctor. Hope, Hype and Harm at the Dawn of Medicine's Computer-Age, New York 2017.

<sup>3</sup> [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/D/Digitale-Versorgung-Gesetz\\_DVG\\_Kabinett.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/D/Digitale-Versorgung-Gesetz_DVG_Kabinett.pdf).

heitswesen voranzutreiben<sup>4</sup> und rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die eine rasche «Implementierung digitaler Lösungen und neuer innovativer Formen der Zusammenarbeit» ermöglichen.<sup>5</sup> Mit der Digitalisierung des Gesundheitswesens soll «den Herausforderungen der alternden Gesellschaft, der Zunahme der Anzahl chronisch Kranker, dem Fachkräftemangel sowie der Unterversorgung in strukturschwachen Regionen» entgegengetreten werden.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber macht deutlich, dass der Gesetzentwurf lediglich einen Schritt in einer langen Reihe von Aktivitäten darstellt, die die Digitalisierung des Gesundheitswesens durchsetzen sollen. Dabei sei ein «stetes Ausbalancieren im Spannungsfeld zwischen der gesellschaftlichen Verantwortung, dem Nutzen für die Versorgung und dem Machbaren» erforderlich.<sup>7</sup>

Der Entwurf sieht insbesondere vor, digitale Gesundheitsanwendungen, d.h. vor allem sogenannte Gesundheitsapps, den Patienten zur Verfügung zu stellen. Versicherte sollen einen Anspruch auf digitale Gesundheitsanwendungen erhalten. Die erforderliche Sichtung des Angebots und die Auswahl der verschreibungspflichtigen Anwendungen soll durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) erfolgen. Des Weiteren zielt der Gesetzentwurf darauf ab, mehr Leistungserbringer als bisher an die bereits existierende Telematik-Infrastruktur im Gesundheitswesen<sup>8</sup> anzuschließen. Außerdem soll die Telemedizin gestärkt werden, etwa durch die Ausweitung von sogenannten Telekonzilien<sup>9</sup> und eine Vereinfachung der Durchführung von Videosprech-

stunden. Darüber hinaus sollen die Verwaltungsprozesse durch Digitalisierung vereinfacht werden.

Den Krankenkassen sollen mehr Möglichkeiten zur Förderung digitaler Innovationen gegeben werden. Der Innovationsfonds des Bundes soll mit 200 Millionen Euro pro Jahr fortgeführt und weiterentwickelt werden und es soll ein Verfahren zur Überführung erfolgreicher Ansätze aus Projekten des Innovationsfonds in die Regelversorgung geschaffen werden. Ein weiteres Ziel ist eine bessere Nutzbarkeit von Gesundheitsdaten für Forschungszwecke. Insgesamt handelt es sich um eine durchaus ehrgeizige, ein weites Spektrum von Maßnahmen umfassende Initiative, um die Digitalisierung der Medizin in der Bundesrepublik Deutschland wirksam voranzutreiben.

Die Medizin ist offenkundig im Zeitalter der Computer, des Internets und der Künstlichen Intelligenz angekommen. Dies bedeutet aber auch, dass sich das Gesundheitswesen zu einem neuen Anwendungsfeld der **Computer- und Internetkriminalität** entwickeln wird. Der Gesetzgeber sieht durchaus die Gefahren, die eine Vernetzung und Digitalisierung im Gesundheitswesen mit sich bringt. Deswegen werden im neuen § 75b des SGB V die kassenärztlichen Bundesvereinigungen verpflichtet, bis zum 31. März 2020 in einer Richtlinie die Anforderungen «zur Gewährleistung der IT-Sicherheit in der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung» festzulegen. In Abs. 2 heißt es, die in der Richtlinie festzulegenden Anforderungen müssten «geeignet sein, abgestuft im Verhältnis zum Gefährdungspotenzial, Störungen der informationstechnischen Systeme, Komponenten oder Prozesse der vertragsärztlichen Leistungserbringung in Bezug auf Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit zu vermeiden.»<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch schon das Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen (E-Health Gesetz) vom 21.12.2015, BGBl I, 2408 ff.

<sup>5</sup> DVG-Entwurf (Fn. 3), 1.

<sup>6</sup> Ebenda.

<sup>7</sup> Ebenda.

<sup>8</sup> Siehe dazu die aktuelle Broschüre der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, im Internet unter [https://www.kbv.de/media/sp/PraxisWissen\\_Telematikinfrastruktur.pdf](https://www.kbv.de/media/sp/PraxisWissen_Telematikinfrastruktur.pdf).

<sup>9</sup> Unter «Telekonzil» (gelegentlich auch «Telekonsil») wird die zeitversetzte Beratung mit einem oder mehreren anderen Ärzten mittels elektronischen Austauschs verstanden.

<sup>10</sup> DVG-Entwurf (Fn. 3), 10.

## II. Was ist E-Health?

### A. Begriff

«E-Health» ist die Abkürzung für «Electronic Health». Unter diesem Oberbegriff werden alle Vorgänge im Gesundheitswesen erfasst, bei denen der Patient oder die Patientin unter Einbeziehung digitaler Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) behandelt oder betreut wird.<sup>11</sup> Der Begriff bezeichnete zunächst nur die Digitalisierung klassischer Tätigkeitsbereiche, etwa das Führen **digitaler Patientenakten**. Die Fortentwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie ermöglicht jedoch heute eine Vielzahl von Anwendungen im Gesundheitsbereich, die ebenfalls unter dem Oberbegriff E-Health zusammengefasst werden.

Das Thema E-Health liegt im Schnittpunkt verschiedener Disziplinen, etwa der Medizin, der Rechtswissenschaft, der Gesundheitsökonomie, aber auch der Medizinethik. Technische Grundlage von E-Health jeder Art ist die Digitalisierung medizinischer Informationen, also die Darstellung in binärer Form als Folge von «Nullen» und «Einsen».<sup>12</sup> Dies erlaubt es, beliebige Informationen in vorher nie gekannter Geschwindigkeit und Menge zu speichern, zu übertragen und zu bearbeiten. Dabei lassen sich Datenspeicher heute auch über weite Entfernungen hinweg so vernetzen, dass der Datenaustausch zwischen ihnen quasi in Echtzeit möglich ist. Dies ist die Grundlage des **Internets der Dinge** (Internet of Things, IoT), also der Vernetzung von beliebigen Gegenständen, so dass diese selbständig über das Internet miteinander kommunizieren können.<sup>13</sup>

Ein neuer, erst in den letzten Jahren im Medizinsektor in breiterem Umfang relevant werdender Faktor ist das zunehmende Auftreten autonomer Systeme, die eigenständig Informationen aufnehmen, sie austauschen und Ent-

scheidungen treffen können. Es handelt sich um eine neue Form von Akteuren, deren theoretische Erfassung Ethik und Rechtswissenschaft vor erhebliche Herausforderungen stellt.<sup>14</sup> Derartige Systeme übernehmen auch im medizinischen Bereich immer mehr Entscheidungen, ohne dass bislang z.B. die Verteilung von Verantwortung für Fehlentscheidungen als geklärt gelten kann. Auch wenn Systeme mit Künstlicher Intelligenz dem menschlichen Arzt bereits heute z.B. bei der Bilderkennung weit überlegen sind,<sup>15</sup> dürfte es noch eine Zeit lang dauern, bis Computer eigenständig umfassende ärztliche Aufgaben übernehmen können.<sup>16</sup>

### B. Formen des E-Health

Die verschiedenen Anwendungsbereiche des E-Health lassen sich in folgende Gruppen aufteilen: Information, Kommunikation, Interaktion, Transaktion und Integration.<sup>17</sup>

- **Information:** Darunter fallen z.B. spezielle Informationsportale, mit denen Ärzten oder Patienten Informationen vermittelt werden. Ein Sonderfall sind Krankenhausinformationssysteme (KIS), also alle IKT-Systeme innerhalb eines Krankenhauses, die Informationen und Daten innerhalb eines Krankenhauses erfassen, bearbeiten, speichern und nutzbar machen.
- **Kommunikation:** In diese Kategorie fallen Systeme, welche den Austausch von Informationen zwischen zwei oder mehr Beteiligten, also zwischen Arzt - Patient, Arzt - Arzt, Patient - Patient usw. ermöglichen, bei denen aber keine direkte oder zeitnahe Reaktion des Kommunikationspartners erfolgt.
- **Interaktion:** Mit Interaktion wird der Austausch von Informationen und Daten bezeichnet, wobei eine direkte Reaktion des

<sup>11</sup> Umfassend **Lux**, in: Müller-Mielitz/Lux (Fn. 2), 3 ff.

<sup>12</sup> Einführend zu den technischen Grundlagen und Trends **Hilgendorf**, Digitalisierung in der Medizin, medstra 2017, 257 f.

<sup>13</sup> **Bogdan** (Fn. 2), 63 ff.

<sup>14</sup> **Hilgendorf**, Autonome Systeme, künstliche Intelligenz und Roboter, in: Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, 101 ff.

<sup>15</sup> **Wachter** (Fn. 2), 47 ff.

<sup>16</sup> **Topol** (Fn. 2), insbes. 255 ff.; 283 ff.; **Wachter** (Fn. 2), 93 ff.

<sup>17</sup> <https://www.egovernment-computing.de/was-ist-ehhealth-a-570980/>.

Kommunikationspartners erfolgt. Als Beispiel kann das «Home-Monitoring» von Patienten dienen.

- **Transaktion:** Zu dieser Form von E-Health zählen Anwendungen, die den gezielten Datenaustausch zwischen verschiedenen Beteiligten zum Inhalt haben und damit die elektronische Abbildung und Abwicklung aller erbrachten medizinischen Leistungen ermöglichen. Ein Beispiel ist die Elektronische Gesundheitskarte.<sup>18</sup>
- **Integration:** Zur Integration gehören alle Anwendungen, die auf die lebenslange zentrale Speicherung von Patientendaten abzielen, indem alle Gesundheitsdaten eines Patienten zusammengeführt werden. Dazu gehört etwa die Elektronische Patientenakte.<sup>19</sup>

Eine andere Einteilung<sup>20</sup> unterscheidet nach dem **Zweck der Nutzung** zwischen E-Health-Angeboten der Konsumentenebene, der professionellen Ebene und der Makroebene. Zur **Konsumentenebene** gehören alle Angebote des kommerziellen Gesundheitsmarktes, wie z.B. Gesundheitsapps, Mess- und Assistenzsysteme oder digitale Fitnesstools. Die **professionelle Ebene** erstreckt sich auf Anwendungen, die von Angehörigen des Gesundheitswesens (Ärzten, Krankenkassen) finanziert werden, also vor allem die Angebote der Telemedizin. Die **Makroebene** betrifft diejenigen Angebote, für die eine Vernetzung verschiedener Akteure erforderlich ist. Hierzu gehören die bereits erwähnte Elektronische Gesundheitskarte und die Elektronische Patientenakte.

### C. Telemedizin

«Telemedizin» bezeichnet medizinische Diagnostik oder Therapie, die unter Überbrückung einer räumlichen oder zeitlichen Distanz zwischen dem Arzt/Therapeut/Apotheker und dem Patienten mit den Mitteln der Telekom-

munikation erfolgt.<sup>21</sup> Eingesetzt wird die Telemedizin bereits seit den 1980er Jahren, wo sie zunächst die räumliche Entfernung zwischen Arzt und Patient bei militärischen Einsätzen oder in der Raumfahrt überbrücken sollte.<sup>22</sup> Von großer Bedeutung ist die Telemedizin in Ländern mit einer geringen Bevölkerungsdichte, wo relativ wenige Menschen über eine große Fläche medizinisch versorgt werden müssen. Heute ist die Telemedizin auch in Deutschland weit verbreitet und erfasst nahezu alle medizinischen Fachgebiete.<sup>23</sup>

Viele Telemedizin-Projekte werden in Deutschland staatlich unterstützt. Zur Bündelung des telemedizinischen Wissens wurden beispielsweise in Bayern mehrere telemedizinische Zentren gegründet, welche die Entwicklung neuer Projekte fördern. Ziel ist, dass die Telemedizin sowohl von Seiten der Heilberufe als auch von Seiten der Patienten zum selbstverständlichen Bestandteil der medizinischen Versorgung wird (sog. Telemedizin-Offensive Bayerns).<sup>24</sup>

Ein anderes Beispiel für Telemedizin sind die in mehreren Bundesländern eingeführten «Tele-Stroke-Units», mit denen Schlaganfallpatienten behandelt werden.<sup>25</sup> Eine «Stroke-Unit» ist eine zertifizierte Spezialabteilung für die Behandlung eines Schlaganfalls. Doch nicht jedes Krankenhaus in Deutschland verfügt über eine solche Abteilung. Zur Verbesserung der Versorgung insbesondere im ländlichen Raum wurden deshalb neue «Tele-Stroke-Units» gegründet. Dabei erfolgt die medizinische Versorgung des Patienten in der Klinik vor Ort;

<sup>18</sup> <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/egk.html>. Siehe auch Trill, in: ders. (Fn. 2), 48 ff.

<sup>19</sup> <https://www.kbv.de/html/epa.php>.

<sup>20</sup> <https://ehealthblog.de/ehealth/>.

<sup>21</sup> Bogdan (Fn. 2), 185 ff.; Jörg (Fn. 2), 65 ff.

<sup>22</sup> Bogdan (Fn. 2), 187 f. zu noch älteren Anwendungsszenarien.

<sup>23</sup> <http://www.bundesaerztekammer.de/aerzte/telematiktelemedizin/telemedizin/>.

<sup>24</sup> <https://www.stmgp.bayern.de/meine-themen/fuer-krankenhausbetreiber/telemedizin/>.

<sup>25</sup> <https://www.netdokter.de/krankheiten/schlaganfall/stroke-unit/>.

die Spezialisten werden über eine Live-Video-Konferenz zugeschaltet.<sup>26</sup>

Ein weiteres Beispiel ist der von mehreren Krankenkassen angebotene Chat mit einem Arzt. In dem Modellprojekt «DocDirekt» der KV Baden-Württemberg<sup>27</sup> können sich Patienten telefonisch, per App oder im Chat an einen Telearzt, meist einen Allgemeinmediziner, wenden und sich von ihm beraten lassen. Diese verweisen die Patienten bei Bedarf an eine patientennah erreichbare Praxis, bei der der Patient noch am selben Tag einen Termin erhält. Auf diese Weise soll u.a. die Überlastung der Notfallambulanzen verringert werden. Der beteiligte Arzt erhält für jeden Anruf eine Vergütung von 25 Euro.

Ein Unterfall der Telemedizin ist das **Telemo-  
nitoring**, also die Fernüberwachung von Patientinnen und Patienten.<sup>28</sup> Gängige Praxis ist z.B. die Kontrolle von Herzschrittmachern, die automatisch Vitalparameter (z.B. Herzrhythmus, Sauerstoffgehalt des Blutes) an ein Datencenter übersenden. Diese Daten werden durch Ärzte bzw. geschultes Personal überwacht und ausgewertet. Bei einer Gesundheitsverschlechterung kann der Patient so frühzeitig gewarnt und behandelt werden.

Die Telemedizin ermöglicht auch **neue Geschäftsmodelle** für Ärzte: Für Patienten, die einen Herzinfarkt erlitten haben, bietet beispielsweise ein Hamburger Arzt eine spezielle App an<sup>29</sup> und mehrere Kardiologen betreiben den Bereitschaftsdienst CARDIOGO<sup>30</sup>. Gegen Bezahlung wird dabei den Patienten ein mobiles EKG-Gerät zur Verfügung gestellt und der Patient erhält (ggf. gegen eine zusätzliche Ge-

bühr) die Möglichkeit, jederzeit durch einen Kardiologen telefonisch beraten zu werden. CARDIOGO legt eine elektronische Patientenakte an, auf die die beteiligten Ärzte jederzeit zugreifen können.

#### D. Mobile Health

Unter dem Begriff des Mobile Health wird derjenige Bereich des E-Health zusammengefasst, in welchem mobile Geräte eingesetzt werden. Insbesondere der Markt für Fitness- und Gesundheitsapps ist in den letzten Jahren rasant gewachsen. Schon heute sind weit über 100.000 Apps verfügbar, die sich mit Gesundheit oder Fitness befassen. Sie werden oft in Verbindung mit einem «Activity-Tracker» eingesetzt, welcher als Armband oder Uhr getragen wird und Aufzeichnungen über die Bewegung (z.B. Anzahl der Schritte), Kalorienverbrauch und Herzfrequenz vornimmt. Sind die Geräte mit einem GPS-Element verbunden, wird auch die zurückgelegte Strecke aufgezeichnet. Über eine zum jeweiligen Fitnessstracker gehörende App lässt sich das Fitnessverhalten des Benutzers auswerten. Die Fitness- und Gesundheitsdaten des Konsumenten werden in einer Cloud gespeichert.

Ein neuer, über den reinen Fitnessaspekt hinausgehender Trend aus den USA ist das **Self-Tracking**.<sup>31</sup> Offenbar verspüren immer mehr Menschen das Bedürfnis, ihre Lebensgewohnheiten zu analysieren, um diese zu optimieren, indem sie die relevanten Daten über einen längeren Zeitraum hinweg sammeln und durch eine App auswerten lassen. Häufig werden die Daten außerdem in sozialen Netzwerken geteilt. Sie beziehen sich zum Beispiel auf die Schlaf- und Essgewohnheiten, den Konsum von Zigaretten und Alkohol, biometrische Fakten wie Puls, Blutdruck und Blutzuckerwerte, aber auch auf «weiche» Fakten wie das momentane Wohlbefinden. Offenbar werden vor allem junge,

<sup>26</sup> Zu älteren Projekten dieser Art Kiefer et al., in: von Grätz (Fn. 2), 105 ff.

<sup>27</sup> [https://www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/e-health/telemedizin/article/968458/telemedizin-projekt-docdirekt-oft-geschattet-arzt.html](https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/e-health/telemedizin/article/968458/telemedizin-projekt-docdirekt-oft-geschattet-arzt.html).

<sup>28</sup> Jörg (Fn. 2), 9 ff.

<sup>29</sup> <https://www.abendblatt.de/hamburg/article226302031/Herzinfarkt-Diagnose-Kardiologie-UKE-Forschung.html>.

<sup>30</sup> <https://ehealthblog.de/2015/02/20/cardiogo-eine-app-die-leben-retten-kann/>.

<sup>31</sup> Hilgendorf, Zur Steuerung technischer Entwicklungen durch Recht und Moral – am Beispiel der Informationstechnik in der Medizin, in: Spiecker gen. Döhmman/Wallrabenstein (Hrsg.), IT-Entwicklungen im Gesundheitswesen, Bern 2016, 75 (76).

technikaffine Männer von diesen Apps angesprochen.<sup>32</sup>

Junge Unternehmen nutzen diesen Trend und entwickeln immer mehr Apps, um die besonderen Wünsche ihrer Klientel zu befriedigen. So entwickelten IT-Spezialisten eines Heidelberger Start-Ups einen digitalen Urintest, mit dem durch Messung von Urinwerten (pH-Wert, Glykose) Krankheiten frühzeitig erkannt werden sollen. Das System besteht aus einem Sensor, der in die Toilette eingebaut wird, einer App und einem Serversystem. In der Testphase haben mehrere Heidelberger Gaststätten ihre Toiletten mit einem derartigen Sensor ausgestattet.<sup>33</sup>

Weiterhin werden Methoden erarbeitet, die Gesundheitstracker nicht nur als Armband zu tragen, sondern fest mit dem Körper zu verbinden. So entwickelte das US-Startup Chaotic Moon Studios ein Tech-Tattoo, das den menschlichen Körper als Leiterplatte nutzt und Puls, Stresslevel und Körpertemperatur messen kann. Das Wearable wird dabei wie ein Abziehbild auf die Haut aufgetragen. Die Messwerte werden per Bluetooth oder Wifi an den PC oder eine App übertragen und ausgewertet. Interessant sind diese Tech-Tattoos vor allem in der Medizin und im Militär.<sup>34</sup> Durch den direkten Hautkontakt sind die Tattoos funktionaler als die bisherigen Smartwatches. Sie sind außerdem auch deutlich günstiger und umweltfreundlicher.

Das Sammeln von Daten, auch und gerade von Gesundheitsdaten, gehört für immer mehr Menschen zum Lebensalltag. In den USA wird in vielen Kliniken die von Apple entwickelte App «Healthkit» genutzt.<sup>35</sup> Diese speichert die

Gesundheitsdaten des Anwenders, die über verschiedene Apps gesammelt werden (z.B. Pulssensoren, Personenwaage usw.) und macht sie verfügbar. Es steht zu erwarten, dass Gesundheitsapps in der Medizin immer mehr an Bedeutung gewinnen und in Zukunft sogar genauso wie ein Medikament verordnet werden. Dies würde allerdings voraussetzen, dass der Arzt den Patienten über den Einsatz und die Anwendung sinnvoller Apps beraten kann.<sup>36</sup> Wie in der Strategie eHealth Schweiz 2.0<sup>37</sup> zu Recht betont wird, müssen überdies auch die Patienten über digitale Grundfertigkeiten sowie über eine hinreichende allgemeine Gesundheitskompetenz verfügen, wenn die Digitalisierung der Medizin gelingen soll.

### III. Vorteile und Nachteile

Die Vorteile der neuen Technologien liegen auf der Hand:<sup>38</sup> Die medizinische Versorgung wird verbessert, Krankheiten können früher erkannt und durch Vorsorge verhindert werden. Dies führt zu einer erheblichen Einsparung von Kosten, was wiederum für eine Verbesserung der Gesundheitspflege genutzt werden kann. Besondere Chancen bietet die sog. personalisierte Medizin, bei der Diagnostik und Therapie speziell auf das betroffene Individuum zugeschnitten sind – bis zu passend für den einzelnen Empfänger erzeugten Spenderorganen.<sup>39</sup> Derartige Angebote setzen die Erfassung und Analyse gewaltiger Datenmengen über das individuelle Krankheitsbild voraus.

Aber wer sammelt die Daten bzw. wer gerät mit ihnen in Kontakt? In Frage kommen die Gesundheitsdienstleister und IT-Provider, aber auch Abrechnungsstellen, Kontroll- und Qualitätssicherungseinrichtungen, Forschungseinrichtungen, soziale Netzwerke bis hin zu Selbsthilfeforen. Es ist kaum zu kontrollieren, wie

<sup>32</sup> <https://www.wissen.de/self-tracking-das-vermessen-ich>.

<sup>33</sup> <https://ehealthblog.de/news-trends/e-health-startup-entwickelt-einen-digitalen-urintest/>.

<sup>34</sup> <https://www.trendsderzukunft.de/biowearables-neues-tech-tattoo-misst-koerper-und-umweltdaten-und-warnt-vor-unsichtbaren-gefahren/>.

<sup>35</sup> [https://www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/w\\_specials/gesundheitsapps2011/article/910754/zukunft-e-health-wenn-aerzte-apps-verordnen-pillen.html](https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/w_specials/gesundheitsapps2011/article/910754/zukunft-e-health-wenn-aerzte-apps-verordnen-pillen.html).

<sup>36</sup> [https://www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/w\\_specials/gesundheitsapps2011/article/910754/zukunft-e-health-wenn-aerzte-apps-verordnen-pillen.html](https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/w_specials/gesundheitsapps2011/article/910754/zukunft-e-health-wenn-aerzte-apps-verordnen-pillen.html).

<sup>37</sup> Strategie eHealth Schweiz (Fn. 1), 39.

<sup>38</sup> Siehe auch die Strategie eHealth Schweiz (Fn. 1), 13 f.

<sup>39</sup> Gelegentlich ist auch von einer «precision medicine» die Rede, vgl. etwa Bogdan (Fn. 2), 231 ff.

dort mit den Patientendaten umgegangen wird, vor allem dann, wenn die Anbieter aus dem Ausland agieren. Besonders problematisch ist, wenn Daten in großem Umfang gesammelt und ausgewertet werden können (Big Data). Das Geschäftsprinzip vieler (Gesundheits-)Apps beruht darauf, dass sie für den Nutzer zwar kostenlos oder sehr günstig sind, er aber quasi mit seinen Daten «bezahlt», die dann weitergenutzt oder an Dritte verkauft werden. Schon heute sammeln Dritte Daten und werten diese mit Algorithmen aus, um z.B. auf den Einzelnen zugeschnittene Werbeprojekte zu erstellen oder um ihre Produkte (z.B. Medikamente) zu verbessern. Wie das letztgenannte Beispiel zeigt, sind derartige Geschäftsmodelle keineswegs von vornherein negativ zu bewerten.

Gerade im Gesundheitsbereich droht aber die Herausbildung nicht mehr zu kontrollierender internationaler Monopole;<sup>40</sup> aus gut nachvollziehbaren Gründen werden sich vor allem schwer oder gar lebensbedrohlich erkrankte Menschen nicht mit dem zweitbesten Anbieter zufrieden geben, sondern unter Inkaufnahme sämtlicher Kosten das (wirklich oder bloß vermeintlich) beste Angebot wählen.

Die Auswertung der besonders sensiblen Gesundheitsdaten ermöglicht einen tiefen Einblick in den persönlichen Lebensbereich. Sie geben Auskunft über Lebenserwartung und allgemeinen Gesundheitszustand, der nicht nur für die Werbebranche, sondern insbesondere für Versicherungen, Kreditunternehmen und (zukünftige) Arbeitgeber äußerst interessant ist. Darüber hinaus lassen sich gerade Gesundheitsdaten nutzen, um das Verhalten nicht bloß zu analysieren, sondern auch zu steuern, vom bloßen «Nudging» bis hin zur handfesten Manipulation,<sup>41</sup> von illegalen Zugriffen auf Datenbestände etwa zum Zweck von Erpressung ganz zu schweigen.

<sup>40</sup> Schulz (Fn. 2), 92 ff.

<sup>41</sup> Dies gilt für alle Daten, die einen Einblick in die Motive von Akteuren erlauben. Nicht zuletzt deshalb ist die Herausbildung von Datenmonopolen ein außerordentlich wichtiges gesamtgesellschaftliches Thema.

#### IV. Rechtliche Herausforderungen – ein Ausblick

Diese neuen Entwicklungen bergen erhebliche rechtliche Herausforderungen. Das Spektrum reicht vom Verfassungsrecht über das Medizinproduktrecht, das zivile Haftungsrecht, das Versicherungsrecht, das Recht des Datenschutzes<sup>42</sup> bis hin zum Strafrecht. Auch die europa- und völkerrechtlichen Vorgaben sind zu beachten.<sup>43</sup> Im Folgenden soll nur ein Problemfeld herausgegriffen werden, nämlich die **strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Hackerangriffen**:

Gesundheitsdaten sind besonders sensibel und müssen daher in besonderem Maße geschützt werden. Neben dem Hacker, der sich aus finanziellen Interessen in ein System einhackt und die so erlangten Daten verkauft, sind auch andere Szenarien denkbar, etwa mutwillige Veränderungen von Daten mit der Folge von Fehldiagnosen oder die gezielte Manipulation von App-gesteuerten Herzschrittmachern oder Insulinspritzen, welche zu Körperverletzungen oder sogar zum Tod von Patienten führen könnten. Von besonderer Brisanz sind Hackerangriffe auf Informationssysteme, die eine große Zahl von Patienten betreffen, etwa auf Datenbanken von Krankenhäusern, die Daten von Krankenkassen oder die elektronische Patientenakte.

##### A. Verantwortlichkeit des Hackers

Strafrechtlich verantwortlich ist zunächst der Hacker selbst. Er kann sich v.a. nach § 202a dStGB (Ausspähen von Daten) strafbar machen, im Fall der Manipulation von Daten auch nach § 303a dStGB (Datenveränderung) oder nach § 303b dStGB (Computersabotage), wenn die Datenverarbeitung für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist. Dies dürfte etwa bei einem Angriff auf den zentralen Rechner eines Krankenhauses oder einer Krankenkasse anzunehmen sein. Wird infolge einer Manipula-

<sup>42</sup> Dazu umfassend Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Big Data und E-Health, 2017.

<sup>43</sup> Herzog, in: Böttinger/zu Putlitz (Fn. 2), 337 ff.



tion ein Mensch verletzt oder getötet, kommen die Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. dStGB) oder Tötungsdelikte (§§ 211 ff. dStGB) in Betracht. Der Ankäufer von Daten kann wegen Datenhehlerei (§ 202d dStGB) strafbar sein.

Zusätzliche Probleme ergeben sich bei Fällen mit Auslandsbezug, etwa wenn der Hacker oder das angegriffene Unternehmen oder beide im Ausland agieren. Das deutsche Strafrecht gilt gemäß § 3 dStGB für Taten, die im Inland begangen werden, d.h. Taten, deren Tathandlung im Inland vorgenommen wird oder deren Taterfolg im Inland eintritt (§ 9 dStGB). Wird die Tat im Ausland gegen einen Deutschen begangen, so ist nach § 7 Abs. 1 dStGB das deutsche Strafrecht anwendbar, wenn die Tat im Ausland ebenfalls mit Strafe bedroht ist.<sup>44</sup>

### **B. Verantwortlichkeit des Unternehmens, bei dem die Daten gehackt werden**

Das deutsche Strafrecht kennt bislang keine Unternehmensstrafbarkeit. Strafbar sein können nur natürliche Personen, also etwa die im Unternehmen für das Speichern der Daten und die Datensicherheit verantwortlichen Fachkräfte. Delikte wie das Ausspähen von Daten, § 202a dStGB, oder die Computersabotage, § 303a dStGB können allerdings nur vorsätzlich verwirklicht werden, eine Mittäterschaft oder die Beihilfe von Unternehmensmitarbeitern an diesen Taten scheidet daher in der Regel mangels Vorsatzes aus. Stehen z.B. eine Körperverletzung, § 223 dStGB oder gar eine Tötung, §§ 212, 211 dStGB, im Raum, so kommt aber auch die fahrlässige Begehung, §§ 229, 222 dStGB, in Betracht.

Maß für die anzuwendenden Sorgfaltspflichten sind dabei die akzeptierten Sicherheitsstandards. Wenn diese nicht eingehalten wurden und so der Hackerangriff ermöglicht wurde,

liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung vor.<sup>45</sup> Es kommt dann auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit an. Die Klärung der damit angesprochenen **Haftung für Sabotagesicherheit** und die damit verbundene Gefahr einer **Verantwortungsdiffusion**<sup>46</sup> stellt eine der größten juristischen Herausforderungen im Internet der Dinge dar.

### **C. Providerhaftung**

Von besonderer Bedeutung ist die Verantwortlichkeit der Provider. Üblicherweise unterscheidet man Content-, Host- und Service-Provider, wobei zu Letzteren insbesondere die Access-Provider zählen. In Deutschland ist die Providerhaftung im Telemediengesetz (TMG) geregelt. Die §§ 7 ff. TMG enthalten eine sehr weitgehende haftungsrechtliche Privilegierung der Provider, die in den Anfangsjahren des Internets sinnvoll war, um die neu entstehenden Geschäftsmodelle zu schützen. Heute erscheinen die Privilegien angesichts der Vernetzung in so sensiblen Bereichen wie dem Straßenverkehr oder dem medizinischen Bereich kaum mehr zeitgemäß und bedürfen dringend der Überprüfung.

Dies gilt insbesondere für die faktische Haftungsfreistellung der Accessprovider, die nach in Deutschland verbreiteter Ansicht selbst dann greifen soll, wenn ein Accessprovider von kriminellen Aktivitäten eines bestimmten Nutzers erfährt und diesen trotz Aufforderung (z.B. durch die Polizei) nicht vom Netz nimmt. Richtigerweise ist hier zumindest eine Beihilfestrafbarkeit anzunehmen (z.B. wenn der in Frage stehende Nutzer, nachdem der Provider sich trotz Wissen um dessen Tatpläne geweigert hatte, ihn vom Netz zu nehmen, eine medizinische Einrichtung mittels Schadsoftware angreift und dadurch vorsätzlich Menschen

<sup>44</sup> Rechtsvergleichend **Schwarzenegger**, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, ZStrR 2000, 109 ff.

<sup>45</sup> **Hilgendorf**, Verantwortungsdiffusion und selbstlernende Systeme in der Industrie 4.0 – ein Problemaufriss aus strafrechtlicher Perspektive, in: Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0. Datenhoheit, Verantwortlichkeit, rechtliche Grenzen der Vernetzung, Baden-Baden 2018, 119 (126).

<sup>46</sup> **Hilgendorf** (Fn. 46), 119 (120 f., 129 ff.).

verletzt).<sup>47</sup> Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 1. September 2017<sup>48</sup> weist in die richtige Richtung, geht aber nicht weit genug.

\*

Wie die Beispiele zeigen, sind die durch die Digitalisierung der Medizin aufgeworfenen rechtlichen Probleme durchaus auf der Basis des geltenden Rechts, u.U. mit Fortbildungen

de lege ferenda, zu lösen. Eines gänzlich neuen «**Rechts der Digitalisierung**» bedarf es nicht. Der Revolution in der IT, die zu einer fortschreitenden Digitalisierung unserer gesamten Lebens- und Arbeitswelt unter Einschluss des Gesundheitswesens geführt hat,<sup>49</sup> sollte man nicht durch eine juristische Revolution zu begegnen versuchen, sondern durch eine reflektierte **Evolution des geltenden Rechts**.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012, Rn. 215 ff.

<sup>48</sup> BGBl. I, 3352 ff.; im Internet unter [https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>49</sup> Nicht wenige sprechen deshalb sogar von der «digitalen Transformation», vgl. bereits den Titel des Werkes von Matusiewicz et al. (Fn. 2) sowie Lohmann, in Matusiewicz et al. (Fn. 2), 7 ff.

<sup>50</sup> Hilgendorf, FS Fischer (Fn. 14), 101 (113).



# Schuld sind immer die anderen: Beobachtungen zur Persönlichkeit von Wirtschaftskriminellen aus der Praxis

Studien zu den Persönlichkeiten und Charaktereigenschaften von Wirtschaftskriminellen haben gezeigt, dass diese überwiegend männlich sind, regelmässig dem Kader angehören, sich auf dem Höhepunkt ihrer Karrieren befinden und einen guten Ruf geniessen. Im Prinzip somit alle Eigenschaften, die auch auf den Jubilar zutreffen!

Im Rahmen der Tätigkeit in der Strafverfolgung von Wirtschaftskriminalität lassen sich diese Faktoren und auch sonst immer wieder Ähnliches im Hinblick auf die Persönlichkeiten von Täterinnen und Täter beobachten. Die innere Haltung von Wirtschaftskriminellen spiegelt sich nicht nur in den Taten selbst, sondern regelmässig auch im Verhalten während den Untersuchungen und Verfahren.

Was Wirtschaftskriminelle regelmässig gemeinsam haben, ist, dass sie ihr Umfeld durch ihr freundliches, charismatisches Auftreten regelrecht zu blenden vermögen. So werden im Rahmen von Befragungen oft ähnliche Schilderungen über die Persönlichkeit von Wirtschaftskriminellen zu Protokoll gegeben und nicht selten werden diese paradoxerweise als sehr grosszügige und ehrliche Menschen beschrieben: «Der Beschuldigte ist eine sehr grosszügige Person, die immer für andere geschaut hat.» (Aussage eines Zeugen über einen Beschuldigten, der als Vermögensverwalter eigene Rechnungen im Umfang von CHF 250'000.00 mit Vermögenswerten von Kunden beglich, zu denen er zuvor über Jahre ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hatte). So ist

es nicht erstaunlich, dass Warnsignale oder Anzeichen für delinquentes Verhalten nicht selten überhaupt nicht oder erst wenn es zu spät ist, bemerkt werden.

Weiter fällt auf, dass sich Wirtschaftskriminelle oftmals selbst keiner Schuld bewusst zu sein scheinen. Dies zeigt sich etwa an den Rechtfertigungsversuchen, welche immer wieder auffallend ähnlich ausfallen. In den Augen der Täterinnen und Täter ist die Schuld oft nicht bei ihnen, sondern vielmehr bei anderen oder in den äusseren Umständen zu suchen. Offenbar scheinen Wirtschaftskriminelle regelmässig der festen inneren Überzeugung zu sein, nichts falsch gemacht zu haben oder sie können sich nicht dazu durchringen, Verantwortung für Ihr Handeln zu übernehmen. Vielmehr scheinen sie sich oft selbst einzureden, dass der «Griff in die fremden Töpfe» legitim gewesen sei. Aussagen wie «Es ist einfach passiert», «Da gab es keinerlei Absicht, wenn, dann höchstens als eine Art kurzfristige Überbrückung der fehlenden finanziellen Mittel» werden immer wieder gemacht.

Selbst im Rahmen von abgekürzten Verfahren, welche nota bene von den Beschuldigten selbst beantragt werden müssen (Art. 358 Abs. 1 StPO), fällt die Anerkennung des Sachverhalts durch die Beschuldigten regelmässig schwer. Wohl aus Angst, das Gesicht zu verlieren, werden dann Aussagen zu Protokoll gegeben wie: «Im Wesentlichen ist es korrekt, aber ich kann mich nicht an die Details erinnern.» (Aussage eines Verwaltungsratspräsidenten einer Gesellschaft, welche Spendengelder sammelte und dabei rund

CHF 4.39 Mio. Spendengelder pflichtwidrig verbrauchte, anstatt diese an die angedachten Empfänger weiterzuleiten).

Schliesslich scheinen Wirtschaftskriminelle oft mehr ihre eigene Situation zu bedauern als Einsicht oder Reue zu zeigen oder Mitleid mit den Geschädigten zu haben, welche durch die Straftaten nicht selten um ihre Existenzgrundlage gebracht werden. So erklärte etwa eine ehemalige Relationship Managerin einer Bank, welche mit Hochrisikogeschäften rund CHF 40 Mio. Kundenvermögen verspekulierte, dass die Bank doch die Aufgabe gehabt hätte, sie besser zu kontrollieren, und sie damit früher aufgelöst und der angerichtete Schaden wesentlich geringer ausgefallen wäre.

Im Hinblick auf den Jubilar kann somit festgehalten werden, dass dieser zwar dem Profil des typischen Wirtschaftskriminellen entspricht (männlich, Kaderposition, auf dem Höhepunkt seiner Karriere, guter Ruf, charismatisches Auftreten), doch zeichnet sich der Jubilar immerhin dadurch aus, dass er in seinem wissenschaftlichen Wirken immer die Verantwortung für sein Handeln (sprich seine Meinungen) übernommen hat und auch von kontroversen Themen nicht zurückgeschreckt ist.

Risikofaktoren sind letztlich nur Risikofaktoren und auch für den Jubilar gilt die Unschuldsvermutung!

Denise Schmohl-Sigrist





# Les cheveux roux

Joëlle Vuille (rousse) & André Kuhn-Roux (complètement gris)

## A la racine du crime

«Red hair, sir, in my opinion, is dangerous.»  
(P.G. Wodehouse)

### I. Introduction

Christian partage avec une auteure de cette contribution une caractéristique qui fait de lui un être atypique : il est rouquin. De tout temps, les roux ont occupé l'imaginaire populaire, faisant l'objet de légendes et alimentant bien des fantasmes. Tour à tour volcaniques, maléfiques, traîtres ou tentateurs dépourvus d'âme, la mythologie, l'art et la culture populaire regorgent de roux sulfureux. Christian étant professeur de criminologie (entre autres activités), il nous a paru naturel de nous interroger sur la place des roux dans la criminologie, afin d'établir, *in fine*, si Christian a choisi son métier par hasard, ou si, au travers de la couleur de sa chevelure, c'est le crime qui l'a choisi. Après avoir évoqué les causes biologiques de la rousseur, nous explorerons la place particulière que les roux ont eue dans l'histoire des sociétés humaines. Nous évoquerons quelques stéréotypes tenaces quant aux rôles des rousses dans la sorcellerie, avant de nous interroger sur la place des roux dans la criminologie et la criminalistique modernes. Nous terminerons ce panorama en évoquant la victimisation des roux, ainsi que leur potentiel professionnel.

### II. Le gène roux

Seuls 2% de la population mondiale est affublée de cet étendard flamboyant que sont les cheveux

roux,<sup>1</sup> avec des variations importantes d'une région à l'autre du globe : si la plupart des roux sont concentrés dans les îles britanniques (environ 10% de la population en Ecosse et en Irlande), on trouve également bon nombre de roux parmi les Udmurt de Russie orientale, les Berbères du Maroc, les Kabyles d'Algérie et les Juifs ashkénazes.<sup>2</sup> Chez la plupart des roux, la couleur rousse des cheveux, ainsi que la peau pâle et les taches de rousseur qui l'accompagnent souvent, est causée par une mutation d'un gène appelé MC1R (pour « melanocortin 1 receptor ») situé sur le chromosome 16. Pendant longtemps, on a pensé que cette mutation était apparue en Asie centrale il y a 3000 ou 4000 ans, mais des découvertes archéologiques récentes suggèrent que les Néandertaliens possédaient déjà une variante de ce gène, il y a environ 50'000 ans.<sup>3</sup> Le gène MC1R permet la production d'un pigment appelé phéomélanine (un type de mélanine), qui donne cette pigmentation particulière à celui qui le possède. Le gène est en général récessif, si bien que les deux parents doivent en être porteurs pour que leur descendance puisse être rousse. Biologiquement parlant, le gène MC1R et la peau claire qu'il produit sont

<sup>1</sup> La couleur rousse étant définie (par le Larousse) comme une couleur intermédiaire entre le jaune et le rouge, avec des reflets dorés.

<sup>2</sup> De manière surprenante, il y en a relativement peu en Roumanie et au Pérou.

<sup>3</sup> Lalueza-Fox et al., A melanocortin 1 receptor allele suggests varying pigmentation among Neanderthals, Science 2007, 1453 ss.

très utiles sous les latitudes septentrionales car ils permettent de tirer un profit maximal du peu d'ensoleillement présent : grâce à eux, la vitamine D est synthétisée plus vite chez les roux que chez les personnes pourvues de teints plus sombres, ce qui offre aux roux un avantage du point de vue évolutif car cela les protège contre le rachitisme.<sup>4</sup> Le revers de la médaille étant que les roux sont quasiment dépourvus de protection naturelle contre les rayons UV. A cet égard, des rumeurs circulent régulièrement sur le fait que les roux, comme les pandas roux,<sup>5</sup> seraient en voie d'extinction, soit à cause d'une mobilité toujours plus grande des populations mondiales (qui rendraient toujours plus difficile la rencontre de deux porteurs de l'allèle roux),<sup>6</sup> soit à cause du changement climatique (qui apporterait plus de beau temps dans les contrées reculées des Highlands écossais<sup>7</sup>). En réalité, il n'en est rien : le gène roux se porte bien, et il n'est pas près de s'éteindre.<sup>8</sup>

### III. Roux et rousses

La rousseur a une place particulière dans l'histoire de nombreuses sociétés humaines. En effet, dans tous les groupes humains qui ont laissé derrière eux des traces interprétables, les roux ont été mis à part par leurs congénères.<sup>9</sup> Contrairement à d'autres couleurs de cheveux, la rousseur a ainsi souvent été utilisée pour véhiculer des représentations (parfois positives, souvent négatives) au sujet des personnes qui en étaient affublées. Elle a souvent été utilisée pour signifier le courage et la force physique : on dépeint ainsi régulièrement le dieu nordique

Thor comme ayant été rouquin, tout comme le dieu égyptien Seth, le roi Arthur, la reine Boudicca, Guillaume le Conquérant ou encore Richard Cœur-de-Lion. A l'inverse, bon nombre de personnages peu recommandables ont été décrits comme étant roux : on pensera à Lilith, Caïn, Judas, ou encore Marie Madeleine. D'un point de vue historique, il est très difficile d'établir qu'une personne ayant vécu il y a plusieurs (dizaines) de siècles était rousse (si elle a même existé). Mais la légende les a peut-être faites rousses précisément pour véhiculer une certaine image, sachant que tout le monde comprendrait les attributs implicites associés à cette couleur de cheveux. Utiliser la rousseur pour se démarquer a d'ailleurs été un instrument de communication politique à certaines époques : il est aujourd'hui documenté, par exemple, que Ramsès II, Cléopâtre et Attila se teignaient les cheveux au henné, probablement pour marquer leur puissance et effrayer leurs adversaires.

Au-delà d'individus célèbres, la rousseur a également été utilisée au travers de l'Histoire pour marquer des groupes sociaux. Il est historiquement établi, par exemple, que les esclaves étaient dépeints comme étant roux dans la Grèce<sup>10</sup> et la Rome antiques,<sup>11</sup> que les roux servaient de boucs émissaires en Egypte ancienne<sup>12</sup> et qu'un édit de Saint Louis de 1274 imposa aux prostituées de se teindre les cheveux en roux afin qu'elles soient reconnaissables.<sup>13</sup> De nombreux animaux roux (bœufs, chats, chiens, renards, écureuils) furent sacrifiés tant chez les Egyptiens que chez les Romains, et plus tard au Moyen-âge, à Mardi-Gras, à Pâques ou à la Saint-Jean.<sup>14</sup> Bien souvent dans la culture populaire, la rousseur a été synonyme de violence et de dégénérescence (pour les hommes), et de

4 Concrètement, le rachitisme rend les os mous, et une femme ayant les os du bassin mous peut avoir de grandes difficultés à mener une grossesse à terme.

5 Pour être précis, les pandas roux sont actuellement classés « en danger » dans la Liste rouge de l'Union internationale pour la protection de la nature.

6 <http://www.news.com.au/national/gingers-extinct-in-100-years-say-scientists/story-e6frfkp9-111114243424>, [15.7.2019].

7 Ce qui brûlerait les roux comme des vampires exposés aux rayons du soleil – nous résumons quelque peu le propos.

8 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/10/redheads-die-out-extinction-ginger-gene-bad-science-red-hair>, [15.7.2019].

9 Roach, *The roots of desire: The myth, meaning, and sexual power of red hair*, Londres 2006, 3.

10 La Rosa, *The big redhead book : inside the secret society of red hair*, New York 2017, 129 ss. Pour Aristote, *Traité de la génération des animaux*, Livre 5, § 9, « la couleur rousse est en quelque sorte une maladie du cheveu ».

11 Roach (note 9), 39.

12 Fauche, *Roux et rousses, un éclat particulier*, Paris 1997, 33.

13 [https://www.lexpress.fr/styles/coiffure/les-mysteres-du-blond-venitien\\_1493701.html](https://www.lexpress.fr/styles/coiffure/les-mysteres-du-blond-venitien_1493701.html), [15.7.2019].

14 Roach (note 9), 50 ; Fauche (note 12), 33.

maladie et de promiscuité sexuelle (pour les femmes).<sup>15</sup> De nombreuses légendes tournent d'ailleurs autour des roux. Par exemple, en France, il était dit que les nombrils des bébés mis au monde par des sages-femmes rousses ne cicatrisaient jamais, et que leur haleine fétide causait parfois la mort de la parturiente.<sup>16</sup> Une croyance rapportée dans la région de Liverpool voulait qu'il était de mauvais augure, pour les marins, de croiser un rouquin avant de partir en mer et que si cela arrivait, il fallait renoncer au voyage. Dans le sud de l'Écosse, la première personne qui franchissait le seuil d'une habitation à Nouvel An ne devait pas être un rouquin, sous peine d'amener la malchance sur la maison.<sup>17</sup>

Les croyances populaires sont également véhiculées au travers de l'art. Or, les personnages roux sont relativement nombreux dans la littérature occidentale, et sont en général méchants, pervers ou physiquement répugnants. On pensera à Shylock dans *The Merchant of Venice* de Shakespeare,<sup>18</sup> à Quasimodo dans *Notre-Dame de Paris* de Hugo, au meunier dans les *Canterbury Tales* de Chaucer, à Fagin dans *Oliver Twist* et à Heep dans *David Copperfield* de Dickens, ou encore à Jack dans *Lord of the Flies* de Golding.<sup>19</sup> Dans *Bussy d'Ambois*, de George Chapman, il est dit que le poison le plus létal est fabriqué à partir de la graisse d'un homme roux.<sup>20</sup> La *Nana* de Zola, quant à elle, est scandaleuse (pour son époque), et elle est naturellement rousse. On nous dira que la grande

majorité des scélérats, des vauriens et des femmes aux mœurs légères dépeints dans la littérature ne sont pas roux, et c'est vrai. Mais la couleur de leurs cheveux n'est jamais utilisée pour signifier leurs défauts ; dans le cas des roux, c'est toujours le cas.

Aujourd'hui encore, la culture populaire et la recherche scientifique attribuent toutes sortes de caractéristiques intéressantes (ou absurdes) aux roux. Ainsi, ils seraient surreprésentés parmi les victimes de piqûres d'abeilles,<sup>21</sup> auraient besoin de plus d'anesthésiant lors d'une opération chirurgicale,<sup>22</sup> saigneraient plus,<sup>23</sup> seraient moins sensibles à la douleur,<sup>24</sup> mais seraient plus sensibles au chaud et au froid.<sup>25</sup> Une croyance apparemment courante parmi les chirurgiens – et que la première auteure s'est entendu dire à de réitérées reprises – est que des complications surviennent toujours avec les roux. Par ailleurs, les roux auraient une odeur particulière,<sup>26</sup> seraient plus souvent gauchers que la population générale,<sup>27</sup> auraient moins de risque de développer un cancer de la prostate,<sup>28</sup> mais un risque plus élevé de développer un cancer de la peau.<sup>29</sup>

<sup>15</sup> Une possible explication à cela est que, avant que l'on ne comprenne les lois de la génétique, la naissance d'un enfant roux de parents non roux pouvait être comprise comme le signe d'un adultère de la part de la mère.

<sup>16</sup> Verdier, Les femmes et le saloir, *Ethnologie française* 1976, 349 ss., 352.

<sup>17</sup> Roach (note 9), 77.

<sup>18</sup> Comme Shylock, dans *Three Ladies of London* de Robert Wilson et *The Jew of Malta* de Christopher Marlowe (les trois pièces datent de la même époque), l'usurier est un Juif qui, dans les productions originales, était joué avec une perruque rousse. De nombreux chercheurs attestent d'un lien historique entre antisémitisme et sentiments anti-roux. Voir Roach (note 9), 40.

<sup>19</sup> Roach (note 9), 34.

<sup>20</sup> Roud, *The Penguin guide to the superstitions of Britain and Ireland*, Londres 2003 (entrée « Red hair »).

<sup>21</sup> Non confirmé par la science.

<sup>22</sup> Liem et al., Anesthetic requirement is increased in redheads, *Anesthesiology* 2004, 279–283.

<sup>23</sup> Cunningham et al., Red for danger? The effects of red hair in surgical practice, *British Medical Journal* 2010, 1304 ss.

<sup>24</sup> Confirmé pour les femmes rousses : Mogil et al., The melanocortin-1 receptor gene mediates female-specific mechanisms of analgesia in mice and humans, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2003, 4867 ss.

<sup>25</sup> Confirmé par la co-auteure rousse de cette contribution. Pour une confirmation scientifique, voir Liem et al., Increased sensitivity to thermal pain and reduced subcutaneous lidocaine efficacy in redheads, *Anesthesiology* 2005, 509 ss.

<sup>26</sup> Ce qui pourrait s'expliquer par le fait que leur peau est plus acide que la moyenne. L'idée est apparue à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle dans un ouvrage rédigé par un certain Galopin, « Le parfum de la femme », et elle semble avoir quelques assises scientifiques.

<sup>27</sup> Cette croyance découle du fait que la rousseur et le fait d'être gaucher sont causés par de gènes récessifs, et qu'ils pourraient donc être transmis ensemble. Nous n'avons cependant pas trouvé de confirmation de cette corrélation dans la littérature scientifique.

<sup>28</sup> Weinstein/Virtamo/Albanes, Pigmentation-related phenotypes and risk of prostate cancer, *British Journal of Cancer* 2013, 747 ss.

<sup>29</sup> Rodwell, Melanoma: Seeing red, *Nature Reviews Cancer* 2012, 795 ss.



D'un point de vue anthropologique, il n'est peut-être pas étonnant que la rousseur ait une place si particulière dans les communautés humaines. Dans les langues germaniques, le même mot désigne la couleur rousse et la couleur rouge (« rot » en allemand, « red » en anglais, « rood » en néerlandais, notamment). Or, dans presque toutes les sociétés humaines, le rouge est associé au danger (sang, feu), à la colère (« voir rouge »), à la passion, à la honte (« rougir »), à la guerre (Mars), à la perte (« être dans le rouge »). D'un point de vue biologique, la couleur rouge cause chez celui qui la regarde une augmentation du métabolisme, de la fréquence cardiaque et de la respiration (raison pour laquelle les panneaux d'interdiction et les feux de signalisation, par exemple, sont rouges).<sup>30</sup> La crainte de la couleur rouge est probablement ancrée très profondément dans des recoins primitifs de notre cerveau : même les singes semblent s'en tenir éloignés.<sup>31</sup>

#### IV. La marque du Diable

À l'époque moderne, l'association des roux avec les forces du Mal semble remonter à l'Inquisition. En l'espace de quelques siècles, entre 50'000 et 100'000 personnes auraient été exécutées en Europe pour sorcellerie, dont 80% de femmes.<sup>32</sup> Les sorcières étaient souvent accusées d'avoir ensorcelé leurs victimes, d'avoir empoisonné du bétail, de rendre les hommes et les animaux stériles, ou d'avoir fait perdre des récoltes, par vengeance ou par méchanceté. Cette persécution fut encadrée, d'un point de vue méthodologique, à partir de 1486 par le fameux *Malleus Maleficarum*, « manuel d'utilisateur » des inquisi-

teurs.<sup>33</sup> L'ouvrage contient une description de ce qu'est la sorcellerie et de ce que les sorcières sont capables ou non de faire, des instructions sur la façon d'attraper les sorcières, comment mener l'instruction, comment détenir les coupables et comment les exécuter. Il contient également des informations sur les modes de preuve, sur le crédit à accorder à différents types de témoins, sur la crédibilité des avocats, et sur la façon, pour les autorités, de se protéger contre les pouvoirs des sorcières.

Une partie importante de l'ouvrage est consacrée aux « marques du Diable » laissées sur les corps des sorcières et permettant d'identifier celles et ceux qui avaient fréquenté Satan d'un peu trop près, par exemple des taches sur la peau, des verrues ou de zones du corps insensibles à la douleur. Les cheveux roux et les taches de rousseur sont souvent évoqués dans ce cadre, car ils seraient les « marques du Diable » par excellence. En réalité, ces caractéristiques physiques n'apparaissent pas dans le *Malleus Maleficarum* : le célèbre livre ne contient aucune référence à la rousseur. Bien sûr, aucune statistique de l'époque ne documente la couleur des cheveux des sorcières, et on ne peut donc pas se prononcer définitivement sur la surreprésentation des rousses parmi les femmes exécutées pour sorcellerie durant l'Inquisition. Pourtant, la surreprésentation des rousses parmi les sorcières est l'une des croyances les plus largement répandues dans le domaine et est encore documentée (à tort) dans de nombreux ouvrages contemporains.<sup>34</sup>

Qu'il soit roux ou non, la sorcellerie est un sujet passionnant pour un criminologue car elle illustre parfaitement la nature socialement construite de la délinquance. N'est criminel que celui qui est désigné comme tel par la loi

<sup>30</sup> Roach (note 9), 12.

<sup>31</sup> Khan et al., Red signals dominance in male rhesus macaques, *Psychological Science* 2011, 1001 ss. À l'inverse, le rose aurait des vertus apaisantes, à tel point qu'il est aujourd'hui très tendance de peindre les cellules de prison en rose pour calmer les détenus : <https://www.amnesty.ch/fr/sur-amnesty/publications/magazine-amnesty/2010-3/suisse-le-rose-nouvelle-mode-dans-les-prisons-suissees>.

<sup>32</sup> Le Bras-Chopard, *Les putains du Diable*, Paris 2006, 8. Pour rappel, la Suisse a le privilège douteux d'avoir exécuté l'une des dernières « sorcières » en Europe ; il s'agissait d'Anna Göldin – qui n'était pourtant pas rousse –, mise à mort à Glaris en 1782 pour avoir soi-disant empoisonné les enfants de son patron. Elle fut réhabilitée en 2008 et son procès qualifié de « meurtre judiciaire ».

<sup>33</sup> Très largement diffusé en Europe, il sera mis à l'index quelques années plus tard car entrant en contradiction avec les enseignements de l'Église catholique en matière de démonologie.

<sup>34</sup> Selon certains auteurs, les cheveux de la majorité des sorcières étaient gris ou blancs parce que les persécutions prenaient avant tout pour cible les femmes âgées, veuves, pauvres et vivant en marge du groupe social. Sur ce point, voir Collins Harvey, *Red: A natural history of the redhead*, Londres 2015, 111.

pénale, et celle-ci varie à l'infini dans le temps et dans l'espace. Durant les pires moments de l'Histoire de l'humanité, ces constructions sociales ont permis d'ériger en crime le fait de ne pas appartenir à une certaine caste, le fait de ne pas partager les opinions de la classe dirigeante, le fait d'avoir une certaine couleur de peau ou encore de pratiquer une certaine religion. Le crime de sorcellerie est ainsi une démonstration par l'absurde de l'usage que les autorités (et les citoyens) peuvent faire des lois pénales pour se débarrasser des personnes jugées indésirables dans un groupe social. Les sorcières ne sont d'ailleurs pas des êtres du passé ; nos sociétés en créent régulièrement, chaque fois qu'une hystérie collective désigne à la vindicte populaire des individus qui personnifient certaines peurs primales, alors même que les preuves contre eux font défaut.<sup>35</sup>

## V. Le positivisme classique

Si, de tout temps, les hommes ont probablement tenté de comprendre et d'expliquer les comportements de leurs congénères (et en particulier les comportements qui heurtaient l'ordre social), ce n'est qu'au XIX<sup>e</sup> siècle que sont apparues les premières théories scientifiques de la délinquance. L'une des figures les plus connues dans ce domaine est certainement Cesare Lombroso, médecin italien ayant entamé ses travaux dans les années 1860. Homme de son temps, Lombroso était persuadé que la criminalité avait des causes biologiques, était innée et héréditaire. Pour lui, l'homme criminel était un être atavistique qui portait sur lui les signes extérieurs de sa déviance et pouvait ainsi être reconnu comme tel.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Pensons, par exemple, aux Ouïghours en Chine, aux Rohingya en Birmanie ou aux « migrants » en Europe. Le monde judiciaire n'est d'ailleurs pas en reste : la lutte contre la pédophilie a parfois mené à des chasses aux sorcières à l'encontre de personnes contre lesquelles des preuves solides faisaient défaut, tout comme la répression du terrorisme et (on ose à peine le dire par les temps qui courent) le mouvement #MeToo.

<sup>36</sup> La croyance que la personnalité d'un individu est corrélée à certains traits physiques perdure apparemment aujourd'hui encore. Un article récemment paru dans le quotidien *Le Temps* offre, en effet, un panorama de recherches récentes explorant cette idée : <https://www.letemps.ch/societe/couleur-nos-yeux-pre-disposerait-certains-trait-caractere>, [15.7.2019].

Au vu de l'image très négative attachée aux rouquins au travers des époques, on aurait pu s'attendre à ce que les cheveux roux apparaissent dans la liste des caractéristiques corrélées par Lombroso et ses collègues de l'école positiviste italienne à la délinquance. Lombroso avait d'ailleurs relevé des proverbes (notamment vénitiens) qui mettaient en garde contre les roux, ainsi que contre les personnes à la peau pâle (un bon nombre de roux tombent également dans cette catégorie, faut-il le rappeler). Parmi les femmes, Lombroso rapporta effectivement une surreprésentation de blondes et de rousses parmi les femmes criminelles en regard de la population générale, en particulier dans les crimes de luxure.<sup>37</sup> Il notait également que les prostituées avaient, plus souvent que les femmes « normales » (nous reprenons ici sa terminologie) une chevelure abondante.<sup>38</sup> Du côté des hommes, en revanche, les propres données de Lombroso ne lui permirent pas de confirmer la surreprésentation des roux parmi les hommes délinquants par rapport à la population générale.<sup>39</sup> Une bonne nouvelle pour Christian ? Pas totalement, parce que Lombroso nota que les personnes ayant les yeux bleus étaient surreprésentées dans ses échantillons (surtout chez les escrocs), sans qu'il ne soit donné d'explication à ce phénomène.<sup>40</sup>

L'idée que la délinquance serait corrélée avec des caractéristiques physiques visibles n'a toutefois pas disparu avec la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. En effet, en 1947 encore, un éminent professeur de droit pénal et de criminologie allemand (temporairement émigré aux États-Unis) mettait encore en lien rousseur et criminalité, en rappelant le grand nombre de hors-la-loi roux ayant fait régner la terreur lors de la conquête de l'Ouest américain un siècle au-

<sup>37</sup> Ils s'appuie sur ses propres données, mais également sur les travaux de certains contemporains, comme Marro, Riccardi, et Tarnowsky.

<sup>38</sup> Lombroso/Ferrero, *La femme criminelle et la prostituée*, Grenoble 1895, Partie III, Chapitre IV.

<sup>39</sup> Lombroso, *L'homme criminel*, Paris 1887, Tome I, Partie II, chapitre IV.

<sup>40</sup> Lombroso (note 39), Tome I, Partie II, chapitre IV.

paravant.<sup>41</sup> D'après lui, la surreprésentation des roux dans ce groupe de personnes s'expliquait par le fait que seuls les tireurs les plus rapides survivaient dans ces contrées reculées ; or, les roux jouissaient d'une motricité optimisée (la publication ne précise pas comment ou pourquoi), ce qui leur donnait un avantage naturel par rapport à leurs ennemis. Cette plus grande réactivité n'était d'ailleurs pas seulement physique mais aussi psychologique, ce qui se traduisait par une plus grande susceptibilité des roux ; à son tour, ce trait de la personnalité expliquait pourquoi les roux se retrouvaient régulièrement du mauvais côté de la loi.<sup>42</sup> Dans un sursaut de lucidité scientifique, l'auteur releva tout de même qu'il y avait peut-être autant de hors-la-loi roux que de hors-la-loi non roux, mais que ce sont les roux dont leurs contemporains se sont le mieux souvenus et ont le plus parlé. Nous dirions aujourd'hui que son échantillon souffrait effectivement d'un biais de sélection.<sup>43</sup>

Les statistiques modernes de la criminalité n'ont jamais confirmé une quelconque corrélation entre comportements contraires à la loi et cheveux roux. Néanmoins, on est bien obligé de constater que ces statistiques ne contiennent pas de données sur la couleur des cheveux des infracteurs. A un niveau strictement scientifique, l'hypothèse d'un lien entre rousseur et délinquance ne peut donc pas être falsifiée. Par ailleurs, les statistiques de la délinquance n'enregistrent que les infractions qui sont portées à la connaissance des autorités pénales, qui font l'objet d'un enregistrement par la police, respectivement d'une condamnation ou d'une mise en détention.<sup>44</sup> Or, on pourrait arguer – toujours à titre d'hypothèse –, comme

un auteur l'a encore avancé récemment au sujet des femmes,<sup>45</sup> que les roux ne sont peut-être pas moins délinquants que les autres, mais qu'ils sont plus malins et ne se font jamais prendre. Tester une telle hypothèse serait très difficile d'un point de vue méthodologique ; il nous faut donc accepter que ce doute ne pourra probablement jamais être levé.

## VI. Rousseur et analyses ADN

C'est peut-être à l'ère de la génétique que les roux vont finalement perdre leur bataille séculaire contre les forces du Bien (pour le lecteur qui aurait perdu le fil du propos, nous entendons par là les autorités pénales). En effet, le législateur fédéral envisage actuellement la possibilité de rendre licite une technique d'analyse ADN appelée « phénotypage forensique ». Il s'agit, en résumé, de pouvoir inférer l'apparence (c'est-à-dire le *phénotype*) d'une personne ayant laissé une trace sur une scène de crime à partir de ses caractéristiques génétiques (son *génotype*). Une telle manière de faire pourrait être utile pour fournir des pistes d'enquête lorsque le profil de la trace ne trouve pas de correspondance dans la base de données ADN nationale et/ou qu'une recherche de grande envergure au sens de l'art. 256 du Code de procédure pénale<sup>46</sup> est restée infructueuse. Une motion demandant une modification de la Loi sur les profils d'ADN<sup>47</sup> sur ce point avait été adoptée dans ce sens au Parlement en 2016,<sup>48</sup> afin de relancer l'enquête dans l'agression d'une femme survenue à Emmen en 2015, qui n'avait mené à rien malgré des prélèvements ADN fait sur près de 400 hommes de la région.<sup>49</sup>

41 von Hentig, Redhead and outlaw: A study in criminal anthropology, *Journal of Criminal Law & Criminology* 1947, 1.

42 Roach (note 9), 78, rapporte le cas d'une juge irlandaise qui, en 2001, a condamné un accusé roux pour « disorderly conduct » en lui disant : « I am a firm believer that hair colouring has an effect on temper and your colouring suggests you have a temper ».

43 A noter que von Hentig deviendra le fondateur d'un champ de recherche majeur, la victimologie.

44 Killias/Aebi/Kuhn, Précis de criminologie, 3<sup>ème</sup> édition, Berne 2012, 40 ss.

45 Guédah, De la violence conjugale à la violence juvénile, *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique* 2007, 31 ss. Il reprenait une idée d'abord exprimée par Otto Pollak dans les années 1950.

46 Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0.

47 Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003, RS 363.

48 Motion Vitali, « Pas de protection pour les criminels et les violeurs » (motion 15.4150), adoptée par le Conseil national le 18.3.2016 et par le Conseil des Etats le 14.12.2016.

49 « Vergewaltigungsfall von Emmen bleibt wohl ungelöst », *Tagesanzeiger*, 15.1.2018.

A partir d'une trace ADN trouvée sur une scène de crime, le phénotypage permet d'inférer (avec un certain degré de probabilité) l'apparence de la personne qui en est la source. Actuellement, en plus du genre qui peut déjà être déterminé par une analyse ADN « classique », il est possible de fournir des indications quant à l'origine géographique de la personne, la teinte de sa peau, la couleur de ses cheveux et de ses yeux. Or, il se trouve que les roux sont particulièrement desservis par cette nouvelle technique. En effet, cette dernière, malgré des performances variables pour prédire toutes sortes de couleur de cheveux, semble particulièrement au point pour prédire que le donneur d'une trace est roux.<sup>50</sup> Même la présence de taches de rousseur peut être prédite ! Autant dire que le règne de terreur des roux serait près de se terminer si la Suisse autorisait le phénotypage forensique.

Le phénotypage est déjà explicitement autorisé dans quelques pays européens et Etats américains, tandis que la majorité des législations sont muettes sur le sujet (pour l'heure).<sup>51</sup> Son efficacité est incertaine : on ignore combien d'affaires ont été résolues grâce à cette technique. Certains spécialistes du domaine ont toutefois dénoncé les problèmes que la technique pourrait poser, non pas à un niveau scientifique, mais en termes d'éthique.<sup>52</sup> On pourrait en effet craindre que, une fois le portrait-robot phénotypique publié, l'enquête se focalise sur un certain type de personnes (par hypothèse : ayant une peau foncée), renforçant ainsi certains stéréotypes sociaux, malgré le fait que la

technique n'est pas encore d'une grande fiabilité et qu'il peut donc s'agir d'une fausse piste.<sup>53</sup> Ensuite, le phénotypage forensique implique une analyse des parties de l'ADN qui contiennent potentiellement des informations très sensibles sur l'individu et peut ainsi poser problème du point de vue du droit à la vie privée et de la protection des données. Si l'interdiction d'analyser les parties codantes de l'ADN établie à l'art. 2 al. 2 de la Loi sur les profils d'ADN venait à être levée, il serait par exemple possible, à terme, de prédire qu'une personne développera une certaine maladie. Contrairement à ce que l'on pourrait croire de prime abord, une telle information peut être utile dans une enquête pénale car certaines maladies ont des effets visibles. Or, le suspect ne veut pas forcément partager ces informations avec autrui, il ne les connaît peut-être pas lui-même, et il ne veut peut-être même pas les connaître. Par ailleurs, on pourrait craindre que le phénotypage forensique n'ouvre une boîte de Pandore : si l'on autorisait aujourd'hui l'analyse des gènes qui déterminent la couleur des yeux, on pourrait un jour l'utiliser pour essayer de prédire la dangerosité d'une personne. Et alors, quelle mesure prendra-t-on pour l'empêcher de passer à l'acte ?

## VII. Cheveux roux et victimisation

Depuis 2009, le monde entier célèbre « Kiss a ginger day », une fête inventée aux Etats-Unis dont le but est de montrer votre affection à ce rouquin un peu spécial dans votre vie. La célébration a lieu chaque année le 12 janvier. Cette journée a été initiée en réaction au sinistre « Kick a ginger day » qui avait été lancé en Angleterre quelques années auparavant et qui, comme son nom l'indique, est une journée dédiée aux attaques anti-roux, lors de laquelle chacun est encouragé à s'en prendre physiquement à un rouquin, à l'insulter à cause de la couleur de ses cheveux ou à l'humilier publi-

<sup>50</sup> Hysi/Valdes/Liu et al., Genome-wide association meta-analysis of individuals of European ancestry identifies new loci explaining a substantial fraction of hair color variation and heritability, *Nature Genetics* 2018, 652 ss.

<sup>51</sup> Pour l'Europe, voir Samuel/Prainsack, Forensic DNA phenotyping in Europe: views «on the ground» from those who have a professional stake in the technology, *New Genetics and Society* 2018, 1 ss.

<sup>52</sup> Voir not. Toom et al., Approaching ethical, legal and social issues of emerging forensic DNA phenotyping (FDP) technologies comprehensively: Reply to 'Forensic DNA phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes' by Manfred Kayser, *Forensic Science International: Genetics* 2016, e1 ss.; Murphy, Legal and ethical issues in forensic DNA phenotyping, NYU School of Law, Public Law Research Paper 2013, 13 ss. A noter que certains critiques virulents de cette technique sont eux-mêmes roux. Coïncidence?

<sup>53</sup> Voir les exemples (tirés d'affaires réelles) donnés par Skinner, *Forensic genetics and the prediction of race: What is the problem?*, *BioSocieties* 2018, 1 ss. Les défenseurs de la technique répondront que, même si elle n'est pas fiable à 100%, elle est certainement plus fiable que les déclarations d'un témoin visuel, qui forment aussi parfois la base d'une investigation policière.

quement (l'activité a même un nom dédié, le « ginger-bashing »). Lancé sous forme de groupe Facebook par un adolescent canadien qui venait de regarder l'épisode topique de « South Park »,<sup>54</sup> « Kick a ginger day » a mené à des actes de violence contre des roux simplement parce qu'ils étaient roux. Certains expliquent la prévalence élevée des sentiments anti-roux en Angleterre (plus élevées qu'ailleurs selon eux) par l'histoire des relations anglo-irlandaises : des siècles de conflits, d'abord religieux, puis politiques et sociaux, ont pu créer des rancunes tenaces de la part de certains Anglais envers cette population très souvent rousse.<sup>55</sup> Peu amusées, certaines forces de police ont décidé de traiter ces attaques comme des « hate crimes », au même titre que les attaques homophobes ou racistes.<sup>56</sup> Pour notre part, si nous regrettons évidemment que les roux puissent être victimes de harcèlement et d'agressions violentes, il nous semble exagéré de tenir ces actes pour équivalents aux discriminations systématiques dont sont victimes d'autres groupes sociaux dans nos communautés, comme les Noirs américains, les gens du voyage en Europe, ou les communautés LGBT+.<sup>57</sup> Nous ne militerons donc pas pour une extension de la protection de l'art. 261bis CP aux roux.

Les sondages de victimisation,<sup>58</sup> utilisés en criminologie afin de circonscrire quelque peu le chiffre noir de la délinquance, ne relèvent pas une surreprésentation des roux parmi les victimes d'infractions. Mais à nouveau, la couleur des cheveux n'est pas une variable qui est relevée dans ce type de recherches, et on ne

peut donc pas totalement écarter l'hypothèse d'un lien entre rousseur et victimisation. On peut toutefois se demander si les rouquins se sentent effectivement victimes de harcèlement au quotidien ou dans les médias. Dans une étude menée dans 20 pays auprès de 1742 personnes au total (dont 65% de roux), l'auteur (un Irlandais rouquin) s'est interrogé sur la corrélation possible entre couleur des cheveux, harcèlement subi, anxiété et dépression.<sup>59</sup> Il en est ressorti que, parmi les roux, 92% des hommes et 86% des femmes interrogés rapportent avoir été moqués ou harcelés en raison de la couleur de leurs cheveux (seuls 6% des hommes et 10% des femmes non roux ont rapporté avoir fait une expérience similaire).<sup>60</sup> Quel effet cela a-t-il sur la santé mentale des rouquins ? Ici, il faut différencier les genres : les femmes rousses se sont dites moins déprimées et anxieuses que les femmes non rousses, mais c'est l'inverse pour les hommes roux, qui se sont dits plus anxieux et déprimés que les hommes non roux. De façon générale, les sujets roux se sont plaints de l'image des roux véhiculée dans la culture populaire.

Nous ignorons si Christian a pris part à l'étude mentionnée ci-dessus et comment il évalue son niveau d'anxiété dans la vie de tous les jours. Nous vous encourageons toutefois à célébrer avec lui sa rousseur et, pourquoi pas, à l'embrasser la prochaine fois que vous le croiserez un 12 janvier.

<sup>54</sup> Qui, en réalité, voulait véhiculer un message de tolérance envers ceux qui sont différents. Le message était apparemment trop subtil pour certains téléspectateurs...

<sup>55</sup> <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jan/15/gingerism-prejudice-bullying>, [15.7.2019].

<sup>56</sup> Voir par exemple les affaires anglaises relatées ici : <https://www.newstatesman.com/nelson-jones/2013/01/should-ginger-bashing-be-considered-hate-crime>, [31.07.2019].

<sup>57</sup> Certains chercheurs soutiendraient peut-être l'inverse, toutefois. Sur la discrimination systématique envers les roux, voir Anderson, *There are some things in life you can't choose: An Investigation into discrimination against people with red hair*, *Sociology Working Papers* 2001, 1 ss.

<sup>58</sup> Killias/Aebi/Kuhn (note 44), 67 ss.

<sup>59</sup> O'Regan, *Red hair in popular culture and the relationship with anxiety and depression*, thèse de bachelor, University College Cork, Ireland, 2014, disponible sur : [https://www.researchgate.net/profile/Kevin\\_O\\_Regan/publication/261861129\\_Red\\_hair\\_in\\_popular\\_culture\\_and\\_the\\_relationship\\_with\\_anxiety\\_and\\_depression/links/0a85e535a7385b63dc000000/Red-hair-in-popular-culture-and-the-relationship-with-anxiety-and-depression.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Kevin_O_Regan/publication/261861129_Red_hair_in_popular_culture_and_the_relationship_with_anxiety_and_depression/links/0a85e535a7385b63dc000000/Red-hair-in-popular-culture-and-the-relationship-with-anxiety-and-depression.pdf), [15.7.2019].

<sup>60</sup> Par exemple, un participant rapporte qu'une institutrice lui a dit, lors de son premier jour dans une nouvelle classe : « I don't like redheads, so don't expect things to be easy in this class for you ». Un autre a eu une altercation avec un homme dans les toilettes d'un établissement public lorsque ce dernier lui a lancé une bouteille de bière dessus en lui disant que les toilettes n'étaient pas pour les roux.

### VIII. Conclusion

En 2006, des chercheurs anglais se sont mis en tête d'étudier la corrélation entre couleur de cheveux et succès professionnel.<sup>61</sup> Ils ont ainsi répertorié la couleur des cheveux des directeurs généraux (CEO) des 500 entreprises les mieux cotées du *London Financial Times Stock Exchange*. Résultat étonnant : les roux sont surreprésentés dans ce groupe par rapport à la population britannique générale (20% contre 5%). Pour les auteurs de l'étude, cela n'est cependant pas dû aux plus grandes compétences des roux ou à une ambition hypertrophiée de leur part ; le secret résiderait dans le fait que les non-roux voient les roux comme des personnes compétentes et talentueuses,<sup>62</sup> et les promeuvent ainsi de façon disproportionnée (les blonds, et surtout les blondes, subissant le sort inverse, selon les résultats de la même étude).

<sup>61</sup> Takeda/Helms/Romanova, Hair color stereotyping and CEO selection in the United Kingdom, *Journal of Human Behavior in the Social Environment* 2006, 85 ss.

<sup>62</sup> Une idée déjà documentée en 1986, à tout le moins pour les femmes : « Redheaded females were seen as unattractive, but as competent and professional. », Clayson/Maughan, *Redheads and blonds: Stereotypic images*, *Psychological Reports* 1986, 811 ss., 811.

A l'occasion de ses 60 ans, nous faisons le constat que Christian a fait une carrière remarquable dans le crime (respectivement, dans la criminologie). Nous ignorons s'il est un criminel-né, s'il n'a jamais pratiqué la sorcellerie comme hobby, ou s'il dégaine plus vite que son ombre ; bref, nous ne savons pas si son accointance avec le crime est plus intime que les connaissances théoriques que possède tout professeur de criminologie qui se respecte, ou si c'est grâce à sa chevelure flamboyante qu'il a été promu,<sup>63</sup> encore et encore, aux plus hautes fonctions académiques. Le fait est que Christian fait mentir tous les stéréotypes négatifs sur les roux et redore quotidiennement le blason des roux du monde entier. Et il n'y a pas de raison que cela s'arrête, car l'ange Oliver le protège.<sup>64</sup> Nous lui adressons nos meilleurs vœux pour son anniversaire et lui souhaitons longue route !

<sup>63</sup> Mais évidemment pas en qualité de roux de secours.

<sup>64</sup> Il est en effet bien connu que l'ange Oliver protège les roux. Et même s'il fait du vélo, le roux prend moins de risques que tout autre cycliste, puisque le vélo aura toujours trois roux.



# Delikt(un)orientierte Behandlung jugendlicher Straftäter

Leo Vertone

## Deliktorientierte «vs.» störungsspezifische Behandlung jugendlicher Straftäter – Jenseits von Eindimensionalität und Dogmatismus

Jugendliche stehen auf ihrem meist noch unscharf vorgespürten **Weg ins Erwachsenenalter** vor der Herausforderung, angesichts der starken inneren Veränderungen auf psychologischer und biologischer Ebene, den steigenden äusseren Anforderungen in Schule und Beruf sowie im Prozess der Abnabelung von den Eltern, die Orientierung zu behalten. Begehen sie in dieser Entwicklungsphase auch noch ernstzunehmende und/oder wiederholt Delikte, dann kommt mit dem Abklärungs- und Interventionsprozess der Jugendanwaltschaft ein weiteres gewichtiges äusseres Element hinzu.

Das in solchen Fällen begleitende schweizerische **Jugendstrafgesetz** ist im Sinne eines Täterstrafrechts sinnvollerweise spezialpräventiv darauf ausgerichtet die besagte Orientierung zu gewährleisten. So gibt Art. 2 JStG vor, dass gemäss Abs. 1 Schutz und Erziehung begleitend sind, und dass gemäss Abs. 2 den Lebens- und Familienverhältnissen sowie der Entwicklung der Persönlichkeit eines jugendlichen Straftäters «besondere Beachtung zu schenken» sei. Ein Jugendlicher soll also nicht alleinig durch Strafen und nicht durch situations- und persönlichkeitsunabhängige Interventionen belastet bzw. – um beim titelgebenden Begriff zu bleiben – zusätzlich desorientiert werden. Vielmehr können unterstützende pädagogisch-erzieherische Massnahmen und auch eine ambulante Behandlung (Art. 14 Abs. 1 JStG) angeordnet werden. Letztere kann gemäss Art. 14 Abs. 2 JStG mit den verschiedenen pädagogisch-erzie-

herischen Massnahmen (Art. 12 oder 13 oder 15 Abs. 1 JStG) verbunden werden. Es herrscht wohl mehrheitlich Konsens darüber, dass diese Interventionsmöglichkeiten nicht nur integrationsfördernd, sondern auch deliktpräventiv wirken sollen. In der Praxis werden sie durch die umsichtig agierenden Jugendanwält/innen und Sozialarbeiter/innen der Jugendanwaltschaften denn auch pragmatisch, zielführend und – eben – orientierungsfördernd umgesetzt.

In einigen Fällen kommt es allerdings zuweilen zu einer grossen und manchmal unübersichtlichen Anzahl an zu berücksichtigenden Variablen und Faktoren und zu komplizierten Wechselwirkungen (mehrschichtige Problematik, rasch wechselnde Verhältnisse, mehrere Massnahmen, viele Bezugspersonen, interdisziplinärer Kommunikationsbedarf usw.). Angesichts einer solchen **Komplexität** sind nicht nur die betroffenen Jugendlichen gefordert, die Orientierung zu behalten, sondern auch die involvierten Fachpersonen.

Dies gilt auch für jugendforensische (d.h. in jugendanwaltschaftlichem Auftrag und im gesetzlichen Rahmen arbeitende) Psychiater/innen, Psycholog/innen und Psychotherapeut/innen. Auch sie haben alle Hände voll zu tun, die wesentlichen Ursachen und Einflussfaktoren eines strafrechtlich relevanten Verhaltens zu erkennen (Abklärung und Diagnose) und die entsprechenden therapeutischen Interventionen geordnet, priorisiert und sorgfältig gewichtet

anzuwenden (Behandlung). Die eifrige und umsichtige therapeutische Fachperson soll und möchte alle diese Variablen berücksichtigen, um den Fällen gerecht zu werden. Angesichts der Komplexität kann dabei aber durchaus die **Sehnsucht nach Vereinfachung** entstehen. Etwa indem man diejenige Methode anwendet, die man gelernt hat, sich auf eine beschränkt, nur in einem Bereich interveniert usw. Tatsächlich ist es nicht trivial, die «gute Mitte» zu finden, d.h. sich weder im Variablenschwungel zu verlieren noch sich allzu vereinfachend zu verhalten. Es stellt sich die Frage, woran man sich dabei orientieren soll und kann.

Im forensischen Diskurs des Erwachsenenstrafrechts läuft zur Zeit eine Debatte darüber, ob für die Anordnung einer therapeutischen Massnahme (alleinig) das Vorliegen einer (schweren) psychischen Störung Voraussetzung sein soll – wie im Gesetz klar definiert – oder ob nicht (auch) andere Kriterien berücksichtigt werden sollen. Also ob dabei eine rein psychiatrische Diagnostik zur Anwendung kommen soll oder eine spezialisierte (störungsunabhängige) forensische Diagnostik. Folgerichtig ob dementsprechend Straftäter **störungsspezifisch oder deliktorientiert** im engeren Sinn behandelt (therapiert) werden sollen. Dass die Therapien *deliktpräventiv* sein sollen, darüber herrscht Konsens.

Nun geht es in diesem Artikel nicht um die Behandlung erwachsener Straftäter im Rahmen des Erwachsenenstrafgesetzes, sondern um die Behandlung von minderjährigen Straftätern bzw. um das Jugendstrafgesetz. Dieses beschreibt als Sonderstrafrecht die **gesonderte strafrechtliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen**, auch bezüglich der Behandlung wie folgt:

### **I. Die Vorgaben des Jugendstrafgesetzes zur ambulanten Behandlung jugendlicher Straftäter**

Im konkret für die *ambulante Behandlung* vorgesehenen Art. 14 Abs. 1 JStG werden die jeweils alleinig hinreichenden drei Voraussetzungen

für die Möglichkeit («kann») der Anordnung einer Behandlung genannt:

- Leidet der Jugendliche unter psychischen Störungen;
- Ist er in seiner Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigt; oder
- Ist er von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig.

### **II. Implikation für die Behandlung jugendlicher Straftäter**

#### **A. Störungsspezifisch**

Die erste und dritte Voraussetzung (Anm.: Die separate Nennung einer *Abhängigkeit* wäre aus psychopathologischer Sicht nicht nötig, da es sich dabei ebenfalls um eine – erst genannte – psychische Störung handelt) entsprechen dem psychopathologischen bzw. **störungsspezifischen Konzept**, wonach abzuklären ist, ob eine oder mehrere psychische Störung/en vorliegt bzw. vorliegen (Anm.: In der Praxis genügt das Vorliegen einer Störung und es ist anzunehmen, dass die Formulierung in der Mehrzahl nicht so zu verstehen ist, dass zwingend mehr als eine Störung bestehen muss).

#### **B. (Entwicklungs-) Psychologisch**

Die *zweitgenannte Voraussetzung* ist ein sinnvolles Spezifikum des JStG, welches dem eingangs beschriebenen Entwicklungsprozess Jugendlicher Rechnung trägt. Die Formulierung entspricht wohl weitgehend dem nicht leicht fassbaren Konzept der Unreife, in welchem sich die Wissenschaften der (Entwicklungs-) Psychologie und des Rechts mehr oder weniger treffen. Somit ist diese Persönlichkeitsentwicklung abzuklären und zu beschreiben. Es handelt sich dabei auf alle Fälle um ein **(entwicklungs-) psychologisches Konzept** und nicht um ein psychopathologisches bzw. störungsspezifisches.

Explizit nennt das JStG somit zwei Dimensionen als Voraussetzung für die Behandlung jugendlicher Straftäter: Das Vorliegen einer Psychischen Störung und/oder das Vorliegen einer beeinträchtigten Persönlichkeitsentwicklung.



### III. Implizite Konzepte und deren Implikation für die Behandlung jugendlicher Straftäter

#### A. Systemisch/familientherapeutisch

Eine weitere und *erste implizite Dimension* wird im Zusammenhang mit der ambulanten Behandlung nicht spezifisch genannt, ist aber sowohl in Übereinstimmung mit den Behandlungsstandards bei Jugendlichen als auch aus den allgemeinen Grundsätzen des JStG zu erschliessen: der Einbezug der Eltern (oder der nächsten Bezugspersonen). Da sich die forensisch-therapeutische Fachperson eingebettet in das Strafgesetz bzw. als Teil der Anwendung der dort definierten Schutzmassnahmen zu verstehen hat, ist sie nicht nur aus ihrem therapeutischen Selbstverständnis heraus, wonach bei Minderjährigen standardmässig Eltern einzubeziehen sind, sondern auch gemäss dem bereits erwähnten Art. 2 JStG dazu angehalten, «[...] der Erziehung» (Abs. 1) sowie «den [...] Familienverhältnissen [...]» (Abs. 2) besondere Beachtung zu schenken. Hier verschmelzen der pädagogisch erzieherische sozialtherapeutische und der systemisch/familien-psychotherapeutische Zugang. Entsprechend gilt es bei diesem **familientherapeutischen Konzept** sorgfältig den erzieherisch pädagogischen Bedarf (pädagogische Therapie, sozialarbeiterische Familienbegleitung, Erziehungshilfe) vom familienpsychotherapeutischen Bedarf abzugrenzen. In der Praxis bestehen oft Überlappungsbereiche, wobei bestenfalls synergetisch vorgegangen werden sollte.

#### B. Deliktbezogenes Fallverständnis

Bleibt noch die *zweite implizite Dimension*, die es zu berücksichtigen gilt: das Verständnis des Deliktverhaltens unabhängig von den bisher genannten Dimensionen (oder im Sinne einer breiten Definition in Kongruenz aller).

Im 3. Kapitel des JStG «Schutzmassnahmen und Strafen» wird unter den allgemeinen Voraussetzungen nicht explizit erwähnt, dass mit einer Massnahme, bspw. einer Behandlung, «einer Gefahr weiterer Straftaten begegnet

werden soll» (wie es im Erwachsenen Art. 56, Abs. 1 lit. a StGB heisst). Es heisst lediglich, dass eine Schutzmassnahme für einen Straftäter angeordnet werden könne, wenn die Abklärung ergebe, dass er einer therapeutischen Behandlung bedürfe. Im bereits erwähnten spezifischen Artikeln zur amb. Behandlung gemäss Art. 14 JStG wird ebenfalls nicht erwähnt, dass ein Zusammenhang zwischen psychischer Störung, Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung und dem Deliktverhalten bestehen muss. Streng dem Wortlaut folgend, reduzierte sich die Voraussetzung für eine Therapie eines jugendlichen Straftäters somit rein auf die Behandlungsbedürftigkeit und es ist nicht erforderlich, dass die begangene Straftat in Zusammenhang mit einer vorliegenden psychischen Störung und/oder Persönlichkeitsbeeinträchtigung steht.

In der Praxis wird von einer gemäss Art. 9 Abs. 2 JStG um eine solche Behandlungsbedürftigkeit abzuklären beauftragte «Person oder Stelle, die eine fachgerechte Durchführung gewährleistet», allerdings klar verlangt, dass sie den Zusammenhang zwischen den bereits genannten Dimensionen zum Deliktverhalten zieht: So wird spätestens im (zumindest im Kanton Zürich, aber auch überkantonale angewandten) Fragenkatalog der Jugendanwaltschaften zur Begutachtung standardmässig, nebst der Frage nach der Rückfälligkeit, explizit nach eben diesem Zusammenhang gefragt: erstens ob dieser besteht und zweitens in welcher Art. Zur Beantwortung dieser Fragen ist es notwendig, in Abklärung und Diagnostik das Deliktverhalten explizit einzubeziehen bzw. dieses zu verstehen. Die Art des Zusammenhangs ist bei Jugendlichen zudem durchaus nicht immer erschöpfend, zuweilen wenig und oft genug gar nicht, durch eine psychische Störung, eine Persönlichkeitsentwicklungsstörung und/oder eine erzieherische Fehlentwicklung zu verstehen. Sondern sie kann oftmals erst unter Mitberücksichtigung deliktbezogener Wirkfaktoren (mit-) verstanden werden. Etwa durch deliktfördernde Verhaltensbereitschaften, Gefühlsregungen, gedankliche

Automatismen, Beeinflussbarkeit und ähnliche Faktoren oder wie im Basler Kommentar formuliert, durch «[...] fehlende Perspektiven oder sonstige Nöte» (Ch. Hug/P. Schläfli/M. Valär, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Vor Art. 1 N 3). Zudem wird dort erwähnt, dass «meist» – aber eben nicht immer – «Jugendkriminalität nur eine episodenhafte, vorübergehende Begleiterscheinung der normalen Entwicklung» ist (BSK JStG-Hug/Schläfli/Valär, Vor Art. 1 N 3 JStG). In der Praxis macht es im Jugendalter auch deshalb durchaus Sinn bzw. ist es notwendig zu versuchen, mittels einer sorgfältigen Analyse des Tatverhaltens und der Tatumstände ein bestimmtes Deliktverhalten zu verstehen. Somit ist die Adressierung dieses **deliktbezogenen Konzeptes** ebenfalls gerechtfertigt bzw. notwendig. Denn nur so kann der spezialpräventive Auftrag des JStG «ausdrücklich das Ziel (zu verfolgen), [...] den Jugendlichen von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten» definitiv abgedeckt werden. Ob man sie nun *delikt-fokussiert*, *-bezogen*, *-analytisch* oder eben *delikt-orientiert* nennt, ist an sich einerlei, solange sie im deliktpräventiven (therapeutischen) Fallkonzept wichtig ist bzw. deliktpräventiv wirkt.

#### IV. Fazit

Die Ursachen eines ernstzunehmenden und/oder wiederholten Deliktverhaltens jugendlicher Straftäter sind in der Regel komplex und mehrdimensional. Die in der Erwachsenenforensik zur Zeit als Dualismus diskutierten Konzepte *störungsorientiert* und *deliktorientiert* werden jedes für sich, aber selbst in deren Kombination dem mehrschichtigen Interventionsbedarf solcher jugendforensischen Fälle nicht gerecht. Mehrdimensionale Ursachen ziehen mehrdimensionale Interventionen nach sich. Um dabei die Orientierung und Priorisierung nicht zu verlieren, sind eine intensive, mehrdimensionale Abklärung und Diagnostik sowie entsprechend differenzierte, massgeschneiderte therapeutische Interventionen in Kombination mit pädagogischen Massnahmen nötig. Hierzu legt das JStG im Sinne der Spezialprävention eine grosszügige und sinnvolle

Grundlage. Die Interventionsschwelle für ambulante Behandlungen liegt im Sinne des täterstrafrechtlichen Grundsatzes tiefer als bei erwachsenen Straftätern.

In Übereinstimmung zwischen den expliziten und impliziten Vorgaben des Jugendstrafgesetzes und der bei Jugendlichen zur Anwendung kommenden psychiatrischen-, (entwicklungs-) psychologischen und psychotherapeutischen Grundsätze sind in Abklärung/Diagnostik und in Therapie/Behandlung jugendlicher Straftäter folgende **vier Dimensionen zu adressieren**:

- Psychische Störung (Psychopathologie) → störungsspezifisch;
- Beeinträchtigte Persönlichkeitsentwicklung (Psychologie, Reife) → (entwicklungs-) psychologisch;
- Erzieherische Fehlentwicklung (Erziehung, Beeinflussbarkeit, Eltern Kind Beziehung) → systemisch-familientherapeutisch;
- Deliktverhalten und -dynamik (forensische Spezialdiagnostik) → deliktorientiert.

Die vier Dimensionen sind jede für sich abzuklären, deren deliktpräventive Bedeutung zu gewichten und die jeweiligen Wechselwirkungen zu überprüfen. Die Dimensionen sind nicht immer leicht voneinander abgrenzbar, da die Übergänge gerade im Jugendalter fließend und die Überlappungsbereiche gross sein können. Diese Analyse ist angesichts des raschen Entwicklungsprozess im Jugendalter in der klinischen Praxis im Sinne eines *aktualisierten Risikoassessments* periodisch (ca. halb- bis jährlich) zu überprüfen. Dies wird auch im Gesetz erwartet: So soll gemäss Basler Kommentar die «Änderbarkeit der Massnahme als Wesensmerkmal des JStG» gelten «bzw. die periodische Überprüfung von Zweck- und Verhältnismässigkeit einer Massnahme» erfolgen (BSK JStG-Hug/Schläfli/Valär, Art. 18 N 3).

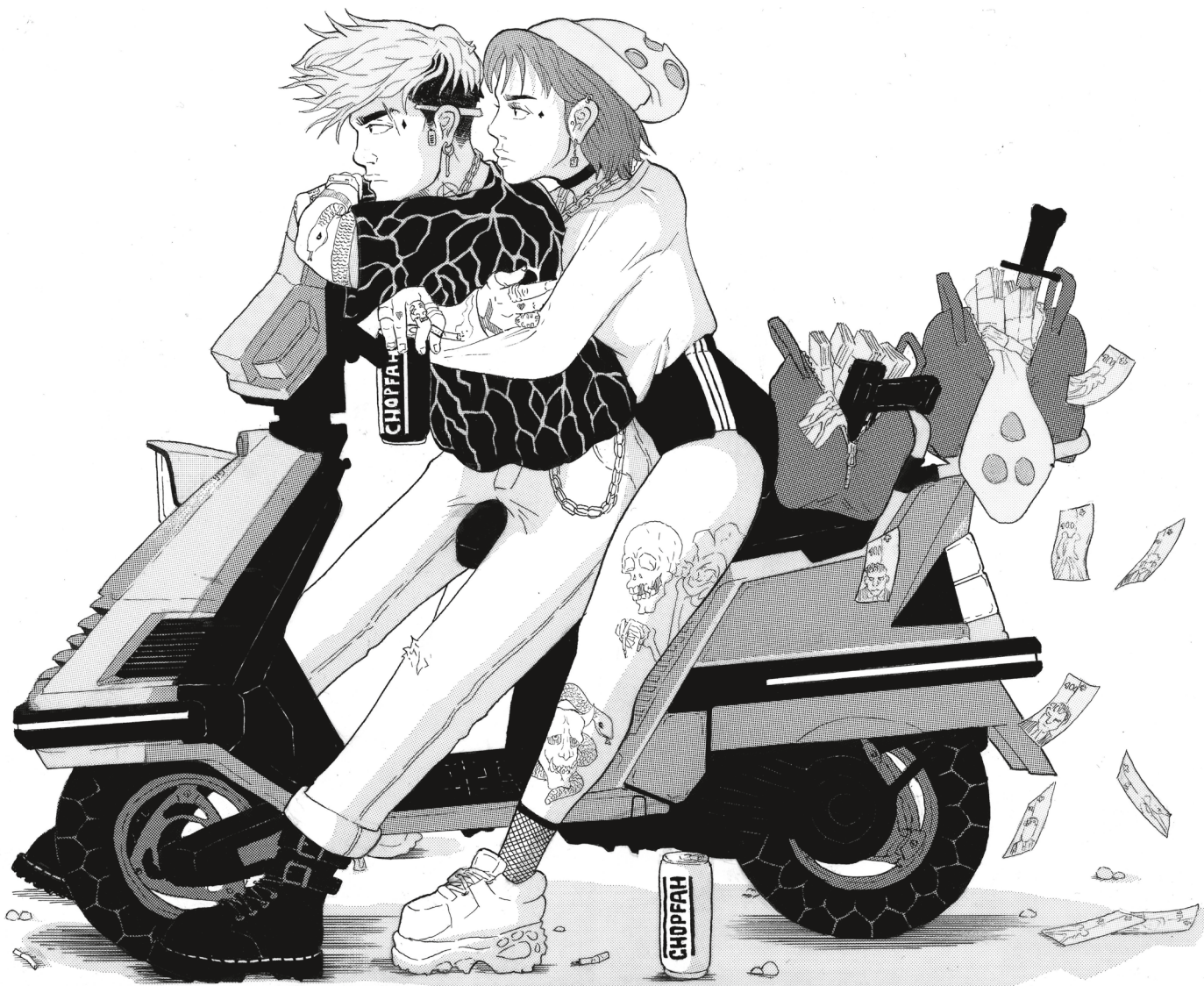
Disclaimer:

Da der Referent Psychologe, also kein Jurist und somit fachfremd ist, sind die rechtswissen-

schaftlichen Bezugnahmen auf das Jugendstrafgesetz und den Basler Kommentar mit Vorbehalt zu lesen. In einem vertiefenden Artikel wäre dem beschriebenen spannenden und herausfordernden multidisziplinären Bereich mittels multidisziplinärer Co-Autorenschaft am besten zu begegnen. An den Schnittstellen und Überlappungsbereichen zwischen Justiz und Psychologie, Psychologie und Psychiatrie, Erwachsenengesetz und Jugendstrafgesetz, Psychotherapie mit Erwachsenen und Psychotherapie mit Jugendlichen

gilt es weiter schnittstellenübergreifend und multidisziplinär zu diskutieren, Begriffe zu definieren und ein gemeinsames Verständnis zu pflegen. In einem vertiefenden Artikel wäre es zudem hilfreich bis notwendig, die (praktische) Auslegung bzw. Anwendung (eng oder breit) des an sich definierten Begriffs *Deliktorientierung* neu bzw. klarer zu definieren, etwa in Gegenüberstellung zum Begriff *deliktpräventiv* oder *deliktfokussiert* und dessen Verständnis intra- und interdisziplinär zu harmonisieren.





# «Nicht die Schwere, nur die Wahrscheinlichkeit der Strafe schreckt ab...»

Martin Killias

## Eine kurze Notiz zu einer alten Behauptung

Es gibt «ewige» Themen, gerade im Strafrecht, die der Schreibende oft und gerne mit dem Jubilar diskutiert hat, zumal er ihm viele Anregungen zu danken hat. Die Frage nach der Wirkung der Strafe gehört dazu. Seit Protagoras der Strafe einen Zweck – nämlich die Abschreckung – zugeschrieben hat, wurde diese zum Forschungsthema. Der Schreibende möchte versuchen, sie kurz und knapp zu beantworten, und dies fast ohne Fussnotenapparat. Dem Verfasser hilft dabei der Status des Emeritierten, der ihn vom akademischen Legitimationsdruck weitgehend enthebt. Endlich, so möchte man ausrufen, darf man mal schreiben, was Sache ist!

### Die Wirkung vermehrter Kontrollen

Kontrollen lassen sich intensivieren. Dies erleichtert Tests der Wirkung erhöhter Entdeckungswahrscheinlichkeiten ungemein. Forscher können Polizeichefs, Staatsanwälte oder wen auch immer, der über die Ressourcen des Strafverfolgungsapparats verfügt, überzeugen, eine Verstärkung oder – ausnahmsweise – eine Verringerung der Kontrollen auf ihre Wirkung hin zu testen.

Die Ergebnisse zeigen überwiegend wenn auch nicht immer, eine gewisse Wirkung im intendierten Sinn. Interessant sind vor allem die Ausnahmen, wo es nicht «geklappt» hat. Es sind dies meistens Situationen, in welchen die Kontrollintensität zwar erhöht wurde, aber nicht in einem Masse, das für gewöhnlich

Sterbliche wahrnehmbar geworden wäre. Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass Parkieren an unerlaubter Stelle mit einer Busse geahndet wird? Ist dieses Risiko seit Ende der Ferienzeit gestiegen, nachdem die Polizei wieder ihren vollen Bestand erreicht hat? Hat das Risiko, nach einem etwas gar fröhlichen Abend in eine Verkehrskontrolle zu geraten, seit der letzten Ankündigung des Polizeikommandanten über entsprechend erhöhte Prioritäten tatsächlich zugenommen? All dies können wir gewöhnlich ebenso wenig wissen, wie ob das Risiko, sich bei ungeschütztem Verkehr oder unvorsichtigem Verhalten in anderen Lebensbereichen mit einer gefährlichen Krankheit anzustecken oder einen Unfall zu erleiden, in jüngerer Zeit zu- oder abgenommen hat. Wahrnehmen können wir dies alles nur, wenn die entsprechenden Risiken sich drastisch – um das fünf- oder zehnfache – erhöht haben.

Die erhöhte Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, wirkt somit nach den verfügbaren empirischen Studien tatsächlich sehr wohl verhaltenssteuernd, aber eben nur, wenn die Veränderung massiv ausfällt, so dass wir sie wirklich wahrnehmen können, beispielsweise weil zunehmend Unglücksraben aus dem Bekanntenkreis ungute Erfahrungen gesammelt und davon berichtet haben. Damit dies geschieht, müssen aber die entsprechenden Risiken an sich schon sehr relevant gewesen sein. Für alle, die mit der Kontrolle unseres Verhaltens betraut sind, bedeutet dies, dass

nachhaltige Erfolge auf diesem Gebiet nur zu erzielen sind, wenn die Risiken so stark erhöht werden, so dass ihre Veränderung wahrnehmbar wird und daher abschreckend zu wirken vermag. Die schlechte Nachricht wäre somit, dass keine Gesellschaft sich eine derartige Erhöhung der Kontrollintensität auf die Dauer leisten kann. Nirgendwo kann man die Ressourcen der Polizei derart erhöhen, ganz zu schweigen von der Unwahrscheinlichkeit, dass eine derartige Kontrollintensität von den Betroffenen akzeptiert würde.

### Wirkungslose Strafe?

Noch **Montesquieu** verliess sich wie frühere Denker während fast zweitausend Jahren ganz allein auf die Wirkung der Schwere der Strafe, erst **Beccaria** und **Bentham** «entdeckten» das Entdeckungsrisiko als entscheidende Variable. Dies lag an der Unmöglichkeit vormoderner Staaten, über Verstärkung oder veränderte Prioritäten des Strafverfolgungsapparates die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung überhaupt in relevantem Ausmass zu verändern. Diese Variable blieb bis Ende des 18. Jahrhunderts ausserhalb des Einflussbereichs der «policy makers».

Seither betrachtete man die Schwere der Strafe zunehmend kritisch. Unbestritten ist das Bestehen eines Interaktionseffekts zwischen Schwere und Wahrscheinlichkeit der Strafe, d.h. auch schwerste Strafen wirken nicht, wenn die Wahrscheinlichkeit ihrer Verhängung auf extrem tiefem Niveau verharrt – wie umgekehrt auch eine extreme Erhöhung des Entdeckungsrisikos kaum viel hilft, wenn man auch im Fall, dass man erwischt wird, mit einer lächerlichen Strafe zu rechnen hat, also beispielsweise die Parkbusse weniger als die Gebühr des Parkhauses beträgt.

All dies wird auch von Kritikern des Strafrechts kaum bestritten, doch wie steht es nun mit der Schwere der Strafe? Das Problem ist, dass die Wirkungen der Wahrscheinlichkeit wie auch der Schwere der Bestrafung nicht linear sind (zu diesem Thema liegen zahlreiche zumeist

ältere Studien vor, die hier zu zitieren den Apparat exzessiv umfangreich werden liesse. Daher sei gestattet, hier zusammenfassend auf ein Lehrbuch zu verweisen: **Killias/Aebi/Kuhn**, *Précis de criminologie*, 4. Aufl., Bern 2019, Rz. 618), sondern einer logarithmischen Logik folgen: auf extrem tiefem Niveau wird auch eine massive Erhöhung der «Dosis» kaum wahrgenommen und wirkt daher auch nicht abschreckend, wogegen bei sehr hoher Wahrscheinlichkeit oder Schwere der Risiken eine Erhöhung derselben kaum mehr das Verhalten der Menschen beeinflusst.

Die nicht-linearen Effekte veränderter Risiken erklären wohl, weshalb sehr schwere Strafen – und im Extremfall die Todesstrafe – kaum messbare Abschreckungswirkungen erzielen. Denn sie werden in aller Regel für Verbrechen eingeführt, die bereits zuvor mit sehr schweren Strafen geahndet wurden. Gegenüber einer sehr langen Freiheitsstrafe erzeugt eine lebenslange Freiheitsstrafe genau aus diesem Grund kaum noch eine zusätzliche Abschreckungswirkung.

Für die Forschung liegt die Schwierigkeit darin, Situationen zu finden, in welchen die Schwere der drohenden Risiken – der Bestrafung, eines Unfalls oder einer Erkrankung – sich sehr massiv verändert. Im Vergleich zur Erhöhung des Entdeckungsrisikos, welche leicht zu Forschungszwecken herbeigeführt und in ihren Wirkungen beobachtet werden kann, sind Veränderungen der Strafdrohung in einem relevanten Ausmass – also von nahezu «nichts» bis zu sehr substanziellen Sanktionen – extrem selten, da kaum forschungshalber veränderbar. Das natürliche Experiment in Italien mit einem Amnestiegesetz im Jahre 2006 oder die Verdoppelung der Ordnungsbussen in der Schweiz gehören zu den Ausnahmen. Vor allem das italienische Experiment ist höchst aufschlussreich, wurden doch damals an einem Tag – am 1. August 2006 – rund 22'000 Gefangene entlassen, und zwar durch eine lineare Reduktion der noch zu verbüsenden Zeit um einheitlich drei Jahre. Wer also am Stichtag nicht mehr als

drei Jahre (noch) zu verbüssen hatte, wurde augenblicklich freigelassen – mit der Auflage, im Falle einer erneuten Verhaftung unwiderprüflich die «geschenkte» Zeit absitzen zu müssen. Die Länge der «geschenkten» Zeit und mithin das Risiko, das Entlassene liefen, war somit extrem ungleich, nämlich zwischen einem Tag und drei Jahren. Wie die Auswertung dreier Forscher ([Drago/Galbiati/Vertova](#), The deterrent effect of prison. Evidence from a natural experiment, *Journal of Political Economy* 2009, 257ff.) zeigen, korrelierte die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Verhaftung sehr stark mit der Länge der «geschenkten» Zeit: wer viel zu verlieren hatte, wurde wesentlich seltener rückfällig. Besonders aussagekräftig ist dieses Experiment, weil Entlassene mit wenig oder viel «geschenkter» Zeit sich in ihrem Persönlichkeitsprofil nicht systematisch unterschieden, wie dies bei Vergleichen zwischen Gefangenen mit kurzen oder langen Strafen sonst regelmässig «störend» ins Gewicht fällt.

Andere Beispiele finden sich vor allem ausserhalb des Strafrechts. So hat etwa die Angst vor AIDS als schwerer und unheilbarer Krankheit zwar kaum die Häufigkeit «spontaner» Sexualkontakte vermindert, wohl aber die Verwendung von Präservativen massiv erhöht – dies wenigstens Mitte der 1980er Jahre, als die Folgen dieser Krankheit noch kaum zu beherrschen waren (belegt wurde dies namentlich durch eine bemerkenswerte Evaluation der Anti-AIDS-Kampagnen des schweizerischen Bundesamts für Gesundheit, zit. in [Killias/Aebi/Kuhn](#), a.a.O., Rz 616). Andere Beispiele, die weniger gut evaluiert sind, wäre etwa die auf entsprechenden Schildern kommunizierte Drohung, irregulär geparkte Autos würden abgeschleppt. Obwohl merkwürdigerweise offenbar nie evaluiert, hat diese Drohung vermutlich wesentlich stärkere Wirkungen als gelegentlich vorbeigehende Polizeibeamte, deren Busszettel notfalls in Kauf genommen werden. Umgekehrt haben die drastischen Mindeststrafen für «Raser» in der Schweiz dazu geführt, dass Schnellfahrer von südlich des Rheins das Poten-

zial ihrer Fahrzeuge vermehrt auf deutschen Strassen zu testen pflegen. Auch hierzu liegen offenbar nur anekdotische Belege vor.

### Die Unmöglichkeit, relevante Zusammenhänge zu erforschen

Dass die grosse Mehrheit der Forschenden der Ansicht zuneigt, die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit sei wirksamer als die Verschärfung der Strafen, liegt in erster Linie wohl daran, dass es in der Forschungspraxis viel einfacher ist, die Intensität von Kontrollen zu erhöhen oder zu vermindern und die Auswirkungen zu beobachten, als Veränderungen der Strafdrohungen zu untersuchen. Was aber nicht erforscht werden kann, gilt in der üblichen akademischen Diktion bald einmal als «nicht belegt» und damit sehr bald auch als inexistent. Was man nicht sieht, ist deswegen aber noch lange nicht unreal.

Ironischerweise lässt sich dies wiederum leichter an Beispielen zur Erhöhung des Entdeckungsrisikos belegen. Zwei scheinen dazu besonders illustrativ. Das eine betrifft die Wirkung der Video-Überwachung öffentlicher Plätze. Die «Mainstream»-Meinung ist, dass Kameras Straftaten (namentlich gegen die Person) nicht verringern. Wie ein emeritierter Notfallmediziner aus England nachweisen konnte, hat die Installation von Kameras jedoch die Sichtbarkeit von Straftaten im wortwörtlichen Sinne erhöht – und daher zu einer stark zunehmenden Registrierung derselben geführt ([Sivarajasingam/Shepherd/Matthews](#), Effect of urban closed circuit television on assault injury and violence detection, *Injury Prevention* 2003, 312 ff.). Mit dem Ergebnis, dass per Saldo in der Kriminalstatistik eine Zunahme oder zumindest keine Abnahme resultierte, obwohl andere Indikatoren – etwa Zahlen aus Notfallkliniken – einen ganz anderen Trend nahelegen. Einen sehr ähnlichen Effekt haben unlängst die Autoren eines kontrollierten Experiments in St. Louis (Missouri) nachweisen können ([Kochel/Weisburd](#), The Impact of Hot Spots Policing on Collective Efficacy: Findings from a Randomized Field Trial, *Justice Quarterly* 2018): auch

hier haben Programme zur besseren Bekämpfung von «Hot Spots» durch die Polizei zu einer starken Zunahme der Anzeigebereitschaft geführt – wiederum mit dem Ergebnis, dass der Effekt solcher Massnahmen auf die Kriminalität selber fälschlicherweise vernachlässigbar erscheint, wenn man allein auf offizielle Daten abstellt.

Ebenso sind Sättigungseffekte zu berücksichtigen. So führte etwa die flächendeckende Einführung der DNA-Datenbank in der Schweiz ausgerechnet bei den Tötungsdelikten zu keiner relevanten Erhöhung der Aufklärungsrate. Dies erklärt sich wohl daraus, dass bei Kapitalverbrechen die Aufklärungsrate immer schon recht hoch lag, dies besonders in Westeuropa mit einem hohen Anteil an Tötungsdelikten im sozialen Nahraum. Die einzige Ausnahme bildeten Morde im (vor allem homosexuellen) Prostitutionsmilieu, die früher – vor Einführung der DNA-Datenbank – häufig unaufgeklärt blieben (Bänziger/Killias, *Unsolved homicides in Switzerland: Patterns and explanations*, *European Journal of Criminology* 2014, 619 ff.). Bei Massendelikten, die kaum je viel öffentliche Aufmerksamkeit erregen, nichts desto trotz aber für die breite Mehrheit der Bevölkerung die Lebensqualität nachhaltig beeinträchtigen können, deuten die Ergebnisse einer Auswertung für das Bundesparlament (Killias et al., *DNA-Analysen in Strafverfahren: Entwicklung, Umfang und Wirkungen*, Bericht zuhanden der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, 2019, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/parlamentarische-verwaltungskontrolle-pvk>) auf eine deutliche Erhöhung der Aufklärungsraten hin. Dabei muss man sich vor Augen halten, dass eine in absoluten Begriffen moderate Erhöhung – typischerweise auf etwa 15 Prozent bei Sachbeschädigung

und anderen Massendelikten – in relativer Hinsicht sehr massiv ausfallen kann, wenn diese zuvor – wie üblich – bei rund 5 Prozent lag. Wie ausländische, d.h. vor allem englische (Home Office, *DNA Expansion Programme 2000-2005: Reporting achievement*, Forensic Science and Pathology Unit, 2005), dänische (Tegner Anker/Doleac/Landersö, *The effects of DNA databases on the deterrence and detection of offenders*, Rockwool Foundation Research Unit, Copenhagen 2017) und amerikanische (Doleac, *The Effects of DNA Databases on Crime*, *American Economic Journal* 2017, 165 ff.) Studien (darunter ein sehr bemerkenswertes randomisiertes Experiment [Roman et al., *The DNA field experiment: a randomized trial of the cost-effectiveness of using DNA to solve property crimes*, *Journal of Experimental Criminology* 2009, 345 ff.]) zeigen, war diese Erhöhung sehr wohl geeignet, Delinquenten zu beeinflussen, sei es indem sie kriminelle Karriere nach einer Registrierung in der DNA-Datenbank beendeten oder aber in benachbarte Bezirke mit (damals) fehlendem Zugang zur DNA-Datenbank auswichen. Einige Forscher sehen den in vielen westlichen Ländern feststellbaren Kriminalitätsrückgang daher vor allem als Folge des stark ausgedehnten Einsatzes von DNA-Auswertungen von Tatortspuren.

### Ein Wort ad personam

Dieser Beitrag ist kurz und bescheiden, auch und gerade was die Literaturbelege angeht. Der Jubilar, der immer mit viel Humor und Selbstironie gerade auch an «seriöse» Themen heranging, möge dem Verfasser dies verzeihen. Runde Geburtstage sollen dafür da sein, sich am Erreichten zu freuen und alles andere zu vergessen. Auch damit das unvermeidliche Älterwerden etwas von seiner Abschreckungswirkung verliert.

