

Öffentliche Wahrnehmung von Strafe in der Mediengesellschaft : positive Generalprävention im 21. Jahrhundert

Autor(en): **Niggli, Marcel Alexander / Maeder, Stefan**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **35 (2017)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1051494>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Öffentliche Wahrnehmung von Strafe in der Mediengesellschaft

Positive Generalprävention im 21. Jahrhundert

NIGGLI MARCEL ALEXANDER* / MAEDER STEFAN**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	297
I. (Straf-)Recht in der Mediengesellschaft	300
II. Information & Aufmerksamkeit.....	301
1. Mediengesellschaft.....	301
2. Medienfokus.....	306
III. Strafe & Strafrecht	310
1. Individualistische & kollektivistische Straftheorien.....	310
2. Gerechtigkeit, Strafrecht & Individuum.....	311
3. Individualorientiert & kollektivistisch: Eine Gegenüberstellung.....	326
IV. Kollektivistisches Instrument der Mediengesellschaftssteuerung?...	327
Literaturverzeichnis	329

Zusammenfassung

Generalprävention strebt danach, durch Reaktion auf das Verhalten eines Einzelnen (des Straftäters) das Verhalten anderer zu lenken oder zumindest zu beeinflussen. Darin unterscheiden sich ihre negative (gemeinhin Abschreckung genannt) und die positive Variante überhaupt nicht. In der positiven Variante sollen durch die Bestrafung desjenigen, der die Regel bricht, Rechtstreue und Normvertrauen der übrigen Bevölkerung gestärkt und stabilisiert werden. Dieses Ziel dient der positiven Generalprävention gleichzeitig als Legitimation der Strafe, will sagen: auf die Förderung gesellschaftlicher Stabilität ist alles auszurichten, inklusive Schuld und Strafmass. Der Ansatz ist mithin ausschliesslich gesellschaftsorientiert, d.h. kollektivistisch; Täter, Tat und Strafe sind blossе Instru-

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg

** MLaw, Rechtsanwalt, Lektor für Strafrecht an der Universität Freiburg

mente gesellschaftlicher Stabilisierung. Ein Mass der Reaktion auf den Regelbruch besteht nicht bzw. muss extern zugeführt werden.

Die klassische Gegenposition (sog. absolute Theorien) strebt nach Gerechtigkeit. Sie tut dies, indem sie durch Strafe auszugleichen sucht, was anders nicht wiederherstellbar, nicht wiedergutzumachen ist. Der Ausgleich orientiert sich am Vorwurf, der den Regelbrecher trifft. Die Strafe ist auf das Individuum ausgerichtet. Seine individuelle Schuld ist auszugleichen. Der gesellschaftliche Bezug besteht in der Regel selbst, der Bedeutung, die der Norm (nicht dem konkreten Schaden) zugemessen wird. Sie geben die Strafrahen vor. Und natürlich hat die Strafe selbst auch Wirkungen: Denn wenn Strafe Ausgleich des Regelbruches ist (insbesondere der Tatsache, dass die Norm nicht eingehalten wurde), dann zeigt sie auch die Weitergeltung der Rechtsordnung an. Insofern stabilisiert Strafrecht, als aktualisierte Gerechtigkeit, die Gesellschaft. Stabilisierende Effekte aber wird man bei jeder Straftheorie finden. Anders als bei der positiven Generalprävention sind Stabilisierungseffekte weder Ziel, noch Grund der Strafe, und schon gar nicht deren Legitimitätsbasis. Vielmehr sind solche Wirkungen bloss wenn man so will zufällig, wenn auch willkommen.

Der Konnex von Strafe und Öffentlichkeit ist nie ein einfacher. Bei absoluten Positionen etwa liegt die Schwierigkeit im Begriff der Gerechtigkeit. Die Orientierung auf Gerechtigkeit dürfte ihren Ursprung in der egalitären Grundausrichtung des Menschen haben, der stets einen Grund benötigt, um Ungleichheit hinzunehmen. Gleichheit, der Kern der Gerechtigkeit, ist damit wohl Ursprung des menschlichen Bedürfnisses nach Ausgleich. Und Strafe leistet diesen Ausgleich dort, wo er anders nicht herzustellen ist, dort, wo materielle Wiedergutmachung, Wiederherstellung des status quo ante oder Schadenersatz nicht genügen. Wie dies zu beurteilen wäre, bleibt vage und Änderungen von Zeit und Ort unterworfen. Dem öffentlichen Strafbedürfnis aber steht immerhin die Schuld des Einzelnen als Gegengewicht gegenüber, die es auszubalancieren gilt. Ganz anders aber bei der positiven Generalprävention, wo dem öffentlichen Strafbedürfnis keinerlei Grenzen gesetzt sind. Denn wo das Prinzip und Ziel darin besteht, einem Einzelnen ein Übel zuzufügen, um andere zu beeinflussen und in ihren Vorstellungen zu bestärken, ist der absolute Vorrang des Kollektivs vor dem Individuum logisch und strukturell notwendig gesetzt. In dieser – in seiner Grundstruktur totalitären – Perspektive ist zwingend jede Beschränkung der Strafe problematisch und letztlich kontraproduktiv, wird doch damit notwendig die angestrebte Wirkung der Strafe auf die Allgemeinheit gemindert. Legitimationsbedürftig sind nicht

mehr Strafe und Strafmass, sondern jede mögliche Beschränkung und Begrenzung. Funktional muss in dieser Logik dort, wo gesellschaftliches Strafbedürfnis besteht, jede Beschränkung von Strafe als destabilisierende Anmassung des Individuums gegenüber der Gemeinschaft erscheinen.

Damit nun kann die Bedeutung der öffentlichen Wahrnehmung von Strafen im 21. Jh. analysiert werden: In einer Mediengesellschaft wird öffentliche Wahrnehmung praktisch ausschliesslich über die Medien hergestellt. Die Bevölkerung nimmt nicht Strafrecht, sondern Berichterstattung über Strafrecht zur Kenntnis. Weil Medien nach Aufmerksamkeit/Nicht-Aufmerksamkeit differenzieren, ist die Berichterstattung auf Aussergewöhnliches orientiert. Das führt für das Strafrecht zu den allseits bekannten Verzerrungen, wonach seltene Delikte und damit auch schwere Delikte, die eben selten sind, deutlich überrepräsentiert sind in der medialen Berichterstattung. Dieses verzerrte Bild der Kriminalität seinerseits verstärkt die Annahme, die Kriminalität nehme zu, v.a. ihre schweren Formen seien omnipräsent, was Verunsicherung und Verängstigung bestärkt. Diese Prozesse kommen wiederum der Politik zupass, die sich als Verteidigerin fundamentaler, aber bedrohter Werte profilieren kann, was wiederum medial interessant ist, und gleichzeitig die Politiker nichts kostet.

Differenzieren Medien nach Aufmerksamkeit/Gleichgültigkeit, dann ist auch evident, dass ein Bericht über eine unangemessene Reaktion der Strafverfolgung und Strafjustiz deutlich interessanter sein muss, als einer über deren korrekte Arbeit. Entsprechend wird – gerade dort, wo Sicherheit im Vordergrund steht – jedes Delikt als Beleg für eine fehlerhafte oder zumindest verbesserungsbedürftige Arbeit der Strafverfolgung erscheinen, quasi als deren «Fehler», weil Sicherheit ja prinzipiell nie ausreichen kann. Das ist bei Terrordelikten leicht verifizierbar, gilt aber ebenso bei der klassischen Kriminalität: Berichte über korrekte Verfolgung und angemessene Strafen werden seltener sein, als solche über unangemessen scheinende. Entsprechend werden sich häufiger Berichte über zu milde oder zu scharfe Strafen finden.

Zieht man das Vorstehende zusammen (1. positive Generalprävention kennt kein Kriterium der Beschränkung des Strafbedürfnisses; 2. Bevölkerung nimmt Kriminalität und Strafrecht über die Medien wahr; 3. Mediale Berichterstattung richtet sich nach Aufmerksamkeit), so ergibt sich zwanglos, dass die ausgefallten Strafen und Strafmasse grundsätzlich immer als ungenügend erscheinen müssen, egal wie hoch sie sind. Alles andere wäre, angesichts der Vorgaben, unlogisch und widersinnig.

I. (Straf-)Recht in der Mediengesellschaft

Strafrecht erlebt derzeit eine profunde Veränderung, tiefgreifender vielleicht als die meisten anderen Rechtsgebiete. Lassen wir die stetige Bedeutungsabnahme des Rechts als Ganzes einmal beiseite, die Auflösung aller Kategorien und die Beliebigkeit von Entscheidungen, so bleibt doch ein bemerkenswerter, um nicht zu sagen erschreckender Wandel zu vermerken, der das Strafrecht ganz besonders zu treffen scheint. Diese Veränderungen, am offensichtlichsten die Wende von der Bestrafung für begangenes Unrecht (Repression) hin zur Verhinderung zukünftiger Straftaten (Prävention), die einhergeht mit massivster Zunahme von Punitivität, sind universell zu beobachten und dürften daher kaum auf lokale Strukturen und Entwicklungen zurückzuführen sein, es sei denn man wolle jeweils eigenständige, aber überaus merkwürdige Parallelität solcher Entwicklungen unterstellen.

Es bestehen indes deutliche Hinweise, dass nicht wenige dieser Entwicklungen, sei es nun betreffend das Recht im Allgemeinen oder das Strafrecht im Besonderen, unmittelbar oder zumindest mittelbar auf Veränderungen der Kommunikationsstrukturen zurückzuführen sind. Die Entwicklungen in der Kommunikationstechnologie der letzten 25 Jahre haben nicht nur dazu geführt, dass Kommunikationstechnologie allgegenwärtig und für praktisch alle erschwinglich wurde, sondern haben auch die Geschwindigkeit fast aller sozialer Prozesse unglaublich erhöht, sodass heute beinahe in Echtzeit über jedes beliebige Ereignis an jedem beliebigen Ort der Welt kommuniziert wird. Neben der Beschleunigung und einer scheinbaren Demokratisierung der Kommunikationsprozesse, wonach meist angenommen wird, alle hätten gleiche Chancen und Bedeutung in einem globalen Spiel, hat die Verbreitung von Kommunikationstechnologien aber primär bewirkt, dass unsere Welt zunehmend zu einer Mediengesellschaft mutiert ist.

Nachfolgend wollen wir primär der Frage nachgehen, was eine Mediengesellschaft ist und welche ihrer Strukturen und Merkmale bedeutsam sind, und in einem zweiten Schritt diese Erkenntnisse auf das Strafrecht anwenden.

II. Information & Aufmerksamkeit

1. Mediengesellschaft

Fragen wir vorerst einmal danach, was eine Mediengesellschaft ist, dann ergibt sich die Antwort recht zwanglos: Eine Mediengesellschaft ist eine Gesellschaft, deren Realität sich primär über die mediale Vermittlung von Information konstituiert, ja definiert. Mediale Vermittlung von Information meint dabei zwar auch die bipolare Kommunikation zwischen zwei Personen über technische Geräte, doch stellt dies nur den kleinsten, wenn nicht einen verschwindend kleinen Teil des erfassten Phänomens dar. Mediale Kommunikation meint mithin alles, was nicht unmittelbar von Angesicht zu Angesicht, sondern mithilfe technischer Geräte mitgeteilt wird. Das umfasst sowohl die klassischen Massenmedien, Print und Non-Print, aber auch die sog. sozialen Medien.

Verschiedene Aspekte lassen sich erkennen, die nachfolgend ohne Anspruch auf Systematik oder Vollständigkeit kurz skizziert werden sollen.

a) *Privat & Öffentlich*

Typisch ist dabei, dass die interpersonale Kommunikation vom Höchstpersönlichen fließend ins Persönliche, Freundschaftliche, Bekanntschaftliche und schliesslich Öffentliche übergeht. Sind traditionelle Textnachrichten wie SMS üblicherweise an eine oder mehrere Personen gerichtet, so sind Gruppenchats bei Whatsapp bereits eine halböffentliche Kommunikationsform, da nicht immer alle Teilnehmer einander überhaupt kennen. Spezifisches Kennzeichen moderner Medien ist die Einbnung der Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Kommunikation als Folge leichtester Reproduzierbarkeit beinahe jedes beliebigen Inhaltes. Selbst klassische Massenmedien wie etwa Zeitungen oder Radio und Fernsehen werden bei ihren Online-Auftritten zu Plattformen des Austausches, weil sie meist ihren Hörern bzw. Lesern die Möglichkeit eröffnen, durch Kommentare eine Rückmeldung zu geben, sodass der klassische Charakter unidirektionaler Kommunikation der Massenmedien zumindest ergänzt bzw. gebrochen wird. Aktuelle Medienkommunikation erscheint deshalb *gleichzeitig* höchstprivat *und* völlig öffentlich. Symptomatisch etwa ist, dass alles, was wir tun, erleben oder sogar bloss essen, mitgeteilt wird, und zwar üblicherweise an einen grösseren Personenkreis,

der nicht zwingend nur unsere Freunde umfassen muss. Deutlich wird dies bereits in den Begriffen: alle Kontakte auf Facebook sind «Freunde», unabhängig von der Nähe oder Intensität der Beziehung, und «teilen» meint nicht etwa, dass dem Teilenden etwas abgeht, wie etwa wenn er einen Kuchen teilt oder einen Mantel, sondern dass er das Seinige vervielfältigt, er sich selbst und seine Information also reproduziert und proliferiert.

b) *Proliferation medialer Information*

Die erste und ganz offensichtliche Konsequenz der vorbeschriebenen Entwicklung ist, dass das Informationsangebot explodiert. Das ergibt sich nicht nur aus der Veröffentlichung privater und privatester Informationen, sondern auch daraus, dass diese Informationen ihrerseits kopiert, gespiegelt und weitergereicht werden von anderen, die sich darauf «privat» beziehen und dergestalt die Quantität der zugänglichen Informationen multiplizieren und exponentiell vervielfältigen, nicht unähnlich einem Bild, das von einem Spiegel zurückgeworfen wiederum in einem Spiegel aufgefangen und zurückgeworfen wird, in einer unendlichen Regression. So ist es keine Seltenheit mehr, dass unter dem Zeitdruck, dem Journalisten unterworfen sind, wenn sie von den Ereignissen überrollt werden, sie keinen «Experten» finden, den sie befragen könnten, weshalb sie sich einfach gegenseitig zu «Experten» befördern und befragen. Die «tachogene Weltfremdheit»¹, also die beschleunigte Erfahrungsveraltung und die gleichzeitige Karriere des Hörensagens infolge der Zunahme nicht nur der Geschwindigkeit, sondern der Beschleunigung selbst, bewirkt, dass zunehmend Nachrichtenbedürfnisse befriedigt werden müssen zu einem Zeitpunkt, an welchem noch überhaupt keine zuverlässigen Informationen zugänglich sind. Als Konsequenz dieser Aporie flüchten sich Journalisten immer häufiger in die Spekulation, in dasjenige, was sein könnte, was sich ereignen könnte, was möglicherweise folgen könnte aus der aktuellen Situation. Mediale Berichterstattung gerät immer stärker in die Potentialität, in den Bereich von Möglichkeiten, Risiken und Chancen, über die natürlich Zuverlässiges nicht wirklich gesagt werden kann. Damit verschwimmt aber gleichzeitig auch die Grenze zwischen Tatsachen und Wertungen, weil dieses Mögliche als real behandelt wird, gerade so, als hätte es sich schon ereignet.

¹ MARQUARD, Weltfremdheit, 82 ff.

c) *Verdinglichung und Entpersönlichung*

Mit der Explosion der Information geht Verdinglichung und Entpersönlichung einher. Die bloße Tatsache, dass über persönliche und persönlichste Sachverhalte kommuniziert wird, nimmt ihnen das Höchstpersönliche, Unvergleichliche. Indem es kommuniziert wird, wird es kommunizierbar und damit auch vergleichbar. Das Einzigartige verschwindet notwendig, indem darüber kommuniziert wird, weil Einzigartiges nicht sagbar ist. Erschwerend kommt hinzu, dass mit den elektronischen Medien jeder beliebige Inhalt ohne Schwierigkeit und ohne grossen Aufwand kopiert werden kann, d.h. reproduziert und beliebig vervielfältigt.

d) *Regression in die Kindheit*

In der Mediengesellschaft dominiert nicht die eigene, unmittelbare, sondern die medial vermittelte Erfahrung anderer. Ein wesentlicher Aspekt der Mediengesellschaft besteht in der allgemeinen Regression in die Kindheit: Ein immer grösserer Anteil unserer Erfahrungen wird nicht mehr unmittelbar, persönlich erworben, sondern medial vermittelt, d.h. vermittelt werden Erfahrungen anderer. Nicht unähnlich Kindern sind wir zunehmend abhängig vom Vertrauen in die Geschichten, die uns erzählt werden. Wir regredieren sozusagen in den Zustand von Kindern, die den Erzählungen Erwachsener nachleben, denen sie vertrauen, da ihnen selbst die eigene Erfahrung fehlt.² Selbst das immer kleiner werdende Quantum eigener, unmittelbarer Erfahrungen wird indes durch die medial vermittelte Wirklichkeit geprägt. Die mittelbar, über die Medien erfahrene «Wirklichkeit» anderer ist so stark, dass sie unsere eigene, unmittelbare Erfahrung nicht nur beeinflusst sondern eventuell übertönt.³

e) *Mittelbarkeit und Sinnenferne*

Die Dominanz medial vermittelter Erfahrung, d.h. mittelbarer Erfahrung, hat die ganz augenfällige Konsequenz, dass den verschiedenen Sinnen höchst unterschiedliches Gewicht zukommt. Eine *sinnliche Erfahrung* im Sinne von unmittelbar-sinnlichem Erleben nämlich findet praktisch nur

² MARQUARD, Weltfremdheit, 82 f.

³ Vgl. dazu MELTZER, Medienwirkung.

noch visuell und auditiv statt. Damit sind olfaktorische und gustatorische, insbesondere aber taktile Wahrnehmung ausgeschlossen. Erfahrung als Zusammenwirken aller Sinnesfaktoren, insbesondere in ihrer Körperlichkeit, wird durch mediale Vermittlung verkrüppelt und ihres totalitären Charakters beraubt, was sie erträglich und beherrschbar werden lässt, sie aber gleichzeitig zu einer Art Popanz oder Puppenschauspiel herabmindert. Statt Erfahrung tatsächlich zu erleben, wird eine Erfahrungsdarstellung geboten, nach der Art von Kino oder Theater. Dieses Erfahrungstheater oder -substitut fingiert Erfahrung und verändert damit auch die Kommunikation darüber: Jeder, der einen Sachverhalt medial vermittelt mitbekommt, ist Experte in Fragen dieses Sachverhaltes. Zugeschüttet wird dabei aber der Unterschied zwischen dem Zuschauer und dem Schauspieler, also zwischen dem Beobachter eines sich auf einer Bühne abwickelnden Schauspiels und der Mitwirkung an ebendiesem Schauspiel auf der Bühne selbst (natürlich wirken auch die Zuschauer mit, aber nicht selbst exponiert, nicht in der gleichen Weise beobachtet). Die Position eines blossen Beobachters lässt – ganz ähnlich einem Traum – das Empfinden der Erfahrung und den Einsatz, der dafür zu leisten ist, auseinanderfallen. Die Mittelbarkeit medial vermittelter Erfahrung verändert den Medienkonsumenten also selbst, der – während er den Träumen anderer zusieht und damit scheinbar an ihnen teilnimmt – immer stärker selbst zum Träumenden wird, was ihn eng verknüpft mit dem nächsten Aspekt, den wir nachstehend ansprechen wollen.

f) Abstrakte Emotion

Immer wieder, und immer häufiger wird vorgebracht, der mediale Einfluss bewirke und bestärke auch eine zunehmende Emotionalisierung öffentlicher Diskussionen.⁴ Das wird durchweg als Negativum charakterisiert und die angebliche «Emotionalisierung» einer klassisch-aufgeklärten gefühlskalten «Rationalität» entgegengesetzt, ganz so, als wären Emotionen unvernünftig.⁵ Das war zu Kants Zeiten falsch und ist es auch heute noch. Die behauptete schädliche «Emotionalisierung» des gesellschaftlichen Diskurses durch die Medien ist doppelt unzutreffend. Zum

⁴ Vgl. etwa HAN, Psychopolitik.

⁵ Was natürlich gar nicht sein kann, ansonsten sie sich im Verlaufe der Evolution selbständig erledigt hätten und nicht mehr präsent wären. Die Annahme, Emotionen seien unvernünftig ist daher selbst ganz unvernünftig, vgl. zum Problem nur NUSSBAUM, Political Emotions.

einen sind Gefühle nicht schädlich, sondern für ein soziales Zusammenleben unerlässlich, zum anderen aber werden durch die Medien nicht wirklich Gefühle transportiert. Gefühle sind immer konkret, sinnlich, auf der Haut spürbar. Dies kann mediale Kommunikation gar nicht erreichen, weil sie die Haut eben nicht erreicht. Alles, was «geföhlt» wird, sind Konstruktionen und Eigenerfindungen des Medienkonsumenten. Medien erlauben keine wirklichen Emotionen, erlauben nichts wirklich Sinnlich-Konkretes, sondern einzig eine Art Emotionstheater. Ähnlich wie in einem Film oder einem Theaterstück sind wir bloss Zuschauer von etwas, das uns zwar zu betreffen scheint, das aber mit dem Verlassen des Theaters oder Kinos eben nicht mehr *notwendig* unser Leben betrifft. Wirkliche, persönliche und bleibende Konsequenzen sind nicht da. Soll das, was wir da erleben, Emotionen heissen, so handelt es sich in gewissem Sinne um *abstrakte Emotionen*. Abstrakt in dem Sinne, dass wir letztlich die Wahl haben, sie zuzulassen oder nicht. Wenn wir uns auf den Weg machen, um am Grab einer uns persönlich nicht bekannten Person Blumen niederzulegen, dann legen wir nicht am Grab der Person, sondern an der Gedenkstätte unserer selbst Blumen nieder.⁶

Eine eigentliche Emotionalisierung von Medien und Politik findet also nicht statt. Vielmehr lässt sich ein Theater fein orchestrierter abstrakter Emotionen beobachten, das uns ermöglicht, uns als empathisch-geföhllvolle Wesen zu konstruieren, ohne dass uns das viel kosten würde. Wenn wir unseren Avatar nach einem Attentat in den jeweiligen nationalen Farben des gerade aktuellen Opferstaates einfärben, dann gewinnen wir dadurch mehr als das Objekt unserer Solidarität.

g) Kanalisierung / Wettbewerb: TMI

Die vorstehend aufgezeigten Aspekte münden in einer Konzentration und Kanalisierung von Wirklichkeits-Konstruktion. Mediale Wirklichkeitskonstruktion schliesst Alternativen (wie etwa direkt-sinnliche Erfahrung) aus und konzentriert die sinnliche Erfahrung weitgehend auf visuell-auditives Erfahren. Damit werden die Kanäle möglicher Kommunikation reduziert und die Kommunikationsmöglichkeiten verknappert, was automatisch zu einem grösseren Wettbewerb unter diesen Informationen führt. Aufmerksamkeit wird rar, wird zu *der* raren Ressource überhaupt. Daraus ergibt sich eines der Kardinalmerkmale der Mediengesellschaft: das Über-

⁶ Verwiesen sei nur summarisch auf die Psychologie des Begehrens gemäss JACQUES LACAN.

mass an Information. Nicht – wie noch vor 25 Jahren – das Auffinden von Information stellt das eigentliche Problem dar, sondern im Gegenteil das Filtern und Beschränken des Informations-Tsunamis. Die aktuelle Lage könnte treffend mit TMI beschrieben werden (*too much information*). Egal zu welcher Frage, immer finden wir uns in einer Situation des Informationsüberflusses, den es zu filtern, zu beschränken und zu strukturieren gilt.

2. Medienfokus

Aus den vorstehend skizzierten Elementen folgt, dass der mediale Fokus – notwendig und zwanglos – auf allem liegt, was Aufmerksamkeit generiert. Aufmerksamkeit hält das Medium selbst am Leben. Alles, was keine Aufmerksamkeit generiert, ist Ballast. Mediale Berichterstattung bzw. mediale Wirklichkeitskonstruktion wird sich deshalb konzentrieren auf Seltenes, Aussergewöhnliches, Schockierendes, Erstaunliches. Ebenso wie unser eigenes Aufmerksamkeitsmanagement sich primär auf Aussergewöhnliches und Herausragendes konzentriert, ebenso also wie wir selbst in unserer Wahrnehmung Komplexität primär dadurch reduzieren, dass wir das Sich-Wiederholende und Gewohnte nicht mehr bewusst wahrnehmen, ebenso orientiert sich die Existenz medialer Wirklichkeit am Aussergewöhnlichen.

a) Konsequenzen

Komplexität & Vereinfachung

Die erste Konsequenz eines rigoros auf Aufmerksamkeit orientierten Mediums muss sein, dass Komplexität möglichst vermieden wird. Alles Komplexe verbraucht – wenn man so will – zu viel vom Rohstoff Aufmerksamkeit, verbraucht schlicht zu viel Zeit. Wenn die Aufgabe darin besteht, Aufmerksamkeit zu wecken und zu erhalten, so muss alles, was zu viel Aufwand verlangt, zu kostspielig erscheinen: komplexe Sachverhalte genauso wie komplexe Sätze. Nicht nur die Sprache wird deshalb zur Einfachheit tendieren, die Vereinfachung ist eigentliche Kernaufgabe und zwar primär formal, d.h. je kürzer desto besser, fast gleichbedeutend aber auch materiell, d.h. je einfacher desto besser. Alles, was sich nicht verkürzen und vereinfachen lässt, verschwindet aus der

Medienwelt. Alles, aber auch wirklich alles, was sich in der Mediengesellschaft findet, ist verkürzt und vereinfacht und damit natürlich verfälscht. Jede Vereinfachung ist eine Verfälschung. Es lässt sich deshalb allgemein festhalten, dass in einer Mediengesellschaft notwendig alle Sachverhalte und Informationen verfälscht sind. Mediale Berichterstattung *ist* Fälschung.

Aufmerksamkeit & Wahrheit: Fake News & postfaktisches Zeitalter

Die zweite Konsequenz ist noch erschreckender, aber gleichzeitig nur folgerichtig. Ebenso wie die erste ist sie unumgänglich: Wenn das mediale System auf Aufmerksamkeit hin orientiert ist, dann spielt die Unterscheidung wahr/unwahr prinzipiell keine Rolle (es sei denn, sie selbst ist Objekt der Berichterstattung). Wenn alle Berichterstattung in gewissem Sinne Fälschung ist, dann ist die Behauptung, ein bestimmter Bericht sei falsch, bedeutungslos. Die Unterscheidung wahr/unwahr steht mithin windschief zu einem auf Aufmerksamkeit orientierten System. In der jüngeren Zeit sind zwar immer wieder einmal Begriffe wie «postfaktisches Zeitalter» oder «Fake News» aufgetaucht, doch handelt es sich dabei letztlich nur um ideologische Kampfbegriffe. In einem Mediensystem ist nicht die Unterscheidung von «real» und «fake» news relevant, sondern ausschliesslich diejenige von news/not news.

Deshalb etwa ist der mediale Hinweis auf die *Unschuldsvermutung*, die auf ominöse Weise gelten sollte, letztlich nur lächerlich, weil er etwas postuliert, das überhaupt niemanden wirklich davon abhält, und meist den Berichterstatteer selbst am wenigsten, genau diese Unschuldsvermutung durch den nämlichen Bericht zu verletzen. *In einer Mediengesellschaft ist deshalb das Strafverfahren selbst die eigentliche Strafe.* Die Berichterstattung über ein Strafverfahren hat unmittelbare und konkrete Konsequenzen bis hin zum finanziellen und sozialen Ruin. Diese Konsequenzen werden nicht korrigiert oder wettgemacht, wenn am Ende des Strafverfahrens kein Schuld-, sondern ein Freispruch steht. Vielmehr wird das üblicherweise zur Vermutung führen, die Justiz sei zu schwach, die Strafnormen ungenügend oder die Verteidigungsrechte zu ausgebaut. Ein Freispruch wird medial nicht als ein Sieg der Justiz gewertet, sondern als eine Niederlage.⁷ Das erscheint auch völlig richtig, sofern bereits *vor* dem Urteilsspruch

⁷ So etwa geschehen und leicht zu überprüfen am Beispiel Vojisla Seseli, der in Den Haag freigesprochen wurde, was als Desaster und als Beschädigung der internationalen Gerechtigkeit bezeichnet wurde.

klar ist, wer schuldig und zu verurteilen ist. Der Strafprozess muss dann nur noch als ein mehr oder weniger interessanter Todeskampf eines Sterbenden erscheinen. Seine Verteidigung als Störung des vergnüglichen Schauspiels, ganz so wie bei einer Corrida ein Verteidiger des Stieres nicht wirklich vorgesehen oder erwünscht ist. Ein Freispruch kann deshalb die Berichterstattung über das Strafverfahren nicht mehr aufheben, nicht nur weil er immer zu spät kommt, weil die Berichterstattung ja notwendig auf der Annahme basieren muss, dass nicht nur das Delikt begangen, sondern auch die Täterschaft erstellt ist, ansonsten sie zur blossen Spekulation und damit belanglos würde.

Die beredten Klagen über den Verlust von Wahrheit und Neutralität, die in jüngster Zeit geführt werden, können mithin nichts anderes sein denn Krokodilstränen. De facto sind Wahrheit und Neutralität in einem System, das ausschliesslich Aufmerksamkeit erstrebt, überhaupt nicht möglich. Dass aber dieses System nichts anderes erstrebt bzw. erstreben kann, wird durch seine Ökonomisierung sichergestellt,⁸ denn jeder Versuch, an dieser Aufmerksamkeits-Orientierung vorbei zu gelangen, führt das Medium notwendig in den Bankrott, ebenso wie ein Politiker, der nicht seine Wahl ins Zentrum stellt, schlicht gar nichts mehr zu entscheiden hat, sobald er nicht mehr gewählt wird. Es gibt also gar keine «*fake news*» im eigentlichen Sinn, bzw. die Bezeichnung «*fake news*» ergibt nur dann Sinn, wenn sie selbst wiederum «*news*» ist, d.h. genau dann, wenn die Bezeichnung «*fake news*» für einen beliebigen Inhalt selbst Aufmerksamkeit beanspruchen kann. Und «postfaktisches Zeitalter» meint nichts anderes, als «Zeitalter der Mediengesellschaft» oder «Medienzeitalter».

Verzerrung & Beängstigung

Oft dargestellt und hier nicht weiter darzustellen, weil allgemein bekannt, ist die Tatsache, dass mediale Berichterstattung über Kriminalität und Strafjustiz stark (bisweilen grotesk) verzerrt ist, wobei insbesondere schwere Delikte und Gewaltdelikte überproportional vertreten sind. Die eben erwähnte Fokussierung auf das Aussergewöhnliche, weil Aufmerksamkeitsbegründende, bewirkt, dass übermässig (aber angesichts des Orientierungspunktes Aufmerksamkeit unumgänglich) über alles berichtet wird, was aussergewöhnlich scheint. Berichtet wird deshalb v.a. über die

⁸ Dazu gleich im Folgenden unter lit. b.

– faktisch sehr seltene – schwere und schwerste Kriminalität, insbesondere die Gewaltkriminalität.

Diese Verzerrung der Berichterstattung (im Verhältnis zur empirisch messbaren Kriminalität) bewirkt ihrerseits, dass die Bevölkerung (die ja letztlich aus Medienkonsumenten besteht) das Kriminalitätsaufkommen deutlich überschätzt, grundsätzlich annimmt, Kriminalität nehme zu, und schliesslich die Kriminalitätsbelastung als erheblich angsteinflössend bzw. beängstigend erlebt, auch wenn sie bloss marginal existierte. Plakativ und vereinfachend ausgedrückt lässt sich sagen, dass mediale Berichterstattung über Kriminalität eine Maschine zur Erzeugung von Angst ist. Diese veritable Angstmaschine lebt unmittelbar davon, dass sie Angst produziert. Sobald sich das Niveau der Angst senkt, sinkt auch der Pegel der Aufmerksamkeit und damit auch die Bedeutung bzw. die Berechtigung der Maschine (des Mediums) selbst. Der Wunsch nach einer «neutralen» und «sachlichen» Berichterstattung muss also Wunschtraum bleiben, soweit solche Berichterstattung nicht über andere Ressourcen finanziert wird als über Aufmerksamkeit.

b) *Zwei Verstärker*

Die eben beschriebenen Prozesse in der Mediengesellschaft werden vielleicht nicht ausgelöst, aber doch erheblich gefördert und angekurbelt durch zwei Faktoren, die voneinander unabhängig erheblichen Einfluss ausüben, namentlich die Ökonomisierung und die Politik.

Wirtschaft / Ökonomisierung

Der erste zu erwähnende Faktor ist die Ökonomisierung. Werden Medien ins ökonomische System eingebaut oder überführt, d.h. wird ihre Leistung wesentlich an ihrer ökonomischen Produktion gemessen, so verstärkt dies notwendig den ohnehin bestehenden Fokus auf Aufmerksamkeit. Je grösser der ökonomische Druck auf das Medium, desto mehr wird es sich genötigt sehen, Aufmerksamkeit zu generieren.

Politik

Der zweite zu erwähnende Faktor ist die Politik. Will man Politik betreiben, so muss man gewählt bzw. wiedergewählt werden. Die nobel-

sten und hehrsten Ziele verlieren sich im Nirgendwo, wenn diejenigen, die sie vertreten, nicht (wieder)gewählt werden. Jeder Politiker wird entsprechend danach streben zu «existieren», d.h. in einer Mediengesellschaft medial präsent zu sein. Medienberichterstattung jeder Art zu suchen, ist deshalb oberste Politikerpflicht. Medienpräsenz wird erreicht durch Aussergewöhnliches, Aufmerksamkeit-Heischendes, also primär durch Hinweis auf Missstände. Für den Bereich des Strafrechts bedeutet dies, dass die aktuell geltende Gesetzeslage immer ungenügend sein muss, die Gefährdung der Bevölkerung immer beträchtlich und die entsprechenden Risiken immer unterschätzt. Der Hinweis auf diese Defizite sichert mediale Aufmerksamkeit. Soll die eigene Bedeutung und der eigene Einsatz für die Gemeinschaft betont werden, so muss neben der Analyse der Gefahrenlage auch ein Vorschlag gemacht werden, der für Abhilfe sorgt. Dies erfolgt – ganz konsequent und logisch verständlich –, indem weitere Strafnormen gefordert werden. Die Forderung lässt den Politiker als Verteidiger des Guten erscheinen, kostet ihn aber nicht einen Rappen. Seine Defizitanalyse wiederum ist medial interessant, weil sie Aussergewöhnliches aufzeigt und Gefahren, die unterschätzt werden.

Es ist deshalb ganz evident, dass alle politischen Forderungen, sollen sie medial wirksam sein, d.h. Aufmerksamkeit generieren, eine Expansion und Verschärfung des Strafrechts fordern müssen. Von diesen Forderungen profitieren alle Beteiligten (Politiker, Medien, gesellschaftliches Unterhaltungsbedürfnis). Dass die Forderungen völlig sinn- und wirkungslos bleiben müssen, spielt deshalb keine Rolle, weil eine entsprechende Erkenntnis erstens komplexere Darstellungen und Gedankengänge voraussetzt und zweitens Sinn- und Wirkungslosigkeit nicht wirklich überprüfbar sind. Die mangelnde Überprüfbarkeit lässt sich zudem gut cachieren durch den Hinweis auf die notwendige Zeitdauer, die typischerweise jenseits einer Wahlperiode liegt. Gleiches gilt für die wirtschaftlichen Kosten solcher Forderungen nach Repression.

III. Strafe & Strafrecht

1. Individualistische & kollektivistische Straftheorien

Wenn wir das Vorstehende nun quasi übersetzen wollen und auf den Bereich von Strafe und Strafrecht anwenden oder übertragen, so müssen

wir uns einerseits bewusst werden, was Strafrecht will, und andererseits, worin es sich denn von anderen Rechtsgebieten unterscheidet.

Zur Frage von Legitimation und/oder Zweck von Strafe haben wir bereits verschiedentlich publiziert.⁹ Das alles soll hier nicht wiederholt werden. Es reicht aus, in Erinnerung zu rufen, dass klassischerweise absolute und relative Theorien nach ihrer Zeitorientierung unterschieden werden, wobei die sog. absoluten in die Vergangenheit blicken und auf Ausgleich des geschehenen Unrechts abzielen (*quia peccatum est*), während relativen Theorien als Präventionstheorien Deliktsverhinderung und damit die Zukunft im Fokus haben (*sed ne peccetur*). Eine Unterscheidung nach der Orientierung in der Zeit ist zwar zutreffend, aber ungenügend. Straf- und Präventionstheorien lassen sich nämlich darüber hinaus auch unterscheiden bzgl. ihrer Orientierung auf das Individuum bzw. auf das Kollektiv. Wir können also von *individualistischen und kollektivistischen* Orientierungen bzw. Theorien sprechen.

2. Gerechtigkeit, Strafrecht & Individuum

a) *Gerechtigkeit und ihr Kern*

In juristischen Erörterungen von Gerechtigkeit zu schreiben, ist stets ein gefährliches Unterfangen, sind doch jeweils rasch Kritiker zugegen, die hämisch behaupten, Recht habe mit Gerechtigkeit nicht das Geringste zu tun. Das ist freilich falsch. Um es mit RADBRUCH zu sagen: Dort, «wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird (...), da ist das Gesetz nicht etwa nur «unrichtiges Recht», vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.»¹⁰

Natürlich lässt sich die Frage, was konkret gerecht sei, nicht allgemeingültig beantworten. Festhalten lässt sich aber, dass Gleichheit der Kern der Gerechtigkeit ist.¹¹ Menschen sind im Kern egalitäre Wesen. Un-

⁹ Vgl. NIGGLI, Sicherheit; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011; NIGGLI/MAEDER, Philosophie; NIGGLI/MAEDER, FS-Hurtado Pozo; NIGGLI/MAEDER, Sicherheit; NIGGLI/MAEDER, AJOC 2014; NIGGLI, Abkehr; NIGGLI/MAEDER, FS-Fischer.

¹⁰ RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht, 89; s.a. MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, § 14 N 1.

¹¹ RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht, 89; MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, § 14 N 1 ff. und 10 ff.

gleichbehandlung bedarf typischerweise einer Begründung, auch wenn die Frage, was gleich sei und welche Kriterien eine Ungleichbehandlung legitimieren könnten, strittig ist und wohl auch nicht endgültig zu beantworten. Nachfolgend soll uns nur beschäftigen, inwiefern Delikt und Strafe die Gleichheit betreffen.

b) *Strafrecht und andere Rechtsgebiete*

Um Klarheit zu gewinnen über Sinn und Zweck von Strafrecht, ist es hilfreich, sich bewusst zu werden, was Strafrecht eigentlich von anderen Rechtsgebieten unterscheidet. Nehmen wir an, A stiehlt B sein Fahrrad. A wird kurz oder auch weniger kurz darauf erwischt. Das Fahrrad ist noch in seinem Gewahrsam. Es ist nicht beschädigt, aber natürlich inzwischen benutzt worden. B seinerseits hat ein Fahrrad mieten müssen, um sein gestohlenen Gefährt zu ersetzen, da er es beruflich dringend braucht. Nehmen wir weiter an, das Fahrrad sei bei A sichergestellt und durch die Behörden an B zurückgegeben worden. A hat die Wertminderung des Rads ersetzt, die durch dessen Gebrauch entstanden ist, und auch den Aufwand, den B leisten musste, um sein zwischenzeitlich nicht zugängliches Fahrrad zu ersetzen. Nach allen erdenklichen Kriterien ist die aktuelle Situation von derjenigen vor dem Rechtsbruch nicht zu unterscheiden. Verwaltungs- (unmittelbare Rechtsdurchsetzung) und Zivilrecht (Durchsetzung von Ansprüchen soweit möglich bzw. wenn nicht möglich: Ausgleich materieller Schädigungen) haben den *status quo ante* äusserlich wiederhergestellt.

Nur äusserlich ist diese Wiederherstellung deshalb, weil unberücksichtigt bleibt, dass gegen eine Norm verstossen wurde, dass die Wertvorstellung «Eigentum» nicht respektiert und die zugehörige Verhaltenserwartung nicht erfüllt wurden. Erscheint dieser Verstoss, also die Verletzung einer Wertvorstellung durch materielle Wiederherstellung des *status quo ante* nicht abgedeckt, erscheint also die Wertvorstellung bzw. ihre Verletzung wichtig genug, so kann eine bloss materielle Wiederherstellung nicht hinreichen. Kommt hinzu, dass bei einer bloss materiellen Durchsetzung bzw. Wiederherstellung des rechtskonformen Zustandes sich der Rechtsbruch immer lohnen würde.¹² Wird der Täter erwischt, so muss er höchstens mit einer Rückabwicklung seines rechtswidrigen Tuns rechnen, doch wird er eben nicht immer erwischt. Daraus ergibt sich, dass

¹² Vgl. dazu schon NIGGLI, ZStrR 1993.

bei blosser Durchsetzung und Rückabwicklung von Rechtsbrüchen sich Rechtsbrüche immer lohnen würden, weil das alleinige Risiko einer blossen Rückabwicklung keine messbar negativen Folgen zeitigen würde.¹³

Damit ist auch klar, dass Strafrecht immer einen immateriellen Aspekt ansprechen muss: den Ausgleich des Regelbruches als solchen, den Ausgleich des Unrechts. Zwei mögliche Aspekte bzw. Zielsetzungen von Strafe¹⁴ lassen sich unterscheiden: (1) Ausgleich des Unrechts qua Ausgleich (Gerechtigkeit) und (2) Ausgleich des Unrechts qua Instrument zukünftiger Verhaltenssteuerung (Sicherheit).

c) Strafe als Ausgleich von Unrecht: Gerechtigkeit

Dient Strafe dem Ausgleich gesetzten Unrechts wird sie unmittelbar in Bezug gesetzt zur Gerechtigkeit. Jeder Rechtsbruch stellt die Begründung einer Ungleichheit dar. Durch Schadenersatz oder Schadensausgleich (Zivilrecht) oder durch unmittelbaren Verwaltungszwang (Verwaltungsrecht) kann der rechtmässige Zustand (*status quo ante*) meist wiederhergestellt werden. Ist aber neben dem konkreten Verhalten bzw. neben der konkreten Zustandsveränderung auch eine wichtige Verhaltenserwartung verletzt worden, so reicht die Durchsetzung bzw. Wiederherstellung des faktischen, konkreten Rechtszustandes nicht aus, weil damit die Verletzung der Norm selbst, also die Verletzung der Verhaltenserwartung, nicht abgeglichen ist. In solchen Fällen kann die Verletzung, die sich der Delinquent gegenüber Rechtsordnung bzw. Verhaltensnorm herausnimmt und sie dadurch in Frage stellt, nicht anders denn symbolisch ausgeglichen werden. Nehmen wir als Beispiel eine Tötung, dann wird unmittelbar klar, dass ein symbolischer Ausgleich eigentlich nur durch Übelzufügung gelingen kann. Die reale Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist nicht möglich und eine Abgeltung des materiellen Schadens alleine reicht nicht aus, um das eigentliche Unrecht, die Tatsache nämlich, dass allgemeine Werthaltungen (Respekt des Lebens) nicht respektiert wurden und die entsprechenden Verhaltenserwartung enttäuscht wurde. Das vorerwähnte Beispiel des Diebstahls verdeutlicht dies: Der materielle Ausgleich wird typischerweise als unzureichend erscheinen, weil damit «nur» der *status quo ante* wieder hergestellt wird, nicht aber die Verletzung der Wertvorstellung, die der Diebstahl auch und vielleicht sogar primär darstellt. Natürlich muss nicht jede Verletzung

¹³ NIGGLI, ZStrR 1993.

¹⁴ Strafe verstehen wir hier als Rechtsstrafe in einem Rechtsstaat.

einer Wertvorstellung ausgeglichen werden, erscheint aber der materielle Ausgleich als ungenügend, so ist ein symbolischer Ausgleich unabdingbar. Und Übelszufügung erscheint als unumgänglich, soweit symbolischer Ausgleich angestrebt wird. Bestrafung ist also Wiederherstellung des Rechts bzw. Ausgleich von Unrecht und damit Herstellung von Gerechtigkeit. Das Mass der Strafe hängt dabei vom Mass der Ungleichheit ab, doch dazu gleich.¹⁵ In der üblichen Terminologie entspricht das absoluten Positionen, wir würden von individualistischen Positionen sprechen.

d) *Ausgleich von Unrecht als Mittel der Verhaltenssteuerung: Sicherheit*

Alternativ zur Orientierung der Strafe auf den Ausgleich von Unrecht qua Gerechtigkeitsherstellung kann dem Unrechtsausgleich ein bestimmter (extrinsischer) Zweck eingeschrieben werden. Dann geht es nicht um den Ausgleich selbst, sondern darum, dass das Unterlassen dieses Ausgleichs negative Folgen zeitigen könnte. Aus ökonomischer Sicht ist das einfach erklärt: Ist alles, was ich riskiere, wenn ich Wertvorstellungen missachte, dass der *status quo ante* wiederhergestellt wird, mithin dass ich das Gestohlene zurückgeben muss, so «lohnt» sich der Rechtsbruch immer, weil ja nur ein Teil der Rechtsbrüche überhaupt entdeckt wird und wiederum nur ein Teil der entdeckten Rechtsbrüche nachgewiesen werden kann.¹⁶ Wie erwähnt kann also der blosser Ausgleich bewirkter Schäden keine ausreichende rationale Basis bieten, um zukünftig keine Schäden mehr zu bewirken. Geht es bei der Strafe nicht um den Ausgleich von Unrecht, sondern darum, dass ein bestimmtes Verhalten nicht mehr auftritt, so wird strafrechtliche Übelszufügung zu einer Art «technischem» Instrument, mittels dessen die Durchsetzung bestimmten Verhaltens oder bestimmter Normen angestrebt wird. Diese Vorstellung entspricht den Präventionstheorien. Im Vordergrund steht also nicht der Unrechtsausgleich selbst, also nicht *Gerechtigkeit*, sondern die *Wirkung* dieses Unrechtsausgleichs, namentlich Deliktsverhinderung bzw. Herstellung und Wahrung von *Sicherheit*. Bezugspunkt ist die verhaltenssteuernde Wirkung von Strafe (unmittelbar) auf den Bestraften bzw. (mittelbar) auf die Gesellschaft, welche die Bestrafung beobachtet. Eine Verknüpfung von Strafe und Tat mittels Gerechtigkeitsüberlegungen ist dabei weder nötig noch leicht herzustellen. Der Rechtsbruch ist blosser Anlass rechts-

¹⁵ Siehe nachfolgend lit. e.

¹⁶ NIGGLI, ZStrR 1993.

staatlicher Reaktion, der Täter blosses Symbol und Instrument der eigentlichen Zielsetzung. Der Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen wird mit möglichen Risiken für die Gesellschaft begründet, denen begegnet werden soll.¹⁷ Das hat – für sich alleine genommen jedenfalls – mit Ausgleich und Gerechtigkeit überhaupt nichts zu tun.

Sprechen wir von Strafe in einem rechtsstaatlichen Kontext, d.h. im Kontext rechtsstaatlichen Strafrechts, so ist der Bezug zur Gerechtigkeit naheliegend, weil es sich sonst gar nicht um Recht handeln könnte.¹⁸ Auch umgangssprachlich ist wohl nicht grundlos von «gerechter Strafe» die Rede. Die Annahme, Strafe habe – in diesem Sinne – mit Gerechtigkeit zu tun, ist durchaus plausibel. Dieser Befund wird bestätigt durch die nachfolgenden Gedanken zum Mass der Übelzufügung.

e) *Das Mass der Übelzufügung*

... bei Gerechtigkeitsbezug

Unrechtsausgleich *qua* Gerechtigkeitsherstellung kann – wenn wir uns an das Vorstehende erinnern wollen – nur meinen, dass die Strafe geschehenes Unrecht ausgleicht. Eine gerechte Strafe muss also notwendig konnex sein zum gesetzten Unrecht bzw. Rechtsbruch. Das aber führt uns zur Folgefrage, was denn dieses Unrecht¹⁹ sein könnte. Typischerweise werden zwei Komponenten genannt, aus denen es sich zusammensetzt – auch wenn Einzelheiten freilich umstritten bleiben:²⁰ Erfolgswert und Handlungswert.

Erfolgswert bezeichnet die Schwere des objektiven Vorwurfs, gemessen namentlich am bewirkten Erfolg eines Verhaltens wie etwa dem Mass der Verletzung oder Gefährdung der tangierten Wertvorstellung bzw. des tangierten Rechtsguts. Der Handlungswert beschlägt nicht den

¹⁷ Freilich wird in Präventionstheorien oft Schuld als strafbegrenzendes Kriterium eingeführt, doch ist das dem postulierten Ziel zwingend abträglich und kommt in Zeiten der Verunsicherung entsprechend unter Druck: Wenn etwa Terrorismus, wie es gegenwärtig ein Trend zu sein scheint, durch eine intensive Kriminalisierung im Vorfeld bekämpft werden soll, ist selbstredend auch kein Schatten einer irgendwie strafbeschränkenden Funktion von Schuld erkennbar, nicht einmal am Horizont; siehe nachfolgend lit. e.

¹⁸ Siehe vorstehend lit. a.

¹⁹ Nicht zu verwechseln mit der Rechtswidrigkeit, die sich unabhängig von individueller Schuld aus der objektiven und subjektiven Tatbestandsmässigkeit ergibt.

²⁰ Vgl. nur bereits STRATENWERTH, ZStrR 1963.

eingetretenen Erfolg, sondern das Verhalten. Dazu gehören Handlungsmodalitäten wie die Tathandlung, aber auch subjektive Elemente wie Vorsatz, Motiv oder Intensität des deliktischen Willens sowie die Schuld.²¹

Erfolgsunwert kann für sich alleine kein strafbares Unrecht darstellen (isoliert ist schon der gedankliche Schritt vom Eintritt eines Ereignisses zur Erkenntnis, dass dieses erstens einen Erfolg und zweitens einen Unwert darstellen soll, schwierig). Die Frage etwa, ob ein Ereignis – z.B. das Verschwinden einer bestimmten Sache aus meinem Herrschaftsbereich – ein mir unerwünschter Erfolg ist, kann nur anhand weiterer Kriterien beantwortet werden. Entsprechend ist uns ein Erfolgsstrafrecht fremd.²²

Das Schwergewicht des Unrechts liegt deshalb beim Handlungsunwert. Das illustrieren schön die identischen Strafrahmen der Art. 117 und 125 StGB (fahrlässige Tötung bzw. fahrlässige Körperverletzung), ebenso wie die Existenz abstrakter Gefährdungsdelikte, die per definitionem keinen Erfolg kennen.²³ Dennoch ist der Erfolgsunwert nicht irrelevant. Ohne Erfolgsunwert liessen sich die Straflosigkeit fahrlässigen Verhaltens, das keinen verpönten Erfolg bewirkt (des sog. Moral luck)²⁴ kaum erklären, ebensowenig wie etwa die Strafmilderungsmöglichkeiten beim Versuch o.ä. gesetzliche Regelungen.²⁵

Bestätigt wird das durch die allgemeine Strafzumessungsregel von Art. 47 StGB, derzufolge sich das Verschulden aus Erfolgs- und Hand-

²¹ STRATENWERTH, ZStrR 1963, 236 f.

²² Siehe BSK StGB³-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 16 ff.; STRATENWERTH, AT/1⁴, § 3 N 18 ff.; DONATSCH/TAG, I⁹, 270; SCHULTZ, AT/1⁴, 179 ff. Freilich ist STRATENWERTH, ZStrR 1963, 234, auch heute noch zuzustimmen, dass «das Gesetz und die Praxis gegen Rückfälle in die Erfolgshaftung nicht ganz immun sind».

²³ Ein Erfolgsunwert entfällt dort folglich, es sei denn, man wolle die Regelverletzung an sich als abstrakten Erfolgsunwert qualifizieren. Eine solche Auffassung findet sich möglicherweise im SVG, das in Art. 90 Abs. 3 an die Verletzung «elementarer Verkehrsregeln» strengere Folgen knüpfen will. Das könnte dahingehend verstanden werden, dass die Verletzung dieser Regeln einen höheren abstrakten Erfolgsunwert darstellt. Dagegen sprechen jedoch primär zwei Gründe: Einerseits ist weitestgehend unklar, wie die Verkehrsregeln abstrakt in eine Hierarchie gebracht werden sollten, vgl. nur BSK SVG-FIOLKA, Art. 90 N 41 ff. und 110 ff. Zweitens zeigen das Vorsatzerfordernis und die weitere Formulierung von Art. 90 Abs. 3 SVG («besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen»), dass auch hier tatsächlich die Art und Weise der Tatbegehung und damit der Handlungsunwert im Vordergrund stehen.

²⁴ Eine Ausnahme besteht nur dort, wo das sorgfaltswidrige Verhalten als abstraktes Gefährungsdelikt vertyp ist, so etwa die Strafbarkeit von Verkehrsregelverletzungen nach Art. 90 SVG.

²⁵ STRATENWERTH, ZStrR 1963, 239 ff.; BSK StGB³-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 84 ff.; s. weiter NK StGB⁴-STRENG, § 46 N 57; krit. betr. folgenlose Fahrlässigkeit SEELMANN/GETH, AT⁶, N 455.

lungsunwert zusammensetzt: «Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.»²⁶

Damit ist deutlich, dass das Unrecht, das es auszugleichen gilt, *individualorientiert* ist: Es lässt sich nur mit Blick primär auf den Handlungs-, sekundär auf den Erfolgswert bestimmen, also mit (Rück-)Blick auf die Tat. Wenn aber das Mass der Strafe sich am individuell zu bestimmenden Unrecht misst, und dieser Unrechtsausgleich als *Ungleichheitsausgleich* eine Form der ausgleichenden Gerechtigkeit ist, bedeutet das auch, dass Gerechtigkeit notwendig individualorientiert sein muss.

Die häufig anzutreffende Dichotomie von Rechtssicherheit vs. Einzelfallgerechtigkeit ist insofern also Geschwätz, als es eine andere, denn individuelle Gerechtigkeit, etwa eine generalisierte Gerechtigkeit gar nicht geben kann. Die hin und wieder anzutreffende Rede von der Regelfallgerechtigkeit ist in sich widersprüchlich, was hier allerdings nicht näher erläutert werden kann. Festzuhalten bleibt, dass absolute Straftheorien immer individualistische Straftheorien sind.

... bei Sicherheitsbezug

Wenn Strafe sich auf Sicherheit beziehen, also präventiv wirken soll, dann muss sich das Mass der Strafe nach dem Präventionsziel richten und danach, was zu dessen Erreichung notwendig erscheint. Alles andere wäre sinnwidrig und kontraproduktiv. Ich kann ja nicht konsistent behaupten, die Strafe diene der Produktion von Sicherheit, gleichzeitig aber das Mass dieser Strafe nicht an dieser angestrebten Wirkung orientieren. Gemessen wird Strafe also nicht an der begangenen Tat, sondern an der *befürchteten* Gefahr, an der *Einschätzung* von Risiken.

Damit wird die Rolle der Tat selbst klar: In einer Präventionslogik kann sie nichts anderes sein als ein *Symptom der Gefährlichkeit*, die sich gerade in der Tat selbst geäussert hat. Dass diese Position so viele Befürworter findet, liegt einerseits in einem – zwar niemals offen zugegebenen, dennoch aber ganz offensichtlichen – puritanischen Weltbild, das Willensfreiheit letztlich negiert oder höchstens in ganz geringem Ausmass zu-

²⁶ Vgl. auch PK StGB²-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 47 N 18 f.

lässt, und andererseits in der Tatsache, dass Welt und Leben sich häufig nur langsam und wenig ändern, was dazu führt, aus begangener Delinquenz ohne grosse Zwängerei auf zukünftiges Verhalten zu schliessen. Das Problem liegt darin, dass solche (und andere) Prognosen eben nur im Allgemeinen zutreffen und über den einzelnen Fall damit gerade nichts auszusagen vermögen. Wäre das anders, so wären Änderungen und Entwicklungen überhaupt nicht möglich. Um es deutlich zu sagen: Ein begangenes Delikt erlaubt – nebst anderen Faktoren – höchstens eine Vermutung, was in Zukunft von einem Menschen zu erwarten ist (Die Ubiquität [also Allgegenwart] jugendlicher Delinquenz sei in Erinnerung gebracht. Regeln werden erlernt, indem man gegen sie verstösst). Wie ich mit dem Regelbruch umgehe, hat nichts mit der Deliktsschwere zu tun, sondern ausschliesslich mit meiner Vorstellung davon, wie die Übelszufügung meine Prognose zu verändern vermag. Die Straftat ist entsprechend für die Strafzumessung allerhöchstens mittelbar relevant, indem sie Teilgrundlage der Risikoeinschätzung bildet.

Nun könnte natürlich versucht werden, Schuld (und damit Tatschwere) einzubringen, indem ihr innerhalb der Präventionstheorie immerhin strafbegrenzende Funktion zugewiesen wird. Ein derartiges Unterfangen aber ist ein eigentlicher Verrat, ja vielleicht *der Kardinalverrat* am Präventionsgedanken überhaupt, wie sich leicht aufzeigen lässt: Ist die präventiv als geboten scheinende mit der (im klassischen Sinne) schuldangemessenen Strafe deckungsgleich, so kommt der Schuld keinerlei Funktion, schon gar keine strafbegrenzende Funktion zu. Auch wenn die präventiv scheinbar notwendige unter der schuldangemessenen Strafe liegt, entbehrt die Schuld jeder Funktion. Das ist beides evident.

Interessant ist nun die Konstellation, in der die nach Präventionskriterien ausgefallte über der schuldangemessenen Strafe liegt: Folgen wir hier dem Präventionsgedanken, so ist die Strafe nicht schuldangemessen, d.h. wir sind genötigt zuzugeben, dass die ausgefallte Strafe gerade nicht dem Vorwurf entspricht, den wir dem Täter machen, sondern vielmehr darüber hinaus geht, wofür eine Legitimation zu finden wir letztlich kaum in der Lage sind. Setzt hingegen umgekehrt die Schuld der präventiv notwendig erscheinenden Strafe eine Grenze, so wird unumgänglich und zwingend das Präventionsziel aufgegeben. Eine Schlussfolgerung, die sich äusserst häufig in Kommentaren zu Medienberichten über Kriminalität und Strafe wiederfindet, in jeweils bedauerndem bis wütendem Ton. Natürlich könnte man vertreten, dass in diesen Fällen das Präventionsbedürfnis zurücktreten müsse, nur: Was genau könnte dann in der Präventionslogik über-

haupt noch Sinn einer Strafe sein, die ihre Legitimation ja gerade *aus* ihrer Präventivwirkung beziehen soll? Durch die Einführung der Schuld als strafbegrenzendes Kriterium fällt jede Präventionstheorie in sich zusammen, und zwar unumgänglich. Nochmals: Gerade dies erleben wir aktuell, wenn medial und politisch jeweils Schuldangemessenheit als «Kuscheljustiz», «unverdiente Grosszügigkeit» und letztlich «Gnade» qualifiziert wird. Dies aber ist Schuldangemessenheit alles gerade nicht!

Freilich gibt es Ausweichstrategien, Strategien also, nicht zugeben zu müssen, dass die Schuld in Präventionstheorien immer ein Störfaktor ist. Die häufigsten Varianten sind:

1. **Umdeutung des Schuldbegriffs:** Der Schuldbegriff wird umgedeutet, wie es etwa JAKOBS tut, wenn er die Schuld als Derivat der Generalprävention²⁷ konstruiert: «Der Schuldbegriff ist deshalb funktional zu bilden, d.h. als Begriff, der eine Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxime (nach den Erfordernissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung erbringt.»²⁸ D.h. übersetzt nichts anderes, als dass als «Schuld» bezeichnet wird, was nichts damit zu tun hat, auf dass die Fiktion aufrecht erhalten werden kann, man gebe die Orientierung auf das Individuum und seine Verfehlung (das Schuldstrafrecht) nicht auf, dieweil man genau dies tut, indem man das Strafrecht gänzlich an gesellschaftlichen Bedürfnissen ausrichtet.
2. **Vereinigungstheorie:** Die schweizerische Variante des «Etwas tun und es als etwas anderes bezeichnen», die Schweizer Variante des Double Speak heisst Vereinigungstheorie. Postuliert wird eine sog. «Theorie», die in ihrer Beliebigkeit schlicht sämtliche Resultate vertretbar werden lässt. D.h. es wird etwas konstruiert und als Theorie bezeichnet, das schlicht keine Resultate ausschliesst, das also immer richtig ist und immer konsistent. Wenn aber ein Konstrukt nicht erlaubt, bestimmte Resultate auszuschliessen, dann ist es auch nicht notwendig (Ockham's Razor). Ausser dass sie das schlechte Gewissen ihrer Konstrukteure cacht, ist die Leistung einer solchen «Theorie» deshalb gleich null.
3. **Massnahmen:** Am häufigsten wohl, ja regelrecht dominant, ist die Variante, in der auf das Massnahmenrecht ausgewichen wird (Art. 56 ff. StGB), denn hier spielt nur die Gefährlichkeit, nicht aber

²⁷ JAKOBS, AT², 1 Abschn. N 34.

²⁸ JAKOBS, AT², 1. Abschn. N 22; dazu auch NIGGLI/MAEDER, FS-Hurtado Pozo, 304 ff.

²⁹ Dazu krit. NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 446 f.

die Schuld eine Rolle.³⁰ Wenn im Zusammenhang mit dem Massnahmenrecht auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung verwiesen wird, kann das also *nicht* das *Verhältnis von Schuld und Übelszufügung* betreffen, sondern einzig das *Verhältnis von Übelszufügung und erwarteter Gefahr*. Es handelt sich dabei also um eine typische Verhältnismässigkeitsprüfung, wie wir sie aus dem Verwaltungsrecht kennen.³¹

Deutlich werden dabei erhebliche Hemmungen, Schuld als massgeblichen Faktor zu eliminieren. Das kann nur am damit einhergehenden und unvermeidlichen Bruch mit der Gerechtigkeit liegen (wie dargelegt ist der Ausgleich von Schuld bzw. Unrecht gerechtigkeitsbezogen), der wohl unerträglich scheint.

Deutlich wird weiter, dass mit der Elimination der Schuld der individualorientierte Bezug von Strafe verloren geht. Absolute Straftheorien fragen nach dem «Wert» der Taten, die es zu beurteilen gilt.³² Präventionstheorien fehlt dieser individualisierende Blick gänzlich. Sie orientieren sich notwendig am Kollektiv.

Bei der Generalprävention dürfte das offensichtlich sein, denn sie richtet sich per definitionem an die Allgemeinheit, das Kollektiv: Durch Reaktion auf das Verhalten des Einzelnen, also des Straftäters, soll das Verhalten *anderer* gelenkt oder zumindest beeinflusst werden. Darin unterscheiden sich ihre negative und positive Variante überhaupt nicht. In der positiven Variante sollen durch Bestrafung des Regelbrechers Rechts-treue und Normvertrauen der *übrigen* Bevölkerung gestärkt und stabilisiert werden. Dieses Ziel dient gleichzeitig als Legitimation der Strafe. Auf die Förderung gesellschaftlicher Stabilität wird alles ausgerichtet. Strafzumessung wird zu einer eigentlich *rechtsexternen* (sozial-)psychologischen Angelegenheit.³³ Sie richtet sich nach den Bedürfnissen der Allgemeinheit und verliert den (notwendig individualisierenden) Konnex zum begangenen Unrecht.

Weniger offensichtlich ist die kollektivistische Orientierung vielleicht bei der Spezialprävention, weil die staatliche Reaktion behauptet, auf die «Bedürfnisse»³⁴ des Delinquenten zugeschnitten zu sein. Doch ist das

³⁰ So ausdrücklich Art. 19 Abs. 3 StGB bezüglich Schuldunfähigkeit.

³¹ Vgl. allgemein HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER, Bundesstaatsrecht⁹, N 320 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht⁷, N 514 ff.

³² KANT, Metaphysik der Sitten, 333 Z 21 f.

³³ S.a. JAKOBS, Strafe, 9 f.; NIGGLI/MAEDER, FS-Hurtado Pozo, 302 f.

³⁴ Der Begriff der «Bedürfnisse» ist in diesem Zusammenhang natürlich euphemistisch, denn bei Spezialprävention geht es, selbst in der positiven Variante, nicht um Nettigkeit gegenüber dem Straftäter: Resozialisiert werden soll er nur deshalb und insoweit,

wirklich eine auf das individuelle Unrecht ausgerichtete Strafe? Wohl kaum. Der Bezug zum Individuum besteht *nicht in dessen Tat*, sondern in der angeblichen (oder realen) *Gefahr*, die von ihm ausgeht und die es zu bannen gilt. Diese *Beziehung zu einer Gefahrenquelle* setzt nicht unbedingt ein Subjekt voraus; genauso gut könnte eine solche Beziehung zu einem *Objekt* bestehen, bspw. einem bissigen Hund oder einer von einem Erdbeben bedrohten Strasse, die gesperrt werden muss. Damit einer Gefahr begegnet werden kann (oder soll oder muss), braucht man der Gefahrenquelle *nicht vorzuwerfen*, dass sie gefährlich ist.

In dieser Optik ist entsprechend auch kaum einsichtig, warum überhaupt *auf ein Delikt gewartet werden müsste*, bevor eine gefahrenabwehrende Reaktion erfolgt. Solche Forderungen finden sich häufig und ganz einhellig in den Medien. Und wem das zu weit zu gehen scheint, der sei an den Haftgrund der Ausführungsgefahr von Art. 221 Abs. 2 StPO erinnert, der mit einem *strafprozessualen Haftgrund*³⁵ freilich nicht das Geringste zu tun hat, ausser dass er ebenfalls in der StPO steht,³⁶ denn natürlich sichert die Haft wegen Ausführungsgefahr nicht die Durchführung des Strafverfahrens. Warum aber finden wir diesen Haftgrund in der StPO und gerade nicht im StGB? Die Antwort dürfte nahe liegen: Eine Bestrafung für ein nur mögliches Delikt ist schlicht nicht vertretbar, sofern nicht die Androhung des Delikts selbst strafwürdig scheint (s. Art. 180 StGB).

Daraus ergibt sich zwanglos, dass sich auch die Spezialprävention nicht am individuell verwirkten Unrecht orientiert, sondern an kollektiven Bedürfnissen bzw. Interessen. Es geht einzig um vermutete Risiken, die vom Täter ausgehen, und insbesondere darum, wie die Gemeinschaft mit diesen Risiken umgehen will.

Beispiel: Terrorismusbekämpfung mit Strafe?

Ein aktuelles Beispiel, an dem sich das Spannungsverhältnis von Sicherheitsproduktion durch Strafe und gerechtigkeitsbedingtem Unrechtsausgleich zeigt, ist der Vorentwurf des Bundesbeschlusses *«über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus*

als es der Deliktsverhinderung zuträglich ist. Die massgebenden Interessen sind also diejenigen des Kollektivs.

³⁵ Vgl. zum Zweck von strafprozessualen Zwangsmassnahmen Art. 196 StPO.

³⁶ Siehe dazu vor kurzem krit. MONA/CONINX, ZStrR 2017.

und organisierte Kriminalität» vom 21. Juni 2017,³⁷ den der Bundesrat gleichentags in die Vernehmlassung schickte. Darin ist unter anderem eine neue Strafnorm im StGB vorgesehen mit der Marginalie «Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat». Sie lautet als Art. 260^{sexies} VE-StGB wie folgt:

¹ *Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im Hinblick auf die Verübung eines Gewaltverbrechens, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll:*

- a. *jemanden für die Begehung oder Teilnahme an einer solchen Straftat anwirbt;*
- b. *sich für die Begehung oder Teilnahme an einer solchen Straftat anleiten lässt zum Herstellen oder Gebrauch von Waffen, Sprengstoffen, radioaktiven Materialien, giftigen Gasen oder anderen Vorrichtungen oder gefährlichen Stoffen oder jemanden hierzu anleitet; oder*
- c. *eine grenzüberschreitende Reise unternimmt in der Absicht, eine solche Straftat zu begehen, sich daran zu beteiligen oder sich dafür ausbilden zu lassen.*

² *Mit der gleichen Strafe wird belegt, wer in der Absicht, eine Reise im Sinne von Absatz 1 Buchstabe c zu finanzieren, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt, oder wer eine solche Reise organisiert oder dafür anwirbt.*

³ *Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, wenn er sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird, oder wenn die terroristische Straftat in der Schweiz oder gegen die Schweiz verübt werden soll. Artikel 7 Absätze 4 und 5 sind anwendbar.*

Die vorgeschlagene Strafbestimmung will eine weitgehende Vorfeldkriminalisierung erreichen. Das Anwerben für die Begehung oder Teilnahme an einer terroristischen Straftat nach Abs. 1 lit. a der neuen Bestimmung hat nichts mit Anstiftung zu einem Delikt i.S.v. Art. 24 StGB zu tun. Gemäss dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf gilt als Anwerben «das aktive Vorgehen im Bestreben, eine oder mehrere bestimmbar Personen für eine Angelegenheit zu gewinnen und zu einer entsprechenden Tätigkeit zu bewegen. Nicht notwendig [...] ist, dass die Anwerbung in einem formalisierten oder hierfür strukturierten Rahmen vorgenommen wird. [...] Vorausgesetzt [wird weiter weder], dass die anwerbende Person selber an einer terroristischen Organisation oder zusätzlich an der Vorbe-

³⁷ Abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/vorentw-d.pdf (4.7.2017).

reitung eines konkreten Terroraktes beteiligt ist[, noch,] dass ein mit der Rekrutierung im Zusammenhang stehender konkreter Terrorakt in seinen Konturen bereits erkennbar ist. [...] Für die Vollendung der Anwerbung ist es [alleine] notwendig, dass die angeworbene Person oder die bestimmbare Personengruppe das Vorgehen und Bestreben des Täters zumindest zur Kenntnis nimmt. Eine weitergehende Aktivität des Adressaten als Folge der Anwerbung, zum Beispiel die Beteiligung an einer Gruppierung oder die Aufnahme von Vorbereitungshandlungen für einen terroristischen Akt, ist hingegen nicht notwendig.»³⁸

Der Tatbestand ist also nicht erst erfüllt, wenn das Anwerben erfolgreich war, sondern schon, wenn der Adressat die Rekrutierungsbemühungen zur Kenntnis nimmt. Diese Rekrutierungsbemühungen müssen weiter nicht auf die Teilnahme an einem konkreten Terrorakt gerichtet sein. Damit dürfte es wohl ausreichen, wenn A auf Facebook eine Nachricht an B schickt und ihn fragt, ob er nicht Lust habe, bei der Terrororganisation X mitzumachen. Dafür soll eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren möglich sein. Es handelt sich um ein Verbrechen, weshalb sogar die nur versuchte Anstiftung dazu nach Art. 24 Abs. 2 StGB strafbar wäre (also A den B auffordert, über Facebook C zu fragen, ob dieser nicht bei der Terrororganisation X mitmachen wolle, B aber grad keine Lust dazu hat).

Freilich gäbe es zu dieser Bestimmung und dem gesamten Vorentwurf noch viel zu sagen, doch das hier interessierende Problem wird überdeutlich: Gesetzgeberisches Ziel ist es offenbar, terroristische Bedrohungen so früh und so weit entfernt von einem konkreten Terrorakt wie möglich im Keim zu ersticken. Von empfindlichen Strafen erhofft man sich spezial- und generalpräventive Wirkungen. Wenn man sich aber den Handlungswert von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. a VE-StGB vor Augen führt, erkennt man ohne Weiteres, dass dieser wohl ziemlich gering ist und der Strafrahmen im Vergleich zu den Strafdrohungen des übrigen besonderen Teils des StGB unangemessen hoch erscheint. Die Wurzel des Problems ist rasch freigelegt: Strafrecht kommt immer nach einer Tat zum Zug, also aus Präventionssicht immer zu spät. Versucht man, dem mit einer Vorverlagerung der Strafbarkeit zu begegnen, entfernt man sich zwangsläufig von der eigentlichen Tat bzw. konkreten Schädigung oder Verletzung. Damit verdünnt man das Unrecht derart stark, dass unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten kaum mehr etwas übrig bliebe, das auszugleichen wäre. Was immer für die Prävention nötig scheint, ist im Hinblick auf die Ge-

³⁸ EJPD, Bericht, 47.

rechtigkeit unhaltbar. *Präventive Zielsetzungen stehen damit – anders als oft kolportiert – nicht primär in einem Spannungsverhältnis zur Freiheit. Vielmehr wird für das Streben nach Sicherheit mit Gerechtigkeit bezahlt.*

f) Sinn und Zweck von Gerechtigkeit

Es könnte nun einer darauf verfallen, die Unterscheidung von gerechtigkeitsorientierten Straftheorien und Präventionstheorien (wie eben der positiven Generalprävention) als eine nur scheinbare zu behaupten, weil letztlich ja auch Gerechtigkeit gesellschaftsstabilisierend wirkt. Damit würde den absoluten Straftheorien ein Strafzweck eingeschrieben, durch welchen sie sich im Ergebnis kaum mehr von der positiven Generalprävention unterscheiden liessen.

Dem muss indes schon die unterschiedliche Orientierung der zwei Positionen entgegengehalten werden: Absolute Positionen blicken in die Vergangenheit, auf die Tat und das Individuum. Sie sind auf dessen Schuld und ihren Ausgleich ausgerichtet. Präventionstheorien (wie die positive Generalprävention) schauen in die Zukunft und richten sich mit ihrer angestrebten Lenkungswirkung auf das Kollektiv aus.

Auf den Einwand, auch ein durch Gerechtigkeit gebotener Unrechtsausgleich enthalte einen verkappten, zukunftsbezogenen Strafzweck, wäre zu antworten, dass gerade dies die eigentliche Essenz von Gerechtigkeit verkennt. Wir haben bereits erwähnt, dass Ungleichbehandlung einer Begründung bedarf. Gleichbehandlung hingegen muss, das ergibt sich aus dem Umkehrschluss, nicht begründet werden. Entsprechend bedarf das Streben nach Gerechtigkeit keiner Begründung. Gerechtigkeit ist ein intrinsischer Wert, also ein Wert an sich. Sie misst sich nicht an konkreten Zwecken. Dasselbe muss auch für die Strafe gelten, weil sie sich ja an der Gerechtigkeit und damit am Individuum orientiert, dessen Verhalten auszugleichen ist. Zwecke oder Wirkungen – anders gesagt Prävention – dürfen nicht massgebend sein und sie können es – wie gezeigt – auch gar nicht, ohne dass sie die Gerechtigkeit tangieren und beschädigen.

Wenn wir die Position vertreten, dass Gerechtigkeit *nicht zweckorientiert* ist, bedeutet das nicht, dass die Herstellung von Gerechtigkeit *keine Wirkung* hätte. Eine Gesellschaft, die von ihren Mitgliedern als gerecht empfunden wird, ist stabiler. Solche Wirkungen sind aber nicht Ziel oder Zweck von Gerechtigkeit. Gerechtigkeit benötigt keine Legitimation, entsprechend kann sie aus gesellschaftlicher Stabilisierung auch nicht mehr Legitimation beziehen als sie bereits hat. Solche Wirkungen sind zwar

willkommen, aber sie stellen höchstens – möglicherweise sehr willkommene – Nebenprodukte dar. Wer nach dem Zweck von Gerechtigkeit fragt, delegitimiert sie letztlich ebenso wie derjenige Wahrheit delegitimiert, der nach deren Zweck fragt.

Dieselben Überlegungen nun gelten für die Strafe: Ihre Legitimation liegt in ihrer Gerechtigkeit, nicht in einer angestrebten oder behaupteten (und meist ja ohnehin nur unterstellten) Präventivwirkung. Wäre die Präventivwirkung von Strafe wirklich zentral, dann müsste sie ja empirisch zweifelsfrei belegt sein, weil Strafe ohne solche Wirkung ja schlicht nicht zulässig wäre. Tatsächlich ist sie das aber in keiner Weise. Angesichts des überaus wackeligen empirischen Beweises der Präventivwirkung von Strafe müsste doch die Legitimation von Strafe selbst ebenfalls wackeln. Doch genau dies tut sie nicht. Ihre fraglose Legitimität kann Strafe also nicht aus einer Wirkung beziehen, die empirisch höchst strittig ist. Umgekehrt gilt: Wenn Herstellung von Gerechtigkeit stabilisierend wirkt, so gilt das auch für die gerechtigkeitsbezogene Strafe. Wenn Menschen ein Unrecht widerfährt, so haben sie typischerweise Vergeltungsbedürfnisse.³⁹ Bleibt dieses Bedürfnis nach Vergeltung und Gerechtigkeit unbefriedigt, so mindert das die Kooperationsbereitschaft und führt zu Instabilität von Rechtsordnung und Gesellschaft.⁴⁰ Die Effekte von Gerechtigkeit und Strafe dürfen also keinesfalls mit ihrer Legitimation verwechselt werden.

Anzumerken bleibt, dass nicht nur das Ausbleiben von Strafe, sondern gleichermassen der Einsatz von unfair empfundenen Strafen Kooperation unter Menschen schädigt und damit auch die Stabilität ihrer Gesellschaft.⁴¹ In der Mediengesellschaft findet sich das Gefühl zu harter Stra-

³⁹ WALTER, Vergeltung, 7 ff.; ebenso STRATENWERTH, AT/1⁴, § 2 N 10; s.a. HÖRNLE, Straftheorien, 35 ff.; zu den empirischen Nachweisen des Vergeltungsbedürfnisses und/oder der stabilisierenden Funktion der Strafe bereits DURKHEIM, Arbeitsteilung², 155 ff.; KUHN, Avenir, 19–21; weiter z.B. WALTER, ZIS 2011, 638 ff. mit zahlreichen Hinweisen; POPITZ, Nichtwissen, 123; RODRIGUEZ-SICKERT/GUZMÁN/CÁRDENAS, JEBO 2008, 215 ff.; CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, JPSP 2002, 284 ff.; grundlegend FEHR/GÄCHTER, Nature 2002, 137 ff. (dazu BECKENKAMP, ZIS 2011, 140 f.); FEHR/FISCHBACHER, Nature 2003, 785 ff.; DE QUERVAIN et al., Science 2004, 1254 ff.; KNOCH et al., Psychol. Sci. 2010, 337 ff.; NIGGLI/MAEDER, AJP 2011, 454.

⁴⁰ Vgl. WALTER, ZIS 2011, 636 ff.; zur kontrafaktischen Normstabilisierung grundlegend LUHMANN, Rechtssoziologie³, 40 ff., insbes. 99–106; weiter SPYCHER, Diss., 33; STRATENWERTH, AT/1⁴, § 2 N 10 ff.; NIGGLI/MAEDER, FS-Hurtado Pozo, 313 f.; NIGGLI, Sicherheit, 117 f. Zur Gefahr der Gewalteskalation, wenn dies unterbleibt, vgl. etwa BECKENKAMP, ZIS 2011, 140; NIKIFORAKIS, *J. Public Econ* 2008, 91 ff. zum Zusammenbruch der Kooperation bei der Möglichkeit von «counter-punishment» (also Gegenbestrafung der Erstbestrafer durch die Erstbestraften).

⁴¹ FEHR/ROCKENBACH, Nature 2003, 137–140 m.w.N.; JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, 75.

fen nur selten, v.a. deshalb, weil in der Mediengesellschaft Sicherheitswünsche auf Kosten anderer realisiert werden. Ein Preis, den (sicher oder primär nur) andere bezahlen müssen, scheint kaum je zu hoch.⁴² Anders ist es dagegen v.a. in Bereichen, wo substantielle Bevölkerungsteile davon ausgehen, möglicherweise selbst betroffen zu werden (bspw. Strassenverkehrsdelikte).

Während also Gerechtigkeit als intrinsischer Wert von Zwecken losgelöst – *absolutus* – ist, ist positive Generalprävention, wie jede Präventionstheorie, relativ zu Zwecken, und zwar zu den Zwecken des Kollektivs. Damit unterscheiden sich die beiden Positionen fundamental.

3. Individualorientiert & kollektivistisch: Eine Gegenüberstellung

Wenn wir die vorstehenden Überlegungen zu individualistischen vs. kollektivistischen Straftheorien zusammennehmen und konzentriert darstellen, ergibt sich folgendes Bild:

	Individualorientiert	Kollektivistisch
Straftheorie	absolut	relativ
Kern	Ausgleich	Prävention
Bezugspunkt	Gerechtigkeit	Sicherheit
Legitimation	Schuld	kollektiver Nutzen (Gesellschaftslenkung)
Strafmass	individueller Vorwurf	kollektive Wirkung
Orientierung	Individuum	Kollektiv
Rechtsbereich	Strafrecht	Sicherheits- oder Polizeirecht
Politisch	liberal	sozialistisch

(1) Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass eine Orientierung der Strafe auf Sicherheit (und Prävention) notwendig nicht nur mit Freiheit

⁴² MONA/CONINX, ZStrR 2017, 5 ff.

bezahlt wird, wie immer wieder vorgebracht wird, sondern dass der eigentliche Preis der Sicherheit in Gerechtigkeit besteht. (2) Präventionstheorien weisen allesamt kollektivistischen Charakter auf. Sie orientieren sich immer und notwendig am Kollektiv. Sicherheit meint in allen Varianten immer die Sicherheit der anderen, des Kollektivs. Prävention ist in ihrem Kern also illiberal, sozialistisch und kollektivistisch, insofern, als dass die Gemeinschaft über den Einzelnen gestellt wird, und zwar auch dort, wo diesem Einzelnen kein Vorwurf gemacht werden kann.

In der Gegenüberstellung nicht aufgeführt ist ein Unterschied, den zu erläutern hier nicht der Ort ist, der aber – weil relevant – immerhin erwähnt sein soll, namentlich dass individualorientierte Positionen eher einer jüdisch-katholischen Haltung zugehören, kollektivistische Präventionspositionen dagegen der christlichen Reformation, ganz ausgeprägt dem Puritanismus.⁴³ Zentrales Unterscheidungskriterium ist die Willensfreiheit bzw. die Fähigkeit, das eigene Heil zu beeinflussen. Gehen protestantisch-puritanische Positionen vom Determinismus aus und negieren folgerichtig die Willensfreiheit, so gilt genau das Gegenteil für jüdisch-katholische Positionen.⁴⁴ Der Konnex der Positionen zur Frage der Prävention ergibt sich daraus, dass ich für eine wirksame Prävention die Zukunft kennen oder dies zumindest unterstellen muss.

IV. Kollektivistisches Instrument der Mediengesellschaftssteuerung?

Öffentliche Wahrnehmung wird allgemein ebenso wie in Bezug auf Strafe, Strafrecht und Strafjustiz nahezu ausschliesslich über Medien hergestellt. Die Bevölkerung nimmt nicht Strafrecht, sondern Berichterstattung über Strafrecht wahr. Weil Medien nach Aufmerksamkeit/Nicht-Aufmerksamkeit differenzieren, ist ihre Berichterstattung auf Aussergewöhnliches orientiert. Das führt für das Strafrecht zu den allseits bekannten Verzerrungen, wonach seltene und damit auch schwere Delikte, die eben selten sind, in der medialen Berichterstattung deutlich über-

⁴³ «Die Bestreitung einer W. in Fragen des Heils ist ein zentrales Element des reformatorischen theol. Konsenses», CHRISTOPH MARKSCHIES: Reformation und Neuzeit (Spalte 1570), in RGG.

⁴⁴ RGG, Stichwort Willensfreiheit, darin: CHRISTOPH MARKSCHIES: Reformation und Neuzeit (Spalten 1570-1573) sowie CARLOS FRAENKEL: Judentum (Spalten 1577-1579).

repräsentiert sind. Dieses verzerrte Bild der Kriminalität verstärkt seinerseits die Annahme, die Kriminalität nehme zu und v.a. ihre schweren Formen seien omnipräsent, was Verunsicherung und Verängstigung bestärkt. Diese Prozesse wiederum kommen der Politik zupass, die sich als Verteidigerin fundamentaler, aber bedrohter Werte profilieren kann, was wiederum medial interessant ist und gleichzeitig die Politiker nichts kostet.

Differenzieren Medien nach Aufmerksamkeit/Gleichgültigkeit, dann ist auch evident, dass ein Bericht über eine (scheinbar oder tatsächlich) *unangemessene* Reaktion der Strafverfolgung und Strafjustiz deutlich interessanter sein muss als einer über deren korrekte Arbeit. Entsprechend wird – gerade dort, wo Sicherheit in den Vordergrund gestellt wird – jedes Delikt als Beleg für eine fehlerhafte oder zumindest verbesserungsbedürftige Arbeit der Strafverfolgung erscheinen, quasi als deren «Fehler», weil Sicherheit ja prinzipiell nie ausreichen kann. Das ist bei Terrordelikten leicht verifizierbar, gilt aber ebenso bei der klassischen Kriminalität: Berichte über korrekte Verfolgung und angemessene Strafen werden seltener sein, als solche über unangemessen scheinende. Entsprechend werden sich häufiger Berichte über zu milde oder zu scharfe Strafen finden. Umgekehrt wird jeder Terroranschlag Beleg dafür bieten, dass Geheimdienste und Strafverfolgung (immer) noch zu wenig kontrollieren, (immer) noch ungenügend ausgestattet sind. Jeder gelungene Anschlag wird unmittelbar als Fehler der Prävention erscheinen.

Zieht man das Vorstehende zusammen (1. positive Generalprävention kennt kein Kriterium der Beschränkung von Strafbedürfnissen; 2. Bevölkerung nimmt Kriminalität und Strafrecht über die Medien wahr; 3. Mediale Berichterstattung richtet sich nach Aufmerksamkeit), so ergibt sich zwanglos, dass die ausgefallten Strafen und Strafmasse grundsätzlich *immer als ungenügend erscheinen müssen, und zwar egal, wie hoch sie sind*. Alles andere wäre angesichts der Vorgaben unlogisch und widersinnig. Die Theorie der positiven Generalprävention hat diesem totalen (eigentlich recht krebsartigen) Wuchern des Strafrechts nichts Begrenzendes anzubieten oder entgegenzusetzen, sondern ermöglicht vielmehr eine infinite Strafverschärfung, interessanterweise ohne gleichzeitig in der Lage zu sein, irgendeine (geschweige denn die erhoffte) Stabilisierungsleistung erbringen zu können. Denn in der Mediengesellschaft ist es nie «genug», gibt es kein «genug»: die nächste Ausgabe muss verkauft, die nächsten Klicks und Likes müssen generiert werden. Es wird immer weiter über angeblich unzulängliche Strafen, zu milde Richter oder die «Abzockerei»

an «gewöhnlichen» Autofahrern berichtet werden, bis diese Themen keine Aufmerksamkeit mehr generieren. Beruhigendes, Stabilisierendes ist langweilig. Es existiert deshalb medial nicht und wird nicht existieren, weil es keine Klicks generiert, das tun höchstens Katzen- oder Babybilder, mittels welcher das eigene Bedürfnis nach Gefühl und das Selbstbild als empathischer Mensch stabilisiert werden. Strafe als Gesellschaftssteuerungsinstrument muss deshalb in der Mediengesellschaft versagen. Präventionstheorien sind deshalb zum Scheitern verurteilt: Sie sind wie ein Kuchenwettessen, dessen Preis in einem Kuchen besteht.

Literaturverzeichnis

- MARTIN BECKENKAMP, Vertrauen, Sanktionen und Anreize aus spieltheoretisch-psychologischer Perspektive, ZIS 2011, 137–142 (zit. Beckenkamp, ZIS 2011)
- KEVIN M. CARLSMITH/JOHN M. DARLEY/PAUL H. ROBINSON, Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment, *Journal of Personality and Social Psychology* 83 (2002), 284-299 (zit. Carlsmith/Darley/Robinson, JPSP 2002)
- DOMINIQUE J.-F. DE QUERVAIN et al., The Neural Basis of Altruistic Punishment, *Science* 2004, 1254–1258 (zit. de Quervain et al., *Science* 2004)
- ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, *Verbrechenslehre*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Donatsch/Tag, I⁹)
- EMILE DURKHEIM, Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1988 (zit. Durkheim, *Arbeitsteilung*²)
- EJPD, Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, Vorentwurf und erläuternder Bericht, abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/terrorismus-europarat/vn-ber-d.pdf> (6.7.2017) (zit. EJPD, Bericht)
- ERNST FEHR/URS FISCHBACHER, The nature of human altruism, *Nature* 2003, 785–791 (zit. Fehr/Fischbacher, *Nature* 2003)

- ERNST FEHR/SIMON GÄCHTER, Altruistic punishment in humans, *Nature* 2002, 137–140 (zit. Fehr/Gächter, *Nature* 2002)
- ERNST FEHR/BETTINA ROCKENBACH, Detrimental effects of sanctions on human altruism, *Nature* 2003, 137–140 (zit. Fehr/Rockenbach, *Nature* 2003)
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHEER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Häfelin/Haller/Keller/Thurnheer, *Bundesstaatsrecht*⁹)
- ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, *Verwaltungsrecht*⁷)
- BYUNG-CHUL HAN, *Psychopolitik. Neoliberalismus und die neuen Machttechniken*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2014 (zit. Han, *Psychopolitik*)
- TATJANA HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen 2011 (zit. Hörnle, *Straftheorien*)
- GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Studienausgabe, 2. Aufl., Berlin/New York 1993 (zit. Jakobs, *AT*²)
- GÜNTHER JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004 (zit. Jakobs, *Strafe*)
- HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996 (zit. Jescheck/Weigend, *AT*⁵)
- IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe Bd. VI (zit. Kant, *Metaphysik der Sitten*)
- URS KINDHÄUSER/ULFRIED NEUMANN/HANS-ULLRICH PAEFFGEN (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, NomosKommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. NK StGB⁴-Bearbeiter)
- DARIA KNOCH et al., A Neural Marker of Costly Punishment Behavior, *Psychological Science* 2010, 337–342 (zit. Knoch et al., *Psychol. Sci.* 2010)
- ANDRÉ KUHN, *Quel avenir pour la justice pénale?*, Charmey 2012 (zit. Kuhn, *Avenir*)
- NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987 (zit. Luhmann, *Rechtssoziologie*³)
- MATTHIAS MAHLMANN, *Konkrete Gerechtigkeit*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. Mahlmann, *Konkrete Gerechtigkeit*)

- ODO MARQUARD, Zeitalter der Weltfremdheit? in: Apologie des Zufälligen, Stuttgart: Reclam 1986, 76 ff. (zit. Marquard, Weltfremdheit)
- CHRISTINE MELTZER: Medienwirkung trotz Erfahrung, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2017 (zit. Meltzer, Medienwirkung)
- MARTINO MONA/ANNA CONINX, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, ZStrR 2017, 1–16 (zit. Mona/Coninx, ZStrR 2017)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Ultima ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts, ZStrR 1993, 236-263 (zit. Niggli, ZStrR 1993)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Mehr innere Sicherheit durch Strafjustiz und Strafvollzug? Theorien zur Begründung und zum Vollzug der Strafe, ihr empirischer Beleg und die metaphysischen Wurzeln des Strafrechts, in: Stefan Bauhofer/Pierre-Henri Bolle (Hrsg.), Innere Sicherheit – Innere Unsicherheit? Kriminologische Aspekte, Chur/Zürich 1995, 89–130 (zit. Niggli, Sicherheit)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: Forum Strafverteidigung et al. (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn, 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich, 14./15. Juni 2013, Wien 2014, 13–51 (zit. Niggli, Abkehr)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443-455 (zit. Niggli/Maeder, AJP 2011)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Philosophie des Schweizerischen Strafvollzugs – Eine Success-Story unter politischem Druck, in: Nicolas Queloz et al. (Hrsg.), Druck der Öffentlichkeit auf die Gefängnisse: Sicherheit um jeden Preis?, Bern 2011, 173-208 (zit. Niggli/Maeder, Philosophie)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Die funktionale Stellung der Schuld in absoluten und relativen Straftheorien, in: Nicolas Queloz/Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo (Hrsg.), Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Genève/Zürich/Bâle 2012, 297–314 (zit. Niggli/Maeder, FS-Hurtado Pozo)

- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Sicherheit als Ziel des Strafrechts? in: Benjamin F. Brägger/Silvia Steiner/Joëlle Vuille (Hrsg.), *Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?*, Bern 2012, 3–33 (zit. Niggli/Maeder, Sicherheit)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Punishment and Security, *Asian Journal of Criminology*, Vol. 9, Issue 3 (2014), 189-203 (zit. Niggli/Maeder, AJOC 2014)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Was unterscheidet Haftpflichtrecht von Strafrecht? in: Anna Böhme et al. (Hrsg.), *Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2016, 379–397 (zit. Niggli/Maeder, FS-Fischer)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/THOMAS PROBST/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), *Strassenverkehrsgesetz, Basler Kommentar*, Basel 2014 (zit. BSK SVG-Bearbeiter)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Strafrecht, Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB³-Bearbeiter)
- NIKOS NIKIFORAKIS, Punishment and counter-punishment in public good games: Can we really govern ourselves?, *Journal of Public Economics* 2008, 91–112 (zit. Nikiforakis, J. Public Econ. 2008)
- MARTHA NUSSBAUM, *Political emotions: Why love matters for justice*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press 2013 (zit. Nussbaum, Political emotions)
- HEINRICH POPITZ, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Dunkelziffer, Norm und Strafe, in: David Gugerli et al. (Hrsg.), *Nicht-Wissen*, Zürich 2009 [1968], 123–143 (zit. Popitz, Nichtwissen)
- GUSTAV RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *GRGA*, Bd. 3, Rechtsphilosophie III, 83 ff. (zit. Radbruch, Gesetzliches Unrecht)
- RELIGION IN GESCHICHTE UND GEGENWART, 4. Auflage, Tübingen 2005, Bd. 6: Stichwort Willensfreiheit, Spalten 1567-1581 (zit. RGG)
- CARLOS RODRIGUEZ-SICKERT/RICARDO ANDRÉS GUZMÁN/JUAN CAMILO CÁRDENAS, Institutions influence preferences: Evidence from a common pool resource experiment, *Journal of Economic Behavior & Organization* 2008, 215–227 (zit. Rodriguez-Sickert/Guzmán/Cárdenas, JEBO 2008)

- HANS SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band, Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. Aufl., Bern 1982 (zit. Schultz, AT/1⁴)
- KURT SEELMANN/CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016 (zit. Seelmann/Geth, AT⁶)
- DANIEL SPYCHER, Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe, Von der Notwendigkeit des Vergeltungsgedankens in einem präventionsorientierten Strafrecht, Diss. BE, Taunusstein 2013 (zit. Spycher, Diss.)
- GÜNTER STRATENWERTH, Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, ZStrR 1963, 233 ff. (zit. Stratenwerth, ZStrR 1963)
- GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. Stratenwerth, AT/1⁴)
- STEFAN TRECHSEL/MARK PIETH (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. PK StGB²-Bearbeiter)
- TONIO WALTER, Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips, Baden-Baden 2016 (zit. Walter, Vergeltung)
- TONIO WALTER, Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, ZIS 2011, 636–647 (zit. Walter, ZIS 2011)

