

Laurent Moreillon/Mathilde von Wurstemberger
**La reconnaissance mutuelle des décisions pénales
et le principe *ne bis in idem***

Caroline Schär
**Die Beschränkung von Teilnahmerechten
und deren strafprozessuale Folgen**

Joëlle Vuille/André Kuhn
**L'expertise culturelle : une nécessité dans
une procédure pénale moderne ?**

Monika Simmler/Regina Weder
Zum Sinn und Unsinn von Mindeststrafen

Saverio Lembo/Tali Paschoud
**La désignation du représentant de l'entreprise
poursuivie pénalement (art. 112 CPP) :
morceaux choisis**



Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

St. Trechsel, Prof., Bern – R. Roth, Prof., Genève – A. Donatsch, em. Prof., Unterengstringen – P.-H. Bolle, Prof., Neuchâtel – K.-L. Kunz, Prof., Bern – M. Pieth, Prof., Basel – F. Riklin, Prof., Freiburg – J.-B. Ackermann, Prof., Luzern – L. Moreillon, Prof., Lausanne – H. Vest, Prof., Bern – A. Kuhn, Prof., Neuchâtel – M. A. Niggli, Prof., Freiburg – W. Wohlers, Prof., Basel – U. Cassani, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. Ursula Cassani, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. Wolfgang Wohlers, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – B. Bouloc, Prof., Paris – R. Moos, Prof., Linz – Dr. M. Rutz, a. Obergerichtsschreiberin, Liestal – M. Schubarth, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – F. Sgubbi, Prof., Bologna – M.-A. Beernaert, Prof., Louvain – W. Perron, Prof., Freiburg i. Br.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 194.– Ausland Fr. 209.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 174.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.
Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Monika Simmler, St. Gallen
Regina Weder, St. Gallen

Zum Sinn und Unsinn von Mindeststrafen

Ein Kommentar zur aktuellen Revision der Strafrahmen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die aktuelle Revision: Mindeststrafen im Vormarsch
- III. Mindeststrafen: Ein Balanceakt?
 - 1. Strafrahmen und richterliches Ermessen
 - 2. Hatte Montesquieu Recht? – von der *peine fixe* zum Strafrahmen
 - 3. Argumente aus den USA: fixe Straftarife und Mandatory Minimums
 - 4. Synthese: zwischen Legalitätsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit
- IV. Mindeststrafen: Ein taugliches Instrument?
 - 1. Abschreckung und Normstabilität
 - 2. Festlegung der schuldangemessenen Strafe
- V. Mindeststrafen: Eine Verschiebung des richterlichen Ermessens?
 - 1. Verschiebung in die Auslegung der Tatbestände
 - 2. Verschiebung in die Auslegung des Sanktionenrechts
- VI. Résumé

I. Einleitung

Im April 2018 legte der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zur «Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht» vor.¹ Die relativ weitläufige Revisionsvorlage umfasst verschiedene Elemente, die auf Anhieb wenig miteinander zu tun haben: Vereinheitlichung der Strafrahmen, Nachbesserungen als Folge der letzten AT-Revision, geschlechtergerechte Formulierungen. Dazu kommen materielle Änderungen, insbesondere im Sexualstrafrecht. Der Vorschlag hat denn auch – insbesondere aufgrund seiner Diversität – bereits einiges an Kritik auf den Plan gerufen.²

¹ BBl 2018 2827 ff.

² Siehe z. B. M. Seelmann/H. Wiprächtiger, *Ausgekuschelt!?, Der Drang zu härteren Strafen und der Grundsatz des individuellen Verschuldens*, AJP 2018, 734 ff.; N. Oberholzer, *Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts*, in: *Strafen ohne Augenmass, Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz*, hrsg. von F. Riklin, Bern 2016, 25 ff.; M. A. Niggli/S. Maeder, *Strafjustiz in der Mediengesellschaft – die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen*, in: *«Toujours agité – jamais abattu»*, Festschrift für Hans Wiprächtiger, hrsg. von M. Heer/S. Heimgartner/M. A. Niggli/M. Thommen, Basel 2011, 411 ff.

Eines der erkennbaren Kernanliegen dieser «Harmonisierungsbestrebung» ist die vermehrte Einführung von Mindeststrafen bzw. die Erhöhung bereits bestehender Strafraumenuntergrenzen. So will der Bundesrat im Bereich der gewerbmässig begangenen Vermögensdelikte, der schweren Körperverletzung, mehrerer Sexualdelikte sowie bei einigen weiteren Delikten neuerdings Mindeststrafen vorsehen oder bestehende erhöhen.³ Die Botschaft entspricht somit der in den letzten Jahren beobachtbaren rechtspolitischen Tendenz, vermehrt Mindeststrafen zu fordern und die Strafraumen damit zu «entflexibilisieren».⁴

Die aktuell vorgeschlagenen Anpassungen des StGB werden als «Disziplinierung der Justiz zwecks Verschärfung der Strafen»⁵ oder als eine «unnötige Lust auf mehr Strafe»⁶ im Rahmen des «Antikuschelaktionismus»⁷ kritisiert. Auf der anderen Seite wird propagiert, die vermehrte Einführung von Mindeststrafen würde Gewalttaten verhindern, da diese «durch ein klares und spürbares Eingreifen» deutlich mache, dass in gewissen Fällen mit «unmittelbar spürbaren Sanktionen zu rechnen» sei.⁸ Die Absender selbst bezeichnen die Vorlage als notwendig, um «Glaubwürdigkeit» und «präventiver Wirkungskraft» des Strafrechts zum Durchbruch zu verhelfen.⁹ Mindeststrafen seien ein Weg, den «erhöhten Unrechtsgehalt»¹⁰ gewisser Delikte zum Ausdruck zu bringen. Für Kritiker führen sie hingegen allem voran zu einer untauglichen «Einschränkung des richterlichen Ermessens».¹¹

Wie diese Argumente bereits erahnen lassen, hat die Debatte um Mindeststrafen und um Strafraumen im Allgemeinen eine lange Tradition. Es handelt sich dabei in der Tat um einen stetigen Balanceakt: Sind Richterinnen nur «*la bouche qui prononce les paroles de la loi de la Nation*», wie es noch bei Montesquieu hiess,¹² und klar definierte Strafraumen deshalb unproblematisch? Oder ist der aktuelle Trend Ausdruck einer ausufernd punitiven Kriminalpolitik, die nicht nur Gefah-

3 Siehe die Übersicht in Kapitel II.

4 Siehe z. B. die Wortlaute der parlamentarischen Vorstösse Motion 09.3418; Motion 12.4072 oder Motion 16.3546. Ein Gegenbeispiel findet sich im politischen Wankelmut bzgl. der Bestrafung von «Rasern». Dort wurde die Strafnorm für gewisse Täterkreise wieder gelockert, da man sich eingestand, über das Ziel hinausgeschossen zu sein, siehe Motion 17.3632.

5 Oberholzer (Fn. 2), 39.

6 H. Wiprächtiger, Revisionen des Strafgesetzbuches – (insbesondere des Sanktionenrechts) Unnötig, unwirksam, unübersichtlich, Anwaltsrevue 2014, 477 ff., 482.

7 Seelmann/Wiprächtiger (Fn. 2), 734 und 746.

8 Siehe z. B. Motion 10.3434.

9 BBl 2018 2827, 2829.

10 BBl 2018 2827, 2876.

11 So z. B. Seelmann/Wiprächtiger (Fn. 2), 744.

12 M. Killias/N. Markwalder/A. Kuhn/N. Dongois, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. Aufl., Bern 2017, 1204 und Fn. 3 mit Verweis auf diese berühmten Worte von Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre IX, Chap. 6.

ren für verschiedene Rechtsprinzipien – allem voran für das Schuldprinzip – beinhaltet, sondern auch ein Schritt Richtung «Überkriminalisierung» bedeuten kann?

Um diese Fragen zu beantworten, ist es notwendig, die Revisionsvorlage einer adäquaten wissenschaftlichen Einordnung zu unterziehen. Dieser Aufgabe nimmt sich der vorliegende Beitrag an. Nach einem summarischen Blick auf die Vorschläge (II.) soll die Problematik der Mindeststrafen zunächst rechtstheoretisch, historisch und rechtsvergleichend eingeordnet werden (III.). In der Folge werden Argumente, mit denen Mindeststrafen begründet bzw. bekämpft werden, genauer untersucht, um beurteilen zu können, inwiefern es sich dabei um ein taugliches Instrument handelt (IV.). Ebenso wird mit Blick auf die praktischen Konsequenzen dargelegt, weshalb derartige Strafraumenuntergrenzen mit hoher Wahrscheinlichkeit mehr zu einer Verschiebung als zu einer tatsächlichen Verdrängung des richterlichen Ermessens führen dürften (V.). Das ist primär darauf zurückzuführen, dass – wie in diesem Artikel näher ausgeführt wird – die Strafzumessung stets bemüht sein wird, *funktionale* Strafen auszusprechen, die im Einklang mit dem Schuldprinzip und damit mit der *ordentlichen* Funktionsweise des Strafrechts stehen. Entsprechend schliesst der Beitrag mit einem Plädoyer dafür, in der aktuellen kriminalpolitischen Auseinandersetzung die grundlegende gesellschaftliche Aufgabe des Strafrechts nicht aus den Augen zu verlieren (VI.).

II. Die aktuelle Revision: Mindeststrafen im Vormarsch

Auch wenn die Titelsezung der Botschaft einen anderen Anschein erwecken mag, ist die politische Zielrichtung der aktuellen Revisionsbestrebung, die einen «Beitrag zur Stärkung des Strafrechts bzw. zur Prävention der Kriminalität» darstellen soll,¹³ klar: Es sollen härtere Strafen verhängt und das richterliche Ermessen reduziert werden.¹⁴ Dies zeigt sich bereits bei einem summarischen Blick auf die Vorschläge betreffend die «Harmonisierung der Strafraumen»:

- Im Bereich der Vermögensdelikte wird die Mindeststrafe für gewerbsmäßig begangene Delikte auf sechs Monate Freiheitsstrafe vereinheitlicht.¹⁵
- Bei den Delikten gegen Leib und Leben werden bei der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) und bei der Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 124 StGB) die Mindeststrafen von einer Geldstrafe à 180 Tagessätze auf ein Jahr bzw. auf sechs Monate Freiheitsstrafe erhöht.

13 BBl 2018 2827, 2829.

14 So auch Oberholzer (Fn. 2), 37.

15 Dies führt teils zu einer Erhöhung, teils zu einer Senkung der Mindeststrafe und zu Änderungen der Art. 139 Ziff. 2, Art. 144^{bis} Ziff. 2, Art. 146 Abs. 2, Art. 147 Abs. 2, Art. 148 Abs. 2, Art. 156 Ziff. 2, Art. 157 Ziff. 2 und Art. 160 Ziff. 2 StGB.

- Bei den Sexualdelikten sollen bei allen Vergehen mit Ausnahme des Art. 194 (Exhibitionismus) sowie Art. 197 (Pornografie) zukünftig keine Geldstrafen mehr, sondern ausschliesslich Freiheitsstrafen ausgesprochen werden können, was strafartbedingt zu einer Mindeststrafe von drei Tagen Freiheitsstrafe führte.¹⁶ Begründet wird dies mit Verweis auf die AT-Revision von 2015, bei der festgehalten worden sei, dass die Sanktionierung derartiger Taten mit einer Geldstrafe den Opferanliegen im Strafrecht nicht angemessen Rechnung getragen würde.¹⁷
- Bei sexuellen Handlungen mit Kindern unter zwölf Jahren (Art. 187 Ziff. 1–1^{ter} sowie Ziff. 4 StGB) soll aufgrund deren besonderer Schutzbedürftigkeit eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe gelten. Vorbehalten bliebe, dass bei «leichten Fällen» auf bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe entschieden werden kann.¹⁸
- Bei der Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB) soll die Mindeststrafe von einem auf zwei Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden. Das sei gemäss Bundesrat nötig, um den «erhöhten Unrechtsgehalt» einer Vergewaltigung besser zum Ausdruck zu bringen.¹⁹ Auch bei der Schändung (Art. 191 StGB) soll bei gewissen Tatbestandsvarianten eine Mindeststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen werden.²⁰
- Ferner wird vorgeschlagen, bei Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art. 285 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) sowie bei der Befreiung von Gefangenen (Art. 310 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) die im Minimum auszusprechende Geldstrafe bei den qualifizierten Formen von 30 Tagessätzen auf 120 bzw. 90 Tagessätze zu erhöhen.

Wie bereits diese summarische Auflistung verdeutlicht, zeigt sich in der Vorlage eine allgemeine Tendenz zur vermehrten Einführung von Mindeststrafen bzw. zu deren signifikanten Erhöhung. Neben diesem im vorliegenden Beitrag adressierten Revisionsgehalt soll der Anlauf jedoch auch dazu genutzt werden, weitere Änderungen vorzunehmen: So werden vereinzelt Tatbestände verändert²¹ oder aufgehoben²² und Unterschiede, die zwischen dem Strafgesetzbuch und dem Nebenstrafrecht bezüglich Strafraumen oder Rechtspflegedelikten bestehen, harmo-

16 Siehe BBl 2018 2827, 2869 i. V. m. Art. 40 Abs. 1 StGB.

17 BBl 2018 2827, 2870.

18 Ebd.

19 Ebd., 2876.

20 Ebd.

21 So wird beispielsweise der Vergewaltigungstatbestand geschlechtsneutral gefasst und auf «beischlafsähnliche Handlungen» ausgedehnt. Im Gegenzug werden diese bei der sexuellen Nötigung gestrichen.

22 Z. B. Art. 275^{bis}, Art. 275^{ter} und Art. 330 StGB.

nisiert.²³ Nicht zuletzt werden sprachliche Änderungen vorgenommen, beispielsweise die systematische Ersetzung des Ausdrucks «Richter» durch «Gericht», und damit geschlechtsneutrale Formulierungen präferiert.²⁴

III. Mindeststrafen: Ein Balanceakt?

1. Strafraumen und richterliches Ermessen

Strafraumen pointieren von jeher das Seilziehen rund um das Zusammenspiel von Legislative und Judikative im demokratischen Rechtsstaat. Bei der Debatte rund um Strafraumen und um die Strafzumessung im Allgemeinen handelt es sich deshalb per se um eine heikle Angelegenheit, die es zunächst in ihrer rechtstheoretischen, sodann aber auch in ihrer historischen (III.2.) und komparativen (III.3) Dimension zu betrachten lohnt.

Die Strafzumessung als eigentliches «Kerngeschäft» der Strafbehörden findet sich verschiedensten Ansprüchen ausgesetzt. Entsprechend ist auch deren gesetzliche Regelung generell von grosser Offenheit geprägt. Die vorgegebenen Strafraumen sind weit gefasst und die Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe höchst auslegungsbedürftig.²⁵ Sodann sind auch bei der Strafzumessung innerhalb des Strafraumens eine Vielzahl an Gesichtspunkten zu berücksichtigen.²⁶ Gerade aufgrund der Variabilität der Einflussfaktoren und der Schwierigkeit, deren Relevanz abstrakt zu definieren, ist die Strafzumessung als Akt des rechtlich gebundenen Ermessens im Regelfall an das Gericht delegiert.²⁷ Dabei soll die «richtige Straf-

23 BBl 2018 2827, 2844.

24 Ebd., 2845.

25 So verweist das Bundesgericht z. B. im Rahmen der Auslegung des Begriffs der «achtenswerten Beweggründe» nach Art. 48 StGB darauf, dass die Auffassung der Richterin massgebend sei, diese jedoch «die Grundsätze der Ethik zu befolgen hat und das öffentliche Gewissen vertritt» (BGE 97 IV 80).

26 Vgl. z. B. Killias/Markwalder/Kuhn/Dongois (Fn. 12), 1212, wonach zur Bestimmung der Strafe innerhalb des Strafraumens jede Erwägung zulässig sei, «die sich auf ethische Grundprinzipien der Gesellschaft zurückführen lässt»; siehe dazu auch ausführlich L. Parein, La fixation de la peine, De l'homme coupable à l'homme capable, Diss. Université de Lausanne, Basel 2010, 131 ff. Es gilt dabei zu beachten, dass nicht nur schuldrelevante Faktoren, sondern insbesondere auch spezialpräventive Überlegungen eine Rolle spielen können; siehe etwa A. Kuhn/J. Vuille, La justice pénale, Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Lausanne 2010, 78; J. Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie générale, Zürich 2008, 1522.

27 Vgl. H. Wiprächtiger/S. Keller, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 47 N 13; N. Queloz/V. Humbert, in: Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, hrsg. von R. Roth/L. Moreillon, Basel 2009, Art. 47 N 2. Zum Ermessen, das die «Bewältigung des gesellschaftlichen Problems» den Gerichten und Behörden auferlegt, allgemein auch E. A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016.

zumessung» im Sinne der *Billigkeit* zu einer verhältnismässigen Strafe führen, im Sinne der *Rechtssicherheit* ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten sowie im Sinne der *Legitimation durch Verfahren* hinreichend sachlich begründet und damit überprüfbar sein.²⁸

Gemäss Botschaft müsse die Strafandrohung selbst wiederum «dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts entsprechen».²⁹ In der Tat kommt Strafrahen primär der Zweck zu, die in der Gesellschaft vorherrschenden Normen widerzuspiegeln. Es kann auch kaum geleugnet werden, dass diese Wertvorstellungen sich im Laufe der Zeit verändern können. Das Strafrecht als «moralisches Bewusstsein der Nation»³⁰ – um es in *Durkheims* pathetisch anmutenden Worten zu sagen – muss dem Rechnung tragen. Strafrahendiskussionen haben deshalb ihren berechtigten Platz. Genau wie die Frage, welche Normen überhaupt vom Strafrecht zu schützen sind, ist allerdings auch der «Wert des Rechtsguts» bzw. die «Bedeutung der zu schützenden Norm für das Gesellschaftssystem» äusserst gesellschaftsrelativ und entsprechend kaum eindeutig feststellbar.³¹

Es liegt in der Natur der Strafzumessung, dass es der RichterIn nicht erspart bleibt, in eigenständiger Wertung die im Gesetz zum Ausdruck kommenden Leitplanken auf den Einzelfall anzuwenden.³² Dieses offene normative Programm mag angesichts des sonst so strengen Legalitätsprinzips im Strafrecht systemfremd anmuten, wird in der Doktrin jedoch mehrheitlich als unvermeidlich anerkannt. So bezeichnete bereits *Hafer* die vollständige Rechtsbindung des Richters im Bereich der Strafzumessung als unmöglich: Herrschen müsse «das individualisierende freie Ermessen», damit der Richter im Einzelfall die auch vom Gesetzgeber angestrebte Proportionalität von Verbrechen, Schuld und Strafe realisieren könne.³³ Das Ermessen sei deshalb als «Bedürfnis» zu identifizieren, «das sich nicht ohne schwere Nachteile verdrängen» lasse.³⁴ Allerdings ist das sehr umfangreiche richterliche Ermessen im Bereich der Festlegung des Strafmasses in der Strafrechtswissenschaft

28 S. Trechsel/H. Affolter-Eijsten, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., hrsg. von S. Trechsel/M. Pieth, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 47 N 3; Oberholzer (Fn. 2), 30; siehe auch Seelmann/Wiprächtiger (Fn. 2), 735; gerade deshalb ist die Suche nach der gerechten Strafe auch eine «question de méthode»; siehe CR CP I-Queloz/Humbert (Fn. 27).

29 BBl 2018 2827, 2829.

30 E. Durkheim, Über soziale Arbeitsteilung, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2012, 118.

31 So schon M. Simmler, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, Eine Analyse der Funktion und Variabilität der strafrechtlichen Schuld am Beispiel der Strict Liability, Berlin/Bern 2018, 244.

32 Richterliches Urteilen sei daher auch immer ein selbstständiger schöpferischer Akt: So P. Albrecht, Probleme der Strafgerechtigkeit aus der Sicht des Richters, ZStrR 2006, 68, 73.

33 E. Hafer, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1926, 345.

34 So Killias/Markwalder/Kuhn/Dongois (Fn. 12), 1208.

auch nicht selten Gegenstand von Kritik.³⁵ Unter anderem besteht die Besorgnis, dass es sich mangels quantitativer Kriterien rationaler Kontrolle entziehe und somit zu einer rechtsungleichen Behandlung, ja letztlich zur Willkür führe.³⁶ Diese Bedenken rühren mitunter daher, dass sich die Strafpraxis oft nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern auch von Gericht zu Gericht massgeblich unterscheiden kann.³⁷

Die vermehrte Einführung von Mindeststrafen kann als einer der Wege gelten, dem freien Ermessen Grenzen zu setzen. Mittels Festschreiben einer Untergrenze nimmt der Gesetzgeber in generell-abstrakter Weise Einfluss auf die Strafzumessung. Nicht nur die Pönalisierung mittels Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens selbst, sondern auch das minimale Strafmass wird festgesetzt. Damit wird das Ermessen bereits legislatorisch eingeschränkt, was gemäss Botschaft erlaube, dass das Strafrecht «konsequent und rechtgleich durchgesetzt» werde.³⁸ Diese Bindung der Gerichte fordert aber einen hohen Preis: Sie «beisst» sich mit dem Diktum der individuellen Tatschuld, die sich – so die Gegenposition – nicht extern vordefinieren und quantifizieren lasse, sondern der Würdigung des Einzelfalls bedürfe.³⁹

In diesen Zeilen zeigt sich bereits der rechtsstaatliche Balanceakt, in dem sich sowohl die aktuelle Revision als auch die generelle wissenschaftliche Debatte rund um den Sinn und Unsinn von Mindeststrafen wiederfinden. So verlangen einerseits Legalitätsprinzip, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit eine möglichst präzise Normierung und Bestimmtheit der Kriterien, die zu einer Strafe führen. Andererseits kann nur dann Einzelfallgerechtigkeit – und diese Forderung ist eben

35 Siehe dazu z. B. H. Dubs, Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Basel und vom Basler Juristenverein, Basel 1963, 9 ff., der die Möglichkeit einer rationaleren Strafzumessung prüft; ferner auch G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 N 5; H. Kiener, Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 2007, 351, insb. 357; immerhin wurden mit der Revision von 2002, bei der die Kriterien von Art. 47 Abs. 2 StGB eingeführt wurden, klarere Leitlinien bei der Strafzumessung i. e. S. geschaffen; dazu C. Pignat, La fixation de la peine avant et après la révision de 2002, in: Droit des sanctions, De l'ancien au nouveau droit, hrsg. von A. Kuhn/L. Moreillon, B. Viredaz/A. Willi-Jayez, Bern 2004, 11 ff., 35.

36 Stratenwerth (Fn. 35), § 5 N 4; Dubs (Fn. 35), 11. Vgl. zur richterlichen Eigenständigkeit in der Handhabung des Gesetzes ferner P. Albrecht, Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, ZStrR 1991, 45, 51 ff.; Allerdings wiederum kritisch unter Bezugnahme auf die Gefahr einer unangemessenen Schematisierung, derselbe (Fn. 32), 78 f.

37 Vgl. Stratenwerth (Fn. 35), § 5 N 4; Albrecht (Fn. 32), 75 f.

38 BBl 2018 2827, 2829.

39 Oberholzer (Fn. 2), 30 f. und 34; vgl. Albrecht (Fn. 32), 68 ff.

auch Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips –⁴⁰ hergestellt werden, wenn genügend Ermessen verbleibt, um eine schuldadäquate Strafe zuzumessen.

2. Hatte Montesquieu Recht? – von der *peine fixe* zum Strafrahmen

Der beschriebene Balanceakt zwischen dem Bedürfnis nach klaren Strafтарifen und demjenigen nach Einzelfallwürdigung im Rahmen des richterlichen Ermessens ist nicht neu. Die Geschichte der «Mindeststrafen-Debatte» führt bis in die Zeit der Kodifikationsbestrebungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts zurück, die das morsch gewordene Gemeinrecht sowie das Strafrecht des *Ancien Régime* abzulösen versuchten. Im Zentrum dieser Bewegung stand die vom aufklärerischen Geiste *Montesquieus*, *Rousseaus* und *Beccarias* geprägte Kritik⁴¹ an der von der Willkür des Richteradels, der extremen Brutalität der Strafen sowie von der Ungleichbehandlung der Stände geprägten Strafjustiz des *Ancien Régime*.⁴² Besonders scharf bemängelt wurde die Ungleichheit der gesetzlichen Strafen, die gewisse Täterkreise privilegierten, die bürgerlich-bäuerlichen Untertanen hingegen «mit un-nachsichtiger Rigorosität» trafen.⁴³ Dies resultierte in der Forderung der Strafrechtsbestimmtheit (sog. *légalité des délits et des peines*), in der dem Richter gemäss *Montesquieu*, wie bereits eingangs erwähnt, nur noch die Rolle der «*bouche qui prononce les paroles de la loi de la Nation*»⁴⁴ zukommen sollte.

Dieses revolutionäre Programm schlug sich in der ersten Strafrechtskodifikation nach dem Bruch mit dem *Ancien Régime* nieder: Der *Code pénal* von 1791 war dem Ideal einer vollständigen Kodifikation verpflichtet, die ein strenges Lega-

40 Siehe zum Verhältnis von Legalitätsprinzip (Rechtsstaat im formellen Sinne) und Einzelfallgerechtigkeit (Rechtsstaat im materiellen Sinne) im Allgemeinen auch B. Schindler, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, hrsg. von E. Ehrenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 5 N 29; für die Strafzumessung im Besonderen Killias/Markwalder/Kuhn/Dongois (Fn. 12), 1208.

41 Vgl. Killias/Markwalder/Kuhn/Dongois (Fn. 12), 1204; M. Alkalay, Das materielle Strafrecht der Französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der helvetischen Republik (Diss. Zürich), Zürich 1983, 19 ff.; U. Müssig, Die französischen Strafrechtskodifikationen 1808/1810, in: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, hrsg. von A. Koch/M. Kubiciel/M. Löhnig/M. Pawlik, Tübingen 2014, 95, 95 ff.

42 Müssig (Fn. 41), 95.

43 H. Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl., München 2017, Kap. 10 N 63. Siehe weiterführend auch A. Koch, Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813, in Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik (Fn. 41), 39, 43 f.

44 Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre XI, Chap. 6.

litätsprinzip verwirklichen sollte.⁴⁵ Es galt, das richterliche Ermessen, das mit Willkür gleichgesetzt und als «Ursache allen Übels» betrachtet wurde, auszuschalten.⁴⁶ Der Staat sollte gemäss dem vernunftrechtlichen Verständnis auf vollständigen und lückenlosen Gesetzen basieren und wie ein Uhrwerk funktionieren.⁴⁷ In diesem war der Richter auf eine rein mechanische Komponente reduziert. Die Auslegung oder Kommentierung von Gesetzen war ihm untersagt.⁴⁸

Die Statuierung der *peines fixes* im *Code pénal* von 1791 brachte in der Folge erhebliche Schwierigkeiten mit sich. So sah sich der Gesetzgeber mit dem Unterfangen befasst, alle etwaigen Konstellationen von Einzelfällen vorherzusehen und entsprechend abgestufte Strafen zu bestimmen.⁴⁹ Dies beraubte den Rechtsanwender jeglicher Individualisierungsmöglichkeit und führte zu unbefriedigenden Ergebnissen. «Aus dem Bedürfnis heraus, den Bürger vor richterlicher Willkür zu schützen», setzte man «die gleiche Verantwortlichkeit für alle das gleiche Delikt begleitenden Gesetzesbrecher voraus.»⁵⁰ Da dies jedoch nicht mit der Diversität kriminellen Verhaltens in Einklang zu bringen war, führte der Ausschluss des Ermessens in der Praxis schliesslich dazu, dass Straftäter von den Schwurgerichten systematisch freigesprochen wurden.⁵¹ Auch im Helvetischen Peinlichen Gesetzbuch von 1799⁵² waren die Strafen derart rigide fixiert, dass das Ermessen weitgehend ausgeschaltet blieb.⁵³ Den Ungerechtigkeiten im Einzelfall wurde allerdings auch hier damit begegnet, dass Richter nicht selten direkt im Urteilsspruch ein Begnadigungsgesuch stellten.⁵⁴

45 *Alkalay* (Fn. 41), 31; siehe auch Art. 8 in der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789, in der die Strafrechtsbestimmtheit als Grundlage des *Code pénal* verankert wurde; dazu *D. Willoweit/U. Seif*, Europäische Verfassungsgeschichte, München 2003, 252.

46 *Müssig* (Fn. 41), 95 mit Verweis auf *C. Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

47 Vgl. zu dieser Vorstellung eines vollkommenen Gesetzbuches *Alkalay* (Fn. 41), 33 m. w. H.

48 «Il faut qu'il ouvre la loi, et qu'il y trouve une peine précise applicable au fait déterminé; son seul devoir est de prononcer cette peine.»; so das Idealbild gem. dem Berichterstatter der *comités de constitution et de législation criminelle* an die Nationalversammlung (1791), zit. bei *G. N. Lallement*, *Choix de Rapports, Opinions et Discours, Prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour*, Paris 1819, 328. Hierzu auch *Koch* (Fn. 43), 55; *Schlosser* (Fn. 43), Kap. 10 N 49.

49 *Alkalay* (Fn. 41), 34; vgl. auch *Müssig* (Fn. 41), 101.

50 *Alkalay* (Fn. 41), 34 f.

51 So boykottierten die Schwurgerichte z. B. die Regel, die den qualifizierten Diebstahl fix mit acht Jahren Kettenstrafe bestrafte, indem sie Diebe systematisch freisprachen; siehe *Müssig* (Fn. 41), 101 und 110 m. w. H.

52 Dabei handelt es sich um eine adaptierte Fassung des französischen *Code pénal* von 1791; siehe *Alkalay* (Fn. 41), 161; *H. Pfenniger*, *Das Strafrecht der Schweiz*, Berlin 1890, 142 f.

53 *Killias/Markwalder/Kuhn/Dongois* (Fn. 12), 1204; *Alkalay* (Fn. 41), 168.

54 *Alkalay* (Fn. 41), 172.

Diese Fehlentwicklung, die dem eigentlichen Sinn der *peine fixe*, d. h. dem Schutz des Individuums vor staatlicher Willkür, zuwiderlief, führte in der Konsequenz zu einer Gegenbewegung in Form der Wiederentdeckung des richterlichen Ermessens: Bei der Ausarbeitung des *Code pénal* von 1810 wurde das Degradieren von Richtern zu «Subsumtionsautomaten» bereits wieder kritisiert.⁵⁵ Trotz Bedenken, der vorrevolutionären Justizwillkür wieder Tür und Tor zu öffnen, wurden Strafraumen und somit Ermessensspielräume vorgesehen.⁵⁶ Vergleichbare Diskurse schlugen sich auch in anderen Kodifikationen des frühen 19. Jahrhunderts nieder. Zur Revision seines Bayerischen Strafgesetzbuches kommentierte *Feuerbach* selbst: «Das richterliche Ermessen wird einen angemessenen Spielraum erhalten, ohne dass demselben erlaubt oder möglich werden sollte, sich in Willkür aufzulösen.»⁵⁷ Die kantonalen Strafgesetzbücher in der Schweiz wurden insbesondere darum als fortschrittlich erachtet, da sie nicht versuchten, «Controversen [...] zu lösen oder entzweizuschneiden, wo nur der concrete Fall, «die Gestalt der Sach» und das freie Ermessen des Richters entscheiden können».⁵⁸

Die Wiederentdeckung des Ermessens in der Strafzumessung kulminierte letztlich in der Bewegung der *défense sociale* um die Mitte des 20. Jahrhunderts, die sich aufgrund der von ihr propagierten spezialpräventiven Zweckorientierung von Strafen für weitgefaste Strafraumen einsetzte.⁵⁹ Im vereinheitlichten StGB von 1942 waren enge Strafraumen, insbesondere Minimalandrohungen, entsprechend nur selten vorzufinden. Der Strafraumen war lediglich durch die Bezeichnung der Straftat gegeben.⁶⁰ Dem richterlichen Ermessen wurde damit viel Platz eingeräumt, wenn auch in den Schranken der Grundsätze von Art. 63 aStGB.⁶¹

Der Blick in die Rechtsgeschichte verdeutlicht zweierlei: Der Wunsch nach fixen Strafandrohungen rührte stets vom Gedanken her, dass in einem rechtsstaatlichen Strafrecht Gleichmässigkeit und Rechtssicherheit nur dann hergestellt werden könne, wenn die Gerichte an der «kurzen Leine» gehalten werden. Dem liegt die Annahme zugrunde, Willkür werde verhindert, wenn die von den Richterinnen

55 *Müssig* (Fn. 41), 110; siehe z. B. die Kritik in den Berichten des Kassationshofes in: *Législation civile, commerciale et criminelle*, hrsg. von J.-G. Locré/W. Schubert, Bd. 1 (1836), Nachdruck, Frankfurt am Main 1990, 129.

56 *Müssig* (Fn. 41), 110; *Schlosser* (Fn. 43), Kap. 10 N. 75.

57 So *Feuerbach* über die Revision seines Strafgesetzbuches, zit. in *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.

58 *Pfenninger* (Fn. 51), 124.

59 *Killias/Markwalder/Kuhn/Dongois* (Fn. 12), 1204; vgl. etwa *M. Melzer*, Die Neue Sozialvertheidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, Tübingen 1970, 79 ff.; zur spezialpräventiven Zweckorientierung auch *Parein* (Fn. 26), 216.

60 Vgl. BBl 1918 I, 24.

61 Art. 60 aStGB (Strafzumessung) entspricht weitgehend dem heutigen Art. 47 StGB; vgl. *Parein* (Fn. 26), 127 f.

nen ausgeübte Strafgewalt in der Strafzumessung diszipliniert und gezähmt werde. Doch der Blick zurück zeigt ebenso deutlich, wie dieses Streben nach «Willkürfreiheit» Gefahr läuft, ins Gegenteil pervertiert zu werden. So mussten sich auch die Anhänger eines aufgeklärten, liberalen Strafrechts eingestehen, dass es zu unangemessenen Folgen führt, wenn Gerichte jeglichen Entscheidungsspielraums und damit der Möglichkeit beraubt werden, dem Einzelfall gerecht zu werden.

3. Argumente aus den USA: fixe Straftarife und Mandatory Minimums

Nicht nur in Europa gaben und geben Mindeststrafen Anlass zu Kontroversen. Die Herausforderung, im Bereich der Strafzumessung legislatorische Bestimmtheit und Einzelfallgerechtigkeit auszutarieren, ist auch anderswo bekannt. Ein Extrembeispiel findet sich in den USA, weshalb sich bei der wissenschaftlichen Beurteilung der aktuellen Vorschläge ein Blick in die US-amerikanischen Rechtsordnungen aufdrängt.

Es ist in unseren Breitengraden geradezu Konsens, dass die USA ein «Strafrechtsproblem» haben. Die Debatten über die sog. *Overcriminalization* oder die *Mass Incarceration* sind allgemein bekannt.⁶² Die Gründe für diese Problemlage sind sicherlich vielseitig. Neben einer Ausweitung des Strafrechts aufgrund einer Überkriminalisierung i. e. S. sind jedoch zweifellos auch die hohen Strafandrohungen und insbesondere die sog. *Mandatory Minimums* relevanter Teil des Phänomens.⁶³ Derartige *Mandatory Minimum Sentences* und strikte Straftarife generell sind in der jüngeren Geschichte der USA vor allem auf den *Sentencing Reform Act* von 1984⁶⁴ zurückzuführen. Auch wenn es bereits vorher Mindeststrafen gab, hatten die Bundesrichter bei der Festsetzung der Strafe zuvor einen «beinahe unlimitierten» Ermessensspielraum.⁶⁵ Als Reaktion auf die dadurch entstandene hohe Disparität in der Strafzumessung wurde eine Kommission eingesetzt, die den Erlass klarer *Sentencing Guidelines* zur Aufgabe hatte.⁶⁶ Als Ausfluss des sog. *War on*

62 Siehe aktuell z. B. F. Bommer, Mass Incarceration in den Vereinigten Staaten von Amerika – ein Phänomen und seine Ursachen, ZStrR 136, 117 ff.; M. Simmler, Zwischen Overcriminalization und Overpunishment: Die US-amerikanische Mens-Rea-Debatte und die politischen Dimensionen des Schuldprinzips, in: Strafrecht und Politik, hrsg. von A. H. Albrecht/J. Geneuss/A. Giraud/E. Pohlreich, Baden-Baden 2018, 51 ff.; dazu auch anschaulich W. J. Stuntz, *The Collapse of American Criminal Justice*, 2011.

63 Siehe bereits Simmler (Fn. 62), 54 mit Verweis auf P. Larkin, The Extent of America's Overcriminalization Problem, Heritage Foundation, Legal Memorandum No. 121 vom 9.5.2014, 1.

64 Dieser war wiederum Teil des *Comprehensive Crime Control Act of 1984*.

65 United States Sentencing Commission, Report to the Congress: Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System (Oct. 2011), 37.

66 Ebd., 38.

Drugs haben Mindeststrafen dabei vor allem im Bereich der Betäubungsmittel-delikte Verbreitung gefunden.⁶⁷

Beim Heranziehen dieses Rechtsvergleichs muss angemerkt werden, dass es sich beim US-amerikanischen Pendant – wie *Bommer* passend feststellt – geradezu um «drakonische Schwellenwerte» handelt,⁶⁸ die sich von den hiezulande bekannten Strafraumenuntergrenzen zweifellos abheben. So sieht das Bundesrecht z. B. für eine zweite Verurteilung wegen irgendeines Sexualdelikts gegen Minderjährige als Mindeststrafe eine lebenslange Freiheitsstrafe vor.⁶⁹ Für die Herstellung einer chemischen Waffe, die im Tod einer Person resultiert (ein erfolgsqualifiziertes Delikt⁷⁰) gibt es *mindestens* lebenslang.⁷¹ Für das Tragen einer Waffe während eines Drogendelikts gibt es immer fünf Jahre zusätzlich,⁷² für die zweite Verurteilung dieser Art dann bereits 25 Jahre Mindeststrafmass.⁷³ Auch die bei den Drogendelikten selbst zum Einsatz kommenden Mindeststrafen führen zu aus westeuropäischer Perspektive teils absurden Strafmassen.⁷⁴ Ein überdeutliches Anschauungsbeispiel stellen ferner auch die sog. *Three Strikes Laws* dar.⁷⁵

Diese Beispiele indizieren bereits, dass die in den USA eingeführten Mindeststrafen in ausgesprochen langen Freiheitsstrafen resultieren und einen signifikanten Einfluss auf die Höhe der Gefangenenpopulation haben.⁷⁶ Während in der Schweiz die durchschnittliche Dauer einer vollzogenen Freiheitsstrafe etwa sechs Monate beträgt, liegt diese in den USA bei fast drei Jahren.⁷⁷ So waren 2016 denn auch mehr als die Hälfte (55,7%) der Gefangenen in Bundesgefängnissen wegen eines Delikts inhaftiert, das eine Mindeststrafe vorsieht.⁷⁸

67 Dazu z. B. *Bommer* (Fn. 62), 147 und 159 ff.

68 Ebd., 147.

69 18 U. S. C. § 3559(e)(1).

70 Erfolgsqualifikationen gibt es im US-Strafrecht häufig. Diese sog. *Constructive Liability* führt zu einer strikten Verantwortlichkeit; dazu *Simmler* (Fn. 31), 335 ff.

71 18 U. S. C. § 229A(a)(2).

72 18 U. S. C. § 924(c)(1)(A)(i).

73 18 U. S. C. § 924(c)(1)(C)(i).

74 Siehe generell die Strafandrohungen in 21 U. S. C.

75 Bei dieser Doktrin wird mit Wiederholungstätern derart umgegangen, dass für die dritte Tat – unabhängig von konkretem Unrecht oder Schuld – 25 Jahre oder lebenslängliche Haft drohen; dazu z. B. *D. Shichor/D. K. Sechrest*, *Three Strikes and You're out*, Thousand Oaks 1996; *F. E. Zimring/G. Hawkins/S. Kamin*, *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, New York 2001.

76 So auch die Behörden selbst in United States Sentencing Commission, Overview of Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System (2017), 6.

77 *Bommer* (Fn. 62), 138.

78 United States Sentencing Commission, Overview of Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System (2017), 6.

Die Argumente, die in den USA für Mindeststrafen angeführt werden, sind primär utilitaristischer Natur.⁷⁹ Hohe Mindeststrafen würden abschrecken und insbesondere Wiederholungstäterinnen «von den Strassen fernhalten».⁸⁰ Studien haben allerdings gezeigt, dass es wenig bis gar keine Korrelation zwischen Mindeststrafen und der Abschreckungswirkung gibt.⁸¹ Hingegen konnte festgestellt werden, dass Beschuldigte aufgrund der *Mandatory Minimums* eher geneigt sind, sich auf ein *Plea Agreement* einzulassen und auf ein Verfahren zu verzichten.⁸² Natürlich sehen sich Mindeststrafen auch in den USA also nicht nur aufgrund ihres Einflusses auf die Gefangenenzahlen Kritik ausgesetzt. Es wird ebenso eingewandt, dass sie allen geläufigen Straftheorien widersprechen, das richterliche Ermessen einschränken und das Schuldprinzip berühren würden.⁸³

In der Tat führen die im US-amerikanischen Recht vorgesehenen fixierten Straftarife regelmässig zu Verfahren, die nicht geeignet sind, das individuelle Verschulden angemessen abzubilden. Entsprechend handelt es sich dabei um eine eigentliche *Strict Liability* in Bezug auf die Strafzumessung.⁸⁴ Strikt i. S. einer potenziellen Verletzung des Schuldprinzips sind diese Bestimmungen deshalb, weil derartige Beschränkungen der Strafzumessung dazu führen können, dass im Einzelfall an sich relevante Faktoren keine Berücksichtigung mehr finden können.⁸⁵ Als eine der Antworten der US-Politik auf die explodierenden Gefangenenzahlen⁸⁶ sind allerdings Bestrebungen im Rahmen einer neuen *Sentencing Reform* zu nennen, die die Strafandrohungen – dabei allem voran eine Reduktion der Mindeststrafen im Bereich weniger schwerwiegender Drogendelikte – zum Gegenstand hat.⁸⁷ In den USA scheint sich entsprechend – wenn auch langsam – die Einsicht

79 C. Turner, Kant's Categorical Imperative and Mandatory Minimum Sentencing, Washington University Jurisprudence Review, Vol. 8(2), 2016, 235, 249.

80 United States Sentencing Commission, Report to the Congress: Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System (Oct. 2011), 87.

81 Siehe z. B. J. C. Kunselman/G. F. Vito, Questioning Mandatory Sentencing Efficiency: A Case Study of Persistent Felony Offender Rapists in Kentucky, American Journal of Criminal Justice, Vol. 27(1), 2002, 53 ff.; M. Tonry, The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings, in: Crime & Justice, Vol. 38, 2009, 65 ff.

82 G. T. Lowenthal, Mandatory Sentencing Laws: Undermining the Effectiveness of Determinate Sentencing Reform, in: California Law Review, Vol. 81, 1993, 61 ff., 84 f.; Turner (Fn. 79), 252.

83 So z. B. E. Luna, Testimony «Mandatory Minimum Sentencing Provisions Under Federal Law» – Hearing Before the U. S. Sentencing Commission, 2010.

84 So bereits Simmler (Fn. 31), 388 ff. und Simmler (Fn. 62), 67 und 72 f.

85 Simmler (Fn. 31), 400.

86 Siehe U. S. Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics, 1978–2015 oder die Übersicht in Simmler (Fn. 62), 58.

87 Vgl. z. B. die Übersicht verschiedener Massnahmen im Rahmen der *Criminal Justice Reform* bei R. J. Lampard, 2016: A Successful Year for Criminal Justice Reform and Path to the Future, in: ALEC – The State Factor, November 2016.

breit zu machen, dass das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung seinen berechtigten Platz hat. Eine Lehre, die man auch in der hiesigen Rechtspolitik und der Diskussion der Revision im Hinterkopf behalten darf.

4. Synthese: zwischen Legalitätsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit

Der Blick auf Mindeststrafen aus diesen verschiedenen Perspektiven lässt bereits das Zwischenfazit zu, dass es sich bei der geplanten Revision um ein nicht zu unterschätzend heikles Unterfangen im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit handelt. Auf der einen Seite steht das historisch konstant beobachtbare Bedürfnis, Strafandrohungen gesetzlich möglichst zu fixieren. Damit sollten Willkür und Rechtsungleichheit vermieden, vor allem aber auch eine gewisse Mindeststrahärte sichergestellt werden. Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen Seite bedarf Raum für richterliches Ermessen. Nur so kann ein dem Schuldprinzip entsprechender individueller Schuldvorwurf erhoben und eine Strafe zugemessen werden, die die Beeinträchtigung der Norm durch den Täter adäquat widerspiegelt.⁸⁸

Bei der Festlegung von Strafraumen sieht man sich also vor die Herausforderung gestellt, das Bedürfnis nach der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafe und dasjenige nach der Möglichkeit, die Strafe im Rahmen des Ermessens auf den Einzelfall anzupassen, auszutarieren. Diese Debatte zeigt sich auch deshalb als rechtspolitisches Minenfeld, da bei diesem «Strafraumen-Balanceakt» die zwei grundlegenden Ansprüche an die Funktionsweise des Strafrechtssystems und an die Strafe per se zur Synthese zu bringen sind: Den Anspruch, die Relevanz der entsprechenden Norm für die soziale Ordnung (*Wert des Rechtsguts*) abzubilden und sogleich das Mass der Normdestabilisierung im Einzelfall (*persönliche Vorwerfbarkeit*) zu bestimmen.⁸⁹ So muss ein geeigneter Strafraumen es vermögen, die Schwere des begangenen Unrechts «aufzufangen». Im Strafraumen soll – so der gängige Anspruch – zum Ausdruck kommen, wie schwer ein Delikt generell-abstrakt wiegt, inwiefern es also eine Norm betrifft, die in der Gesellschaft einen hohen Rang genießt. Hier schlägt sich wiederum der Anspruch nach Bestimmtheit nieder: Dieser generell-abstrakte Wert des Rechtsguts soll gesetzlich festgeschrieben sein. Ebenso bedarf es allerdings eines Strafraumens, der genügend Raum bietet, einem konkret begangenen Unrecht gerecht zu werden, d. h. auszumachen, in welchem Ausmass ein Delinquent diese mehr oder minder wichtige Norm tangiert hat. Hier

88 Zur Funktion des Schuldvorwurfs im Rahmen der strafrechtlichen Normstabilisierung detailliert *Simmler* (Fn. 31), passim und insb. 221 ff.

89 Ebd., 243.

kommen die Ansprüche des Schuldprinzips zum Tragen, die in der Konsequenz wiederum in der Forderung nach Ermessensspielraum resultieren.

Dieser Dualismus der Strafzumessungsthematik mündet letztlich in einen eigentlichen *Zuständigkeitskonflikt*: Das Zum-Ausdruck-Bringen der Relevanz der Norm bzw. des Rechtsguts ist Aufgabe der Gesetzgebung. Die zweite Komponente ist hingegen die Aufgabe der Strafbehörden im Rahmen der Einzelfallbeurteilung. Zur Verdeutlichung: Das Schuldurteil, d. h. das In-Einklang-Bringen von Strafe und Schuld im Konfliktfall ist die originäre Operationsweise des Strafrechtssystems. Die ganzen Verfahren dieser gesellschaftlichen Institution dienen einzig diesem Zweck. Die Strafe als *Output* des Systems muss dem Anspruch genügen, der von der Täterin vorwerfbar verursachten Beeinträchtigung des Rechtsguts gerecht zu werden und den drohenden Normgeltungsschaden abzuwenden. Dabei stützt sich das Strafrechtssystem auf Strafraumen, die wiederum vom politischen System festgelegt sind. Sie sind, genauso wie die Tatbestände an sich, also «extern» vordefiniert und stecken die «äussersten Grenzen schuldgerechten Strafs» ab.⁹⁰ So sieht es die Arbeitsteilung zwischen Politik und Rechtssystem vor.⁹¹ Und dennoch: Wie einschränkend dieser externe *Input* sein darf, ist kaum Gegenstand exakter Wissenschaft, d. h. eben: ein Balanceakt.

Wenn man die Revisionsbestrebungen nun im Lichte dieser *Arbeitsteilung* von Politik und Strafrecht betrachtet, erklärt sich der vernehmbare Widerstand von Wissenschaft und Praxis. Mindeststrafen werden offenbar als einen zu weiten Eingriff in das «Kernbusiness» des Strafrechtssystems betrachtet. Sie können in der Tat, wie noch zu diskutieren sein wird, die *Funktionsweise* des Strafrechts beeinträchtigen. Damit sind sie ein potenziell «überbordender Eingriff» des politischen Systems. Mindeststrafen sollten gemäss kritischen Stimmen nur dann festgelegt werden, wenn sie «sowohl nachvollziehbar als auch sinnvoll erscheinen».⁹² Gemäss anderen Kommentatoren seien sie wiederum überhaupt nicht nötig, um erhöht strafwürdiges Unrecht zu kennzeichnen, könne dasselbe doch auch mit der Maximalstrafe indiziert werden.⁹³ Auf der anderen Seite steht der legitime Anspruch der Politik, mittels Strafraumen den (sich potenziell verändernden) Wert der Norm für die soziale Ordnung zum Ausdruck zu bringen, «öffentliche» Kritik ernst zu nehmen und klare Leitplanken vorzugeben. Inwiefern Mindeststrafen diesem Zweck tatsächlich dienen, soll in der Folge diskutiert werden.

90 So W. Frisch, Schuldprinzip und Absprachen, in: Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, 685, 692.

91 Zu dieser sog. *strukturellen Kopplung* siehe Simmler (Fn. 31), 168 f.

92 So D. Jositsch/M. Conte, Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern, AJP 2017, 368, 375.

93 So Seelmann/Wiprächtiger (Fn. 2), 746.

IV. Mindeststrafen: Ein taugliches Instrument?

1. Abschreckung und Normstabilität

Als eines der Hauptargumente für die Einführung (oder Erhöhung) von Mindeststrafen wird regelmässig die Generalprävention ins Feld geführt. So ist wohl auch einer der Haupttreiber der aktuellen Revision, dass gewisse Kreise mit der Strafzumessung der Gerichte unzufrieden sind und gerne höhere Strafen verhängt sähen. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu bemerken, dass die negativ und positiv generalpräventive Wirkung – wenn überhaupt – mehr von tatsächlich verhängten Strafen als von Strafraumen abhängen dürfte. Die Botschaft hält wohl auch deshalb fest, dass Strafraumen und tatsächlich verhängte Strafen in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen sollten. Andernfalls verlöre «das Strafrecht insgesamt an Glaubwürdigkeit und somit auch an präventiver Wirkungskraft»⁹⁴. Die Revisionsvorlage entspringt folglich offenbar der Hoffnung, dass die vorgeschlagenen Anpassungen das effektive Strafniveau anheben, was wiederum abschreckend wirken solle.

Mindeststrafen wird vom Absender der Vorlage also zugeschrieben, präventiven Zwecken zu dienen. Dagegen lassen sich mit wenig Anstrengung verschiedene Argumente ins Feld führen: So führen härtere Strafen nachweislich ganz generell nicht automatisch zu weniger Straftaten,⁹⁵ wobei es sich dabei um die wohl am häufigsten politisch ignorierte kriminologische Erkenntnis handelt. Ob Mindeststrafen aber überhaupt tatsächlich zu solch höheren Strafen führen, bleibt unklar, sind doch – wie noch genauer zu diskutieren sein wird – Verschiebungseffekte denkbar.⁹⁶ Auch die Erfahrungen in den USA legen nahe, dass die abschreckende Wirkung der Mindeststrafandrohung zweifelhaft ist.⁹⁷ Gerade deshalb kann ferner auch bestritten werden, dass das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung durch diese erhöht wird. Das Argument des Bundesrats, dass Medienberichte das Sicherheitsgefühl «beeinträchtigen» würden und gewisse Mindeststrafen gerade deshalb «angebracht» seien,⁹⁸ bleibt ohne weitere Grundlage.

94 BBl 2018 2827, 2829.

95 Auch wenn ein Zusammenhang zwischen Strafschwere und Abschreckungswirkung nahe liegt, ist es den meisten Studien nicht gelungen, einen solchen nachzuweisen. Die Abschreckungswirkung nimmt nicht zwingend linear mit der Strafschwere zu und die Entdeckungswahrscheinlichkeit ist mindestens so ausschlaggebend. Es bedarf einer massiven Veränderung der «Dosis» der Strafschwere und des Entdeckungsrisikos, um eine Verhaltensänderung zu bewirken. Zur Wirkung der «Straftarife» selbst, d. h. der Strafandrohungen, gibt es wenig aussagekräftige Forschung; siehe zu diesen Ergebnissen M. Killias/A. Kuhn/M. F. Aebi, Grundriss der Kriminologie. Eine europäische Perspektive, 2. Aufl., Bern 2011, 1006 ff. und 1037.

96 Dazu sogleich mehr in Kap. V.

97 Siehe bereits Kap. III. 3.

98 BBl 2018 2827, 2858.

Trotz dieser Fehlschlüsse dürfen die Forderungen aus der Politik allerdings nicht zu vorschnell als illegitim abgetan werden. Es ist grundsätzlich plausibel, dass eine andauernde «Unterbestrafung» von Rechtsgutsverletzungen, die in einem Widerspruch zur gesellschaftlichen Bedeutung dieser Rechtsgüter stünde, die präventive Kraft des Strafrechts beeinträchtigen könnte.⁹⁹ Es konnte in der Vergangenheit festgestellt werden, dass die Bevölkerung *im Durchschnitt* härtere Strafen verhängen würde, als dies die Richterinnen tun. Diese statistischen Erkenntnisse erfahren jedoch relevante Relativierungen: Einerseits kann diese Differenz auf einen «Professionalisierungseffekt» zurückgeführt werden. Andererseits wird die Höhe dieser Werte regelmässig durch eine Minderheit an «extrem-punitiven» Kreisen verzerrt, während die Strafzumessung der *Mehrheit* der Bevölkerung durchaus im Einklang mit der Gerichtspraxis stünde.¹⁰⁰ Diese Mehrheit würde beim Vorlegen konkreter Fälle sogar mildere Sanktionen ausfallen.¹⁰¹ Entsprechend kann keineswegs davon gesprochen werden, dass die vorherrschende Strafzumessungspraxis in einem Widerspruch zu den gesellschaftlichen Präferenzen stünde. Die stabilen Kriminalitätsraten legen zudem nahe, dass nicht von einer Instabilität des Strafrechts oder von einem Mangel dessen generalpräventiver Wirkung auszugehen ist. Die Forderungen der «Öffentlichkeit» dürfen deshalb nicht mit den Forderungen einiger Medienhäuser bzw. der von ihnen «bewirtschafteten veröffentlichten Meinung»¹⁰² gleichgesetzt werden.

Es gibt des Weiteren Nachweise, dass vorherrschende Strafpräferenzen hochgradig mit der Bestrafungspraxis der jeweiligen Rechtsordnung korrelieren,¹⁰³ wobei eine beidseitige Wechselwirkung naheliegend scheint. Sowohl die Urteilsprüche der Gerichte als auch das positive Recht selbst scheinen die Gerechtigkeitsvorstellungen stark zu beeinflussen, was auch hinsichtlich Sanktionen und deren Bemessung gilt.¹⁰⁴ Diesen Zusammenhang gilt es auch in der aktuellen Kriminalpolitik zu beachten. Werden höhere Strafen vorgesehen, wäre demnach der «Hunger» nach härteren Strafen nämlich kaum gestillt. Vielmehr könnte eine Erhöhung

99 Siehe bereits Kap. IV. 1.

100 Dazu M. Simmler/N. Grenacher/S. Huwiler/S. Perandres/A. Steffen, Disparität in der Strafzumessung: Ergebnisse einer Studie zur punitiven Einstellung von RichterInnen und StudentInnen, SZK 2017, 5 ff.; A. Kuhn/P. Villettaz/A. Willi-Jayet/F. Willi, Öffentliche Meinung und Strenge der Richter, Vergleich zwischen den von schweizerischen Richtern ausgesprochenen Strafen und den von der Öffentlichkeit gewünschten Sanktionen, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, 1, 28–32; A. Kuhn/J. Vuille, La Justice Pénale, Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2010.

101 A. Kuhn/J. Vuille (Fn. 100).

102 N. Oberholzer, Renaissance des Strafrechts? – Oder die neue Lust am Strafen, in: ZStrR Sonderheft 2018, 85, 94.

103 Killias/Kuhn/Aebi (Fn. 95), 933.

104 Ebd., 934.

der Strafrahmen geradezu auch zu einem Anstieg der Punitivität innerhalb der Gesellschaft führen.

Es soll – wie bereits ausgeführt – nicht geleugnet werden, dass es ein Bedürfnis ist, die Vorgaben für die Strafzumessung mit den geltenden Normvorstellungen der Gesellschaft in Einklang zu bringen. Jedoch darf das keinesfalls als Appell dafür missinterpretiert werden, dem «punitiven Ruf» der Öffentlichkeit (bzw. wohl ihrer hörbaren und medial wahrnehmbaren Minderheit)¹⁰⁵ unbeschränkt nachzugeben. Denn genauso wie zu milde Strafen eine Gefahr für die Wirkungsweise des Strafrechts darstellen können, so tun dies auch «Überbestrafungen». Strafen, die nicht in einem adäquaten Verhältnis zum tatsächlich verübten Unrecht und zur individuellen Schuld des Täters stehen, sind *dysfunktional*. Definiert man Glaubwürdigkeit und präventive Kraft des Strafrechts als Leitwerte, wie dies der Bundesrat in der Botschaft tut, sind das Propagieren einer nicht belegten Abschreckungswirkung von Mindeststrafen oder des Bestehens eines «öffentlichen» Verlangens danach folglich wenig zielführend. Vielmehr gilt es sich bei der Diskussion von Strafrahmen am für den Erhalt der Normstabilität tatsächlich *Notwendigen* zu orientieren.

2. Festlegung der schuldangemessenen Strafe

Für die Bestimmung zweckrationaler Strafrahmen bedarf es also einer Eruierung des mit Blick auf die Erhaltung der Normstabilität Notwendigen. Eine derartige Beschränkung postuliert unter anderem das *Ultima-ratio*-Prinzip, allem voran aber das Schuldprinzip. Letzteres garantiert eine Limitierung des staatlichen Strafanspruchs auf den Ausgleich *persönlich verschuldeter* Rechtsgutsverletzungen.¹⁰⁶ Das Schuldprinzip wird damit zum Garant für *funktionale* Strafen.¹⁰⁷ Diesen Einhaltung stellt sicher, dass nur diejenige Strafe verhängt wird, die für die Normstabilisierung tatsächlich notwendig ist.¹⁰⁸ Nur die schuldhaft infragestellung der Normgeltung durch die Täterin bedarf eines Ausgleichs durch Strafe. Das Ausmass dieser «Bedrohung» der Normgeltung, die durch die Schuld des Täters, d. h. insbesondere die individuellen Tatumstände, bestimmt ist, wird mit der Strafe

105 So hält auch *Wiprächtiger* (Fn. 6), 483, fest: «Medien sind nicht die Öffentlichkeit» und kritisiert den Missbrauch des Öffentlichkeitsbegriffs.

106 Diese «Limitierungsthese» wurde u. a. prominent von *Roxin* vertreten; siehe z. B. C. *Roxin*, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 1973, 316, 319; *derselbe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, § 3 N 51.

107 *Simmler* (Fn. 31), passim und insb. 221 ff.

108 Ebd., 238 ff.

kompensiert. Das Gericht bemisst die Strafe deshalb nach der Schuld des Täters, d.h. eben nach der Notwendigkeit, diese verursachte Destabilisierung auszugleichen. Das erfordert wiederum eine Berücksichtigung des Einzelfalls. Nur so kann das Urteil diesem – «mit all seinen Verästelungen und Besonderheiten»¹⁰⁹ – gerecht werden.

Wenn die Wichtigkeit des richterlichen Ermessens hervorgehoben wird, darf allerdings nicht vergessen werden, dass die Realität im Strafrecht bereits heute so aussieht, dass ca. 98% aller Verurteilungen im Strafbefehlsverfahren erfolgen. Im Bereich der Massenkriminalität geschehen diese Strafzumessungen dabei kaum nach der Massgabe des persönlichen Verschuldens und der konkreten Tatumstände, sondern vielmehr auf der Grundlage von mehr oder weniger formellen Strafmassempfehlungen.¹¹⁰ Diese weisen zwar nicht materiell, jedoch durchaus in ihrer Funktion eine nicht zu leugnende Verwandtschaft mit den bereits besprochenen US-amerikanischen *Sentencing Guidelines* auf. Die Idee des *richterlichen* Ermessens findet sich in der Praxis also bereits einer relevanten Relativierung ausgesetzt. Wenn auch diese Richtlinien keineswegs vollfixierte Straftarife darstellen, handelt es sich auch hierbei um eine mit Blick auf das Schuldprinzip potenziell problematische Tendenz, die durch zusätzliche Mindeststrafen wiederum verschärft wird.

Das Schuldprinzip ist in der Strafrahmendebatte also zu berücksichtigen. Sind Mindeststrafen deshalb per se illegitim? Es wurde bereits oben aufgezeigt, dass Strafraahmen grundsätzlich ein taugliches Mittel sind, einen erhöhten Unrechtsgehalt auszuweisen – wenn dies auch primär, wie ebenfalls bereits erwähnt, auf Strafraahmenobergrenzen zutrifft. Die Revision von Strafraahmen ist deshalb auch nicht generell abzulehnen, und das richterliche Ermessen darf Grenzen kennen. Der «Einsatzbereich» derartiger Einschränkungen sollte jedoch deutlich begrenzt sein. Es gilt insbesondere bei Fragen rund um Strafen stets, eine «Konkordanz von wissenschaftlicher Rationalität und gesellschaftlicher Emotionalität herzustellen»¹¹¹. Mindeststrafen sollten deshalb – wenn überhaupt – nur massvoll vorgesehen werden. Tatbestände müssen genug differenziert und offen sein, um die verschiedenen Masse der Schuld «auffangen» zu können. Ansonsten drohen Strafen verhängt zu werden, die nicht im Einklang mit der Funktion des Schuldprinzips und der Strafe stehen.

109 Oberholzer (Fn. 2), 30.

110 Ebd., 26 f. mit Verweis auf die Strafmassempfehlungen der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz SSK.

111 K.-L. Kunz, Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechts, ZStrR 1999, 234, 235.

V. Mindeststrafen: Eine Verschiebung des richterlichen Ermessens?

Die Bestimmung der *gerechten, angemessenen* oder eben der mit Blick auf die Normstabilität *funktionalen* Strafe ist das Ziel strafrechtlicher Verfahren. Sie ist der eigentliche *Output* des Systems: «Ohne Erlass einer Sanktion bleibt im Falle eines Schuldspruches alles Vorangegangene blosses Stückwerk.»¹¹² Wie bereits dargelegt, bedarf es für die Festlegung einer schuldadäquaten Strafe des richterlichen Ermessens.¹¹³ Wenn nun aber durch Mindeststrafen die Möglichkeit, die individuellen Umstände und das vorliegende Ausmass der Infragestellung der Norm durch die Täterin zu berücksichtigen, eingeschränkt wird, kann gegebenenfalls keine geeignete Strafe mehr ausgesprochen werden. Dies kann in «Überbestrafungen» resultieren. Der Verdacht liegt allerdings nahe, dass das Strafrechtssystem stets versuchen wird, *funktional* zu bleiben, d. h. Wege zu finden, trotz dieser Beschränkung eine adäquate Strafe zu verhängen. Unter anderem aufgrund dieser «Tendenz zur Funktionalität» schlägt sich gesetzgeberischer Aktivismus in der Praxis nicht immer wie erhofft nieder.¹¹⁴ Es stellt sich folglich die Frage, ob Mindeststrafen in der Praxis der Rechtsanwendung überhaupt die anvisierte Wirkung entfalten, oder ob vielmehr verschiedenartige Umgebungsmöglichkeiten genutzt und *Verschiebungseffekte* beobachtet werden können.

1. Verschiebung in die Auslegung der Tatbestände

Es gibt generell mehrere Möglichkeiten, wie die rechtsanwendende Praxis ihrem Ermessen im Einzelfall trotz eigentlich festgesetzter Mindeststrafe zum «Durchbruch» verhelfen kann. Eine davon besteht darin, durch entsprechende Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen auf andere Tatbestände oder Tatbestandsvarianten «auszuweichen». Dieses «Risiko» wird selbst in der Botschaft thematisiert: Es bestünde z. B. bei der Einführung von Mindeststrafen bei den sexuellen Handlungen mit Kindern die Gefahr, dass angesichts der im Einzelfall möglicherweise unangebracht hohen Strafandrohung der Begriff der «strafbaren sexuellen Handlung» restriktiv ausgelegt würde. Somit käme es im unteren Unrechtsbereich nicht zu gleichmässigen Verurteilungen von mindestens einem Jahr

112 So treffend H. Kiener, Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 2007, 351, 358.

113 Siehe Kap. III. I. und Kap. IV. 2.

114 So hat sich z. B. auch die Revision des Sanktionenrechts 2007 nachweislich kaum wie erhofft ausgewirkt; siehe den Überblick in M. Simmler, Sieben enttäuschte Hoffnungen? Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen der AT-Revision, ZStrR 2016, 73.

Freiheitsstrafe, sondern vielmehr zu weniger Verurteilungen insgesamt.¹¹⁵ Es besteht also bei fixen Minimalandrohungen die Gefahr, dass der Tatbestand eng ausgelegt wird, wenn die Sanktionsandrohung zu hoch erscheint, um dem Schuldprinzip im Einzelfall Rechnung zu tragen. Aus einer methodischen Perspektive bedeutet dies: Das Ermessen, das ursprünglich bei der Rechtsfolgenanordnung bestand, dort aber durch die festgesetzte Mindeststrafe beschnitten wird, würde nun im Rahmen des Konkretisierungsermessens bei unbestimmten Rechtsbegriffen ausgeübt bzw. in deren Auslegung *verschoben*.¹¹⁶

Ein ähnlicher Effekt zeigt sich auch, wenn Lehre und Rechtsprechung bei der Auslegung des Wortlautes – aufgrund der wegen bestehender Mindeststrafen drohenden Konsequenzen – zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen erarbeiten. So geschehen beispielsweise bei der Auslegung zur fortgesetzten Erpressung (Art. 156 Ziff. 2 StGB): Wird eine Person fortgesetzt erpresst, so gilt eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe. Bei einer grammatikalischen Auslegung bedeutete «fortgesetzt» mindestens zweimal.¹¹⁷ Allerdings muss gemäss h. L. die Tat «in ihrer Schwere mit der gewerbsmässigen Begehung vergleichbar sein und eine Mindeststrafe von einem Jahr rechtfertigen».¹¹⁸ Liegt diese «vergleichbare Schwere» nicht vor, wird auf den Grundtatbestand ausgewichen, der keine Mindeststrafe enthält. Methodisch handelt es sich hierbei um eine teleologische Reduktion: Der eigentliche Wortlaut der Norm («fortgesetzt» als «mehr als einmal») wird als zu weit und nicht mehr der *ratio legis* der Norm entsprechend aufgefasst. Mit Blick auf die Rechtsfolge einerseits – d. h. auf das Mindeststrafmass – und auf den *telos* dieser Qualifikation andererseits – d. h. auf das Ziel, besonders schwerwiegende Unrechtsformen zu erfassen – wird das Tatbestandsmerkmal der «Fortsetzung» also durch ein zusätzliches Merkmal eingeschränkt.¹¹⁹ Auch hier zeigt sich eine der Spielarten, wie das Strafrechtssystem – hier im Rahmen der Tatbestandsauslegung – versucht, *funktionale* Strafen zu ermöglichen.

Diese Konsequenzen im Bereich der Auslegung offenbaren die generelle Problematik der Mindeststrafen: Sie erlauben es des Öfteren nicht, im unteren Unrechtsbereich adäquat Ermessen walten zu lassen. Da das Bedürfnis, dem Einzel-

115 BBl 2018 2827, 2871.

116 Vgl. Kramer (Fn. 27), 72.

117 Vgl. z. B. P. Weissenberger, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 156 N 40; vgl. hierzu auch die französisch- und italienischsprachigen Gesetzestexte: «Si l'auteur fait métier de l'extorsion ou s'il a poursuivi à réitérées reprises ses agissements contre la victime (...)» resp. «(...) o commette ripetutamente l'estorsione (...)» (Hervorhebung hinzugefügt).

118 Ebd.; vgl. auch M. Dupuis/L. Moreillon/C. Piguet/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari, Code pénal, Petit Commentaire, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 156 N 22, wonach nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Elemente wie die Höhe der erpressten Beträge sowie der erlittene Schaden berücksichtigt werden müssen.

119 Vgl. zur teleologischen Reduktion Kramer (Fn. 27), 236 ff.

fall gerecht zu werden, dennoch bestehen bleibt, führen sie deshalb in der Praxis regelmässig zu einer Verschiebung des richterlichen Ermessens in die Tatbestandsauslegung. Um diese Verschiebung zu vermeiden, sieht die Revision selbst die Aufnahme von privilegierten Tatbeständen vor. Bei sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) soll eine neue Ziffer 1^{ter} mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe für «leichte Fälle» eingeführt werden. Solche «Flexibilisierungen» sind sicher sinnvoll, um der Diversität des konkreten Unrechts Rechnung zu tragen. Letztendlich unterminieren sie aber nur wieder das Ziel der Mindeststrafe. Denn auch der Begriff des «leichten Falles» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, den es zu präzisieren gilt und der dem Gericht wiederum ein hohes Mass an Konkretisierungsermessen zubilligt.¹²⁰ Dass die Verlagerung des richterlichen Ermessens auf die Tatbestandsebene durch die weitere Einführung von «Ermessensbegriffen»¹²¹ noch unterstützt wird, ist symptomatisch für die Widersprüchlichkeit der Revisionsvorlage.

2. Verschiebung in die Auslegung des Sanktionenrechts

Neben einer Vorverlagerung des richterlichen Ermessens in die Tatbestandsauslegung ist auch dessen «Nachverlagerung» in die Bestimmung der Vollzugsform denkbar. Auch auf diese Möglichkeit weist der Bundesrat im Bewusstsein, «dass durch diese Erhöhung der Mindeststrafe [bei der Vergewaltigung] das Ermessen der Gerichte stark eingeschränkt» werde, ausdrücklich hin. Das Gericht könne den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem und höchstens drei Jahren bedingt oder teilbedingt anordnen, wenn dies nötig sei, «um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen».¹²² Der Bundesrat gibt damit offen zu, dass die Einschränkung des Ermessens durch die Erhöhung der Mindeststrafe im Einzelfall zu inadäquaten Strafen führen könnte. Dieser potenziellen Unangemessenheit sei wiederum mit einer anderweitigen «Milderung» der Strafhärte zu begegnen und könne z. B. bei der Entscheidung über den bedingten bzw. teilbedingten Vollzug wieder korrigiert werden. Damit wird das Ermessen schlichtweg *verschoben* – in einen Bereich, in dem das Gericht nach Art. 43 StGB relativ viel Ermessensspielraum geniesst.¹²³ Es ist in der Tat äusserst naheliegend, dass Gerichte, wenn sie sich im Einzelfall durch die Mindeststrafe zu einer die Schuld übersteigenden Strafzumessung genötigt sehen, diesen Umstand damit zu mildern versu-

120 Vgl. Kramer (Fn. 27), 71 f.

121 Unbestimmte Rechtsbegriffe werden auch Ermessensbegriffe genannt; siehe Kramer (Fn. 27), 72.

122 BBl 2018 2827, 2876.

123 R. M. Schneider/R. Garré, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wi-prächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 43 N 16.

chen werden, im eigentlichen Sanktionenrecht eine «Abschwächungsmöglichkeit» zu finden.

Vergleichbare Verschiebungseffekte könnten sich auch hinsichtlich der Beurteilung der Einschlägigkeit von Strafmilderungsgründen ergeben. So eröffnet z. B. die Auslegung der in Art. 48 StGB aufgeführten Gründe zur Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens einen gewissen Spielraum. Auch hier haben Behörden die Möglichkeit, ihr durch Mindeststrafen eingeschränktes Ermessen «auszuleben», um eine angemessene Bestrafung sicherzustellen.

Solche Ausweichmöglichkeiten sind aus strafrechtstheoretischer Sicht grundsätzlich zu begrüßen, da sie trotz Vorliegen von Mindeststrafen die Verhängung einer funktionalen Strafe ermöglichen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob das der Sinn und Zweck dieser Bestimmungen des Sanktionenrechts ist oder ob dort nicht vielmehr andere Kriterien ihren Niederschlag finden sollten. Auch die Ausweichmechanismen auf der Tatbestandsebene sind als korrigierende Umgehung der Normsetzung durch die Rechtsanwenderinnen kritisch zu betrachten.¹²⁴ Gleichermassen zeigt sich mit diesen Verlagerungen des richterlichen Ermessens in andere Bereiche, dass es dieses Ermessensspielraums offenbar bedarf. Mindeststrafen verfehlen also regelmässig die vom Gesetzgeber intendierte Wirkung. Durch diese Auslegungsmechanismen schafft es das Strafrecht zwar, dem Schuldprinzip entsprechende Strafen zu generieren und eine funktionale Strafzumessung zu ermöglichen. Allerdings führt somit der Zweck der Mindeststrafen, diesem Ermessen gerade Grenzen zu setzen, offenbar dazu, dass dieses zwar punktuell begrenzt, dafür aber über den ganzen Prozess hinweg «feinverteilt» wird. Der im Rahmen der Mindeststrafendebatte vertretene Anspruch einer präziseren Normierung, Rationalisierung und Quantifizierung der Strafzumessung führt somit in letzter Konsequenz nicht zu mehr, sondern zu weniger Rechtssicherheit.

VI. Résumé

In diesem Beitrag konnte das Phänomen «Mindeststrafe» aus diversen Perspektiven beleuchtet und mit stetem Blick auf die aktuelle Revisionsvorlage einer genaueren Untersuchung unterzogen werden. Dabei konnte zunächst die historische Konstanz des Seilziehens zwischen dem Bedürfnis nach vordefinierten Strafтарифen auf der einen und demjenigen nach einem angemessenen richterlichen Ermessensspielraum auf der anderen Seite festgestellt werden. Ebenso hat sich bei einem Blick in die USA gezeigt, dass eine gewisse «Pervertierung» von Mindeststrafen gefährliche Implikationen mit sich bringt.

124 Des Konzepts der teleologischen Reduktion dürfe man sich gemäss *Kramer* deshalb z. B. nur mit grösster Zurückhaltung bedienen (Fn. 27), 236 ff.

Es wurde diskutiert, dass es sich bei der Einführung bzw. der Anhebung von Mindeststrafen um ein heikles Unterfangen handelt, bei dem verschiedene Anliegen «aufeinanderprallen». So ist einerseits ein angemessener Rechtsgüterschutz anvisiert. Die Strafraumen sollen «Strafwürdigkeit» oder «erhöhtes Unrecht» zum Ausdruck bringen und der Relevanz der entsprechenden Verbotsnorm für die Gesellschaft Rechnung tragen. Diese Anliegen sind zweifellos legitim. Andererseits zeigte sich im Rahmen der Untersuchung ebenfalls äusserst deutlich, dass Mindeststrafen das Potenzial inhärent ist, die Umsetzung des Schuldprinzips zu beeinträchtigen. Das Schuldprinzip als zentraler Grundstein des Strafrechts lebt davon, dass eine Strafe festgelegt werden kann, die im Einklang mit den Besonderheiten des Einzelfalls und des konkreten Unrechts steht. Ist dies aufgrund zu enger Strafraumen nicht mehr möglich, drohen Überbestrafungen. Diese sind nicht nur ungerecht, sie sind vor allem *dysfunktional*, d.h., sie widersprechen der ordentlichen Funktionsweise des Strafrechtssystems und können dessen Stabilität, Wirksamkeit und Glaubwürdigkeit auf Dauer beeinträchtigen. Wird das zentrale Ziel von Mindeststrafen – das Zum-Ausdruck-Bringen eines erhöhten Unrechtsgehalts einer Kriminalitätsform – mit dem Anliegen des Schuldprinzips abgewogen, zeigt sich ein klares Bild: Für Ersteres genügen auch Strafraumenobergrenzen. Letzteres hingegen wird durch Mindeststrafen unnötig torpediert.

Dieses vorläufige Fazit wurde durch die weitere Analyse bestärkt. So konnte die weitere Argumentation, mit der die Erweiterung des Einsatzbereiches von Mindeststrafen begründet wird, als weitgehend unschlüssig entlarvt werden. Die abschreckende Wirkung von Mindeststrafen entpuppt sich als Illusion. Ebenso findet die positiv-generalpräventive Notwendigkeit dieser Verschärfung des Strafrechts keine naheliegende Grundlage. Dazu kommt nicht zuletzt, dass es zweifelhaft erscheint, ob die Revision überhaupt die erhoffte Wirkung erzielt, sind doch Verschiebungen des Ermessens in andere Bereiche äusserst plausibel.

Diese hier vertretene «Verschiebungsthese» sollte allerdings nicht dahin gehend missverstanden werden, als dass der Wille des Gesetzgebers schlichtweg ignoriert würde und Eingriffe des politischen Systems deshalb generell wirkungslos blieben. Natürlich ist es Aufgabe der Politik, dem Strafrecht mittels Gesetzgebung Leitplanken vorzugeben. Allerdings sind überbordende Eingriffe in die ordentliche Operationsweise des Strafrechtssystems, d.h. Erschwernisse für die Festlegung der schuldangemessenen Strafe, gefährlich. Wird dem richterlichen Ermessen durch Mindeststrafen Grenzen gesetzt und führt dies tatsächlich zu einer Verschiebung des Ermessens, wiegen die Nachteile schwer. Die tatsächliche Wirkung der Mindeststrafe liefe ihrem beabsichtigten Zweck zuwider: Strafraumenuntergrenzen stehen im Sinne einer Rationalisierung der Strafzumessung im Zeichen des Legalitätsprinzips.¹²⁵ Führt deren Existenz nun zu einer Verschiebung des

125 Siehe oben, Kap. III. 1.

Ermessens, tragen sie jedoch gerade zu weiterer Inkohärenz und Unberechenbarkeit des Systems bei. Wo Rechtssicherheit und Bestimmtheit propagiert wurden, entsteht – aufgrund der strafrechtssystemischen Ausweichmechanismen – vielmehr Rechtsunsicherheit. Dies kann nur damit verhindert werden, dass das politische System und das Strafrechtssystem ihren «Aufgabengebieten» treu bleiben bzw. ihre Grenzen respektieren. Das bedeutet unter anderem, dass die Strafzumessung von Expertinnen vorgenommen wird, die die Systematik des Strafrechts überblicken und denen ein adäquater Ermessensspielraum zugestanden wird.¹²⁶

Zu behaupten, die durch die Revision vorgeschlagenen Mindeststrafen würden das schweizerische Strafrecht völlig aus dem Lot bringen, wäre überzogen. Sie sind aber Ausdruck einer gefährlichen Entwicklung, ein untaugliches Instrument zur Erhöhung von Rechtsgüterschutz oder Normstabilität sowie in ihrer praktischen Wirkung beschränkt. Ein funktionierendes Strafrecht, bei dem sowohl Strafandrohung als auch verhängte Strafen ihre Wirkung entfalten, bedarf einer funktionalen Strafzumessung: Diese kann einer weiteren Verbreitung von Mindeststrafen entbehren.

126 Vgl. auch schon *M. Killias*, «Wissenschaftliche» Strafzumessung? Zur Rolle von Experten und anderen Menschen bei der Herstellung von Gerechtigkeit, ZStrR Sonderheft 2018, 77 ff., 83.