

Vorwort

Hans – oder vielmehr «Jonny», wie ihn alle nennen – Wiprächtiger ist eine herausragende Persönlichkeit. Er ist ein Richter mit Gespür und Engagement, wie er sich kaum wieder findet. Seine grosse Bekanntheit verdankt er darüber hinaus seinen unzähligen Referaten vor unterschiedlichstem Publikum und seinen vielen fachlichen Publikationen. Er ist unter anderem Mitherausgeber der Basler Kommentare zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zum Bundesgerichtsgesetz. Die Öffnung der Justiz war ein zentrales Anliegen für Jonny Wiprächtiger, der nie den Kontakt zu ändern scheute und selbst während seiner 20-jährigen Tätigkeit als höchster Richter des Landes «bodenständig» blieb. Er stand stets zu seiner Meinung, auch wenn dies Unstimmigkeiten in seinem Umfeld oder im eigenen Kollegenkreis zur Folge hatte. Mit seiner gewinnenden Art und seinem unermüdlichen Einsatz für die Sache konnte er dies immer wieder auffangen. Wer Jonny Wiprächtiger persönlich kennengelernt hat, erinnert sich an ihn.

Toujours agité – jamais abattu! So lautet die Inschrift über dem Pavillon Voltaire, dem ehemaligen Sitz des Internationalen Olympischen Komitees, die Jonny Wiprächtiger jeden Tag auf dem Weg zu seinem Büro sieht. Immer bewegt – nie am Boden! Der Titel dieser Festschrift ist nicht zufällig gewählt. Er bringt Jonnys Wesen und Wirken vielmehr in einem Satz auf den Punkt.

Zahlreiche Freunde und berufliche Weggefährten von Jonny Wiprächtiger haben in ihren interessanten Ausätzen Themen behandelt, die den Jubilaren immer besonders interessierten. In diesen Bereichen hat Jonny vor allem während seiner Tätigkeit als Bundesrichter gewirkt und nachhaltige Spuren hinterlassen.

Die Herausgeber

Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli/Marc Thommen

Dank

Einen besonders herzlichen Dank möchten wir dem Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und damit Men Haupt aussprechen, mit deren grosszügiger Unterstützung diese Festschrift ermöglicht wurde. Daneben danken wir der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie (SAK) für die finanzielle Unterstützung dieser Hommage an ihren ehemaligen Präsidenten und Herrn Prof. Peter Forstmoser, den Vertretern des Lotteriefonds des Luzerner Justiz- und Sicherheitsdepartements sowie den Zürcher Rechtsanwälten Vera Delnon und Bernhard Rüdy für den ausserordentlichen finanziellen Beitrag. Diese Festschrift und deren festliche Übergabe wären aber auch nicht zustande gekommen ohne die finanziellen Beiträge von Familienangehörigen, Freunden und beruflichen Weggefährten von Jonny Wiprächtiger. Besonders erwähnt werden sollen sein ältester Kollege und Freund Bernhard von Moos, die Luzerner Rechtsanwälte Michael Gnekow, Erwin Grüter, Bruno Häfliger, Beat Hess und Jürg Purtschert, der Zürcher Rechtsanwalt Marc Richter, der ehemalige Kollege am Obergericht Luzern und derzeitige Stadtpräsident Urs W. Studer, der ehemalige Oberrichter Michael Kreienbühl und die Maskenliebhaber-Gesellschaft der Stadt Luzern, der ehemalige Zuger Regierungsrat Hanspeter Uster, der ehemalige Direktor der Strafanstalt Wauwilermoos Hans Studer, der Sportkollege Nationalrat Georges Theiler sowie nicht zuletzt seine Ehefrau Yvonne und sein Sohn Andreas.

Unser Dank gilt schliesslich den Autoren, welche die Festschrift mit ihren hochstehenden und interessanten Beiträgen zu einem lesenswerten Werk gemacht haben. Sie haben alle damit ihre Wertschätzung des Jubilars zum Ausdruck gebracht. Sehr wertvoll waren auch die geduldige Hilfe der Verlagslektorin Joëlle Monney sowie die unermüdliche Betreuung der Manuskripte durch die Assistentinnen des Lehrstuhls für Strafrecht der Universität Freiburg, Celine Schenk sowie Nadine Hagenstein.

Die Herausgeber

Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli/Marc Thommen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Dank	VI
Autorenverzeichnis	XI
Ausgewählte Schriften	XV
Ad personam	1
Ein engagierter Pragmatiker wider den Zeitgeist	3
<i>von Roland Wiprächtiger</i>	
Der Richter und sein freier Spruch	9
<i>von Urs Paul Engeler</i>	
Strafgesetzbuch (StGB)	13
Erneute Änderungen des Sanktionenrechts?	15
<i>von Felix Bommer/Günter Stratenwerth</i>	
Zur geplanten Sanktionenreform: Rechtsstaatlich problematisch, faktenblind, teuer und ohne präventiven Effekt	29
<i>von Franz Riklin</i>	
Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB)	37
<i>von Christian Schwarzenegger</i>	
Strafprozessordnung (StPO)	55
Das Geständnis – «Gesteh, sie schweigt»	57
<i>von Andreas Brunner</i>	
Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren	73
<i>von Andreas Donatsch/Mirjam Frei</i>	
Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht	87
<i>von Marc Thommen</i>	
Die Auslieferungshaft: Ein abwegiger «Regelfall»	101
<i>von Gerhard Fiolka</i>	

Richterliche Entscheidungsfindung/Gutachten	119
Richterliche Normenkritik in der Rechtsfindung	121
<i>von Peter Albrecht</i>	
Die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess als systemische Notwendigkeit	143
<i>von Dorothe Lognowicz/Stefan Wiprächtiger</i>	
Von Königen, Wappentieren, Ringen und Ratten <i>oder</i> Die Anwendung bibliometrischer Methoden zur Evaluation rechtswissenschaftlicher Forschung	163
<i>von Christof Riedo</i>	
Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts	177
<i>von Marianne Heer</i>	
Der Einfluss aussagepsychologischer Mindeststandards auf das Strafverfahren – Ein transnationaler Blick zurück und voraus	207
<i>von Axel Boetticher</i>	
Vom Bauchgefühl über die Glaubwürdigkeit der Person zur Glaubhaftigkeit der Aussage – der beschwerliche Weg der Aussagepsychologie in den Gerichtssaal	223
<i>von Volker Dittmann</i>	
Von der empirischen Wahrscheinlichkeit zur juristischen Entscheidung – Risikomanagement im forensischen Dialog	237
<i>von Norbert Nedopil/Sebastian Wittmann</i>	
Besondere Aspekte der psychiatrischen Begutachtung beim Vorwurf des Sozialversicherungsbetrugs	251
<i>von Martin Kiesewetter</i>	
Angehörige der Justiz und ihr Auftrag	263
Zur gut scheinenden Verwendung des Juristen – eine linkswissenschaftliche Abhandlung	265
<i>von Vera Delnon</i>	
Politisches Engagement und die Unbefangenheit des Richtens	281
<i>von Karl-Ludwig Kunz</i>	
Der Richter und sein Gerichtsschreiber	295
<i>von Stefan Heimgartner</i>	

Zum Rollenverständnis von Richtern und Strafverfolgern	307
<i>von Martin Ziegler</i>	
Die Pflichten der Strafverteidigung	315
<i>von Urs Rudolf</i>	
Die Anwaltsprüfung – Eine persönliche Bestandesaufnahme	337
<i>von Heiner Eiholzer</i>	
Erwartungen an die Justiz/Justiz und Öffentlichkeit	353
Strafrecht und Kommunikation	355
<i>von Nadja Capus</i>	
Erwartungen der Öffentlichkeit an Gerechtigkeit und Enttäuschung über die Strafjustiz	367
<i>von Jörg M. Fegert/Nina Spröber/Lilith König/Liliane Kistler Fegert</i>	
Schutz der sexuellen Integrität durch Strafrecht in der Schweiz und in Deutschland, insbesondere bei Kindern und Jugendlichen	385
<i>von Günter Heine</i>	
Strafjustiz in der Mediengesellschaft – die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen	411
<i>von Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder</i>	
Medial bedingte Befangenheit staatlicher Akteure und rule of law	427
<i>von Urs Saxer/Annja Mannhart</i>	
Kriminologie/Strafvollzug	449
Prävention gegen Jugendgewalt	451
<i>von Peter Aebersold</i>	
Gewaltdelikte schweizerischer Jugendlicher in München	469
<i>von Heinz Schöch</i>	
Strafe ohne Wirkung?	487
<i>von Beat Hensler</i>	
«Nouvelle pénologie» et pressions sécuritaires sur les prisons	511
<i>par Nicolas Queloz</i>	
Hungerstreik und Zwangsernährung im Freiheitsentzug	523
<i>von Benjamin F. Brägger</i>	

Rechtstheoretisches/Rechtsphilosophie/Religion	537
Inquisizione, inquisiti, inquisitori: spigolature giusletterarie fra Fëdor Dostoevskij, Umberto Eco e Valerio Evangelisti	539
<i>di Roy Garré</i>	
Ungerechtigkeit als Leitlinie für die Definition der Gerechtigkeit	559
<i>von Mario Postizzi</i>	
Personalität und Zurechnung von der Aufklärung bis zur Philosophie des Idealismus	575
<i>von Kurt Seelmann</i>	
Religion und Recht	587
<i>von Hans Giger</i>	
Grund- und Menschenrechte religiöser Minderheiten	613
<i>von Giusep Nay</i>	
Verschiedenes	619
Das Wirtshausverbot im Strafgesetzbuch	621
<i>von Stefan Keller</i>	
La femme est-elle véritablement l'égale de l'homme?	647
<i>par André Kuhn/Joëlle Vuille</i>	
Jonny, der Fussball und das Bundesgericht – ein Saunabericht	663
<i>von Peter Uebersax/Nils Stohner</i>	
Das Volk hat immer recht	697
<i>von Daniel Fink</i>	
Vom Beijinger Seidenmarkt zum chinesischen Kulturgüterexport	709
<i>von Harro von Senger</i>	

Autorenverzeichnis

AEBERSOLD PETER, Prof. Dr. iur., emeritierter Professor an der Universität Basel, Lehrbeauftragter an den Universitäten Luzern und Bern

ALBRECHT PETER, Prof. Dr. iur., Professor an den Universitäten Basel und Bern

BOMMER FELIX, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Luzern

BOETTICHER AXEL, Dr. iur., eh. Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

BRÄGGER BENJAMIN FREDERICK, Dr. iur., Lehrbeauftragter an den Universitäten Bern und Lausanne, Geschäftsführer CLAVEM GmbH für Expertise und Beratung im Freiheitsentzug, Bösingen

BRUNNER ANDREAS, Dr. iur., Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich

CAPUS NADJA, PD Dr. iur., Privatdozentin an der Universität Basel

DELNON VERA, Dr. iur., Rechtsanwältin in Zürich

DITTMANN VOLKER, Prof. Dr. med., Professor an der Universität Basel

DONATSCH ANDREAS, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich, Richter am Kassationsgericht des Kantons Zürich

EIHOLZER HEINER, Dr. iur., Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern

FEGERT JÖRG M., Prof. Dr. med., Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/ Psychotherapie, Universitätsklinikum Ulm

FINK DANIEL, Dr. sc. ed., Gefängnisforscher in Neuchâtel

FIOLKA GERHARD, Dr. iur., Lektor an der Universität Freiburg

FREI MIRJAM, Dr. iur., Gerichtsschreiberin i.V. am Bezirksgericht Zurzach

GARRÉ ROY, PD Dr. iur., Richter am Bundesstrafgericht, Bellinzona

GIGER HANS, em. Prof. Dr. iur. et Dr. phil. I, Rechtsanwalt, ehemaliger Titularprofessor an der Universität Zürich und Gastprofessor an der Universität Fribourg

HEER MARIANNE, Dr. iur., Oberrichterin am Obergericht des Kantons Luzern

HEIMGARTNER STEFAN, PD Dr. iur., Staatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

HEINE GÜNTER, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Bern

HENSLER BEAT, lic. iur., Kommandant der Luzerner Polizei

KELLER STEFAN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Schweizerischen Bundesgericht

KIESEWETTER MARTIN, Dr. med., Forensischer Psychiater in Zürich

KISTLER-FEGERT LILIANE, lic. iur., Leiterin der Verkehrsmedizinischen Massnahmen und Kontrollen, Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich

KÖNIG LILITH, Dr. phil., Fakultät für Sonderpädagogik – Reutlingen, Institut für allgemeine Sonderpädagogik, Pädagogische Hochschule Ludwigsburg

KUHN ANDRÉ, Prof. Dr. iur., Professor an den Universitäten Lausanne, Neuchâtel, Genève

KUNZ KARL-LUDWIG, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Bern

LOGNOWICZ DOROTHE, MLaw, Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Freiburg

MAEDER STEFAN, MLaw Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Freiburg

MANNHART ANNJA, lic. iur., Wissenschaftliche Assistentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

NAY GIUSEP, Dr. iur., ehemaliger Bundesgerichtspräsident

NEDOPIL NORBERT, Prof. Dr. med., Psychiatrische Klinik der Universität München

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

POSTIZZI MARIO, lic. iur., Rechtsanwalt in Lugano

QUELOZ NICOLAS, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

RIEDO CHRISTOF, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

RIKLIN FRANZ, Prof. em. Dr. iur., Emeritus der Universität Freiburg

RUDOLF URS, lic. iur., Rechtsanwalt, Emmenbrücke

SAXER URS, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich

SCHÖCH HEINZ, Prof. Dr. iur., em. Professor für Strafrecht, Kriminologie, Strafvollzug und Jugendstrafrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

SEELMANN KURT, Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Professor an der Universität Basel

SPRÖBER NINA, Dr. rer. nat., Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie, Universitätsklinikum Ulm

STOHNER NILS, Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Schweizerischen Bundesgericht

STRATENWERTH GÜNTER, Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c., Emeritus der Universität Basel

THOMMEN MARC, RA Dr. iur., LL.M., Universität Luzern

UEBERSAX PETER, PD Dr. iur., Advokat, Gerichtsschreiber und Wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht

VON SENGER HARRO, Prof. Sinologie, Freiburg in Breisgau

VUILLE JOËLLE, lic. iur., LL.M., Wissenschaftliche Assistentin, Institut de criminologie et du droit pénal, Université de Lausanne

WIPRÄCHTIGER ROLAND, lic. iur., Richter am Verwaltungsgericht Luzern

WIPRÄCHTIGER STEFAN, MLaw, Universität Freiburg

WITTMANN SEBASTIAN, cand. med. Universität München

ZIEGLER MARTIN, Dr. iur., Kantonsgerichtspräsident, Schwyz



Der Pavillon Voltaire im Park Mon Repos. Ehemaliger Sitz des olympischen Komitees mit der Inschrift an der Fassadenspitze unter dem Dach: «Toujours agité – jamais abattu!»

Ausgewählte Schriften

von Bundesrichter Dr. iur. h.c. Hans Wiprächtiger

1991

Luzerner Strafprozessordnung: Schwerpunkte der Teilrevision vom 26. Juni 1989, in: Richter und Verfahrensrecht: 150 Jahre Obergericht Luzern: Festgabe, Bern 1991, 351–430.

1993

Die Abklärung der Persönlichkeit des Beschuldigten: die Sicht des Richters, ZStrR 111/1993, 175–196.

Kriminalitätsexport? a) durch strafrechtliche Landesverweisung, b) durch fremdenpolizeiliche Aus- und Wegweisung, zusammen mit Andreas Zünd, in: Stefan Bauhofer/Nicolas Queloz (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Chur 1993, 399–411.

Kritikfähigkeit der Justiz oder: Ein verbessertes Verhältnis zwischen Justiz und Medien, in: René Schuhmacher (Hrsg.), Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik. Zürich 1993, 81–95.

1994

Das Massnahmenrecht der Expertenkommission – verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserter Schutz für die Allgemeinheit: (zur Vernehmlassung der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft zum Bericht und zum Vorentwurf der Expertenkommission: 4. Kapitel Massnahmen, Art. 59–69), ZStrR 111/1994, 405–426.

1995

Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, recht 13/1995, 143–150.

1996

Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 1996, 179–221.

Strafzumessung und bedingter Strafvollzug: eine Herausforderung für die Strafbehörden: (zur neueren Praxis des Bundesgerichts), ZStrR 114/1996, 422–468.

1997

Gewalt und Drohung gegenüber Beamten oder Angestellten im öffentlichen Verkehr unter besonderer Berücksichtigung des Bahnpersonals, SJZ 93/1997, 209–219.

1998

Das neue Vermögenstrafrecht und die Änderungen im Bereich der Konkurs- und Betreibungsdelikte, BLSchKG 62/1998, 1–21.

Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage, Basel 1998, 195–241.

1999

Entwicklungen im revidierten Vermögensstrafrecht, AJP 1999, 379–389.

Nouveaux développements de la jurisprudence du droit pénal économique révisé, übersetzt von Simone Bucher, Revue de l'avocat 1999, 14–18.

Aktuelle Praxis des Bundesgerichtes zum Sexualstrafrecht, ZStrR 117/1999, 121–151.

Das revidierte Vermögenstrafrecht und die Änderungen im Bereich der Konkurs- und Betreibungsdelikte, in: Paolo Bernasconi et al (Hrsg.), Diritto penale economico, atti della giornata di studio del 14 ottobre 1996, Lugano 1999, 67–94.

2000

Der Strafrichter und die Massenmedien, Plädoyer 18/2000, 28–31.

2001

Hans Wiprächtiger, werden Straftäter zu häufig verwahrt? Plädoyer 19/2001, 33.

Die Revision des Strafgesetzbuches, Freiheitsentziehende Massnahmen, Eine Bestandesaufnahme nach den Beratungen des Ständerates, AJP 2001, 139–146.

Haben Gutachten eine verfahrensentcheidende Bedeutung? in: Jörg M. Fegert (Hrsg.), Begutachtung sexuell missbrauchter Kinder, Neuwied 2001, 93–115.

Genügt der Strafprozess noch den heutigen Anforderungen an ein täter- und opfergerechtes Verfahren? (dargestellt an der Problematik der Ausnützung von

Abhängigkeitsverhältnissen), in: AGAVA (Hrsg.), Ausnützung von Abhängigkeitsverhältnissen, Zürich 2001, 69–87.

Strafrecht und Strafvollzug in der Krise? Jusletter, 15. Januar 2001.

2002

Strafbarkeit des Unternehmers: die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, AJP 2002, 754–762.

Bundesgericht und Öffentlichkeit: zum Verhältnis von Medien und Justiz, in: Dietmar Mieth et al. (Hrsg.), Recht – Ethik – Religion: der Spannungsbogen für aktuelle Fragen, historische Vorgaben und bleibende Probleme: Festgabe für Bundesrichter Dr. Giuseppe Nay zum 60. Geburtstag, Luzern 2002, 11–22.

Ausgewählte Fragen bei der Entlassung aus dem Strafvollzug und dem Massnahmenvollzug, zusammen mit Marianne Heer-Hensler, in: Andrea Baechtold et al. (Hrsg.), Brennpunkt Strafvollzug: Festschrift zum 25-jährigen Jubiläum des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal, Bern 2002, 51–75.

2003

Strafgesetzbuch I und II, Basler Kommentar, herausgegeben zusammen mit Marcel Alexander Niggli, Basel 2003.

Kommentar zu Art. 63–66 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar, Basel 2003.

Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Artikel 66^{bis} StGB: ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit? ZStrR 121/2003, 141–171.

Die Strafbarkeit des Arztfehlers, in: Walter Fellmann et al. (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich 2003, 233–259.

Bundesgericht und Öffentlichkeit: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Medien und Justiz, Anwaltsrevue 2003, 7–10.

2004

Recht und Richter, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 327–334.

Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit: eine Illusion? medialex 2004, 38–46.

2005

Grundzüge des neuen Massnahmenrechts 2002, in: John Nosedá et al. (Hrsg.), *La revisione della parte generale del codice penale, Atti della giornata di studio del 28 maggio 2004*, Basel 2005, 43–85.

Psychiatrie und Strafrecht: was erwartet der Jurist? in: Gerhard Ebner et al. (Hrsg.), *Psychiatrie und Recht*, Zürich 2005, 199–226.

Revision des Allgemeinen Teils des StGB: Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts, Überblick über diverse kleinere Neuerungen (Art. 1–33, 52–55a, 97–101 und 103–110 nStGB), *ZStrR* 123/2005, 403–437.

Der neue StGB AT: Teil I, Allgemeines, zusammen mit Christof Riedo, *Anwaltsrevue* 2005, 247–255.

2006

Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit auch im Untersuchungsverfahren: eine Illusion? in: Mark Pieth/Kurt Seelmann (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss*, Basel 2006, 101–112.

Die Beschwerde in Strafsachen, zusammen mit Marc Thommen, *AJP* 2006, 651–659.

2007

Strafrecht I und II, *Basler Kommentar*, 2. Auflage, herausgegeben zusammen mit Marcel Alexander Niggli, Basel 2007.

Kommentar zu Art. 47–48a, 50 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtinger (Hrsg.), *Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar*, 2. Auflage, Basel 2007.

Justiz und Medien – Erwartungen des Richters, Das Verhältnis zwischen Justiz und Medien, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.), *Justiz und Öffentlichkeit, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 7*, Bern 2007, 39–47.

Revision des Allgemeinen Teils des StGB, Die übrigen Neuerungen – ein Sammelurium, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/Band 8*, Bern 2007, 137–173.

«Kriminalisierung» der ärztlichen Tätigkeit? Die Strafbarkeit des Arztfehlers in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Medizin*, Bern 2007, 61–89.

Das geltende Sexualstrafrecht: Eine kritische Standortbestimmung, Aktuelle Praxis des Bundesgerichts zum Sexualstrafrecht 1999–2006, ZStrR 125/2007, 280–314.

Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts: Bemerkungen zu den Sanktionen und zum Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz, zusammen mit Sven Zimmerlin, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Basel 2007, 203–244.

Die Beschwerde in Strafsachen an die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts, zusammen mit Marc Thommen, in: SAV (Hrsg.), Bundesrechtsmittel, Schriftenreihe SAV Band 16, Bern 2007, 176–191.

2008

Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, herausgegeben zusammen mit Marcel Alexander Niggli und Peter Uebersax, Basel 2008.

Kommentar zu Art. 57–61 BGG, zusammen mit Stefan Heimgartner, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2008.

Der Richter in der Öffentlichkeit, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild: Wie sehen wir uns – wie werden wir gesehen? Bern 2008, 177–192.

Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Taugliche Instrumente? Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Freiheitsstrafe, bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung – Die Sicht des Bundesgerichts, ZStrR 126/2008, 364–390.

2009

Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht? Der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in der Praxis: eine Zwischenbilanz, AJP 2009, 1503–1517.

Gericht und Gerechtigkeit am Beispiel der Strafjustiz; in: Walter Barfuss et al. (Hrsg.), Gedanken zur Gerechtigkeit: Festschrift für Hans Giger zum 80. Geburtstag, Bern 2009, 77–92.

Härtere Strafen für Schnellfahrer? Genügen Gesetzgebung und Gerichtspraxis beim Umgang mit Rasern?, Strassenverkehr 2009, 5–15.

Kommentar zu Art. 100, 103, 107 f. ZG, in: Martin Kocher/Diego Clavadetscher (Hrsg.), Handkommentar zum Zollgesetz (ZG), Bern 2009.

2010

Öffentlichkeit und Justiz, in: Bernhard Ehrenzeller/Urs Saxer (Hrsg.), St. Galler Tagung zur Öffentlichkeitskommunikation des Staates, Recht und Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 65, St. Gallen 2010, 145–164.

Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, Forumpoenale 2010, 40–45.

Die Unabhängigkeit des Richters nach der neuen Eidgenössischen StPO, in: Christof Riedo et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, Basel 2010, 43–57.

Mehr Engagement der Strafjustiz für das revidierte Recht; in: Nadja Capus et al. (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bern 2010, 3–10.

Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: welcher Aufwand ist wirklich notwendig? die Sicht des Richters, in: Nadja Capus et al. (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bern 2010, 315–324.

Allgemeine Grundsätze, in: Marianne Heer (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/ Band 12, Bern 2010, 63–90.

2011

Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, herausgegeben zusammen mit Marcel Alexander Niggli und Marianne Heer, Basel 2011.

Kommentar zu Art. 4 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011.

Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. Auflage, herausgegeben zusammen mit Marcel Alexander Niggli und Peter Uebersax, Basel 2011 (im Druck).

Ad personam

Ein engagierter Pragmatiker wider den Zeitgeist

Gedanken zu meinem Bruder Hans Wiprächtiger

von ROLAND WIPRÄCHTIGER

I. Mein Bruder und ich

Zwischen 1962 und 1965 lebt Hans mehrfach während Monaten mit seinem vier Jahre jüngeren Bruder Roland in Wohngemeinschaft. Der Vater stirbt früh. Die Mutter muss immer wieder wegen eines Lungenleidens zur Kur. Die ältere Schwester ist schon verheiratet. So kommt es, dass Hans die Verantwortung trägt für den Jüngeren, der sich oft als pubertärer Störenfried und Rebell gebärdet. Dennoch führt diese Zeit nicht zur Entfremdung. Nach einigen Irrungen und Wirrungen entschliesst sich auch der kleine Bruder, endlich erwachsen zu werden. Er wendet sich ebenfalls der Juristerei zu und wird auch Richter. Und im Laufe langer Lebensjahre bildet sich zwischen den Brüdern ein freundschaftliches, auf gegenseitigem Respekt und Vertrauen beruhendes Verhältnis: In diesem Sinne nachfolgend einige Gedanken zu Hans Wiprächtiger aus brüderlicher Sicht.

II. Der Nicht-68er

Den Einstieg ins Berufsleben machte Hans Wiprächtiger, als die Jugend sich in Zürich im sogenannten Globuskrawall heftige Auseinandersetzungen mit der Polizei lieferte. Anlass dazu war der Entscheid der Behörden, das damals leer stehende Gebäude des Warenhauses Globus beim Hauptbahnhof nicht für ein autonomes Jugendzentrum zur Verfügung zu stellen. Es war dies der Auftakt für die 68er-Bewegung in der Schweiz. In Frankreich führten zur selben Zeit massive und zum Teil gewaltsame Studentenproteste beinahe zum Sturz der staatlichen Institutionen. Die Mai-Unruhen, welche von der Universität Sorbonne ausgegangen waren, hatten wochenlange, landesweite Streiks auch in der Arbeiterschaft zur Folge, welche durch die Androhung des Ausnahmezustandes schliesslich beendet wurden. In der Bundesrepublik Deutschland verunmöglichte das Aufbegehren der hauptsächlich studentischen Jugend mindestens zeitweise jeglichen ordentlichen Betrieb an der Alma Mater. Hans Wiprächtiger wurde jedoch kein «68er», blieb dem Aufstand – auch innerlich – fern.

Der zunehmend liberale Zeitgeist begann indes auch andere Gesellschaftsschichten zu beeinflussen. Vor allem im gut ausgebildeten städtischen Bürgertum fanden Ideen und Forderungen der 68er-Generation durchaus Sympathien und wurden übernommen, wenn auch bloss teilweise und nur in abgeschwächter Form. Sogar die katholische Kirche hatte mit den Beschlüssen des 2. Vati-

kanischen Konzils (Oktober 1962 bis Dezember 1965) eine gewisse Öffnung gegenüber den sich modernisierenden Gesellschaften eingeleitet. Insgesamt begannen sich in vielen Ländern vor allem Europas die autoritären, elitären gesellschaftlichen Systeme zu öffnen und ermöglichten grösseren Teilen der Bevölkerung eine Teilnahme am gesellschaftlich-politischen Prozess. Für Hans Wiprächtiger, der in einem christlich-sozialen Elternhaus aufgewachsen war, bedeuteten Ideen wie «Solidarität mit Schwächeren» oder «Integration statt Ausgrenzung» Teil eines unverzichtbaren Fundus, der sein Denken und Handeln zu beeinflussen begann. Werte wie Solidarität und Integration sind heute noch Eckpfeiler in seinem Schaffen. Entsprechend sieht er etwa den Rechtsstaat nicht von aussen oder gar von unten bedroht.

III. Der passionierte Richter

Ein Wesenzug von Hans Wiprächtiger – die Leidenschaft. Den Beruf des Richters übt er mit voller Hingabe aus, nicht immer zum Besten seiner persönlichen Befindlichkeit, so etwa manchmal, wenn es ihm nicht gelingt, die Kolleginnen und Kollegen von der Richtigkeit seiner Argumente zu überzeugen. Er akzeptierte auch, dass seine Familie nicht nach Lausanne umgepflanzt werden wollte, in Luzern wohnen blieb, als er 1989 an das Bundesgericht gewählt wurde. Die Passion für seinen Beruf – so ist zu vermuten – hat ihn die Distanz Lausanne-Luzern eher ertragen lassen.

Seit der Wahl ins Bundesgericht steht die Mitwirkung als Richter des Kassationshofs im Zentrum der Arbeit von Hans Wiprächtiger. Öffentliche Verhandlungen sind eher selten. Vor allem das Studium der Akten und der einschlägigen Literatur beschäftigt die Richter am «Mon Repos». Sie arbeiten meistens als Einzelkämpfer, ab und zu unterbrochen durch den Meinungsaustausch mit Kolleginnen und Kollegen oder dann auch manchmal durch harte Dispute bei der Entscheidungsfindung. Dennoch liebt Hans Wiprächtiger den Dialog und die Auseinandersetzung, denn als leidenschaftlicher Richter ist es nicht seine Art, aus vorgegebenen Prämissen kühl vermeintlich zwingende Schlussfolgerungen zu ziehen.

Als Amtsrichter erlebte er in jungen Jahren die Richtertätigkeit unmittelbar, etwa bei der Befragung von Angeklagten im Strafprozess oder der Eheleute im Scheidungsverfahren. Der Umgang mit Menschen stellte einen Schwerpunkt des damaligen Richterseins dar. Man kann sich gut vorstellen, dass er diese Seite des Richterberufs später ab und zu vermisst hat. Ende der 90er-Jahre war es ihm nochmals vergönnt, im Prozess gegen Friedrich E. Nyffenger und andere vor dem damaligen Bundesstrafgericht das Verfahren zu leiten.

A. Intermezzo I*

Der RichterIn und dem Richter wird ab und zu vorgehalten, das Recht entspreche oft nicht der Gerechtigkeit. Die Rechtsetzungs- aber auch die Justizorgane nähmen bloss Funktionen des gesellschaftlichen Überbaus wahr. Die gesellschaftlichen Entwicklungen würden, wo erforderlich, im Sinne der «classe politique» in Normen erfasst und diese entsprechend angewandt. Das ist nicht nur ein Hirngespinnst. So ist etwa Missbrauch nicht gleich Missbrauch. Wer zum Beispiel bloss des Geldes wegen jemanden ehelicht, wird nicht beeheligt, wohl aber diejenige Person, welche die Ehe vor allem wegen des Bleiberechts in der Schweiz eingeht. Und es wird nicht als Missbrauch wahrgenommen, wer durch das Hinterziehen von Steuern das Gemeinwesen schwer schädigt. Dies im Gegensatz zu Unregelmässigkeiten im Sozialbereich, obwohl die dadurch verursachten Schäden, welche vorab den Gemeinden entstehen, um ein vielfaches kleiner sind.

So kann es nicht verwundern, wenn bei Betroffenen die Überzeugung vorherrschen kann, Recht sei bloss Ausdruck der gerade herrschenden politisch-gesellschaftlichen Verhältnisse.

Für den Strafrichter Hans Wiprächtiger stellt unter anderem die Strafzumessung ein zentrales Thema dar. Mit anderen Vertreterinnen und Vertretern dieses Zweiges der Justiz ist er überzeugt, dass die Strafzumessung zu einer verhältnismässigen Strafe führen muss. Recht und Gerechtigkeit dürfen nicht allzu weit auseinanderklaffen. Darum ist wichtig, dass eine Straftat in einem grösseren Zusammenhang gesehen wird. Sie ist selten eine isolierte Erscheinung im Leben eines Täters, sondern erfolgt auf einem individuell-biografischen und einem gesamtgesellschaftlichen Hintergrund.

Im Gegensatz dazu steht der polternde, populistische Stammtisch, der seit einiger Zeit immer mehr Bereiche des gesellschaftlichen und politischen Lebens infiziert und erobert: «Wider die Kuscheljustiz!», «...mit härteren Strafen zur Gesundung unserer Gesellschaft beitragen...!». Dabei lässt sich die Unterstellung, dass härtere Strafen zu mehr Sicherheit führten gemäss aktuellen Forschungsergebnissen klarerweise nicht halten. Auch die medial immer wieder reproduzierte Behauptung, das Volk wünsche im Strafrecht eine härtere Gangart, hält einer näheren Überprüfung nicht stand. Trotzdem werden die Gesetze in immer kürzeren Abständen der «Meinung des Volkes» angepasst, allerdings nicht nur im Strafrecht. Dies obwohl die stetige Änderung von Gesetzen kein Vertrauen in die Rechtsordnung aufbauen kann – Beliebigkeit statt Rechtssicherheit.

* Dieses und die folgenden «Intermezzi» spiegeln die Sichtweise des Bruders, der als Verwaltungsrichter vorab im Ausländerrecht tätig ist.

B. Intermezzo II

Härtere Strafen überall, auch etwa im Bereich der Wirtschaftskriminalität? Die Bedrohungslage wird anders wahrgenommen. Nicht die Share-Holder, die blühende Unternehmen zerstört haben und damit Massenarbeitslosigkeit produzieren, nicht die Glücksritter in den Chefetagen der Grossbanken und anderer Finanzinstitute, die bar jeder Ethik und in Missachtung gesetzlicher Vorgaben mit den anvertrauten Geldern spekulieren und sich verzocken, weshalb deren Finanzinstitute teilweise mit Milliardenbeträgen der öffentlichen Hand gerettet werden müssen, bedrohen unsere Gesellschaft. Die Bedrohung kommt von aussen: Migrations-Ströme, Ausländer, Ausländerkriminalität. Hier besteht offenbar vor allem Handlungsbedarf, (noch) nicht durch eine Sonderstrafgesetzgebung, sondern durch die permanente Verschärfung des Ausländerrechts. Es bestehen sogar Bemühungen, das Bürgerrecht auf Probe einzuführen.

Richter und Richterinnen werden häufig mit der Frage konfrontiert, ob die Voraussetzungen für einen Entscheid in der Sache überhaupt vorliegen oder ob sich Nichteintreten rechtfertigen könnte, weil eine Sachentscheidsvoraussetzung fehlt. Mitunter entstehen dabei schwierige Abgrenzungsprobleme. Es gibt Richterpersonen, welche in dieser Situation dazu neigen, dem Rechtssuchenden den Zugang zum Verfahren zu verschliessen. Hans Wiprächtiger gehört nicht zu dieser Kategorie.

Ein Urteil muss transparent und sprachlich verständlich begründet sein, damit es überprüfbar ist. Indem Sprache nicht exklusiv und bloss für Wenige verständlich eingesetzt wird, erweisen die Gerichte dem Einzelnen und der Öffentlichkeit den gebührenden Respekt. Offenheit und Transparenz sind Maximen der Richtertätigkeit von Hans Wiprächtiger. Das ist wichtig in Zeiten, wo die staatlichen Institutionen zunehmend in Frage gestellt und sogar verhöhnt werden.

C. Intermezzo III

Unvorstellbar im Jahre 1968, dass dereinst Juristen (Anwälte, Professoren und auch Richter) zuvorderst stehen, wenn es den Rechtsstaat, wenn es die Grundrechte zu verteidigen gilt. Zur Zeit gehören sie zu den wenigen, die gegen den Zeitgeist des Populismus ankämpfen, der sich um Grundrechte nicht kümmert und diese mindestens gering schätzt. Das Volk, so sagt der Schlossherr aus Herrliberg (Schloss Rhäzüns) seit Jahrzehnten, hat immer recht. Dabei bedient sich der Volkstribun eines simplen Feindbildes: Die Linken und die Netten, die Ausländer, die Euroturbos – reduziert in der Wahlkampagne 2011 auf die «Andern». Nur die Anhänger des ehemaligen UBS-Verwaltungsratsmitgliedes und Ex-Bundesrates sind wahre Schweizer. Dabei scheint es eigentlich vor allem darum zu gehen, das Volkseinkommen und das Volksvermögen ungerechter zu verteilen sowie die Machtübernahme anzustreben, aber das Volk soll es nicht merken.

Immer öfter werden Minderheiten an den Rand gedrängt. So sollen etwa im Rahmen der 6. IV-Revision aktuell rund 800 Mio. Franken eingespart werden. Im Fokus steht die Wiedereingliederung von rund 17 000 IV-Rentnern und IV-Rentnerinnen in den ohnehin angespannten Arbeitsmarkt. Besonders unter Druck werden diejenigen IV-Rentner kommen, welche wegen eines organisch nicht erklärbaren Leidens eine Rente beziehen. Ein weiterer Schritt hin zur ent-solidarisierten Gesellschaft. Begriffe wie Solidarität verlieren so zusehends an Strahlkraft, werden unmodern. In diesem Sinne ist Hans Wiprächtiger ein Wertkonservativer. Seit jungen Jahren steht für ihn die Solidarität mit Mitmenschen, denen es weniger gut geht, im Zentrum seines Wertesystems. Diese Solidarität ist aber nicht selbstlos. Dadurch, dass Menschen nicht aus der Gesellschaft gedrängt werden, so ist er überzeugt, wird diese selbst gestärkt. Sein Selbstverständnis als Richter liegt vor allem darin begründet.

D. Intermezzo IV

Minderheiten werden zunehmend pönalisiert. Sozialhilfe-Empfängerinnen und -Empfänger, Invalide, Behinderte, Übergewichtige, Ausländer- und Ausländerinnen, Raucher- und Raucherinnen werden als Schmarotzer der Gesellschaft dargestellt. Es wird unterstellt, sie würden durch ihr Verhalten oder ihre bloss Existenz Mehrkosten verursachen und so die Gesellschaft schädigen. Mit dieser Ausgrenzungspolitik soll die Grundlage dafür geschaffen werden, das Solidaritätsprinzip etwa im Sozialversicherungswesen in Frage zu stellen oder gar abschaffen zu können.

IV. Das andere Leben des Richters

Sozialdemokrat: Hans Wiprächtiger war Sozialdemokrat und ist es auch heute noch. Von 1975 bis 1981 gehörte er dem luzernischen Grossen Rat an. Er war, so kann es wohl am besten umschrieben werden, ein pragmatischer Kantonspolitiker. Er liess sich vom Taumel der 68er nicht ergreifen. In seiner Haltung ist er sehr beständig. Später hat er sich aber auch nicht von modernistischen Strömungen irritieren lassen wie etwa vom Ökonomismus, der ebenfalls in der schweizerischen Sozialdemokratie seine Anhängerschaft hat(te) und die ökonomischen Faktoren bei der Einschätzung der gesellschaftlichen Entwicklung überbewertet. Noch weniger hat er sich vom neoliberalen Jargon zeitgeistiger Schwadronierer beeindrucken lassen.

Leselust: Hans Wiprächtiger liebt das Lesen, liebt die Bücher. Er mag gerne Geschichten, denn als Leser kann er sich deren Verlauf mit den eigenen Farben ausmalen. Poesie vermag ihn weit fortzuführen und ab und zu in seinem Innersten eine Saite zum Klingen zu bringen, wie sonst kaum etwas. Aber auch derbe Literaturkost ist ihm nicht fremd sowie der Schwank und manchmal liegt sogar ein Kriminalroman auf dem Nachttisch. Vermutlich ist es eine schier

unstillbare Neugierde, welche ihn immer wieder zum Lesen anstiftet: Wie lebte man früher, wie sieht es anderswo aus, wie geht man miteinander um, an anderen Orten, in anderen gesellschaftlichen Schichten. Er schenkt gerne Bücher, manchmal mit einem Augenzwinkern, immer aber möchte er dadurch auch andere teilhaben lassen an der Vielfältigkeit des Lesens.

Reiselust: Kaum ein Land, das Hans Wiprächtiger noch nicht bereist hat. In Europa, so wird gesagt, soll dies bloss auf Albanien und Moldawien zutreffen. Die Reisezeit wird jeweils bis auf die letzte Minute ausgekostet, nach der Rückkehr geht er vielfach noch mit dem Reisekoffer zur Arbeit. Die Reisen werden persönlich vorbereitet und höchst selten in einer grösseren Gruppe unternommen. Dabei ist sicherlich hilfreich, dass er auf Tipps und Anregungen, aber auch auf konkrete Hinweise seiner zahlreichen Bekannten und Freunde in aller Welt zurückgreifen kann. Von diesen Reisen kehrt er selten erschöpft, sondern meistens voller Tatendrang zurück. Es scheint, als ob die Auseinandersetzung mit dem Fremden, dem Andern, Hans Wiprächtiger neue Kräfte verleiht, ihn sogar manchmal richtiggehend beflügelt.

Nicht-Sportler: Hans Wiprächtiger ist kein Freund des Gesundheitswahns und deshalb kaum in Fitnesszentren anzutreffen. Schon eher lässt er es sich in einer Sauna wohl sein. Vor Jahren wurde er von vielen Seiten dazu gedrängt, den Nutzen und die Schönheit des Wanderns zu entdecken. Ab und zu beherzigt er diesen Ratschlag. Dann lässt er sich auf einen Berg fahren und wandert mehr oder weniger gemütlich zu Tal. Es ist auch nicht bekannt, dass er heute noch regelmässig eine Sportart betriebe. Nach wie vor aber liebt er es, sich am Fernseher Fussballspiele anzuschauen.

Nicht-Autofahrer: Hans Wiprächtiger hat keinen Führerausweis, kann nicht Auto fahren. Kaum aus Überzeugung, schon eher wegen einer Verkettung besonderer Umstände. Schon die Eltern fuhren nicht Auto. Dafür reiste die Familie, da der Vater Eisenbahner war, oft für wenig Geld mit dem Zug, manchmal sogar ins nahe Ausland. Noch als Student konnte Hans Wiprächtiger, als Sohn eines Bähnlers, mit einem äusserst preiswerten Monatsabonnement von Luzern nach Zürich pendeln. Später konnte er sich, wenn es unbedingt erforderlich war, von seiner Ehefrau Yvonne chauffieren lassen. Heute, da eine gewisse körperliche Bequemlichkeit auch ihn erfasst hat, kommt das häufiger vor.

Nichtabstinenzler: Hans Wiprächtiger ist überzeugter Nichtabstinenzler. Völlig zu Recht vermag er heute in dieser Lebenshaltung nichts Verwerfliches zu entdecken. Während in früheren Jahren möglicherweise noch ab und zu leise Zweifel an ihm nagten, wenn andere sich für einen Marathon oder mindestens eine Pilgereise nach Santiago de Compostela fit machten, ist er nun ohne jegliche Gewissensbisse den Freuden zugeneigt, die auch im Leben nach der Arbeitswelt wirklichen Genuss zu schenken vermögen.

In diesem Sinne, lieber Bruder, wohlan denn! Und danke.

Der Richter und sein freier Spruch*

Bundesrichter Hans Wiprächtiger hat den Fall Nyffenegger magistral erledigt: Die Justiz wurde nicht zur Bewältigung einer Politaffäre missbraucht

VON URS PAUL ENGELER

Selten hallte, wenn eine spektakuläre Polit-Affäre in Lausanne ihr juristisches Ende gefunden hatte, so viel Gleichklang durchs ganze Land: Beifall fast von allen Seiten, Kränze von den Prozessparteien, Lob sogar vom schuldig Gesprochenen, anerkennende Worte von Juristenkollegen. Doch den Gerichtspräsidenten entlässt die allgemeine Harmonie nicht in Ruhe oder Selbstzufriedenheit. Den Mann, der so souverän den politisch brisanten angeblichen Korruptionsfall Nyffenegger und Co. erledigt hat, belastet, dass er im Verfahren erste und letzte Instanz zugleich war: «Rechtsstaatlich einfach nicht ganz sauber.» Eigentlich, sagt Hans Wiprächtiger, sei der Fall, der allein ihn zweieinhalb Monate in Beschlag genommen hat, als juristische Bagatelle kein zwingender Kasus fürs Bundesstrafgericht gewesen: «Ein kantonales Tribunal hätte dies ebensogut beurteilen können; bei uns müssen tragischere Angelegenheiten zurückgestellt werden – vor allem hätten die Parteien dann noch eine Beschwerdeinstanz gehabt.»

Ist der gesellige, redselige Luzerner, der – als Farbtupfer im gedämpft-bedächtiger-grau-gediegenen Ambiente im «Mon-Repos» – heiter in Pullover und offenem Hemd durch die Gänge marschiert, der den Besucher mit weiten Armen empfängt und ihn fast umarmt, der sich nur für den Fototermin Krawatte und Kittel umhängt, ist der Ausbund an ansteckender Fröhlichkeit ein Cunctator? Versteckt sich hinter dem barocken Gemüt ein Zweifler, dem kurz nach Verkünden des beklatschten Urteils bereits nicht mehr so wohl ist? Stellt er seinen Spruch im «Bundesstrafprozess Nyffenegger, Furrer, Kronenberg und Heimoz», mit dem er politisch und juristisch Akzente gesetzt hat, schon in Frage?

I. Gehobene Banalität

«Zwar nicht in diesem Fall», meint der 56-jährige «überzeugte» Sozialdemokrat, der seit April 1990 im Büro 230 täglich drei bis vier Straffälle (von den jährlich 1300 des Kassationshofs) abschliessend zu entscheiden hat, «aber oft bin ich hin und her gerissen. Gewisse Passagen anderer Verdikte hätte ich ein paar

* Mit freundlicher Genehmigung der Weltwoche abgedruckter Artikel vom 4.11.1999, Ausgabe-Nr. 44, S. 18.

Wochen später anders abgefasst. Jeder macht Fehler.» Strafrichter Wiprächtiger, erklärt sein Parteikollege und Nachfolger am Luzerner Obergericht, Bruno Roelli, stelle stets das Einzelschicksal ins Zentrum: «Er glaubt an das Gute im Menschen.»

Das hindert ihn, ein Verfahren nach Schema F durchzuziehen. In den langen Wochen im Grossen Saal löste er mit seiner Methode des einfühlsamen Diskurses die Zungen, baute Spannungen ab, befriedete die gehässig bis böse aufeinander einhackenden Parteien, stützte den scheinbaren Skandal allmählich zurück in die Dimension der gehobenen Banalität. «Erstmals habe ich das Gefühl, korrekt und neutral behandelt zu werden», schnaufte nach den ersten Sessionen der Hauptangeklagte, Generalstabsobers aD Friedrich Nyffenegger, auf. Der während langer Jahre Geprügelte konnte Frust loswerden, durfte sprechen, so lange und so oft er wollte, nutzte die Gelegenheiten zur Imageverbesserung. Für den Berner Anwalt Conradin Bluntschli, Verteidiger des Ausstellungsgestalters Hans Kronenberg, war es «eine absolut ungewöhnliche, aber geniale Verhandlungsführung». Jede Partei habe jederzeit fast ohne Formalitäten Anträge und Beweismittel einbringen können, «ohne dass das Chaos ausgebrochen wäre». Ganz im Gegenteil: Zeitgenau brachte der lockere Menschenfreund den delikaten Handel über die Bühne – und erst noch mit einem glasklar formulierten, auch von Nicht-Juristen mühelos rezitierbaren Schuldspruch, der von allen akzeptiert ist, aber noch zu reden geben wird. Drei der vier Angeklagten wurden vollumfänglich freigesprochen; Nyffenegger wurde nur in höchstens einem Viertel der Anklagepunkte für schuldig befunden; von Bestechung, ungetreuer Amtsführung, Falschbeurkundung oder Urkundenunterdrückung ist keine Rede mehr. Die Deliktsumme schrumpfte von der behaupteten Million auf 45 000 Franken. Der Korruptionsskandal, den Ex-Bundesanwältin Carla Del Ponte herbeigeredet hatte, verkümmerte bei nüchterner Betrachtung zur peinlichen Spesenreiterei.

Wiprächtiger und seine vier kritischen Richterkollegen haben nicht nur den Wunsch der politischen Instanzen nach einem harten Verdikt abgeschlagen; sie haben die Methoden der Untersuchungsbehörde nachgerade zerpfückt: Die Anklageschrift etwa, verfasst von Rechthabern, welche die Bundesanwaltschaft immer noch als Staat im Staate begreifen, wurde als unbrauchbar zerzaust. Oder die von Del Ponte organisierten Bedingungen der Untersuchungshaft – drei Wochen lang, Nacht für Nacht, wurde der Oberst stündlich geweckt – sind «besonders belastende Umstände», die den Wert der Aussagen Nyffeneggers schmälerten. Schliesslich der Hammer, der den Ruf der forschen Dame demoliert: Die berühmte Medienkonferenz der Bundesanwältin habe zu einer «gravierenden Vorverurteilung Friedrich Nyffeneggers mit einer Quasi-Strafwirkung» geführt. Für das Bundesgericht war's ein unzulässiger Akt und Grund zur Milde.

«Dass solche Effekte zur Begründung einer Strafminderung herangezogen werden, ist ein Novum», geht indes der Zürcher Strafrechtsprofessor Jörg Rehberg auf mittlere Distanz zu seinem «geschätzten und tüchtigen Kollegen», mit dem er auf Weiterbildungsveranstaltungen regelmässig fachliche Kontroversen auszutragen pflege. Nach Rehberg müssen Straftaten nach einer möglichst einheitlichen Skala gesühnt werden – im Interesse der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit. Die allzu täterzentrierte Optik ritze die verbindliche Norm. Wiprächtiger kontert mit Artikel 63 des Strafgesetzbuches, wonach der Richter bei Ausfällung der Strafe «die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen» zu berücksichtigen habe. Dahinter steht eine andere Philosophie. In der Bibliothek des höchsten Richters steht – scheinbar griffbereit – Arno Placks «Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts», die 1974 Bibel vieler linker Juristen war: Das Strafrecht, so der Glaube der 68er, sei als Repressionsmittel des Väterstaats zu ersetzen durch Massnahmen, Betreuung, Resozialisierung. Böse seien nicht die Menschen, sondern das System.

II. Zuerst die Resozialisierung

Solche Ansichten hat «dr Jonny», wie der Kontaktmensch weitherum gerufen wird, in jenen bewegten Jahren zwar durchaus studiert, sich aber nicht zu eigen gemacht, wie er als Pragmatiker – «aus einem Theorie-Defizit heraus», wie er lacht – überhaupt immer Mühe gehabt habe, den ultralinken Debattierern bei der ultimativen Welterklärung zu folgen. Vom Nutzen des Strafrechts als Ordnungsfaktor ist er «felsenfest» überzeugt, doch dürfe es keine Schäden anrichten. Erste Intention sei darum nicht Verurteilung und Einweisung in Gefängnis und Zuchthaus, sondern Resozialisierung: «Auch wenn ich heute darob ausgelacht werde, den Glauben an die Wiedereingliederung Krimineller gebe ich nicht auf, davon ausgenommen sind skrupellose und gemeingefährliche Mörder.» Dies diene nicht nur dem Individuum, sondern auch der Gesellschaft.

Der Sohn aus christlichsozialem Haus, der sich über Politik (Grossrat in Luzern) und über die Militärjustiz (als Gefreiter im Eidgenössischen Militärkassationsgericht) bekannt machte, wehrt sich mit Beispielen gegen den Vorwurf, er sei damit allein auf Schonung der Täter aus: Schienen ihm Strafen der Vorinstanzen unangemessen tief, so setze er sie auch herauf. Anfang der neunziger Jahre versuchten er und seine Mitbundesrichter Martin Schubarth und Giuseppe Nay, eine helvetische Unité de doctrine bei der Strafzumessung herauszubilden. Das Ziel haben sie nicht erreicht. Aber der Druck aus Lausanne habe die Pflicht zur nachvollziehbaren und überzeugenden Begründung einer jeden Strafe beträchtlich erhöht, sagt der Luzerner Oberrichter Roelli: «Eine der nachhaltigen Leistungen Wiprächtigers.»

Beim letzten grossen Politprozess in Lausanne – der strafrechtlichen Beurteilung der Amtsgeheimnisverletzung durch Bundesrätin Elisabeth Kopp

und zwei Mitarbeiterinnen – wurden Anfang 1990 juristische Konstrukte von Ahnungslosigkeit bis «Rechtsirrtum» bemüht, um die Magistratin und ihre Crew nicht verurteilen zu müssen. Nach dem Verdikt der Richter – präsiert vom Vorgänger Wiprächtigers – tobte die öffentliche Debatte heftiger als vorher; Rechtsgelehrte jeder Couleur schüttelten ihre Köpfe über Prozess und Urteil.

Ganz anders beim Ende der Affäre Nyffenegger, die ihren Anfang nahm bei der Inszenierung der Diamant-Feiern zur Überhöhung der Rolle der Schweizer Armee und der Vollmacht, die dem Macher-Obersten fahrlässig erteilt wurde. Die konsequente Achtung der Rechtsstaatlichkeit hat verhindert, dass die Justiz auch in diesem Fall Erfüllungsgehilfin der Politik wurde. Zwar wird die politische Aufarbeitung der militärischen Propaganda-Show weiter ausbleiben. Dank Wiprächtiger stehen wenigstens nicht kleine Ausführende als Schuldige da.

Das Strafrecht, warnen besorgte Juristen regelmässig, eigne sich nicht zur politischen Bewältigung der Vergangenheit. Wird es nur sorgfältig und schlüssig angewendet, kann dies gar nicht geschehen, bleibt die Justiz frei. Das ist die Lehre, die zu ziehen ist.

Strafgesetzbuch (StGB)

Erneute Änderungen des Sanktionenrechts?

VON FELIX BOMMER/GÜNTER STRATENWERTH

Hans Wiprächtiger – oder Jonny (ohne h), wie er sich lieber nennt und nennen lässt – hat sich von Anfang an vehement für das 2007 eingeführte neue System der strafrechtlichen Sanktionen eingesetzt und zweifellos auch in der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wesentlich zu den wegweisenden Entscheiden beigetragen, die seine Anwendung in der Praxis sehr erleichtert haben. Genannt seien hier von seinen öffentlichen Stellungnahmen nur der frühe Überblick über die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum neuen Recht der Sanktionen¹ und dessen wiederholte Verteidigung². Es überrascht daher nicht, dass er sich nun auch zum Vorentwurf des Bundesrates zu (erneuten) Änderungen des Sanktionenrechts vom 30. Juni 2010³ in der Frage der bedingten Geldstrafen dezidiert ablehnend geäußert hat⁴. Die Autoren des nachfolgenden Beitrags möchten ihn, in hoher Wertschätzung seiner Person und seiner Arbeit, im Widerstand gegen diese Revision unterstützen. Auch wenn dieser Widerstand, im Blick auf das erfolgreiche Bestreben mancher Exponenten der Öffentlichkeit, das Unbehagen am neuen Recht politisch auszubeuten, vergeblich sein könnte, sollte sich die Wissenschaft nicht dem Vorwurf aussetzen, geschwiegen zu haben.

I. Ausgangslage

Die 2007 in Kraft getretene Revision des Allgemeinen Teils des StGB war, was das neue System der strafrechtlichen Sanktionen betrifft, schon damals von einer langen Leidensgeschichte gezeichnet. Weitreichende Auseinandersetzungen hatten sich bereits im Vorfeld des bundesrätlichen Entwurfs abgespielt, so etwa über die Einführung eines richterlichen Fahrverbots als neuer Hauptstrafe.⁵ Noch vor Inkrafttreten der Revision führten dann massive Fehler des

- 1 WIPRÄCHTIGER, Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches – taugliche Instrumente?, ZStrR 2008, S. 364 ff.
- 2 WIPRÄCHTIGER, Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht?, AJP 2009, S. 1503 ff.; DERS., Streitgespräch mit A. Brunner, «Das neue Strafrecht ist ein Geschenk an die Täter», plädoyer 1/2009, S. 8 ff.
- 3 BBl 2010 4650. Vernehmlassungsunterlagen: Erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 30.6.2010, und zugehöriger Vorentwurf, abrufbar unter <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pdependent.html>.
- 4 Interview mit der «Neuen Luzerner Zeitung» vom 6.7.2010.
- 5 Vorentwurf der Expertenkommission (1993), Art. 45; dazu Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21.9.1998, BBl 1999 1979 ff. (2058 f.).

Parlaments zur Notwendigkeit von «Nachbesserungen», also einer weiteren Revision. Sie hat die Kritik am neuen Recht jedoch nicht verstummen lassen. Das EJPD hat daher den Mitgliedern der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) schon am 26. März 2009, gut zwei Jahre nach Inkrafttreten, einen Fragebogen zugestellt, in welchem diese nach ihren Erfahrungen mit dem neuen Strafsystem befragt wurden.⁶ Es folgte eine Sondersession des Nationalrats am 3. Juni 2009, in der zahlreiche auf eine weitere Revision gerichtete parlamentarische Vorstösse angenommen worden sind.⁷ Der Ständerat hat sie teils abgelehnt, teils in Prüfungsaufträge umgewandelt.⁸ Auf diese Weise unter Druck geraten, hat der Bundesrat jenen eingangs genannten Vorentwurf (zit. VE 2010) zu erneuten Änderungen des Sanktionenrechts vorgelegt.

Im Brennpunkt der Kritik steht bei alledem *das* Kernelement der Revision von 2007: die weitgehende Ablösung kurzer Freiheitsstrafen durch Geldstrafen oder gemeinnützige Arbeit. Um diese Ablösung, mithin um das Verhältnis zwischen Freiheits- und Geldstrafe, kreisen all die Anfechtungen, denen sich die Neuerung seither ausgesetzt sieht. Dabei mögen sie im Einzelnen variieren, in der Sache geben sie über weite Strecken ein und derselben Befürchtung Ausdruck: dass das neue Strafrecht bis in den mittleren Delinquenzbereich hinein die nötige Ernsthaftigkeit verloren habe. Als Reaktion darauf vollzieht der VE 2010 einen eigentlichen Paradigmenwechsel: Hatte der Bundesrat noch in der Botschaft von 1998 dafür gehalten, dass kurze Freiheitsstrafen (unter sechs Monaten) nur noch ausnahmsweise zur Anwendung gelangen sollten, weil sie eine «kostspielige Freizeitstrafe» darstellten und nicht die Übelszufügung im Zentrum des strafenden Zugriffs stehen könne, sondern die Resozialisierung,⁹ so ist der gleiche Bundesrat nun, wenig mehr als zehn Jahre später, der «Überzeugung, dass kurze Freiheitsstrafen gewisse Täter besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten und Freiheitsstrafen die Vergeltungsbedürfnisse der Rechtsgemeinschaft besser zu befriedigen vermögen als blosse Geldstrafen».¹⁰ Und statt dass kurze Freiheitsstrafen im Normalfall durch die Geldstrafe oder die gemeinnützige Arbeit ersetzt werden,¹¹ soll nunmehr das Gericht frei darüber befinden, ob eine Geld- oder eine Freiheitsstrafe auszusprechen sei.¹² Schon diese abrupte Änderung der kriminalpolitischen Grundhaltung lässt an ihrer

6 Ergebnisse dieser Umfrage betreffend die ersten Erfahrungen mit dem revidierten AT StGB unter www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/umfrageergebnisse, Bundesamt für Justiz (BJ), August 2009.

7 AB NR 2009 987.

8 AB SR 2009 1304; AB SR 2010 1022.

9 Botschaft 1998 (Fn. 5), 2043.

10 Erläuternder Bericht (Fn. 3), 9 f.

11 So die Botschaft 1998 (Fn. 5), 2032 ff.

12 Erläuternder Bericht (Fn. 3), 10.

Berechtigung zweifeln, und diese Zweifel werden zur Gewissheit, wenn man fragt, worauf sie sich stützt. Dabei muss man zuvor noch einmal in aller Deutlichkeit sagen, dass die Regelungen, die jetzt im Parlament in der genannten Sondersession massive Kritik erfahren haben, von *diesem selbst geschaffen* worden sind.

II. Die Steine des Anstosses

Was zunächst Freiheitsstrafen unter sechs Monaten anbetrifft, so sah der bundesrätliche Entwurf vom 21. September 1998 sie, im Einklang mit den Vorschlägen der Expertenkommission, durchaus vor: Die Freiheitsstrafe sollte, wie nach heute geltendem Recht, nur «in der Regel» mindestens sechs Monate betragen (Art. 40 E 1998), eine vollziehbare Freiheitsstrafe unter sechs Monaten aber, wiederum wie nach geltendem Recht, sehr wohl, wenn auch nur ausnahmsweise, zulässig sein (Art. 41 E 1998). Das galt auch für *bedingte* Strafen. Hier versteckte sich die Möglichkeit, den Vollzug einer Strafe auszusetzen, die im Falle des Widerrufs eine Freiheitsstrafe hätte sein können, allerdings in dem neuen Institut des Aussetzens der Strafe (Art. 42 E 1998), das schon in der Vernehmlassung offenkundig vielfach nicht verstanden worden ist und das der Ständerat deshalb, mit Zustimmung der damaligen Departementsvorsteherin, als «zu kompliziert» gestrichen hat.¹³ Zur Schliessung dieser Lücke hätte die Möglichkeit, kurze Freiheitsstrafen bedingt auszusprechen, in Art. 42 verankert werden müssen. Das ist nicht geschehen. Vielmehr hat hier zunächst der Nationalrat aus unbekanntem Gründen¹⁴ die Untergrenze von «*mindestens sechs Monaten*» eingefügt,¹⁵ und der Ständerat hat dem im Differenzbereinigungsverfahren diskussionslos zugestimmt.¹⁶ *Deshalb* gibt es keine bedingten kurzen Freiheitsstrafen mehr – und das war, wie schon wiederholt hervorgehoben, ein schwerer Fehler des Parlaments.¹⁷ Die Praxis kann diese Lücke nur durch bedingte Geldstrafen schliessen, von denen sie im Voraus weiss, dass sie im Widerrufsfalle voraussichtlich nicht vollzogen werden können.

Die heftigste Ablehnung richtet sich allerdings gegen die gesetzliche Vorgabe, Geldstrafen (und gemeinnützige Arbeit) «*in der Regel*» bedingt auszusprechen (Art. 42). Aber auch dies geht, wie gleichfalls schon mehrfach dargestellt,¹⁸ auf

13 AB SR 1999 1116 f.

14 Aber vermutlich in der Meinung, solche Strafen seien nunmehr entbehrlich.

15 AB NR 2001 556.

16 AB SR 2001 509.

17 STRATENWERTH, Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 2004, S. 159 ff. (164 f.); DERS., Das neue Recht – eine Herausforderung an die Praxis, in: Heer-Hensler (Hrsg.), Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, Bern 2007, 207 ff. (209 f.); DERS., Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil II, 2. Aufl. 2006, § 5 N 17.

18 STRATENWERTH, Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Niggli/Queloz (Hrsg.), Strafjustiz und Rechtsstaat – Justice pénal et État de droit, Zürich 2003,

einen groben gesetzestechnischen Fehler in der parlamentarischen Beratung zurück. Hinzuzufügen bleibt nur, dass jene verunglückte Regelung damals im Plenum von Ständerat¹⁹ und Nationalrat²⁰ angenommen worden ist, ohne dass einer der Parlamentarier, die sie nun so heftig kritisieren, abweichende Anträge gestellt hätte. Und auch bei den von Bundesrat Blocher zunächst abgelehnten, dann aber im Jahr 2005 doch noch eingeleiteten «Nachbesserungen» der Revision hat das Parlament *nicht* die Gelegenheit ergriffen, jene schweren Mängel des Gesetzes durchgreifend zu beheben.²¹ Die Nachbesserungen waren schon, wie vom Bundesrat in der Eintretensdebatte zu hören war, auf «einen gewissen Widerstand der Verwaltung, welche dieses Gesetz gemacht» hatte, und ebenso des Parlaments gestossen.²² Davon zeugte denn auch die zugehörige Botschaft vom 29. Juni 2005, die nicht vor der Bemerkung zurückgeschreckt war, die Kritik an der «Schnittstellenproblematik» beruhe «auf einer unvollständigen Anwendung und einer eigenen [also wohl falschen!?] Interpretation des neuen Sanktionensystems»²³. Unter diesen Umständen war es für das Parlament, auch noch unter Zeitdruck, wohl unvermeidlich, sich mit der abstrusen Verlegenheitslösung abzufinden, die der Bundesrat vorgeschlagen hatte: in Gestalt der Möglichkeit, bedingte Geld- oder Arbeitsstrafen mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse zu verbinden (Art. 42 Abs. 4).²⁴

All dies ist allerdings kein zureichender Grund, nunmehr das Kind mit dem Bade auszuschütten: durch eine erneute Revision, die, ausser bei der Zumesung der Geldstrafe, auf die vollständige Rücknahme der in zwanzigjährigen Bemühungen erarbeiteten Neugestaltung des Systems der strafrechtlichen Sanktionen im unteren Deliktsbereich hinausläuft. Das zeigen bereits die ersten Befunde zur Realität des neuen Rechts, gesehen unter dem Blickwinkel der Feststellungen, die schon in der Botschaft 1998 nachzulesen sind.

III. Erste Erfahrungen mit dem neuen Recht

Diese Realität gibt zunächst, anders als das in der Sondersession des Nationalrats vom Juni 2009 von mancher Seite dargestellt worden ist,²⁵ nicht den

S. 9 ff. (14 ff.); DERS., ZStrR (Fn. 17), S. 160 ff.; DERS., Nochmals: die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 2005, S. 235 ff. (236 f.); DERS., AT II (Fn. 17), § 5 N 48; STRATENWERTH, in: Heer-Hensler (Fn. 17), S. 210 f.

19 AB SR 1999 1117.

20 AB NR 2001 556.

21 Dazu STRATENWERTH, in: Heer-Hensler (Fn. 17), S. 211 f.

22 AB SR 2005 1143.

23 BBl 2005 4699. Über eine weniger «eigene» Interpretation teilt die Botschaft nichts mit.

24 Dabei schloss der bundesrätliche Entwurf nicht einmal die Möglichkeit aus, mit einer bedingten Geld- oder Arbeitsstrafe eine weitere *bedingte* Geldstrafe zu verbinden (STRATENWERTH, ZStrR 2005 [Fn. 18], S. 238 f.).

25 Vgl. vor allem das Votum STAMM, AB NR 2009 992 f.

geringsten Anlass zur Panik.²⁶ Die Verurteilungszahlen aus der Zeit nach der Revision bewegen sich im Bereich derjenigen aus dem alten Recht. Vergleicht man das Jahr 2005 mit 2008²⁷ und 2009, so ist bei den Betäubungsmittel-delikten ein Rückgang²⁸ und im Bereich des StGB eine ambivalente Entwicklung²⁹ zu verzeichnen. Die Verurteilungszahlen für das AuG und das SVG sind angestiegen, wobei für Letzteres intensivere Polizeikontrollen verantwortlich gemacht werden.³⁰ Es ist auch keineswegs so, dass die Praxis nicht mit den verunglückten Regelungen, vor allem dank der Notlösung des Art. 42 Abs. 4 StGB, einigermaßen zurechtgekommen wäre. 2008 ist bei 80% der Verurteilungen eine unbedingte Geldstrafe oder eine bedingte Strafe in Verbindung mit einer Busse ausgesprochen worden, und bei weiteren 10% bestand die Sanktion ohnehin in einer unbedingten Freiheits- oder Arbeitsstrafe.³¹ Das heisst insgesamt, dass nur 10% aller Urteile ohne eine für den Betroffenen unmittelbar fühlbare Reaktion geblieben sind (während es 2005 unter altem Recht noch über 20% waren³²). Wie die Mehrheit der Kantone unter diesen Umständen die Erfahrung mittelmässiger oder geringer Präventivwirkung bedingter Geldstrafen gemacht haben könnte,³³ und dies im Verlauf von zwei Jahren, in denen sie überhaupt erst angedroht worden sind, ist unerfindlich. Erst recht fehlt noch jede Vorstellung davon, was eine nach Tagessätzen bemessene Geldstrafe, wenn sie irgendwann vollzogen werden sollte, in der Realität für den Betroffenen bedeutet.

Aber noch wenn sich die in der Strafurteilsstatistik abgebildete Entwicklung anders darstellen würde: Methodisch steht seit langem ausser Frage, dass es nicht möglich ist, den Einfluss von Änderungen des Strafrechts auf die Kriminalitätsentwicklung in dieser oder jener Richtung genauer zu bestimmen. Die Begehung von Straftaten ist ein von zahlreichen (um nicht zu sagen *zahllosen*)

26 Ebenso PIETH, Kommt es in der Schweiz zu einer «moral panic»? , Anwaltsrevue 2009, S. 361 ff.

27 Diese beiden Jahre und nicht 2006 und 2007 miteinander zu vergleichen, empfiehlt sich deshalb, weil die Daten aus dem letzten Jahr vor und dem erstem Jahr nach der Revision infolge von Vor- und Rückwirkungen weniger verlässlich sind.

28 Von 5824 im Jahr 2005 auf 5621 (2008) bzw. 5669 (2009) (BfS, Verurteilungen von Erwachsenen für ein Vergehen oder Verbrechen, nach Gesetz, T 19.3.3.1.1, Stand des Strafregisters 30.06.2010).

29 Von 28 224 (2005) zunächst eine geringfügige Senkung auf 28 214 (2008), dann eine Erhöhung auf 29 045 (2009), (BfS, Verurteilungen von Erwachsenen für ein Vergehen oder Verbrechen, nach Gesetz, T 19.3.3.1.1, Stand des Strafregisters 30.06.2010).

30 AuG: Von 10 679 (2005) auf 10 711 (2008) bzw. 12 537 (2009). SVG: Von 46 696 (2005) auf 54 845 (2008) bzw. 54 231 (2009), (BfS, Verurteilungen von Erwachsenen für ein Vergehen oder Verbrechen, nach Gesetz, T 19.3.3.1.1, Stand des Strafregisters 30.06.2010). – BfS, Auf Geschwindigkeit kontrollierte Fahrzeuge, T 19.3.15.21 (bis 2007) und von der Polizei durchgeführte Atemalkoholkontrollen, T 19.3.15.31 (bis 2007).

31 BfS, T 19.3.3.3.11.

32 BfS, a.a.O.

33 Vgl. die Ergebnisse der Umfrage (oben Fn. 6), S. 7 f.

Variablen abhängiger Akt, unter denen das geltende Strafrecht, soweit es überhaupt bekannt ist, nur *eine* darstellt. Im Bereich der leichten bis mittleren Kriminalität jedenfalls gilt der Satz von der Austauschbarkeit der Sanktionen. Er besagt, dass es innerhalb der genannten Grenzen für die Legalbewährung über weite Strecken nicht darauf ankommt, ob ein Verurteilter im Anschluss an die Ersttat mit einer Geld- oder mit einer Freiheitsstrafe belegt worden ist³⁴ (woraus sich die Begründungslast derjenigen herleitet, welche die spezialpräventive Überlegenheit der einen oder anderen Strafart behaupten). Das bestätigen auch die Erfahrungen in Deutschland, wo die kurze Freiheitsstrafe seit 1969 durch die Geldstrafe auf Ausnahmefälle zurückgedrängt worden ist, ohne dass dies «erkennbare generalpräventiv schädliche Auswirkungen» gehabt oder «die Rückfälligkeit ... quantitativ oder qualitativ negativ beeinflusst» hätte.³⁵

Aber man muss wohl noch sehr viel prinzipieller ansetzen, nämlich bei der allzu schlichten, in der Öffentlichkeit aber vorherrschenden Vorstellung vom Strafrecht als einer gewissermassen technischen Veranstaltung zur Bekämpfung der Kriminalität, die man nur richtig einsetzen müsse, um die Delinquenz insgesamt oder doch bestimmte Arten von Delikten mehr oder minder automatisch zum Verschwinden zu bringen. Gegen sie scheint kein Kraut gewachsen. Von ihr zeugt auch die in der parlamentarischen Debatte immer wieder anzutreffende Bezugnahme auf die fehlende oder erwünschte *abschreckende* Wirkung bestimmter strafrechtlicher Sanktionen.³⁶ Dabei steht ausser Frage, dass Entscheidungen für oder gegen die Begehung einer Straftat normalerweise weder in rationaler Abwägung der Vor- und Nachteile, noch sozusagen punktuell, von Fall zu Fall, getroffen werden. Was strafrechtliche Sanktionen vermitteln können (und sollen), ist Orientierungssicherheit: Vertrauen auf die Geltung der Norm. Das erfordert, dass sie – weitgehend unabhängig davon, wie sie lauten – in der Regel jedenfalls ernst genommen werden. Es ist eine solche *symbolische* Wirkung, an der bei bedingten Geldstrafen gezweifelt wird, und darin dürfte der eigentliche Grund für die verbreiteten Zweifel an ihrer Wirksamkeit liegen: Hier hat man offenbar weithin noch den geringen Eindruck vor Augen, den eine bloss bedingte Busse alten Rechts gemacht hätte.

IV. Bedingte Geldstrafen

Im Vordergrund des VE 2010 steht der Vorschlag, die Möglichkeit des bedingten Vollzugs von Geldstrafen abzuschaffen. Wird hier jedoch (und bei der Anord-

34 Vgl. nur die Botschaft 1998 (Fn. 5), S. 2041; KUNZ, Kriminologie, 5. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2008, § 26 Rn. 24; STRENG, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Stuttgart 2002, N 278 f.

35 KUNZ (Fn. 34), § 20 Rn. 37.

36 Vgl. in der Sondersession nur die Voten HUBER, AB NR 2009 990; AMHERD, 993 f.; GEISS-BÜHLER, 997; BAADER, 1002.

nung gemeinnütziger Arbeit) das unsinnige «Regel»-Erfordernis aus Art. 42 gestrichen, so gibt es keinen zwingenden Grund, das zu tun – im Gegenteil.

Es lässt sich heute nicht (mehr) ernsthaft bezweifeln, dass es unter allen erdenklichen Gesichtspunkten sinnvoll sein kann, auf ein nicht allzu schweres, meist erstmalig begangenes Delikt eines sozial integrierten Täters mit einer *bedingten* Strafe zu reagieren. Darüber hat denn auch bei allen an der Revision des Systems der strafrechtlichen Sanktionen Beteiligten stets Einigkeit bestanden und besteht offenbar weiterhin. Die Frage kann nur sein, ob diese bedingte Strafe stets eine *Freiheitsstrafe* sein sollte, oder ob dafür auch eine *Geldstrafe* genügen könnte. Insoweit muss man zunächst daran erinnern, dass nach dem bis Ende 2006 geltenden Recht jährlich fast 37 000 bedingte kurze Freiheitsstrafen (bis zu sechs Monaten) ausgesprochen worden sind, deren bedingter Vollzug im langjährigen Durchschnitt etwa in 10% der Fälle widerrufen werden musste³⁷ – ein in jeder Hinsicht unverhältnismässiger Aufwand.³⁸ Fehlt aber, wie bemerkt, jeder Beleg dafür, dass bedingte Geldstrafen spezial- oder generalpräventiv weniger wirksam sein könnten als solche Freiheitsstrafen, so wäre schon unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geboten, den strafenden Eingriff in die Freiheit des Einzelnen auf das unerlässliche Mindestmass zu begrenzen, also dort, wo eine Geldstrafe genügen würde, nicht auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen.

Bedingte Geldstrafen sind auch nicht das Novum, als das sie gerne dargestellt werden. Vor der Schaffung des schweizerischen StGB kannten eine ganze Reihe, vor allem lateinische Kantone, die bedingte Busse, aber auch Zürich und St. Gallen.³⁹ Sie hatte, zumindest in näher umschriebenen Fällen, Befürworter auch im Schrifttum.⁴⁰ Vor dem Erlass des StGB von 1937 war die Frage streitig: Der Entwurf des Bundesrates enthielt sie nicht, der Nationalrat befürwortete sie, der Ständerat lehnte sie ab und setzte sich durch.⁴¹ Bei der ersten Revision des StGB (1949, in Kraft seit 1951) wollte auch der Bundesrat die bedingte Busse

37 Exakte Zahl für 2005: 36 940 (BFS, T 19.3.3.3.21); Verurteilungen mit einer bedingten Freiheitsstrafe unter sechs Monaten für ein Verbrechen oder Vergehen gegen StGB, SVG, AuG oder BetmG, schriftliche Auskunft des BFS vom 17.12.2010.

38 Vgl. die Botschaft 1998 (Fn. 5), 2043; JUTZET, AB NR 2001 555.

39 Z.B. Genf, Neuenburg, Waadt, Freiburg oder Tessin; näher HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, S. 331; PIETH, Bedingte Freiheit, Basel/Genf/München 2001, S. 72 ff.; WIDMER, Die bedingte Verurteilung im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1925, S. 25 ff.

40 HAFTER (Fn. 39), S. 331; ZÜRCHER, Thesen zu den Fragen betreffend die Geldstrafe, ZStrR 1891, S. 268 ff., 270; ZÜRCHER, ZStrR 1891, S. 243 f. Auch PFENNINGER und LOGOZ befürworteten sie, vgl. die Hinweise in AB SR 1949 570, 576 f.; AB NR 1950 187. Dagegen etwa MANTEL, Die Ergebnisse des bedingten Straferlasses in Deutschland, Belgien, Frankreich und der Schweiz, Diss. Zürich, Aarau 1912, S. 90; THORMANN, Der bedingte Straferlass, ZSR N.F. 1911, S. 519 ff., 616 f.

41 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 20.6.1949, BBl 1949 1249 ff., 1277; BGE 68 IV 16, 21 E. 4.

einführen,⁴² scheiterte damit allerdings in den Räten. Die Expertenkommission zur Vorbereitung der Totalrevision des Allgemeinen Teils von 2007 hat sie erneut eingehend diskutiert. In ihrem Vorentwurf war sie, wie die kurze Freiheitsstrafe, im Institut der bedingten Verurteilung (Art. 36 VE 1993), im bundesrätlichen Entwurf in dem des Aussetzens der Strafe (Art. 42 E) enthalten. Im (umliegenden) europäischen Ausland kennen sie etwa Italien⁴³, Frankreich⁴⁴ oder Österreich⁴⁵.

Nichts spricht unter diesen Umständen dagegen, die Möglichkeit bedingter Geldstrafen beizubehalten⁴⁶ – natürlich ohne das sachlich verfehlte Regelerfordernis.

V. Verhältnis zur bedingten Freiheitsstrafe

Dann aber nimmt die Frage, unter welchen Umständen eine solche bedingte Geldstrafe in Betracht käme, und damit die Regelung ihres Verhältnisses zur bedingten Freiheitsstrafe eine Schlüsselstellung ein.⁴⁷ Insoweit können wir freilich im Wesentlichen bereits Gesagtes⁴⁸ wiederholen.

Ausgangspunkt muss die Feststellung sein, dass die Möglichkeit kurzer bedingter Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten, im Einklang mit einer vom Nationalrat angenommenen, obschon vom Ständerat zunächst abgelehnten Motion⁴⁹, in der Tat wieder geschaffen werden sollte,⁵⁰ und dies schon deshalb, weil es mittellose und arbeitsunfähige oder -unwillige Täter und Täterinnen gibt, bei denen eine Alternativsanktion, mag es um Geld oder Arbeitsleistung gehen, nicht vollzogen werden kann. Infolgedessen hängt alles Weitere davon ab, unter welchen Umständen eine solche kurze Freiheitsstrafe in Betracht käme, wie also ihr Anwendungsbereich näher zu umgrenzen wäre. Das geschieht derzeit in Art. 41, der im Bereich des bedingten Strafvollzuges unter 180 Strafeinheiten implizit die Ausschliesslichkeit der Geld- oder Arbeitsstrafe festschreibt und allein die vollziehbare kurze Freiheitsstrafe zulässt, und zwar dann, wenn

42 Beschränkt auf nach StGB ausgesprochene Bussen, nicht der Nebenstrafgesetzgebung (Botschaft 1949 [Fn. 41], 1277 ff.).

43 Art. 163 Abs. 1 ital. StGB; näher SCHNEIDER/GARRÉ, vor Art. 42 StGB N 25 ff., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007.

44 Art. 132-31 frz. StGB.

45 § 43 Abs. 1 österr. StGB.

46 Anders, ohne Begründung, PIETH (Fn. 26), S. 363.

47 Die Möglichkeit der Anordnung gemeinnütziger Arbeit wird im Folgenden vernachlässigt.

48 Vgl. STRATENWERTH, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, FP 2009, S. 230 ff.

49 Oben (Fn. 7), 8.

50 Dabei spricht nichts für eine Mindestdauer von drei Tagen (Art. 40 Abs. 1 VE 2010), wie sie, bezieht man die Haft ein, weder das frühere Recht kannte noch das geltende Recht kennt. Lässt man sie weg, so erübrigt sich zugleich der a.a.O. vorgesehene Vorbehalt für kürzere Ersatzfreiheitsstrafen anstelle von nicht bezahlten Geldstrafen oder Bussen.

es an den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges fehlt und Geld- oder Arbeitsstrafe nicht vollzogen werden können. Der VE 2010 schlägt vor, diese Bestimmung zu streichen, dem Gericht also die Entscheidung zwischen Freiheits- oder Geldstrafe freizustellen, weil sich die möglichen Gründe für die Wahl einer dieser Strafarten «kaum mit der erforderlichen Bestimmtheit formulieren» liessen.⁵¹ Praktisch hiesse das, dass nichts im Wege stünde, im unteren Deliktsbereich wieder in zehntausenden von Fällen auf eine kurze Freiheitsstrafe zu erkennen, mithin zu einer Sanktionspraxis zurückzukehren, die durch die Revision 2007 gerade geändert werden sollte.

Will man demgegenüber grundsätzlich daran festhalten, kurze Freiheitsstrafen so weit wie möglich zurückzudrängen, so müssen die Alternativsanktionen prinzipiell den Vorrang haben. Dann bedarf es eines Art. 41, und die Frage kann nur sein, wie er lauten sollte. Ausser Zweifel stehen dabei die Fälle, in denen eine Geld- oder Arbeitsstrafe, wie das Gesetz heute sagt, in einem engen Sinn «nicht vollzogen werden kann»; von ihnen war soeben die Rede. Höchst unerfreulich ist dabei die freilich unvermeidbare Konsequenz einer Zwei-Klassen-Justiz – und sie tritt umso krasser ein, je höher das Minimum eines Tagessatzes angesetzt und je eher daher der Täter als zahlungsunfähig angesehen werden wird.⁵² Streiten kann man nur darüber, ob eine auf diese Konstellation beschränkte Ultima-ratio-Klausel nicht allzu eng ist. Schon die Expertenkommission hat eine kurze Freiheitsstrafe auch dort als vertretbar angesehen, wo eine nach Tagessätzen bemessene Geldstrafe, wie etwa bei einem von jenseits der Landesgrenze kommenden Ladendieb oder Hooligan, schlicht nicht sinnvoll wäre (z.B. weil er mittellos ist, das Land umgehend wieder verlassen will usw.). Und in der Tat dürfte sich das Bedürfnis, in solchen Fällen mit einem «short sharp shock» zu reagieren, kaum abweisen lassen. Man müsste diese Ausnahme nur angemessen formulieren, könnte vielleicht aber sagen, dass auf eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur, aber auch dann erkannt werden kann, wenn eine Geld- oder Arbeitsstrafe «nicht praktikabel» wäre (und würde damit auch die Fälle mangelnder Vollstreckbarkeit einbeziehen).

Solche Subsidiarität der Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe müsste für bedingte wie vollziehbare Strafen in gleicher Weise gelten. Damit wäre dann ebenso klar, dass über den bedingten Aufschub des Vollzuges von Freiheitsstrafen – auch solchen von weniger als sechs Monaten – prinzipiell *nicht* unter Gesichtspunkten der Generalprävention, sondern allein der *Bewährungsansichten* entschieden werden darf. Das entspricht im Grundsatz der heute für

51 Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 10.

52 Das gilt insbesondere für die mit Art. 43 Abs. 2 VE 2010 vorgeschlagene Anhebung des minimalen Tagessatzes auf 30 Franken.

das neue Recht bereits bekräftigten Auffassung des Bundesgerichts⁵³ wie der herrschenden Doktrin⁵⁴, entgegen einer früheren und inzwischen längst aufgegebenen Praxis beim Fahren in angetrunkenem Zustand⁵⁵. *Hier* hat das Regelerfordernis nach wie vor seinen guten Sinn.

Nicht weniger zwingend folgt zugleich, dass es bei der Entscheidung über den bedingten Vollzug von *Geldstrafen* sehr wohl möglich sein muss, *generalpräventiven* Bedürfnissen Rechnung zu tragen.⁵⁶ Darauf Bedacht zu nehmen, ist in der Sache auch durchaus nichts Neues. Das Gesetz selbst verweigert den (voll-)bedingten Vollzug von Freiheitsstrafen, wenn sie die Dauer von zwei Jahren übersteigen, und dies offenkundig aus Gründen der Generalprävention (und allenfalls des Schuldausgleichs). Verweisen kann man ebenso auf die Bedingungen einer Strafbefreiung nach Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), die u.a. geringes Interesse der *Öffentlichkeit* an der Strafverfolgung voraussetzt. Ist es nicht gering, scheidet trotz Wiedergutmachung eine Strafbefreiung aus. Auch hier handelt es sich um nichts anderes als generalpräventive Erfordernisse.⁵⁷ Schliesslich sind vor allem bei der Verbindung einer bedingten mit einer unbedingten Strafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, wenn es darum geht, dem Straftäter einen «Denkzettel» zu verabreichen und der Öffentlichkeit zugleich «den Tarif durchzugeben», also bei der vielzitierten Problematik der Schnittstelle zwischen (unbedingten) Bussen und Geldstrafen, immer auch Rücksichten der Generalprävention im Spiel.

Das heisst im Ergebnis, dass die Wahl zwischen einer bedingten und einer unbedingten Geldstrafe, hinreichende Bewährungsaussichten vorausgesetzt, eine *fakultative* sein muss. Zweifelhaft kann nur sein, wie *gesetzestechisch* zu

53 BGE 68 IV 33, 36; 68 IV 71, 76 E. 3 = Pra 1942, 311; 70 IV 1, 2; 73 IV 75, 78; 74 IV 135, 137 E. 1; 134 IV 1, 13 f. E. 5.4.3. Allerdings lässt das BGer das Mitbedenken generalpräventiver Anliegen im Rahmen der schuldangemessenen Strafe allgemein (BGE 118 IV 342, 350 E. 2g) und auch beim bedingten Strafvollzug zu (BGE 91 IV 57, 60).

54 SCHNEIDER/GARRÉ (Fn. 43), Art. 42 N 33 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 131; vgl. bereits LÜTHI, Erneute Umfrage über Verdunkelung und Vergehen, ZStrR 1943, S. 337 ff., 341 ff.

55 Das Bundesgericht hatte, entgegen eigenen Beteuerungen, es dürften nicht ganze Deliktskategorien vom bedingten Strafvollzug ausgenommen werden (BGE 98 IV 159; PIETH [Fn. 39], S. 233), beim Fahren in angetrunkenem Zustand bis vor knapp zwanzig Jahren (Praxisänderung in BGE 118 IV 97) regelmässig eine gute Prognose verneint und angetrunkenen Motorfahrzeugführern den bedingten Strafvollzug, wie es schönfärberisch hiess, «nur mit grosser Zurückhaltung» gewährt (BGE 98 IV 159, 60; 105 IV 291, 292). Was dabei als spezialpräventive Überlegung ausgewiesen wurde, war in Tat und Wahrheit nichts anderes als ein auf das Individuum gemünztes Durchschnittsurteil, das auf die Allgemeinheit abzielte, mithin auf alle *anderen* als den Täter; darin lag ein klassisches Argument der Generalprävention (ebenso PIETH [Fn. 39], S. 238 f.).

56 Anders aber DOLGE, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen – Top oder Flop?, ZStrR 2010, S. 58 ff. (70), die (auch) eine Verbindungsstrafe nur aus spezialpräventiven Gründen zulassen will.

57 BGE 135 IV 12, 23.

verfahren wäre, das heisst konkret, ob man sie ganz dem richterlichen Ermessen überlassen oder aber generalpräventive Erfordernisse bei ihr explizit vorbehalten sollte, wie es in Art. 43 öStGB geschieht.⁵⁸ In der Sache stimmen beide Lösungen völlig überein: Welche Art oder welches Mass an Strafe nötig wäre, um die Geltung einer Norm zu bekräftigen, kann niemand verlässlich sagen, schon gar nicht im Einzelfall. Hier wird man sich in der Tat damit abfinden müssen, dass sich die möglichen Gründe für jene Wahl, wie der Erläuternde Bericht insofern zu Recht festhält,⁵⁹ nicht «mit der erforderlichen Bestimmtheit formulieren» lassen.

VI. Weitere Vorschläge

Nur cursorisch seien noch einige kritische Bemerkungen zu den übrigen Vorschlägen angefügt, die der VE 2010 zur erneuten Änderung des strafrechtlichen Sanktionenrechts macht. Sie zeugen sämtlich, wider alle Vernunft, von dem Bestreben zu verstärkter Repression.

1. Das gilt zunächst für die Stellung der *gemeinnützigen Arbeit*: Sie habe sich als eigenständige Sanktion «nicht bewährt»⁶⁰ und solle, nach Meinung einer Mehrheit der befragten kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, nur als Vollzugsform beibehalten werden.⁶¹

Dabei ist zunächst auch hier nicht zu sehen, wie das Urteil mangelnder Bewährung, zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts, zustande gekommen sein könnte. Unklar ist insbesondere, inwieweit die Kantone ihre Pflicht zur Durchführung der gemeinnützigen Arbeit (Art. 375 StGB) überhaupt erfüllt haben. Mit der Rückkehr zur blossen, «auf Gesuch des Verurteilten» allenfalls zu gewährenden Form des Vollzuges (Art. 79a VE 2010) hätten sie es jedenfalls in der Hand, nach ihrem Gutdünken darüber zu entscheiden, ob und wann gemeinnützige Arbeit geleistet werden kann. Das bedeutet ein schwer erträgliches Mass an Rechtsunsicherheit. Unverständlich ist ausserdem, dass gemeinnützige Arbeit nur an Stelle einer *Freiheitsstrafe* möglich sein soll. In dem mit der Revision 2007 geschaffenen System der strafrechtlichen Sanktionen steht sie gleichberechtigt neben der *Geldstrafe*, und das ist für sie, als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe, auch völlig angemessen.

Was bleibt, ist wiederum allein die sachlich mehr als begründete Ablehnung der *Regel* des bedingten Vollzuges (oben I.). Es wäre richtig, über ihn, wie bei der Geldstrafe, schon das Gericht entscheiden zu lassen.

58 Danach kann der Vollzug auch einer Geldstrafe (nur) aufgeschoben werden, wenn es seiner *nicht* «bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken».

59 Oben (Fn. 3), S. 8, 10.

60 Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 2.

61 A.a.O., S. 6, 12.

2. Die Begründung für die *Herabsetzung der Obergrenze* für den teilbedingten Vollzug von Freiheitsstrafen von drei auf zwei Jahre (Art. 43 Abs. 1 VE 2010) leuchtet nicht ein. Dass Strafen von zwei bis drei Jahren «immer unbedingt» zu vollziehen seien,⁶² ist nur richtig, wenn die Möglichkeit des teilbedingten Vollzuges gerade gestrichen wird. Dabei ist es doch so, dass gerade bei dieser Kategorie von Freiheitsstrafen das Vergeltungsbedürfnis für einen Teilvollzug sprechen kann, auch wenn es angesichts intakter Bewährungsaussichten nicht nötig scheint, die Strafe ganz zu vollziehen.

3. Für den Vorschlag der Einführung eines *festen Umrechnungssatzes* bei Bussen (Art. 106 Abs. 3^{bis} VE 2010) findet sich keine Begründung. Er ist auch insofern hochproblematisch, als die Busse nach den Verhältnissen des Täters zu bemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB), was für die Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe bedeuten würde, dass sie ebenfalls von seinen finanziellen Verhältnissen abhängig wäre: Soll sie bloss deshalb länger sein, weil ein Täter (im Zeitpunkt der Verurteilung) begütert ist? Auf die Konsequenzen dessen, dass dieser Satz auch noch wesentlich höher ist als der bisherige Mindestsatz, haben wir bereits hingewiesen (oben V.). Nur nebenbei bemerkt, ist es bei einem festen Umrechnungssatz auch nicht nötig, dass die Ersatzfreiheitsstrafe schon im Urteil festgesetzt wird (sowenig wie bei der Geldstrafe).

4. Was weiterhin die *Wiedereinführung der strafrechtlichen Landesverweisung* anbetrifft (Art. 67c VE 2010), so soll es vor allem ihre stärkere «generalpräventive Wirkung» sein, die für sie spricht.⁶³ Das erscheint jedoch nur als ein weiterer Beleg für jene realitätsfremden kriminalpolitischen Vorstellungen, von denen ebenfalls schon die Rede war (oben III.). Und hier ist sogar «die grosse Mehrheit der Kantone der Ansicht, der Wegfall dieser Massnahme aus dem Strafgesetzbuch habe keine Lücke hinterlassen»⁶⁴. Im Übrigen darf man immer noch auf die Gründe verweisen, aus denen sich der Bundesrat 1998 für die Aufhebung dieser Massnahme ausgesprochen hat.⁶⁵ Sie haben nichts von ihrer Überzeugungskraft verloren.

5. Um schliesslich auch die Regelung des *elektronisch überwachten Vollzugs* (Art. 79b VE 2010) nicht zu vergessen: Hier bedürften die Einzelheiten einer gesonderten Erörterung.

62 A.a.O., S. 11.

63 Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 13.

64 Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 6; Ergebnisse der Umfrage (Fn. 6), S. 35.

65 Botschaft 1998 (Fn. 5), S. 2101.

VII. Fazit

Im gegenwärtigen kriminalpolitischen Klima erscheint die Erwartung realistisch, dass der Vorentwurf zu (einzelnen) Änderungen im System der Strafen führen wird.⁶⁶ Eine weitere Teilrevision rechtfertigt sich indessen nur insoweit, als sie frühere Fehlentscheidungen korrigiert. Darunter fällt zum einen die regelmässig mit bedingtem Vollzug auszusprechende Geldstrafe (oben IV.). Die Versagung der Strafnachsicht sollte künftig auch aus generalpräventiven Gründen möglich sein. Dass diese sich nicht hinreichend präzise fassen lassen, ist kein Argument, mit dem VE 2010 die bedingte Geldstrafe *ganz* abzuschaffen. Denn offensichtlich ist zumindest, dass in gewissen Fällen ein über dieses Niveau hinausgehender Eingriff unnötig erscheint. Ins Abstrakte gewendet: Wenn die Wirksamkeit eines milderer Instruments bei einzelnen Anwendungen unsicher ist, stellt dies keinen Grund dar, seinen Einsatz auch dort zu verbieten, wo der Einsatz des schärferen unnötig ist; die Verhältnismässigkeit gebietet geradezu das Gegenteil. Zum andern erscheint eine eng gefasste Ausdehnung des Anwendungsbereiches (bedingter) kurzer Freiheitsstrafen vertretbar, sofern deutlich gesagt wird, worauf sie sich bezieht: auf die Fälle, in denen eine bedingte Geldstrafe nicht sinnvoll wäre (oben V.). Ob sich eine solch massvolle (und endlich letzte!) Revision des Sanktionensystems im lauten Getöse medial aufgeheizter Hardrock-Kriminalpolitik Gehör zu verschaffen vermag, ist freilich eine andere Frage.

66 Die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum ist gegenüber Änderungen im jetzigen Zeitpunkt skeptisch, vgl. nur DOLGE (Fn. 56), 82; ABO YOUSSEF, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZStrR 2010, S. 38 ff., 55 ff.; HEINE, Das neue Strafsystem im Spiegel der Rechtsprechung, recht 2009, S. 1 ff., S. 18; OMLIN, Die Geldstrafe – Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?, FP 2009, S. 300 ff.

Zur geplanten Sanktionenreform: Rechtsstaatlich problematisch, faktenblind, teuer und ohne präventiven Effekt

VON FRANZ RIKLIN

Hans Wiprächtiger ist eine ausserordentliche Richterpersönlichkeit. Er hat einen beträchtlichen Leistungsausweis im Bereich der Strafrechtsdogmatik, setzt sich aktiv für eine humane und rationale Kriminalpolitik ein und betreibt schliesslich durch sein Wirken dringend erwünschte Öffentlichkeitsarbeit für die Strafjustiz.

Als man mich für einen Festschriftenbeitrag für ihn anfragte, arbeitete ich gerade an einer Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung über die geplanten Änderungen des Sanktionenrechts des Strafgesetzbuches. Als Präsident der Untergruppe Sanktionen der seinerzeitigen Expertenkommission für die Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wurde ich (wie auch Kollege Günter Stratenwerth) ad personam dazu eingeladen. Bei der Ausarbeitung dachte ich öfters auch an Hans Wiprächtiger. Ich widme ihm deshalb meinen Vernehmlassungstext, der nachstehend tel quel abgedruckt ist. Dann kann ich wenigstens sicher sein, dass er bei einem Adressaten auf volle Zustimmung stösst, während dies beim EJPD weniger sicher ist.

Als Vorbemerkung nur kurz Folgendes: Das kriminalpolitische Klima ist repressiver geworden. Es ist sogar eine Art Gegenreformation oder Restauration im Gang, die ausdrücklich oder sinngemäss eine Strafverschärfung sowie ein Zurückbuchstabieren bei den Sanktionen anstrebt. Man fühlt sich betroffen, sehen zu müssen, wie in der medialen Öffentlichkeit mit unbewiesenen Alltagstheorien und Faktenignoranz der Ist- und Sollzustand des Strafwesens diskutiert wird. Vor wenigen Jahren vom Parlament grossmehrheitlich Beschlossenes soll angeblich heute eine Fehlkonstruktion sein. Neuestens wird u.a. auch die ersatzlose Streichung der Wiedergutmachungsnorm des Art. 53 StGB propagiert, eine Vertreterin des Nationalrats fordert gar sinngemäss die Wiedereinführung der Zuchthausstrafe, d.h. einen härteren Vollzug (u.a. mit einem Fernsehverbot) in Strafanstalten.

Doch nun zurück zur erwähnten Vernehmlassungsvorlage.¹

«Ich fasse meine Beurteilung in sieben Punkten zusammen:

1 Man findet den Vorentwurf unter www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/entw-d.pdf und den erläuternden Bericht unter www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/vn-ber-d.pdf.

I. Allgemeines

Ich bin der Überzeugung und werde das unter Ziffer II–VII präzisieren,

- dass die neuen Vorschläge nicht genügend durchdacht sind,
- dass sie z.T. rechtsstaatlich problematisch sind,
- dass sie z.T. auf empirisch unbelegten Behauptungen und Alltagstheorien beruhen,
- und dass das Reformpaket insgesamt lediglich Mehrkosten ohne jeden präventiven Effekt verursacht.

II. Kurze Freiheitsstrafen

Die 2007 nach einer über 20-jährigen Diskussion in Kraft getretene Strafrechtsreform drängte bekanntlich, inspiriert von der Entwicklung im europäischen Ausland, kurze Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten zurück und stellte in der Form der Tagessatzgeldstrafe und der Gemeinnützigen Arbeit Alternativen zur Verfügung. Die Schweiz war zuvor Weltmeister in der Verhängung kurzer Freiheitsstrafen. Von den zuletzt jährlich verhängten rund 60 000 Freiheitsstrafen waren 3/4 bedingt und 1/4 unbedingt. Von den rund 15 000 unbedingten Freiheitsstrafen lagen rund 95% unterhalb von sechs Monaten und fast 70% unterhalb eines Monats. Nun will man diese Einschränkung aufgeben und in grossem Stil wieder kurze und kürzeste Freiheitsstrafen ermöglichen, obwohl alle mir bekannten seriösen Kriminologen der Überzeugung sind, dass im unteren Deliktsbereich die verschiedenen Sanktionen (kurze unbedingte und bedingte Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder Gemeinnützige Arbeit) weitestgehend austauschbar sind, d.h. gleiche Erfolgchancen haben. Änderungen der Sanktionsart führen deshalb kaum zu messbaren Veränderungen im Verhalten der Bürgerinnen und Bürger. Verwiesen sei auf die ausführliche, sachkundige und heute noch gültige Begründung in der Botschaft des Bundesrates zur Sanktionenreform vom 21. September 1998,² die sich wohltuend vom erläuternden Bericht zur jetzt geplanten Reform (S. 9 f.) abhebt, der ohne jedes Beleg Gegenteiliges behauptet.

Abgesehen davon, dass sich deshalb eine solche Restauration des früheren Systems in der Sache nicht aufdrängt, ist es rechtsstaatlich höchst problematisch, dass im Bereich zwischen drei Tagen und sechs Monaten Freiheitsstrafe jegliches Kriterium fehlt, das dem Richter sagt, wann statt auf Freiheitsstrafe auf Geldstrafe zu erkennen sei. Zwar gab es dieses Problem schon im früheren Recht, wenn eine Strafnorm Freiheitsstrafe oder Busse (im damaligen Sinn) vorsah, wie etwa bei der fahrlässigen Tötung oder einer schweren Verkehrsregelverletzung. Damals verhängte man in der Tendenz bei geringem Verschulden eine Busse, andernfalls eine kurze (meist bedingte) Freiheitsstrafe. Dennoch

² Im Separatdruck auf S. 62 f. und Anm. 126 ff.

gab es zum Teil unakzeptable Unterschiede. Verwiesen sei auf die erwähnte Botschaft von 1998 zur Sanktionenreform (Anm. 128): Bei Diebstahl wurden in einem Kanton zu 45% Bussen verhängt, während es in 9 Kantonen überhaupt keine Bussen gab. Bei Fahren in angetrunkenem Zustand wurden in einem Kanton 100% Bussen verhängt und in einem andern nur 4%. Zudem fand je nach Gerichten und kantonalen Praktiken der Wechsel von Busse auf Freiheitsstrafe bei den einen bei einem Blutalkoholwert von einem Promille statt, bei anderen bei 1,2 und bei den Mildesten erst bei 1,5 Promillen. Nach dem geplanten neuen Recht ist es aber viel schlimmer, weil zwischen drei Tagen und sechs Monaten Freiheitsstrafe jeder Richter nach seinem Gusto eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe verhängen kann. Erhebliche Rechtsungleichheiten sind deshalb vorgeplant. Besonders krass würde sich dies auswirken, wenn der bedingte Strafvollzug nicht in Frage kommt. Dann könnte jeder Richter nach seinem Gutdünken eine unbedingte kurze Freiheitsstrafe oder «nur» eine (unbedingte) Geldstrafe verhängen.

Zu dieser rechtsstaatlichen Problematik hinzu tritt eine weitere, unsere im Vergleich mit dem Ausland atypische Schnellverfahrenspraxis bei der Sanktionierung im Bereich von Sanktionen bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe. Bei uns werden in über 95% aller Fälle Strafurteile nicht durch Gerichte gefällt, sondern kommen via Strafbefehle von Staatsanwaltschaften auf dem Korrespondenzweg zustande. Im untern Sanktionierungsbereich sind es gegen 100%. Es ist bekannt, dass Strafbefehle von zahlreichen Betroffenen mangels Lesekompetenz, Sprachkenntnissen oder Intelligenz gar nicht verstanden werden und dank der lockeren Verfahrensregeln oft nur auf rudimentären Unterlagen beruhen, abgesehen davon, dass diese Verfahrenserledigungsart den höchsten Anteil an Fehlurteilen aufweist.³ Diese Defizite sind besonders gravierend, wenn nun vermehrt auch Freiheitsstrafen mit Strafbefehlen verhängt werden sollen. Wegen diesen Problemen hat Österreich den Strafbefehl gänzlich abgeschafft und in Deutschland wird er von einem Richter ausgesprochen und ist bei unbedingten Freiheitsstrafen verboten sowie bei bedingten Freiheitsstrafen nur zulässig, wenn der Beschuldigte verteidigt ist (vgl. § 407 D-StPO)!

3 Vgl. zur rechtsstaatlichen Problematik RIKLIN, Vorbem. zu Art. 352–356 N 5, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011; und zur Spitzenstellung punkto Fehlerquoten GILLIÉRON/KILLIAS, Strafbefehl und Justizirrtum, in: Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 379 ff.; GILLIÉRON, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zürich 2010.

III. Bedingte Geldstrafen

Die angeblich nutzlosen bedingten Geldstrafen sollen abgeschafft werden. Auch das finde ich bedauerlich, weil die Behauptung von der Nutzlosigkeit unbelegt ist und die Tatsache verkennt, dass auch in einem solchen Fall die Verurteilten finanziell meist stark belastet werden. Denn sie müssen erstens die oft beträchtlichen Gerichtskosten bezahlen und werden zweitens im geltenden Recht gestützt auf Art. 42 Abs. 4 StGB in aller Regel auch mit einer unbedingten pekuniären Sanktion belegt, ganz zu schweigen von allfälligen eigenen Anwaltskosten, Entschädigungen an die Gegenpartei, dem Führerausweisentzug bei einer schweren Verkehrsregelverletzung, einem möglichen Regress der Haftpflichtversicherung bei grobfahrlässigem Verhalten und den Kosten für eine allfällige Reparatur von Schäden am eigenen Fahrzeug. Ausgeblendet wird ferner, dass der Verzicht auf den bedingten Strafvollzug bei Geldstrafen wegen der noch stärkeren finanziellen Belastung der Verurteilten, auch wegen des geplanten hohen Mindesttagessatzes von 30 Franken, zu vermehrten Ersatzfreiheitsstrafen und damit auch zu negativeren sozialen Konsequenzen nicht nur für die Verurteilten führt, sondern auch für ihre Angehörigen. Statt auf den bedingten Strafvollzug bei Geldstrafen zu verzichten wäre es endlich an der Zeit, bei Strassenverkehrsdelikten Führerausweisentzug und Verwarnung zu strafrechtlichen Sanktionen aufzuwerten. Dies wurde bei der AT-Revision durch die Lobby der Strassenverkehrsämter torpediert, u.a. mit der Begründung, ihre kantonale Zuständigkeit garantiere eine rechtsgleiche Anwendung, während dies bei dezentralen und unter sich unabhängigen Untersuchungsrichtern nicht gesichert sei. In der neuen StPO mit dem Staatsanwaltschaftsmodell hat dieses Argument keine Gültigkeit mehr.

IV. Alternativen zu den kurzen stationären unbedingten Freiheitsstrafen

Wenn nach dem Vorentwurf eine unbedingte kurze Freiheitsstrafe ausgefällt wird, sind vier Alternativen zum stationären Vollzug vorgesehen,

- die Halbgefängenschaft (Art. 77 Abs. 2),
- der tageweise Vollzug (Art. 79),
- der Ersatz durch Gemeinnützige Arbeit (Art. 79a) und
- der Vollzug via Electronic Monitoring (Art. 79b).

Dies ist an sich sehr zu begrüßen, wenn man meint, auf kurze Freiheitsstrafen nicht verzichten zu können.

Rechtsstaatlich fragwürdig ist jedoch, dass in all diesen Fällen Verwaltungsbehörden entscheiden und durchwegs Kann-Bestimmungen vorgesehen sind. Namentlich bei der Gemeinnützigen Arbeit macht man gerade das Gegenteil von dem, was man vor wenigen Jahren noch für gut befand. Schon im früheren Recht konnte in den meisten Kantonen kurze Freiheitsstrafen bis zu einer gewissen Strafhöhe in Gemeinnützige Arbeit umgewandelt werden. Die Schaf-

fung der Sanktion der Gemeinnützigen Arbeit erfolgte u.a. mit dem Argument, es gehe nicht an, dass Verwaltungsbehörden eine Sanktion (Freiheitsstrafe) in eine andere (Gemeinnützige Arbeit) umwandeln, dies sei Sache eines Gerichts.

Zu fordern ist deshalb, dass im Fall der Renaissance kurzer Freiheitsstrafen diese Alternativen auf Begehren der verurteilten Person zwingend zu gestatten sind, je versehen mit einem justiziablen Ausnahmenkatalog. Dass das möglich ist, beweist der geltende Art. 77b StGB betr. Halbgefängenschaft. Im vorliegenden Entwurf findet man nur beim Electronic Monitoring in Art. 79b Abs. 2 einen solchen Negativkatalog, der aber das EJPD nicht daran hinderte, nur eine Kann-Vorschrift vorzusehen.

V. Gemeinnützige Arbeit

Die Gemeinnützige Arbeit ist eine sinnvolle Alternative zur primitiven und im Fall des unbedingten Vollzugs in diesem Sanktionierungsbereich kostspieligsten Sanktion der kurzen Freiheitsstrafe. Verwiesen sei auf das ausführliche und qualifizierte Plädoyer für die Gemeinnützige Arbeit in der erwähnten bundesrätlichen Botschaft von 1998 (S. 46). Leider soll nun auch das mit der unbedingten Begründung, diese Sanktion habe sich nicht bewährt, Schnee von gestern sein. Die Gemeinnützige Arbeit will man zu einem Schattendasein verdammen. Sie soll nur noch als mögliche Alternative zu einer stationären kurzen unbedingten Freiheitsstrafe zum Einsatz gelangen. Ich plädiere für das Gegenteil: man sollte es umgekehrt machen. In Fällen, bei denen man eine Geldstrafe nicht als sinnvoll erachtet, sollte je nach Prognose als Strafe eine bedingte oder unbedingte Gemeinnützige Arbeit verhängt werden können. Dies erfordert zwar die Zustimmung der betroffenen Person. Um einen gewissen Druck auf sie auszuüben, gegebenenfalls Gemeinnützige Arbeit zu akzeptieren, sollte für den Fall der Ablehnung als Ersatz eine kurze Freiheitsstrafe vorgesehen werden. Hier besteht im geltenden Recht insofern ein Defizit, als bei Verweigerung der Gemeinnützigen Arbeit ausser in Fällen von Art. 41 StGB nur eine Geldstrafe verhängt werden kann. Nur deswegen hat sich diese Sanktion bisher nicht genügend durchgesetzt.

VI. Teilbedingte Freiheitsstrafen

Es ist sehr bedauerlich, dass man die Obergrenze für den teilbedingten Freiheitsentzug von drei auf zwei Jahre hinuntersetzen will. Ich plädiere für das Gegenteil, sie bei Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren zuzulassen. In der bisherigen Praxis hatte ich bei der Lektüre von Urteilen, die zu Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren mit teilbedingtem Vollzug führten, stets den Eindruck, sie würden dem Bedürfnis nach Vergeltung ausreichend Rechnung tragen und gleichzeitig dem Betroffenen die Chance eröffnen, die sozialen Folgen für ihn und seine Angehörigen zu mildern, wenn der unbedingte Teil nicht

mehr als ein Jahr beträgt, da bis zu dieser Strafdauer die Halbgefängenschaft möglich ist. Auch hier kann man nur sagen: Der präventive Effekt dieser Verschärfung ist nicht ersichtlich, den Staat kostete dies aber sehr viel Geld.

VII. Kosten der inneren Sicherheit im Allgemeinen und des Reformpakets im Besonderen

Es bestehen Bedürfnisse nach mehr innerer Sicherheit, wobei es oft nur um das Sicherheitsgefühl und nicht um die reale Bedrohungslage geht. Man fürchtet sich denn auch oft vor Risiken, bei denen die Chancen sehr gering sind, dass man als Individuum davon betroffen wird. Umgekehrt werden Risiken, deren Verwirklichung viel wahrscheinlicher ist, verdrängt (Stichwort: Strassenverkehr). So oder so ist es zwar legitim, solchen Sicherheitsbedürfnissen Rechnung zu tragen. Doch können ihre Kosten nicht ausser Acht gelassen werden. Die Erläuterungen äussern sich auf S. 15 dazu nur rudimentär und diffus. Die geplante Reform würde zwar insofern zu Mehreinnahmen führen, als Geldstrafen nur noch unbedingt ausgesprochen werden könnten. Dieser Gewinn würde aber durch Mehrkosten mehrfach überlagert, so

- durch den Vollzug unbedingter kurzer Freiheitsstrafen,
- durch die vorgesehene Beschränkung der Geldstrafe auf 180 Tagessätze
- und durch die Beschränkung des teilbedingten Vollzugs auf Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren.

Auch die erwähnten vier Alternativen zu den stationären kurzen Freiheitsstrafen verursachen beträchtliche Mehrkosten, weil Halbgefängenschaft und tagesweiser Vollzug entsprechende Vollzugseinrichtungen erfordern und Gemeinnützige Arbeit sowie das Electronic Monitoring ebenfalls Kosten verursachen, die man bei bedingten und unbedingten Geldstrafen nicht hat.

Zu beachten ist zudem die geplante Reform betreffend die Erhöhung des oberen Strafrahmens und erhöhte Strafminima für Freiheitsstrafen bei bestimmten Delikten. Diese Reform bezweckt, die Richterschaft zu längeren (meist unbedingten) Freiheitsstrafen zu zwingen (so bei den Strafminima) oder sie dazu zu animieren oder ihr dies zumindest zu ermöglichen (so bei den erhöhten oberen Strafrahmen).

Wie bei den Ausführungen über die Austauschbarkeit der Sanktionen dargelegt (vgl. oben Ziff. II.), werden all diese Veränderungen nicht zu mehr innerer Sicherheit, sondern nur zu höheren Kosten für den Staat führen.

Seltsam ist in diesem Zusammenhang, dass die Forderung nach mehr und höheren Freiheitsstrafen vor allem aus Kreisen stammt, die sich gleichzeitig für weniger Steuern und eine Plafonierung der Staatsstellen einsetzen. Das passt nicht zusammen.

Auch hat es im Bereich des Strafwesens noch andere kostenträchtige Baustellen. Ich denke einerseits an die im Vergleich zum Ausland geringere Polizei-

dichte in der Schweiz, weshalb Fachleute meinen, es fehlten in unserem Land 2000 Polizisten. Dort kann man wenigstens mit der Botschaft von 1998 (S. 63) sagen: «Der allgemeine Forschungsstand belegt..., dass nicht etwa harte gesetzliche Strafdrohungen, sondern – wenn überhaupt – die...Verfolgungswahrscheinlichkeit die Verhaltensbereitschaft potenzieller Täter beeinflusst». Oder ich denke andererseits an die grossen Defizite im Bereich des Massnahmenvollzugs.

Man müsste doch, wie in andern Gebieten der Politik, aufgrund seriöser Unterlagen prüfen, wie viel Geld man im Strafwesen investieren will, welche Prioritäten man setzt und ob das eingesetzte Geld gut angelegt ist. Bei diesem Reformpaket vermisst man ein solches Vorgehen.»

Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB)

VON CHRISTIAN SCHWARZENEGGER¹

I. Einleitung

Jonny Wiprächtiger, der Jubilar dieser Festschrift, hat sich über Jahre mit Fragen der Strafzumessung befasst. An unzähligen Bundesgerichtsentscheiden, in denen es um die Bundesrechtskonformität der untergerichtlichen Strafzumessung ging, war er massgeblich beteiligt. Sein Blick auf das staatliche Strafen, der von einer humanistischen Grundhaltung geprägt ist, spiegelt sich in der grossen Kommentierung der Art. 47–48a und 50 StGB im Basler Kommentar.² Ihm sei diese kurze Analyse der Sanktionsfolgenbestimmung und des Anwendungsbereichs des Asperationsprinzips in Freundschaft gewidmet.

II. Sanktionsfolgenbestimmung bei einer einzelnen strafbaren Handlung

Ausgangspunkt für die konkrete Strafzumessung sind die *ordentlichen Strafraahmen* in den einzelnen Tatbeständen des Besonderen Teils. In Verbindung mit den Legaldefinitionen der Strafarten³ ergibt sich für jedes Delikt eine bestimmte Mindest- und Höchstgrenze der Strafe. Ist der Täter beispielsweise wegen einer Beschimpfung nach Art. 177 Abs. 1 StGB zu bestrafen, ergibt sich ein ordentlicher Strafraumen zwischen minimal einem Tagessatz Geldstrafe bzw. vier Stunden gemeinnütziger Arbeit und maximal 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 360 Stunden gemeinnütziger Arbeit.⁴

Bei Vorliegen eines *Strafmilderungsgrundes* wird der ordentliche Strafraumen nach unten erweitert (Art. 48–48a StGB).⁵ Das Gericht ist in diesen Fällen

- 1 Für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages danke ich RA M^{Law} Eva T^{Resch} herzlich.
- 2 WIPRÄCHTIGER, Art. 47–48a, 50 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007.
- 3 Art. 10, 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40, 103 und 106 StGB.
- 4 Die Strafdrohung von Art. 177 Abs. 1 StGB enthält keine Grenzwerte für die gemeinnützige Arbeit. Gemäss Art. 37 Abs. 1 StGB kann aber das Gericht mit Zustimmung des Täters anstelle einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen gemeinnützige Arbeit anordnen. Der Umwandlungssatz von vier Stunden gemeinnütziger Arbeit pro Tagessatz Geldstrafe ist Art. 40 Abs. 2 StGB zu entnehmen.
- 5 Neben Art. 48 StGB sehen folgende Bestimmungen eine Strafmilderung vor, welche sich bezüglich Erweiterung des Strafraumens und konkreter Strafzumessung nach Art. 48a StGB

nicht mehr an die Untergrenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden und kann auch die Strafart frei wählen. Immerhin sind die gesetzlichen Höchst- und Mindestmasse der jeweiligen Strafarten einzuhalten. Wird ein Angeklagter beispielsweise des qualifizierten Raubes (Art. 140 Ziff. 4 StGB) schuldig gesprochen, und war er zum Tatzeitpunkt in einem Zustand verminderter Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB), so ergibt sich zunächst ein ordentlicher Strafrahmen von minimal fünf Jahren Freiheitsstrafe und maximal 20 Jahren Freiheitsstrafe. Wegen der Strafmilderung aus verminderter Schuldfähigkeit wird der Strafrahmen nach unten geöffnet (Art. 48a StGB). Der erweiterte Strafrahmen kennt dann folgende Eckwerte:

- Busse zwischen einem und 10 000 Franken (Art. 106 StGB);
- gemeinnützige Arbeit zwischen vier und 720 Stunden (Art. 37 StGB);
- Geldstrafe zwischen einem und 360 Tagessätzen (Art. 34 StGB);
- Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten⁶ und 20 Jahren (Art. 40 StGB).

Die unterste Grenze des erweiterten Strafrahmens liegt folglich bei einem Franken Busse. Das gilt nicht nur für das gewählte Beispiel, sondern in jeder Fallkonstellation, wenn nur ein Strafmilderungsgrund festgestellt wird.

Damit ist die Bandbreite für den dritten Schritt, die *konkrete Strafzumessung* durch das Gericht, definiert. Es hat eine Strafe *innerhalb des ordentlichen Strafrahmens* nach den auf das Unrecht bezogenen Verschuldensmerkmalen einerseits und den auf die Vorwerfbarkeit des Unrechts bezogenen Verschuldenskomponenten andererseits zu bestimmen (Art. 47 Abs. 1 StGB).⁷ Dabei muss es im Schnittbereich zwischen der gemeinnützigen Arbeit, der Geldstrafe und

richten: Art. 11 Abs. 4 (Unterlassungsdelikte), Art. 16 Abs. 1 (Notwehrexzess), Art. 18 Abs. 1 (teilweise entschuldbarer Notstand), Art. 19 Abs. 2 (verminderte Schuldfähigkeit), Art. 21 Satz 2 (vermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit), Art. 22 Abs. 1 (Versuch), Art. 23 (Rücktritt oder tätige Reue), Art. 25 (Gehilfenschaft), Art. 26 (Teilnahme am Sonderdelikt), Art. 101 Abs. 2 (bei unverjährbaren Delikten), Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 (leichter Fall einer einfachen Körperverletzung), Art. 173 Ziff. 4, Art. 174 Ziff. 3 (Ehrverletzungsdelikte), Art. 185 Ziff. 4 (Geiselnahme), Art. 260^{ter} Ziff. 2 (kriminelle Organisation), Art. 308 (Rechtspflegedelikte).

6 Kürzere Freiheitsstrafen zwischen einem Tag und sechs Monaten sind ausnahmsweise zulässig, siehe Art. 41 Abs. 1 StGB.

7 Lehre und Rechtsprechung unterscheiden nach tat- und täterbezogenen Verschuldenskomponenten, siehe dazu ausführlich WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), Art. 47 N 5 ff. m.w.N. Diese Terminologie schafft jedoch Unklarheiten bei der Verschuldensbewertung und sollte aufgegeben werden, siehe SCHWARZENEGGER, Strafzumessung und Strafmilderung bei verminderter Schuldfähigkeit, Zürich 2011 (im Erscheinen).

der Freiheitsstrafe⁸ auch noch eine Entscheidung über die Strafart vornehmen.⁹ Dass sich im Gesetz keine Regelung darüber findet, ob zuerst die Strafart festgelegt und danach die konkrete Strafzumessung durchgeführt werden muss oder ob das Vorgehen umgekehrt stattzufinden hat, ist eine empfindliche Regelungslücke.¹⁰ Es empfiehlt sich m.E. bei Verbrechen und Vergehen, die Optik der Strafzumessung zunächst auf eine Freiheitsstrafe zu beschränken, die – mit gewissen Einschränkungen¹¹ – das gesamte verfügbare Strafspektrum¹² abdeckt, und in dieser «Recheneinheit» eine verschuldensadäquate Strafe nach Art. 47 StGB zuzumessen. Ergibt sich ein Strafmass im Schnittbereich zur gemeinnützigen Arbeit oder zur Geldstrafe, können diese Strafarten insbesondere mit Blick auf präventive Erwägungen gewählt werden. Dabei richtet sich die Umrechnung der Freiheitsstrafe in Stunden gemeinnütziger Arbeit bzw. in Tagessätzen Geldstrafe nach den gesetzlichen Vorgaben.¹³ Die Strafzumessung bei Übertretungen

- 8 Freiheitsstrafen von «weniger als 6 Monaten» und Geldstrafen «bis zu 180 Tagessätzen» überschneiden sich mit der gemeinnützigen Arbeit (Art. 37 Abs. 1 StGB, Zustimmung des Täters vorausgesetzt). Geldstrafen bis zu 360 Tagessätzen überschneiden sich mit der Freiheitsstrafe (Art. 34 Abs. 1 StGB, zum Umrechnungsschlüssel siehe Art. 36 Abs. 1 StGB [ein Tagessatz entspricht einem Tag Freiheitsstrafe]).
- 9 Weil gegenüber dem Verurteilten, der einer gemeinnützigen Arbeit zustimmt, in der Regel diese Strafart ausgesprochen wird, falls die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt in erster Linie die Wahl zwischen der Geldstrafe und der Freiheitsstrafe problematisch. Aus der gesetzlichen Reihenfolge, der Zielsetzung der AT-Revision, welche die Geldstrafe im Deliktsbereich mittleren Schweregrades präferierte, und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz lässt sich ein Vorrang der Geldstrafe ableiten, von dem aber begründet abgewichen werden kann. Vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich u.a. 2007, S. 120 ff.; WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), Art. 47 N 21 ff.
- 10 Für STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 6 Rz. 77, handelt es sich um einen zirkulären Vorgang, weil die Art der zur Wahl stehenden Strafart das Mass der Strafe ebenso beeinflussen könne wie ihr den Strafzwecken entsprechendes Mass die Wahl der Art.
- 11 Nach Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB kann auf eine Freiheitsstrafe zwischen einem Tag und sechs Monaten nur ausnahmsweise erkannt werden.
- 12 Dieses reicht von einem Tag bis 20 Jahren Freiheitsstrafe. Wo eine Strafbestimmung dies explizit vorsieht, kann auch auf eine lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt werden.
- 13 Vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 (ein Tagessatz = ein Tag), Art. 39 Abs. 2 StGB (vier Arbeitsstunden = ein Tag). Wenn das Gesetz von der Gleichwertigkeit von gemeinnütziger Arbeit, Geldstrafe und Freiheitsstrafe ausgeht (WIPRÄCHTIGER [Fn. 2], Art. 47 N 22), muss die Bestimmung der verschuldensadäquaten Strafe in einer der drei Recheneinheiten zulässig sein. Ähnlich BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.4.2 bei Strafschärfung nach Art. 49 StGB. Eine Strafzumessung in umgekehrter Anordnung scheint kaum praktikabel, denn das Gericht müsste dann Zumessungspraktiken in den drei Recheneinheiten (Arbeitsstunden, Tagessätze, Tage) entwickeln. Eine Anpassung des Strafmasses der Tagessätze Geldstrafe ist allerdings notwendig, wenn bei der konkreten Zumessung der Freiheitsstrafe die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, die keine kausale Beziehung zum Tatgeschehen haben, einbezogen wurden. Diese sind gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB erst bei der Bestimmung der Tagessatzhöhe zu gewichten, siehe SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 112.

erfolgt separat und richtet sich nach dem Geldsummensystem (Art. 106 Abs. 3 StGB).¹⁴

Falls ein Strafmilderungsgrund vorliegt, muss das Gericht in einem vierten Schritt zwingend mindestens eine *Strafminderung* innerhalb des ordentlichen Strafrahmens vornehmen. Wie gross die Minderung in Recheneinheiten ausmacht, liegt im weiten Ermessen des Gerichts, doch muss es die Gewichtung des Strafminderungsgrundes in der Urteilsbegründung benennen, ohne dabei allerdings quantitative Angaben machen zu müssen.¹⁵ Fakultativ kann es auch zur *Strafmilderung* greifen, d.h. mit der Strafe unter die Untergrenze des ordentlichen Strafrahmens in den erweiterten Strafrahmen gehen und dabei die Straffart wechseln. In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass eine derartige Strafmilderung, also das Unterschreiten der Untergrenze des ordentlichen Strafrahmens, nur in Ausnahmefällen angebracht sei.¹⁶ Praktisch wirkt sich diese Praxisänderung nur bei schwersten Straftaten aus, deren Untergrenze des Strafrahmens bei einem Jahr Freiheitsstrafe oder höher liegt.

1. Bestimmung des ordentlichen Strafrahmens (BT-Strafnorm i.V.m. Art. 10, 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40, 103 und 106 StGB).
2. Allenfalls Erweiterung des Strafrahmens nach unten bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes (Art. 48–48a StGB).
3. Verschuldensbewertung nach den Merkmalen, die das Unrecht der Tat kennzeichnen. Danach Bewertung der individuellen Vorwerfbarkeit des Unrechts. Resultat: Ausmass des Verschuldens, das in Graden benannt werden kann. Umrechnung des Tatverschuldens in ein Strafmass (Art. 47 Abs. 1 StGB).
4. Obligatorische Strafminderung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens oder fakultative Strafmilderung innerhalb des erweiterten Strafrahmens bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes (Art. 48a StGB).
5. Eventuell Modifikation des Strafmasses aufgrund präventiver oder restaurativer Strafzwecke (aber nur innerhalb des schuldangemessenen Rahmens); eventuell Modifikation des Strafmasses aufgrund staatlichen Fehlverhaltens (z.B. Verletzung des Beschleunigungsgebots).
6. Entscheidung über die Vollzugsmodalität: bedingte Strafe, Verbindungsgeldstrafe oder -busse (Art. 42 StGB); teilbedingte Strafe (Art. 43 StGB).

14 Weiterführend dazu HEIMGARTNER, Art. 106 StGB N 20 ff. m.w.N., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007.

15 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), Art. 50 StGB N 9 ff. m.N.

16 BGE 136 IV 55. Dem kann nicht gefolgt werden, denn mit dem (erweiterten) Strafrahmen hat der Gesetzgeber eine abstrakte Bewertung des Unrechts- und Schuldgehalts einer Deliktsart vorweggenommen, an die das Gericht gebunden ist. Das heisst, dem leichtestmöglichen Verschulden entspricht bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes ein Strafmass von 1 Fr. Busse (Art. 48a StGB). Weiterführend SCHWARZENEGGER (Fn. 7), passim.

- | |
|--|
| 7. Anordnung einer oder mehrerer Massnahme(n), falls ihre Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 56 ff. StGB). |
|--|

Tabelle 1: Reihenfolge der Sanktionsfolgenbestimmung bei einer einzelnen strafbaren Handlung

Allenfalls wird das Strafmass aufgrund präventiver oder restaurativer Strafzwecke oder der Berücksichtigung staatlichen Fehlverhaltens noch modifiziert. Danach folgt als sechster Schritt die *Entscheidung über die Vollzugsmodalität*: Je nachdem, ob die Voraussetzungen der bedingten oder teilbedingten Strafe (Art. 42–43 StGB) erfüllt sind, schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe voll oder teilweise auf. Bei einer bedingten Strafe muss das Gericht zusätzlich erwägen, ob ein unbedingte Verbindungsgeldstrafe oder -busse notwendig ist (Art. 42 Abs. 4 StGB). Wird das bejaht, muss das zuvor – in der Recheneinheit «Tage Freiheitsstrafe» – ermittelte verschuldensadäquate Strafmass auf den bedingten ausgesprochenen Teil (gemeinnützige Arbeit, Geldstrafe, Freiheitsstrafe) und die Verbindungsstrafe aufgeteilt werden, damit dem Verurteilten keine über das Verschulden hinausgehende Strafe auferlegt wird.¹⁷ In den übrigen Fällen bleibt es bei einer unbedingten Geldstrafe, gemeinnützigen Arbeit oder Freiheitsstrafe.¹⁸

Als letzter Schritt der Sanktionsfolgenbestimmung hat sich das Gericht mit der Notwendigkeit der *sichernden Massnahmen* (Art. 56–64 StGB) oder weiterer *persönlicher* oder *sachlicher Massnahmen* (Art. 66–73 StGB) zu befassen und diese allenfalls neben der Strafe anzuordnen.¹⁹

Bisweilen wird in der älteren Literatur nicht genau zwischen der Strafrahmenbestimmung und der konkreten Strafzumessung unterschieden oder gar Erstere mit der Letzteren zusammen vorgenommen. Diese Auffassungen sind abzulehnen, weil der Gesetzgeber in den Straftatbeständen eine generell-abstrakte Unrechts- und Schuldbewertung vorgenommen hat, die im ordentlichen Strafrahmen zum Ausdruck kommt. Auch für die gesetzlichen Strafmilderungsgründe hat er eine solche Bewertung vorgenommen und im erweiterten Strafrahmen abgesteckt. Dabei entspricht jeweils die unterste Strafrahmengrenze dem leichtestmöglichen Verschulden, die oberste Strafrahmengrenze dem schwerstmöglichen Verschulden. Es ist bundesrechtswidrig, wenn ein Gericht bei der Bestimmung eines konkreten Strafmasses diese gesetzlichen Vorgaben einer erneuten eigenständigen Wertung unterzieht (so aber BGE 136 IV 55).

17 Vgl. dazu SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), 137 f.

18 Bussen können nur unbedingt ausgesprochen werden (Art. 105 Abs. 1 StGB).

19 In besonderen Konstellationen kommt es zu selbständigen Massnahmeverfahren, in denen alleine über die Anordnung einer Massnahme entschieden wird, vgl. 372 ff. StPO.

III. Das Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen

In der Praxis der Gerichte kommt es häufig vor, dass ein Täter wegen der Verübung mehrerer Delikte angeklagt wird, denn im Schweizer Strafrecht und Strafprozessrecht gilt der Grundsatz der Verfahrenseinheit. Das heisst, hat eine beschuldigte Person mehrere Delikte begangen, auch wenn sie an verschiedenen Orten verübt wurden, sollen sie von der gleichen Behörde verfolgt und beurteilt werden.²⁰ Ist die Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld für die jeweilige Deliktsverübung erwiesen, stellt sich die Frage, wie mit der Vielzahl der Delikte bei der Sanktionsfolgenbestimmung umzugehen sei. Nicht nur der Laie erwartet bei Verurteilungen wegen zweier oder mehrerer Delikte eine spürbar höhere Strafe als bei der Sanktionierung einer Einzeltat, auch das Strafgesetzbuch enthält eine spezifische Regelung über die Strafrahmenbestimmung und Strafzumessung beim *Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen*²¹ bzw. bei deren *Konkurrenz*.²²

Die Vielzahl der Delikte kann auf unterschiedliche Verhaltensweisen zurückgehen. Der Täter erfüllt beispielsweise durch eine einzige Handlung mehrere Straftatbestände, indem er durch die Sprengung eines Hauses gleichzeitig mehrere Menschen tötet oder durch einen gezielten Schlag gegen das Gesicht eines Brillenträgers zugleich eine einfache Körperverletzung und eine Sachbeschädigung verursacht. Diese Fallkonstellationen werden unter dem Begriff der *Idealkonkurrenz* oder *formalen Konkurrenz* zusammengefasst (vgl. die Tabelle 2, 2. Zeile). Der Täter kann auch durch mehrere Verhaltensweisen mehrfach gegen den gleichen Straftatbestand oder aber gegen verschiedene Straftatbestände verstossen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er – jeweils mit neu gefasstem Vorsatz und ohne gewerbmässig zu handeln – in einem Jahr mehrere Ladendiebstähle begeht. Solche Fallkonstellationen bezeichnet man als *Realkonkurrenzen* oder *materielle Konkurrenz* (vgl. Tabelle 2, 3. Zeile).²³

20 Art. 49 StGB, Art. 29 Abs. 1 lit. a, 34 Abs. 1 StPO. Deshalb räumt Art. 34 Abs. 3 StPO einer Person, die von verschiedenen Gerichten zu mehreren gleichartigen Strafen verurteilt wurde, weil die Verfahren nicht vereinigt werden konnten, auf Gesuch hin das Recht auf eine gemeinsame Beurteilung nach Massgabe von Art. 49 Abs. 1 StGB ein. Das einheitliche Verfahren gegen den Urheber mehrerer Straftaten beruht auf dem Gebot der prozessualen Zweckmässigkeit und soll eine einheitliche Strafzumessung sowie letztlich einen einheitlichen, folgerichtigen Vollzug ermöglichen, siehe BGE 127 IV 135 E. 2e; BStrGer 24.5.2006, BB.2006.9 E. 3, und 9.10.2007, BB.2007.21 E. 3 (Gerichtsstand); SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Zweiter Band, Die kriminalrechtlichen Sanktionen, Das Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Bern 1982, S. 79 m.w.N.

21 So die Marginalie von alt Art. 68 StGB.

22 So jetzt die Marginalie von Art. 49 StGB.

23 Siehe zu dieser terminologischen Unterscheidungen schon ZIEGLER, Die Theorie der Strafschärfung, Ein criminalistischer Versuch, Helmstedt 1806, S. 87 ff.; BAUER, Grundlinien des philosophischen Criminalrechts, Göttingen 1825, S. 52 f.

Die Konkurrenz hat allerdings nicht immer eine strafehöhende oder -schräufende Wirkung, wie sie in Art. 49 Abs. 1 StGB vorgeschrieben wird. Erfasst ein Delikt den Unrechtsgehalt eines anderen, ebenfalls erfüllten Delikts vollumfänglich, spricht man von einer *unechten Konkurrenz*, *Gesetzes-* oder *Scheinkonkurrenz* (vgl. Tabelle 2, 2. Spalte). Die Bestimmung solcher Unrechtskompensationen ist Gegenstand der Konkurrenzlehre und soll hier nicht weiter thematisiert werden.²⁴ Das Vorliegen solcher unechter Konkurrenzen ist immer vor der konkreten Strafzumessung zu prüfen. Wird unechte Konkurrenz bejaht, bleibt es bei einer Bestrafung wegen der einmaligen Begehung des vorrangigen Delikts. Auch die Fragen, ob man ein Verhalten, das sich aus mehreren natürlichen Handlungselementen zusammensetzt, als Einheitsdelikt betrachten soll²⁵ oder ob der Gesetzgeber durch die Tatbestandsfassung mehrere natürliche Handlungselemente zu einer rechtlichen Handlungseinheit zusammengefügt hat,²⁶ sind vor der Straffolgenbestimmung zu beantworten. Auch in diesen Fallkonstellationen kommt Art. 49 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung.

24 Siehe dazu weiterführend ACKERMANN, Art. 49 StGB N 18 ff., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007; STOLL, Art. 49 N 7 ff., in: Roth/Moreillon (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, Bâle 2009, je m.w.N.

25 Vgl. nur DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 396 ff., die als Beispiele das Besprayen einer Hauswand in mehreren aufeinanderfolgenden Nächten (Art. 144 StGB) und die Nichtzahlung mehrerer monatlicher Alimente durch den Unterhaltspflichtigen (Art. 217 StGB) nennen.

26 Beispiele: Der Einsatz bestimmter Nötigungsmittel und der damit erwirkte Vollzug des Geschlechtsverkehrs an einer Frau wird zur Vergewaltigung (Art. 190 StGB) zusammengefügt; ebenso besteht der Raub aus den Tathandlungen des Einsatzes eines bestimmten Nötigungsmittels und der Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache (Art. 140 StGB). Die Gewerbmässigkeit ist ein Sonderfall der rechtlichen Handlungseinheit (vgl. Art. 139 Ziff. 2, Art. 144^{bis} Ziff. 2 Abs. 2, Art. 146 Abs. 2, Art. 147 Abs. 2 StGB u.a.). Ein solches Handeln liegt vor, «wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die der Täter für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufs ausübt» (BGE 119 IV 132). Sie setzt folglich eine mehrfache Tatbegehung voraus, wird aber als rechtliche Einheit behandelt.

Echte Konkurrenzen		Unechte Konkurrenzen (auch Gesetzes- oder Scheinkonkurrenz)	
echte Idealkonkurrenz		unechte Idealkonkurrenz	
gleichartig Bsp.: Tötung von fünf Personen durch Sprengung eines Hauses (= mehrfacher Mord, Art. 112 StGB und weitere Delikte)	verschiedenartig Bsp.: Faustschlag ins Gesicht mit Zertrümmerung der Brille (= Körperverletzung, Art. 123 StGB, und Sachbeschädigung, Art. 144 StGB)	Der <i>Unrechtsgehalt</i> der zu beurteilenden Handlung wird bereits von einer der zusammentreffenden Bestimmungen völlig abgegolten In Betracht fallen <i>Spezialität</i> – <i>Konsumtion</i> – <i>Subsidiarität</i> – <i>Alternativität</i>	
echte Realkonkurrenz		unechte Realkonkurrenz	
gleichartig Bsp.: Ladendiebstähle im Januar, Juni und Oktober (= mehrfacher Diebstahl, Art. 139 i.V.m. 172 ^{ter} Abs. 1 StGB)	verschiedenartig Bsp.: Diebstahl (Art. 139 StGB), Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) und Raub (Art. 140 StGB)	<i>mitbestrafte Vor- oder Nachtat</i> <i>Vortat</i> — Bsp.: Nötigung zu sexuellen Handlungen gefolgt von Vergewaltigung (Art. 190 StGB, keine Anwendung von Art. 189 StGB) <i>Nachtat</i> — Bsp.: der Dieb zerstört die Sache nach der Tat (Art. 139 StGB, keine Anwendung von Art. 144 StGB)	
Strafschärfung (Art. 49 Abs. 1 StGB)		keine Strafschärfung	
		eine Handlung Mehrzahl von Strafbestimmungen	
		Mehrzahl von Handlungen eine oder mehrere Strafbestimmung(en)	

Tabelle 2: Die Unterscheidung von echter und unechter Konkurrenz

Bleibt nach diesen Prüfungsschritten weiterhin eine Mehrzahl von strafbaren Handlungen übrig,²⁷ die folglich nicht in einem Ausschlussverhältnis zueinander stehen (*echte Konkurrenz*, vgl. Tabelle 2, 1. Spalte), müssen die Voraussetzungen der Strafschärfung nach Art. 49 Abs. 1 StGB untersucht werden. Im Gegensatz zu Deutschland und Italien macht es in der Schweiz für die Strafzumessung keinen Unterschied, ob echte Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt.²⁸

27 Was sich darin äussert, dass im Urteilsdispositiv für alle tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft begangenen Delikte, die in echter Konkurrenz stehen, ein Schuldspruch erfolgen muss, siehe allgemein Art. 81 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a, Art. 351 Abs. 1 StPO.

28 ACKERMANN (Fn. 23), Art. 49 N 18 m.N: «Die Unterscheidung von Idealkonkurrenz (*conours idéal*) und Realkonkurrenz (*conours réel*) ist ... für die Anwendung von Art. 49 Abs. 1 (wie auch aArt. 68 Ziff. 1 Abs. 1) ohne Bedeutung.» Dennoch wird bisweilen nur darauf hingewiesen, dass Ideal- oder Realkonkurrenz gegeben sei, während das Wesentliche fehlt, nämlich ob diese Konkurrenz echt oder unecht sei, vgl. beispielsweise ROTH/BERKEMEIER, Art. 122

Beide werden von Art. 49 Abs. 1 StGB erfasst. Bei beiden ist die Strafzumessung nach den gleichen Grundsätzen vorzunehmen.

IV. Sanktionsfolgenbestimmung beim Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen

Art. 49 Abs. 1 StGB ist anwendbar, wenn durch eine oder mehrere strafbare Handlungen die *Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen* erfüllt sind. Genau besehen regelt Art. 49 Abs. 1 StGB also gar nicht alle Fälle der Konkurrenz, wie es die Marginalie nahelegen würde. Bei echter Konkurrenz zwischen strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen, die mit ungleichartigen Strafen zu sanktionieren sind, muss das Gericht mangels gesetzlicher Regelung eine separate Strafraumenbestimmung und Strafzumessung für jede einzelne Tat vornehmen und den Täter zu all diesen Strafen verurteilen.²⁹ Die Strafen werden dementsprechend kumuliert (*Kumulationsprinzip*). Nur bei gleichartigen Strafen soll das *Asperationsprinzip (exasperatio poenae)* zum Zuge kommen, bei dem eine Gesamtstrafe für die Mehrzahl der Delikte bestimmt wird. Und zwar soll die Gesamtstrafe weniger als die Summe der Strafen ausmachen, die resultieren würden, wenn man sie einzeln zumässe, um einen Ausgleich im Strafübel zu schaffen. Denn: Die ununterbrochene Verbüssung mehrerer Strafen würde dem Verurteilten ein schwereres Strafleiden zufügen, als es ihm bei zeitlich getrenntem Strafvollzug erwachsen würde.³⁰

A. Wann sind die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen gegeben?

Ob die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen vorliegen, kann auf zwei Arten bestimmt werden: einerseits durch einen Vergleich der individuell-konkreten, für jede einzelne Tat zugemessenen Strafen (*konkrete Methode*), andererseits durch einen Vergleich der generell-abstrakten Strafdrohung der erfüllten Straftatbestände (*abstrakte Methode*). Bei der konkreten Methode ergibt sich die Gleichartigkeit der Strafe erst, wenn nach der Strafraumenbestimmung und konkreten Strafzumessung bei jedem einzelnen Delikt eine Strafe der gleichen Strafart (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Busse) herauskommt.³¹ Bei der abstrakten Methode reicht dagegen ein Vergleich der ordentlichen Strafraumen der erfüllten Straftatbestände. Sind die in

StGB N 26 f., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007.

29 Siehe oben, Abschnitt 2.

30 STROSS, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, Basel/Genf 1892, 417.

31 Bei Übertretungen ist nur eine Strafart möglich, die Busse (Art. 103 StGB). Hat der Täter mehrere Übertretungen begangen, liegen somit *per definitionem* gleichartige Strafen vor, weshalb hier Art. 49 Abs. 1 StGB immer zur Anwendung kommt, HEIMGARTNER (Fn. 14),

der Strafanndrohung genannten Strafarten identisch, ist die Gleichartigkeit zu bejahen. Klärungsbedürftig ist bei dieser Methode noch, wie zu verfahren sei, wenn sich bei einer oder mehreren der zu vergleichenden Strafbestimmungen der Strafraumen über mehrere Strafarten erstreckt, was insbesondere bei der alternativen Strafanndrohung «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» relevant wird.

Der *Wortsinn von Art. 49 Abs. 1 StGB spricht deutlich für die abstrakte Methode*, denn die Bestimmung verlangt für ihre Anwendbarkeit nicht etwa, dass der «Täter mehrere gleichartige Strafen verwirkt» haben müsse, sondern nur, dass «die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt» sein müssen.

Auch aus dem abweichenden Wortlaut von alt Art. 68 Ziff. 1 StGB, der noch die *Verwirkung* mehrerer Freiheitsstrafen als Voraussetzung für die Strafschärfung nannte, lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten, denn die Intentionen des historischen Gesetzgebers lassen sich klar rekonstruieren. Die Strafschärfung nach dem Asperationsprinzip Schweizer Prägung setzt keine konkrete Einzelstrafenbestimmung voraus, sondern begnügt sich mit einem Vergleich der generell-abstrakten Strafdrohungen. So hat es sich aus dem Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1853 (Art. 33) und mehreren kantonalen Strafgesetzbüchern entwickelt³² und im vereinheitlichten StGB vom 21. Dezember 1937 niedergeschlagen, wobei allerdings eine unglückliche Terminologie gewählt wurde.³³ Den Unterschied zwischen der

Art. 106 N 37 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 87 und 117; siehe auch BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.3.

32 Die entsprechenden Bestimmungen sind in STOOSS, Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung, Basel/Genf 1890, 229 ff., zu finden. STOOSS selbst erachtete es als am zweckmässigsten, «der Bestrafung die Strafe des schwersten Deliktes zu Grunde zu legen». Eine Kombination der verschiedenen konkreten Einzelstrafen mit entsprechender Ermässigung nach deutscher Manier würde aus seiner Sicht zwar den gesetzgeberischen Gedanken noch reiner zum Ausdruck bringen, aber «zu Weiterungen führen», siehe STOOSS (Fn. 30), S. 419. Dass die Schweizer StGB-Vorentwürfe nicht von der schwersten *verwirkten* Einzelstrafe, sondern von der höchsten der für die einzelnen Straftaten *angedrohten* Strafe ausgingen, wird auch aus der Analyse von MERKEL, Konkurrenz, in: Birkmeyer et al. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, V. Band, Berlin 1908, S. 358 ff., deutlich. Er nennt dieses Strafschärfungsmodell «Absorption mit Strafschärfung» und stellt es dem komplizierten deutschen System gegenüber, dass bei echter Realkonkurrenz Einzelstrafen zuzisst und die Summe aller Strafen verhältnismässig reduziert. Das Schweizer System stimmte MERKEL skeptisch, während er das deutsche System «viel konsequenter», aber an anderer Stelle auch unbrauchbarer bezeichnete.

33 Art. 65 Ziff. 1 E-StGB «Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, ...». Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Strafgesetzbuch (23.7.1918), BBl 70 IV 25, wo das dahinterstehende Strafschärfungssystem nicht näher erläutert wird. Von einem Wechsel hin zum deutschen System war jedoch nicht die Rede. Vgl. ZÜRCHER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914, S. 103; HAFTER, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, S. 375 f. «Der vom G

deutschen³⁴ und Schweizer Spielart des Asperationsprinzips macht auch WAIBLINGER deutlich. Alt Art. 68 Ziff. 1 Satz 1 StGB sehe vor, «dass der Richter bei Delikt konkurrenz die *Strafe der schwersten Tat* ausspreche und deren Dauer (im Hinblick auf die konkurrierenden Delikte) angemessen» erhöhe. Es handle sich dabei nicht um das «klassische Asperationsprinzip» (Schärfung der höchsten *verwirkten* Strafe), sondern um eine *Kombination von Absorptions- und Asperationsprinzip*.³⁵ Diese Umschreibung ist missverständlich. Beim Schweizer Modell³⁶ handelt es sich genauso wie beim deutschen nach dem aktuellen § 54 Abs. 1 dStGB³⁷ um ein Asperationsprinzip, eine Strafschärfung. Nur die Vorgehensweise ist eine andere, weniger umständliche: Was die schwerste Tat, d.h. die mit schwerster Strafe bedrohte Tat ist, kann das Gericht schon dem Strafgesetz entnehmen.³⁸ Die Rechtsprechung hat unter der Geltung von alt Art. 68 Ziff. 1 StGB denn auch nie Einzelstrafzumessungen für die konkurrierenden Delikte durchgeführt. Bei der Bestimmung der mit der schwersten Strafe bedrohten Tat i.S.v. alt Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wurden die Strafdrohungen verglichen, jedoch nur zur Feststellung des Strafrahmens. War dieser bestimmt, wurde die Strafe für die schwerste Tat gemäss alt Art. 63 StGB zugemessen und wegen der konkurrierenden Taten gemäss alt Art. 68 geschärft, wobei für das

verwendete Ausdruck «Verwirken» mehrerer Strafen ist *eigentlich unkorrekt*. Er mag höchstens als hypothetischer Ausgangspunkt verstanden werden. Tatsächlich soll ja den Täter in allen Fällen nur eine Strafe treffen.» (meine Hervorhebung).

- 34 WAIBLINGER, Die Verfolgung und Beurteilung zusammentreffender strafbarer Handlungen nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 58 (1944), S. 208–244, 214 unter Hinweis auf § 74 RStGB.
- 35 WAIBLINGER (Fn. 34), S. 215. Vgl. auch Protokoll A VIII über die Verhandlungen der Gruppe A der Expertenkommission für die Teilrevision des Strafgesetzbuches, 6. Session vom 27./28.3.1957, Bern 1957, 35 «Es geht hier nicht darum, zwei einzelne Strafen auszufällen.» (Votum WAIBLINGER zu alt Art. 68 Ziff. 1 StGB).
- 36 TRIFFTERER, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien 1994, S. 442 f., nennt diese Variante des Asperationsprinzips *Einheitsstrafensystem* unter explizitem Hinweis auf die Schweiz. Die deutsche Variante bezeichnet er als *Differenzierungssystem*.
- 37 Nach dieser Bestimmung muss bei Realkonkurrenz zunächst für jede Tat die Einzelstrafe innerhalb des für sie konkret anzuwendenden Strafrahmens zugemessen werden. Dann wird festgestellt, welches die ihrer Art nach schwerste der zugemessenen Einzelstrafen ist. Falls die Strafen gleicher Art sind, muss die dem Mass nach schwerste festgestellt werden. Die so ermittelte schwerste Tat (Einsatzstrafe) wird dann in zusammenfassender Würdigung erhöht (Gesamtstrafe). Das Höchstmass der Gesamtstrafe darf allerdings die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen (§ 54 Abs. 2 dStGB). Im Gegensatz zur Schweizer Regelung wird also nicht der Strafrahmen um die Hälfte erweitert, sondern umgekehrt von der Summe der effektiv ermittelten Einzelstrafen ein Abschlag gewährt. Ausserdem existieren bestimmte Nebenzwerte, siehe statt aller FISCHER, § 54 N 4 f., in: Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007.
- 38 WAIBLINGER (Fn. 34), 216 «... das schweizerische System [ist] vor allem praktisch, ... denn es enthebt den Richter der Notwendigkeit, zunächst für jede einzelne der zusammentreffenden strafbaren Handlungen eine Einzelstrafe auszufällen, ...».

Ausmass der Straferhöhung oder -schärfung wiederum die Kriterien von alt Art. 63 StGB massgebend waren.³⁹

Am Asperationsprinzip Schweizer Art sollte sich mit der Revision des Allgemeinen Teils StGB nichts ändern. Der Wortlaut wurde präzisiert.⁴⁰ Allerdings wird mit Art. 49 Abs. 3 StGB und Art. 34 Abs. 2 JStG das System der Strafschärfung bei Übergangstätern, die Delikte vor und nach dem 18. Altersjahr begangen haben, und im Jugendstrafrecht ergänzt. Nach diesen Bestimmungen ist bei abstrakt betrachtet gleichartigen Strafen zunächst eine Strafschärfung nach dem Asperationsprinzip (Art. 49 Abs. 1 StGB, Art. 34 Abs. 1 JStG) durchzuführen und hierauf eine Nachkontrolle mittels Einzelstrafzumessung für alle Taten vorzunehmen. Die Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip darf dabei nicht höher liegen als die Summe der Einzelstrafen.⁴¹ Diese beiden Sonderfälle haben aber keinen Einfluss auf das Strafschärfungssystem im Erwachsenenstrafrecht. Ob die Einführung von Art. 34 Abs. 1 JStG tatsächlich notwendig war, ist vor dem Hintergrund, dass im Jugendstrafrecht bei der Beurteilung mehrerer Straftaten, die in echter Konkurrenz stehen, die ordentlichen Strafrahmen gar nicht nach oben erweitert werden können, zweifelhaft.

Auch unter systematischen Gesichtspunkten erscheint die konkrete Methode als unlogisch und zirkulär. Nachdem für jede Tat eine Einzelstrafzumessungen nach dem Verschulden des Täters zugemessen und die schwerste konkret verwirkte Strafe damit ermittelt worden wäre, müsste das Gericht nach Art. 49 Abs. 1 StGB wieder von vorne beginnen, d.h. den Strafrahmen der schwersten Tat um die Hälfte nach oben erweitern und danach zusätzlich zur schon festgesetzten Einzelstrafe für das schwerste Delikt (Einsatzstrafe) nochmals nach dem Verschulden eine Straferhöhung oder -schärfung *en bloc* für die weiteren verübten Straftaten hinzufügen. Die zuvor ausgeführte Einzelstrafzumessung

39 BGE 93 IV 7 E. 2.b mit dem berechtigten Hinweis, dass die individuell-konkrete Methode zu stossenden Resultaten führen würde, weil immer dann eine Milderung statt eine Verschärfung des Strafrahmens einträte, wenn die obere Grenze des Rahmens der konkret schwereren Tat um mehr als ein Drittel unter der oberen Grenze des Rahmens der konkret leichteren Tat bleibt (E. 2.a). Ebenso OGer ZH, Urteil vom 23.10.1948, SJZ 45 (1949), S. 91 f.

40 «Artikel 49 Absatz 1 E-StGB übernimmt den geltenden Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB mit der Änderung, dass der Begriff «Freiheitsstrafen» durch «gleichartige Strafen» ersetzt wurde. Die Gesamtstrafenbildung nach dem Asperationsprinzip gilt somit auch für andere Strafen.» Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl 1999 2062. Im Zusammenhang mit der Begründungspflicht (Art. 50 StGB) hält die Botschaft fest, dass das Gewicht, das den einzelnen Straftaten zukomme, ausgewiesen werden solle. Das Gericht solle angeben, welchen Strafzumessungstatsachen es besondere Bedeutung zugemessen habe, BBl 1999 2062. Siehe zur Begründungspflicht bezüglich Einsatzstrafe bei Anwendung des Asperationsprinzips auch BGer, 27.12.2008, 6B_579/2008 E. 4.4 m.N.

41 Botschaft (Fn. 39), BBl 1999 2256 f.

dieser letzteren hätte bei diesem Schritt keinerlei Bedeutung mehr. Die konkrete Methode macht nur im deutschen Differenzierungssystem Sinn.

Damit lässt sich als Zwischenfazit festhalten:

- Ob gleichartige Strafen vorliegen, ist nach der abstrakten Methode zu ermitteln.⁴²
- Es gibt nicht mehrere Einzelstrafzumessungen für alle Delikte, sondern eine konkrete Strafzumessung für die schwerste Straftat und eine Strafschärfung für die weiteren, erfüllten Delikte.
- Die Begriffe «Asperationsprinzip» und «Gesamtstrafe» sind sowohl im deutschen Strafrecht als auch im schweizerischen Strafrecht gebräuchlich. Sie bezeichnen aber – wie gezeigt – zwei grundverschiedene Systeme der Strafschärfung bei echter Deliktskonkurrenz und müssen strikte auseinandergehalten werden.⁴³

Ein Beispiel soll am Ende dieses Abschnitts illustrieren, zu welchem unlogischen Resultat die konkrete Methode führen würde. Ein Täter hat zwei Diebstähle begangen, die in echter Konkurrenz zueinander stehen. Für den ersten, geringfügigeren Diebstahl wird er in der Einzelstrafzumessung – gestützt auf seine Zustimmung – mit einer gemeinnützigen Arbeit von 120 Stunden bestraft. Der Strafvollzug wird bedingt aufgeschoben (Art. 42 Abs. 1 StGB), die bedingte Strafe mit einer Verbindungsbusse von CHF 1000 kombiniert (Art. 42 Abs. 4 StGB). Der zweite Diebstahl ist gravierend und daher in der konkreten Einzelstrafzumessung mit 200 Tagessätzen Geldstrafe zu bestrafen. Auch hier ist die Prognose noch positiv. Die Geldstrafe wird bedingt aufgeschoben (Art. 42 Abs. 1 StGB), doch kombiniert sie das Gericht mit einer Verbindungsbusse von CHF 4000 (Art. 42 Abs. 4 StGB). Die Strafen sind nach der konkreten Methode ungleichartig. Sie wären alle ins Urteil aufzunehmen und zu kumulieren inklusive der Verbindungsbussen. Statt einer Asperation käme also die strengere Kumulation zum Zuge mit härteren Konsequenzen im Strafmass und absehbaren negativen Folgen bei einer allfälligen Nichtbewährung (Art. 46 StGB).⁴⁴

42 Abweichend ACKERMANN (Fn. 24), Art. 49 N 36 (die zur Unterstützung dieser Position zitierten BGE 132 IV 102 und 102 IV 245 sagen nichts zur konkreten Methode); STRATENWERTH, Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, FP 6/2008, S. 356–361, 356 f. je m.N.

43 Abweichend BALMER, Die Gesamtstrafe im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, in: Tag/Hauri (Hrsg.), Das revidierte StGB – Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2008, S. 11–41, 12, der meint, das schweizerische StGB lehne sich an die §§ 53 f. dStGB an.

44 Umgekehrt kann es auch zu einer unlogischen Privilegierung kommen, siehe BGER, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.4.2, Ausdehnung der teilbedingten Strafe auf vier Jahre durch Aufspaltung in Einzelstrafzumessungen.

B. Gleichartigkeit der Strafen nach der abstrakten Methode

Vergleicht man die ordentlichen Strafrahmen der erfüllten Straftatbestände, gibt es verschiedene Konstellationen. Unproblematisch sind zunächst einmal die Fälle, in denen eine einzige Strafart in den Strafandrohungen der konkurrierenden Delikte aufscheint (siehe Tabelle 3: Fälle 2, 8, 10). Ebenso klar sind die Fälle ungleichartiger Strafandrohungen, die keinerlei Überschneidungen haben (Tabelle 3: Fälle 4, 5, 7, 9).⁴⁵

Fall	Strafandrohung der Straftat 1	Strafandrohung der Straftat 2 und weiterer	Gleichartigkeit
1	lebenslängliche Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe	Freiheitsstrafe	ja ⁴⁶
2	Freiheitsstrafe	Freiheitsstrafe	ja
3	Freiheitsstrafe	Freiheitsstrafe oder Geldstrafe	ja
4	Freiheitsstrafe	Geldstrafe	nein
5	Freiheitsstrafe	Busse	nein
6	Freiheitsstrafe oder Geldstrafe	Geldstrafe	nein
7	Freiheitsstrafe oder Geldstrafe	Busse	nein ⁴⁷
8	Geldstrafe	Geldstrafe	ja
9	Geldstrafe	Busse	nein
10	Busse	Busse	ja

Tabelle 3: Gleichartige und ungleichartige Konstellationen beim abstrakten Vergleich der Strafandrohungen

Problematisch erscheinen somit nur die Konkurrenzsituationen der Fälle 1, 3 und 6, die nicht deckungsgleich sind, aber einen Überschneidungsbereich in

⁴⁵ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 87 f.; STRATENWERTH (Fn. 42), S. 357. A.M. KELLER, Art. 49, in: Hansjakob/Schmitt/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Luzern 2006, S. 46 f. «Gleichartige Strafen sind – da austauschbar, soweit es die Höhe der Strafart zulässt – Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit.» Ebenso offenbar die Rechtsprechung im Kt. Waadt, siehe die Nachweise in STOLL (Fn. 24), Art. 49 N 76 und N 81 mit Kritik.

⁴⁶ Vgl. BGE 116 IV 300 E. 2.c.cc; 132 IV 102: Im Rahmen einer retrospektiven Konkurrenz setzt die Annahme einer hypothetischen lebenslänglichen Gesamtstrafe voraus, dass entweder die Grundstrafe oder die Zusatzstrafe auf lebenslängliches Zuchthaus gelautet hätte. Das ist eine Frage der konkreten Strafzumessung und nicht der Beurteilung der Gleichartigkeit der Strafen.

⁴⁷ Vgl. BGE, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.2 und vom 6.4.2009, 6B_890/2008 E. 7.1. Falls bei einer bedingten Strafe eine Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB ausgesprochen wird, kann diese nicht mit der Busse für eine zusätzliche Übertretung zu einer Gesamtbusse nach dem Asperationsprinzip zusammengefügt werden (weil die Verbindungsbusse keine ordentliche Strafart ist, siehe HEIMGARTNER [Fn. 14], Art. 106 N 40).

den Strafarten aufweisen. Zunächst kann für den Fall 1 festgehalten werden, dass sich die Gleichartigkeit von lebenslänglicher Freiheitsstrafe und (zeitiger) Freiheitsstrafe schon allein aus der Legaldefinition des Art. 40 Satz 2 StGB ergibt. Wenn also beispielsweise ein Mord (Art. 112 StGB) in echter Konkurrenz mit einem qualifizierten Raub (Art. 140 Ziff. 2 StGB) auftritt, ist von Gleichartigkeit der Strafen i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB auszugehen.⁴⁸

Bleiben noch die Überschneidungsvarianten «Freiheitsstrafe – Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» und «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe – Geldstrafe». Die erstere weist eine Überschneidung im oberen Strafraumbereich auf, letztere eine solche im unteren Strafraumbereich.

Mit Blick auf die abstrakte Natur des Vergleichs, die Vereinfachungsfunktion des schweizerischen Einheitsstrafensystems und die für den Täter grundsätzlich ungünstige Strafenkumulation ist im Fall 3 auch bei teilweiser Deckungsgleichheit im oberen Strafraumbereich von einer Gleichartigkeit der Strafen auszugehen.⁴⁹

Anders verhält es sich in Fall 6 («Freiheitsstrafe oder Geldstrafe – Geldstrafe»). In den weiteren Schritten der Strafraumbestimmung und konkreten Strafzumessung wäre auf die schwerste Tat, also jene mit der Strafdrohung «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» abzustellen. Dabei besteht – bei abstrakter Betrachtungsweise – das Risiko, dass die minderschwere Tat als strafscharfendes Element innerhalb der falschen Strafart in Rechnung gestellt würde, d.h. zur Erhöhung oder Schärfung einer Freiheitsstrafe. Die Strafschärfung bei Tatbeständen, die alleine eine Geldstrafe androhen, darf aber gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB nur bis zur Grenze von 360 Tagessätzen gehen (Bindung an die gesetzliche Obergrenze der Strafart). Mit Blick auf diesen unauflösbaren Widerspruch wird man das Vorliegen einer gleichartigen Strafe in dieser Konstellation ablehnen müssen.⁵⁰

48 Die Gegenauffassung (ACKERMANN [Fn. 24], Art. 49 N 37 und N 50; STRATENWERTH [Fn. 41], S. 357) würde zu dem bizarren Resultat führen, dass neben der Strafe für den Mord auch noch ein Strafe für den qualifizierten Raub zuzumessen wäre und diese Strafen im Urteil zu kumulieren wären. Zu beachten ist dabei, dass im Schweizer StGB keine Bestimmung nach dem Vorbild von § 54 Abs. 1 Satz 1 dStGB existiert, die für lebenslange Freiheitsstrafen explizit das Absorptionsprinzip statuieren würde.

49 BGer, 13.7.2009, 6B_65/2009 E. 1.4.1; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 87 f.; NIGGLI, Kurzeinführung ins Strafrecht (AT), Freiburg 2008/2009, S. 24; im Ergebnis auch BALMER (Fn. 43), S. 18 «durch teleologische Auslegung». A.M. STRATENWERTH (Fn. 42), S. 357.

50 A.M. BALMER (Fn. 43), S. 19. Vgl. zur Handhabung von alternativen Strafandrohungen nach dem alten Recht BGE 75 IV 1 E. 1. Diesem Entscheid zufolge hatte das Gericht abzuschätzen, ob das Delikt, bei welchem wahlweise Freiheitsstrafe oder Busse (bzw. heute Geldstrafe) abgedroht war, «für sich allein nach den Umständen nur letztere Strafart» rechtfertige. Falls ja, sollte keine Kumulation erfolgen (konkret ging es um die Zusammenfassung innerhalb einer Gesamtbusse oder eine kumulative Ausfällung von Haft und Busse).

Auf einen Einbezug der gemeinnützigen Arbeit in die Tabelle kann im Übrigen verzichtet werden. Sie ist zwar eine eigenständige Straftat im Sanktionensystem,⁵¹ taucht aber in den Strafandrohungen nicht auf und tritt – bei Zustimmung des Verurteilten – an die Stelle von Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Es kann daher immer das Endresultat der Strafzumessung nach der Strafschärfung abgewartet werden, um dann zu sehen, ob eine gemeinnützige Arbeit überhaupt in Frage kommt.⁵²

C. Bestimmung der schwersten Straftat

Die schwerste Tat ist anhand der abstrakten Strafdrohungen des Gesetzes zu ermitteln, wobei in erster Linie auf die Deliktsart (Verbrechen, Vergehen, Übertretung), in zweiter Linie auf das vorgesehene Höchstmass und in dritter Linie auf das Mindestmass der in den anzuwendenden Bestimmungen vorgesehenen Strafen abzustellen ist.⁵³

D. Bestimmung der erweiterten Strafrahmen

Ausgehend vom ordentlichen Strafrahmen der schwersten Tat wird der erweiterte Strafrahmen nach Art. 49 Abs. 1 StGB abgesteckt. Dieser wird nach oben erweitert um die Hälfte des Höchstmasses der angedrohten Strafe. Allerdings kann es bei bestimmten Strafdrohungen sein, dass dieses Höchstmass schon dem gesetzlichen Höchstmass der Straftat entspricht. Weil dieses das Gericht bindet, bleibt die Obergrenze des erweiterten Strafrahmen u.U. identisch mit dem Höchstmass der Strafandrohung der schwersten Tat. So ist beispielsweise bei echter Konkurrenz zwischen falscher Anschuldigung (Art. 303 Ziff. 1 StGB) und Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 StGB) die falsche Anschuldigung die schwerste Straftat (Obergrenze = 20 Jahre Freiheitsstrafe). Weil die 20 Jahre auch die gesetzliche Obergrenze für Freiheitsstrafen nach Art. 40 StGB ist, kann der Strafrahmen nach oben nicht erweitert werden. Immerhin wird aber der Strafschärfungsgrund der Konkurrenz in der konkreten Strafzumessung straferrhöhend berücksichtigt.

Bei der Strafrahmenerweiterung ist auf zwei Sperrwirkungen zu achten: die *Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes*⁵⁴ und die *Sperrwirkung der Kumulation*.⁵⁵

51 BGer, 13.12.2010, 6B_712/2010 E. 1.3.3; ACKERMANN (Fn. 24), Art. 49 N 37 f.

52 Gl.M. BALMER (Fn. 43), S. 14; STOLL (Fn. 24), S. Art. 49 N 76.

53 BGE 127 IV 101 E. 2.b; 116 IV 300 E. 2.c.bb/cc; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 86; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 N 8 m.N. Vgl. schon HAFTER (Fn. 33), S. 378 m.N.

54 SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 75 f.

55 SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 86.

Mit der Sperrwirkung des milderen Tatbestandes ist gemeint, dass sich die untere Strafrahmengrenze gegenüber der Untergrenze des schwersten Delikts erhöhen muss, wenn ein minderschweres Delikt eine höhere Untergrenze aufweist. Begeht ein Täter anlässlich einer Meuterei nach Art. 311 Ziff. 1 StGB, für welche kein Strafmilderungsgrund vorliegt, einen versuchten Diebstahl nach Art. 139 Ziff. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB, handelt es sich beim Diebstahl um das schwerste Delikt i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB, da für diesen Tatbestand eine höhere Maximalstrafe vorgesehen ist. Was nun aber die Minimalstrafe betrifft, so darf der Täter nicht dafür belohnt werden, dass er anlässlich der Meuterei noch einen Diebstahl begeht. Es muss also mindestens die Minimalstrafe nach Art. 311 Ziff. 1 StGB (90 Tagessätze Geldstrafe) als unterste Grenze des Strafrahmens übernommen werden.⁵⁶

Zur Illustration der Sperrwirkung der Kumulation soll folgendes Beispiel dienen: Wird anlässlich eines einfachen Raubes (Art. 140 Ziff. 1 StGB; Maximalstrafe: zehn Jahre) noch eine Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB; Maximalstrafe: drei Jahre) begangen, darf die mögliche Höchststrafe – entgegen dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB – trotz echter Konkurrenz nicht 15 Jahre Freiheitsstrafe betragen. Oberste Grenze für den Strafrahmen nach Art. 49 Abs. 1 StGB muss in einem solchen Fall die Kumulation der theoretischen Höchststrafen dieser beiden Delikte sein (13 Jahre), denn ansonsten würde der Zweck der Asperation ad absurdum geführt.⁵⁷ Käme in unserem Beispiel noch eine zweite Sachbeschädigung dazu, wäre die oberste Grenze bei 14½ Jahren zu setzen, weil eine echte Konkurrenz zweier Sachbeschädigungen für sich betrachtet eine obere Maximalstrafgrenze von 4½ Jahren aufweist.

E. Bildung der Gesamtstrafe

Als nächster Schritt ist innerhalb des *ordentlichen Strafrahmens* der schwersten Straftat die *Einsatzstrafe* festzusetzen. Diese Einsatzstrafe ist in der Folge unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht muss dabei in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafferhöhenden und -mindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festlegen. In einem zweiten Schritt hat es diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es ebenfalls den jeweiligen Umständen i.S.v. Art. 47 StGB Rechnung zu tragen hat.⁵⁸

56 Beispiel aus SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 75 f.

57 Beispiel aus SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 9), S. 86. Genau genommen müsste die Obergrenze eine Einheit unter der Kumulation liegen, damit dem Zweck der Asperation erreicht wird.

58 Vgl. BGer, 27.12.2008, 6B_579/2008 E. 4.2.2, BGer, 14.8.2009, 6B_297/2009 E. 3.3.1; BGer, 25.3.2010, 6B_865/2009 E. 1.2.2 jeweils m.w.N.

1. Prüfung, ob die Voraussetzungen gleichartiger Strafen erfüllt sind – abstrakte Methode (Art. 49 Abs. 1 StGB)
2. Bestimmung der schwersten Tat – nach der generell-abstrakten Strafdrohung (Art. 49 Abs. 1 StGB)
3. Bestimmung des ordentlichen Strafrahmens der schwersten Tat und Erweiterung des Strafrahmens nach oben gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB
4. Konkrete Strafzumessung für die schwerste Tat innerhalb des ordentlichen Strafrahmens nach den unrechts- und vorwerfbarkeitsbezogenen Verschuldenskomponenten (Art. 47 Abs. 1 StGB)
5. Obligatorische Straferhöhung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens oder fakultative Strafschärfung innerhalb des erweiterten Strafrahmens je nach Tatverschulden bei den konkurrierenden Straftaten (Art. 49 Abs. 1 StGB)
6. Entscheidung über die Vollzugsmodalität: bedingte Strafe, Verbindungsgeldstrafe oder -busse (Art. 42 StGB); teilbedingte Strafe (Art. 43 StGB) ⁵⁹
7. Anordnung einer oder mehrerer Massnahme(n), falls ihre Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 56 ff. StGB)

Tabelle 4: Reihenfolge der Sanktionsfolgenbestimmung bei echter Konkurrenz

V. Schluss

Im revidierten Sanktionenrecht bestehen nach wie vor Unsicherheiten und Meinungsverschiedenheiten. Der vorliegende Beitrag versteht sich als einen ersten Schritt zur Analyse der Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 Abs. 1 StGB. Offen bleibt an dieser Stelle, wie die Grundsätze des Einheitsstrafensystems in den verschiedenen Konstellationen der retrospektiven Konkurrenz und der Gesamtstrafenbildung nach Art. 46 Abs. 1, Art. 89 Abs. 2 StGB oder Art. 34 Abs. 3 StPO umgesetzt werden.⁶⁰ Klar ist jedoch, dass die Grundidee des Asperationsprinzip, die Abschwächung der Konsequenzen reiner Kumulation,⁶¹ in all diesen Anwendungsfällen möglichst gleichartig umgesetzt werden soll.

59 STRATENWERTH (Fn. 42), S. 358, stellt aufgrund seiner Auffassung, es sei für jede Tat eine (hypothetische) Einzelstrafzumessung vorzunehmen, Überlegungen an, wie das «Zusammentreffen von bedingten Strafen» zu lösen sei. Wie im Text erläutert, ist aber nach der abstrakten Methode vorzugehen. Es resultiert daraus genau eine Gesamtstrafe, für die man im nächsten Schritt die Voraussetzungen der bedingten oder teilbedingten Strafe prüft.

60 Siehe zur Gleichartigkeit der Strafen bei retrospektiver Konkurrenz BGer, 4.2.2011, 6B_460/2010, E. 4.3.1, der die Bildung einer Gesamtstrafe nur dann als möglich bezeichnet, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen werden. Ausgeschlossen sei eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszusprechen. Aber auch die Bildung einer Gesamtstrafe bleibe bei retrospektiver Konkurrenz möglich (E. 4.3.2).

61 Vgl. STRATENWERTH (Fn. 42), S. 358.

Strafprozessordnung (StPO)

Das Geständnis – «Gesteh, sie schweigt»¹

Ist das Geständnis auch heute noch die Königin der Beweismittel oder bloss ein Bauer?

VON ANDREAS BRUNNER

I. Einleitung

Wer der Frage zur Bedeutung des Geständnisses nachgehen und insbesondere prüfen will, ob der im römischen Recht geprägte Satz «*Confessio est regina probationum*» heute im Strafprozess noch zutrifft, muss vorerst in der Geschichte etwas zurückblättern und deren frühere Geltung analysieren, um sich dann der heutigen Bedeutung zu widmen.

Das im Haupttitel enthaltene Zitat «Gesteh, sie schweigt» stammt aus dem 1882 erschienenen Werk «Die Füsse im Feuer» von Conrad Ferdinand Meyer. Hintergrund der Ballade bildet die blutige Hugenottenverfolgung des katholischen Königs Ludwigs des XIV. in Frankreich im 17. Jahrhundert. Ein Kurier des Königs foltert die Frau und Mutter einer Hugenottenfamilie zu Tode, weil sie das Versteck ihres Mannes nicht Preis gibt. Der Gesandte des Königs erinnert sich: «Ein fein, halsstarrig Weib ... ‹Wo steckt der Junker, sprich?› Sie schweigt. ‹Bekenn!› Sie schweigt. ‹Gib ihn heraus!› Sie schweigt. Ich werde wild. Der Stolz! Ich zerre das Geschöpf ... die Füsse pack ich ihr und blösse sie und strecke sie tief mitten in die Glut ... ‹Gib ihn heraus!› ... Sie schweigt ... Sie windet sich.» Hier geht es nicht um ein eigentliches Geständnis, sondern um Verrat, um Erhalt von Informationen unter Folter.

Davon ist das Geständnis im strafprozessualen Sinne abzugrenzen, gleich wie auch beim Erzwingen eines Geständnisses zur Gefahrenabwehr. Es sei hierzu an die Debatte um den Tod des in Deutschland entführten Sohn des Bankiers Jakob von Metzler erinnert. Dem Entführer wurden 2003 auf Anordnung des Frankfurter Vizepolizeichefs Wolfgang Daschner mit dem Ziel der Lebensrettung des Kindes Schmerzen angedroht für den Fall, dass er den Aufenthaltsort des Knaben nicht Preis gebe.

Damit ist klargestellt, dass zunächst der Begriff des nicht eindeutigen Wortes «Geständnis» zu klären ist.

1 Überarbeitete und leicht ergänzte sowie mit Fussnoten «bereicherte» Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 28.10.2010 anlässlich des SKG Instruktionkurses in Flims gehalten hat. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten. Der Beitrag «Die bedingte Geldstrafe – eine sanktionslose Bestrafung!» entfällt mangels Möglichkeit zur Gendarstellung des zu Festenden in diesem Band...

II. Begriff des Geständnisses

A. Im Allgemeinen

Geständig sein bedeutet dem allgemeinen Wortsinn nach etwas kommunizieren, was das Gegenüber nicht (mit Sicherheit) weiss. Synonym dazu verhalten sich: – gestehen – eingestehen – zugestehen – bekennen – beichten – anerkennen – «singen» – einräumen – offenbaren – eröffnen – Karten aufdecken – auf den Tisch legen – sich stellen – die Hosen runter lassen – auspacken – mit der Sprache herausrücken – verraten.

Das Wort «Geständnis» kann somit in vielen Schattierungen sowohl in rechtlich relevantem wie diesbezüglich irrelevantem Zusammenhang gebraucht werden. «Ich gestehe dir meine Liebe» ist wohl eines der schönsten und am meisten gebrauchten, oft aber nicht immer lange andauernden Geständnisse. In diesbezüglich kritischem Sinne äusserte sich der Strafrechtler Hans von Hentig vor knapp hundert Jahren: «Man macht einer Frau ein Liebesgeständnis, auch hier das Einräumen einer Tatsache, die nachteilig ist, wenn wir die Sprache als etwas Vernunftbegabtes ansehen wollen».² Geständnisse können aber auch nur moralischen oder ethischen Inhalts sein, so zum Beispiel wenn der Tübinger Theologe Professor Hans Küng von Papst Benedikt XVI. ein persönliches «Schuldeingeständnis» zum Kindesmissbrauch im Schosse der Katholischen Kirche einfordert, weil Ratzinger als damaliger Präfekt der Glaubenskongregation 2001 dafür gesorgt habe, dass alle Missbrauchsfälle unter päpstliche Geheimhaltung gestellt werden. Hier indessen erfolgt eine Beschränkung auf das Geständnis im Strafrecht.

B. Das Geständnis im Strafrecht heute

Unter Geständnis im strafprozessualen Sinne wird das ausdrückliche *Zugestehen* eines strafrechtlich relevanten Lebenssachverhaltes, mithin einer Tatsache oder Tat verstanden. Für Richter und Staatsanwälte primär bedeutsam ist die Kategorisierung in *echte bzw. wahre* und *falsche*³ Geständnisse.⁴ In quantitativer Hinsicht können Geständnisse *vollumfänglich* oder aber auch nur *teilweise* dem Tatverdacht entsprechen. Unter Umständen können sie auch über die inkriminierten Taten hinausgehen, was etwa der Fall ist, wenn einer beschuldigten Person fünf Einbruchdiebstähle vorgeworfen werden, sie aber deren zwanzig gesteht. Ferner ist prozessual zwischen überprüfbaren und nicht überprüfbaren Geständnissen und zwischen verwertbaren und nicht verwertbaren Geständnissen (Art. 140 f., Art. 158 Abs. 2 StPO) zu unterscheiden.

2 VON HENTIG, Das Geständnis, ZStrR 1929, S. 23 ff.

3 Vgl. dazu BENEKE, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren, Frankfurt a.M. 1990, S. 17 ff.

4 Vgl. BUSAM, Das Geständnis im Strafverfahren, Lübeck 1983, S. 24.

Den begrifflichen Gegensatz zum Geständnis bildet das *Leugnen*, d.h. das substantiierte Bestreiten einer begangenen Tat sowie der *Widerruf* eines Geständnisses.⁵ Eine Alternative zu diesen Aussageverhalten bildet im Strafprozess das *Nicht-Einlassen*, das Schweigen der beschuldigten Person in Form der sog. «Aussageverweigerung» (Art. 113 StPO), gegebenenfalls bis zum Verfahrensende.

Nach dieser begrifflichen Eingrenzung für das Strafverfahren folgen zum besseren Verständnis Hinweise zum Wandel der Geständniskultur im Verlaufe der Zeit.

III. Geständniskultur

A. Frühzeit

Im mosaischen Recht besass das Geständnis keinerlei Beweiswert und wurde als Ausdruck von Lebensüberdruß und Todessehnsucht gewertet; Hauptbeweis war der Zeugeneid.⁶ In späterer Zeit bewirkte das Geständnis – soweit es vor dem Zeugeneid abgelegt wurde – als Zeichen der Reue die Straffreiheit.

In der Frühzeit Roms führte das Geständnis ohne weiteres zur Verurteilung. Die Folter zur Erzwingung von Geständnissen wurde ursprünglich nur bei Unfreien, später bei Vorliegen eines begründeten Verdachtes auch bei Freien angewandt.

B. Laterankonzil

Eine Zäsur in der Entwicklung der Geständniskultur bildete das Laterankonzil von 1215.⁷ Es wurde Priestern die Beteiligung an Gottesurteilen und Duellen untersagt. An deren Stelle rückte ein auf Zeugen und vor allem Geständnis gegründetes Verfahren. Zudem wurde die systematische Verfolgung von Ketzern beschlossen, was wesentliche Auswirkung auf die Verbreitung der Institution der Folter hatte. Weitere Folge des Konzils war die eigentliche Trennung zwischen katholisch-kirchlichem und weltlichem Gerichtswesen. Beiden eigen war ein Inquisitionsprozess mit Zeugen und durch Folter erzwungenem Geständnis. Ferner erklärte das Konzil die jährliche Beichte für alle Christen verbindlich, weshalb in der lateinischen Gerichtssprache Geständnis auch als Beichte «*Confessio*» benannt wurde. Das kanonische und mit ihm auch das weltliche Recht sahen in einem freiwilligen Geständnis ein Zeichen der Reue und des Besserungswillens.

5 Vgl. dazu BGer, 12.12.2007, 6B_427/2007.

6 BUSAM (Fn. 4), S. 25.

7 Vgl. dazu SCHNEIDER, Forum internum – forum externum, in: Reichertz/Schneider (Hrsg.), Sozialgeschichte des Geständnisses, Wiesbaden 2007, S. 23 ff., 25.

C. Zeit der Folter

Der Zeugenbeweis blieb einstweilen ohne grosse Bedeutung. Das Dogma, dass ein Geständnis für eine Verurteilung unabdingbar sei, bot im gesamteuropäischen Raum Nährboden für die Folter. Die Anerkennung der Folter im kirchlichen Recht förderte deren allgemeine Verbreitung. Um jemanden vor willkürlicher Verurteilung zu schützen, war das Geständnis das einzige verlässliche Beweismittel: Das Geständnis war nach damaliger Anschauung Ausdruck «der reinen Wahrheit».⁸

Die Folter zur Erlangung eines Geständnisses durfte indessen nur bei Vorliegen gewisser Indizien angewendet und musste vorerst angedroht werden. Es wurde Wert darauf gelegt, dass das Geständnis «freiwillig» oder trotz Folter «freiwillig» bzw. aus eigenem Antrieb erfolgte. Deshalb konnte das unmittelbar während der Folter abgelegte Geständnis nicht verwertet werden. Vielmehr musste die beschuldigte Person das Eingeständnis später frei wiederholen, damit es als Beweismittel im Strafprozess verwertbar war.⁹ Die Folterprozesse wurden im Verlaufe der Zeit sowohl im kirchlichen wie auch im weltlichen Recht zunehmend reglementiert.

Ein speziell grausames Gesetz soll hier besondere Erwähnung finden: Der von zwei Dominikanern verfasste und 1487 veröffentlichte «*Hexenhammer*»¹⁰ (*malleus maleficarum*) galt im römisch-katholischen Europa als Grundlage für Hexenprozesse, welche von einem heute unverständlichen Frauenbild geprägt waren. So heisst es im Hexenhammer unter anderem: «Also schlecht ist das Weib von Natur, da es schneller am Glauben zweifelt, was die Grundlage für Hexerei ist». Frauen verfallen leichter der Hexerei, «weil das Weib fleischlicher gesinnt ist als der Mann und weil es nur ein unvollkommenes Tier ist ...». Lagen genug Indizien dafür vor, dass es sich bei der verdächtigen Frau um eine Hexe handelte, und war diese nicht geständig, drohte Folter. Viele zeigten sich sogleich geständig, wurden gleichwohl aber gefoltert, weil man davon ausging, dass sie zu wenig eingestanden hätten. Gegenstände der unter Folter erfolgten peinlichen Befragung waren u.a. Fingerschraube, Beinschraube, Stachelstuhl, Brennen mit Schwefel und Kerzen, auch der Geschlechtsteile sowie Expansion. Erwähnenswert ist der so genannte «Bock», ein scharf zulaufender Keil, auf den die angebliche Hexe nackt gesetzt wurde. Infolge ihres Körpergewichtes schnitt das Instrument tief in die Scham ein. Hatten die Henkersknechte ein Geständnis, war die Frau als Hexe überführt. Widerrief sie das Geständnis, so begann die Tortur von neuem, jedoch meist in noch stärkerem Masse. Wer in die Mühlen der Inquisition geriet, konnte ihr praktisch nicht mehr entrinnen, allenfalls nur noch mittels einer List. Eine in Maienfeld unter Folter nach ihren

8 Vgl. PAJAROLA, Gewalt im Verhör zur Rettung von Menschen, Zürich 2007, S. 83.

9 PAJAROLA (Fn. 8), S. 89.

10 Vgl. dazu PAJAROLA (Fn. 8), S. 86.

Mithexen befragte Frau, flüsterte dem vernehmenden Landvogt Heinrich von Schauenstein ins Ohr: «Die gestrenge Frau Landvögtin ist die Ärgste unter uns.» Diese Worte bewirkten ihre Freilassung unter dem Siegel der Verschwiegenheit.

D. Das Ende der Folter

Friedrich II. verbot im Jahre 1740 als einer der ersten die Folter in Preussen. Es dauerte in der Folge mehr als hundert Jahre, bis sich das Folterverbot in ganz Europa durchsetzte. In der Schweiz war die Folter bis 1798 gebräuchlich. Das Zürcherische Gesetz über die Strafrechtspflege von 1831 verbot sie ausdrücklich (§ 85).¹¹ Glarus schaffte als letzter Kanton die Folter im Jahre 1851 ab.

Auch nach Abschaffung der Folter blieb das Geständnis zentrales Beweismittel. Anstelle der klassisch körperlichen Folter mit Daumenschrauben etc. traten vordergründig subtilere Formen der strukturellen Gewaltanwendung: Endlose Verhöre mit übermüdeten Beschuldigten, Dunkelarrest und andere Zermürbungstaktiken, aber auch neue Lügen- und Ungehorsamstrafen. So konnte etwa eine die Aussage verweigernde verdächtige Person gemäss § 83 des erwähnten Zürcherischen Gesetzes auf Beschluss des Kriminalgerichtes mit Verschärfung der Haft, Schmälderung der Kost oder dem Anlegen von Fesseln bestraft werden. Im Übrigen wurde Schweigen bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts in vielen kantonalen Prozessordnungen als Schuldindiz angesehen. Einige Kantone kannten die Beugehaft für schweigende Beschuldigte, wobei der Kanton Wallis im Jahre 1848 – für damalige Verhältnisse fortschrittlich – ausdrücklich gesetzlich festhielt, dass die Verweigerung von Antworten nicht als Geständnis angesehen werden könne.

Mit der Abschaffung der Folter wurde der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung eingeführt.¹² Damit verlor das Geständnis an Bedeutung, weil auch andere erhebliche Beweise für eine Verurteilung genügten. Im Zuge der Entwicklung hin zu einem rechtsstaatlichen Verfahren verlor das Geständnis folglich den Status einer «Königin». Mit dessen Herabsetzung gewann der Indizienbeweis an Bedeutung. Der damalige Justizminister Friedrich Carl von Savigny hob bereits 1846 die Unverzichtbarkeit des Indizienbeweises hervor, da dieser nach der Aufhebung der Folter für Strafverfahren unabdingbar gewesen sei.¹³ Einen wesentlichen Beitrag zur Durchsetzung des Indizienbeweises und der freien richterlichen Beweiswürdigung leisteten in der Schweiz die nach englischem und französischem Vorbild eingeführten Schwur- und Geschworenengerichte, so in Genf (1844), Waadt und Fribourg (1850), Thurgau und

11 Vgl. Gschwend/Winiger, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2008, S. 54.

12 Pajarola, (Fn. 8), S. 91.

13 Vgl. Gschwend/Winiger (Fn. 11), S. 125.

Zürich (1852), Bern (1854), Tessin (1855), Aargau (1858), Neuenburg (1862) und Solothurn (1863).¹⁴

E. Geständnismotivation in der Nachfolterzeit

Trotz Anerkennung des Indizienbeweises – er war in jener Zeit mangels entsprechender Technik bei weitem nicht so ausgebaut wie heute – blieb das Geständnis als Beweismittel von zentraler Bedeutung. Mit der Abschaffung der Folter wurde angesichts des bestehenden Bedürfnisses der Strafverfolger, an Geständnisse zu gelangen, nach neuen Antriebsgründen für das Ablegen von Geständnissen gesucht. Wer legt schon ein Geständnis ab, wenn sich daraus rational betrachtet nur Nachteile in Form von Sanktionen ergeben?

Gemäss den Vorstellungen der Kirche und den mittelalterlichen Juristen soll das Geständnis nach damaliger Terminologie eine «Kur» (*Cura animorum*), mithin ein Gut sein.¹⁵ Die geständige Person räumt Fehlverhalten und somit Schuld ein. Damit sind analog zur Beichte die Voraussetzungen zu einer Wiedereingliederung in die Gemeinschaft gegeben. Dieses Gut – so die damalige Überzeugung – kann durch einen kommunikativen Prozess zwischen vernehmender und beschuldigter Person ausgelöst werden. Im Vordergrund stand zunächst der erzieherische Aspekt, indem dadurch der Verdächtige als Subjekt und nicht bloss Objekt einer Straftat anerkannt wird.¹⁶ Die vernehmende Person tritt dabei der verdächtigen Person als (vordergründig) freundliche Gesprächspartnerin gegenüber. Von den in der Literatur festgehaltenen Fällen sticht die von Friedrich Schiller in seiner 1786 erschienenen, auf einer realen Begebenheit basierenden Erzählung mit dem Titel «Der Verbrecher aus verlorener Ehre – eine wahre Geschichte» hervor: Christian Wolf wächst als Halbwaise, der Vater ist tot, in einer Gastwirtschaft mit Namen Sonne auf. Er ist missgestaltig und wird zum Gespött seiner Mitschüler. Er wird frech und versucht aufzufallen. Als Wirt ist er erfolglos und sucht nach einem Nebeneinkommen durch Wilddieberei, landet aber mehrfach im Gefängnis. Als er sich in Hannchen verliebt, wird er von ihr schlecht behandelt. Den Nebenbuhler versucht er erfolglos auszustechen. Christian Wolf fällt immer tiefer und verstrickt sich immer mehr. Er erschiesset einen Jäger, flüchtet und wird zum Anführer einer Räuberbande, von der er menschlich einmal mehr enttäuscht wird. Bei einer Grenzkontrolle wird er nach einem Fluchtversuch verhaftet. In rüdem Ton befragt ihn anschliessend der Oberamtmann. Verstockt und gleichwohl überheblich sind die Antworten des gesuchten, aber noch nicht entdeckten Sonnenwirtes Wolf. Vor der nächsten Befragung entschliesst sich der Richter selbstkritisch, dem Fremden nun mit

14 Vgl. Gschwend/Winiger (Fn. 11), S. 108.

15 Reichertz/Schneider, Einleitung, in: Reichertz/Schneider (Fn. 7), S. 12.

16 Vgl. Reichertz/Schneider (Fn. 15), S. 13.

Anstand und Mässigung zu begegnen. Als Folge davon erklärt Wolf dem Richter: «Ihr gestriges Betragen, Herr Oberamtmann, hätte mich nimmer mehr zu einem Geständnis gebracht, denn ich trotzte der Gewalt. Die Bescheidenheit, womit Sie mich heute behandeln, hat mir Vertrauen und Achtung gegen Sie gegeben.» Wohl wissend, dass Wolf die Todesstrafe zu gewärtigen hat, gesteht er alsdann ohne weiteres ein: «Ich bin der Sonnenwirt».

Der kommunikative Prozess zwischen vernehmender und verdächtiger Person erlangte für den Erhalt von Geständnissen entscheidende Bedeutung. Entsprechend wurde deren Beziehung intensiviert, um eine echte Vertrauensbasis zu schaffen.¹⁷ Die verdächtige Person legte infolgedessen regelmässig ein Geständnis ab, weil sie die Beziehung erhalten und die befragende Person in ihrer Hypothese der Täterschaft nicht enttäuschen will.

Zeugnis über die Anerkennung der beschuldigten Person als gleichwertiges Rechtssubjekt zur befragenden Person legen reale Fallbeispiele des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts ab. Auch in der Literatur wurde diese Entwicklung thematisiert: In Franz Kafkas (1883–1924) Roman «Der Process» hat der Protagonist Josef K., Prokurist einer Bank, und unwissend Beschuldigter eine seltsame und nicht näher erklärbare Freundschaft bei Schnaps und Zigarren zum Staatsanwalt Haslerer. Als weitere Faktoren werden nach wie vor Schuldgefühle, Einsicht und Reue als motivierende Faktoren anerkannt. Gleiches gilt – eindringlich beschrieben von Fjodor Dostojewski in seinem Roman «Verbrechen und Strafe» – für das Element der Isolierung des Täters nach der Tat.

Zwischen 1860 und 1940 befassten sich Wissenschaftler verschiedener Disziplinen intensiv und mit unterschiedlichen Ansätzen mit dem Geständnis. Beispielhaft sei wiederum der deutsche Strafrechtler Hans von Hentig erwähnt, welcher mittels eines einfachen Schemas unter den echten Geständnissen grob drei Arten unterscheidet: das Gewinngeständnis, das Zwangsgeständnis und das Lust- oder Triebgeständnis und diese kritisch kommentiert. Dem *Gewinngeständnis* liege einerseits der Umstand zugrunde, dass die beschuldigte Person dadurch Strafmilderung erreiche. Andererseits erlange auch der Richter indirekt Gewinn, der infolgedessen bei der Bewertung des Geständnisses die Mühsal ersparende Abkürzung der Verhandlung belohne. Ein «demütiges» oder «zerknirschtes» Geständnis verfehle seine Wirkung beim Richter nie, lasse aber allzu leicht vergessen, einen gefährlichen Verbrecher vor sich zu haben, der im Falle der Zerknirschtheit dem Richter lediglich den «Genuss» der völligen Überlegenheit zugestehe.

Hintergrund des *Zwangsgeständnisses* sei eine zwangsweise Einwirkung auf den freien Willen des Beschuldigten durch das Versprechen einer Belohnung, insbesondere durch das «in Aussicht stellen» einer milderen Strafe. Gerade beim einfachen Volk sei dies gefährlich, weil damit der Verteidigungswille

17 Vgl. REICHERTZ/SCHNEIDER (Fn. 15), S. 13 f.

des Unschuldigen erschüttert werde. Zwang werde ja auch angewendet, wenn bestimmte Eigenschaften der verdächtigen Person wie Konfusion, Gleichgültigkeit, Erschöpftheit, Weinerlichkeit, Erregbarkeit etc. bewusst zur Erlangung eines Geständnisses von der vernehmenden Person ausgenutzt werden. Unter das Lust- und Triebgeständnis fallen letztlich Geständnisse aus Geltungssucht, hastige, übersprudelnde und genussartige Geständnisse von Menschen, welche die Unwissenheit der Verdächtigung oder Beweislage nicht ertragen können. Alkohol und Drogen bzw. der Entzug davon können so auch zu Geständnissen führen. Als oft vorher aussergerichtliches Triebgeständnis führt von Hentig ein besonders skurriles Beispiel an: «Dem Sexualakt folgt ein eigenartiges Stadium der Mitteilbarkeit ohne jede Hemmung, eine psychische Nachblutung des Hingabevorganges, wenn man so sagen darf. In diesen dunklen Stunden werden zahllose Geständnisse laut, die, wenn die Liebe verrauscht ist, in der Hand der hassenden Frau eine furchtbare Waffe bilden. Aus diesem Grunde benutzt die Polizei und der militärische Spionagedienst mit Vorteil weibliche Agenten und Observanten.»

In der strafrechtlichen Lehre der 50er und 60er-Jahren des 20. Jahrhunderts findet sich wenig nennenswerte Literatur zum Geständnis. Die wenigen Schriften fokussieren sich auf das falsche Geständnis und den Umgang mit dem Widerruf des Geständnisses. Seit Mitte des letzten Jahrhunderts haben sich die den Geständnissen zugrunde liegenden Motive gleichwohl tiefgreifend gewandelt. Zwar sucht die vernehmende Person nach wie vor eine Beziehung zur beschuldigten Person aufzubauen, doch tritt der erzieherische Aspekt in den Hintergrund. Nicht zuletzt auch als Folge des aus dem Grundsatz «*Nemo tenetur se ipsum accusare*» ausfliessenden Aussageverweigerungsrechts der beschuldigten Person (Art. 113 StPO) und der neueren Befragungstechniken, die mehr Anhörungen im Sinne von Gewährung des rechtlichen Gehörs zu relevanten Fakten als investigative Befragungen sind, wird die vernehmende Person zusehends zu einer beratenden Vertrauensperson für die beschuldigte Person. Nach wie vor sucht die vernehmende Person eine Beziehung aufzubauen, wobei auch die verdächtige Person eine eigenverantwortliche, aktive Rolle im Strafverfahren einnehmen soll. Dabei tritt der *edukative* Aspekt in den Hintergrund, und es stehen Überlegungen zum *sog. Kosten-Nutzen-Prinzip* im Vordergrund: Die Kunst des Vernehmens liegt namentlich darin, eine Situation zu schaffen, in welcher der beschuldigten Person klar wird, dass sich (echt) geständiges Verhalten günstiger auswirkt als Aussageverweigerung oder Leugnen.¹⁸ Diese Strategie gilt insbesondere vor dem Hintergrund möglicher alternativer Beweismittel wie naturwissenschaftlicher Beweise (Blutalkoholgehalt, Fingerabdruck, gerichtsmedizinische Erkenntnisse, DNA, Schrift- und Sprachgutachten) und den Erkenntnissen geheimer Überwachungsmaßnahmen (Art. 263 ff. StPO).

18 REICHERTZ/SCHNEIDER (Fn. 15), S. 15.

Im besten Fall verfügt die beschuldigte Person über zwei verlässliche Ratgeber: die vernehmende Person und die Strafverteidigung. Erforderlich ist eine klare gesetzliche Regelung, sodass die «Bestrafungssicherheit» gewährleistet ist. Ob dies in der neuen StPO und im materiellen Strafrecht der Fall ist, ist zu prüfen. Zunächst jedoch ein kurzer Zahlenüberblick zum Geständnis im heutigen Alltag der Zürcher Strafverfolgung.

IV. Geständnis und Zahlen

Um die Bedeutung des Geständnisses im aktuellen strafrechtlichen Alltag zu würdigen, ist ein Blick auf die Zahlen unerlässlich. Der Kanton Zürich verzeichnete im Jahre 2009 im Erwachsenenstrafrecht (ohne Übertretungen) 23 663 Erledigungen, wovon in rund 14 599 Fällen aus Sicht der Staatsanwaltschaft ein Schuldspruch angezeigt war: es ergingen 12 317 Strafbefehle und 2282 Anklagen. Bei den Strafbefehlen war gemäss Zürcherischer Strafprozessordnung das Geständnis unabdingbare Voraussetzung (§ 317 Abs. 1 ZH StPO). Unter Berücksichtigung von Einsprachen gegen Strafbefehle und Freisprüchen kam es insgesamt zu rund 14 000 Verurteilungen. Demgegenüber stellten die Staatsanwaltschaften 9064 Fälle aus mannigfachen Gründen ein. Davon dürften geschätzte 25% in Ermangelung eines Geständnisses (und anderweitiger hinreichender Beweismittel) eingestellt worden sein.

Die Erhebungen sind nicht exakt, zeigen aber zusammenfassend eine deutliche Tendenz: Bei Anklagen in gravierenden und komplexen Fällen liegt bei Anklageerhebung eine Geständnisquote von 50–60% vor, bei Delikten im Bereich der Strafbefehlskompetenz vorsichtig geschätzt von über 80%. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass diese Geständnisse in vielen Fällen auch durch objektive Befunde (Blutalkoholgehalt, Rotlichtkamera, sichergestellte Gegenstände) «unterstützt» werden. Dasselbe gilt bei komplexen, grossen Verfahren mit verdeckten Ermittlungen bzw. technischen Überwachungsmaßnahmen oder anderen Überwachungsmaßnahmen.

Rein zahlenmässig waren im Jahre 2009 etwa 75–80% der bestraften Personen geständig. Das Geständnis ist demgemäss nach wie vor von hoher Relevanz und hat zentrale Bedeutung für den urteilenden Richter.

Für die Jahre 2005–2009 liegt bei Anklagen betreffend vorsätzliche vollendete Tötungsdelikte der Anteil an Geständnissen in tatsächlicher Hinsicht bei 52% (insgesamt 96 Fälle). Im Bereich der organisierten Kriminalität und der schweren Betäubungsmitteldelikte waren im gleichen Zeitraum 59% der beschuldigten Personen geständig und 27% teilgeständig, mithin nur 14% überhaupt nicht geständig. Bei der Wirtschaftskriminalität liegen die Zahlen bei den Anklagen bei etwa 80–90% in Bezug auf den objektiven Tatbestand, während 30–40% auch in subjektiver Hinsicht geständig waren.

V. Das Geständnis in StGB und StPO

A. StGB

Dem Geständnis kommt im Sanktionenrecht bei der Strafzumessung Bedeutung zu: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wirken sich Geständnisse als Ausdruck von kooperativem Verhalten sowie Einsicht und Reue strafmindernd aus.¹⁹ Angemessen ist gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Straf-
reduktion zwischen einem Fünftel und einem Drittel. Eine solche schematische prozentuale Berücksichtigung ist an sich schon fragwürdig; jedenfalls erscheint in der Regel eine Strafreduktion von einem Drittel als Folge des Geständnisses als übersetzt. Der Grad der Strafminderung hängt insbesondere davon ab, ob das Geständnis bereits zu Beginn der Untersuchung oder erst im Rahmen der Gerichtsverhandlung erfolgt ist. Relevant ist auch, ob es spontan oder erst unter erdrückender Beweislage abgelegt wurde.²⁰ Nicht strafmindernd berücksichtigt werden in der Regel Geständnisse, die erst vor der Berufungsinstanz – ausdrücklich oder durch Anerkennung des erstinstanzlichen Urteils im Sachverhalt – erfolgen.²¹

Im Schrifttum wird die Anerkennung des Geständnisses als *Strafminderungsgrund* teilweise kritisiert: Trechsel/Affolter-Eijsten wollen das Geständnis als solches aus rechtsstaatlichen Gründen überhaupt nicht berücksichtigen, weil dies die Entscheidung, auszusagen oder nicht, beeinflussen könnte.²² Obschon diese bedenkenswerte Überlegung angesichts der gefestigten Rechtsprechung wohl nicht in dieser Absolutheit aufgenommen wird, so müsste die Berücksichtigung von Geständnissen relativiert werden, indem diese nicht *per se* zwingend eine Strafminderung bewirken sollten.²³ Massgebend für den Grad der Minderung sind die Beweggründe, die zum Geständnis geführt haben.²⁴ Strafmindernd zu berücksichtigen sind nur Geständnisse, die auf echte Reue und Einsicht schliessen lassen.

Ausnahmsweise kann ein Geständnis auch zu einer Herabsetzung des unteren Strafrahmens, mithin zu einer *Strafmilderung* führen. Die Geltendmachung von *strafmildernden* Gründen im Sinne von Art. 48 StGB erfordert in diesem Zusammenhang indessen ein substantielles Geständnis.

Ferner setzt das Absehen von Strafverfolgung oder Verzicht auf Bestrafung in Folge einer *Wiedergutmachung* im Sinne von Art. 53 StGB zumindest

19 BGE 121 IV 202.

20 WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 131 mit Nachweisen, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007.

21 Vgl. BGer, 24.1.2007, 6S.531/2006, E. 3.6.3.

22 TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Art. 47 StGB N 24.

23 *In fine* auch BGer, 22.7.2010, 6B_426/2010, E. 1.6.

24 Vgl. BUSAM (Fn. 4), S. 37.

auf subjektiver Ebene ein Bekenntnis im Sinne eines gewissen Geständnisses voraus, ohne dass die beschuldigte Person den Lebenssachverhalt vollumfänglich in objektiver und subjektiver Hinsicht einzugestehen hat. Das Bundesgericht spricht sibyllinisch von «Anerkennung des Normbruchs».²⁵ In der Regel gilt dies auch bei Vergleichsverhandlungen (Art. 316 Abs. 1 StPO) im Falle von Antragsdelikten.

B. StPO

Die StPO widmet nur eine Bestimmung direkt dem Geständnis: Art. 160 StPO schreibt vor, dass jedes *Geständnis* durch die Strafbehörde auf seine Glaubhaftigkeit zu überprüfen sei. Das dabei wesentlichste Element bezeichnet das Gesetz selbst: die Schilderung der näheren Tatumstände.

Als *verbotene Beweismittelerhebungen* statuiert Art. 140 StPO in Konkretisierung des Gebotes der Achtung der Menschenwürde und der Fairness (Art. 3 StPO), Zwangsmittel, Gewaltanwendungen, Drohungen, Versprechen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können. Schwierig ist im Einzelnen die Abgrenzung der *verpönten Täuschung* zur erlaubten trickreichen, listigen Befragung zwecks Erlangung eines Geständnisses. Im Wesentlichen schützt Art. 140 StPO nicht vor Irrtum, sondern lediglich vor staatlich verursachter vorsätzlicher Täuschung.²⁶ Ein Geständnis, das in Verletzung von Art. 140 StPO erfolgt ist, darf nicht verwertet werden.

Ein *abgekürztes Verfahren* kann nur durchgeführt werden, wenn die beschuldigte Person den Sachverhalt eingesteht, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist (Art. 358 Abs. 1 StPO). Kaufmännisch betrachtet geht es um einen Tausch: Geständnis und Anerkennung der Zivilforderung gegen Reduktion der vorgeworfenen Taten und Minderung der Strafe.²⁷ Dieser Prozessform liegt neben Effizienzerwägungen auch das Prinzip zugrunde, dass beschuldigte Personen für kooperatives Verhalten belohnt werden sollen. *Strafbefehle* können nur erlassen werden, wenn die beschuldigte Person den Sachverhalt eingestanden hat oder dieser auf andere Weise ausreichend geklärt ist (Art. 352 Abs. 1 StPO). In letzterem Fall wird das Geständnis – unter dem Vorbehalt der Einsprache – quasi unterstellt.²⁸

25 BGE 135 I 23.

26 BRODBECK, Lügen verboten, *forumpoenale* 2010, S. 300 ff., 302; anders WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), *Kommentar zur schweizerischen StPO*, Art. 140 N 10 ff., der jedes (fahrlässige oder vorsätzliche) kommunikative Verhalten, das eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung bewirkt, als Täuschung betrachtet.

27 Vgl. SCHWARZENEGGER, *Ausgehandelte Wahrheit im abgekürzten Strafprozess?*, in: Riedo/Folka/Gfeller (Hrsg.), *Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli*, Basel 2010, S. 25 ff., 30.

28 ARZT, *Geständnisbereitschaft und Strafrechtssystem, Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung*, *ZStrR* 1992, S. 233 ff., 240.

VI. Ausblick

Zwei Aspekte, die mit der «Geständniskultur» der StPO in Zusammenhang stehen sind zu erwähnen: Einerseits kann wie bis anhin jede beschuldigte Person die Aussage verweigern, ohne dadurch einen Rechtsnachteil zu befürchten (Art. 113 StPO, Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Andererseits haben vorläufig festgenommene Personen (Art. 217 ff. StPO) das Recht auf freien Verkehr mit der Wahlverteidigung vor Beginn der ersten polizeilichen Einvernahme, und die Verteidigung ist berechtigt, während dieser ersten Einvernahme anwesend zu sein und Fragen zu stellen. In Fällen notwendiger Verteidigung – wo immer auch mit mehreren Befragungen zu rechnen ist – ist diese grundsätzlich erst nach der ersten polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Befragung sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO), soweit die beschuldigte Person nicht den sofortigen Beizug einer Wahlverteidigung verlangt.

Den Aussagen der ersten Einvernahme wird im Strafprozess grosse Bedeutung zugemessen, bei Opfern auch unter dem Stichwort «Geburtsstunde» der Aussagen. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für beschuldigte Personen. Indem bei polizeilich festgenommenen Personen der Verteidiger sich vor der Befragung mit der beschuldigten Person besprechen kann, werden die Interessen der beschuldigten Person stärker gewichtet als die (effiziente) Erforschung der materiellen Wahrheit. Das mag dem Strafverfolger auf den ersten Blick zu Bedenken Anlass geben; letztlich werden dadurch aber festgenommene Personen einfach gleich behandelt wie von der Polizei oder dem Staatsanwalt vorgeladene Personen, die ohnehin Gelegenheit hatten, vor der Einvernahme Kontakt mit der Verteidigung aufzunehmen.

Dabei gilt zu berücksichtigen, dass die Verteidigung einer beschuldigten Person in der Regel – bevor sie Kenntnis von den Untersuchungsakten, mithin der Beweislage erlangt hat – nicht zu einem Geständnis raten wird. Anwälte der ersten Stunden dürften insbesondere den sich in Haft befindlichen beschuldigten Personen – um alle Optionen offen zu halten – regelmässig raten, keine Aussagen zu machen. Das spontane, zu Beginn des Verfahrens abgelegte Geständnis wird demgemäss noch weiter an Bedeutung verlieren. Eine sorgfältige Verteidigung ist indessen aber auch dafür besorgt, den richtigen Zeitpunkt für ein Geständnis einer geständniswilligen Person nicht zu versäumen, um im Hinblick auf eine verurteilende Erkenntnis eine erhebliche Strafminderung zu erreichen.

Auch hat die Verteidigung stets die Frage nach einer Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), einem abgekürzten Verfahren (Art. 358 StPO) oder auch nur die Entlassung aus der Untersuchungshaft mangels weiter bestehender Kollisionsgefahr unter dem Aspekt eines möglichen Geständnisses in Erwägung zu ziehen.

Die Frage nach dem Geständnis und nach dem Zeitpunkt hierzu ist für jeden Fall stets neu zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund mutet die Erzählung des justizkritischen Friedrich Dürrenmatt aus dem Jahre 1956 mit dem Titel «Die Panne» und mit dem sinnigen Untertitel «Eine noch mögliche Geschichte» geradezu gespenstisch an, wenn der 82-jährige Verteidiger Kummer im allerdings gespielten Verfahren den unschuldigen 45-jährigen Generalvertreter Alfredo Traps vor Richter und Staatsanwalt auffordert: «Gestehen muss man, ob man will oder nicht, und zu gestehen hat man immer was, das dürfte Ihnen doch langsam dämmern! Wohl an denn, lieber Freund, weder geziert noch gezaudert, sondern frisch von der Leber weg gesprochen: wie brachten Sie Gygax um?» Wenn der Verteidiger schon so spricht, so war es alsdann für den 86-jährigen Staatsanwalt Zorn ein leichtes, zum vollumfänglichen Geständnis zu kommen. Allerdings klagt dann Verteidiger Kummer in der Zürcher Aufführung im Jahr 2010: «Wieder ein Geständnis, wie soll man da noch verteidigen?» Was folgt ist das Todesurteil, gesprochen durch den 87-jährigen Richter und Gastgeber.

Auf einen aktuellen und durchaus realen Fall sei ebenfalls hingewiesen: Im Münchner Schlägerprozess gegen drei ehemalige 18-jährige Schüler aus Küsnacht verweigerten alle Angeklagten die Aussagen im gegen sie geführten Verfahren wegen Mordversuches. Sie schwiegen beharrlich, wiewohl der Richter bereits am zweiten Prozesstag ein Geständnis empfohlen hatte. Nach einem sechs Monate später erfolgten Verteidigerwechsel legte der eine Angeklagte im Herbst 2010 zum Erstaunen der Mitangeklagten und ihrer Verteidiger vor Gericht ein Geständnis ab. Die Sprecherin des Gerichtes wurde mit dem Satz «er hat sich von der Seele geredet» zitiert. Der neue Verteidiger soll sich gemäss Zeitungsberichten²⁹ wie folgt geäußert haben: «Es war ein völliger Unsinn, dass die drei Jugendlichen von ihren Anwälten zum Schweigen verdonnert wurden. So verteidigt man nur Mafiosi».

In diesem Zusammenhang sei an ein rational kaum erklärbares Phänomen erinnert, das der Schreibende als Einvernehmender immer wieder selber beobachtete: Menschen, denen eine Straftat zur Last gelegt wird, reden gerne und suchen manchmal geradezu eine Möglichkeit, ein Geständnis abzulegen. Schon im Jahre 1925 prägte der Psychoanalytiker Theodor Reik den Begriff des Geständniszwanges – in Unkenntnis, dass er sich mit dem Wort Zwang wiederum der Folter annäherte.³⁰ Er verstand dies indessen als eigenständigen innerpsychischen Vorgang, in Anlehnung an Raskolnikows Leidensweg, dies weil das Subjekt damit sein unbewusstes Strafbedürfnis befriedige. In neuerer Zeit prägte der französische Philosoph, Psychologe und Soziologe Michel Foucault (1926–1991) in Anlehnung an Nietzsche das Wort vom «Geständnis-

29 Vgl. etwa Tagesanzeiger, 16.10.2010, S. 17.

30 Vgl. dazu NIEHAUS, «Geständniszwang». Überlegungen zu einer Theorie des Geständnisses, Kriminologisches Journal 1/2000, S. 2 ff., 4.

tier»³¹: «L'homme, un occident, est devenu une bête d'aveu». Geständnisse werden, so Foucault, nicht nur vor Richtern und Priestern abgelegt, sondern auch in der Medizin, der Psychoanalyse, vor Lehrern und Eltern, in der Literatur, der Öffentlichkeit, «um schliesslich in Bücher zu wandern», heute zusätzlich in TV-Sendungen und Internetportalen wie Facebook und Twitter, aber auch in E-Mails und SMS.

Diese Umstände können sich auch die Strafverfolgungsbehörden sowohl auf technischer, sachbeweismässiger Ebene als auch in der direkten Begegnung mit der beschuldigten Person zunutze machen. Durch entsprechende Aussagen und Beweise kann der Wahrheit – im Sinne eines künftigen Rechtsfriedens – näher gekommen werden. Zur Vermeidung von Irrwegen im Sinne von falschen Geständnissen ist aber weiterhin auch bei Nutzung der neuen technischen Hilfsmittel Vorsicht am Platze. Jedenfalls kann trotz der Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO) und der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo-tenetur-Prinzip*) die Erlangung eines Geständnisses das Ziel einer Einvernahme sein.³²

Wenn auch dem Geständnis im heutigen Strafprozess analog zur Beichte in der katholischen Kirche nicht mehr die herausragende Bedeutung zukommt wie im Altertum und der dunklen Folterzeit, so ist es weiterhin von zentraler Bedeutung. In komplexen Fällen wird, wie schon im Ansatz heute, mit weniger spontanen Geständnissen zu rechnen sein. Vielmehr dürften sie unter Berücksichtigung der *sog. Kosten-Nutzen-Rechnung* noch verstärkt bei Vorliegen anderer aussagekräftiger Beweismittel, wie naturwissenschaftlicher Erkenntnisse und Informationen aus geheimen Überwachungsmaßnahmen erfolgen. Spontane Geständnisse werden bei Gerichten und Staatsanwaltschaften unter dem Druck der Geschäftslast künftig noch vermehrt bei der Strafzumessung zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt werden. In der Sprache des Schachspiels ist das Geständnis wohl nicht mehr als Königin, aber auch nicht als Bauer zu betrachten. Das Geständnis ist eher mit dem Turm vergleichbar – Staatsanwälte und (manchmal) Richter werden immer danach streben, dass aus dem Turm das Geständnis erfolgt. Es erleichtert diesen Arbeit und Gewissen³³ und ist auch für Opfer für die Aufarbeitung von erlittenen Straftaten von grosser Wichtigkeit. Das Geständnis erleichtert ferner die im Vollzug angestrebte Resozialisierung des Straftäters, insbesondere im Massnahmenvollzug im Rahmen *sog. delikt-orientierter Therapien*.

31 Vgl. dazu SCHNEIDER (Fn.7), S. 35.

32 A.A. GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen StPO, Art. 160 StPO N 2; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 61 N 4 schliessen zumindest nicht aus, dass die vernehmende Person versucht, die beschuldigte Person zu überführen und freiwillig ein Geständnis zu erlangen.

33 Vgl. schon ARZT (Fn. 28), S. 241.

Wie auch ausserhalb des Strafrechtes ist das Geständnis unerlässliches Mittel zur Gewährleistung des Rechtsfriedens. Hinzu kommt, dass das Funktionieren der heutigen Strafjustiz (Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte) ohne Geständnis kaum denkbar ist.

Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren

VON ANDREAS DONATSCH/MIRJAM FREI

I. Einleitung

Ergeht ein Entscheid im abgekürzten Verfahren, so hat die beschuldigte Person den ihr zur Last gelegten Sachverhalt eingestanden. Bei dieser Sachlage kann man sich fragen, weshalb in diesem Zusammenhang besondere Prüfungspflichten durch das Gericht vorgesehen sind. Darf man Geständnisse nicht zum Nennwert nehmen?

Verschiedene Untersuchungen haben ergeben, dass Geständnisse nicht selten (teilweise) falsch sind.¹ Nicht auszuschliessen ist zunächst, dass Vertreter der Strafbehörden in Einzelfällen im Zusammenhang mit der Anerkennung des Sachverhalts und damit der Zustimmung zum abgekürzten Verfahren auf die Willensbildung der beschuldigten Person Einfluss nehmen. Von dieser Möglichkeit geht im Übrigen auch der Gesetzgeber aus, wenn er für derartige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Einvernahme von Personen die Rechtsfolge der Unverwertbarkeit vorsieht (Art. 140 Abs. 1 StPO). Aus der Perspektive der beschuldigten Person mag sodann ein Beweggrund für den Antrag auf das abgekürzte Verfahren in der Befürchtung liegen, es könnten bisher unbekannte Straftaten aufgedeckt werden. Weitere denkbare Beweggründe der beschuldigten Person für die Initiierung dieses Verfahrens können etwa die Beschleunigung des Verfahrens, die unklare bzw. komplizierte Beweislage oder die Wahrung grösstmöglicher Geheimhaltung sein. Zusätzlich kann ein Motiv für die Durchführung des abgekürzten Verfahrens in der relativ unklaren Rechtslage bestehen, etwa wenn die beschuldigte Person wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, wegen unwahrer Angaben über kaufmännische Gewerbe gemäss Art. 152 StGB oder wegen Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB in ein Strafverfahren verwickelt ist. Werden wegen derartiger Umstände Verhandlungen aufgenommen und geführt, so ist dies nicht unproblematisch, und zwar deshalb, weil die beschuldigte Person gemäss Verfassungs- (Art. 29 Abs. 1 BV) und Konventionsrecht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 IPBPR) ohnehin ein

1 Vgl. dazu im Einzelnen BENEKE, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, Frankfurt a.M. 1990, S. 121 ff., insb. 128 f.; vgl. auch JOSITSCH/BISCHOFF, Das Abgekürzte Verfahren gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz, Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 435.

Recht auf die Einhaltung des Beschleunigungsgebots und – jedenfalls während der Voruntersuchung – grundsätzlich auch Anspruch auf Wahrung des Amtsgeheimnisses hat (Art. 69 Abs. 3, Art. 73 Abs. 1 StPO). Schliesslich besteht ein Recht auf Strafbestimmungen, welche dem Bestimmtheitsgebot entsprechen und als «leges certae» erachtet werden können (Art. 1 StGB, Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Ziff. 1 IPBPR). Würden beispielsweise die erwähnten Tatbestände diesem Prinzip genügen, wüsste die beschuldigte Person mit höherer Sicherheit, ob sie freigesprochen oder verurteilt werden wird. Es bestünde für sie kaum ein Anlass, wegen der Unklarheit der Rechtslage einen Vergleich anzustreben.

Für die Staatsanwaltschaft dürfte der Anreiz, das abgekürzte Verfahren zu bewilligen, angesichts der knappen Ressourcen darin bestehen, das Strafverfahren ohne grossen Aufwand und rasch abzuschliessen zu können.²

II. Das abgekürzte Verfahren unter dem Gesichtswinkel des Verfassungs- und Konventionsrechts

Die Durchführung des abgekürzten Verfahrens erfordert einen entsprechenden Antrag der beschuldigten Person an die Staatsanwaltschaft. Stimmt diese zu, erhalten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme. Eine Zustimmung setzt nach Art. 358 StPO voraus, dass die fraglichen Delikte nicht mit einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren sanktioniert werden müssten, dass der verfahrensrelevante Sachverhalt eingestanden wird und dass die Zivilansprüche wenigstens im Grundsatz anerkannt werden. Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft, das abgekürzte Verfahren durchzuführen, erstellt sie in Anwendung von Art. 360 StPO eine Anklageschrift. In der Sache handelt es sich dabei allerdings nicht um eine Anklageschrift, sondern vielmehr um einen Urteilsentwurf. Das Gericht muss und darf nämlich im Rahmen der Hauptverhandlung lediglich noch prüfen, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens angebracht ist, ob die beschuldigte Person den Sachverhalt anerkennt, ob die gemachten Erklärungen mit der Aktenlage übereinstimmen – ein Beweisverfahren wird nicht durchgeführt (Art. 361 Abs. 4 StPO) – und ob die Sanktionen angemessen erscheinen (Art. 361 f. StPO).

In Verfahren, in welchen über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage entschieden wird, sind die in Art. 29 f. BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 IPBPR gewährleisteten Mindestrechte grundsätzlich allesamt zu beachten. Dazu gehört unter anderem auch, dass ein unabhängiger Richter in einem fairen Verfahren über Schuld oder Unschuld der beschuldigten Person befindet.

2 BRAUN, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren, «Plea bargaining» im Kanton Basel-Landschaft?, Diss. Basel 2002, S. 512 f.; DONATSCHE, Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 2004, S. 328; vgl. auch BOMMER, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 II, S. 105 ff.

Genau dies ist im abgekürzten Verfahren nun aber nicht der Fall. Die Staatsanwaltschaft tritt der beschuldigten Person im Zusammenhang mit den Verhandlungen über die Durchführung dieses Verfahrens in dem Sinne nicht *iure imperii*, d.h. in Ausübung hoheitlicher Funktionen gegenüber, als sie dieses Verfahren nicht gegen den Willen der beschuldigten Person durchführen kann. Die beschuldigte Person kann ihr Einverständnis zum abgekürzten Verfahren nämlich bis zur Zustimmung zur Anklageschrift jederzeit zurückziehen (Art. 360 Abs. 2 Satz 3 StPO). Gestützt auf Art. 362 Abs. 5 StPO kann sie auch danach im Berufungsverfahren geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht rechtswirksam zugestimmt. Fällt ihre Zustimmung dahin, so sind die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren nicht gegeben. Das bedeutet, dass das ordentliche Vorverfahren durchzuführen (Art. 362 Abs. 3 StPO), mithin dass der Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht abzuklären ist – was im abgekürzten Verfahren eben nicht (notwendigerweise) geschehen muss.

Wenn ausgeführt worden ist, die Staatsanwaltschaft trete der beschuldigten Person im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren nicht *iure imperii* gegenüber, so darf daraus keineswegs geschlossen werden, dass diese beiden Akteure auch faktisch gleichgestellt wären. Tatsächlich besteht in aller Regel ein Machtgefälle zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person.³ Besonders augenfällig wird dies, wenn die beschuldigte Person aus der Untersuchungshaft ein Gesuch um Durchführung des abgekürzten Verfahrens stellt.

Aus all dem lässt sich schliessen, dass die Basis für die Geltung des Urteils im abgekürzten Verfahren nicht der im Regelfall gesetzlich vorgeschriebene, hoheitliche Richterspruch sein kann. Sie liegt vielmehr in der in Art. 358 ff. StPO vorgesehenen und vorstehend umschriebenen Möglichkeit einer Einigung mit Blick auf die Durchführung dieses besonderen Verfahrens.

Mit dem Konventions- und dem Verfassungsrecht in Einklang zu bringen ist dies nur dann, wenn von einem rechtswirksamen Verzicht der beschuldigten Person auf ihren Anspruch – bzw. auf dessen Ausübung⁴ – auf ein hoheitlich in der Sache entscheidendes Gericht sowie weitere im Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verfahren stehende Rechte angenommen wird.⁵

3 Vgl. z.B. DONATSCH, Vereinbarungen im Strafprozess, in: Marty/Schmid (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, ZStrR 1992, S. 166; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 435; SCHLAURI, Die abgekürzten Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Baselland und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen plea bargaining?, in: Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, S. 489.

4 Sog. «Ausübungsverzicht», vgl. dazu ZIMMERLIN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 56, Zürich 2008, N 488.

5 ZIMMERLIN (Fn. 4), N 702.

Daraus darf geschlossen werden, dass die grundrechtliche Konstruktion des abgekürzten Verfahrens dieselbe sein muss wie diejenige beim Strafbefehl. Nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane zum Strafbefehlsverfahren lässt sich dessen Zulässigkeit damit begründen, dass dieses auf einer «justizähnlichen Vereinbarung»⁶ («arrangement parajudiciaire», «settlement reached in the course of a procedure ancillary to court proceedings») beruht, mit welcher auf eine gerichtliche Beurteilung im ordentlichen Verfahren verzichtet wird.⁷ Im Ergebnis ähnlich erscheint die Auffassung, es handle sich um «eine Art Unterwerfungsverfahren», bei dem das zuständige staatliche Organ «keine eigene Tatsachen- und Schuldfeststellung trifft».⁸ Das als Unterwerfung bezeichnete Verhalten besteht beim Strafbefehl darin, dass keine Einsprache erhoben wird (Art. 354 StPO), beim abgekürzten Verfahren – wie bereits angeführt – in der Zustimmung zu diesem Verfahren, im Geständnis bezüglich des Sachverhalts, welcher der Anklage zugrunde liegt (Art. 361 Abs. 2 StPO)⁹ sowie in der grundsätzlichen Anerkennung der Zivilansprüche.¹⁰ Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die beschuldigte Person sowohl den Strafbefehl wie auch die Durchführung des abgekürzten Verfahrens und das in diesem Verfahren ergangene Urteil – unabhängig vom Willen der Staatsanwaltschaft – nicht akzeptieren muss und dass sie dieses folglich zu Fall bringen kann.¹¹ Macht sie von ihrem diesbezüglichen Recht Gebrauch, muss das ordentliche Verfahren durchgeführt werden,¹² in welchem alle konventionsrechtlichen Ansprüche respektiert werden.¹³

Während im Strafbefehlsverfahren wie auch im abgekürzten Verfahren auf die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens i.S. von Art. 30 BV sowie Art. 6

6 Vgl. deutsche Übersetzung des EGMR-Urteils im Fall *Deweere c. Belgique* vom 27.2.1980, A/35, Ziff. 49 (EuGRZ 7 [1980] S. 672).

7 EGMR im Fall *Deweere* (Fn. 6), Ziff. 49 (EuGRZ 7 [1980] S. 672 f.); EGMR im Fall *Öztürk c. Deutschland* vom 21.2.1984, Application no. 8544/79, Ziff. 56; vgl. auch EGMR im Fall *Hennings c. Bundesrepublik Deutschland* vom 4.9.1990, Application no. 12129/86, Ziff. 49 (EuGRZ 19 [1992] S. 277).

8 DONATSCH, *Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einspruchsmöglichkeit*, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 1994, S. 323 f. m.w.H.; PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Zürich 2006, N 1151, spricht von «*offre de l'Etat*» proposant au prévenu de se soumettre à une procédure de condamnation simplifiée ou, faute d'acquiescement, d'exiger que la procédure se poursuive par des débats judiciaires».

9 Nicht weiter geprüft wird an dieser Stelle die Frage, ob der Verzicht angesichts der Höhe der maximal drohenden Freiheitsstrafe von fünf Jahren zulässig ist und gegebenenfalls, welche besonderen Bedingungen in dieser Hinsicht in Anwendung von Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK und Art. 9 IPBPR zu beachten wären; vgl. dazu EGMR im Fall *De Wilde, Ooms und Versyp c. Belgique* vom 18.6.1971, Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Ziff. 65.

10 Auf die Zivilansprüche wird in der Folge nicht mehr eingegangen.

11 Dies wird von GILLIÉRON, *Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen*, Diss. Zürich 2009, S. 34, verkannt.

12 EGMR im Fall *Greco c. Roumanie* vom 28.2.2007, Application no. 75101/01, Ziff. 58.

13 EGMR im Fall *Baischer c. Autriche* vom 20.12.2001, Application no. 32381/96, Ziff. 24 ff.

EMRK und Art. 14 IPBPR verzichtet wird, wirkt sich dieser Verzicht nicht auf den Anspruch auf Einhaltung des Fairnessgrundsatzes aus, wie er in Art. 3 StPO, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 1 IPBPR enthalten ist. Dieser Grundsatz verlangt im vorliegenden Zusammenhang, dass besonders sorgfältig kontrolliert wird, ob die beschuldigte Person tatsächlich und in rechtlich wirksamer Weise auf ihren Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren verzichtet hat.¹⁴

III. Prüfungspflichten des erstinstanzlichen Richters

A. Konventionsrechtlich vorgeschriebene Mindestprüfungspflichten

Zu den zu erfüllenden Voraussetzungen eines solchen Verzichts auf ein gerichtliches Verfahren gehört auf jeden Fall, dass die beschuldigte Person den Antrag an den Staatsanwalt auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens sowie die Zustimmung zur Anklageschrift in freiverantwortlicher Weise erklärt.

Von einer freiverantwortlichen Entscheidung darf nur dann gesprochen werden, wenn die beschuldigte Person mit Blick auf die sich stellenden Fragen als urteilsfähig erachtet werden kann.

Weiter ist erforderlich, dass die beschuldigte Person nicht mit Zwang oder Gewalt zum abgekürzten Verfahren gedrängt wird.¹⁵ Dabei lässt sich die Aufforderung an sich, zwischen dem ordentlichen Gerichtsverfahren und der «Unterwerfungsvereinbarung» zu entscheiden, mit dem Konventionsrecht vereinbaren, obschon die Aussicht, im ordentlichen Verfahren vor dem Gericht zu erscheinen, dazu führen kann, dass sich die beschuldigte Person unter Druck gesetzt und zum Kompromiss gedrängt fühlt.¹⁶ Nicht zulässig wäre hingegen aber etwa das in Aussicht Stellen einer unangemessen hohen Strafe für den Fall, dass sich die beschuldigte Person für das ordentliche Gerichtsverfahren entscheidet.¹⁷

Im Weiteren muss der Entscheid betreffend das abgekürzte Verfahren in unmissverständlicher Weise erfolgen. Er kann immerhin aber auch konkludent geäußert werden. Schliesslich dürfen aufgrund der konkreten Umstände keine Zweifel darüber aufkommen, dass die beschuldigte Person unbeeinflusst und in Kenntnis der Tragweite ihrer Zustimmung entschieden hat.¹⁸

14 EGMR im Fall Deweer (Fn. 6), Ziff. 49.

15 EGMR im Fall Deweer (Fn. 6), Ziff. 49; vgl. auch **Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts** vom 21.12.2005, BBl 2006 1295; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1376.

16 EGMR im Fall Deweer (Fn. 6), Ziff. 51.

17 EGMR im Fall Thompson c. Vereinigtes Königreich vom 15.6.2004, Application no. 36256/97, Ziff. 4; Bell c. Vereinigtes Königreich vom 16.1.2007, Application no. 41534/98, Ziff. 47 f.

18 EGMR im Fall Barberà, Messegue und Jabardo c. Spanien vom 6.12.1988, Application no. 10590/83, Ziff. 82; EGMR im Fall Pfeifer und Plankl c. Österreich vom 25.2.1992, Appli-

B. Verfassungs- und konventionskonform ausgelegte Prüfungspflichten
gemäss Art. 361 f. StPO

1. *Inhalt der Prüfungspflichten*

a) Prüfung der Prozessvoraussetzungen

Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob die Prozess- bzw. die Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind und ob der Weiterführung des Verfahrens keine Verfahrenshindernisse entgegenstehen. Zwar ist davon bei der Regelung des abgekürzten Verfahrens nicht ausdrücklich die Rede, jedoch ergibt sich dies aus systematischen Überlegungen sowie speziell mit Bezug auf die Durchführung der Hauptverhandlung aus Art. 329 Abs. 1 lit. b StPO.¹⁹

b) Prüfung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Durchführung
des abgekürzten Verfahrens

Lehnt die Staatsanwaltschaft die Durchführung des abgekürzten Verfahrens ab, so erlässt sie eine Verfügung, welche nicht begründet werden muss. Derartige Entscheide können jedenfalls gestützt auf Art. 361 f. StPO nicht überprüft werden, weil in den entsprechenden Verfahren keine erstinstanzliche Hauptverhandlung stattfindet.²⁰ Falls die Staatsanwaltschaft das Gesuch der beschuldigten Person auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens gutheisst, so wäre zwar eine Überprüfung möglich, allerdings nur dann, wenn die beschuldigte Person der Anklageschrift zugestimmt hat. Diese Zustimmung schliesst nun nicht aus, dass später ein allfälliger Mangel derselben gerügt wird. Jedoch ist kaum denkbar, dass die beschuldigte Person rügt, zwar sei das abgekürzte Verfahren zu Unrecht eingeleitet worden, trotzdem aber habe sie der Anklageschrift in rechtsverbindlicher Weise zugestimmt. Daraus folgt, dass weder die Ablehnung noch – aus praktischen Gründen – die Zustimmung zum abgekürzten Verfahren in Anwendung von Art. 361 f. StPO durch das Gericht überprüft werden kann.

c) Prüfung der Zustimmung der beschuldigten Person zur Anklageschrift

Ein Entscheid kann im abgekürzten Verfahren – wie erwähnt – nur dann zustande kommen, wenn die beschuldigte Person der Anklageschrift im Sinne von Art. 360 Abs. 4 StPO zustimmt.

cation no. 10802/84, Ziff. 37 ff.; EGMR im Fall Schuler-Zraggen c. Schweiz vom 24.6.1993, Application no. 14518/89, Ziff. 58; EGMR im Fall Pauger c. Österreich vom 28.5.1997, Reports 1997-III, Ziff. 58.

19 BOMMER (Fn. 2), S. 15 f.; SCHWARZENEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 361 N 2.

20 Ob und gegebenenfalls mit welchem Rechtsmittel die Ablehnung des Gesuchs durch die Staatsanwaltschaft als solche angefochten werden kann, ist hier nicht zu prüfen; vgl. dazu BOMMER (Fn. 2), S. 11, Fn. 9; SCHMID (Fn. 15), N 1379; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 359 N 2.

Im Zentrum steht die Frage, ob die Zustimmung der beschuldigten Person tatsächlich in Abwesenheit von Druck und Zwang, in urteilsfähigem Zustand sowie in Kenntnis aller relevanten Umstände erfolgt ist.

Diese Voraussetzungen sind im Prinzip nicht nur beim abgekürzten Verfahren, sondern auch beim Strafbefehlsverfahren zu beachten. Auch bei Letzterem verzichtet die beschuldigte Person nämlich durch das Unterlassen der Einsprache auf ein ordentliches Verfahren und damit auf die Wahrnehmung von grundlegenden verfassungsmässig sowie konventionsrechtlich garantierten Ansprüchen. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet besteht der Hauptunterschied zwischen den beiden Verfahrensarten darin, dass im Strafbefehlsverfahren maximal eine Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen, gemeinnützige Arbeit bis zu 720 Stunden oder eine Freiheitsstrafe von höchstens sechs Monaten verhängt werden kann; beim abgekürzten Verfahren können Freiheitsstrafen von maximal fünf Jahren verhängt werden. Bei dieser Sachlage erscheint es – jedenfalls bei Sanktionen, welche höher sind als die im Strafbefehlsverfahren möglichen – gerechtfertigt, die Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung besonders genau zu überprüfen.

Dass die Erklärung einer urteilsunfähigen beschuldigten Person nicht rechtswirksam sein kann, dürfte unbestritten sein. War sie im Zeitpunkt der Eröffnung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft urteilsfähig und ist sie lediglich während der Hauptverhandlung vorübergehend verhandlungsunfähig, so muss das Verfahren nach Art. 329 Abs. 1 i.V.m. Art. 114 Abs. 2 und 3 StPO sistiert werden.

Im Weiteren setzt eine rechtswirksame Zustimmung zur Anklageschrift voraus, dass die verhandlungsfähige beschuldigte Person in der Lage ist, die rechtlichen Grundlagen dieser Zustimmung und deren rechtliche Folgen im Allgemeinen sowie im konkreten Fall zumindest im Grundsatz zu verstehen. Sie muss demnach nachvollziehen können, dass der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt *tel quel* zur Grundlage des Urteils erhoben wird. Insbesondere muss ihr bekannt sein, dass kein Beweisverfahren stattfindet, und dass sie im Falle ihrer Zustimmung zur Anklageschrift ein solches auch auf dem Rechtsmittelweg nicht erwirken kann.

Da die beschuldigte Person gemäss Art. 130 lit. e StPO notwendigerweise verteidigt sein muss, ist es primär Aufgabe ihres Rechtsbeistands, ihr die Rechtslage zu erläutern. Falls sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Verteidigung ihrer diesbezüglichen Pflicht nicht oder nur ungenügend nachkommt, trifft die Strafbehörden die Fürsorgepflicht, die rechtsunerfahrene Person zu

belehren²¹ und – im Falle einer ungenügenden Verteidigung²² – den Rechtsbeistand zu ersetzen. Wird Letzteres trotz ungenügender Verteidigung im Zusammenhang mit der an sich notwendigen Aufklärung der beschuldigten Person unterlassen, kann die Anerkennung der Anklage nicht rechtswirksam sein.

Zu beachten ist, dass der Rechtsbeistand gemäss Art. 128 StPO – auch im abgekürzten Verfahren – allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet ist. Er wird demnach seiner Verteidigung denjenigen Sachverhalt zugrunde legen, welchen die beschuldigte Person anerkennt, und dies auch dann, wenn sich aufgrund seiner Gespräche mit der beschuldigten Person Zweifel daran nicht ausräumen liessen, dass sich die Dinge tatsächlich so zuge tragen haben wie sie nun zugestanden werden. Stellt das Gericht in einer derartigen Konstellation auf diesen Sachverhalt ab, so kann dem Rechtsbeistand nicht ungenügende Verteidigung vorgeworfen werden, wenn die beschuldigte Person später behauptet, nunmehr den wahren Sachverhalt einzugestehen und gar Beweise dafür vorlegen kann.

Zu prüfen bleibt, ob und gegebenenfalls inwieweit allfällige Willensmängel im Zusammenhang mit der Zustimmung zur Anklageschrift geltend gemacht werden können. In der StPO sind die Willensmängel vor allem mit Blick auf den Verzicht auf Rechtsmittel sowie im Zusammenhang mit der untersagten Beeinflussung von zu befragenden Personen geregelt.²³

In Art. 386 Abs. 3 StPO wird zum Rückzug von Rechtsmitteln festgehalten, dieser sei endgültig, «es sei denn, die Partei sei durch Täuschung, eine Straftat oder eine unrichtige behördliche Auskunft zu ihrer Erklärung veranlasst worden». Das bedeutet, dass Willensmängel nur in den erwähnten Konstellationen berücksichtigt werden müssen und dass der Verzicht ansonsten endgültig erfolgen kann. Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird als mögliche Straftat die Nötigung erwähnt.²⁴ Richtigerweise vermag die unrichtige behördliche Auskunft nur dann die Unverbindlichkeit der Zustimmung zu bewirken, wenn es der (verteidigten) beschuldigten Person nicht möglich gewesen ist, die erwähnte Unrichtigkeit sofort zu erkennen.²⁵

Im Einzelfall kann es schwierig sein, zwischen der Aufklärung der beschuldigten Person einerseits und Druckversuchen bzw. Drohungen andererseits zu

21 WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung* (StPO), Zürich 2010, Art. 3 N 9.

22 Vgl. z.B. GRAF, *Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, dargestellt anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde*, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 116, Zürich 2000, S. 57 ff.

23 ZIMMERLIN (Fn. 4), N 330 ff.

24 Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, S. 259.

25 Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1309; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung* (StPO), Zürich 2010, Art. 386 N 7; SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 386 N 7.

unterscheiden. So ist es durchaus üblich und – wie erwähnt – in einzelnen Fällen gestützt auf die Fürsorgepflicht gar geboten, auf prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen und allfällige Vor- und Nachteile der denkbaren Möglichkeiten zu skizzieren. Nicht zulässig wäre aber eine in einem Ton mit entsprechender Gestik erteilte Aufklärung über die Rechtslage im Falle einer Verweigerung der Zustimmung zur Anklage, welche als Drohung verstanden werden kann oder gar als solche gemeint ist.

Im Zusammenhang mit der Beweiserhebung werden neben Druck und Zwang solche Mittel untersagt, «welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können». Zwar wird im abgekürzten Verfahren gemäss Art. 361 StPO kein Beweisverfahren durchgeführt, jedoch muss die beschuldigte Person nach Art. 358 Abs. 1 sowie Art. 360 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO den verfahrensrelevanten Sachverhalt eingestehen. Es erscheint daher gerechtfertigt, die Verbindlichkeit der Zustimmung zur Anklageschrift im Sinne von Art. 360 Abs. 2 StPO von der Beachtung der Vorschriften betreffend die verbotenen Beweiserhebungsmethoden abhängig zu machen.

Bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Strafbehörde in zulässiger bzw. gar in der gebotenen Weise aufgeklärt oder aber ob sie die beschuldigte Person unzutreffend orientiert oder ihr gar gedroht hat, ist der Richter auf eine möglichst gute Dokumentation der betreffenden Gespräche angewiesen.²⁶

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Durchführung des abgekürzten Verfahrens die Urteilsfähigkeit der beschuldigten Person voraussetzt. Sodann muss diese wenigstens dem Grundsatz nach die rechtliche Regelung des abgekürzten Verfahrens im Gesamtzusammenhang kennen und insbesondere wissen, dass die Zustimmung zur Anklageschrift anlässlich der Hauptverhandlung endgültig und unwiderruflich ist. Weiter darf nur dann von einer verbindlichen Anerkennung der Anklage ausgegangen werden, wenn zu deren Erlangung weder Druck noch Zwang – sei dieses Verhalten strafbar oder nicht – auf die beschuldigte Person ausgeübt worden ist. Schliesslich dürfen seitens der Strafbehörden keine Mittel eingesetzt werden, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit der beschuldigten Person beeinträchtigen können. Untersagt sind insbesondere Täuschungen und unzutreffende Auskünfte, welche nicht ohne weiteres als solche erkennbar sind.

d) Prüfung der Übereinstimmung zwischen der Erklärung
der beschuldigten Person und der Aktenlage

Stimmen die Erklärung der beschuldigten Person und die Aktenlage grundsätzlich überein, so legt das Gericht den zugestandenen Sachverhalt seinen weiteren Erwägungen, insbesondere denjenigen zur Angemessenheit der Sanktion,

26 Vgl. dazu nachstehend Ziff. 2.

zugrunde. Beim Vergleich zwischen den Akten und der Erklärung der beschuldigten Person handelt es sich nicht um eine wertungsfreie Gegenüberstellung, sondern um eine richterliche Würdigung. Entsprechend ist davon auszugehen, dass dem Richter ein gewisses Ermessen bei der Prüfung der Übereinstimmung von Erklärung der beschuldigten Person und Aktenlage zukommt.

Gelangt das Gericht zur Auffassung, das Geständnis und die Aktenlage stimmten überein, so ist es nicht verpflichtet zu prüfen, ob das Geständnis dem wahren Sachverhalt entspricht. Insbesondere klärt es nicht ab, ob die beschuldigte Person allenfalls weitere Delikte begangen haben könnte oder ob sie sich mit ihrem Geständnis – ganz oder teilweise – zu Unrecht belastet. Ein Beweisverfahren findet nach Art. 361 Abs. 4 StPO nicht statt und die Instruktionsmaxime gemäss Art. 6 StPO ist demzufolge in dieser Hinsicht nicht zu beachten.²⁷

Für den Fall, dass die Erklärung der beschuldigten Person nach Auffassung des Gerichts nicht mit der Aktenlage übereinstimmt, findet sich keine klare Regelung im Gesetz. Art. 361 Abs. 2 lit. b StPO verpflichtet das Gericht lediglich, die betreffende Prüfung vorzunehmen, umschreibt aber nicht die Folge im Falle einer Unvereinbarkeit, während in Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO statuiert wird, das Gericht befinde frei darüber, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht sei. Da davon auszugehen ist, dass das Gericht nach der zuletzt genannten Vorschrift nicht beliebig entscheiden kann, sondern nur innerhalb des ihm zustehenden Ermessens,²⁸ muss es das abgekürzte Verfahren ablehnen, falls es zum Schluss kommt, das Geständnis lasse sich nicht mit den Akten vereinbaren. In diesem Sinne ist Schwarzenegger zuzustimmen, der dafür hält, dass das abgekürzte Verfahren im Falle einer Einigung über den in die Anklageschrift aufzunehmenden Sachverhalt («fact bargaining») – sei dies zulasten oder zugunsten der beschuldigten Person – abzulehnen sei.²⁹ Anders als nach Auffassung des zitierten Autors kann dies aber gemäss gesetzlicher Regelung nur dann so sein, wenn das Gericht – allenfalls nach Befragung der übrigen anwesenden Parteien – keine Übereinstimmung zwischen Geständnis und Akten feststellen kann. Nach Art. 361 Abs. 4 StPO ist es dem Gericht nämlich ausdrücklich untersagt, im Rahmen des abgekürzten Verfahrens Beweise zu erheben und auf diese Weise die Glaubhaftigkeit des Geständnisses zu überprüfen. Damit fingiert der Gesetzgeber gewissermassen, dass das Abstellen auf ein im Einklang mit der Aktenlage stehendes Geständnis durch das Gericht als mit dem Wahrheitsgrundsatz vereinbar zu erachten ist.

Gemäss Botschaft «spricht hingegen nichts dagegen», dass das Gericht im Einverständnis mit den Parteien vom in der Anklage umschriebenen Sachver-

27 JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 433; SCHMID (Fn. 15), N 1374 f.; a.M. SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 6 f.

28 Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 3.

29 So etwa SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 361 N 6, 19.

halt abweichen kann.³⁰ Zwar ist diese Auffassung vertretbar, jedoch erscheint sie problematisch. Würde man ihr folgen, müsste das Gericht das Ergebnis von Verhandlungen überprüfen, in welche es selbst involviert war. Das dem abgekürzten Verfahren zugrunde liegende System, wonach sich die Parteien auf der einen und die Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite auf ein Verhandlungsergebnis einigen, welches dem neutralen Gericht vorgelegt wird, würde durchbrochen. Dabei besteht jedenfalls eine gewisse Gefahr, dass das Gericht nur ungenügend über das Zustandekommen des zwischen den Parteien und der Staatsanwaltschaft ausgehandelten Kompromisses orientiert sein wird.³¹ Gegen die Möglichkeit weiterer Verhandlungen vor Gericht würde auch der Umstand sprechen, dass die Parteien vor der Hauptverhandlung zwar der Anklageschrift zustimmen, sich aber gleichzeitig vorbehalten könnten, im gerichtlichen Verfahren erneut verhandeln zu wollen. Dies alles spricht gegen Nachverhandlungen vor Gericht.³²

e) Prüfung der rechtlichen Subsumtion

Gelangt das Gericht zur Auffassung, der eingestandene Sachverhalt müsse unter eine andere als die in der Anklageschrift genannte (Art. 360 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 325 Abs. 1 lit. g StPO) Norm subsumiert werden, so ist es nach dem Grundsatz «iura novit curia» sowie Art. 344 StPO verpflichtet, die für richtig erachtete Bestimmung anzuwenden.³³ Vorgängig ist allerdings der beschuldigten Person und den übrigen anwesenden Parteien (Art. 361 Abs. 3 StPO) das rechtliche Gehör zu gewähren.

Ergibt sich aufgrund der abweichenden rechtlichen Beurteilung durch das Gericht, dass die Sanktion, auf welche sich die Parteien geeinigt haben, mit dem materiellen Recht (Art. 34 ff. StGB) nicht vereinbar ist, so hat das Gericht grundsätzlich festzustellen, dass die Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren nicht gegeben sind.³⁴

f) Angemessenheit der Sanktionen

Da Absprachen über die Sanktionsfolgen (im Besonderen über das Strafmass) im Rahmen des abgekürzten Verfahrens üblich und zulässig sind, besteht eine gewisse Gefahr unangemessen tiefer oder allenfalls auch unangemessen hoher Strafen.³⁵ Dennoch wird das Gericht bei der Prüfung der Sanktionsfolgen auf ihre Angemessenheit (Art. 362 Abs. 1 lit. c StPO) Zurückhaltung üben. Sofern

30 Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1297. Zustimmend JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 432.

31 Davon gehen offenbar auch JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 434, aus.

32 Im Ergebnis ebenso: SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 8.

33 BOMMER (Fn. 2), S. 18; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 361 N 3, geht davon aus, dass in solchen Fällen die Anklage an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen werden solle.

34 Vgl. dazu nachstehend, lit. f.

35 Tendenziell a.M. SCHMID (Fn. 25), Art. 362 N 4.

nicht gegen das materielle Recht (Art. 34 ff. StGB) verstossen wird, dürfte es richtig sein, wenn das Gericht seine Genehmigung nicht verweigert.³⁶

Fraglich ist, ob das Gericht einen ablehnenden Entscheid zu fällen hat, falls es die Art und/oder Höhe der vorgesehenen Sanktionen beanstandet, oder ob es beispielsweise eine mildere als die in der Anklageschrift statuierte Sanktion festlegen dürfte.³⁷ Erachtet das Gericht die Sanktion gemäss Anklageschrift als unangemessen, so hat es – jedenfalls im Grundsatz – die Zustimmung zur Durchführung des abgekürzten Verfahrens zu verweigern.³⁸ Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil dem Gericht das Ergebnis der Verhandlungen zwischen der Staatsanwaltschaft und den Parteien – gewissermassen als «Gesamtpaket» – zur Genehmigung vorgelegt wird.³⁹

g) Prüfung der Verteidigungsleistung

Die beschuldigte Person hat im abgekürzten Verfahren gestützt auf Art. 130 lit. e StPO Anspruch auf eine Verteidigerin oder einen Verteidiger. Da es sich dabei um einen Anwendungsfall notwendiger Verteidigung handelt, kommt der Strafbehörde eine gewisse Überwachungspflicht zu. Sie muss nicht nur für die Verteidigung sorgen, falls die beschuldigte Person nicht selbst einen Rechtsbeistand bestellt, sondern gestützt auf ihre Fürsorgepflicht gemäss Verfassungs-(Art. 31 f. BV)⁴⁰ und Konventionsrecht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 IPBPR) auch sicherstellen, dass die Verteidigung ihre Pflichten gemäss Art. 12 lit. a BGFA⁴¹ tatsächlich wahrnimmt.⁴² Gelangt das Gericht zum Schluss, es liege eine schwerwiegende Unzulänglichkeit und damit ein Fall ungenügender Verteidigung vor, hat es die Zustimmung zum abgekürzten Verfahren zu verweigern.

2. Grundlagen für die richterliche Prüfung

Obschon in der Botschaft ausgeführt wird, die Verhandlungen zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft seien naturgemäss informeller Natur,⁴³ sind diese Verhandlungen gerade aus den vorstehend angeführten

36 Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 13 f.

37 In diesem Sinne BOMMER (Fn. 2), S. 18.

38 Ebenso SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 13 f.; a.M. Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1297; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 432.

39 Dazu kann auf das im Zusammenhang der Überprüfung des Sachverhalts Gesagte verwiesen werden (lit. d).

40 BGE 131 I 361.

41 Bundesgesetz vom 23.6.2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwalts-gesetz, BGFA), SR 935.61.

42 Pra 91 (2002) Nr. 82; BGE 120 Ia 51; 131 I 360 f. m.w.H.; GRAF (Fn. 22), S. 49 ff., 57 ff.; LIEBER (Fn. 25), Art. 130 N 24 und Art. 134 N 13; SCHMID (Fn. 15), N 762; VERNIORY, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Etudes de droit suisse, Bd. 698, Bern 2005, S. 295 ff.

43 Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1295.

Erwägungen u.E. gestützt auf Art. 76 ff. StPO möglichst genau zu protokollieren.⁴⁴ Zum einen sieht die StPO in Art. 76 Abs. 1 eine Dokumentationspflicht vor für «alle (...) Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt werden». Zum andern müssen die schriftlichen Anträge und sonstigen Akten und Beweismittel der Parteien (Art. 77 lit. c und g StPO) zu den Akten genommen werden. Von einer Ausnahme, welche im Zusammenhang mit den Verhandlungen zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren bzw. während desselben gelten soll, ist nirgends die Rede.⁴⁵ Besondere Bedeutung kommt dabei der Protokollierung des Geständnisses der beschuldigten Person zu,⁴⁶ weil das Gericht zu prüfen hat, ob dieses bzw. die Zustimmung zur Anklage ohne Zwang und Drohungen etc. zustande gekommen ist bzw. ob allenfalls Willensmängel vorliegen könnten.

IV. Rechtsmittel

Gegen das Urteil im abgekürzten Verfahren kann zwar Berufung erhoben werden (Art. 362 Abs. 5 StPO), jedoch werden im Berufungsverfahren weder Tat- noch Rechtsfragen überprüft. Diese beschränkte Überprüfungsbefugnis ist die logische Konsequenz daraus, dass im abgekürzten Verfahren auf ein Beweisverfahren verzichtet wird (Art. 361 Abs. 4 StPO).

Mit derselben Begründung wird postuliert, auch die Revision, mit der neue, die beschuldigte Person entlastende Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, sei im Falle des im abgekürzten Verfahren ergangenen Urteils ausgeschlossen.⁴⁷ Für diese Auffassung spricht, dass in Art. 410 Abs. 1 StPO im Zusammenhang mit dem Objekt der Revision zwar vom Strafbefehl, nicht aber vom Entscheid die Rede ist, welcher im abgekürzten Verfahren ergangen ist. Dieser Entscheid lässt sich jedoch ohne Weiteres unter das Merkmal des «rechtskräftigen Urteils» subsumieren.

Obschon die Parteien gemäss Art. 360 Abs. 1 lit. h StPO mit der Zustimmung zur Anklageschrift auf Rechtsmittel verzichten, wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb beim Strafbefehl, der jedenfalls im Ergebnis – wie das Urteil im abgekürzten Verfahren – ebenfalls auf einer justizähnlichen Vereinbarung beruht,

44 So auch BRAUN (Fn. 2), S. 181; DONATSCH/CAVEGN, **Beweisrecht, insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige**, in: Tag/Hauri (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht, Zürich/St. Gallen 2010, S. 173; HAUSHERR, Das abgekürzte Verfahren in der schweizerischen Strafprozessordnung – Entlastung der Strafverfolgungsbehörden versus Rechtsstaatlichkeit, *forumpenale* 2008, S. 314; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 438; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 15; a.M. SCHMID (Fn. 25), Art. 358 N 3; DERS. (Fn. 15), N 1377 Fn. 81.

45 SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 358 N 15.

46 Vgl. dazu im Einzelnen BENEKE (Fn. 1), S. 129 ff.

47 Vgl. Botschaft StPO (Fn. 15), S. 1297; JOSITSCH/BISCHOFF (Fn. 1), S. 433 («undenkbar»); SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 11.

eine Revision möglich sein sollte, generell nicht aber beim Urteil, welches aus einem abgekürzten Verfahren resultiert. Wenn man davon ausgeht, dass sowohl die beschuldigte Person mit ihrem Verteidiger als auch die Staatsanwaltschaft der Durchführung des abgekürzten Verfahrens gestützt auf eine Beurteilung der Prozessaussichten angesichts des bekannten, beweisbaren Sachverhalts zustimmen, so kann es nicht generell unzulässig sein, die Revision durchzuführen, wenn nachträglich neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, welche sich in wesentlicher Weise auf den Entscheid auszuwirken vermögen.⁴⁸ Jedenfalls muss nach hier vertretener Auffassung die Revision offenstehen, wenn im Falle der Mitberücksichtigung der betreffenden Tatsachen anstelle eines Schuldspruchs ein Freispruch zu erwarten wäre. Falls beispielsweise ein Bergführer sich der fahrlässigen Tötung seines Klienten schuldig erklärt, weil dieser – im Fels nicht angeseilt – abgestürzt war, und wenn nach dem Urteil im abgekürzten Verfahren ein Abschiedsbrief dieses Klienten gefunden wird, aus welchem ohne Zweifel hervorgeht, dass dieser am betreffenden Tag nicht infolge einer Unachtsamkeit oder fehlenden Könnens und daher nicht wegen der Unterlassung des Bergführers verunfallt ist, sondern Suizid begangen hat, muss eine Revision des Urteils möglich sein. Mit Sicherheit ist ein Eintreten auf das Revisionsgesuch im Fall von Art. 410 Abs. 1 lit. c StPO zu prüfen, wenn die beschuldigte Person etwa nachweislich genötigt worden ist oder eine Strafbehörde sich sonstwie eines Amtsmissbrauchs schuldig gemacht hat.⁴⁹ Schliesslich muss die Revision auch in Konstellationen zulässig sein, in denen eine Verletzung der EMRK festgestellt worden ist (Art. 410 Abs. 2 StPO).

48 A.M. SCHMID (Fn. 15), N 1389; DERS. (Fn. 25), Art. 362 N 15.

49 DONATSCHE/CAVEGN (Fn. 44), S. 163; SCHWARZENEGGER (Fn. 19), Art. 362 N 11.

Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht

VON MARC THOMMEN

I. Die erste Begegnung

Es war der 2. August 2005. Am Morgen früh. Ein heisser Sommertag lauerte noch hinter den Walliser Bergen. Ich trug Sonntagsstaat: dunkler Anzug, hellblaues Hemd, Kravatte. Ich war zu Fuss unterwegs. Die Place de la Riponne, der Pont Bessières und das Café du Bleu Léopard lagen bereits hinter mir. Ich bog in die Avenue du Tribunal Fédéral ein. Damals noch eine riesige Baustelle. Die Stadt Lausanne baute ihre Métro-Linie von Ouchy nach Épalinges. Langsam stieg meine Nervosität. Ich ging vorbei am Hallenbad Mon Repos und überquerte die Strasse. Der Fussgängerkiesweg stieg leicht an. Linker Hand tauchte die Orangerie hinter den Büschen auf. Dieses 1823 als Winterquartier für die tropischen Pflanzen des Parc Mon Repos errichtete Gebäude wird heute als Künstleratelier genutzt.¹



Orangerie in Lausanne

Yves Dana heisst der glückliche Mann, der darin wirkt. Ein Bildhauer wie aus dem Bilderbuch. Graue Haare und schwarze Schürze mit Staub darauf. Er stand vor der Türe und band Verpackungsmaterial zusammen. Er nickte mir schmunzelnd zu. Kein Künstler sieht täglich mehr Juristen, ging mir durch den Kopf.

Das Palais war jetzt unübersehbar. Stolz thronte es über dem Parc Mon Repos. Das Bundesgericht.

1 Die Orangerie wurde 1823 vom Pariser Architekten Achille-François-René Leclère (1785–1853) erbaut. Die Orangerie diente in dem nach dem Vorbild englischer Gärten des 19. Jahrhunderts erbauten Parc Mon Repos als Winterquartier für die tropischen Pflanzen. Daher auch der Name « Orangerie ». Seit 1955 steht sie unter Denkmalschutz als typisches Gebäude der Romantik.

Ich betrat den Parkplatz und blickte an der Frontfassade hoch. Im dritten Stock stand das zweite Fenster von links offen. Die übrigen waren geschlossen. Es war mein erster Arbeitstag als Gerichtsschreiber am Bundesgericht.

Keine halbe Stunde später klopfte ich beim Büro 308. «Jaaaaah», schrie es von drinnen. Ich öffnete langsam die Türe. Der Anblick, der sich mir bot, sollte der amerikanische Supreme Court Justice Antonin Scalia anlässlich eines Gerichtsbesuchs später einmal kommentieren mit den Worten: «empty desk – empty mind!». Mitten im Chaos sass Bundesrichter und frisch gebackener Dr. h.c. Hans Wiprächtiger, Herausgeber der Basler Strafrechtskommentare, Luzerner SP-Legende, bekannt in der ganzen Schweiz. Er schwang seine Schuhe vom Tisch, breitete seine Arme aus und strahlte: «Herzlich Willkommen, ich bin Jonny!». Wir schüttelten Hände. Das erste von ungezählten Malen nahm ich Platz auf dem Stuhl gegenüber von Jonny. Die Nervosität war weg. Sofort fühlte ich mich wohl. Jonny wies auf das offene Fenster. In der Ferne war der Lac Léman zu sehen. An schönen Tagen kann man sogar den Jet d'Eau in Genf erkennen. Gegenüber im Parc Mon Repos der Pavillon Voltaire.



Ehemaliger Sitz des olympischen Komitees

Der ehemalige Sitz des olympischen Komitees. Jonny wies mich auf die Inschrift an der Fassadenspitze unter dem Dach hin: «Toujours Agité – Jamais Abattu!». Immer bewegt – nie erschüttert. Seit über 16 Jahren sehe er diesen Spruch jeden Morgen, wenn er das Fenster öffne, sagte Jonny. Unterdessen sei er wohl so

etwas wie sein juristisches Lebensmotto geworden. Ich sollte bald erkennen, was er damit meinte.

II. Der erste Fall – toujours agité

Das erste Dossier, das ich zu bearbeiten hatte, handelte von einem Verkehrsunfall. Eine Velofahrerin, welche die schweren Taschen ihres Wocheneinkaufs an den Velolenker gehängt hatte, konnte der sich öffnenden Tür eines geparkten Autos nicht mehr ausweichen. Sie stürzte schwer. Der Autofahrer machte entscheidendes Selbstverschulden der Velolenkerin geltend. Vergeblich. «Dass das Fahrrad der Geschädigten zu stark mit Einkaufstaschen beladen war und sie daher allenfalls ein Mitverschulden traf, ändert am verkehrsregelwidrigen Verhalten des Beschwerdeführers nichts. Im Strafrecht gibt es keine Schuldkompensation». Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.² Für mich ein Erfolg. Mein erstes Dossier für Jonny Wiprächtiger passierte die Richterzirkulation diskussionslos.

III. Der zweite Fall – jamais abattu

Bereits das zweite Dossier hatte es in sich.³ Noch heute hadere ich mit dieser Entscheidung. Es ging um einen tragischen «Unfall» aus dem Kanton Zürich. In einer Märznacht des Jahres 2002 wurde der Polizei ein Einbruchsdiebstahl im Gebiet hinter dem Zürcher Obergericht gemeldet. Polizeipatrouillen versuchten, das Gebiet aus verschiedenen Richtungen einzukreisen. Ein Einsatzbus war an den «unteren Zäunen» unterwegs, in der Nähe des Restaurants «Zum Grünen Glas». Plötzlich entdeckten sie einen rennenden Mann. Den Polizisten war sofort klar: Das ist der Einbrecher. Der Mann rannte direkt auf das Polizeiauto zu. Man machte ihm Zeichen anzuhalten. Er rannte weiter. Um ein Entkommen zu verhindern, wollte ihm der Fahrer den Weg abschneiden, indem er den Polizeibus quer zur Fahrbahn Richtung Hausmauer lenkte. Der Randstein des Trottoirs bremste seine Fahrt ab, sodass er nochmals stark beschleunigen musste. Genau in diesem Moment wollte der Mann noch zwischen dem Polizeiauto und der Hausmauer durchrennen. Das schaffte er nicht mehr. Das Polizeiauto drückte ihn gegen die Wand. Dabei wurde sein linkes Bein so stark eingeklemmt, dass es später oberhalb des Knies amputiert werden musste. Zu allem Elend kam hinzu, dass der nunmehr verkrüppelte Mann gar nicht der gesuchte Einbrecher war. Es war ein stadtbekannter Travestiekünstler, der das Pech hatte, dass er just in diesem Moment zu seinem Auto lief, statt ging.⁴

2 BGer, 19.10.2005, 6P.64/2005; 6S.194/2005.

3 BGer, 11.12.2005, 6P.84/2004, 6S.230/2004.

4 Vgl. BÜRER, Ein verletzter, starker Mann, in: Tagesanzeiger vom 5.9.2006, S. 15.

Gegen die Polizisten wurde eine Untersuchung eröffnet wegen des Verdachts auf eventualvorsätzliche schwere Körperverletzung. Die Untersuchungsbehörde hielt es in der Folge für ausgeschlossen, nachzuweisen, dass der Polizeibeamte beim Abschneiden des Wegs eine Körperverletzung in Kauf nahm. Sie stellte die Untersuchung in Bezug auf den Eventualvorsatz ein. Gegen diese Einstellung wehrte sich das Opfer durch alle Instanzen.

Der Fall landete auf meinem Pult. Mein Gefühl sagte mir, dass die Einstellung nicht ernsthaft von der Überzeugung motiviert sein konnte, dass sich ein Eventualvorsatz nicht nachweisen liess. In der Untersuchung gilt «in dubio pro duriore».⁵ Dieser Grundsatz besagt, dass im Zweifel wegen des schwereren Delikts anzuklagen ist. Die «Zweifels-Schwelle» ist für eine Einstellung also höher, als bei einem Freispruch. Weil das Gericht im Zweifel freispricht, hat der Staatsanwalt im Zweifel wegen des schwereren Delikts (pro duriore) anzuklagen. Dies gilt zumindest in der Theorie.

In der Praxis, so Jonny Wiprächtiger, führten ganz andere Überlegungen zu Einstellungsentscheiden: Hier hätten wohl die kantonalen Behörden ihre eigene Polizei, mit der sie täglich zusammenarbeiten, nicht «in die Pfanne hauen» wollen. Nach dem Motto: Wir stellen jetzt einmal ein, so haben wir etwas für das gute Klima mit der Polizei getan. Sollte die Einstellung letztinstanzlich wieder aufgehoben werden, dann würden die Behörden die Untersuchung gegen die Polizei nicht aus eigener Überzeugung, sondern auf Weisung aus Lausanne führen müssen. Es könne also auch im Sinne der kantonalen Untersuchungsbehörde sein, den Einstellungsentscheid aufzuheben. So sei der Friede im Kanton gewahrt und der Sache nach richtig entschieden. Auch föderalistische Überlegungen sprächen dafür, dass das Bundesgericht in Bereichen regulierend in das kantonale Verfahren eingreife, wo dies den Kantonen wegen ihrer Sachnähe oder persönlicher Verstrickungen unmöglich sei. Jonny Wiprächtiger zeigte mir so völlig neue, nichtjuristische Dimensionen der Fallentscheidung auf. Er wies mich – toujours agité, bewegt durch die Dramatik des Unfalls und die Diskussionswürdigkeit des Einstellungsentscheids – an, eine Gutheissung der Beschwerde zu prüfen. Das tat ich mit grosser Begeisterung, doch im Ergebnis ohne Erfolg. Auf die Beschwerde des Opfers wurde nicht eingetreten.

IV. Beschwerden von Opfern staatlicher Gewalt

Wie kam es dazu? Nach Art. 270 lit. e Ziff. 1 des damals noch geltenden Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP) stand die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts dem Opfer zu, «*das sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat, soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken*

5 BGer, 12.1.2010, 6B_859/2009, E. 2; BGer, 11.4.2008, 6B_588/2007, E. 3.2.

kann». Daraus leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass Opfer, die von Beamten geschädigt wurden, nicht zur Beschwerde legitimiert sind. Schadenersatzforderungen gegen den Staat wegen Verletzungen durch Beamte werden vom kantonalen Recht in der Regel nach öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften abgehandelt. Die sprichwörtlichen Opfer von Staatsgewalt sind durch Einstellungsentscheide deshalb nicht in ihren Zivilforderungen betroffen. Die angefochtenen Entscheide wirken sich nur auf ihre öffentlich-rechtlichen Forderungen aus.⁶

In unserem Fall bedeutete dies, dass der beinamputierte Mann sich gegen die Einstellung nicht zur Wehr setzen konnte, weil er durch einen Beamten verletzt worden war. Die Einstellung konnte sich nur auf seine öffentlich-rechtlichen Staatshaftungsforderungen gegen den Kanton Zürich auswirken.⁷ Damit waren aber die Voraussetzungen einer Opferbeschwerde nach Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP nicht erfüllt. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht eingetreten.⁸

Dieses Resultat erschütterte mich. Auch Jonny war nicht glücklich, liess sich durch die Entscheidung aber nicht entmutigen. «Jamais abattu». Er analysierte: Der Beschwerdeausschluss von Opfern, die von Beamten verletzt wurden, war erst drei Jahre zuvor in einem amtlich veröffentlichten Entscheid bestätigt worden.⁹ Die Zeit damit entgegen seiner ursprünglichen Einschätzung noch nicht reif für eine Praxisänderung. Eine öffentliche Urteilsberatung, in der man der Gegenmeinung hätte Gehör verschaffen können, gab es unter dem damaligen Verfahrensrecht noch nicht.¹⁰ Die Sitzungen des Kassationshofs finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Es blieb also nichts anderes übrig, als auf eine andere Zusammensetzung des Richterkollegiums oder eine Änderung des Verfahrensrechts zu warten.

Beides trat in der Folge ein. Sowohl die Richterzusammensetzung als auch das Verfahrensrecht änderten. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 des Bundes-

6 BGE 128 IV 188 E. 2 (von Polizeibeamten verursachter Erstickungstod bei Ausschaffung); 127 IV 189 E. 2b (angeblich missbräuchliche Verhaftung des Ehemannes nach erfolgloser eheschutzrichterlicher Ausweisung); 125 IV 161 E. 2b (Schuss aus polizeilicher Dienstwaffe bei Verhaftung führt beim Opfer zur Lähmung beider Beine). Zu Recht kritisch: YOUSSEF, Die Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen – Zugleich Bemerkungen zu BGE 136 IV 29, BGE 136 IV 41 und BGer, Urteil v. 15.4.2010, 6B_127/2010, forumpoenale 2010/5, S. 313–318, 316 ff.

7 § 6 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 14.9.1969 über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz; LS/ZH 170.1).

8 BGer, 11.12.2005, 6S.230/2004, E. 2.

9 BGE 128 IV 188 E. 2.

10 Art. 17 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz; OG; SR 173.110) vom 16.12.1943 (Stand am 20.6.2006) bestimmte unter dem Titel «Öffentlichkeit»: «¹ Parteiverhandlungen, Beratungen und Abstimmungen sind öffentlich, ausgenommen die Beratungen und Abstimmungen der strafrechtlichen Abteilungen, der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer und, wenn es sich um Disziplinarsachen handelt, der öffentlichrechtlichen Abteilungen».

gerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, welches Anfangs 2007 in Kraft trat, war das Opfer zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, «*wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann*». Angesichts dieses nahezu identischen Wortlauts der neuen Legitimationsbestimmung erstaunt es wenig, dass das Bundesgericht auch in anderer Zusammensetzung weiterhin an der restriktiven Zulassung von Opfern staatlicher Übergriffe festhielt.¹¹

V. Ausnahmsweise Zulassung von Opfern staatlicher Gewalt

Nach mehreren Jahren der Stagnation hat das Bundesgericht den kategorischen Beschwerdeausschluss von Opfern staatlicher Gewalt kürzlich (zumindest teilweise) aufgegeben. Am 16. Februar 2010 fällte es in Fünferbesetzung einen bemerkenswerten Grundsatzentscheid.¹² Das französischsprachige Urteil wurde nicht publiziert. Wohl deshalb wurde es trotz seiner Tragweite bisher nicht rezipiert. Eine öffentliche Sitzung fand nicht statt. Daraus kann man de jure schliessen, dass der Fünferentscheid einstimmig gefallen ist (Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG).

Ein Insasse der Waadtländer Strafvollzugsanstalt «Plaine de l'Orbe» wollte am 24. Februar 2007 mit seiner Schwester telefonieren. Dies wurde ihm vom Dienstchef verweigert. Daraufhin zerstörte der Insasse das Mobiliar zweier Zellen. Drei Strafvollzugsbeamten holten ihn deshalb gewaltsam aus der Zelle. Sie fixierten ihn bäuchlings auf dem Boden, die Hände in Handschellen auf dem Rücken. Nach Darstellung der Behörden seien dabei von keiner Seite Schläge oder Verletzungen zugefügt worden. Der Insasse warf den Vollzugsbeamten Körperverletzung (Art. 123 StGB) durch unverhältnismässige Gewaltanwendung und Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB) vor. Unter anderem sollen ihm die Handschellen derart fest angelegt worden sein, dass seine Handgelenke zu bluten begannen.

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass der Beschwerdeführer aufgrund des Waadtländer Staatshaftungsrechts keine direkten Ansprüche gegen die beteiligten Beamten erheben könne.¹³ Mangels Zivilansprüchen könne er nicht nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG zur Beschwerde zugelassen werden. Zu prüfen bleibe, ob er ein «*verfassungsmässiges Recht auf Ausfällung der in Art. 123*

11 BGer, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 1; unterdessen sogar als einzelrichterliche Nichteintretensentscheide wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nach Art. 108 BGG: BGer, 15.4.2010, 6B_127/2010, E. 2, vgl. YOUSSEF (Fn. 6), S. 317.

12 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009.

13 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.1; Art. 5 de la loi vaudoise du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents (RS/VD 170.11).

und 312 StGB vorgesehenen Strafen» geltend machen könne.¹⁴ Dies wird in der Folge unter Bezugnahme auf das einschlägige Völker-, Konventions- und Verfassungsrecht bejaht: Die UN-Folterkonvention verpflichtet die Vertragsstaaten zum Erlass von Gesetzesbestimmungen, welche Verletzungen des Folterverbots und des Verbots grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung bestrafen.¹⁵ Bei Anhaltspunkten für derartige Verletzungen muss umgehend eine unabhängige Untersuchung durchgeführt werden (Art. 12). Dem Betroffenen steht ein Beschwerderecht zu (Art. 13). Diese Bestimmung vermittelt dem Betroffenen nicht nur einen Anspruch auf eine umgehende und unabhängige Untersuchung, sondern auch ein Recht auf Anwendung der zur Bekämpfung der Folter aufgestellten Strafbestimmungen.¹⁶ Im gleichen Sinne folgt auch aus den Artikeln 1, 3 und 13 EMRK, dass bei glaubhaft vorgebrachten Misshandlungsvorwürfen eine wirksame Untersuchung zu erfolgen hat, welche zur angemessenen Bestrafung der Verantwortlichen führen kann. Auch eine zu milde Bestrafung verletzt daher Art. 3 EMRK. Dies gilt sogar, wenn die erlittenen Misshandlungen des Opfers im Übrigen anerkannt resp. Entschädigungen bezahlt wurden. Die Europäische Menschenrechtskonvention verbietet nicht nur die Folter und die grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung, aus ihr ergeben sich auch eine positive Verpflichtung der Vertragsstaaten, die Urheber verbotener Behandlungen zu bestrafen sowie ein entsprechendes Recht des Opfers auf Ausfällung der für die Verantwortlichen vorgesehenen Strafen.¹⁷ Die gleichen Verfahrensgarantien und Schutzverpflichtungen lassen sich gemäss Bundesgericht auch aus den Folter- und Misshandlungsverbotsbestimmungen von Art. 10 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 7 des UNO-Pakts II¹⁸ ableiten. Der Privatkläger hat deshalb einen verfassungsmässigen Anspruch darauf, dass die zum Schutz vor Folter und Misshandlung aufgestellten Strafbestimmungen auf die Verantwortlichen angewen-

14 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.2: *«Il reste à examiner si, à défaut de pouvoir se fonder sur la loi pénale ou sur sa qualité de victime LAVI, le recourant peut se prévaloir d'un droit constitutionnel à l'application des peines prévues par les art. 123 et 312 CP».*

15 Insbesondere Art. 4, 5, 12, 13 und 16 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, abgeschlossen in New York am 10.12.1984 (In Kraft getreten für die Schweiz am 26.6.1987; SR 0.105; Stand am 25.1.2008).

16 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.2.1: *«Art. 13 ne peut pas être compris, replacé dans l'ensemble des dispositions de la convention, comme ayant une portée exclusivement procédurale; il englobe aussi un droit à l'application de la loi pénale dont les États parties doivent se doter».*

17 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.2.1: *«il en dérive aussi une obligation positive substantielle des États parties de punir de manière appropriée les auteurs et les complices de traitements prohibés et un droit corrélatif de la victime à l'application, aux responsables de ces traitements, des peines et mesures prévues par la loi pénale».*

18 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992 (SR. 0.103.2).

det werden. Voraussetzung ist, dass er am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war und (glaubhaft) behauptet, gefoltert oder misshandelt worden zu sein. Der Privatkläger, welcher Opfer eines staatlichen Übergriffs wurde, kann sich nach dieser Entscheidung somit nicht mehr nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht («une enquête officielle approfondie et effective»), sondern neu auch in der Sache selbst («sur le fond») gegen eine Einstellung, ein Nichteintreten oder einen Freispruch zur Wehr setzen.¹⁹

Gemäss Bundesgericht stellten die vom Insassen behaupteten Verletzungen und Übergriffe eine erniedrigende Behandlung dar, sofern sie sich erhärten liessen. Seine Beschwerde war daher materiell zu behandeln. In der Sache wurde sie abgewiesen. Das Bundesgericht erinnert an die Strassburger Rechtsprechung, wonach bei Personen, welche unversehrt in Polizeigewahrsam gelangten und bei der Entlassung Verletzungen aufweisen, eine Umkehr der Beweislast stattfindet. Wegen der besonderen Schutzwürdigkeit von Gefangenen muss hier der Staat nachweisen, dass keine unerlaubten Übergriffe stattgefunden haben.²⁰ Das Bundesgericht nimmt an, dass der Beschwerdeführer sich die Verletzungen entweder bei seinen Vandalenakten selbst zugefügt hat oder sie eine Folge verhältnismässiger Gewaltanwendung zu seiner Ruhigstellung waren.²¹

Dieser Entscheid in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Er setzt sich intensiv mit den völker- und konventionsrechtlichen Vorgaben an Strafverfahren und Strafvollzug auseinander. Er ist eine konsequente Weiterentwicklung des «St. Galler Polizeifalls» (BGE 131 I 455). In jenem Fall ging es um einen Türken der von der St. Galler Polizei gewaltsam verhaftet wurde. Er behauptete, anlässlich dieser Festnahme einen Nasenbeinbruch erlitten zu haben. Amtshandlungen von Polizeibeamten unterstehen auch im Kanton St. Gallen öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften.²² Mangels Auswirkungen auf die Zivilansprüche fiel eine Legitimation vor Bundesgericht somit grundsätzlich ausser Betracht.²³ Doch können Geschädigte und Opfer die Verletzung von Parteirechten rügen, deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft («Star-Praxis»²⁴). Zu diesen Verfahrensrechten zählte das Bundesgericht im «St. Galler Polizeifall» erstmals auch den aus Art. 3 und 13 EMRK sowie Art. 10 Abs. 3 BV abgeleiteten Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche

19 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.2.1 i.f.

20 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.2.2.1.; Urteil (25803/94) Selmouni v. France vom 28.7.1999, Ziff. 87; Urteil (21987/93) Aksoy v. Turkey vom 26.11.1996 Ziff. 61 mit Hinweis auf das Urteil i.S. Tomasi v. Frankreich vom 27.8.1992; vgl. zum Ganzen auch THOMMEN, Art. 3 StPO; in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2010.

21 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.2.2.2.

22 Art. 1 Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons St. Gallen vom 7.12.1959 (SGS 161.1).

23 Ständige Rechtspr.: BGE 128 IV 188 E. 2; 125 IV 161 E. 3; BGer, 31.3.2005, 1P.737/2004, E. 2; BGer, 27.10.2004, 1P.432/2004, E. 1.

24 BGE 114 Ia 307 E. 3c; 133 I 185 E. 6.2; BGer, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 2.

Untersuchung. Wenn jemand in vertretbarer Weise («de manière défendable») vorbringt, von der Polizei erniedrigend behandelt worden zu sein, vermittelt ihm dies insofern auch ein Recht auf eine wirksame Beschwerde an das Bundesgericht.²⁵ Das «Plaine de l'Orbe»-Urteil geht nun noch einen Schritt weiter. Die Folter- und Misshandlungsverbotsbestimmungen haben gemäss Bundesgericht nicht nur die im St. Galler Entscheid anerkannte *prozedurale* Tragweite, sondern umfassen ein Recht auf *Anwendung* der zur Bekämpfung von Folter und Misshandlung aufgestellten Strafvorschriften. Um die Anwendung dieser Strafbestimmungen durchsetzen zu können, räumt das Bundesgericht den Opfern staatlicher Gewalt – entgegen der bisherigen Eintretenspraxis – ein Recht ein, sich gegen Einstellungen, Nichtanhandnahmen und Freisprüche auch in der Sache («sur le fond») zur Wehr zu setzen. Aufgrund der restriktiven Legitimationspraxis fanden die Opfer staatlicher Gewalt mit ihren Beschwerden in der Sache bisher kein Gehör vor Bundesgericht. Das «Plaine de l'Orbe»-Urteil ist insoweit ein Meilenstein.

Auch ohne den Entscheidungsprozess im Detail zu kennen, darf angenommen werden, dass diese Lockerung der Zulassungspraxis zu einem guten Teil auch dank Jonny Wiprächtigers unermüdlichem Einstehen für Opfer- und Geschädigtenbelange zustande gekommen ist. *Toujours agité.*

VI. Ausnahmslose Zulassung von Opfern staatlicher Gewalt

Die Rechtsprechung zur Legitimation von Opfern und Geschädigten ist jüngst in Bewegung gekommen. Doch auch nach der «Plaine de l'Orbe»-Entscheidung gibt es nach wie vor Bereiche, in denen die von staatlicher Delinquenz betroffenen Privaten von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen sind. Dies trifft einmal zu auf die «einfachen» Geschädigten.²⁶ Aber auch auf Opfer,²⁷ die aufgrund von *Fahrlässigkeitstaten* von Beamten in ihrer körperlichen oder psychischen Integrität geschädigt wurden. Die Erweiterung der Legitimation nach «Plaine de l'Orbe»-Rechtsprechung gilt grundsätzlich nur für Vorsatztaten.²⁸ Diese verbleibenden Einschränkungen geben Anlass, die Praxis zur Legitimation grundsätzlich zu überdenken. Die Stunde dazu ist günstig.

Auf den 1. Januar 2011 wurden die Zulassungsbestimmungen erweitert. Damit ist ein zähes Ringen des Gesetzgebers zu einem aus Sicht der Opfer und

25 BGE 131 I 455 E. 1.2.

26 Art. 115 StPO/CH.

27 Im Sinne von Art. 116 StPO/CH.

28 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.2.2: « Pour tomber sous le coup de la convention de New York et des art. 7 Pacte ONU II, 3 CEDH et 10 al. 3 Cst., un mauvais traitement doit en principe être intentionnel et atteindre un minimum de gravité. »

Geschädigten positiven Ende gekommen.²⁹ Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 enthielt eine im Vergleich zum bisherigen Recht wesentlich grosszügigere Legitimationsbestimmung. Zur Beschwerde in Strafsachen sollte auch die Privatklägerschaft berechtigt sein, «soweit sie nach der Strafprozessordnung zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist».³⁰ Im neuen Strafprozess wurde der Privatkläger als Partei mit dem Beschuldigten auf Augenhöhe gestellt.³¹ Sie sind gleichberechtigte Parteien. Mit der erweiterten Legitimationsbestimmung sollte diese Gleichberechtigung auch für das bundesgerichtliche Verfahren umgesetzt werden.

Auf Betreiben des Bundesgerichts³² wurde diese Neuregelung bereits vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung wieder geändert. Nach dem Entwurf zum Strafbehördenorganisationsgesetz sollten nicht mehr alle Privatkläger, sondern nur noch das Opfer zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sein, «wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann».³³ Diese Entwurfsversion entsprach dem Wortlaut von Art. 81 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005.³⁴ Sie sollte dem Bundesgericht ermöglichen, seine Praxis zum Beschwerdeausschluss einfacher Geschädigten fortzusetzen.³⁵ Während der Ständerat dem bundesrätlichen Entwurf noch folgte, setzte der Nationalrat erfolgreich eine Erweiterung der Legitimation des Opfers auf die Privatklägerschaft durch. Ab 1. Januar 2011 ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde in Strafsachen zugelassen, sofern sich «der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»³⁶. Damit wurde eine «Mittellösung»³⁷ zwischen der umfassenden durch die StPO angestrebten Beschwerdelegitimation und der Weiterführung der bisherigen Ausschlusspraxis gewählt.³⁸ Zusammenfassend hat

29 Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. auch JEANNERET, La partie plaignante et l'action civile, ZSTrR 3/2010, S. 316 f.

30 Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in der Version der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5.10.2007, AS 2010 1881, 2022; s. bereits Entwurf zur schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2006 1389 ff., 1532.

31 Art. 104 StPO/CH.

32 Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, S. 15 (bger.ch/gb2009_bger_d.pdf); Votum Ständerat Claude Janiak, Sitzung vom 9.6.2009, AB SR 2009, S. 598.

33 BBl 2008 8189, 8210 f.

34 AS 2006 1205, 1227.

35 Vgl. Votum Ständerat Claude Janiak, Sitzung vom 9.6.2009, AB SR 2009, S. 598.

36 Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in der Version des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010 (StBOG), AS 2010 3267, 3294.

37 NR Vischer, Sitzung des Nationalrats vom 3. März 2010, AB NR 2010 S. 124; ähnlich BR Widmer-Schlumpf, Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB SR 2010, S. 160.

38 Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB SR 2009, S. 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweitrat: Sitzung vom 10.12.2009, AB NR 2009, S. 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB SR 2010 S. 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des

sich der Gesetzgeber dem Wunsch des Bundesgerichts widersetzt, an der bisherigen Legitimationspraxis festzuhalten. Es entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers, dass Privatkläger in weiterem Masse als bisher zur Beschwerde zugelassen werden. Dies gilt sowohl für das Opfer als auch für die «einfachen» Geschädigten, soweit sie sich als Privatkläger konstituiert haben.³⁹ Es gibt verschiedene Möglichkeiten diesem gesetzgeberischen Wunsch nach Erweiterung der Privatklägerlegitimation Rechnung zu tragen.⁴⁰ Eine davon wäre, die Praxis zum Beschwerdeausschluss von Opfern staatlich zu verantwortender Straftaten fallen zu lassen. Abschliessend werden Gründe für die Aufgabe dieser Rechtsprechung aufgezeigt.

Die Praxis kann für sich in Anspruch nehmen, den Wortlaut des Gesetzes rigoros umzusetzen. Entscheide über Straftaten von Beamten ziehen nur öffentlich-rechtliche Entschädigungsforderungen nach sich. Sie können sich damit im Wortsinne nicht auf die «Zivilforderungen» des Opfers auswirken. Das Bundesgericht begründet den Beschwerdeausschluss dieser Opfer aber auch mit der *ratio legis* der opferhilferechtlichen Bestimmungen (BGE 128 IV 188). Dem Opfer soll die effiziente Durchsetzung einer Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche ermöglicht und ihm eine kostenrisikobehaftete und wegen Täterinsolvenz oft erfolglose Verweisung auf den Zivilweg erspart werden. Diese Gefahr bestehe nicht, wenn der Staat das Opfer anstelle des schädigenden Beamten entschädige.⁴¹ Der Staat sei immer solvent, so die Grundüberlegung. Hoffen wir, dass wenigstens das Letzte zutrifft.

Die Argumentation in BGE 128 IV 188 geht an der Sache vorbei. Es ist keineswegs so, dass der Staatshaftungsprozess ohne Kostenrisiko für das Opfer ist. Auch hier kann das Opfer unterliegen und kostenpflichtig werden. Einzig im Fall des Obsiegens riskiert das Opfer nicht auf seinen Aufwendungen sitzen zu bleiben. Nicht nachvollziehbar ist, was dieser Kostenpunkt mit der Legitimation des Opfers vor Bundesgericht zu tun haben soll. Ob dem Opfer die Verweisung in einen zweiten Prozess erspart werden soll, ist eine völlig andere Frage, als die nach den Auswirkungen der strafrechtlichen Entscheidung auf die Entschädigungsforderungen. Nur Letzteres ist für die Legitimation relevant.⁴²

Nationalrats vom 3.3.2010, AB NR 2010, S. 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB SR 2010, S. 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

39 Zur Konstituierung der Privatklägerschaft vgl. Art. 118 ff. StPO/CH; zur Parteistellung: Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO/CH.

40 Im Detail: THOMMEN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2011 (im Druck), Art. 81 (Kommentierung zur Opfer- und Geschädigtenlegitimation).

41 BGE 128 IV 188 E. 2.3 (Von Polizeibeamten verursachter Erstickungstod bei Ausschaffung).

42 Vgl. schon Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP und heute Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.

Betrachten wir die beiden Punkte gesondert: Die Verweisung in einen zweiten Prozess widerspricht in jedem Fall den Interessen des Opfers. Unabhängig davon, ob die Entschädigungsforderungen sich in diesem Prozess gegen Private oder gegen den Staat richten. Der Vorteil einer adhäsionsweisen Behandlung von Haftungsansprüchen im Strafverfahren besteht für das Opfer gerade darin, keinen zweiten Prozess führen zu müssen. Mit dem Opferhilfegesetz wollte man es dem Opfer salopp gesagt erleichtern, zu seinem Recht zu kommen. Darin liegt die *ratio legis*. Selbst wenn man also – um bei der Argumentation des Bundesgerichts zu bleiben – im Staatshaftungsprozess kein Kostenrisiko liefe, änderte dies nichts daran, dass man einen zweiten Prozess führen muss. Dies ist bereits für sich betrachtet eine opferfeindliche und unnötige Verfahrensschwerung. *De lege ferenda* wäre zu überlegen, ob nicht auch Staatshaftungsansprüche adhäsionsweise im Strafprozess sollen behandelt werden können. Art. 122 Abs. 1 StPO/CH, der nur die Behandlung zivilrechtlicher Adhäsionsansprüche zulässt, ist wenig opferfreundlich.

Abgesehen davon, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Opferhilfe in diesem Punkt fehlinterpretiert, zielt sie am Problem vorbei. Es geht bei der Legitimation des Opfers zur Beschwerde in Strafsachen nicht um die Frage der Verweisung auf den Zivilweg. Es geht ausschliesslich um Auswirkungen der strafrechtlichen Entscheidung auf die Zivilforderungen der Privatklägerschaft (*«wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»*).⁴³ Damit sind wir beim zweiten Punkt: Die strafrechtliche Entscheidung muss sich nicht tatsächlich, sondern nur möglicherweise auf die Haftungsforderungen auswirken. Solche Auswirkungen drohen aber unabhängig davon, ob das Opfer nach zivil- oder öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften entschädigt wird. Deshalb ist es aus opferhilferechtlicher Sicht verfehlt, den Ausdruck «Zivilansprüche» wörtlich zu nehmen. Das Opfer muss sich gegen den Strafpunkt zur Wehr setzen können, weil sich dieser ganz allgemein auf seine Entschädigungs- und Genugtuungsforderungen auswirken kann.⁴⁴

Das Bundesgericht anerkennt die Auswirkungsmöglichkeit in ständiger Rechtsprechung. Entgegen dem Wortlaut von Art. 53 OR, wonach der Zivilrichter an das strafgerichtliche Erkenntnis nicht gebunden ist, nimmt das Bundesgericht eine faktische Bindung des Zivilrichters an.⁴⁵ Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb nur der Zivilrichter und nicht auch der Staatshaftungsrichter sich durch das Erkenntnis des Strafrichters faktisch gebunden fühlen sollte.

43 Vgl. schon Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP und Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.

44 YOUSSEF, (Fn. 6), *forumpoenale* 2010/5, S. 317, weist ferner auf die rechtsungleiche Behandlung von Opfern privater und staatlicher Gewalt hin.

45 BGE 120 Ia 101 E. 2e; 120 IV 44 E. 6.; 119 IV 339 E. 1d/cc; vgl. auch BGE 136 IV 29 E. 1.7.2 bezügl. Bindung an strafrichterliche Sachverhaltsfeststellungen. Im Detail: BOMMER, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, Bern 2006, S. 150 ff.

Genau davon muss das Bundesgericht ausgehen, wenn es nur das in seinen Zivilforderungen betroffene Opfer zur Beschwerde zulässt. Dass dies verfehlt ist, lässt sich am Zürcher Fall beim «Grünen Glas» besonders deutlich aufzeigen⁴⁶: Die strafgerichtliche Einstellung des Strafverfahrens wegen eventualvorsätzlicher Tatbegehung hat Auswirkungen auf die Fallbetrachtung desjenigen Richters, welcher über die Entschädigung des Opfers zu bestimmen hat. Dabei ist irrelevant, ob dieser zweite Richter als Zivilrichter das Obligationenrecht oder als Staatshaftungsrichter öffentlich-rechtliches Entschädigungsrecht anwendet. Entscheidend ist, dass sich dieser Haftungsrichter sagen könnte: *«Wenn das Strafgericht nur Fahrlässigkeit angenommen hat, wird es dies mit gutem Grund getan haben»*. Wegen dieser möglichen Korrumpierung des späteren Haftungsrichters, muss sich das Opfer gegen das strafrechtliche Urteil des ersten Richters wehren können.⁴⁷ Diese Beeinflussungsgefahr besteht unabhängig von der Frage, ob öffentlich- oder zivilrechtliche Haftungsvorschriften zur Anwendung kommen.

VII. Kämpfen bis zum Schluss

Zusammenfassend stellt die am Gesetzesbuchstaben klebende Interpretation des Wortes «Zivilansprüche» den Opferschutz auf den Kopf. Ausgerechnet die Opfer von staatlicher Gewalt können nichts dagegen tun, wenn Strafverfolgungsbehörden oder Strafgerichte «ihre» Polizei von strafrechtlicher Verfolgung verschonen wollen. Dies lässt die Opfer in genau der Ohnmacht zurück, die man ihnen mit der Opferhilfegesetzgebung ersparen wollte. Bei opfergerechter und verfassungskonformer (Art. 124 BV) Auslegung könnte das Wort «Zivilansprüche» in Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in einem weiteren Sinne als «Haftungsansprüche» interpretiert werden.

Zumindest in krassen Fällen ist die Beschwerdezulassung nach der jüngsten «Plaine de l'Orbe»- Rechtsprechung abgesichert.⁴⁸ So wäre im Zürcher Fall heute geltend zu machen, dass das Vorgehen der Polizei bei der Anhaltung des vermeintlich Fliehenden selbst dann als unmenschlich einzustufen wäre, wenn es sich gegen den wirklichen Einbrecher gerichtet hätte. Zumal die Zulässigkeit einer gewaltsamen Festnahme aus der ex ante Sicht des in der Einsatzsituation handelnden Polizisten zu beurteilen ist.

Die Opfer staatlicher Gewalt hatten vor Bundesgericht lange Zeit einen schweren Stand. Die Praxis, solche Opfer mangels Zivilansprüchen kategorisch von der Beschwerde auszuschliessen, ist ins Wanken geraten. Sie ist aufzuge-

46 BGer, 19.10.2005, 6P.64/2005; 6S.194/2005.

47 Gleich NAY, Recht haben und Recht bekommen vor Bundesgericht, in: Niggli/Pozo/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, S. 464.

48 BGer, 16.2.2010, 6B_274/2009, vgl. oben.

ben. Oben habe ich ausgeführt, dass die Stunde hierzu günstig sei, weil der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten der StPO/CH eine Erweiterung der Opferlegitimation verordnet hat. Die Stunde ist aber noch aus einem zweiten Grund günstig: 2011 ist Jonny Wiprächtigers letztes Amtsjahr. Wann, wenn nicht jetzt – ist man versucht zu fragen – soll die restriktive Opferzulassung aufgegeben werden? Jonny Wiprächtiger wird hierfür getreu seinem Lebensmotto «toujours agité – jamais abattu» bis zum Ende seiner Amtszeit kämpfen. Diese dauert nach seinem eigenem Bekunden noch bis zum «31. Dezember 2011, 23.59 h».

Die Auslieferungshaft: Ein abwegiger «Regelfall»

VON GERHARD FIOJKA

I. Einleitung

Wer an die Strukturen und Schutzmechanismen des nationalen Strafprozessrechts gewöhnt ist, kann im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen allerhand neue Entdeckungen machen oder unangenehme Überraschungen erleben. Eine besonders unangenehme Überraschung für den Bürger stellt die Auslieferungshaft dar, denn nach der bundesgerichtlichen Praxis ist die Entlassung aus der Auslieferungshaft an weit strengere Anforderungen geknüpft als die Entlassung aus der Untersuchungshaft. Nachstehend soll untersucht werden, wie weit diese Sonderstellung der Auslieferungshaft überhaupt zu rechtfertigen ist und inwiefern die gegenwärtige Rechtslage Spielraum für eine sinnvollere Praxis lässt.¹

Im Zentrum steht dabei die Frage, ob der Verfolgte während der Dauer des Auslieferungsverfahrens in der Schweiz in Haft bleibt, oder ob er den Ausgang dieses Verfahrens in Freiheit abwarten kann. Die Frage, ob die Auslieferung im Ergebnis gewährt wird oder nicht, ist davon im Prinzip unabhängig und wird nur am Rande berührt (vgl. allerdings unten VII.B.).

II. Die Auslieferungshaft

Als Auslieferungshaft bezeichnet man die Haft, die nach Massgabe von Art. 47 ff. IRSG im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens mit Blick auf die Auslieferung des Verfolgten angeordnet wird. Die Haft dient im Ergebnis also der Sicherstellung der Übergabe einer Person, die sich im ersuchten Staat – also der Schweiz – aufhält, durch die schweizerischen Behörden an die Behörden eines ersuchenden Staates zum Zwecke der Strafverfolgung oder des Strafvollzugs. Im Sinne einer vorläufigen Massnahme kann eine Person zunächst gemäss Art. 44 IRSG gestützt auf eine internationale Ausschreibung in einem Fahndungssystem (z.B. dem Schengener Informationssystem SIS) festgenommen werden. Mit dieser vorläufigen Massnahme kann die Zeit bis zum Erlass eines Auslieferungshaftbefehls – gemäss Art. 46 Abs. 2 IRSG längstens bis zum dritten Werktag nach

1 Der Schutz der Freiheit war dem Jubilar stets ein zentrales Anliegen. Bei der gegenwärtigen Praxis der Auslieferungshaft wird die Freiheit in mehrfacher Hinsicht übermässig eingeschränkt: Die Freiheit des Bürgers wird durch die zu hohen Hürden für die Entlassung aus der Auslieferungshaft beeinträchtigt, den Behörden und Gerichten verbleibt kein hinreichender Handlungsspielraum zur Gewährleistung der Freiheit des Individuums.

der Festnahme – überbrückt werden. Der Erlass des eigentlichen Auslieferungshaftbefehls erfolgt nach Massgabe von Art. 47 IRSG:

«¹ Das Bundesamt erlässt einen Auslieferungshaftbefehl. Es kann davon absehen, namentlich wenn der Verfolgte:

a. voraussichtlich sich der Auslieferung nicht entzieht und die Strafuntersuchung nicht gefährdet oder

b. ohne Verzug nachweisen kann, dass er zur Zeit der Tat nicht am Tatort war.

² Ist der Verfolgte nicht hafterstehungsfähig oder rechtfertigen es andere Gründe, so kann das Bundesamt anstelle der Haft andere Massnahmen zu seiner Sicherung anordnen.»

Für die Aufhebung der Auslieferungshaft bestehen Automatismen nach Art. 50 IRSG: Das Bundesamt hebt die Haft 18 Tage nach der Festnahme auf, wenn das Auslieferungersuchen mit zugehörigen Unterlagen nicht bis zu diesem Zeitpunkt bei ihm eingetroffen ist. Diese Frist kann aus besonderen Gründen auf 40 Tage verlängert werden. Gehen Ersuchen und Unterlagen rechtzeitig ein und ist die Auslieferung nicht offensichtlich unzulässig, so bleibt die Haft nach Art. 51 Abs. 1 IRSG ohne besondere Verfügung während des ganzen Verfahrens aufrechterhalten – und das kann dauern. Abseits dieser Automatismen bestimmt Art. 50 Abs. 3 IRSG:

«Die Auslieferungshaft kann in jedem Stande des Verfahrens ausnahmsweise aufgehoben werden, wenn dies nach den Umständen angezeigt erscheint. Der Verfolgte kann jederzeit ein Haftentlassungsgesuch einreichen.»

Die Regelungen von Art. 47 Abs. 1 IRSG (wonach das Bundesamt für Justiz vom Erlass eines Auslieferungshaftbefehls in bestimmten Fällen absehen könne) und Art. 50 Abs. 3 IRSG (wonach die Auslieferungshaft «ausnahmsweise» aufgehoben werden könne) deuten darauf hin, dass der schweizerische Gesetzgeber davon auszugehen scheint, dass der Verfolgte während des Auslieferungsverfahrens grundsätzlich in Haft bleiben soll.

III. Die Auslieferungshaft als «Regelfall»

A. Zur Aufhebung der Auslieferungshaft im Allgemeinen

Das Bundesgericht und ihm folgend das Bundesstrafgericht haben, gestützt auf Art. 47 IRSG, eine hinsichtlich der Aufhebung der Auslieferungshaft sehr restriktive Rechtsprechung entwickelt:

«Die Verhaftung des Beschuldigten während des ganzen Auslieferungsverfahrens bildet die Regel (...). Diese Regelung soll es der Schweiz ermöglichen, ihren staatsvertraglichen Auslieferungspflichten nachzukommen. Eine Aufhebung des Auslieferungshaftbefehls sowie eine Haftentlassung rechtfertigen sich nur ausnahmsweise, wenn der Beschuldigte sich voraussichtlich der Auslieferung nicht entzieht und die Strafuntersuchung nicht gefährdet (Art. 47 Abs. 1 lit. a IRSG), wenn er den so genannten Alibibeweis erbringt, indem er ohne Verzug nachweist, dass er zur Zeit der Tat nicht am Tatort war (Art. 47 Abs. 1 lit. b IRSG), wenn er nicht hafterstehungsfähig ist oder

andere Gründe vorliegen, die eine weniger einschneidende Massnahme rechtfertigen (Art. 47 Abs. 2 IRSG; Urteil des Bundesgerichts 1A.170/1997 vom 10. Juni 1997, E. 3a, veröffentlicht in Pra 2000 Nr. 94 S. 569), oder wenn sich die Auslieferung als offensichtlich unzulässig erweist (Art. 51 Abs. 1 IRSG i.V.m. Art. 2–5 IRSG). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend (...). Offensichtlich unzulässig kann ein Auslieferungersuchen sein, wenn ohne jeden Zweifel und ohne weitere Abklärungen ein Ausschlussgrund vorliegt (...). Die ausnahmsweise zu gewährende Haftentlassung ist deshalb an strengere Voraussetzungen gebunden als der Verzicht auf die gewöhnliche Untersuchungshaft in einem Strafverfahren oder die Entlassung aus einer solchen (...).»²

«Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hinsichtlich der Verneinung von Fluchtgefahr beispielsweise aus familiären Gründen überaus restriktiv und misst der Erfüllung der staatsvertraglichen Auslieferungspflichten im Vergleich zu den Interessen des Verfolgten ausserordentlich grosses Gewicht bei (vgl. BGE 130 II 306 E. 2 S. 310 ff. m.w.H.; TPF 2008 61 E. 7; Entscheide des Bundesstrafgerichts BH.2005.45 vom 20. Dezember 2005, E. 2.2.2; BH.2005.8 vom 7. April 2005, E. 2.3; RR.2007.72 vom 29. Mai 2007, E. 4.2 und 4.3; RR.2007.174 vom 27. November 2007, E. 5.2; RR. 2008.214 vom 16. September 2008, E. 3.2). Bei drohenden, hohen Freiheitsstrafen ist eine Fluchtgefahr gemäss der Rechtsprechung in der Regel trotz Niederlassungsbewilligung und familiären Bindungen in der Schweiz gegeben. So wurde beispielsweise die Möglichkeit einer Verurteilung zu einer langen Freiheitsstrafe als ausreichend zur Verweigerung der Haftentlassung betrachtet, obwohl der Verfolgte in diesem Fall über eine Niederlassungsbewilligung verfügte, seit 18 Jahren in der Schweiz wohnte, mit einer Schweizer Bürgerin verheiratet und Vater zweier Kinder im Alter von 3 und 8 Jahren war, die beide die schweizerische Nationalität besaßen und im Kanton Tessin eingeschult waren (Urteil des Bundesgerichts 8G.45/2001 vom 15. August 2001, E. 3a). Vor dem Hintergrund dieser strengen Rechtsprechung bejahte die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts die Fluchtgefahr bei einem Verfolgten, dessen Ehefrau, zwei Kinder im Alter von 7½ und 2½ Jahren sowie weitere Verwandte in der Schweiz lebten (Entscheid des Bundesstrafgerichts BH.2005.45 vom 20. Dezember 2005, E. 2.2.2), bei einem Verfolgten, der sich seit 10 Jahren ununterbrochen in der Schweiz aufhielt und hier eine Familie mit vier Kindern im Alter von 1½, 3, 8 und 18 Jahren hatte (Entscheid des Bundesstrafgerichts BH.2005.8 vom 7. April 2005, E. 2.3) und bei einem Verfolgten, der seit seinem 17. Lebensjahr seit 10 Jahren ununterbrochen in der Schweiz lebte und seine Freundin wie auch den Freundeskreis hier hatte (Entscheid des Bundesstrafgerichts BH.2006.4 vom 21. März 2006, E. 2.2.1). Wenn überhaupt, wurde die Haftentlassung eher bei Verfolgten höheren Alters gewährt, d.h. von 65 Jahren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G.66/2000 vom 5. Dezember 2000, E. 9c, was ihn freilich nicht an einer späteren Flucht hinderte) und 68 Jahren (Urteil des Bundesgerichts G.55/1993 vom 22. Oktober 1993; vgl. auch Entscheid des Bundesstrafgerichts BH.2005.8 vom 7. April 2005, E. 2.3). Auch die finanziellen Schwierigkeiten, in denen ein Verfolgter seine Frau und Kinder bei einer Flucht zurückzulassen hätte, erlauben gemäss der Rechtsprechung nicht ohne Weiteres die Annahme, die Flucht sei derart unwahrscheinlich, dass sie mittels Ersatzmassnahmen gebannt werden könne (BGE 130 II 306 E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 8G.45/2001 vom 15. August 2001, E. 3a; TPF 2008 61 E. 7.2; Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2007.174 vom 27. November 2007, E. 5.2.1).»³

2 BStGer, 19.10.2009, RR.2009.308, E. 4; vgl. auch BGE 117 IV 359, 362; 130 II 306, 309 f.; 136 IV 20, 23.

3 BStGer, 19.10.2009, RR.2009.308, E. 7.2.

Nach dieser Rechtsprechung wird kaum je aufgrund persönlicher Eigenschaften des Verfolgten von der Auslieferungshaft abgesehen. Auch starke familiäre und wirtschaftliche Bindungen an die Schweiz oder fortgeschrittenes Alter reichen in der Regel für eine Aufhebung der Haft nicht aus. Nur starke Gesundheitsbeeinträchtigungen können das Fluchtrisiko allenfalls senken.

B. Möglichkeit der Aufhebung der Auslieferungshaft bei Kautio

Im Fall des Regisseurs Roman Polanski, der von den USA seit über 30 Jahren wegen eines Sexualdelikts verfolgt worden war, erkannte das Bundesstrafgericht im zweiten Anlauf, dass die Hinterlegung einer Kautio flankiert durch die elektronische Überwachung (im Ferienhaus des Verfolgten in Gstaad) das – nach Ansicht des Bundesstrafgerichts an sich beträchtliche⁴ – Fluchtrisiko zu bannen vermöchte.⁵ Die Kautio betrug im konkreten Fall 4.5 Millionen Franken, was einen substantiellen Anteil des Vermögens des Verfolgten ausmachte. Zudem war sie durch eine Hypothek auf die Familienwohnung des Verfolgten abgesichert, so dass der Verlust der Kautio aufgrund einer Flucht das hohe Risiko nach sich gezogen hätte, dass der Familie das Zuhause entzogen worden wäre.⁶

Obwohl der publizierten Fassung des Entscheids nicht entnommen werden kann, welchen Anteil am Vermögen des Verfolgten die 4.5 Millionen Franken darstellten, ist ihm doch zu entnehmen, dass auch bei Normalverbrauchern in einer vergleichbaren Situation eine Kautio allenfalls flankiert durch elektronische Überwachung zum Absehen von Auslieferungshaft führen muss, selbst wenn absolut betrachtet weniger imposante Kautionssummen hinterlegt werden müssen.

Diese Rechtsprechung ändert jedoch nichts daran, dass die Auslieferungshaft als Regelfall bestehen bleibt und nur darauf verzichtet wird, wenn die Behörden zur Überzeugung gelangen, der Verfolgte werde sich der Strafverfolgung nicht entziehen. Deutlich wird immerhin, dass es Mittel und Wege gibt, die Fluchtneigung eines Verfolgten durch die Verknüpfung der Flucht mit dem Verlust wirtschaftlicher Güter künstlich zu verringern.

Die praktische Reichweite dieser an sich begrüssenswerten Rechtsprechung bleibt indes begrenzt: Zunächst kommt die Stellung einer Kautio nur für Verfolgte in Betracht, die überhaupt wirtschaftliche Ressourcen in der Schweiz zu verlieren haben bzw. erschliessen können. Die Möglichkeit, eine Kautio zu stellen, steht mithin nur dem offen, der über Vermögenswerte verfügt, aus denen

4 BStGer, 19.10.2009, RR.2009.308, E. 7.3.

5 BStGer, 24.11.2009, RR.2009.329. Kritisch zur Begründung HEIMGARTNER, Der Fall Polanski – Internationalstrafrechtliche Aspekte, in: Riedo/Fiolka/Gfeller (Hrsg.), Liber Amicorum für Marcel Alexander Niggli, Basel 2010, S. 137 ff., 144.

6 BStGer, 24.11.2009, RR.2009.329, E. 6.6.6.

sich hinreichende liquide Mittel zur Stellung einer Kaution aufbringen lassen. Praktisch heisst dies, dass Personen mit geringen finanziellen Ressourcen, aber auch Personen, deren Vermögenswerte im Zusammenhang mit den Strafverfahren mit Beschlag belegt sind (etwa mit Blick auf eine Herausgabe nach Art. 74a IRSG), stark benachteiligt sind. Selbst wenn die Leistung einer Kaution nicht nur besonders Wohlhabenden, sondern auch dem Normalbürger zugestanden werden muss, können sich Konstellationen ergeben, wo die unter Aufbietung aller wirtschaftlichen Ressourcen des Verfolgten aufzubringende Kaution im Betrag nicht hoch genug erschiene, um die Fluchtneigung (z.B. angesichts eines gravierenden Deliktswurfs) hinreichend zu verringern.

Wie effektiv die elektronische Überwachung zur Abwendung einer Flucht ist, hängt stark vom verwendeten System ab. Während die in den Versuchsbetrieben verwendeten Systeme eine Flucht nur nachträglich feststellen und anzeigen können,⁷ erlaubt eine GPS-gestützte Überwachung die durchgehende Lokalisierung des Senders, den die überwachte Person trägt. Polanski war in der glücklichen Lage, zufällig in einem Versuchskanton (Bern) über ein Ferienhaus zu verfügen. Das Problem, dass die elektronische Überwachung bislang nicht in allen Kantonen zur Verfügung steht,⁸ würde gemäss der Vernehmlassungsvorlage über die Änderung des Sanktionensystems durch die Verankerung des «Electronic Monitoring» als Vollzugsform für Freiheitsstrafen nach Art. 79b E-StGB entschärft. Eine elektronische Überwachung setzt voraus, dass die zu überwachende Person «über eine dauerhafte Unterkunft verfügt» (Art. 79b Abs. 2 lit. a E-StGB). Bei Ausländern, die sich nur vorübergehend in der Schweiz aufhalten, dürfte dies vielfach nicht der Fall sein.

Aus alledem ergibt sich: Die Möglichkeit, die Fluchtneigung durch Kaution und elektronische Überwachung künstlich zu senken, erlaubt es, bestimmten Gruppen von Verfolgten die Auslieferungshaft zu ersparen. Eine verstärkte Berücksichtigung dieser Optionen geht im Ergebnis in die richtige Richtung, ist jedoch nicht viel mehr als ein Pflaster, das einige besonders «prominente» Wunden abdeckt, die der persönlichen Freiheit des Individuums durch die übertriebene Ausnahmestellung der Auslieferungshaft als «Regelfall» zugefügt werden.

IV. Das Auslieferungsrecht als verkehrte Welt

Dass die Auslieferungshaft als «Regelfall» und der Verzicht darauf als Ausnahme betrachtet wird, ist bemerkenswert. Nach Art. 10 BV und Art. 5 EMRK gilt nämlich die persönliche Freiheit als grundrechtlich geschützter Regelfall,

7 Vgl. BGE 136 IV 20, 26 f.; BStGer, 11.11.2009, RR.2009.321, E. 3.2 f. Vgl. BAECHTOLD, Strafvollzug, 2. Aufl., Bern 2009, S. 134 ff.

8 Derzeit besteht gestützt auf Art. 387 Abs. 4 lit. a StGB in den Kantonen Bern, Basel-Stadt, Basel-Land, Tessin, Waadt, Genf und Solothurn ein entsprechender Versuchsbetrieb, vgl. BGE 136 IV 20, 25.

Einschränkungen von Grundrechten sind nach Art. 36 BV und Art. 5 EMRK nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Aus grundrechtlicher Perspektive ergibt sich also: Der Entzug der Freiheit ist immer eine begründungsbedürftige Ausnahme. Dies wird durch die Annahme eines «Regelfalls» Auslieferungshaft in sein Gegenteil verkehrt.

Im Strafprozessrecht gilt die Untersuchungshaft ebenfalls als begründungspflichtiger Sonderfall. Art. 212 Abs. 1 StPO hält als Grundsatz fest: «Die beschuldigte Person bleibt in Freiheit. Sie darf nur im Rahmen der Bestimmungen dieses Gesetzes freiheitsentziehenden Zwangsmassnahmen unterworfen werden.» Entsprechend sind die Voraussetzungen ausgestaltet, an die Art. 221 StPO die Untersuchungs- und Sicherheitshaft knüpft:

«¹ Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie:

- a. sich durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entzieht;
- b. Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen; oder
- c. durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat.

² Haft ist auch zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen.»

Die Gegenüberstellung der Voraussetzungen für die Anordnung der Auslieferungshaft einerseits und für die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft andererseits macht folgendes deutlich:

Untersuchungs- und Sicherheitshaft dürfen im innerstaatlichen Strafverfahren nur *verhängt* werden, wenn bestimmte positive Voraussetzungen kumulativ vorliegen, nämlich ein dringender Tatverdacht und ein Haftgrund (Fluchtgefahr, Kollusionsgefahr, Wiederholungs- bzw. Ausführungsgefahr).

Die Auslieferungshaft wird verfügt, sobald ein Auslieferungsersuchen nur schon angekündigt ist bzw. ein Eintrag in einem Fahndungssystem auf ein kommandes Auslieferungsersuchen schliessen lässt. Auf die Auslieferungshaft kann nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn der Verfolgte sich voraussichtlich der Strafverfolgung nicht entziehen wird. Im Ergebnis müssen also bestimmte Voraussetzungen positiv nachgewiesen werden, damit auf die Auslieferungshaft *verzichtet* werden kann.

Auch in prozeduraler Hinsicht zeigen sich beträchtliche Unterschiede: Die Auslieferungshaft wird nach Art. 47 IRSG durch das Bundesamt für Justiz angeordnet. Sowohl für die Anordnung als auch für die allfällige Verlängerung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind demgegenüber nach Art. 225 ff. StPO Zwangsmassnahmengerichte zuständig.

Im Ergebnis steht der «Regelfall» Auslieferungshaft also sowohl der grundrechtlich vorgegebenen Ausnahmestellung des Freiheitsentzugs als auch dem begründungspflichtigen Sonderfall der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft

diametral entgegen. Das Auslieferungsrecht ist insofern tatsächlich eine verkehrte Welt: Nach der Praxis von Bundes- und Bundesstrafgericht ist die Auslieferungshaft in Fällen zu verhängen, in denen die Untersuchungshaft vielfach nicht zulässig wäre. Nach der schweizerischen Praxis ist die Auslieferungshaft zu Gunsten eines ausländischen Verfahrens viel eher zulässig als Untersuchungs- oder Sicherheitshaft zu Gunsten eines nationalen Strafverfahrens.

Dies birgt auch das Risiko in sich, dass die Auslieferungshaft unter Umständen länger dauern kann als die Untersuchungshaft im ersuchenden Staat (etwa, wenn der ersuchende Staat eine liberale Kautionspraxis kennt, oder wenn das Verfahren bereits so weit fortgeschritten ist, dass in kurzer Zeit mit einem Urteil zu rechnen wäre). Dadurch kann faktisch ein gewisser Druck auf den Verfolgten entstehen, in eine vereinfachte Auslieferung nach Art. 54 IRSG einzuwilligen.

Wenn der Verfolgte die in der Schweiz ausgestandene Auslieferungshaft an eine ausländische Strafe anrechnen lassen kann, so entsteht ihm durch die lange Auslieferungshaft in der Schweiz kein grosser Nachteil, im Gegenteil kann der Vollzug der Auslieferungshaft in der Schweiz gegenüber dem ausländischen Strafvollzug hinsichtlich der Haftbedingungen vorteilhafter sein. Gelingt die Anrechnung nicht, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Bei ungerechtfertigter Haft,⁹ wenn die Auslieferung also im Ergebnis nicht bewilligt werden kann, ist die Schweiz nach Art. 15 IRSG dazu verpflichtet, dem Verfolgten eine Haftentschädigung auszurichten.¹⁰ Der «Regelfall» Auslieferungshaft ist dann nicht nur ein schwer kalkulierbares Risiko für den Verfolgten, sondern auch ein Kostenrisiko für die Schweiz.

Wird der Verfolgte hingegen ausgeliefert, im ersuchenden Staat aber freigesprochen oder zu einer geringeren Strafe als der in der Schweiz ausgestandenen Auslieferungshaft verurteilt, bemessen sich allfällige Haftentschädigungen nach dem Recht des ersuchenden Staats.

V. Zur Begründung des «Regelfalls» Auslieferungshaft

Bundesgericht und Bundesstrafgericht halten fest, dass die Entlassung aus der Auslieferungshaft nach strengen Kriterien geprüft werden müsse, damit die Verpflichtung der Schweiz, den Verfolgten im Falle einer Bewilligung der Auslieferung dem ersuchenden Staat zu übergeben,¹¹ eingehalten werden könne, worin sich die Begründung für diesen aussergewöhnlichen Regelfall auch bereits erschöpft.

Diese Begründung kann indes von vornherein nur dann eine Rolle spielen, wenn die Schweiz sich vertraglich zur Auslieferung verpflichtet hat, also im

9 Vgl. BGE 117 IV 209, 219; TPF 2009 90, 93.

10 Bei kürzerer Haftdauer beträgt die Entschädigung i.d.R. 200 Franken pro Tag, bei längerer Haft ca. 100 Franken pro Tag. Vgl. BStGer, 2.6.2009, RR.2008.231, E. 2.3.5. c.

11 BGE 130 II 306, 309.

vertraglichen Auslieferungsverkehr. Soweit die Schweiz Auslieferungsersuchen allein auf der Grundlage des IRSG ohne vertragliche Grundlage entgegennimmt und prüft, besteht keine solche Verpflichtung.¹² Im ausservertraglichen Auslieferungsverkehr – gestützt auf das IRSG – besteht somit kein Grund, die Auslieferungshaft zum «Regelfall» zu erheben.

Auslieferungsverträge enthalten eine Auslieferungsverpflichtung¹³, die gemäss Art. 26 WKV zu erfüllen ist. Vielfach enthalten sie auch besondere Bestimmungen für die vorläufige Auslieferungshaft.¹⁴ Diese Bestimmungen regeln das zwischenstaatliche Vorgehen für die vorläufige Verhaftung, enthalten jedoch keine ausdrücklichen Vorgaben für die Auslieferungshaft an sich. Im Gegenteil bestimmt etwa Art. 16 Ziff. 1 EAÜ: «In dringenden Fällen können die zuständigen Behörden des ersuchenden Staates um vorläufige Verhaftung des Verfolgten ersuchen; über dieses Ersuchen entscheiden die zuständigen Behörden des ersuchten Staates nach dessen Recht». Das EAÜ verweist mithin für die Anordnung der Auslieferungshaft ausdrücklich auf die Rechtsordnung des ersuchten Staats.

Damit ist – anders als das Bundesgericht anzunehmen scheint – noch nicht vorgegeben, dass der ersuchte Staat den Verfolgten unter allen Umständen in Haft halten muss, um ihn später gegebenenfalls ausliefern zu können. Nach Art. 31 WKV ist ein Vertrag «nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen».¹⁵

Legt man eine vertragliche Auslieferungsverpflichtung bzw. die Pflicht, einen Verfolgten mit Blick auf die Auslieferung verfügbar zu halten, nach Treu und Glauben aus, so ist nicht davon auszugehen, dass die Vertragsstaaten sich und einander verpflichten wollten, verfolgte Personen unter allen Umständen in Haft zu halten, sondern nur nach Massgabe ihrer jeweiligen Rechtsordnung, also nach Massgabe des auf die Verhängung strafprozessualer Haft im ersuchten Staat anwendbaren Rechts. Nach Treu und Glauben kann nämlich kein Vertragspartner verlangen oder darauf vertrauen, dass der ersuchte Staat zur Unterstützung eines Strafverfahrens des ersuchenden Staates in weiterem Umfange strafprozessuale Zwangsmassnahmen anwendet, als dies sein inner-

12 So ausdrücklich Art. 1 Abs. 4 IRSG: «Aus diesem Gesetz kann kein Anspruch auf zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen abgeleitet werden».

13 Vgl. etwa Art. 1 EAÜ: «Die Vertragsparteien verpflichten sich, gemäss den nachstehenden Vorschriften und Bedingungen einander die Personen auszuliefern, die von den Justizbehörden des ersuchenden Staates wegen einer strafbaren Handlung verfolgt oder zur Vollstreckung einer Strafe oder einer sichernden Massnahme gesucht werden».

14 Vgl. Art. 16 EAÜ, Art. 13 AV-US.

15 Vgl. dazu allgemein VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston 2009, Art. 31 N 6 ff.

staatliches Strafprozessrecht zulässt.¹⁶ Aus der Pflicht zur Auslieferung nach Massgabe eines Auslieferungsverfahrens ergibt sich mithin nach Treu und Glauben die Verpflichtung, den Verfolgten für die Auslieferung verfügbar und allenfalls in Haft zu halten, soweit dies tatsächlich möglich und im Rahmen der Rechtsordnung des ersuchten Staates rechtlich zulässig ist.

Zur Illustration: Weitergehende Verpflichtungen bestehen nicht einmal dann, wenn zwischen beteiligten Rechtssubjekten ein besonders enges Treueverhältnis gilt, wie etwa zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten: Die Mitgliedstaaten sind aufgrund der Gemeinschaftstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, ihre Rechtsordnung in den Dienst des Schutzes gemeinschaftlicher Interessen zu stellen, wobei sie darauf achten müssen, «dass Verstösse gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstösse gegen nationales Recht (...). Ausserdem müssen die nationalen Stellen gegenüber Verstössen gegen das Gemeinschaftsrecht mit derselben Sorgfalt vorgehen, die sie bei der Anwendung der entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften walten lassen.»¹⁷ Das Beispiel der Assimilierung im Gemeinschaftsrecht zeigt: Eine völkerrechtliche Treuepflicht (hier die Gemeinschaftstreue, bei Auslieferungsverträgen die Vertragstreue nach Treu und Glauben) kann gebieten, dass ein Staat seine Rechtsordnung in den Dienst der Wahrung von Interessen anderer (im Beispiel Interessen der EU, bei Auslieferungsverträgen das Interesse des ersuchenden Staates an seinem Strafverfahren) stellt, und dass er die Interessen des Vertragspartners mit gleicher Intensität und Sorgfalt wahrt wie vergleichbare eigene Interessen. Aus der Vertragstreue an sich kann sich jedoch keine Verpflichtung ergeben, das Interesse des ersuchenden Staates an der Durchführung eines Strafverfahrens bzw. des Strafvollzugs weitergehend zu schützen als seine eigenen vergleichbaren Interessen.

Der «Regelfall» Auslieferungshaft findet demnach auch im vertraglichen Auslieferungsverkehr keine Stütze in der Verpflichtung der Staaten zur Auslieferung: Nach Treu und Glauben sind die Staaten nicht verpflichtet, zur Sicherstellung einer allfälligen Auslieferung prozessuale Zwangsmassnahmen zu verfügen, die im Hinblick auf ein innerstaatliches Strafverfahren nicht zulässig wären.

16 Zur Berücksichtigung des Rechts der Vertragsparteien nach Treu und Glauben vgl. etwa BGE 96 I 737, 747 ff.

17 EuGH, 21.9.1989, Rs. 68/88 (Kommission c. Griechenland), Slg. 1989 2965, §§ 24 f. Der EuGH verlangt ferner, dass die Sanktionen jedenfalls «wirksam, verhältnismässig und abschreckend» sein müssen. Eine entsprechende Verpflichtung ist indes nur in einem supranationalen Verhältnis denkbar. Vgl. dazu HECKER, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., § 7 N 16 ff.

VI. Ausgewählte ausländische Regelungen

A. Europäischer Haftbefehl

Zwischen den Mitgliedstaaten der EU wurde das Auslieferungsverfahren durch den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13. Juni 2002¹⁸ durch ein stark vereinfachtes Übergabeverfahren gestützt auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen ersetzt. Die Haft im Hinblick auf eine Überstellung richtet sich jedoch nach Art. 12 RbEuHb nach dem Recht des ersuchten Staats:¹⁹

«Im Fall der Festnahme einer Person aufgrund eines Europäischen Haftbefehls entscheidet die vollstreckende Justizbehörde, ob die gesuchte Person nach Massgabe des Rechts des Vollstreckungsmitgliedstaats in Haft zu halten ist. Eine vorläufige Haftentlassung nach Maßgabe der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaats ist jederzeit möglich, sofern die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaates die ihres Erachtens erforderlichen Massnahmen zur Verhinderung einer Flucht der gesuchten Person trifft.»

Die Verpflichtung des ersuchten Staats (des sog. Vollstreckungsmitgliedstaats), die nach der Auffassung seiner Behörden erforderlichen Massnahmen zur Verhinderung einer Flucht zu treffen, lassen sich als Ausprägung des Assimilierungsgrundsatzes deuten: Die Behörden des ersuchten Staats müssen mindestens die gleiche Sorgfalt zur Verhinderung der Flucht aufwenden wie bei ihren eigenen Haftbefehlen. Es ist indes auffällig, dass eine Haftentlassung während des Übergabeverfahrens nach Massgabe des Rechts des ersuchten Staats möglich sein soll, obwohl der Europäische Haftbefehl ein Haftbefehl ist, der als solcher europaweit anerkannt wird. Obwohl also – gemäss dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung – ein hohes Mass an Vertrauen in die justiziellen Entscheidungen anderer Staaten vorausgesetzt wird²⁰, wird den Staaten die Möglichkeit belassen, den Verfolgten für die Dauer des Übergabeverfahrens nach Massgabe ihrer Rechtsordnung nicht in Haft zu halten.

B. Deutschland

Nach § 15 Abs. 1 IRG²¹ kann nach dem Eingang des Auslieferungsersuchens «gegen den Verfolgten die Auslieferungshaft angeordnet werden, wenn (1.) die Gefahr besteht, dass er sich dem Auslieferungsverfahren oder der Durchführung der Auslieferung entziehen werde, oder (2.) aufgrund bestimmter Tatsa-

18 ABL. L 190 vom 18.7.2002, 1, abgekürzt RbEuHb.

19 Vgl. zu dieser Bestimmung und ihrer nationalen Umsetzung BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles 2009, N 550 ff.; LAZOWSKI/NASH, *Detention*, in: Keijzer/van Sliedregt (Hrsg.), *The European Arrest Warrant in Practice*, Den Haag 2009, S. 33 ff., 35 ff.

20 Vgl. Erwägungsgrund 10 RbEuHb.

21 Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 23.12.1982, BGBl. I, 2071.

chen der dringende Verdacht begründet ist, dass der Verfolgte die Ermittlung der Wahrheit in dem ausländischen Verfahren oder im Auslieferungsverfahren erschweren werde.» Dies gilt gemäss § 15 Abs. 2 IRG allerdings nicht, wenn die Auslieferung von vornherein unzulässig erscheint.

Die Auslieferungshaft wird in der Lehre – wie die Untersuchungshaft – als «ultima ratio» betrachtet, weswegen von ihr abgesehen werden muss, wenn ein Haftgrund nicht vorliegt.²² Die in § 15 Abs. 1 IRG niedergelegten Haftgründe sind denn auch der Fluchtgefahr und der Kollusionsgefahr bei der Untersuchungshaft nachgebildet. Die «Unzulässigkeitsprognose» in Abs. 2 wird in der Lehre kritisiert, weil sie die Subjektstellung des Verfolgten unzulässig vernachlässige und dahingehend verstanden, dass Auslieferungshaft nach verfassungskonformer Auslegung nur in Betracht komme, wenn ohne weiteres festgestellt werden könne, «dass die Voraussetzungen für eine Auslieferung gegeben sein können».²³

§ 15 IRG stellt also positive Haftgründe für die Auslieferungshaft auf und lässt die Auslieferungshaft nicht zu, wenn die Auslieferung offensichtlich unzulässig ist.

C. Österreich

Nach § 29 Abs. 1 ARHG²⁴ darf die Auslieferungshaft nur verhängt oder fortgesetzt werden, «wenn hinreichende Gründe für die Annahme vorliegen, dass eine im Inland betretene Person eine der Auslieferung unterliegende strafbare Handlung begangen habe. Auf die Auslieferungshaft sind, soweit sich aus den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nichts anderes ergibt, die Bestimmungen über die Untersuchungshaft sinngemäss anzuwenden.» Das bedeutet, dass für die Auslieferungshaft neben «hinreichenden Gründen» auch ein Haftgrund nach § 173 StPO²⁵ vorausgesetzt ist,²⁶ wobei die Fluchtgefahr in § 173 Abs. 3 StPO restriktiv definiert ist und in § 173 Abs. 4 StPO ein Vorrang gelinderer Mittel statuiert wird. Diese Regelung kommt nach § 18 Abs. 2 EU-JZG²⁷ auch beim Europäischen Haftbefehl zum Zuge.²⁸ Im österreichischen Recht sind die Voraussetzungen für die Anordnung von Auslieferungs- und Untersuchungshaft einander demnach weitgehend angeglichen.

22 SCHOMBURG/HACKNER, § 15 IRG N 4 ff., in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, München 2006.

23 SCHOMBURG/HACKNER, § 15 IRG N 30 f., in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner (Fn. 22).

24 Bundesgesetz über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen, BGBl. Nr. 529/1979.

25 Strafprozessordnung 1975, BGBl. Nr. 631/1975.

26 Zur Rechtslage in Österreich vgl. MURSCHEZ, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, Wien 2007, 277 ff.

27 Bundesgesetz vom 30.4.2004 über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, BGBl. I Nr. 36/2004.

28 Vgl. MURSCHEZ (Fn. 26), S. 371.

D. Frankreich

Nach Art. 695-28 CPP²⁹ (Europäischer Haftbefehl) bzw. Art. 696-11 CPP (Auslieferung) verfügt die Staatsanwaltschaft im Regelfall die Auslieferungshaft. Sie kann jedoch, soweit sie davon ausgeht, dass dessen Teilnahme am Verfahren hinreichend sichergestellt ist, anstelle der Haft Sicherungsmassnahmen nach Art. 138 CPP (z.B. Meldepflichten, Kautions, Aufenthalt an einem bestimmten Ort) verfügen. Das französische Recht geht demnach wie das schweizerische Recht davon aus, dass der Verfolgte während des Verfahrens in der Regel in Haft bleibt und nur unter besonderen Voraussetzungen freigelassen werden kann. In Frankreich sind die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft nach Art. 143-1 ff. CPP bedeutend strenger als für die Auslieferungshaft.

E. England

Nach Sect. 71 Extradition Act³⁰ wird die Auslieferungshaft durch ein Gericht verfügt, wenn dieses davon ausgeht, dass ein Auslieferungsdelikt vorliegt und dass hinreichende Beweismittel («evidence») für den Erlass eines Haftbefehls vorliegen.

Nach Sect. 198 Extradition Act kommen die Bestimmungen des Bail Act³¹ auch auf Auslieferungsverfahren zur Anwendung. Dieser Erlass regelt mithin die Entlassung aus allen Formen strafprozessualer Haft unter Auflagen (z.B. Kautions, elektronische Überwachung) einheitlich. Gemäss diesen Regelungen ist eine Haftentlassung unter Auflagen grundsätzlich zulässig und kann nur in Ausnahmefällen (Schedule 1 Bail Act) versagt werden.³²

Gemäss der englischen Regelung sind Auslieferungs- und Untersuchungshaft einander sehr stark angeglichen, die Haftverschonung während des Prozesses ist für beide Arten von Haft einheitlich geregelt.

29 Code de procédure pénale.

30 Extradition Act 2003 Chapter 41, 20.11.2003.

31 Bail Act 1976 Chapter 63, 15.11.1976.

32 Entsprechend konnte Wikileaks-Gründer Julian Assange trotz Vorliegen eines Europäischen Haftbefehls wegen Vergewaltigung aus Schweden in England gegen Leistung einer Kautions und mit den Auflagen, sich an einem bestimmten Ort (dem Haus eines Sympathisanten) aufzuhalten, sich elektronisch überwachen zu lassen und sich täglich bei der Polizei zu melden, nach wenigen Tagen aus der Haft entlassen werden – Roman Polanski musste um einiges länger im Gefängnis ausharren.

F. Zwischenergebnis

Bereits diese Stichproben³³ zeigen, dass die Regelungen für die Entlassung aus der Auslieferungshaft in Europa sehr unterschiedlich sind. Im internationalen Vergleich entspricht die schweizerische Praxis am ehesten der Regelung in Frankreich, wobei hier immerhin im Gesetz auf die Möglichkeit der Entlassung aus der Auslieferungshaft unter Auflagen hingewiesen wird. In Deutschland, Österreich und England wird hingegen so weit wie möglich versucht, Unterscheidungen zwischen Auslieferungshaft und Untersuchungshaft zu vermeiden. Ein «Regelfall» Auslieferungshaft entspricht keinem internationalen Trend, sondern dürfte auch im Ländervergleich eine Ausnahme darstellen.

VII. Ein Vorschlag zur Regulierung des «Regelfalls» Auslieferungshaft

Die Vorstellung, dass die Auslieferungshaft ein Regelfall sei, von dem nur ausnahmsweise abgewichen werden könne, führt zu übermässigen Eingriffen in die Freiheit Einzelner. Durchschlagende Gründe dafür, der Auslieferungshaft eine Sonderstellung etwa gegenüber der Untersuchungs- und Sicherungshaft einzuräumen, sind nicht ersichtlich. Zu klären bleibt, welche Probleme sich bei der Angleichung der Voraussetzungen für die verschiedenen Arten der Haft stellen und wie weit sie mit Art. 47 IRSG zu vereinbaren wäre.

A. Das Gebot der Verhältnismässigkeit

Die Rechtshilfe untersteht immer dem Gebot der Verhältnismässigkeit.³⁴ Unter Verhältnismässigkeit versteht man im Allgemeinen, dass ein Eingriff in Grundrechte zur Erreichung des Ziels (hier also der Unterstützung des ausländischen Verfahrens) erforderlich, geeignet und angemessen sein muss.³⁵ Hinsichtlich der Gewährung der Auslieferung stellen sich hier kaum je Probleme, weil geringfügige Fälle bereits über die Erheblichkeitsschwellen der Auslieferungsdelikte³⁶ ausgeschieden werden.

33 Für Länderberichte europäischer Staaten zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl vgl. etwa das EAW-Project des T.M.C. Asser Instituut (www.asser.nl/default.aspx?site_id=8).

34 BBl 1976 II 461; POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel/München 2001, N 402 ff.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns hat Verfassungsrang und gilt auch im Bereich der vertraglichen Rechtshilfe; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3. Aufl., Bern 2009, N 719; MOREILLON (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire, Basel 2004, Introduction N 531 ff.; NICATI, SJK 426, N 6.1; GSTÖHL, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Diss. Bern 2008, S. 108 ff., 322 ff. Zur Anordnung von Ersatzmassnahme anstelle der Auslieferungshaft vgl. BGE 136 IV 20, 27.

35 POPP (Fn. 34), N 401; ZIMMERMANN (Fn. 34), N 716; MARKEES, SJK 423b, N 3.111.

36 Vgl. Art. 35 Abs. 1 IRSG, Art. 2 EAÜ: Höchststrafdrohung von mindestens einem Jahr; bei Auslieferung zum Strafvollzug gemäss Art. 2 EAÜ vollziehbare Strafe von mindestens vier Monaten.

Auslieferungshaft, die länger dauert, als die im ersuchenden Staat zu erwartende oder zu vollziehende Strafe, wäre jedoch jedenfalls unverhältnismässig.³⁷ Der Verfolgte ist jedenfalls aus der Auslieferungshaft zu entlassen, wenn die Dauer der Auslieferungshaft die Dauer der zu vollziehenden oder der gemäss Auslieferungsersuchen zu erwartenden Strafe erreicht. Bei der Auslieferung zur Strafverfolgung stellt sich jedoch das Problem, dass der abstrakte Strafrahmen im ersuchenden Staat möglicherweise sehr hoch ist und – ähnlich wie in der Schweiz – praxisgemäss nur selten ausgeschöpft wird. In solchen Fällen ist darauf abzustellen, wie hoch die Strafe im Falle eines umfassenden Schuldspruchs aller Voraussicht nach ausfallen würde.

B. Zum Problem des Tatverdachts

Inhaltlich unterscheiden sich die Haftgründe der Flucht- und der Kollusionsgefahr im Strafprozess- und Auslieferungsrecht nicht voneinander. Der einzige Unterschied ist, dass sie in Art. 221 StPO als positive Voraussetzungen für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft, in Art. 47 Abs. 1 lit. a IRSG hingegen als negative Voraussetzungen für die Anordnung der Auslieferungshaft genannt werden.

Spezifische Probleme stellen sich hingegen beim Erfordernis des Tatverdachts: Das Strafverfahren dient der Feststellung von Täterschaft und Schuld, und die Annahmen von Tatverdacht bzw. dringendem Tatverdacht begleiten das Strafverfahren.

Das Auslieferungsverfahren ist hingegen kein Strafverfahren: Angestrebt wird nicht die Klärung von Täterschaft und Schuld, sondern die Unterstützung des Verfahrens im ersuchenden Staat. Die abschliessende Würdigung von Täterschaft und Schuld ist Sache der Behörden im ersuchenden Staat, die Behörden im ersuchten Staat haben weder die Legitimation noch die Mittel, deren Entscheid vorwegzunehmen.³⁸ Die Anforderungen an die Darstellung des Sachverhalts im Auslieferungsersuchen sind relativ gering: Die Behörden des ersuchten Staats vertrauen in der Regel der Darstellung im Auslieferungsersuchen³⁹ und tragen dabei dem Umstand Rechnung, dass auch die ersuchenden Behörden den Sachverhalt noch nicht vollständig aufklären konnten. «Die ersuchte Behörde hat sich beim Entscheid über ein Rechtshilfersuchen nicht dazu auszusprechen, ob die darin angeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. Sie hat weder Tat- noch Schuldfragen zu prüfen und grundsätzlich auch keine Beweiswürdigung vorzunehmen, sondern ist vielmehr an die Sachdarstellung

37 Vgl. MURSCHEZ (Fn. 26), 280 f.

38 Vgl. MARKEES, SJK 422, N 2.1.14.143.

39 Vgl. BStGer, 22.9.2009, RR.2009.39, E. 8.3.

im Ersuchen gebunden, soweit sie nicht durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet wird.)⁴⁰

Das Auslieferungsverfahren scheint mithin auf eine Prüfung des Tatverdachts nicht ausgelegt zu sein. Die einzige Möglichkeit, Auslieferungshaft und Auslieferung gestützt auf eine Prüfung der Tatsachen zu verweigern, ist der Alibibeweis nach Art. 47 Abs. 1 lit. b IRSG und Art. 53 IRSG. Die Praxis der schweizerischen Behörden ist hier sehr streng: «Den Alibibeweis kann der Verfolgte allerdings nur mit dem Nachweis führen, dass er zur fraglichen Zeit überhaupt nicht am Tatort war.⁴¹ Dieser Nachweis ist unverzüglich und ohne Weiterungen zu erbringen». ⁴² Der Alibibeweis gilt nicht als erbracht, wenn er weitergehende Nachforschungen des Bundesamtes erfordert oder wenn Zweifel an der Glaubwürdigkeit von Zeugen «nicht von vornherein ausgeschlossen» sind.⁴³

Dass die Anforderungen an die Begründung des Tatverdachts bei der Auslieferungshaft viel strenger sind als bei der Untersuchungs- und Sicherheitshaft, erscheint indes als stossend.⁴⁴ Dass die Auslieferung nicht gestützt auf beliebige Zweifel an der Täterschaft des Verfolgten verweigert werden soll, mag einleuchten. Dies muss sich jedoch nicht zwingend auf die Auslieferungshaft auswirken, denn auch mit der Annahme eines dringenden Tatverdachts im innerstaatlichen Strafverfahren wird dessen Ausgang nicht vorweggenommen: Die Anordnung der Untersuchungshaft darf nicht als Vorverurteilung verstanden werden.⁴⁵ Letztlich geht es auch bei der Würdigung des Tatverdachts als Haftvoraussetzung im nationalen Strafverfahren und im Auslieferungsverfahren um dasselbe: Die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte bzw. der Verfolgte die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat oder nicht.

Problematisch bleibt allerdings, dass die Würdigung des Tatverdachts als Haftgrund auf die Beurteilung des Auslieferungsersuchens durchschlagen kann: Es wäre schwer zu vermitteln, dass die Verdachtsgründe zur Inhaftierung einer Person nicht ausreichen, für ihre unter Umständen weit folgenschwe-

40 Anstelle einiger BStGer, 6.10.2009, RR.2009.139, E. 4.3. So auch BGE 132 II 81, 85.

41 Das betrifft implizit auch Fälle von Verwechslungen des Verfolgten, vgl. BStGer, 30.4.2008, RR.2008.47, E. 2.

42 BStGer, 9.4.2008, RR.2008.17, E: 4.2. Vgl. BGE 112 Ib 215, 220; 113 Ib 276, 282; 123 II 279, 282. Damit kann der Alibibeweis ohnehin nur bei zeitlich und örtlich genau fassbaren Handlungen eine Rolle spielen, vgl. BStGer, 5.3.2007, RR.2007.13, E. 4.2.

43 BGE 123 II 278, 282; 112 Ib 215, 220 f.; 113 Ib 276, 281.

44 Vgl. POPP (Fn. 34), N 243; GSTÖHL (Fn. 34), S. 324 f.

45 Zum dringenden Tatverdacht allgemein FORSTER, Art. 221 StPO N 1 ff., in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011. Die prinzipielle Unterscheidung zwischen dringendem Tatverdacht und Verurteilung darf allerdings nicht vergessen machen, dass die Untersuchungshaft faktisch pönale Wirkungen zeitigt und auch einen Einfluss auf die Strafe haben kann, vgl. ALBRECHT, Die Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspruch?, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 355 ff.

rere Auslieferung hingegen schon. Mit Blick auf die Besonderheiten des Auslieferungsverfahrens ist daher zu berücksichtigen, dass die innerstaatlichen Behörden selber zur Beurteilung des dringenden Tatverdachts im Rahmen des nationalen Strafverfahrens berufen sind, Behörden des ersuchten Staats hingegen nicht, da sie das Ergebnis des Verfahrens nicht vorwegnehmen dürfen. Auch die Behörden des ersuchten Staats müssen aber zum Schluss gelangen, dass hinreichende Gründe für die Annahme bestehen, der Verfolgte habe die ihm zur Last gelegte Tat begangen.⁴⁶

C. Fehlen von Haftgründen als «anderer Grund» im Sinne von Art. 47 Abs. 2 IRSG

Ihrem Wortlaut nach machen Art. 47 IRSG und Art. 50 IRSG die Auslieferungshaft zum Regelfall, von dem nur unter bestimmten Gründen abgewichen werden kann. Es hat sich gezeigt, dass für eine solche Sonderstellung der Auslieferungshaft keine sachlichen Gründe sprechen, sondern die Voraussetzungen vielmehr der Untersuchungs- und Sicherheitshaft im Rahmen des nationalen Strafverfahrens angeglichen werden sollten. Art. 47 IRSG ist insofern defizitär und änderungsbedürftig.

Auch unter der Herrschaft dieser Bestimmung ist der Handlungsspielraum der Behörden jedoch grösser, als die Rechtsprechung von Bundes- und Bundesstrafgericht glauben machen will:

Zunächst untersteht auch die Anwendung von Art. 47 IRSG dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Auslieferungshaft darf nicht verhängt werden, wenn sie mit Blick auf die zu erwartende Sanktion im Ausland unverhältnismässig wäre und im Falle eines Schuldspruchs zu Überhaft führte.

Art. 47 Abs. 2 IRSG sieht vor, dass das Bundesamt für Justiz Sicherungsmassnahmen wie etwa Kautionspflicht, Meldepflicht, elektronische Überwachung anordnen kann, wenn der Verfolgte nicht hafterstehungsfähig ist oder *andere Gründe* es rechtfertigen. Misslingt der positive Nachweis von Haftgründen, sind stets solche anderen Gründe anzunehmen, die die Anordnung alternativer Sicherungsmassnahmen rechtfertigen.

46 So die österreichische Regelung (§ 29 ARHG). Zur Prüfung eines «dringenden» Verdachts werden den Behörden des ersuchten Staats regelmässig keine ausreichenden Informationen zur Verfügung stehen. Ausserdem wird man im Sinne des Vertrauens in die Darlegungen des ersuchenden Staats anerkennen müssen, dass dessen Behörden mit der Ausschreibung zur Fahndung bzw. mit der Stellung eines Auslieferungsersuchens bereits bekräftigt haben, dass sie von einem dringenden Tatverdacht ausgehen.

VIII. Und weiter?

Auch die hier vorgetragene Lösung ist letztlich nicht viel mehr als ein Pflaster, wenn auch ein etwas grosszügigeres als das des Bundesstrafgerichts. Die Unterschiede zwischen Auslieferungs- und Untersuchungshaft sind letztlich nur ein Symptom der Schwierigkeiten der materiellen Prüfung ausländischer Rechtshilfeersuchen durch den ersuchten Staat. Dieses Grundproblem besteht fort: Im Bereich der Rechtshilfe werden bisweilen sehr einschneidende Zwangsmassnahmen gestützt auf sehr vage Verdachtslagen verhängt. Das Bundes- und das Bundesstrafgericht legen bei der Prüfung ausländischer Rechtshilfeersuchen vielfach einen zu grosszügigen und rechtshilfefreundlichen Massstab zum Nachteil der betroffenen Individuen an. Zu klären bleibt, wie sich eine weniger oberflächliche Prüfung von Rechtshilfeersuchen zum Schutze des Verfolgten erzielen lässt, ohne dass das Rechtshilfeverfahren in unangebrachter Weise das Ergebnis des Strafverfahrens vorwegnimmt.

Richterliche Entscheidungsfindung/ Gutachten

Richterliche Normenkritik in der Rechtsfindung

VON PETER ALBRECHT

I. Einleitung

Dass ein Richter in seiner beruflichen Tätigkeit Normen des geltenden Rechts kritisiert, entspricht wohl nicht einem Idealbild der Justiz in unserer Gesellschaft. Gerade von den Gerichten als dritter Gewalt im Staat erwarten wir doch allgemein eine vorbehaltlose Loyalität gegenüber der Verfassung und der Gesetzgebung. Sie sind nach herkömmlichem Verständnis der staatlichen Gewaltenteilung prinzipiell verpflichtet, die Erlasse der Legislative zu akzeptieren und sie auf konkrete Sachverhalte strikt anzuwenden. Dabei sollte keine Rolle spielen, ob die urteilenden Richterinnen und Richter mit den jeweils massgebenden Gesetzesbestimmungen inhaltlich einverstanden sind oder nicht. Allerdings erweist sich die Verwirklichung des hier angesprochenen verfassungsrechtlichen Gebotes der *richterlichen Gesetzesbindung* (Art. 191c BV) in der Praxis als höchst anspruchsvolle und keineswegs selbstverständliche Aufgabe. So entwickeln die Justizbehörden bei der Beurteilung der ihnen vorgelegten Fälle seit jeher auch *eigene Vorstellungen von Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit*, die im Widerspruch zu den Intentionen der Legislative stehen und trotzdem die Urteile markant prägen. Mitglieder der Gerichte behaupten gerne ihre Eigenständigkeit in der Rechtsfindung und lassen sich folglich zuweilen nur schwer in das Korsett der Gesetzgebung stecken (selbst wenn sie das nicht offen zugeben mögen).

Das alles ist Hans Wiprächtiger, dem ich meinen Beitrag in Freundschaft und Verbundenheit widme, aufgrund seiner langjährigen Erfahrungen als engagierter Richter bestens bekannt. Er thematisierte in verschiedenen Publikationen wiederholt – erfreulich offen und auch selbstkritisch – manche Grundfragen zum Dreieck von Richter, Recht und Gerechtigkeit.¹ Am meisten beeindruckte mich eine etwas ältere Veröffentlichung aus dem Jahre 1995,² die sich aus der Optik eines Praktikers ebenso sorgfältig wie anschaulich mit der juristischen

1 Z.B. WIPRÄCHTIGER, *Recht und Richter*, in: Tercier u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Peter Gauch*, Zürich 2004, S. 327 ff.; DERS., *Gericht und Gerechtigkeit am Beispiel der Strafrechtswissenschaft*, in: W. Barfuss u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Giger*, Bern 2009, S. 77 ff.; DERS., *Die Unabhängigkeit des Richters nach der neuen Eidgenössischen StPO*, in: Riedo/Fiolka/Gfeller (Hrsg.), *Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli*, Basel 2010, S. 43 ff.

2 WIPRÄCHTIGER, *Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen*, recht 1995, S. 143 ff.

Methodenlehre auseinandersetzte und in der Wissenschaft Anerkennung fand.³ Es ist das leuchtende Beispiel einer fruchtbaren Verknüpfung von Theorie und Praxis. Ich werde nun diesen Text kurz vorstellen (nachfolgend Ziff. II) und sodann in Anlehnung daran einige Überlegungen zur *richterlichen Normenkritik* aus meiner persönlichen Sicht entwickeln (nachfolgend Ziff. III ff.).

II. Versuche einer Objektivierung subjektiver richterlicher Wertungen

A. Auf dem Weg

Bei seiner Analyse der richterlichen Tätigkeit geht Wiprächtiger davon aus, dass «Richterinnen und Richter nicht als Rechenmaschinen und Subsumtionsautomaten funktionieren, sondern als Menschen mit Emotionen, mit individuellen Prägungen und Vorverständnissen, die sie bewusst oder unbewusst bei der Lösung eines Falles einfließen lassen»⁴. Wer eine bestimmte Norm «interpretiert, setzt einen bestimmten Sinn des Ganzen voraus. Dieses Vorverständnis gibt dem Verstehensvorgang eine bestimmte Richtung. Das Verstehen wird beim weiteren Eindringen in den Sinn des Textes laufend korrigiert, was zu einem neuen Verstehen führt, das wiederum Ausgangspunkt für ein noch besseres Eindringen in den Sinn ist (sogenannte Zirkelhaftigkeit des Verstehensvorganges)»⁵. Dabei sei für die Unabhängigkeit der Justiz wichtig, dass Richterinnen und Richter sich ihrer Vorverständnisse überhaupt bewusst seien.⁶

«Sind sich Richterinnen und Richter dieses Vorverständnisses bewusst, so gilt es in einem nächsten Schritt, dieses Vorverständnis zu überprüfen und zu objektivieren, allenfalls zu revidieren.»⁷ Oberste Richtschnur hierfür sei stets die massgebende Norm. «(E)s soll versucht werden, sie aus sich selber zu verstehen. Dann sind die klassischen methodischen Auslegungsregeln herbeizuziehen (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesetzssystematik, Gesetzeszweck). Hernach, wenn sich zeigen sollte, wie viel bzw. wie wenig die Norm selbst zur Lösung des Falles aussagt, darf auf weitere Gesichtspunkte wie Gesetzeszweck, allgemeine Rechtsgrundsätze, Verfassungsrecht, präjudizielle Folgen usw. gegriffen werden.»⁸

Im Anschluss an diese ziemlich abstrakten Erwägungen schildert WIPRÄCHTIGER anhand von drei bundesgerichtlichen Urteilen⁹ illustrativ, wie sich bei seiner persönlichen Arbeit das Vorverständnis und die Auslegungsregeln zuein-

3 Siehe z.B. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010, S. 313, Fn. 1033.

4 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 143.

5 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 144, mit Literaturhinweisen.

6 WIPRÄCHTIGER, (Fn. 2), S. 144.

7 WIPRÄCHTIGER, a.a.O. (Fn. 2), S. 144.

8 WIPRÄCHTIGER, (Fn. 2), S. 144 f.

9 Siehe BGE 117 IV 419 ff., 118 IV 351 ff. und 119 IV 260 ff.

ander verhalten und wie er mit dem Spannungsfeld zwischen objektiven Kriterien sowie subjektivem Vorverständnis und Werturteil zurechtkommt.¹⁰

B. Am Ende des Weges

Als wenig überraschendes Ergebnis der vorangegangenen Ausführungen stellt WIPRÄCHTIGER sodann fest, «dass es der Lehre und übrigens auch dem Bundesgericht bis heute nicht gelungen ist und möglicherweise auch nie gelingen wird, eine Hierarchie der Auslegungselemente festzulegen. Vermag beim Abwägen der diversen Auslegungsergebnisse kein Resultat zu überzeugen, so ist der wertvollste der möglichen Inhalte auszuwählen. Dies bedingt allerdings wiederum ein Werturteil, das zwar teilweise auf kognitiven Erwägungen, letztlich aber auf einer Willensentscheidung beruht».¹¹

Als besonders bemerkenswert erscheint mir hier die ergänzende Feststellung, dass bei allen drei genannten Beispielen aus der Gerichtspraxis «in guten Treuen und bei ebenso gewissenhafter Auslegung die gegenteilige Auffassung hätte vertreten und das Vorverständnis andersherum hätte objektiviert werden können».¹² Festzuhalten bleibe, dass «in der Rechtsprechung ein Rest des «Unerklärlichen und Unauflösbaren» bestehen bleibt, der in der menschlichen Persönlichkeit der Richterin und des Richters begründet ist».¹³

Solche Schlussfolgerungen geben zwar den Vorgang der Rechtsfindung realistisch wieder, eignen sich freilich kaum, methodenbewusste Juristinnen und Juristen wirklich zu befriedigen. Von den Möglichkeiten einer überzeugenden und nachprüfaren «Objektivierung» der richterlichen Vorverständnisse bleibt da nicht viel übrig.¹⁴ Vielmehr gelangt die Tendenz einer gewissen Beliebigkeit der Gesetzesinterpretation deutlich zum Ausdruck, so dass ein hinreichender regelgeleiteter Beitrag zur Gesetzesbindung des Richters kaum zu erwarten ist. Offenkundig herrscht sowohl in der Lehre wie auch in der Praxis ein Methodenpluralismus ohne eindeutige hierarchische Vorgaben.¹⁵ Die einzel-

10 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 145 ff.

11 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 148, unter Hinweis auf ZÄCH.

12 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 148. – Die Besonderheit dieser Äusserung liegt darin, dass sie von jemandem stammt, der von Berufs wegen als Richter «in der Urteilsbegründung seine Entscheidung als *die* richtige Entscheidung darstellen» muss (NEUMANN, Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie, in: Senn/Fritschi [Hrsg.], Rechtswissenschaft und Hermeneutik, ARSP, Beiheft 117, 2009, S. 96).

13 WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 148, unter Hinweis auf FORSTER. – Ebenso WIPRÄCHTIGER (Fn. 1), 2004, S. 328.

14 Sehr deutlich in dieser Hinsicht KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Bern 2006, Kp. 6 Rz. 39: «Die objektiv richtige Interpretation kann es nicht geben.»

15 Ausführlich dazu KRAMER (Fn. 3), S. 170 ff. und WALTER, Hermeneutik und Rechtspraxis, in: Senn/Fritschi (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, ARSP, Beiheft 117, 2009, S. 128 f.

nen Auslegungsmethoden sind ihrerseits ebenfalls interpretationsbedürftig.¹⁶ Ausserdem fehlt eine verbindliche Anweisung für den Fall, dass die verschiedenen Auslegungsregeln unterschiedliche Ergebnisse hervorbringen.¹⁷ Für die Gerichte besteht insoweit also eine «Freiheit der Methodenwahl»¹⁸. Abgesehen davon muss der Richter nicht nur den gesetzlichen Vorgaben, sondern auch dem Einzelfall gerecht werden.¹⁹ Unter solchen Umständen tauchen natürlich bald einmal Zweifel auf, in welchem Ausmass die juristische Methodenlehre überhaupt ein geeignetes Mittel für die Sicherung der richterlichen Gesetzesbindung darstellt.²⁰

III. Widerspenstige Strafjustiz

A. Die Normenkritik

Da die Möglichkeiten einer Objektivierung der richterlichen Wertungen – wie eben dargelegt – stark limitiert sind, treten «(d)ie Richterin und der Richter ... nunmehr auch als Person hinter ihrer Entscheidung hervor»²¹, und deren *Individualität* rückt in den Vordergrund des Interesses. In neuerer Zeit hat namentlich das *Vorverständnis* des Norminterpreten beim Vorgang der Rechtsfindung die wissenschaftliche Debatte nachhaltig beeinflusst,²² dies im Anschluss an eine wegweisende Untersuchung von ESSER²³. Solche Erkenntnisse sind inzwischen auch langsam in das richterliche Selbstverständnis vorgedrungen (obwohl man in Justizkreisen nach wie vor nicht so gerne offen darüber spricht²⁴). Die hier angesprochene Neuorientierung der (juristischen) Hermeneutik betont die

16 KRAMER (Fn. 3), S. 43 f.; HASSEMER, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2011, S. 263.

17 So deutlich HASSEMER, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtstheorie 2008, 12 f.; ferner WALTER (Fn. 15), S. 128 f.

18 HASSEMER (Fn. 17), S. 12; a.A. RÜTHERS/FISCHER, Rechtstheorie, 5. Aufl., München 2010, N 704 und 815.

19 WALTER (Fn. 15), S. 130: «Der Richter ist dem Gesetz unterworfen, sucht aber in der Entscheidung des Einzelfalls zugleich die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen.»

20 Vgl. HASSEMER (Fn. 17), S. 3. – Ergänzend dazu hinten Ziff. V/A.

21 KUNZ/MONA (Fn. 14), Kp. 6 Rz. 47.

22 Vgl. statt vieler KRAMER (Fn. 3), 306 ff.; MASTRONARDI, Juristisches Denken, 2. Aufl., Bern 2003, N 573 ff.; SCHLUEP, Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006, § 7 Rz. 2643 ff. und 2674 ff.; ferner kurz und prägnant aus rechtsphilosophischer Sicht SEELMANN, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 2010, § 6 Rz. 43 ff. und KUNZ/MONA (Fn. 14), Kp. 6 Rz. 37 ff.

23 Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1972.

24 Umso erfreulicher ist es, dass WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 143 ff., sich aus der Optik eines Praktikers dem Thema schon früh sehr anschaulich und mit grosser Offenheit widmete (ergänzend dazu vorne Ziff. II).

«produktive Rolle des Richters bei der Gesetzesanwendung»²⁵. Dazu gehört u.a. auch die Einsicht, dass die Rechtsfindung mehr als bloss einen Akt der Erkenntnis darstellt; denn es verbindet sich mit ihr ganz wesentlich ein Entscheidungsinteresse.²⁶ Die Gerichte müssen sich jeweils nicht nur allgemein zu ihrem Verständnis bestimmter Rechtsnormen äussern. Vielmehr obliegt ihnen (zusätzlich) der Entscheid, ob die betreffenden Normen auf den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt anwendbar sind.²⁷ Das löst bei den urteilenden Personen das Bestreben (und auch die Verpflichtung) aus, im Einzelfall eine möglichst sachgerechte Lösung zu finden.²⁸ Im Ergebnis handelt es sich zwangsläufig jeweils um eine mehr oder minder bewusste, jedenfalls aber individuell geprägte richterliche «Willensentscheidung»²⁹.

Der auf die Person des Rechtsanwenders fokussierte Blick erklärt, weshalb in der Praxis die persönliche Einstellung der einzelnen Richterinnen und Richter zum Gesetz sowie zur Rechtsordnung insgesamt einen dominanten Faktor der Urteilsfindung darstellt. Eine markante, namentlich verfassungspolitische Brisanz entfaltet dieser Befund dort, wo das Vorverständnis des Interpreten durch eine *kritische Haltung gegenüber bestimmten Gesetznormen* geprägt ist. So lässt sich in der Rechtsprechung häufig beobachten, dass Mitglieder der Gerichte – nicht selten in unzulässiger Weise³⁰ – Widerstand leisten gegen gesetzliche Normen, die ihnen persönlich missfallen.³¹ Es sind regelmässig

- 25 NEUMANN (Fn. 12), S. 87. – Zutreffend KUNZ/MONA (Fn. 14), Kp. 6 Rz. 39: «Die juristische Hermeneutik weist den Interpreten bei der Rechtsanwendung die schöpferische Aufgabe zu, dem Gesetzestext unter «Durchgriff» auf intersubjektiv begründungsfähige politisch-moralische Massstäbe fallbezogen Sinn zu geben.»
- 26 Grundlegend dazu MASTRONARDI (Fn. 22), N 162, S. 202 f., 214 ff. und 229; siehe ferner WALTER (Fn. 15), S. 131 («Entscheidungszwang und Fallvorgabe»).
- 27 Zutreffend KUNZ/MONA (Fn. 14), Kp. 6 Rz. 43: «Die juristische Hermeneutik muss die Kluft zwischen einer allgemeinen gesetzlichen Norm und einem singulären Fall überwinden.»
- 28 MÜLLER sieht aus verfassungsrechtlicher Optik hier «gleichsam eine zweite Chance zur Annäherung an eine gerechte Ordnung» (Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Peters/Schefer [Hrsg.], Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Bern 2004, S. 91).
- 29 Sehr deutlich WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 148 und DERS. (Fn. 1), 2004, S. 328; BACHER, Zur richterlichen Meinungsbildung, in: Noll/Olano (Hrsg.), Festschrift für Magdalena Rutz, Liestal 2004, S. 30 f.; WALTER (Fn. 15), S. 127 und 131; LAMPRECHT, Von der Subjektivität des Richtens, DRiZ 2004, S. 89 und 92.
- 30 Siehe WALTER, Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, recht 2003, S. 9. – Vgl. aber auch hinten Ziff. III/D.
- 31 Ausführlich dazu ALBRECHT, Die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominanter Faktor der Urteilsfindung, ZStrR 2003, S. 336 ff. und DERS., Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?, in: Schindler/Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 11 ff., jeweils mit Beispielen aus dem Strafrecht; ferner mit Blick auf das deutsche Recht RÜTHERS/FISCHER (Fn. 18), Rz. 947 f. – Allgemein zur richterlichen Auflehnung gegen das Gesetz KRAMER (Fn. 3), S. 224 f. und BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, Basel 1991, S. 77 f. und 85 f.

individuell abweichende kriminalpolitische Vorstellungen der urteilenden RichterIn, welche einen solchen Ungehorsam gegenüber dem Gesetzgeber veranlassen.³² So findet die Auseinandersetzung mit gewissen – von den Gerichten innerlich abgelehnten – Gesetzesbestimmungen von vorneherein ergebnisorientiert und ohne die erforderliche methodische Sorgfalt statt. Daraus entwickeln sich *Gesetzesumdeutungen*, die entweder gar nicht begründet werden oder mit «leerformelhaften Scheinbegründungen»³³ versehen sind. Die grundlegende Frage nach der Legitimation eines solchermassen gesetzesübersteigenden Richterrechts³⁴ wird meistens schon gar nicht gestellt, geschweige denn beantwortet. Zuweilen fragt sich sogar, ob es da überhaupt noch um «Rechtsfortbildung» und nicht eher um Machtmissbrauch und blanken Ungehorsam der urteilenden Instanzen gegenüber den gesetzlichen Vorgaben geht. Diese – namentlich in der kantonalen Rechtsprechung – verbreitete Erscheinung sollte uns unter rechtsstaatlichen Aspekten eigentlich erschrecken oder zumindest verwundern; doch in der Öffentlichkeit wird das kaum zur Kenntnis genommen.³⁵ Zahlreiche Beispiele lassen sich hierfür nennen.

B. Ein Blick in die Praxis

Erwähnenswert ist im vorliegenden Zusammenhang als klassisches Beispiel das berühmt-berüchtigte bundesgerichtliche Haschisch-Urteil aus dem Jahr 1980, in welchem die Interpretation des mengenmässig schweren Falles gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG zur Diskussion stand.³⁶ Anders als die Vorinstanz³⁷ weigerte sich der Kassationshof im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, zum Gefährdungspotenzial von Haschisch Stellung zu nehmen.³⁸ Wegleitend war da wohl eine ablehnende Haltung des Gerichts gegenüber den vom Gesetzgeber statuierten Voraussetzungen des schweren Falles. Eine Analyse der Urteils-erwägungen ergibt, dass unter dem Mantel einer vermeintlich stringenten

32 In diesem Zusammenhang können die allgemein als positiv bewerteten sog. *professionellen Vorverständnisse* (dazu z.B. KRAMER [Fn. 3], S. 311, mit Hinweisen; ferner WIPRÄCHTIGER [Fn. 2], S. 144) überaus bedenkliche Konsequenzen entfalten, indem sie an einem Gericht kollektive Widerstände gegen bestimmte abgelehnte Rechtsnormen fördern.

33 RÜTHERS/FISCHER (Fn. 18), Rz. 814.

34 Ausführlich dazu z.B. KRAMER (Fn. 3), S. 281 ff. und HAUSHEER/JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 N 225 ff.

35 Zu den Gründen dieses Desinteresses hinten Ziff. V/C.

36 BGE 106 IV 227 ff.

37 OGer BL, SJZ 1981, S. 180 ff.

38 BGE (Fn. 36), 229 ff., E. 3; zustimmend MEIER-HAYOZ, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, S. 420 f.; sehr kritisch hingegen JENNY, Der Begriff der Gesundheitsgefahr in Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG: Eine Kritik der neuesten Rechtsprechung, Beihefte zur ZSR, Heft 1, 1982, S. 97 ff.

Deduktion des Ergebnisses unmittelbar aus dem Gesetz offensichtlich, aber unausgesprochen handfeste drogenpolitische Ziele³⁹ standen.⁴⁰

Weitaus deutlichere Anzeichen einer richterlichen Normenkritik sind gegenwärtig vor allem in der Praxis zum seit 2007 geltenden neuen Sanktionenrecht des Schweizerischen Strafgesetzbuches⁴¹ erkennbar. Da setzen sich die rechtsanwendenden Instanzen⁴² in gewissen Bereichen regelmässig und hartnäckig über das Gesetz und die vom Bundesgericht entwickelten Interpretationsrichtlinien hinweg, dies ohne ernsthaftes Bemühen um eine juristische Argumentation. Ein nicht unerheblicher Teil der Justiz lehnt nämlich das vom Gesetzgeber neu geschaffene Sanktionensystem partiell kategorisch ab.⁴³ Dahinter verbirgt sich ein individuell entgegenstehendes kriminalpolitisches Credo, das vom Gesetzgeber mehr Härte gegen die Verletzung von Strafnormen erwartet. Auf diese Weise versuchen Richterinnen und Richter eine eigene, vom Gesetz abweichende Kriminalpolitik in der Rechtsprechung durchzusetzen, und zwar in einer teilweise unbekümmerten Offenheit. Im Ergebnis führt das dann immer wieder zu einer eklatanten Missachtung der Gesetzesbindung, d.h. zur Weigerung, einzelne Bestimmungen korrekt anzuwenden. Das betrifft in erster Linie, aber keineswegs nur die wenig geliebte (bedingte) Geldstrafe.⁴⁴

C. Innere Konflikte

Im derart offenkundigen Widerstand (oder gar Ungehorsam) der Judikative gegenüber der Legislative steckt ein *fundamentales Problem der Rechtsfindung* (und zugleich auch der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung): Wie hat sich ein Richter zu verhalten, wenn eine zur Anwendung stehende Gesetzesbestimmung (oder ein höchstrichterliches Präjudiz) – sei es generell oder auf den konkreten Fall bezogen – seinem Gerechtigkeitsempfinden bzw. den eigenen Zweckmässigkeitsvorstellungen widerspricht?⁴⁵ Solche Situationen sind keineswegs selten, wenn man bedenkt, dass die Resultate der Gesetzgebung häufig mehr oder minder überzeugende Kompromisslösungen darstellen. Deshalb

39 Konkret dazu ALBRECHT, Das Haschisch-Urteil des Bundesgerichts wird Folgen haben, plädoyer 4/1992, S. 28.

40 Die verfehlte Rechtsprechung wurde dann im Jahr 1991 korrigiert: BGE 117 IV 314 ff.

41 Siehe Art. 34 ff. StGB.

42 Gemeint sind damit einerseits die Gerichte und andererseits vor allem die für den Erlass von Strafbefehlen zuständigen Behörden.

43 Erfreulich demgegenüber die differenzierte Stellungnahme von WIPRÄCHTIGER, Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches – taugliche Instrumente?, ZStrR 2008, S. 364 ff.

44 Sehr instruktiv dazu HEINE, Das neue Strafsystem im Spiegel der Rechtsprechung: blechen oder schwitzen statt sitzen – gegebenenfalls gemischt!, recht 2009, S. 1 ff.

45 Auf diese Frage liefert der Hinweis der juristischen Hermeneutik auf das Vorverständnis des Norminterpreten keine Antwort (vgl. RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979, S. 144 ff.).

wird jede auch nur halbwegs selbstbewusste Richterin auf Schritt und Tritt mit Rechtsnormen konfrontiert, die sie nur schwer zu akzeptieren vermag.⁴⁶

Solche inneren Konflikte erlebte ich selber andauernd, nicht nur hinsichtlich einzelner Gesetzesbestimmungen, sondern auch in ganz zentralen Bereichen der Strafjustiz. So hegte ich etwa stets erhebliche Zweifel am sozialen Nutzen der in der Praxis weit verbreiteten Anordnung von destruktiven (unbedingten) Freiheitsstrafen. Diese skeptische Haltung gründete einerseits auf einer schon sehr frühen Beschäftigung mit der Praxis des Strafvollzuges und andererseits auf meinen unmittelbaren richterlichen Erfahrungen. So war es mir seit jeher schwer verständlich, aus welchen Gründen unsere Gesellschaft sich veranlasst sah, in einem so drastischen Ausmass in die Freiheitsrechte von straffälligen Menschen einzugreifen. Unterschwellig begleitete mich dabei das nachdenkliche Diktum von EBERHARD SCHMIDT über ein Gefängnis als «steingewordene(n) Riesenirrtum»⁴⁷. Meine tief verwurzelten Bedenken gipfelten in der Frage: Entsprechen unsere überfüllten Strafanstalten wirklich einem unabweisbaren kriminalpolitischen Bedürfnis, das nicht anders zu befriedigen ist? Verlangt da das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) vom Staat nicht erheblich mehr Zurückhaltung?

D. Das Betäubungsmittelstrafrecht als Beispiel

Noch viel grundsätzlicher war meine Skepsis gegenüber dem im Gerichtsalltag so bedeutsamen *Betäubungsmittelstrafrecht*. Diesbezüglich betrachtete ich neben den oft masslosen Freiheitsstrafen auch die damit verbundene Verbotsmaterie für *teilweise illegitim*.⁴⁸ Meine ziemlich dezidierte Position stützte sich sowohl auf kriminalpolitische wie zunehmend auch auf *verfassungsrechtliche* Erwägungen. Dahinter stand (und steht auch heute noch) ein *liberales Staats- und Rechtsverständnis*. Meine Kritik richtete sich allerdings nicht primär gegen das Gesetz an sich, sondern vielmehr gegen die dazu entwickelte Praxis, die sich zuweilen kaum um eine methodisch sorgfältige Gesetzesinterpretation kümmerte. So stiess insbesondere die stark auf Repression und Abschreckung ausgerichtete höchstrichterliche Praxis in zentralen Punkten bei mir auf starke Ablehnung.⁴⁹ Ich anerkannte sehr wohl, dass das geltende Betäubungsmittelgesetz – pointiert ausgedrückt – nicht ganz so schlecht war wie das, was die

46 ALBRECHT (Fn. 31), 2007, S. 13; siehe auch KAUFMANN, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, S. 295 f. – Als illustratives Beispiel sei hier nochmals das höchst kontrovers diskutierte neue strafrechtliche Sanktionenrecht erwähnt.

47 Zuchthäuser und Gefängnisse, Göttingen 1960, S. 5.

48 Diese Haltung hat sich inzwischen noch verstärkt: ausführlich dazu ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), in: Schubarth (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2007, Einleitung, N 36 ff.

49 Siehe z.B. ALBRECHT (Fn. 48), Art. 19 N 208 ff. und 214 ff.

Strafbehörden daraus täglich produzierten. In der Folge davon zielte mein persönliches Anliegen als Richter generell darauf ab, die strafrechtliche Interventionsmacht im Betäubungsmittelrecht möglichst zurückhaltend und massvoll auszuüben.⁵⁰ Es ging mir wesentlich darum, den teilweise überaus lockeren und eigenwilligen Umgang mit den Gesetzesbestimmungen einzudämmen und die ausufernde Eigendynamik der bisherigen Gerichtspraxis an die Gesetzgebung zurückzubinden.

Das Beispiel des Betäubungsmittelgesetzes illustriert, weshalb richterliche Normenkritik – auch unter einem streng juristischen Blickwinkel – auf guten Gründen beruhen und somit durchaus berechtigt sein kann (beispielsweise aus verfassungs- oder völkerrechtlichen Gründen⁵¹). Gelangt ein Richter etwa zur Auffassung, dass eine betäubungsmittelrechtliche Strafbestimmung ein in der Bundesverfassung garantiertes Grundrecht verletzt, so ist er verpflichtet, seine Einsicht gemäss dem Gebot der *verfassungskonformen Gesetzesinterpretation*⁵² für die Urteilsfindung zu berücksichtigen.⁵³ Insoweit betrachtete ich im Bereich der Drogendelinquenz meine Normenkritik in erster Linie als Ausdruck einer gebotenen Verfassungstreue.

Die ausgeprägte normenkritische Haltung wirkte sich für mich bei der Beurteilung konkreter Sachverhalte faktisch unweigerlich auf das eigene Vorverständnis aus. Das soll nun im Folgenden detailliert anhand eines kriminalpolitisch ausserordentlich brisanten Falles erörtert werden, an dessen Beurteilung ich vor vielen Jahren als Gerichtspräsident massgebend beteiligt war. Dieses Vorgehen drängt sich umso eher auf, als die wissenschaftliche Methodenlehre sich kaum je *erstinstanzlichen* Verfahren widmet und folglich *die wichtige Tatsachenebene vernachlässigt*.

50 Das betraf nicht nur das materielle Strafrecht, sondern ebenso die prozessualen Zwangsmassnahmen: vgl. dazu das Beispiel einer verdeckten Ermittlung hinten Ziff. IV.

51 BIAGGINI, «Ratio legis» und richterliche Rechtsfortbildung, in: Die Bedeutung der «RATIO LEGIS», Kolloquium der Juristischen Fakultät Basel, Basel 2001, S. 59.

52 Allgemein dazu statt vieler KRAMER (Fn. 3), S. 100 ff. – Dabei muss man sich freilich vergegenwärtigen, dass die verfassungsmässigen Grundrechte ihrerseits ebenfalls auslegungsbedürftig sind (vgl. z.B. HASSEMER [Fn. 17], S. 11).

53 Siehe z.B. ALBRECHT (Fn. 48), Art. 19 N 123 und 158 sowie Art. 23 N 36.

IV. Die Rekonstruktion eines konkreten Urteils

A. Das Urteil

Das hier zur Diskussion gestellte Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt wurde am 30. November 1983 gefällt.⁵⁴ Es betraf eine Anklage wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, die sowohl in materiell-rechtlicher wie auch prozessualer Hinsicht heikle Fragen aufwarf. Konkret ging es um einen Fall des unbefugten Handels mit Heroin, in welchem ein verhafteter Tatverdächtiger durch die Polizei als V-Mann eingesetzt wurde. Das Gericht gelangte im Laufe der Hauptverhandlung zur Ansicht, dass das Verhalten der Strafverfolgungsbehörde rechtlich unzulässig war, und folgerte daraus ein prozessuales Verfahrenshindernis, aus dem eine Verfahrenseinstellung resultierte.

B. Mein richterliches Vorverständnis

Als die Verfahrensakten auf meinem Bürotisch lagen, befasste ich mich zunächst mit der Anklageschrift. Dieses Schriftstück nahm ich keineswegs «jungfräulich» in die Hand.⁵⁵ Vielmehr war ich schon vor der Kenntnisnahme der ersten Worte geprägt (bzw. sensibilisiert) durch meine privaten wie auch insbesondere beruflichen Lebenserfahrungen, welche die Lektüre begleiteten. Ich las den von der Staatsanwaltschaft geschilderten (und mit Blick auf die Anklage juristisch aufbereiteten) Sachverhalt.⁵⁶ Danach war mein erster Eindruck: Das Verhalten der Behörde, nämlich der Einsatz eines Tatverdächtigen als V-Mann zwecks Überführung weiterer Tatbeteiligter, kann doch nicht zulässig sein! Hinter diesem Gedanken stand die spontane Vermutung, dass der hier manifestierte Eifer der Strafverfolgung ein rechtliches Problem darstellen und allenfalls eine prozessuale Norm verletzen könnte. Noch vor jeglichen detaillierten juristischen Abklärungen hatte ich somit bereits erhebliche Zweifel an der Rechtmässigkeit des polizeilichen Vorgehens.⁵⁷

Dieses Vorverständnis einer rechtlichen Unzulässigkeit war freilich zunächst noch ziemlich vage und wenig reflektiert. Es äusserte sich nicht als feste Überzeugung, sondern eher als ein tastendes Gefühl zwischen meinen damaligen

54 Im vollen Wortlaut wiedergegeben in: Lüderssen (Hrsg.), V-Leute, Die Falle im Rechtsstaat, Frankfurt a.M. 1985, S. 358 ff. (gekürzte Darstellungen in BJM 1984, S. 258 ff. und StV 1985, S. 318 ff.).

55 KAUFMANN (Fn. 46), S. 301.

56 Siehe Urteil (Fn. 54), S. 358 f.

57 Hier zeigt sich auch deutlich, dass das richterliche Vorverständnis sich jeweils nicht nur auf die Interpretation von Gesetzesbestimmungen, sondern ebenso auf das Verständnis des (rechtlich relevanten) *Sachverhaltes* bezieht (vgl. dazu MASTRONARDI, [Fn. 22], N 163 f.).

Rechtskenntnissen und den eigenen Vorstellungen einer Verfahrensfairness.⁵⁸ Konkret handelte es sich um eine vorläufige «juristische Intuition»⁵⁹, die sich bei mir primär aus den bisherigen professionellen Erfahrungen als Richter ergab. Im Vordergrund stand dabei meine allgemeine – durch § 27 Abs. 1 StPO/BS (in der damals geltenden Fassung) geprägte – Abneigung gegenüber täuschenden Ermittlungsmethoden. Erschwerend kam für mich noch hinzu, dass eine Person in Untersuchungshaft für Ermittlungszwecke instrumentalisiert wurde.⁶⁰

Hingegen hatte ich in diesem Stadium noch keine bestimmten Rechtsnormen vor Augen, die möglicherweise auf den konkreten Fall anwendbar wären. Ebenfalls war mir noch vollkommen unklar, wie sich eine allfällige Bestätigung der vermuteten Illegalität des behördlichen Verhaltens auf die Bestrafung der Angeklagten auswirken könnte. Erst recht dachte ich überhaupt nicht an die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung. Insofern war ich noch weit entfernt von einem «Vor-Urteil».⁶¹

C. Vom Vorverständnis zu einem Zwischenverständnis

Das eben geschilderte Vorverständnis leitete sodann das weitere Vorgehen für die Beurteilung des mir vorgelegten Falles. Ich war unmittelbar konfrontiert mit der konkreten Frage, ob der von mir gefühlsmässig beanstandete Einsatz einer inhaftierten Person als V-Mann gegen bestimmte Rechtsnormen versties. Auf der Suche nach den in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen⁶² stand sogleich Art. 23 Abs. 2 aBetmG⁶³ im Vordergrund. Diese Norm regelte im Sinne eines speziellen Rechtfertigungsgrundes, in welchem Umfang ein Beamter zu Ermittlungszwecken sich am Betäubungsmittelverkehr beteiligen darf.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund galt es nun, auf der Sachverhaltsebene zu klären, ob der

58 Diese Offenheit entspricht den Erwartungen an ein faires Verfahren, das «die Ungewissheit über dessen Ausgang» verlangt (DÉDEYAN, Die richterliche Entscheidung, Rechtstheorie 2005, 212, unter Hinweis auf LUHMANN).

59 MASTRONARDI (Fn. 22), N 576.

60 Ergänzend dazu Urteil (Fn. 54), S. 369 f. – Dieser Gesichtspunkt hatte ein umso grösseres Gewicht, als ich in anderen Betäubungsmittelverfahren wiederholt erlebte, wie inhaftierte Beschuldigte unzulässigerweise unter Druck gesetzt wurden, um von ihnen Geständnisse zu erlangen.

61 Zum Begriff des «Vor-Urteils» z.B. MASTRONARDI (Fn. 22), N 228.

62 Siehe auch RÜTHERS/FISCHER (Fn. 18), Rz. 659: «Bereits der Suchvorgang nach den (passenden) Rechtsnormen ist von Vorverständnissen des Rechtsanwenders beeinflusst.»

63 Betäubungsmittelgesetz in der Fassung vom 20.3.1975.

64 Eigentlich hätte man hier vorweg prüfen müssen, ob Art. 23 Abs. 2 aBetmG oder eine andere Bestimmung überhaupt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den V-Mann-Einsatz bildete. Doch diese juristische Problematik erkannte ich in ihrer Tragweite damals (noch) nicht richtig (siehe ALBRECHT, Geheime Zeugenaussagen nicht verwertbar, pläd. 3/1987, S. 25).

den Angeklagten vorgeworfene Heroinhandel über die gesetzlichen Grenzen hinaus polizeilich gesteuert war.⁶⁵

Dem Gericht wurde diese Aufgabe insofern erschwert, als die Staatsanwaltschaft sich weigerte, wichtige Überwachungsprotokolle für den Prozess herauszugeben. Dieses offenkundig pflichtwidrige Verhalten⁶⁶ löste bei mir wie auch bei den übrigen beteiligten Richterinnen und Richtern eine gewisse Verärgerung aus. Es stand der starke Verdacht im Raum, dass die Staatsanwaltschaft mit ihrer Verweigerungshaltung etwas zu verbergen hatte.⁶⁷ Unter diesen prekären Umständen der Beweiserhebung gelangten wir zur Ansicht, dass die behördlich veranlassten Beschränkungen und damit die fehlenden Aufklärungsmöglichkeiten sich zulasten der Staatsanwaltschaft auswirken mussten. Folglich wurde gemäss dem Grundsatz «in dubio pro reo» als wahr unterstellt, dass das zur Diskussion stehende Heroingeschäft von Anfang an polizeilich gesteuert war.⁶⁸

In einem nächsten Schritt ging es nun um die spezifisch betäubungsmittelrechtliche Frage, «welche rechtlichen Konsequenzen aus der Tatsache zu ziehen sind, dass die angeklagten BMG-Widerhandlungen allein auf das tatprovozierende Verhalten der Strafverfolgungsorgane zurückzuführen sind»⁶⁹. Eine Antwort darauf war vorab Art. 23 Abs. 2 aBetmG zu entnehmen. Der Gehalt dieser Norm war anhand der herkömmlichen Auslegungsregeln ziemlich eindeutig zu bestimmen. So sprachen namentlich der Gesetzeswortlaut wie auch dessen Entstehungsgeschichte deutlich für eine enge Interpretation dieses Rechtfertigungsgrundes.⁷⁰ Für abweichende Ansichten aufgrund individuell geprägter Vorverständnisse gab es im konkreten Fall nur wenig Spielraum.⁷¹ Man konnte

65 Ausführlich Urteil (Fn. 54), S. 363 ff. – Hier gelangt zum Ausdruck, dass die prozessuale Konstitution eines Sachverhalts stets mit Blick auf bestimmte Rechtsnormen erfolgt (instruktiv dazu HASSEMER, Juristische Hermeneutik, ARSP 1986, S. 208 ff.; ferner KUHLEN, Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre, ARSP, Beiheft 45, 1992, S. 103 ff. und 110 ff.; KAUFMANN, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann [Hrsg.], Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2011, S. 133 f.).

66 Siehe Urteil (Fn. 54), S. 366.

67 Ich persönlich sah darin meine bisherige Erfahrung bestätigt, wonach sich das Betäubungsmitteldezernat immer wieder eigenwillig über die Prozessordnung hinwegsetzte.

68 Ausführlich dazu Urteil (Fn. 54), S. 366 f., mit Hinweis auf Lehrmeinungen zum deutschen Recht.

69 Urteil (Fn. 54), S. 367.

70 In dieser Meinung bestärkte mich noch zusätzlich der wegweisende Artikel des ehemaligen Bundesanwaltes WALDER, Erlaubte und unerlaubte Fahndungsmethoden, insbesondere bei Verdacht von Rauschgiftdelikten, Krim 1970, 41 ff. – Vgl. auch Urteil (Fn. 54), S. 371 f., mit zahlreichen Hinweisen.

71 Vgl. aber auch RIKLIN, Lockspitzelproblematik, recht 1986, S. 44 f. – Die enge Interpretation des Art. 23 Abs. 2 aBetmG kam meinen eigenen Vorstellungen einer Verfahrensfairness und der generellen Skepsis gegenüber den betäubungsmittelrechtlichen Strafnormen natürlich entgegen.

zwar unter Hinweis auf das Interesse einer effizienten Verbrechensbekämpfung allenfalls für eine weitere Interpretation des Gesetzes eintreten⁷²; doch eine solche kriminalpolitische Überlegung bildete kein genügendes juristisches Argument, um eine Überschreitung des Gesetzeswortlautes zu rechtfertigen.⁷³

Von hier aus betrachtet ergab sich dann die Schlussfolgerung, dass im konkreten Fall der behördliche V-Mann-Einsatz die Grenzen des Art. 23 Abs. 2 aBetmG überschritt und demnach illegal war. Diese Erkenntnis bildete allerdings lediglich einen Zwischenschritt auf dem Weg zum Urteil. Mein ursprünglich ziemlich vages Vorverständnis wurde durch die Auseinandersetzung mit Art. 23 Abs. 2 aBetmG zwar inhaltlich bestätigt. Es entwickelte sich insoweit zu einem *Zwischenverständnis*. Nach wie vor offen blieb hingegen, welche Folgerungen aus dem Verdikt der Illegalität des staatsanwaltschaftlichen Handelns für eine allfällige Bestrafung der Angeklagten zu ziehen waren.

D. Vom Zwischenverständnis zum Urteil

1. *Entscheid für eine Verfahrenseinstellung*

Die zuletzt angesprochene juristische Fragestellung bereitete ganz erhebliche Schwierigkeiten, weil sie damals (November 1983) in keinem Gesetz geregelt war und sich auch die Lehre kaum damit befasst hatte. Vielmehr musste man generell feststellen, dass die schweizerische Prozessrechtswissenschaft (im Gegensatz zur deutschen) das V-Mann-Problem weitgehend verschlafen hatte.⁷⁴ Demzufolge handelte es sich für uns um einen sog. Neulandfall,⁷⁵ zu dessen Lösung Erwägungen aus dem deutschen Recht herangezogen wurden. Wir stellten unter Rückgriff auf das prozessuale Täuschungsverbot sowie auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des «venire contra factum proprium» das widerspruchsvolle Verhalten des Staates in den Vordergrund und folgerten daraus ein Verfahrenshindernis, das zur Einstellung des Prozesses führte.⁷⁶ Die Wider-

72 So z.B. RIKLIN (Fn. 71), S. 46 oder OGer Zürich, ZR 1984, Nr. 124, E. III/5; ergänzend dazu GNÄGI, *Materiellstrafrechtliche und strafprozessuale Fragen des Betäubungsmittelscheinkaufs*, Diss. Bern 1991, S. 42. – Ferner allgemein zur verbreiteten Skepsis sowohl der Rechtsprechung wie auch der Lehre gegenüber der restriktiven Fassung des Rechtfertigungsgrundes: ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht*, Art. 19–28 BetmG, Bern 1995, Art. 23 N 12 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

73 Dabei ist namentlich auch keineswegs geklärt, inwieweit der Einsatz von V-Leuten zur Bekämpfung des illegalen Betäubungsmittelhandels wirklich unentbehrlich ist (kritisch z.B. PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2009, S. 138, mit Hinweisen).

74 ALBRECHT (Fn. 64), S. 25.

75 Zu diesem Begriff SCHUBARTH, *Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität*, recht 1995, S. 151 und KRAMER (Fn. 3), S. 242.

76 Ausführlich Urteil (Fn. 54), S. 367 ff. – Vorweg hätte man hier eigentlich die für die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Justiz zentrale Frage erörtern müssen, ob

sprüchlichkeit des staatlichen Handelns erblickte ich darin, dass der Staat, dem die Verbrechensprophylaxe obliegt, selber ein strafbares Verhalten veranlasste und anschliessend das provozierte Delikt als Grundlage zur Durchsetzung eines Strafanspruchs verwenden wollte. Bedenklich war nicht bloss, dass das Betäubungsmitteldezernat sich auf suspekter Art Beweismittel verschaffte, sondern dass es ausserdem auf illegale und sogar strafbare Weise ein Delikt hervorrief.⁷⁷

2. Interessenabwägung

Akzeptiert man die hier wiedergegebenen Argumente, so bleibt gleichwohl unbeantwortet, weshalb das Gericht sich für den radikalen Weg einer Verfahrenseinstellung entschied und nicht – wie (später⁷⁸) etwa der Kassationshof des Bundesgerichts – für eine Lösung auf der Strafzumessungsebene.⁷⁹ Eine wesentliche Ursache lag u.a. darin, dass wir unseren Entscheid argumentativ auf bedeutsame Stellungnahmen zum deutschen Recht abstützen konnten.⁸⁰ Wir waren damals mit der Abwägung konträrer rechtlich relevanter Interessen konfrontiert.⁸¹ Es standen für uns auf der einen Seite die Durchsetzung des sich aus Art. 19 (Ziff. 2) BetrMG ergebenden Strafanspruchs des Staates und auf der anderen Seite die Einhaltung der durch das Gesetz statuierten Grenzen eines zulässigen V-Mann-Einsatzes.⁸²

die weitreichende Annahme eines Verfahrenshindernisses mit der Folge der Einstellung des Verfahrens ohne explizite Grundlage in der Strafprozessordnung überhaupt zulässig war.

- 77 ALBRECHT (Fn. 64), S. 26. – In derartigen Fällen ist der Gegenstand der Anschuldigung «so kontaminiert», dass er «der weiteren strafprozessualen Verwertung entzogen sein muss» (KINZIG, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? StV 1999, S. 292; teilweise abweichend WIPRÄCHTIGER, Art. 47 StGB N 146 f., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007).
- 78 Ob uns damals das nicht veröffentlichte Urteil des Bundesgerichts vom 19.7.1983 in Sachen X. (zitiert bei GNÄGI [Fn. 72], 92) bekannt war, weiss ich heute nicht mehr.
- 79 Ausführlich zur bundesgerichtlichen Strafzumessungslösung WIPRÄCHTIGER (Fn. 77), N 144 ff.
- 80 Ausführlich Urteil (Fn. 54), S. 367 ff.; ergänzend dazu GNÄGI, (Fn. 72), S. 94 f. – Die Akzeptanz dieser Stellungnahmen fiel mir umso leichter, als sie meiner generellen Abneigung gegenüber täuschenden Ermittlungsmethoden (dazu vorne Ziff. IV/B) sehr entgegenkamen. Nur am Rande sei noch erwähnt, dass der prozessrechtliche Lösungsansatz sich heute zusätzlich auf ein Urteil des EGMR vom 9.6.1998 berufen könnte (dazu ALBRECHT [Fn. 48], Art. 23 N 34; vgl. aber auch KÖRNER, Betäubungsmittelgesetz, 6. Aufl., München 2007, § 29 Rz. 628 f., mit weiteren Hinweisen).
- 81 Hier wäre noch genauer zu prüfen gewesen, ob die Lösung aus dem deutschen Recht überhaupt auf das schweizerische Recht passte. In diesem Zusammenhang gilt es auch zu berücksichtigen, dass inzwischen schon seit einiger Zeit der deutsche Bundesgerichtshof eine Strafzumessungslösung vertritt (z.B. BGE 45, 321 ff., mit ausführlicher Begründung; weitere Hinweise bei KÖRNER [Fn. 80], § 29 Rz. 624 ff.).
- 82 Die volle Tragweite dieses äusserst komplexen Interessengegensatzes war uns damals nicht vollständig bewusst. Um mich in die anspruchsvolle materiell- wie prozessrechtliche

Den *Vorrang eines fairen (möglichst «täuschungsfreien»⁸³) Verfahrens*, d.h. der strikten Beachtung der genannten Grenzen, gegenüber dem staatlichen Strafanspruch leitete ich aus den Zielsetzungen des Art. 23 Abs. 2 aBetmG ab und zog daraus entsprechende prozessuale Konsequenzen.⁸⁴ Aufgrund dieser Gesetzesbestimmung war die im Strafverfahren festgestellte Grenzüberschreitung nicht bloss illegal, sondern überdies prinzipiell *strafbar*.⁸⁵ Das Verdikt der Strafbarkeit verlieh dem Interesse der Befolgung der gesetzlichen Limiten ein qualifiziertes Gewicht. Um diesem legislativen Entscheid einen hinreichenden Respekt der Strafverfolgungsbehörde zu verschaffen, hielt ich «harte» prozessuale Sanktionen für unerlässlich.⁸⁶ Gerade mein Misstrauen gegenüber dem Betäubungsmitteldezernat, das auf negativen Erfahrungen beruhte⁸⁷ und im neuen Prozess noch verstärkt wurde, führte zum Willen, ein deutliches Signal für die Zukunft auszusenden. Demgegenüber erlangte der staatliche Strafanspruch einen geringeren Stellenwert, dies angesichts meiner allgemeinen erheblichen Zweifel an der Legitimität der betäubungsmittelrechtlichen Strafnormen.⁸⁸

3. *Lücken in der Argumentation*

Das eben skizzierte Bemühen um eine (nachträgliche) Offenlegung der Hintergründe der vom Strafgericht getroffenen Interessenabwägung vermittelt lediglich eine beschränkte Transparenz der Urteilsfindung. Manche Fragen hätten noch vertieft werden können, z.B.: Nach welchen materiellen Kriterien erfolgten die Auswahl und die Gewichtung der gegeneinander abzuwägenden Interessen? Welchen Bezug wiesen diese Kriterien zum Gesetz auf? Oder hing das Gericht etwa weitgehend in der Luft, und musste der Entscheid zugunsten einer Verfahrenseinstellung in einer mehr oder minder «freien» Rechtsfindung getroffen

Materie (ausführlich dazu GNÄGI [Fn. 72], 91 ff.) hinreichend einzuarbeiten, fehlte schlicht die erforderliche Zeit. Dementsprechend fielen denn auch die diesbezüglichen unmittelbar fallbezogenen Erwägungen im schriftlichen Urteil vergleichsweise knapp aus (siehe Urteil, a.a.O. [Fn. 54], 374 f.).

- 83 In seiner neuesten Rechtsprechung zur verdeckten Ermittlung nimmt heute auch das Bundesgericht beim Betäubungsmittelscheinkauf das *Täuschungsmoment* erfreulicherweise sehr ernst (BGer, 8.3.2010, StrA, 6B_743/2009 E. 3.4; BGer, 8.3.2010, StrA, 6B_837/2009 E. 3.5; BGer, 22.4.2010, StrA, 6B_207/2010 E. 3.2. und 4).
- 84 Im Ergebnis zustimmend PIETH (Fn. 73), 136 und KNODEL, Art. 293 StPO N 12 f., in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011.
- 85 ALBRECHT (Fn. 64), S. 26; ebenso sehr deutlich Urteil (Fn. 54), S. 374 f. – Auch für RIKLIN (Fn. 71), S. 44, bildet die Strafbarkeit ein gewichtiges Argument.
- 86 ALBRECHT (Fn. 64), S. 26; kritisch gegenüber einer solchen Disziplinierung indessen BGH 33, 284 und SEELMANN, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 1983, S. 825 f.
- 87 Siehe vorne Fn. 60 und 67.
- 88 Zu diesen Zweifeln vorne Ziff. III/D.

werden? Einigermassen präzise Antworten darauf fehlen offensichtlich (dies zumindest in der Urteilsbegründung). Doch selbst wenn das Gericht die prozessrechtliche Problematik des illegalen V-Mann-Einsatzes noch gründlicher behandelt hätte, so wäre eine volle Transparenz der überaus komplexen Entscheidungsfindung gleichwohl nicht zu erreichen gewesen. Die Auswahl und Gewichtung der relevanten Interessen sowie deren gegenseitige Abwägung waren nämlich unvermeidbar mit individuellen Wertungen der beteiligten Richterinnen und Richter verbunden. Dies sind Wertungen, die nur schwer objektivierbar und somit auch nur begrenzt einer rationalen Begründung zugänglich sind.

Abgesehen davon fällt auf, dass von den hier ausführlich erörterten individuell-subjektiven Komponenten der Rechtsfindung in den schriftlichen Urteilerwägungen nichts zu erkennen ist. Das gilt namentlich auch für meine Normenkritik, d.h. die generelle Skepsis gegenüber einer Legitimation der betäubungsmittelrechtlichen Strafbestimmungen, die im Urteil mit keinem Wort auch bloss angedeutet wurde. Das mag zunächst vielleicht erstaunen. Doch ein Blick in die Rechtsprechungstätigkeit der Gerichte insgesamt zeigt – auch heute noch – ganz allgemein, dass trotz der neueren Erkenntnisse der juristischen Hermeneutik die Gerichte nach wie vor vom traditionellen Subsumtionsdogma beherrscht sind.⁸⁹ Vorherrschend bleibt die dienende Rolle des Richterspruchs im Verhältnis zur Kodifikation.⁹⁰ Wegleitend ist dabei die alte Vorstellung, «dass der Richter an das Gesetz gebunden ist und es letztlich vom Gesetz und nicht vom Richter bestimmt wird, was rechtens und was nicht rechtens ist»⁹¹. Vor dem Hintergrund einer solchen «Verheissung logisch-objektiver Rechtsanwendung» versteht sich die Scheu des Gerichts, den irrationalen Anteil seiner Entstehung mitzuteilen.⁹²

Für das hier interessierende V-Mann-Urteil kommt noch der Umstand einer durch ein Kollegialgericht getroffenen Entscheidung hinzu. Durch die Beteiligung mehrerer Personen an der Rechtsfindung standen entsprechend unterschiedliche subjektive Wertvorstellungen einander gegenüber. Das führte im Ergebnis zu einer gewissen Nivellierung der individuellen Standpunkte und förderte zugleich die geringe Transparenz der Urteilsbegründung. Vor allem aber unterliess ich es bewusst, meine kritische Haltung gegenüber dem Betäu-

89 Demgegenüber sind methodenbewusst reflektierende Äusserungen, wie sie WIPRÄCHTIGER formulierte (dazu vorne Ziff. II), in der Justiz immer noch eine Seltenheit. So wage ich kaum zu fragen, wer von den in der Schweiz derzeit amtierenden Richterinnen und Richtern das für die juristische Methodik grundlegende Werk von ESSER (vorne Fn. 23) schon einmal gelesen hat.

90 Siehe HASSEMER (Fn. 16), S. 254.

91 OGOREK, Hermeneutik in der Jurisprudenz, in: Aufklärung über die Justiz, Erster Halbband, Frankfurt a.M. 2008, S. 113.

92 OGOREK, Alltagstheorien/Sonntagstheorien, in: Forstmoser/Honsell/Wiegand, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 132, Fn. 14; siehe auch LAMPRECHT (Fn. 29), S. 93.

bungsmittelstrafrecht offen in die mündliche Urteilsberatung einzuführen und damit für eine Verfahrenseinstellung zu votieren. Denn dieses Argument wäre voraussehbar nicht mehrheitsfähig gewesen. Trotzdem entschied sich das Gericht indessen für die Einstellung des Strafverfahrens gegen die Angeklagten. Ausschlaggebend hierfür war, soweit ich mich zu erinnern vermag, neben der starken Gewichtung der Verfahrensfairness namentlich die Verärgerung, welche die Staatsanwaltschaft durch ihr pflichtwidriges Verhalten ausgelöst hatte.⁹³

E. Schlussfolgerungen für die Methodenlehre

Der einlässlich dargelegte Versuch⁹⁴ der Rekonstruktion und Analyse eines konkreten Strafurteils hat in methodischer Hinsicht verschiedene Erkenntnisse hervorgebracht. Zunächst zeigt sich, dass die klassischen Auslegungsregeln für die Interpretation des Art. 23 Abs. 2 aBtmG Hilfe bieten konnten. Auf ihrer Grundlage liess sich nämlich festhalten, dass der polizeilich gesteuerte V-Mann-Einsatz illegal (und sogar strafbar) war.⁹⁵ Andererseits offenbarten sich aber auch die evidenten Grenzen der Leistungsfähigkeit der Methodenlehre, und zwar konkret bei der Frage nach den rechtlichen Folgen der Illegalität des behördlichen Verhaltens für die Bestrafung der Angeklagten. Diesbezüglich war das Gericht weitgehend auf sich selbst gestellt und musste die erforderliche heikle Interessenabwägung in hohem Masse anhand eigener Wertungen vornehmen.⁹⁶ Aus einer nachträglichen Optik sind freilich gewisse methodische Mängel in der Rechtsfindung nicht zu übersehen, was sich angesichts der Komplexität der Rechtsprobleme und des Entscheidungszwangs innerhalb eines limitierten Zeitrahmens⁹⁷ leicht versteht. Trotzdem fragt sich natürlich, ob der Gesetzgebung damals nicht doch mehr zu entnehmen war, als wir wahrnahmen. Überschritten wir mit dem kühnen Sprung zu einer Verfahrenseinstellung als Gericht möglicherweise unsere rechtsschöpferische Kompetenz?

Wie auch immer man diese Fragen beantworten mag, etwas lässt sich nicht in Abrede stellen: Die individuellen Vorstellungen der beteiligten Richterinnen

93 Dazu vorne Ziff. IV/C.

94 Es ist da bewusst die Rede von einem «Versuch»: Die nachträgliche Rekonstruktion eines Falles, der fast drei Jahrzehnte zurückliegt, ist nicht unproblematisch. Sie stützt sich hier vorwiegend auf die schriftlichen Urteilserwägungen und das eigene Gedächtnis. Angesichts des Zeitablaufs sind freilich Lücken und Verzerrungen der Erinnerung unvermeidbar. Ausserdem besteht – trotz selbstkritischem Bemühen um Offenheit und Ehrlichkeit – die erhebliche Gefahr, die damalige eigene Rolle als «methodenbewusster» Richter aus heutiger Sicht rückblickend ein wenig zu retouchieren oder gar zu verklären.

95 Dazu vorne Ziff. IV/C und D/2.

96 Dazu vorne Ziff. IV/D.

97 In der Sprache der Methodenlehre ausgedrückt: Es bestand ein Zwang, den «hermeneutische(n) Zirkel abubrechen» (KUNZ/MONA [Fn. 14], Kp. 6 Rz. 46).

und Richter über eine zweckmässige und gerechte Beurteilung des unbefugten Betäubungsmittelhandels übte einen erheblichen Einfluss auf das Ergebnis aus. Für mich persönlich spielte die eigene normenkritische Einstellung eine entscheidungsrelevante Rolle. Für die Urteilsfindung des gesamten Richterorgans war dieser Aspekt hingegen von untergeordneter Bedeutung.⁹⁸

V. An den Grenzen der juristischen Methodenlehre

A. Die limitierte Leistungsfähigkeit

Aus meinen bisherigen Überlegungen lässt sich zusammenfassend festhalten: Die gelehrte Methodik zur Anwendung von Gesetzen weist immanente *Grenzen der Leistungsfähigkeit* auf, nicht zuletzt deshalb, weil sie die Handlungsbedingungen der juristischen Praxis (namentlich jene der kantonalen Instanzen) nur ungenügend wahrnimmt.⁹⁹ Sie muss folglich die Gerichte immer wieder im Stiche lassen.¹⁰⁰ Das theoretische Programm leidet an einem Praktikabilitätsmanko und verspricht tendenziell mehr, als es zu halten vermag. Es erreicht das gesteckte Ziel, wenn überhaupt, so jedenfalls weit unterhalb des vorgegebenen Anspruchsniveaus.¹⁰¹ Ausserdem darf man nicht vergessen, dass über die Tragweite einer Rechtsnorm weder der Gesetzgeber noch die Methodenlehre entscheiden, sondern die urteilenden Instanzen durch den Anwendungsakt im Einzelfall. Sie verleihen in eigener Verantwortung dem Gesetz seinen konkreten Inhalt und urteilen darüber, wo die Grenze zwischen Recht und Unrecht verläuft.¹⁰²

Abgesehen davon sind die von der Wissenschaft vorgelegten methodischen Richtlinien derart anspruchsvoll, dass sie die Gerichte regelmässig überfordern (zumal in den Kantonen auch juristische Laien an der Rechtsfindung mitwirken).¹⁰³ Folglich läuft die hoch differenzierte juristische Methodenlehre an der (kantonalen) Justiz weitgehend unbeachtet vorbei.¹⁰⁴ Jedenfalls erörterte ich während meiner langjährigen Tätigkeit als erstinstanzlicher Strafrichter in

98 Dazu vorne Ziff. IV/D/3.

99 Weiterführend unter dem Titel der richterlichen *Pragmatik* HASSEMER, a.a.O. (Fn. 17), 17 ff.

100 ALBRECHT (Fn. 31), 2007, S. 16; ferner lesenswert SEELMANN, *Wozu Rechtsphilosophie?*, BJM 1997, S. 68 ff.

101 Instruktiv hierzu etwa STRAUCH, *Theorie-Praxis-Bruch – aber wo liegt das Problem?*, *Rechtstheorie* 2001, S. 197 ff.; ferner HASSEMER, (Fn. 17), S. 14.

102 Instruktiv dazu HASSEMER (Fn. 16), S. 260 f.

103 ALBRECHT, *Das Geheimnis der «ratio legis» aus der Sicht eines erstinstanzlichen Strafrichters*, in: *Die Bedeutung der «RATIO LEGIS»*, Kolloquium der Juristischen Fakultät Basel, Basel 2001, S. 69 f.

104 Im gleichen Sinne aus deutscher Sicht HASSEMER (Fn. 17), S. 14: «Die Praxis nimmt die methodologische Wissenschaft nicht zur Kenntnis; sie stellt, wenn nötig, ihre methodischen Bausteine ad hoc selber her, beruft sich, wenn es hochkommt, auf frühere Judikate und umgeht die Theorie wie der Teufel das Weihwasser.»

einer Urteilsberatung kaum einmal vertieft eine Frage der Auslegungsmethodik.¹⁰⁵

Der beklagte Mangel ist heute besonders akzentuiert, weil seit einiger Zeit der Trend zu weit gefassten und vagen Gesetzesbestimmungen erheblich zugenommen hat. Die gegenwärtige «Modernisierung» des Strafrechts erfolgt vorab mittels zukunftsorientierter und flexibler normativer Programme, womit sich unvermeidbar die Handlungsspielräume in der Rechtsanwendung vergrössern. Angesichts der Unbestimmtheit zahlreicher Rechtsnormen und der unzureichenden methodischen Anweisungen wird die Justiz dazu gedrängt, «ihre Entscheidungskriterien aus dem vorhandenen Rechtsmaterial» selbst zu bilden.¹⁰⁶ Sie muss dabei auch eigenständig Wertungen vornehmen und Richtigkeitskriterien entwickeln.¹⁰⁷ Sie steht also häufig unter dem Zwang, eine sachgerechte Lösung auf eigene Faust zu finden.¹⁰⁸ Die richterliche Gesetzesbindung endet unweigerlich dort, wo dem Erlass der Legislative für die Beurteilung des konkreten Falles keine Antwort auf die gestellte Rechtsfrage zu entnehmen ist.

B. Die subjektiven Einflüsse

Vor dem geschilderten Hintergrund wird ohne weiteres verständlich, dass der *Individualität* der an einem Urteil beteiligten Personen regelmässig eine *ausserordentlich grosse Bedeutung* zukommt. Das geht weit über den in der richterlichen Persönlichkeit verankerten «Rest des «Unerklärlichen und Unauflösbaren» ...»¹⁰⁹ hinaus. Hervorzuheben bleibt, dass die Verbannung der individuellen richterlichen Grundhaltung gegenüber den Gesetzen aus der Rechtsprechung weder möglich noch erstrebenswert ist (zumindest solange sich daraus keine willkürliche Eigenmächtigkeit entwickelt). Dementsprechend wirkt denn auch jemand, der behauptet, seine Urteile «völlig objektiv» unmittelbar (und ausschliesslich) aus dem Gesetz abgeleitet zu haben, auf mich leicht unheimlich.¹¹⁰ Das erinnert an die von Arthur Kaufmann¹¹¹ formulierte Frage, «wie man sich eigentlich einen solchen Richter, den nichts, aber auch gar nichts anderes leitet

105 Zur *methodischen Subkultur* in der Alltagspraxis ALBRECHT (Fn. 103), S. 72 ff. – Illustrativ ferner WALTER (Fn. 15), S. 127 ff., zur Divergenz zwischen doktrinärer und richterlicher Hermeneutik.

106 GRIMM, Politik und Recht, in: Klein (Hrsg.), Festschrift für Ernst Benda, Heidelberg 1995, S. 101.

107 GRIMM (Fn. 6), S. 103.

108 ALBRECHT (Fn. 103), S. 74.

109 WIPRÄCHTIGER, Art. 4 StPO N 13, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011; ferner vorne Fn. 13.

110 Ähnlich auch WIPRÄCHTIGER (Fn. 2), S. 144. – Man kann in dieser Entlarvung einer vermeintlichen Objektivität «eine bedeutsame ideologiekritische Leistung» der juristischen Hermeneutik erblicken (so KUNZ/MONA [Fn. 14], Kp. 6 Rz. 47).

111 Vgl. (Fn. 46), S. 295.

als einzig das Recht, in concreto vorstellen soll? Hat er kein *Gewissen*, das zum Recht Stellung bezieht, zustimmend, zweifelnd und mitunter auch ablehnend?»

Trotz allem wird – so scheint es mir – die evidente Subjektivität der Rechtsfindung von der Wissenschaft allgemein unterschätzt.¹¹² Bei der Lektüre einschlägiger Abhandlungen gewinnt man zuweilen den Eindruck, dass die Person des Richters als zwar unvermeidbarer, aber doch eher lästiger Störfaktor betrachtet wird, dem man mit einem gewissen Argwohn begegnet. In der Rechtswissenschaft herrscht eine starke Tendenz, den persönlichen Einfluss auf die jeweiligen Gerichtsentscheide einerseits prinzipiell anzuerkennen, ihn andererseits aber dem Versuch einer weitgehenden «Objektivierung» zuzuführen.¹¹³ So obliegt der Methodenlehre beispielsweise nach der Auffassung von Kramer die Aufgabe, «den Spielraum reiner Subjektivität, die ja letztlich Willkür bedeutet, möglichst einzuschränken und die Interpretation damit möglichst zu «verobjektivieren», zu «rationalisieren» ...»¹¹⁴. Es entsteht da – überspitzt formuliert – das Bild eines individualisierten Restrisikos im Gebäude der wissenschaftlichen Methodik.

C. Die Normenkritik und das Gebot der Gesetzesbindung

Die Skepsis (wenn nicht gar Ablehnung) gegenüber einzelnen Gesetzesbestimmungen ist offenkundig ein verbreitetes Phänomen im Alltag der Justiz. Es beruht zum Teil auf gut nachvollziehbaren und legitimen Gründen, führt andererseits aber auch immer wieder zur Verletzung des verfassungsmässigen Gebotes der richterlichen Gesetzesbindung. Die ausgefeilte juristische wissenschaftliche Methodik hat das nicht verhindert (und wird es auch in Zukunft nicht verhindern können). Dies darf man von ihr auch nicht erwarten; denn sie ist insofern «wertneutral», als sie selber keine rechtspolitischen Wertungen vornimmt.¹¹⁵ Überdies ist zu beachten, dass die Beurteilung von Streitfällen durch Gerichte stets voluntative Elemente enthält.¹¹⁶ Gegen eine standhafte Weigerung der Justiz, die geltenden Gesetzesbestimmungen *lege artis* anzuwenden, vermag nun aber die juristische Methodenlehre – wie die Praxis eindrucksvoll belegt – verständlicherweise nichts auszurichten.

Wirksamere Mittel gegen den möglichen Machtmissbrauch einer eigenmächtigen Justiz sind primär auf einer anderen Ebene zu suchen. Neben einer

112 So fällt beispielsweise auf, dass KRAMER in seinem grundlegenden Werk zur Methodenlehre das «Vorverständnis des Interpreten» erst ganz am Ende des Buches ausführlich erörtert (Fn. 3), S. 306 ff.).

113 Das ist auch bei WIPRÄCHTIGER deutlich spürbar (siehe vorne Ziff. II).

114 Vgl. (Fn. 3), S. 47 f. – Gegenüber KRAMER sehr kritisch und polemisch LAHUSEN, Methodenarchiv, KritV 2007, S. 38 ff.

115 Vgl. OGOREK, Gefährliche Nähe? Richterliche Rechtsfortbildung und Nationalsozialismus, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 170.

116 Dazu vorne Ziff. III/A.

stärker praxisorientierten («pragmatischen») Methodenlehre¹¹⁷ braucht es zur Absicherung der Gesetzesbindung zusätzlich vor allem *prozessuale Leitplanken*. Wenn der Gesetzgeber ein Interesse daran hat, dass seine Vorgaben an die Rechtsanwendung mehr Beachtung finden werden, sollte er die *Verfahrensordnungen* entsprechend ausgestalten. Die betreffenden Konzepte sind darauf auszurichten, dass der individuelle Einfluss des einzelnen Richters (samt seinen Vorverständnissen) auf die Rechtsfindung durch ergänzende Sichtweisen anderer Personen möglichst weitgehend und wirksam ausgeglichen wird. So liesse sich die Gefahr eines richterlichen Widerstandes gegen die Rechtsordnung wenigstens eindämmen. Hierfür bedarf es indessen eines gesetzlichen Rahmens, der für die Beurteilung konkreter Fälle eine Wahrheits- und Rechtsfindung gewährleistet, über die unter Mitwirkung der Prozessparteien vor einem unabhängigen Richter verhandelt wird.¹¹⁸

Doch von einem solchen Idealzustand sind wir im *Strafrecht* gegenwärtig weit entfernt. Gerade die soeben in Kraft getretene Schweizerische Strafprozessordnung weist in eine ganz andere Richtung; sie setzt nämlich – von der Politik angetrieben – markant auf eine Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung.¹¹⁹ Gleichzeitig findet eine augenfällige *Demontage der Gerichte* als dritter Gewalt statt, indem wichtige richterliche Funktionen – die Rechtsfindung eingeschlossen (!) – in die Hände der Staatsanwaltschaft verschoben werden.¹²⁰ Das zeigt sich vor allem in der verkümmerten Unmittelbarkeit der richterlichen Hauptverhandlung (Art. 343 StPO) und im Ausbau des Strafbefehlsverfahrens (Art. 352 ff. StPO). So werden in der Praxis immer häufiger Strafsanktionen ohne unmittelbare richterliche Beweisaufnahme und in den weitaus meisten Fällen sogar ohne jegliche Mitwirkung eines Gerichts verhängt.¹²¹ Die derart angestrebte *Machtkonzentration bei der Staatsanwaltschaft* deute ich als Anzeichen eines grundlegend veränderten Prozessverständnisses.¹²² Die traditionelle Aufgabe einer tatverdachtsbezogenen Wahrheit- und Rechtsfindung wird zunehmend verdrängt und durch andere, teilweise vom Strafrecht losgelöste Zielsetzungen überlagert. Das Strafverfahren mit seinen einschneidenden Zwangsmassnahmen unterliegt derzeit einer bedenklichen Instrumentalisie-

117 Sehr bedenkenswerte theoretische Ansätze bei HASSEMER (Fn. 17), S. 13 ff.

118 Unter methodischen Aspekten drängt sich das deshalb auf, weil «Interpretation ... notwendigerweise perspektivengebunden» ist (KUNZ/MONA [Fn. 14], Kp. 6 Rz. 39; illustrativ mit Blick auf die prozessuale Wahrheit KRAUSS, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, recht 1986, S. 80 f.).

119 Siehe PIETH (Fn. 73), S. 191 ff.

120 Vgl. PIETH (Fn. 73), S. 56 f.

121 Auch WIPRÄCHTIGER plädierte (leider) für einen Ausbau des Strafbefehlsverfahrens (Strafrecht und Strafvollzug in der Krise?, Jusletter, 15.1.2001, Rz. 33).

122 ALBRECHT, Brauchen wir «Schnellrichter» in der Strafjustiz?, AJP 2004, S. 902 f. – Illustrativ zu den vergleichbaren Entwicklungen im deutschen Recht FORNAUF, Die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im rechtsstaatlichen Strafrecht, KritV 2010, S. 221 ff.

rung für sachfremde rechtspolitische Anliegen (etwa als Mittel der Ausländerpolitik). Der generelle Bedeutungsverlust der Strafrichterinnen und -richter verbindet sich unweigerlich mit dem schwindenden Interesse an einer unabhängigen *Rechtsprechung*. Die politischen Zwecke und *nicht das Recht* rücken in den Vordergrund der gesellschaftlichen Aufmerksamkeit.

In dem hier skizzierten Umfeld ist eine Aufwertung der wissenschaftlichen Auslegungsregeln kaum zu erwarten. Die neueren Entwicklungen in der Strafprozessgesetzgebung schaden jedenfalls der verfassungsrechtlich geforderten Bindung der rechtsanwendenden Instanzen an die Gesetzgebung und höhlen die staatliche Gewaltenteilung zugunsten eines Machtzuwachses der Exekutive aus. Was bedeutet das nun für die *Zukunft der juristischen Methodenlehre*? Wie hat sie sich auf das Faktum einzustellen, dass im Alltag der Strafjustiz zunehmend mehr die *Staatsanwaltschaft* die Rechtsfindung bestimmt und so «ihre Auffassung von guter Strafrechtspflege weitgehend ungehindert umzusetzen»¹²³ vermag?

123 BOMMER, Kurzer Prozess mit dem abgekürzten Verfahren?, in: Heer (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Bern 2010, S. 168.

Die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess als systemische Notwendigkeit

VON DOROTHE LOGNOWICZ/STEFAN WIPRÄCHTIGER

«Die Justiz muss sich viel mehr einschalten, wenn es um rechtspolitisch wichtige Themen geht. Die Anwendung des Rechts gehört zu unserem Kerngeschäft. Wenn darüber diskutiert wird, sind Juristen meiner Meinung nach sogar verpflichtet, ihre Ansichten in der Öffentlichkeit zu äussern.»¹

I. Einleitung

Nach kontinentaleuropäischem Rechtsdenken ist das Gesetz der Star und der Richter sein Masseur, der mit allerlei Fertigkeiten das Gesetz gezielt auf den entsprechenden Sachverhalt hin fit macht. Das Urteil des Richters stellt keine grosse kreative Leistung, sondern vielmehr einen handwerklichen Schliff dar, der dem Gesetz zu seiner ihm innewohnenden Strahlkraft verhilft. Wenig überraschend zeichnet das weit verbreitete Richterbild eine ernste unnahbare Person in schwarzer Robe, die nur spricht, wenn das Gesetz etwas zu sagen hat. Der Richter als Sprachrohr, als Subsumtionsautomat, der dem Sachverhalt seine entsprechende Gesetzesquelle zuordnet.

Eine Drehung um 180 + 1 Grad und der Jubilar Dr. Hans Wiprächtiger rückt ins Blickfeld des erstaunten Rechtsunterworfenen: Kann «Jonny» ein Richter sein? Bisweilen sanft und sublim, dann wieder unbeugsam und ungeschminkt, doch nie langweilig und immer leidenschaftlich tritt er an die Öffentlichkeit, um namentlich im Gesetzgebungsprozess Stellung zu beziehen.² Zur Kenntnis

1 WIPRÄCHTIGER, «Vorwurf der Kuscheljustiz ist falsch», *Neue Luzerner Zeitung* vom 6.7.2010.

2 Jüngst im Rahmen der geplanten Revision des Sanktionensystems des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafrechts (Streichen der Geldstrafe und Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafen) und der Revision betreffend die Strafharmonisierung des besonderen Teils des Strafgesetzbuches (Erhöhung zahlreicher Straffrahmen). JONNY WIPRÄCHTIGER ist es ein grosses Anliegen, die von der öffentlichen Meinung rund um das Schlagwort der «Kuscheljustiz» getragenen Gesetzesänderungsvorhaben als realitätsfremd und substanzlos nachzuweisen, gerade indem er als Richter seinen Sachverstand und seine Fronterfahrung an die Öffentlichkeit trägt. Vgl. dazu eine kleine Auswahl: «Bundesrichter widerspricht Bundesrat», *Tagesanzeiger* vom 6.7.2010; «Bundesrichter: Höhere Strafen führen nicht zum Erfolg», *Tagesanzeiger* vom 11.4.2009; «Bundesrichter lehnt Strafrechts-Revision ab», *Blick* vom 11.4.2009; «Bundesrichter: Härtere Strafen vermindern die Kriminalität nicht», *Tagesanzeiger* vom 29.5.2009; «Harte Strafen helfen nicht», *Das Magazin* vom 29.5.2009; «Bundesrichter stellt sich gegen Bundesrat», *20 Minuten-Online* vom 13.12.2008. «Bundesrichter fordert schnellere Justiz», *20 Minuten-Online* vom 11.4.2004.

genommen, dass Jonny Wiprächtiger seit mehr als 35 Jahren Richter (davon 21 Jahre am Bundesgericht) ist, stellt sich in Anbetracht des soeben ausgeführten und in der Gesellschaft noch heute weit verbreiteten Richterbildes die Frage, ob sich hier nicht der Masseur zum Star mache. Der Richter hat das Gesetz anzuwenden und sonst nichts. Er ist stiller Hüter des Rechts. Mischt sich ein Richter in den Gesetzgebungsprozess ein, stellt er sich einerseits über das Gesetz und verletzt andererseits die Gewaltentrennung, so der Vorwurf.

Die nachfolgenden Ausführungen sind diesem Vorwurf gewidmet. Die Schwierigkeit besteht u.E. darin, dass nicht nur rechtliche, sondern vor allem auch politische Fragestellungen tangiert sind. Gesetzgebung ist ebenso ein politischer wie rechtlicher Prozess. Die Systemtheorie nach Niklas Luhmann trägt genau dem Rechnung: Sie erlaubt es, Politik und Recht als voneinander unabhängige Systeme anzuschauen, ohne deren Verbindung zu leugnen. Vor diesem Hintergrund soll die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess anhand der Systemtheorie untersucht werden. Dass Niklas Luhmann wohl noch weniger mit dem Jubilaren gemein hat, als dieser mit dem traditionellen Richterbild, entbindet die unanstehenden Gedanken überdies vom Verdacht, auf Jonny Wiprächtiger zugeschnitten zu sein – was immer das Ergebnis sein wird, es basiert auf dem Werk eines trockenen Theoretikers.

Eingangs wird die Systemtheorie nach Niklas Luhmann kurz vorgestellt (II.). Im Duktus der Systemtheorie folgt die Darstellung des Gesetzgebungsprozesses, als Teil des politischen Systems, als Teil des rechtlichen Systems und als Verbindung zwischen beiden (III.). Auf der Grundlage eines ausgearbeiteten Gesetzgebungsprozesses kann dann die Einmischung des Richters aus rechtlicher Sicht (IV.) und aus politischer Sicht (V.) näher betrachtet werden, um zuletzt ein Fazit zu ziehen (VI.).

II. Die Systemtheorie nach Niklas Luhmann³

Die Systemtheorie nach Niklas Luhmann ist eine Gesellschaftstheorie. Sie fasst Gesellschaft als System auf, das aus Kommunikation besteht: Alles, worüber in irgendeiner Form (Sprache, Schrift, Druck und Funk) kommuniziert werden kann, ist Gesellschaft.

Gesellschaft erscheint vor diesem Hintergrund als soziales System, im Gegensatz zu biologischen Systemen (Organismen) und psychischen Systemen (Bewusstsein). Organismen und Bewusstsein bilden denn die Umwelt der Gesellschaft, die genau dadurch entsteht, dass sie kommuniziert – und eben nicht wie

3 Vgl. mit einer Kurzübersicht CALLIERS, Systemtheorie, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2008, S. 57–75; anschaulich LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, 5. Aufl., Heidelberg 2009; umfassend DERS., *Soziale Systeme*, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1999.

ein Organismus lebt oder wie das Bewusstsein denkt.⁴ Aus dieser Theorieanlage folgt, dass nicht der Mensch, sondern exklusiv seine Kommunikation Gesellschaft ist. Gesellschaft besteht nur aus Kommunikation. Das bedeutet, dass Kommunikation auch nur aus Kommunikation hervorgehen kann, dass Gesellschaft selbsterzeugend bzw. im systemtheoretischen Jargon: autopoietisch organisiert ist. Das Konzept der Autopoiesis der Gesellschaft begreift Kommunikation als Operation von Gesellschaft, wie die Zelle die Operation des Körpers darstellt: die Reproduktion von Kommunikation mit Hilfe von Kommunikation, oder eben die Reproduktion von Zellen durch Zellen. Das soziale autopoietische System der Gesellschaft ist demnach, was es tut – es operiert.

Damit das System Bestand haben und seiner autopoietischen Natur Genüge leisten kann, muss also auf jede Operation wieder eine Operation folgen. Eine derartige Kontinuität ist allerdings mit dem Problem konfrontiert, dass es immer mehr Möglichkeiten gibt, den Anschluss von einer Operation zur nächsten zu gestalten, als das System aktualisieren kann. Dieses Problem wird als Komplexität identifiziert. Um Kontinuität herstellen zu können, muss das System Komplexität abbauen. Komplexität wird im System dadurch reduziert, dass sie strukturiert wird: Strukturen begrenzen den Anschlussbereich der Operation, an die der Anschluss geleistet werden soll. Gleichzeitig steigern Strukturen die Komplexität, weil jede zusätzliche Struktur in der ganz eigentlichen Erfüllung ihrer Aufgabe neue Operationen ermöglicht und dadurch erhöhte Komplexität hervorruft, die wiederum nur durch neue Strukturen reduziert werden kann.⁵ Daraus folgt, dass die Komplexität der Gesellschaft durch Komplexitätsreduktion stetig zunimmt.

Diese Dynamik begreift Luhmann als soziale Evolution, die sich anhand der Strukturbildung bzw. -änderung und -erneuerung manifestiert. Getreu dem darwinistischen Evolutionsbegriff wird zwischen drei Evolutionsmechanismen unterschieden:

Variation, als Erzeugung neuer Strukturierungsmöglichkeiten für Kommunikation;

Selektion, als Auswahl brauchbarer Möglichkeiten und Verwerfen unbrauchbarer; sowie

Retention, als Einpassung der brauchbaren Möglichkeiten in das vorbestehende kommunikative Gefüge der Gesellschaft.⁶

4 Systeme definieren sich mithin durch ihre Differenz zur Umwelt.

5 Das ist die innersystemische Erklärung von gleichzeitiger Komplexitätssteigerung. Komplexität nimmt (durch Komplexitätsreduktion) auch in der Umwelt zu: die Systeme in der Umwelt des Systems werden durch dessen Strukturierung irritiert und reagieren ihrerseits mit neuen Strukturen, die dann wieder das System zu Komplexitätsaufbau und Strukturbildung veranlassen etc.

6 Vgl. weiterführend AMSTUTZ, *Evolutionarisches Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 2001, S. 110 ff.

Erst, wenn eine Struktur alle drei Evolutionsetappen durchlaufen hat, ist sie tatsächlich entstanden, mithin Bestandteil des Systems geworden, das dadurch Komplexität reduzieren – und steigern! – konnte.

Der mit der Komplexitätssteigerung indizierte Änderungsdruck auf die sozialen Strukturen greift allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft diesen Druck überhaupt wahrnimmt. Im Gegensatz zu Darwin ist bei Luhmann die Anregung zu struktureller Variation nicht auf die Instabilität des Systems zurückzuführen, sondern auf Störungen aus der Umwelt.⁷ Obgleich die Gesellschaft autopoietisch und strukturdeterminiert ist, ist sie dennoch auf die Umwelt angewiesen, um evolvieren zu können. Dieses Paradox entfaltet Luhmann mit der Figur der strukturellen Kopplung: Gesellschaft operiert nach wie vor geschlossen, passt sich aber an die Umwelt an, indem sie Irritationen aus der Umwelt (nach Massgabe ihrer eigenen Logik) als Störungen der bisherigen Gesellschaftsstruktur und damit per definitionem als Strukturvariationen ausweist, die es auf ihre Systemtauglichkeit hin zu überprüfen und gegebenenfalls in das System zu integrieren gilt. Auf der Ebene der Strukturen ist die Gesellschaft demnach an ihre Umwelt, an biologische und psychische Systeme gekoppelt. Aus diesem Blickwinkel ist die Evolution der Gesellschaft eine Ko-Evolution der Gesellschaft mit den Systemen in ihrer Umwelt: Organismen und Bewusstsein irritieren die Gesellschaft, wie auch die Gesellschaft Organismen und Bewusstsein (Psyche) irritiert.⁸

Durch dieses (ko-)evolutionäre Pingpong nimmt die Komplexität der Gesellschaft unaufhörlich zu. Da die Gesellschaft ihre komplexitätsreduzierenden Strukturen nicht unbeschränkt ausbauen kann (ansonsten die Komplexitätsreduktion kaum noch als solche wahrgenommen würde) und aufgrund der Geschlossenheit des Systems nicht über die Systemgrenzen auszulagern vermöchte, reagiert sie auf den steten Reduktionsdruck mit einer diskontinuierlichen Expansion nach innen. Wann immer die Komplexität für die Gesellschaft zu gross wird, multipliziert sie sich selbst, um wieder Raum für Komplexitätsreduktion zu schaffen. Genauer gesagt, kopiert die Gesellschaft die Differenz, die sie von ihrer Umwelt unterscheidet, in sich hinein – sie differenziert. Im Zuge dieser Differenzierung schafft die Gesellschaft soziale (Sub-) Systeme wie Liebe, Religion, Wirtschaft, Wissenschaft, Recht oder Politik. Als gesellschaftliche Systeme verwenden sie entsprechend das Operationsschema der Gesellschaft (Kommunikation), interpretieren es allerdings spezifisch (politische Kommunikation im Vergleich zu rechtlicher Kommunikation). Die Spezifität jener

7 Vor diesem Hintergrund erscheint Komplexität als Umweltkomplexität: Die überfordernde Vielzahl an Relationen der Elemente in der Umwelt wird durch die Systemstrukturen auf ein für das System übersichtliches Mass reduziert, vgl. BARALDI/CORSI/ESPOSITO, GLU – Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Frankfurt a.M. 1997, S. 96; LUHMANN, Soziale Systeme (Fn. 3), S. 45 ff.

8 Vgl. zur strukturellen Kopplung LUHMANN, Einführung (Fn. 3), S. 118 ff.

sozialen Systeme ist mit Blick auf die Notwendigkeit erhöhter Komplexitätsverarbeitung in der Gesellschaft an Funktionen für die Gesellschaft ausgerichtet. Die sozialen Sub-Systeme werden daher als Funktionssysteme bezeichnet, die mit einer spezifischen funktionsbezogenen Rationalität kommunizieren: Politik kommuniziert politisch mit dem Zweck, kollektiv bindend zu entscheiden, und Recht kommuniziert rechtlich vor dem Hintergrund, normative Erwartungen zu stabilisieren. Wie die Gesellschaft nur als Differenz zu ihrer Umwelt Bestand hat, sind soziale Funktionssysteme – als Kopien der Gesellschaft – ebenfalls nur in der Differenz zu ihren Umwelten zu verstehen. Die Umwelten lösen Ko-Evolution und Komplexitätssteigerung der sozialen Systeme aus. Politik irritiert Recht, und Recht irritiert Politik.⁹

III. Der Gesetzgebungsprozess als Interpenetration von Recht und Politik

A. Die Evolution der Politik¹⁰

Politische Kommunikation zeichnet sich gegenüber allgemeingesellschaftlicher Kommunikation dadurch aus, dass sie sich an der spezifischen Funktion, kollektiv bindend zu entscheiden, orientiert. Politisch kommunizieren bedeutet, über gesellschaftliche Probleme zu entscheiden.¹¹ Die politische Operation des Entscheidens schlägt sich in Entscheidungen nieder, die wiederum den Ausgangspunkt für neuerliches Entscheiden (und weitere Entscheidungen) bildet. Entscheidungen strukturieren demnach das Entscheiden; sie sind die Strukturen der Politik. Entscheidungen reduzieren und steigern die Komplexität der Politik, indem sie die Operation des Entscheidens sinnhaft kanalisieren, damit allerdings Anschlussprobleme provozieren, die wiederum entschieden werden müssen. Komplexitätssteigerung durch Komplexitätsreduktion in den Systemstrukturen wird als Evolution verstanden.¹² Vor diesem Hintergrund beschreibt die Evolution der Politik den Entwicklungsverlauf von politischen Entscheidungen in drei Etappen: Variation, Selektion und Retention von Entscheidungen. Das heisst eine Entscheidung ist dann erst Politik geworden, wenn sie alle drei Etappen bestanden hat.

Politische Entscheidungen im modernen demokratischen Staat ergehen in der Form des Gesetzes.¹³ Die Evolution der Politik ist denn in diesem Sinne eine andere Bezeichnung für den Gesetzgebungsprozess. Eine politische Entscheidung resp. eine neue Gesetzesbestimmung nimmt ihren Anfang mit ver-

9 Vgl. zum ganzen LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Teil 2, Frankfurt a.M. 1998, S. 595 ff.

10 Detailliert dazu LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000, S. 407 ff.

11 BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Fn. 7), S. 135.

12 LUHMANN, *Soziale Systeme* (Fn. 3), S. 47 f.

13 LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München/Wien 1981, S. 13.

schiedensten Entscheidungsbedürfnissen aus der Umwelt des Politiksystems: Schockierte Mütter verlangen die lebenslange Verwahrung von Sexualstraftätern, Superreiche drängen auf eine Vorzugsbesteuerung oder Umweltaktivisten ketten sich an Bahnschienen. Die Politik wird dadurch irritiert. Auf Irritationen kann ein System entweder durch Erhöhung seiner Indifferenz oder durch Variation seiner Strukturen reagieren – die Politik stellt sich taub oder greift die Anstöße auf.¹⁴ Im zweiten Fall produziert das politische System Gesetzes- bzw. Gesetzesänderungsvorschläge und weicht dergestalt von existierenden Strukturen ab oder fügt neue hinzu.¹⁵ Es variiert. Über diese Gesetzesvarianten bzw. deren Relevanz entscheidet nunmehr das politische System exklusiv, indem die Verwaltung einen Gesetzesentwurf erarbeitet. Der Gesetzesentwurf ist eine Selektion, eine Entscheidung darüber, welche Entscheidungsanmassungen tatsächlich als Gesetz wirksam sein sollen.¹⁶ Die Entscheidungsselektion ist allerdings noch keine definitive Verankerung der Entscheidung im politischen System. Der durch die Verwaltung selegierte Entscheid wird erst wirksam, wenn er vom Parlament bestätigt wird. Das Parlament überprüft den Gesetzesentwurf und stimmt schlussendlich über dessen Schicksal ab.¹⁷ Nimmt es den Entwurf an, wird der Entwurf zum Gesetz, lehnt es den Entwurf ab, ist er definitiv gescheitert. Die parlamentarische Filterung des Gesetzesentwurfs ist also die letzte und alles entscheidende Etappe des politischen Evolutionsprozesses: die Retention der politischen Entscheidung im politischen System. Endergebnis resp. Filtrat der Retention ist das Gesetz als neue Entscheidungsstruktur des politischen Systems. Die retenierte Entscheidung schafft nun den Anschlussbereich für neue Operationen, denen das politische System neuerlich strukturell beikommen muss. Oder eben evolutionstheoretisch gewendet: Die Retention von Entscheidungen löst in der Umwelt der Politik Irritationen aus, die sich gegebenenfalls in Variationen niederschlagen und damit Evolution bzw. den Prozess der Gesetzgebung wieder in Gang bringen. Das zeigt, dass Evolu-

14 Als Variation wirkt nur das, was das System als Irritation wahrnehmen und wofür es dann eine Form suchen kann. Variation ist in dem Sinne Selbstirritation. Vgl. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995, S. 278.

15 Variation im Gesetzgebungsprozess betrifft die *Initiativphase*: mit Volksinitiativen, Ständesinitiativen, parlamentarischen Initiativen oder auch durch Verwaltungstätigkeit wird eine Änderung und Neubegründung von politischen Strukturen (also Gesetzen) angeregt, vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1806 ff.

16 Über die Selektion von Entscheidungen befindet die Verwaltung in der *Ausarbeitungsphase*: die Ausarbeitung des Gesetzesentwurf erfolgt durch Fachbeamte oder Expertenkommissionen. Gestützt auf die Ausführungen der Fachleute erstellt dann der Bundesrat die Botschaft an das Parlament, d.h. den eigentlichen Gesetzesentwurf. Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 15), N 1812 ff. Spezifisch zum Instrument der Vernehmlassung vgl. hinten.

17 Der Retention entspricht demgemäss die *Überprüfungsphase* durch das Parlament. Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 15), N 1559 ff.

tion – mithin das Verhältnis von Variation, Selektion und Retention – zirkulär verläuft und nicht einfach in unzusammenhängende Episoden fragmentiert ist. Variation baut auf Retention auf.¹⁸ Gesetzgebung ist demnach ein steter Kreislauf, der kein Anfang und kein Ende hat.

B. Die Evolution des Rechts¹⁹

Recht rechtfertigt sich in der Gesellschaft durch seine Funktion, Erwartungen auch und gerade für den Fall aufrechtzuerhalten, in dem sie enttäuscht werden. Anders gesagt, schützt Recht gesellschaftlich legitimierte Erwartungen im Enttäuschungsfall.²⁰ Wenn jemand korrekt über den Fussgängerstreifen geht und von einem Auto angefahren wird, erwächst ihm ein zivil- und/oder strafrechtlicher Anspruch. D.h. obgleich seine legitimen Erwartungen, auf dem Fussgängerstreifen eine sichere Passage zu erhalten, durch den Unfall enttäuscht werden, liegt der havarierte Passant mit seinen Erwartungen nicht falsch. Er wird durch das Recht kompensiert und in seinen Erwartungen bestärkt – er bekommt Recht.²¹ Vor diesem Hintergrund besteht Recht darin, Normen aufzustellen, die der Gesellschaft den Bereich vorgeben, in dem ihre Erwartungen geschützt sind. Rechtlich kommunizieren bedeutet mithin normieren. Die rechtliche Operation des Normierens wird durch Normen strukturiert: Normen sind die Eckpfeiler, auf denen Recht aufgebaut ist. Die Evolution des Rechts bezieht sich denn auf seine Normen.²²

Das kontinentaleuropäische Recht generiert seine Normen aus dem Gesetzgebungsprozess.²³ Im beschränkten Rahmen dieser Form wird Recht exklusiv

18 Zur Zirkularität und Rekursivität von Evolution grundlegend LUHMANN, *Gesellschaft* 2 (Fn. 9), S. 413 ff.

19 Minutiös dazu m.w.H. LUHMANN, *Recht* (Fn. 14), S. 239 ff.

20 Die Funktion des Rechts besteht demgemäss darin, normative Erwartungen kontrafaktisch zu stabilisieren, vgl. LUHMANN (Fn. 9), S. 131 ff.

21 Dabei kann Recht ganz eigentlich nur garantieren, dass sich der Enttäuschte mit seiner Erwartung nicht blamiert, vgl. überzeugend LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen 1980, S. 53 ff. Diese durch das Recht bereit gestellte Erwartungssicherheit ist allerdings dann gefährdet, wenn die Erwartung nicht erfüllt wird, obgleich sie vom Recht gedeckt ist. Für diesen Fall muss Recht auch durchgesetzt werden können (etwa durch Schadenersatz oder Sanktionen). Für Rechtsdurchsetzung muss das Recht in struktureller Kopplung auf die Politik zurückgreifen, weil nur die Politik über die Durchsetzungsmacht verfügt resp. – abstrakt formuliert – Kommunikation anhand des Codes Macht/Ohnmacht auszuüben vermag. Zur Rechtsdurchsetzung und dem Zusammenspiel von Politik und Recht in struktureller Kopplung vgl. LUHMANN, *Recht* (Fn. 14), S. 151–153; prägnant AMSTUTZ, *Das Gesetz*, in: Gauch/Pichonnaz (Hrsg.), *K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier*, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 161 f.

22 LUHMANN, *Recht* (Fn. 14), S. 242; BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Fn. 7), S. 148 f.

23 Dies im Gegensatz zum angelsächsischen Recht, das zumeist keine Gesetze kennt. Das angelsächsische Recht ist traditionellerweise fast durchwegs Richterrecht (vgl. zu den verschiedenen Rechtskreisen grundlegend ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 62). Für die Evolution des Rechts bedeutet das, dass Varia-

durch politische Perturbationen, durch Gesetzesänderungsvorschläge, irritiert. Irritationen werden vom Rechtssystem als Variationen wahrgenommen, als neue oder veränderte Gesetzes-Normen, die so noch nicht existieren.²⁴ Variationen sind mit andern Worten neuartige, aber noch nicht verabschiedete Gesetze, also: Gesetzesentwürfe. Es liegt in der Natur der Gesetzesentwürfe, dass manche versanden oder an der Abstimmung im Parlament scheitern. Gesetzesentwürfe durchlaufen mithin einen Prozess der Selektion, der durch das Parlament betreut wird. Erst parlamentarisch selegierte Gesetzentwürfe sind definitiv Gesetze. Das heisst allerdings noch nicht, dass Gesetze bereits Rechtsstrukturen wären.²⁵ Zuerst müssen Gesetze noch die letzte Evolutionsetappe der Retention durchlaufen, damit sie zu Normen des Rechtssystems werden. Retention bedeutet für das Recht, dass der Richter das Gesetz im Rahmen des Anwendungsfalles mit dem Gefüge der vorbestehenden Rechtsnormen in Einklang bringt, dass er es auslegt, Lücken füllt, kurz: zu Recht macht.²⁶ Das setzt voraus,

tionen generierende Irritation ausschliesslich im Rahmen des Gerichtsprozesses an das Recht gelangen kann. Selektion von Recht trifft der Richter mit seinem Urteilsspruch: Der Richter spielt Gesetzgeber, indem er den Variationen der rechtssuchenden Parteien stattgibt oder eben nicht. Die Retention schliesslich hängt von der Rechtsdogmatik ab, d.h. von der Rezeption des richterlichen Urteils in Rechtswissenschaft und Justiz (Rechtsmittelverfahren, präjudiziell Bezug nehmende Gerichte). Diese richterrechtliche Evolution ist auch dem kontinentaleuropäischen Recht eigen, mit dem Unterschied, dass sich die Rechtsproduktion auf eine Gesetzesquelle und nicht nur auf Präjudizien stützt. Man kann demnach sagen, dass die Retention von Recht im kontinentaleuropäischen Rechtskreis in einem eigenen evolutionären Zirkel – nämlich dem des Richterrechts – Vollzug findet, der allerdings im evolutionären Zirkel der gesetzesrechtlichen Evolution integriert ist (vgl. nachfolgend S. 6 und Fn. 26).

- 24 Ex facto ius oritur! Vgl. LUHMANN, Recht (Fn. 14), S. 257; BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Fn. 7), S. 148.
- 25 LUHMANN, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Lautmann/Maihofer/Schelsky (Hrsg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Bielefeld 1970, S. 182; im gleichen Sinne auch AMSTUTZ, Gesetz (Fn. 21), S. 162; NIGGLI, Zurück zu den 10 Geboten? Gesetzesflut und Strafrecht, in: Holderegger (Hrsg.), Aufbruch ins dritte Jahrtausend: Milleniums-Vorträge an der Universität Freiburg, Freiburg 2000, S. 139.
- 26 LUHMANN, Evolution des Rechts, in: Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M. 1999, S. 19 f.; DERS., Recht (Fn. 14), S. 272 ff. Bei der Retention eines Gesetzes geht es darum, dass der Richter im Rahmen eines Gerichtsprozesses das Gesetz auf den konkreten Fall anwendet. Der Gerichtsprozess als solcher stellt (wie bei Fn. 23 angetönt) wiederum einen evolutionären Zirkel der Normmorphogenese dar, der unter der Chiffre *Richterrecht* innerhalb der vorliegend thematisierten Evolution des *Gesetzesrechts* den Retentionsmechanismus betreut. Die Parteien gelangen vor Gericht, indem sie aus dem entsprechenden Gesetz Rechte ableiten (Variation), die der Richter nun beurteilen muss (Selektion). Das Urteil des Richters wird stabilisiert, wenn es rechtsdogmatisch – d.h. in der Zusammenschau mit vorbestehenden Rechtsnormen – haltbar ist (Retention). Die Retention des Gesetzes erfolgt also mit der Retention des auf das Gesetz abstellenden Urteils. Das Urteil löst in der Umwelt des Rechtssystems Irritationen aus, die entweder auf Stufe des Richterrechts zu einem neuen Gerichtsprozess führen (und damit neuerliche Interpretationen bzw. Retentionen des Gesetzes zeitigen) und/oder

dass das Gesetz rechtsintegrationsfähig (verfassungs- und völkerrechtskonform) ist;²⁷ die Retention der selektierten Normen der Ausschaffungsinitiative im Recht etwa dürfte kaum gelingen, ausser die streitbaren Normen würden analog zur Umsetzung der Verwahrungsinitiative erst «passend gemacht».²⁸ Das richterlich transformierte Gesetz bzw. die Gesetzesanwendung ist folglich das Schlussresultat der Evolution des Rechts: Neue Normen, die neue Erwartungen rechtlich stabilisieren. Die neuen Normen sind gleichsam Ausgangspunkt für neue Normierungsbewegungen, die wiederum strukturiert sein wollen und damit den Kreislauf der Evolution weiterführen.²⁹

C. Die strukturelle Kopplung von Politik und Recht im Gesetzgebungsprozess

Die vorgehende Untersuchung zur Evolution von Politik und Recht zeigt, dass beide Systeme den Gesetzgebungsprozess als Irritationsquelle verwenden. Die Evolution der Politik ist eine Reaktion auf die an die Politik anbrandenden Forderungen aus der Umwelt, die am Anfang des Gesetzgebungsprozesses stehen und unter der Voraussetzung der Rezeption durch die Politik in politische Variationen übersetzt werden. Genauso nimmt die Evolution des Rechts infolge von Gesetzesvorschlägen ihren Lauf, sofern es die Irritationen, die von jenen Vorschlägen ausgeht, tatsächlich wahrnimmt und als rechtliche Neuheiten (in Form von Gesetzesentwürfen) variiert. Der Gesetzgebungsprozess bestimmt in beiden Systemen den Aufmerksamkeitsbereich der Irritationen. In dieser Hinsicht ist der Gesetzgebungsprozess das Scharnier zwischen den Evolutionszyklen von Politik und Recht: Die Evolution des Rechts bindet sich durch den Gesetzgebungsprozess an Irritationen aus der Politik, wie Politik anhand des Gesetzgebungsprozesses Irritationen aus dem Rechtssystem in ihre Evolution überführt.³⁰ Die Evolutions von Politik und Recht verlaufen durch den Gesetz-

auf Stufe des Gesetzesrechts eine Gesetzesänderung provozieren (und damit neue Retentionsbedürfnisse an den Richter bzw. neue Irritationen auf das Richterrecht). Vor diesem Hintergrund kann gesagt werden, dass das Rechtssystem nach innen ein Gerichtssystem differenziert hat, das Gesetzesrecht retenierendes Richterrecht produziert.

27 Vgl. dazu exemplarisch HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 15), N 1917 ff.

28 Vgl. zum ursprünglichen Initiativtext und der effektiven Umsetzung im StGB die Dokumentation auf (http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_lebenslange_verwahrung.html).

29 Evolutionstheoretisch konkretisiert, löst die Retention von Normen in der Umwelt des Rechts Irritationen aus, die sich je nachdem, ob das Recht sie wahrnimmt, wiederum in Variationen niederschlagen. Damit ist der evolutionäre Kreis geschlossen. Dazu anstelle vieler LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Teil 1, Frankfurt a.M. 1998, S. 428.

30 Die Politik nimmt im Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses nicht nur rechtliche Irritationen auf (wie das Recht im Gerichtsprozess Irritationen aufnimmt, die aus den verschiedensten Umweltsystemen stammen). Doch aktualisiert sich eine Verbindung zwischen Recht und Politik durch Gesetzgebung, wenn – von der Politik aus gesehen – rechtliche Irritationen in politischen Variationen ausgedrückt werden.

gebungsprozess nicht isoliert, sondern in Ko-Evolution. Das bedeutet, dass die Evolution des Rechts die Evolution der Politik voraussetzt und umgekehrt. Politik und Recht verschaffen sich dank des Gesetzgebungsprozesses gegenseitig die Portion Umweltoffenheit, die sie für ihr Überleben (die Weiterführung der Autopoiesis) benötigen, denn ohne Störungen bzw. Irritationen aus der Umwelt gäbe es keine Evolution.³¹

Mit der Identifizierung des Gesetzgebungsprozesses als gegenseitigen Aufmerksamkeitsbereich für Irritationen aus dem je anderen System ist eine Figur definiert, die bereits weiter oben eingeführt wurde: die strukturelle Kopplung.³² Strukturelle Kopplung greift also nicht nur im (ko-evolutorischen) Verhältnis der Gesellschaft mit Organismen und Bewusstsein, sondern auch zwischen den sozialen Subsystemen wie Recht und Politik.³³ Was soeben am Bsp. dieser beiden Systeme gezeigt wurde, theoretisiert Luhmann wie folgt: «Strukturelle Kopplungen beschränken den Bereich möglicher Strukturen, mit denen ein System seine Autopoiesis durchführen kann».³⁴ Das heisst nichts anderes, als dass sich ein System A in seiner Strukturevolution dadurch einschränkt, dass es die Irritationen, die Strukturvariationen auslösen, nur von einem bestimmten Ausschnitt in seiner Umwelt bezieht. Diese «Teilumwelt» wird exklusiv durch ein anderes System B repräsentiert, das mit anderen Worten Verursacher jener Irritationen ist. Das andere System B wiederum macht seine strukturelle Entwicklung vice versum von Irritationen aus einem Umweltbereich abhängig, der dem System A entspricht. Die Strukturen vom einen System werden also an die Strukturen des anderen gekoppelt und umgekehrt. Die Umweltschnittmenge, an dem diese Kopplung stattfindet, erscheint mithin als strukturelle Kopplung.³⁵ Von den beteiligten Systemen her gesehen, bleibt die strukturelle Kopplung Umwelt, sonst würden die Systeme verschmelzen. Die strukturelle Kopplung bildet folglich die «Realitätsbasis [...], die von den gekoppelten autopoietischen Systemen unabhängig ist».³⁶ Strukturelle Kopplung und Autopoiesis stehen

31 Vgl. statt vieler übersichtlich KRAUSE, *Luhmann-Lexikon*, 4. Aufl., Stuttgart 2005, S. 183.

32 Vgl. vorne S. 3.

33 Zur strukturellen Kopplung sozialer Systeme umfassend LUHMANN, *Gesellschaft 1* (Fn. 29), S. 92 ff. und 776 ff.; anschaulich LUHMANN, *Einführung* (Fn. 3), S. 118 ff.; kompakt BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Fn. 7), S. 186 ff.

34 LUHMANN, *Gesellschaft 1* (Fn. 29), S. 100.

35 Das Verständnis der strukturellen Kopplung als Umweltschnittmenge rechtfertigt sich nur, wenn man die Kopplung von aussen, quasi als Drittperson beobachtet. Aus Sicht der beteiligten Systeme ist strukturelle Kopplung eine «Zwei-Seiten-Form» (LUHMANN, *Gesellschaft 1* (Fn. 29), S. 103), die das andere System jeweils als Umweltteilbereich auffasst, von dem die Irritationen für die eigene Strukturproduktion ausgehen. Systeme unterscheiden ausschliesslich anhand der Differenz System/Umwelt, d.h. sie erkennen keine anderen Systeme, sondern einfach nur Umwelt.

36 LUHMANN, *Gesellschaft 1* (Fn. 29), S. 102.

anders gewendet in einer orthogonalen Beziehung zueinander: «auch wenn sie sich voraussetzen, können sie sich gegenseitig nicht bestimmen».³⁷

D. Die Interpenetration von Politik und Recht im Gesetzgebungsprozess

Die Subsumption des Gesetzgebungsprozesses unter den Tatbestand der strukturellen Kopplung von Recht und Politik bedeutet in Anbetracht der soeben diagnostizierten Orthogonalität struktureller Kopplung zu den gekoppelten Systemen, dass der Gesetzgebungsprozess weder dem politischen noch dem rechtlichen System eindeutig zuzuordnen ist. Diese Schlussfolgerung beisst sich allerdings mit der Feststellung, dass der Gesetzgebungsprozess der Inbegriff von Politik, wenn nicht gar eine andere Bezeichnung für die Evolution der Politik, sei und demzufolge gerade eben dem politischen System zugeordnet werden könne bzw. müsse.³⁸ Tatsächlich ist der Gesetzgebungsprozess keine gewöhnliche strukturelle Kopplung, wie sie bis hierhin vorgestellt wurde. Das Recht macht (anhand des Wahrnehmungsbereichs des Gesetzgebungsprozesses) seinen Komplexitätsaufbau nicht nur von den Irritationen der Politik abhängig, sondern darüber hinaus von den *Strukturen* der Politik! Das heisst, das Recht lässt sich im Gesetzgebungsprozess einerseits von der Politik irritieren und entlehnt andererseits mit dem Gesetzesentwurf und dem Gesetz Strukturen aus der Politik, Strukturen, die es nota bene rechtlich, nach Massgabe des Codes Recht/Unrecht, umformt. Politik und Recht verwenden demnach gleiche Strukturen, die sie je eigenlogisch verwenden, sie bleiben mithin füreinander Umwelt. Im theoretischen Kontext spricht man von Penetration: Die Politik penetriert das Recht, indem sie «die eigene Komplexität [...] zum Aufbau eines anderen Systems zur Verfügung stellt».³⁹ Das penetrierte Recht dagegen lässt sich auch nicht lumpen und wirkt insofern auf die Strukturbildung der penetrierenden Politik zurück, als Rechtsstrukturen die Politik irritieren und damit wiederum politischen Komplexitätsaufbau auslösen.⁴⁰ Politik und Recht interpenetrieren in der Interpenetration des Gesetzgebungsprozesses.

Trotzdem ist der Gesetzgebungsprozess eine Spielart struktureller Kopplung und damit ein Phänomen, das nicht als solches, sondern nur von den gekoppelten Systemen her erfasst werden kann.⁴¹ Obgleich Gesetzesentwurf und Gesetz in beiden Systemen als Strukturen verwendet werden, transportie-

37 BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Fn. 7), S. 186.

38 Vgl. vorne S. 4.

39 LUHMANN, Soziale Systeme (Fn. 3), S. 290.

40 Zur Interpenetration grundlegend LUHMANN, Soziale Systeme (Fn. 3), S. 289 ff., insb. 290 und 293.

41 BARALDI/CORSI/ESPOSITO (Fn. 7), S. 189; KRAUSE (Fn. 31), S. 168 f. Zur Figur der Interpenetration im globalen Recht, speziell im Recht der Corporate Social Responsibility (CSR) vgl. AMSTUTZ, Métissage – Zur Rechtsform in der Weltgesellschaft, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Baden-Baden 2009, S. 333–351;

ren sie je nach System eine komplett verschiedene Systemlogik. Wenn nun die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess zur Disposition steht, muss sie für beide Seiten der Interpenetration, Recht *und* Politik, aufbereitet werden.

IV. Die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess aus rechtlicher Sicht

Der Richter stabilisiert durch sein Urteil die parlamentarisch selegierten Rechtsstrukturänderungsvorschläge, die im Gesetz enthalten sind, d.h. er macht Gesetze zu Recht, er retiniert Recht. Erst die richterliche Anwendung des Gesetzes im Einzelfall ermöglicht die Überprüfung abstrakter Gesetzesnormen auf Konsistenz mit der bisherigen Fallpraxis. Eine Gesetzesanwendung gilt dann als Recht, «wenn [sie] im Kontext benachbarter Rechtsvorstellungen haltbar ist»;⁴² wenn sich das Rechtssystem trotz bzw. *mit* der durch die Gesetzesanwendung retenierten Rechtsstruktur als System bewährt. Der Richter hat für das Rechtssystem eine überragende Bedeutung, weil er das Gesetz (fallweise) in das Rechtssystem einpasst.⁴³ Der Richter urteilt kurz gesagt über Recht/Unrecht einer Strukturelektion und damit über das Rechtssystem an sich. In diesem Sinne ist der Richter das Zentrum des Rechts, der Schöpfer von Recht *aus* dem Gesetz⁴⁴.

Wenn der Richter richtet resp. seinem «Kerngeschäft»⁴⁵ der Retention von Strukturelektionen nachkommt, mischt er sich massgeblich in den Gesetzgebungsprozess ein. Retention qua Urteil heisst nichts anderes, als dass eine rechtliche Evolutionsepisode, die aus dem Gesetzgebungsprozess emergiert, in der fixfertigen Rechtsstruktur ihr Ende findet bzw. den Ausgangspunkt für weitere Evolution setzt. Das bedeutet, dass der Richter den Gesetzgebungsprozess – aus rechtlicher Sicht! – beschliesst, entweder eben durch die Stabilisierung, oder auch durch die Zurückweisung/Nichtbeachtung der gesetzlich transportierten Normselektionen. Der Richter mischt sich demzufolge als Institution, d.h. in Erfüllung seiner systemischen Funktion, in den Gesetzgebungsprozess ein. Vielfach wird diese institutionalisierte Einmischung ob ihrer Selbstverständlichkeit gar nicht mehr als solche wahrgenommen; man vergisst, dass

AMSTUTZ/KARAVAS, Weltrecht: Ein Derridasches Monster, in: Calliess et al. (Hrsg.), Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, S. 645–672.

42 LUHMANN (Fn. 14), S. 275 f.

43 Vgl. vorne S. 6, Fn. 26.

44 LUHMANN zeigt mit seiner Konzeption deutlich, dass der Richter nicht nur ein Subsumptionsautomat ist, sondern vielmehr selbst das Recht schöpft. Nicht das Gesetz, sondern der Richter gibt die Antworten! Vgl. dazu NIGGLI/AMSTUTZ, Der Richter als Gesetzgeber – eine sprachphilosophische Betrachtung, in: Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 222.

45 Vgl. vorne WIPRÄCHTIGER (Fn. 1).

Gesetzgebung gerade auch eine rechtliche Dimension birgt, die sich erst mit dem Richterspruch erschöpft.

Etwas anderes ist die Einmischung in den Gesetzgebungsprozess, wenn sie ausserhalb der richterlichen Retentionsaufgabe erfolgt: Der Richter schaltet sich in die Variation und Selektion von Recht ein. Das bedeutet, dass er etwa im Rahmen eines Zeitungsinterviews⁴⁶, eines Aufsatzes⁴⁷ oder eines Vortrages⁴⁸ Einfluss nimmt auf die Normierung von Gesetzesentwürfen und die jeweils darauffolgende parlamentarische Beratung. Darf der Richter das?

Aus systemtheoretischer Sicht geht es um Kongruenz.⁴⁹ Die Evolutionsmechanismen Variation, Selektion und Retention erfüllen in der Evolution unterschiedliche Aufgaben. Normierung im Gesetzesentwurf macht die Abweichung/Neuheit der Rechtsstruktur sichtbar. Die Institutionalisierung der Norm durch das Gesetz bzw. den Akt der Gesetzgebung im Parlament unterstellt der Rechtsstruktur allgemeinen Konsens. Und die rechtsdogmatische Identifikation von Sinnzusammenhängen mit dem vorbestehenden System durch richterliche Arbeit macht die Rechtsstruktur definitiv zu einem Teil des Systems. Entsprechend ihrer verschiedenen Aufgaben divergieren die Optima der durch die einzelnen Mechanismen bevorzugten Strukturen. So wäre etwa ein striktes Rauchverbot überall in der Schweiz – egal ob in privaten oder öffentlichen Räu-

46 Dazu statt vieler «Bundesrichter fordert schnellere Justiz», *20Minuten*-Online vom 11.4.2004. Vgl. darüber hinaus vorne Fn. 2.

47 Im Sinne einer kleinen (unrepresentativen) Auswahl der letzten zehn Jahre: WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, *Forum Poenale*, Heft 1, Bern 2010, S. 40–45; DERS., Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht?, *AJP*, Heft 12, Lachen 2009, S. 1503–1517; DERS., Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches – taugliche Instrumente?, *ZStrR*, Heft 4, Bern 2008, S. 364–390; DERS., Justiz und Medien – Erwartungen des Richters (das Verhältnis zwischen Justiz und Medien), in: Heer/Urwyl (Hrsg.), *Justiz und Öffentlichkeit*, Bern 2007, S. 39–47; DERS., Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit auch im Untersuchungsverfahren: eine Illusion?, in: Pieth et al. (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht: Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss*, Basel 2006, S. 101–112; DERS., Psychiatrie und Strafrecht: was erwartet der Jurist?, in: Ebner et al. (Hrsg.), *Psychiatrie und Recht*, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 199–226; DERS., Recht und Richter, in: Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 327–334; DERS., Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Artikel 66bis StGB: ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit?, *ZStrR*, Heft 2, Bern 2003, S. 141–171; DERS., Strafbarkeit des Unternehmers: die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, *AJP*, Heft 7, Lachen 2002, S. 754–762; DERS., Die Revision des Strafgesetzbuches: freiheitsentziehende Massnahmen – eine Bestandesaufnahme nach den Beratungen des Ständerates, *AJP*, Heft 2, Lachen 2001, S. 139–146; DERS., Der Strafrichter und die Massenmedien, *Plädoyer*, Heft 3, Zürich 2000, S. 28–31.

48 Statt vieler WIPRÄCHTIGER, *Öffentlichkeit und Justiz*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler Tagung zur Öffentlichkeitskommunikation des Staates: Recht und Praxis – Referate der Tagung vom 5.3.2009 in Luzern*, St. Gallen 2010, S. 145–164.

49 Ausführlich zur Kongruenz mit Bsp. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (Fn. 21), S. 94 ff.

men – eine besonders enttäuschungsfeste Norm, weil sie wohl kaum missachtet würde, nur käme sie weder im Parlament durch, noch würde sie der richterlichen Prüfung standhalten.⁵⁰ Für die Evolution ist es mitunter von Vorteil, wenn jene Optima möglichst gut aufeinander abgestimmt sind, da andernfalls die Evolution regelmässig im Sand verliefe und massiv behindert würde. Die Evolutionsmechanismen müssen sich mit anderen Worten gegenseitig beschränken, sie müssen: kongruent werden. Wenn sich nun der Richter als retenierende Instanz der Rechtsevolution in Variation und Selektion von Recht einzumischen sucht, dann zielt er auf ebensolche Kongruenz: Er will verhindern, dass Gesetzesentwürfe und Gesetze erarbeitet werden, die dann absehbarerweise am Recht scheitern. Systemtheoretisch ist deshalb ein Richter, der sich in den Gesetzgebungsprozess einmischt, nicht ein Übel, sondern im Gegenteil eine Notwendigkeit – der Richter darf nicht, er muss! Er ist aufgerufen, von seinem Thron herabzusteigen und seine «Ansichten in der Öffentlichkeit zu äussern».⁵¹

Eine derartige unorthodoxe Schlussfolgerung ist aber nicht einfach Irrlicht einer ungeliebten Theorie. Sie ergibt sich gerade auch aus praktischen staatsrechtlichen Überlegungen. Die Akteure, die Variation, Selektion und Retention von Recht (und deren spezifischen Aufgaben) betreiben, entsprechen den drei Staatsgewalten, auf welche die einzelnen Staatsfunktionen und damit die Staatsmacht verteilt werden: Die Exekutive arbeitet Gesetzesentwürfe aus, die Legislative befindet darüber, indem sie gegebenenfalls den Entwurf als Gesetz verabschiedet, und die Judikative passt das Gesetz in das Rechtssystem ein. Die Trennung dieser Gewalten ist der wesentliche Grundpfeiler des modernen Staates, weil sich die Gewalten durch die Trennung gegenseitig eindämmen und kontrollieren können.⁵² Trennung darf allerdings nicht strikt verstanden werden. Solange nicht der Bestand der Gewalten in Gefahr ist, solange bspw. ein Berlusconi nicht versucht, die Justiz auszuschalten, wird die operative Kooperation der Gewalten von der modernen Gewaltenteilungslehre propagiert. Die Ratio geht dahin, dass gerade die gegenseitige Einmischung der Gewalten dieselbigen einander in verstärktem Mass verantwortlich macht, was sich machtbeschränkend auswirkt. Wenn also ein Mitglied der Judikative die Regierungstätigkeit und den parlamentarischen Betrieb im Dienste von «diskursorientierte[n] Problemlösungen»⁵³ kritisiert, ist das auch staatsrechtlich zu begrüssen.

50 Oder etwa abstrakte konstruierte Normen wie bspw. das Kyoto-Protokoll sind zwar einfach institutionalisierbar, verbleiben aber sachlich zu wage, «um instruktive Normbildung und sachliche Verhaltenshinweise zu ermöglichen» (LUHMANN, Rechtssoziologie [Fn. 21], S. 97).

51 WIPRÄCHTIGER (Fn. 1). Zur Vielseitigkeit des Öffentlichkeitsbegriffs: DERS., Der Richter in der Öffentlichkeit, in: Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 179 ff.

52 Zur Gliederung und Zusammenarbeit der Gewalten: RHINOW/SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N 2262 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 15), N 1405 ff.

53 HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 15), N 1409.

V. Die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess aus politischer Sicht

Der Richter ist in der Politik ein Fremdkörper, er ist: Umwelt. Deshalb kann sich der Richter nicht in dem Sinne in den Gesetzgebungsprozess politischer Rationalität einmischen, als dass er tatsächlich politische Entscheidungen träge. Seine Einmischung kann nur Irritation der Politik sein, nicht mehr, sonst wäre die Autopoiesis der Politik korrumpiert. Einmischung als Irritation bedeutet aber auch, dass sie für die Politik unabdingbar ist, weil die Politik Irritationen vor allem an Orten struktureller Kopplung wie dem Gesetzgebungsprozess für die Aufrechterhaltung ihrer Autopoiesis voraussetzt.

Klassischerweise mischt sich der Richter (wie im Recht) über seine ureigene Aufgabe des Rechtsprechens in die Gesetzgebung ein. Seine Gesetzesauslegungen und Lückenfüllungen sind Irritationen, die im Gesetzgebungsprozess wahrgenommen werden und je nach politischer Konstellation eine Entscheidungsvariation in Form einer Gesetzesinitiative zeitigen.⁵⁴ Die strukturelle Kopplung des Gesetzgebungsprozesses wird mit anderen Worten durch die Rechtsprechung des Richters aktiviert, und dadurch die Evolution der Politik ausgelöst.

Die strukturelle Kopplung des Gesetzgebungsprozesses beruht allerdings nicht notwendigerweise auf Rechtsprechungsirritationen, sondern generell auf etwaigem «Lärm», den das Rechtssystem beim Versuch des Kommunizierens mit dem Politiksystem verursacht.⁵⁵ Je mehr Irritationen eine strukturelle Kopplung beleben, desto grösser ist die Varianz der beteiligten Systeme und damit die Anpassung an die Umwelt. Anpassung bedeutet Überleben. Wenn ein Richter aus seinem üblichen Trott ausbricht, und stattdessen versucht, über andere Kanäle⁵⁶ als den der Rechtsprechung den Gesetzgebungsprozess zu perturbieren, ist das für das irritierte System, hier die Politik, ein evolutorischer Vorteil. Aus Sicht des politischen Systems soll sich demzufolge der Richter möglichst lebhaft in die Politik einschalten, weil er dadurch Irritationen erzeugt, auf die die Politik dann indifferent oder durch Variation reagieren kann.

Diese Irritationseinladung an den Richter richtet den Blick auf einen Bereich, der bis zu diesem Zeitpunkt ausgespart geblieben ist: die Vernehmlassung. Die Vernehmlassung ist in der Evolution der Politik eine schillernde Figur, die aus der Spannung der Entscheidungskongruenz von Gesetzesentwurf (Selektion) und Gesetz (Retention) einerseits und der (Selbst-)beobachtung der Politik hinsichtlich ihrer Wirkung auf ihre Umwelt andererseits entsteht. Der Gesetzesentwurf ist die Selektion einer Gesetzesinitiative, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Evolution dem Parlament zur allfälligen Retention übereignet

54 Vgl. dazu etwa BGE 115 V 266; 126 V 463; 135 III 66.

55 In diesem Sinne etwa AMSTUTZ, Gesetz (Fn. 21). S.162.

56 Vgl. vorne Fn. 46–48.

wird. Bevor jedoch die Verwaltung den Gesetzesentwurf selegiert, überprüft sie diesen auf seine Kongruenz mit der Retention, um – wie vorne gezeigt⁵⁷ – eine gesteigerte «Effizienz» der Evolution zu erreichen. Konkret wird der Gesetzesentwurf den Kantonen, politischen Parteien und interessierten Kreisen zur Vernehmlassung gegeben, die sich dann dazu äussern können.⁵⁸ Durch eine solche Vernehmlassung ist die Verwaltung nun in der Lage, die Retentionschancen des Gesetzesentwurfes abzuschätzen und entsprechend Anpassungen vorzunehmen. Damit ist ein Gesetzesentwurf allerdings noch nicht definitiv erstellt. Die Verwaltung setzt den Entwurf überdies Irritationen aus der Umwelt der Politik aus, um dessen Kompatibilität mit der Umwelt zu testen und gegebenenfalls Nachbesserungen vorzunehmen, dahingehend, dass die zu selegierenden Entscheidungen für die Umweltsysteme tatsächlich einen Nutzen bringen und so nicht an der Gesellschaft vorbeipolitisiert wird.⁵⁹ Der Gesetzesentwurf wird dadurch anders gesagt auf die Evolutionsebene der Variation rückgekoppelt. Eine solche «Ehrenrunde» macht analog zum Gesetzgebungsprozess im Grossen eine strukturelle Kopplung mit den Umweltsystemen im Kleinen notwendig. Gesucht ist mitunter ein gegenseitiger Aufmerksamkeitsbereich für Irritationen in Folge der Irritation eines Gesetzesentwurfes. Und genau diesen gegenseitigen Aufmerksamkeitsbereich hält die Vernehmlassung bereit. Die Vernehmlassung ist also die strukturelle Kopplung von Gesetzesentwurf und Umweltsystemen. Wissenschaft, Religion, Wirtschaft etc., aber auch politische Umweltsysteme⁶⁰ werden in der Vernehmlassung durch den Gesetzesentwurf irritiert und irritieren, falls sie strukturell auf die Irritation der Politik reagieren, auf die Politik zurück.⁶¹ Ein ganz wesentliches System, das an die Vernehmlassung gekoppelt ist, ist das Recht, weil nur das Recht die politischen Entscheidungen legitimieren kann.⁶² Mit Blick auf den soeben auseinandergesetzten vorteiligen Effekt richterlicher Irritationen auf die Evolution der Politik dürfte eigentlich davon ausgegangen werden, dass der Richter in erheblichem Masse in den Vernehmlassungsprozess eingebunden sei. Das Gegenteil ist der Fall, wie die Analyse der Vernehmlassung in der Bundespolitik zeigt:

57 Vgl. vorne S. 9.

58 Vgl. etwa Art. 2 Abs. 1 VLG.

59 Dies entspricht der Definition des Zwecks des Vernehmlassungsverfahrens nach Art. 2 Abs. 2 VLG: «Es soll Aufschluss geben über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens des Bundes.»

60 Im Vergleich zum politischen System der Bundespolitik sind das z.B. die Kantone, Gemeinden, Dachverbände, Berggebiete (Art. 2 VLG i.V.m. Art. 4 VLG).

61 Die Vernehmlassung gibt vor diesem Hintergrund entscheidend Aufschluss über die sachliche Richtigkeit, Vollzugstauglichkeit und Akzeptanz eines Gesetzesentwurfes (BOTSCHAFT Vernehmlassungsgesetz, BBl 2004 I 533, S. 534).

62 Im Rechtsstaat führt rechtswidriges Handeln bzw. Entscheiden politisch zum Misserfolg, vgl. LUHMANN (Fn. 9), S. 782.

Bereits im Wortlaut der Bestimmung über die Vernehmlassungsteilnahme bleibt der Richter unerwähnt.⁶³ Wenigstens keimt die Hoffnung, dass sich der Richter unter die «weiteren, im Einzelfall interessierten Kreise»⁶⁴ subsumieren lasse und dadurch über die Hintertüre Zugang zur Vernehmlassung finde. Als interessierte Kreise gelten jene Adressaten, die zum Vernehmlassungsgegenstand einen engen, über das Allgemeininteresse hinausgehenden Bezug haben und daher besonders betroffen sind.⁶⁵ Besondere Betroffenheit kann aus vielerlei Gründen vorliegen: thematische Nähe, besondere Fachkenntnis, Vollzug der geschaffenen Norm, usw. Richterliche Behörden müssten deshalb nicht nur aufgrund ihrer thematischen Nähe, sondern weiter auch aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnis unter die weiteren interessierten Kreise fallen. Für richterliche Behörden des Bundes gilt jedoch eine Sonderregelung: Gemäss dem Verfahrensprotokoll zwischen Bundesrat und Bundesgericht vom 1. Mai 1998⁶⁶ sind das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht zu Vernehmlassungen betreffend Vorlagen (Bundesgesetze und Verordnungen) mit Bezug zur Stellung des Bundesgerichts oder zu seiner Verwaltung besonders einzubeziehen. An Vernehmlassungen zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen im Allgemeinen sind die richterlichen Behörden des Bundes handkehrum ausschliesslich dann beizuziehen, wenn es um das Verfahren vor dem Bundesgericht oder vor einer anderen richterlichen Behörde des Bundes geht. Im Klartext bleibt der Richter damit über weiteste Strecken von der Vernehmlassung ausgeschlossen. Vom Standpunkt der Evolution der Politik betrachtet, ist das ein grosses Manko, weil eine wertvolle Irritationsquelle ungenutzt brachliegt. Es gälte also unbedingt, gerade den Richter viel mehr in die Vernehmlassung miteinzubeziehen.

Nach alledem gilt auch für die Politik, dass der stellungnehmende Richter sich positiv auf die Evolution auswirkt und deshalb zu befürworten ist: «Die Justiz muss sich viel mehr einschalten, wenn es um rechtspolitisch wichtige Themen geht».⁶⁷

63 Zur Stellungnahme eingeladen werden nach Art. 4 Abs. 2 VLG: die Kantone (lit. a); die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien (lit. b); die gesamtschweizerischen Dachverbände der Gemeinden, Städte und Berggebiete (lit. c); die gesamtschweizerischen Dachverbände der Wirtschaft (lit. d.) und die weiteren, im Einzelfall interessierten Kreise (lit. e).

64 Art. 4 Abs. 2 lit. e VLG.

65 Vgl. SÄGESSER, Vernehmlassungsgesetz, Bern 2006, Art. 4 N 7 f.

66 Verfahrensprotokoll vom 1.5.1998 zwischen Bundesrat und dem Bundesgericht bei Vernehmlassungen zu Gesetzen im Allgemeinen und betreffend die Stellung des Bundesgerichts im Besonderen, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/1549.pdf>.

67 WIPRÄCHTIGER (Fn. 1).

VI. Schlussfolgerungen

Die Untersuchung zeigt: Der Richter muss sich in den Gesetzgebungsprozess einmischen. Der systemische Blickwinkel macht klar, dass nur ein öffentlicher und politischer Richter die Gesellschaft für alle Beteiligten gewinnsteigernd voranbringen kann.⁶⁸ Die Gewaltenteilung ist durch die Stellungnahme des Richters nicht tangiert, im Gegenteil, sie wird gerade gestärkt. Genauso wenig setzt sich der Richter über das Recht; Rechtsentwicklung besteht eben darin, dass das Gesetz zu Recht transformiert wird, dass mit anderen Worten der abstrakte Gesetzestext durch die Arbeit des Richters im konkreten Fall rechtliche («justiziable») Wirkung erzielt. Der Richter spricht Recht und nicht das Gesetz. Damit sei nur verdeutlicht, dass weder das Gesetz ohne Richter, noch der Richter ohne Gesetz sein könnte – Gesetz und Richter sind ein untrennbares Ganzes, das schlussendlich den Kernbereich des Rechts ausmacht.

Der Skandal des Farbe bekennenden Richters ist vor dem Hintergrund dieser Überlegungen nicht bloss entschärft, sondern diametral verkehrt. Der eigentliche Skandal betrifft nunmehr das traditionelle Richterbild, das eine aktive Justizkommunikation stark behindert.⁶⁹ Eingedenk der unbändigen Gesetzesflut, der immer kürzer werdenden Lebensdauer von Erlassen und des gleichzeitig stetig steigenden Erledigungsdruckes auf Recht und Politik kann eine solche Kommunikationsblockade fatal sein: Wie nachgewiesen, führt die Einmischung des Richters in den Gesetzgebungsprozess sowohl aus rechtlicher als auch aus politischer Sicht zu einer Belebung der evolutionären Abläufe. Ein Verzicht auf diese Effizienzgewinne erscheint daher nur schwer nachvollziehbar. Trotzdem ist der Richter als Subsumptionsautomat nach wie vor das herrschende Paradigma. Ein Richter, der sich dem nicht fügen will, nimmt nebst der Belastung

68 Bedenken, dass der «öffentliche» Richter seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einbüßen könnte, besteht zumindest bei der Einmischung in den Gesetzesprozess nicht, weil es im Gesetzgebungsprozess – wie gezeigt – gerade nicht um Rechtsprechung in einem konkreten Verfahren mit Parteien geht, wo Unabhängigkeit und Unparteilichkeit tatsächlich relevant sind. Eher gewinnt der Richter durch seine öffentliche Stellungnahme an Unabhängigkeit, kann er diese doch nach aussen bekanntmachen und verteidigen, zustimmend SENDLER, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW, Heft 13, München/Frankfurt 1984, S. 689 ff. Handkehrum sind öffentliche Wortmeldungen des Richters im Zuge eines konkreten Verfahrens problematisch und nur unter engen Schranken zuzulassen, vgl. dazu SAXER, Justizkommunikation im Rechtsstaat, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, S. 57.

69 Der Begriff der aktiven Justizkommunikation meint namentlich, dass sich der Richter nicht nur – wie vorliegend thematisiert – in den Gesetzgebungsprozess, sondern vielmehr auf mannigfache Weise in der Gesellschaft einmischen kann, vgl. dazu umfassend WIPRÄCHTIGER, Richter in der Öffentlichkeit (Fn. 51), S. 184 ff. Zu denken wäre etwa an öffentliche Gerichtstage, persönliche Gespräche der Richter mit Medienschaffenden, Lehrtätigkeit der Richter an Universitäten, Schullektionen an Fachhochschulen u.v.m.

der Verantwortung, die aus seinem Gang an die Öffentlichkeit erwächst, einen permanenten Kampf gegen die Konventionen auf sich. Dazu braucht es Mut, Kraft und Nehmerqualitäten, wie sie Jonny Wiprächtiger in bewundernswerter Weise mitbringt. «Toujours agité – jamais abattu!»

Von Königen, Wappentieren, Ringen und Ratten oder Die Anwendung bibliometrischer Methoden zur Evaluation rechtswissenschaftlicher Forschung

VON CHRISTOF RIEDO

Ein allgemeines Maas für das Verdienst oder für die Wichtigkeit einer Verrichtung, das allen Ständen sogleich die wahre Grösse einer That angäbe, wäre eine Erfindung, die eines moralischen Newton würdig wäre. GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG¹

I. Alles ist Zahl

A. Der König und das Wappentier

Es war einmal ein König, der ärgerte sich ganz fürchterlich darüber, dass seine Vorfahren ausgerechnet die Weinbergschnecke zum Wappentier erkoren hatten. Deshalb rief er seine Hofgelehrten zu sich: «Wappentiere», erklärte der König, «sind Symbole. Die Schnecke steht für Langsamkeit. Ich aber will der weiseste aller Könige sein. Findet heraus, welches Tier von allen das weiseste ist. Ich will es zu meinem Wappentier machen.»

Die Gelehrten überlegten lange, wie man denn das weiseste Tier ausfindig machen könnte. Einer schlug vor, man solle die Tiere in einem grossen Schachturnier gegen einander antreten und die erzielten Punkte über den Sieg entscheiden lassen. Aber der Versuch scheiterte, weil die Tiere die Regeln nicht begreifen wollten. Ein anderer meinte, Weisheit sei die Fähigkeit, alles mit Gleichmut zu ertragen und glücklich zu leben. Aber weil sie nicht wussten, wie sie das gleichmütigste und glücklichste Tier finden sollten, liessen sie auch diesen Vorschlag fallen.

Schliesslich einigte man sich auf ein sehr einfaches und einleuchtendes Verfahren: «Weisheit», meinte nämlich einer der Gelehrten, «bedeutet etwas Ähnliches wie Intelligenz. Intelligent ist, wer gut denken kann. Denken ist Aufgabe des Gehirns. Je grösser das Gehirn, desto intelligenter und also weiser das Tier. Wir müssen also herausfinden, welches Tier das grösste Gehirn hat, und schon haben wir die Lösung.» Und sie begannen zu suchen. Manche Tiere liessen sie von Anfang an weg, weil sie zu klein waren, andere wurden eingehend geprüft. Und bereits nach wenigen Wochen konnten sie dem König Meldung machen,

1 LICHTENBERG, Die Aporismen-Bücher, hrsg. von Albert Leitzmann, Frankfurt a.M. 2005, A 75.

dass der Pottwal das weiseste Tier seines Königreiches sei. Und so kommt es, dass der Meeressäuger noch heute das Wappen des Königreiches ziert...²

B. Die Kunst des Messens

Messen heisst zahlenmässiges Erfassen bestimmter Aspekte empirisch wahrnehmbarer Zustände und Vorgänge. Im Kern geschieht dies immer durch das Vergleichen einer Messgrösse mit einer standardisierten Masseinheit. Wir kennen es aus dem Alltag: Wer die Breite des Wohnzimmers eruieren will, legt eine handelsübliche Nachahmung des Urmeters an und ermittelt, wie oft die Masseinheit nacheinander angelegt werden kann. Selbstverständlich sind solche Messungen ungenau: Der Wohnzimmerboden ist uneben, das Aneinanderlegen der Messlatte erfolgt nicht immer in einem exakten 180 Grad Winkel, der Meter selbst ist aufgrund äusserer Einwirkungen verzogen usw. In der Regel sind solche Ungenauigkeiten aber ohne Belang – das neue Büchergestell wird sich irgendwie aufstellen lassen.

So simpel der Grundgedanke scheinen mag – das exakte zahlenmässige Erfassen der Welt ist eine schwierige Angelegenheit. An einer genauen Zeitmessung beispielsweise hat sich die Menschheit über Jahrtausende die Zähne ausgebissen. Man orientierte sich am Stand der Sonne, versuchte es mit Wasser-, Kerzen-, Räucherstäbchenuhren und entwickelte komplizierte Mechanismen.³

Immerhin: Solche eher technischen Hindernisse sind mindestens theoretisch überwindbar. Weit schwieriger wird es, wenn eine Messgrösse zahlenmässig gar nicht fassbar scheint. Distanzen beispielsweise sind bereits aufgrund der Alltagserfahrung abzählbar. Man benötigt eine bestimmte Anzahl Schritte, um einen Garten zu durchschreiten, auf einem Regal lässt sich eine bestimmte Anzahl Bücher plazieren usw.

Bei anderen Messgrössen liegt dies weit weniger auf der Hand. So lernen wir zwar sehr früh, dass Schnee kalt ist und Feuer heiss – aber von dieser Alltagserfahrung zu einer verlässlichen Temperaturmessung war es ein langer Weg.⁴

- 2 Das Märchen ist zwar frei erfunden, aber der Pottwal wurde zu Recht zum Wappentier erkoren: Sein Gehirn kann mehr als neun kg schwer werden. Vgl. www.geo.de/GEOlino/kreativ/57801.html. Das Abstellen auf die Grösse des Gehirns als Mass der Intelligenz war übrigens vor nicht allzu langer Zeit durchaus üblich. Willkommen war dabei insbesondere die Tatsache, dass das Gehirn von Frauen regelmässig weniger wiegt als jenes von Männern. Ob die heutzutage durchgeführten Intelligenztests verlässlichere Resultate liefern, ist freilich eine offene Frage (dazu nur ENZENSBERGER, Im Irrgarten der Intelligenz. Ein Idiotenführer, Frankfurt a.M. 2007).
- 3 Vgl. dazu statt vieler: LÜBKE, Das große Uhrenbuch: Von der Sonnenuhr zur Atomuhr, Tübingen, 1977; GUYE/MICHEL, Uhren und Messinstrumente des 15. bis 19. Jahrhunderts, Zürich 1971.
- 4 Dazu die Darstellung von BURCKHARDT, Die Erfindung des Thermometers, Basel 1867, im Volltext abrufbar unter: www.archive.org/stream/dieerfindungdes00pdgoog#page/n5/mode/2up.

Das Buch der Natur ist also nur sehr bedingt «in der Sprache der Mathematik»⁵ geschrieben – jedenfalls lässt Mutter Natur dies nicht immer ohne weiteres erkennen. Jede Messung setzt deshalb eine mehr oder weniger naheliegende Metrisierung voraus – scheinbar qualitative Aussagen müssen also zunächst in quantitative umgewandelt werden. Diese Quantifizierung erlaubt dann die Definition einer geeigneten Masseinheit, die ein Messen erst ermöglicht.

Wie zum Beispiel misst man die geschmackliche Qualität von Erdbeerjoghurt? Selbstverständlich lässt sich Erdbeerjoghurt chemisch analysieren. Man wird dann etwa feststellen, dass das Produkt Magermilch, Zucker, natürliche Farbstoffe (z.B. das aus Cochenilleschildläusen gewonnene Karmin, abgekürzt: E 120), das Verdickungsmittel Carrageene (Rotes Seegras, E 407) und andere mehr oder weniger appetitliche Zutaten enthält.⁶ Das ist es freilich nicht, was es zu ermitteln gilt: Geschmack ist zwar das Ergebnis von Inhaltsstoffen, aber die Inhaltsstoffe sind nicht der Geschmack. Vor der Lancierung eines Produktes werden deshalb regelmässig Tests durchgeführt, bei denen möglichst repräsentativ ausgewählte Personen das Ganze degustieren und bewerten. Die damit verbundenen Probleme liegen auf der Hand: Die repräsentative Auswahl der Versuchspersonen ist schwierig, «Geschmack» in erheblichem Ausmass von persönlichen Vorlieben geprägt, aber auch von der Versuchsanordnung usw.

Selbstverständlich kann man also dem Grundsatz nach alles messen oder evaluieren. Die Unterscheidung zwischen Qualität und Quantität ist nur scheinbar eine prinzipielle. Aber das Messen ist kein einfacher Vergleichsvorgang, sondern eine hohe Kunst, und integraler Bestandteil der Messkunst ist es, dass sie sich ihrer eigenen Grenzen bewusst ist und diese «Messunsicherheiten» offenlegt.⁷ Anderenfalls besteht die Gefahr, dass fiktive Messergebnisse ohne weiteres für bare Münze genommen werden.⁸

5 GALILEI, *Il Saggiatore*, in: *Opere*, Ed. nazionale. Firenze 1890–1909, Bd. VI, S. 232.

6 Erdbeeren wurden als Bestandteile bewusst nicht erwähnt, weil sie kaum vorkommen. Vgl. zum Beispiel den in der Zeitschrift *Saldo*, 8/2004, S. 16 f., publizierten Test.

7 Klassisch: HELMHOLTZ, *Die Tatsachen in der Wahrnehmung*. Zählen und Messen erkenntnistheoretisch betrachtet, Darmstadt 1959, S. 77 ff.; ferner statt vieler STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. II: *Theorie und Erfahrung*, Berlin 1970, S. 15–109; NIEDERÉE, *Mass und Zahl*, Frankfurt a.M. 1992, v.a. S. 9–63; CHALMERS, *Wege der Wissenschaft*, 5. Aufl., Berlin 2001, S. 28 ff.; POSER, *Wissenschaftstheorie*, Stuttgart 2001, S. 78 ff.; STRÖKER, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, 4. Aufl., Darmstadt 1992, S. 49 ff.; lesenswert ist auch KUHN, *The Function of Measurement in Modern Physical Science*, *Isis* 1961, S. 161–193.

8 Vgl. ENZENSBERGER, *Fortuna und Kalkül*. Zwei mathematische Belustigungen, Frankfurt a.M. 2009, S. 39: «Ebenso wie Statistiken und demoskopische Umfragen dienen ihre [der Ökonomen] Modelle als eine Art von Realitätsersatz. Dumm ist nur, dass die Erfinder ihre Fiktionen fortwährend mit der Realität verwechseln und dass ihnen jedes Bewusstsein dieser Verwechslung fehlt.»

II. Die Vermessung der Forschung

A. Der König und der Ring

Es war einmal ein König, der beauftragte seinen Hofgelehrten, er möge ihm den bedeutendsten Forscher des Königreichs ausfindig machen und ihm als Anerkennung und Ansporn einen goldenen Ring überreichen. Der Gelehrte machte sich sogleich auf die Suche. Er zog durchs Land, befragte die Menschen, besuchte Ärzte und Alchemisten, Wahrsager und Kopfrechner. Fein säuberlich machte er sich Notizen von ihren Fähigkeiten und Leistungen. Als er meinte, alle Forscher kennen gelernt zu haben, erstellte er eine Liste der aussichtsreichsten Kandidaten.

Aber je länger er seine Liste betrachtete, desto unsicherer wurde der Gelehrte, weil er gar nicht recht wusste, was denn einen bedeutenden Forscher überhaupt ausmache. Sein Ansehen unter Kollegen? Kollegen waren Konkurrenten und ihre Einschätzung von Neid und Missgunst geprägt. Der Nutzen seines Wissens? Der Nutzen liess sich auch nicht bestimmen. Die Anzahl seiner Schüler? Er hatte einen Dorflehrer getroffen, der Hunderte von Schüler unterrichtet hatte – ein bedeutender Forscher war er nicht. All dies schien ihm nicht überzeugend. Er überlegte weiter, und schliesslich kam ihm die zündende Idee: «Der bedeutendste Forscher ist doch offenkundig derjenige, der festzusetzen befugt ist, wer der bedeutendste Forscher ist» – und er steckte sich den Ring selbst an den Finger.

B. Bibliometrische Methoden...

Was in den Naturwissenschaften bereits Gang und Gäbe ist, soll nun auch in anderen Wissenschaften eingeführt werden. – Man will die erbrachten Forschungsleistungen einer genauen Prüfung unterziehen und die Ergebnisse bei der Vergabe öffentlicher Gelder berücksichtigen.

Gegen ein solches Vorhaben ist an sich nichts einzuwenden. Steuergelder wollen sinnvoll eingesetzt sein, und wer entsprechende Entscheide zu fällen hat, muss auch in der Lage sein, diese sachlich zu begründen. Eine andere Frage ist freilich jene nach der konkreten Vorgehensweise.

Halboffiziellen⁹ Angaben zufolge sollen sog. bibliometrische Methoden zur Anwendung gebracht werden. Im Detail kompliziert, basiert die Bibliometrie auf an sich simplen Grundannahmen: Forschungsergebnisse führen zu Publi-

9 Vgl. dazu den Tagungsbericht von LIENHARD/AMSWAND, Forschungsevaluation. Bericht zur Fachtagung der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Schweiz vom 25.6.2010 in Bern, abrufbar unter: www.rechtswissenschaft.unibe.ch/content/qualitaetssicherung/fachtagung/bericht__rapport/index_ger.html#e1925 sowie die entsprechenden *handouts* unter: www.rechtswissenschaft.unibe.ch/content/qualitaetssicherung/fachtagung/referate__exposs/index_ger.html.

kationen. Die Anzahl der Publikationen ist deshalb Ausdruck der Produktivität des Forschers, und die Anzahl Zitierungen ist das Mass der Rezeption dieser Forschungsergebnisse durch die Forschergemeinschaft.

Für die Bewertung einer Forschungsleistung wird deshalb auf die folgenden beiden Faktoren abgestellt:

Der wissenschaftliche Output bestimmt sich nach der Anzahl der Veröffentlichungen und Vorträge, wobei teilweise danach unterschieden wird, ob vorgängig ein Peer-Review-Verfahren¹⁰ durchgeführt wurde oder nicht.

Die Zitationsrate gibt Auskunft über die Resonanz, die eine wissenschaftliche Publikation erfährt. Dazu wird – mit Hilfe einer elektronischen Datenbank¹¹ – ermittelt, wie oft eine einzelne Publikation in anderen Publikationen erwähnt wird. Die weiteren Analysen variieren z.T. erheblich, wobei auch hochkomplizierte statistische Methoden zur Anwendung gebracht werden.¹²

C. ..., ihre Grenzen...

1. *Problematische Grundannahmen*

Bereits die zu Grunde gelegten Annahmen scheinen bei nüchterner Betrachtung wenig plausibel: Niemand käme auf die Idee, Rosamunde Pilcher den Nobelpreis für Literatur zu verleihen, weil sie so fleissig Bücher schreibt. Und genauso wenig würde es einleuchten, würde man die Bestsellerliste als mehr oder weniger zuverlässiges Mass der Rezeption und als Mass der Qualität von Büchern interpretieren. Rein intuitiv scheint das Gegenteil zuzutreffen: Wer wenig publiziert, legt mehr Wert auf Qualität, und wer weniger verkauft, schreibt für den exquisiteren Geschmack.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb mit Bezug auf wissenschaftliche Leistung fundamental anderes gelten sollte.

10 «Peer-Review» meint ein Verfahren zur Beurteilung wissenschaftlicher Forschungsarbeiten durch anonyme, unabhängige Gutachter aus dem gleichen Fachgebiet.

11 Verwendung findet momentan vorwiegend «Science Citation Index», eine multidisziplinäre Datenbank, die Literaturreferenzen und Zitationen erfasst. Die Konkurrenz (v.a. «Google Scholar» und «Scopus») scheint aber an Boden zu gewinnen.

12 Auf die Details kann und muss hier nicht näher eingegangen werden. Zum Ganzen etwa NEUHAUS, Vergleichende Analysen von Forschungsleistungen, Diss. Zürich 2009, S. 25–89; ferner BALL/TUNGER, Bibliometrische Analysen - Daten, Fakten und Methoden, Jülich 2005, S. 11–32; FELT/NOWOTNY/TASCHWER, Wissenschaftsforschung, Frankfurt a.M. 1995, S. 235 ff.; PARTHEY, Bibliometrische Profile wissenschaftlicher Institutionen in Problemfeldern und Phasen der Forschung, in: Fischer/Parthey (Hrsg.), Evaluation wissenschaftlicher Institutionen: Wissenschaftsforschung, Jahrbuch 2003, Berlin 2004, S. 63–102, abrufbar unter: <www.wissenschaftsforschung.de/JB03_63-102.pdf>, und RAUTER, Expansive Zitationsanalyse auf deskriptiv-intertextueller Basis, in: Pipp (Hrsg.), Zugang zum Fachwissen, Graz 2007, S. 160–184, abrufbar unter: <www.univie.ac.at/voeb/fileadmin/Dateien/Publikationen/Schriften_der_VOEB/Band_1_Beitraege/Band_1_RauterJ.pdf>, je mit zahlreichen Hinweisen.

2. Schwieriges Zitate-Zählen

Selbst wenn man aber davon ausgeht, die getroffenen Grundannahmen seien korrekt – das Zählen von Zitaten ist in mehrfacher Hinsicht problembehaftet:

a) Allzu kleine Forschungsgebiete

Für eine Zitierung kommen von vorneherein nur solche Publikationen in Betracht, die mit dem eigenen Forschungsgebiet in Zusammenhang stehen. Deshalb sinken die Chancen, zitiert zu werden, ganz massgeblich, wenn man sich in abgelegene Forschungsgebiete verirrt. Eine Abhandlung über Franz Blei ist für einen Literaturwissenschaftler zweifellos ein taktischer Fehler.¹³

b) Zitat ist nicht Zitat

Wer in einer wissenschaftlichen Publikation auf einen anderen Text hinweist, ihn zitiert, kann dies aus unterschiedlichen Gründen und auch auf unterschiedliche Weise tun.

Zunächst muss man einen Text bekanntlich noch nicht einmal gelesen haben, um ihn zu zitieren. Ein Blick auf den Titel oder auf das Inhaltsverzeichnis wird manchem oft genügen.

Im Übrigen ist Zitat nicht gleich Zitat: «Vgl. statt vieler...», «zum Ganzen eingehend...», «vgl. ferner...», «abweichend...», «anders ohne jede Begründung...», «geradezu absurd...», «nichts weniger als idiotisch...». Der Wert von Zitierungen variiert nicht unerheblich. Eine korrekte Zählung müsste diese Unterschiede berücksichtigen, doch scheint dies praktisch ausgeschlossen.

c) Die Qual der Wahl

Die Zitationsanalyse setzt voraus, dass im Grossen und Ganzen «fair» zitiert wird. Bereits die Konkretisierung der Fairnessregeln bereitet indes erhebliche Schwierigkeiten. Selbstverständlich ist es mit der wissenschaftlichen Redlichkeit nicht vereinbar, fremde Gedanken ohne Quellenangabe als eigene auszugeben. Aber die Zuordnung einer Idee oder eines Gedankens zu deren Urheber ist bereits aus strukturellen Gründen kaum je möglich: Ideen sind nicht Luftballons, die sich am Himmel ohne weiteres identifizieren liessen. Jeder Begriff hat seine Geschichte – Ideen sind deshalb per definitionem Gemeinschaftsprodukte.

Aber ungeachtet dieser prinzipiellen Bedenken muss, wer forscht, wohl zugeben, dass über die Verwendung eines Werkes nicht selten sachfremde Kriterien entscheiden:

Oft wird schlicht verwendet, was am einfachsten greifbar ist. Ein Aufsatz, den man mit grossem Aufwand und erheblichen Kosten im Ausland kopieren

13 Dieses strukturelle Ungleichgewicht zwischen verschiedenen Forschungszweigen soll durch ausgeklügelte statistische Methoden ausgeglichen werden. Vgl. hierzu etwa NEUHAUS (Fn. 12), v.a. S. 27 ff.

lassen muss (mit der latenten Gefahr, dass das Ganze dann doch nicht zu gebrauchen ist), bleibt unberücksichtigt, wenn sich zum selben Thema ein Text in Internet findet. Die tatsächliche Verfügbarkeit ist also mitunter ausschlaggebend. «Open access»¹⁴ wird zur Pflicht.

Aber auch die Person dessen, der (möglicherweise) zitiert werden soll, spielt bekanntermassen eine wesentliche Rolle. Dazu gehören vorab persönliche Netzwerke, innerhalb derer man sich gegenseitig mit Gefälligkeitszitaten¹⁵ begünstigt. Diese Netzwerke verdichten sich unter Umständen zu sog. Zitierkartellen, also zu einer Forschergruppe, deren Mitglieder mehr oder weniger explizit vereinbart haben, sich gegenseitig zu zitieren und andere auszuschliessen.

Aber auch die Berühmtheit eines Autors hat wesentliche Auswirkungen auf die Zitierhäufigkeit. Es kommt also zu einer positiven Rückkoppelung, indem bereits bekannte Autoren von anderen häufiger zitiert werden, was zu einer weiteren Steigerung ihres Bekanntheitsgrades führt.¹⁶

3. *Schädliche Auswahlmechanismen*

Aber all dies scheint weniger bedenklich als die Tatsache, dass bibliometrischen Methoden ein fragwürdiges Wissenschaftsverständnis zu Grunde liegt: Selbstverständlich ist ein grosser Teil der wissenschaftlichen Forschung sog. Normalforschung. Sie bewegt sich in unbekanntem Terrain, aber auf bekanntem Terrain. Wer die DNA der Blattlaus entschlüsselt, einen bisher unbekanntem Stern entdeckt oder Schillers «Räuber» analysiert, mag neue Erkenntnisse generieren, wird aber gängige Methoden anwenden. Bedeutsamer hingegen sind bekanntermassen Neuerungen, die den herrschenden Auffassungen der *scientific community* gänzlich widersprechen. Genau solche Forschungsergeb-

14 «Open access» meint die Gewährleistung des freien Zugangs zu wissenschaftlichen Texten, namentlich übers Internet. Selbst wenn Forschungsergebnisse künftig standardmässig unter Open-Access-Bedingungen publiziert werden sollten, wäre die Chancengleichheit indes nicht (oder nur vorläufig) hergestellt: Zu erwarten wäre vielmehr ein «Wettrüsten» im Kampf um eine verbesserte Verfügbarkeit der eigenen Publikationen (durch eine bessere Platzierung auf der Trefferliste von Suchmaschinen usw.). Die Zeiten sind nicht fern, da Werbegeschenke, Treueprämien und Kumuluskarten auch auf dem Forschungsmarkt den Durchbruch schaffen.

15 Lieber JONNY, ich weiss, Du hast es nicht nötig. Aber ich möchte Dir dennoch ein Zitat schenken – man kann ja nie wissen. Ob auch Gefälligkeiten in eigener Sache berücksichtigt werden, wäre weiter abzuklären. Aber weil man halt wirklich nie sicher sein kann, möchte ich mich gleich mitbeschenken: Vgl. deshalb zu einem völlig anderen Thema auch WIPRÄCHTIGER/RIEDO, Der neue StGB AT, Teil I: Allgemeines, Anwaltsrevue 2005, S. 247–255.

16 Das Phänomen ist unter der Bezeichnung «Matthäus-Effekt» bekannt geworden, benannt nach einer Passage aus dem Matthäus-Evangelium («Denn wer hat, dem wird gegeben, und er wird im Überfluss haben; wer aber nicht hat, dem wird auch noch weggenommen, was er hat.» Vgl. Matthäus 25, 29, hier zitiert nach der Einheitsübersetzung). Vgl. zum Ganzen nur die klassischen Texte von MERTON (The Matthew Effect in Science, Science 1968, Nr. 3810, S. 56–63; The Matthew Effect in Science II, Cumulative Advantage and the Symbolism of Intellectual Property, Isis 1988, S. 606–623).

nisse sind es aber, die in der Fachwelt kaum oder nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung Aufnahme finden. Entsprechend zahlreich sind die Fälle, in denen einem Forscher erst sehr viel später die verdiente Anerkennung zuteil wird.¹⁷ Die Anwendung bibliometrischer Methoden zementiert im Ergebnis den status quo – sie ist im Wesen forschungsfeindlich.¹⁸

D. ... und einige Besonderheiten juristischer Forschung

Ob diese Einwände zutreffen, scheint die Zuständigen wenig zu kümmern. Die Sehnsucht nach quantitativen Pseudokriterien ist offenkundig grösser als der Mut zum Eingeständnis, dass sich Forschungsleistungen nur sehr bedingt bewerten lassen. Vor diesem Hintergrund dürfte auch die Tatsache unbeachtet bleiben, dass zwischen verschiedenen Forschungsgebieten massgebliche Unterschiede bestehen.

Nehmen wir als nahe liegendes Beispiel die Rechtswissenschaften...¹⁹

1. Besondere literarische Gattungen und Publikationsformen

Wer wissenschaftliche Texte zählen will, hat zunächst zu bestimmen, was überhaupt zur Messgrösse gehört. Juristen verfassen regelmässig Texte, die nicht (oder nicht primär) für eine spätere Publikation gedacht sind (Entscheide, Klagen, Parteigutachten usw.). Wer ein Gerichtsurteil begründet, betreibt nach dem üblichen Denkschema keine juristische Forschung, auch wenn er unter Umständen wenig anderes tut als der Verfasser eines Aufsatzes: Er klärt Rechtsfragen ab.²⁰ Offenbar gilt insoweit bereits heute der (eigentlich sonderbare) Grundsatz: Wer nicht publiziert, ist kein Wissenschaftler.²¹

17 Zum Ganzen KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. Aufl., Chicago 1970; FLECK, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache*, Frankfurt am Main 1980; FEYERABEND, *Wider den Methodenzwang*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1991; ferner JUNG, *Der Niedergang der Vernunft*, Frankfurt a.M. 1997, mit illustrativen Fallstudien.

18 Die gemachten Ausführungen sind im Übrigen gewissermassen Bestätigung ihrer selbst: Bekannt geworden ist das Gesagte nach der Publikation von THOMAS S. KUHN'S «*The Structure of Scientific Revolutions*» im Jahre 1962. KUHN selbst hat aber im Vorwort unumwunden eingeräumt, dass er seine Erkenntnisse zu weiten Teilen dem vordem weitestgehend unbekanntem LUDWIK FLECK verdankt, dessen Werk bereits 1935 erschienen war.

19 Vgl. zum Nachfolgenden auch die in den Fussnoten 9 und 12 erwähnten Texte sowie LIENHARD/AMSWAND, *Die Vermessung des juristischen Geistes*, NZZ vom 13.12.2010, S. 41, und BINDER, *Die Angst vor der Vermessung des Geistes*, NZZ vom 11.10.2010, S. 37.

20 Vgl. dazu bereits BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, S. 16: «Die Aufgabe der Wissenschaft kann auch nicht getrennt werden von der Praxis, d.h. von der Aufgabe derjenigen, die das Recht setzen und anwenden; also in praktischer Arbeit begriffen sind. Es gibt nicht eine Methode der Rechtswissenschaft einerseits, und eine Methode der Rechtssetzung und Rechtsanwendung andererseits.»

21 Wobei teilweise offen bleibt, was denn als «Publikation» zu gelten hat. Hat, wer ein Vorlesungsskriptum auf Internet stellt, publiziert? Wie verhält es sich, wenn der Zugriff Studierenden vorbehalten und durch ein Passwort geschützt ist?

Als «wissenschaftlich» gelten deshalb von vorneherein nur Texte, die als solche veröffentlicht werden. Während nun die Ergebnisse naturwissenschaftlicher Forschung fast ausschliesslich in Zeitschriften publiziert werden,²² besteht ein erheblicher Anteil der juristischen Publikationen aus Sammelbänden, Monographien, Kommentaren, Entscheidbesprechungen und Textausgaben.

Allerdings sind auch hier die Grenzen fliegend. Eine private Ausgabe von Gesetzestexten beispielsweise dürfte kaum darunter fallen, wenn es bei einer blossen Wiedergabe dessen bleibt, was sich in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) findet. Das Erstellen eines Stichwortregisters wäre wohl ebenfalls noch keine wissenschaftliche Arbeit. Wird jedoch auf relevante Bundesgerichtsentscheide verwiesen und ein längeres Vorwort eingefügt, wird das Ganze irgendwann zur Wissenschaft – wobei aber eine exakte Grenzziehung ausgeschlossen scheint.

In einem zweiten Schritt wäre abzuklären, wem eine wissenschaftliche Publikation zuzurechnen ist. Gänzlich ungeklärt ist dabei insbesondere der Status von Herausgebern. Ist die mühsame²³ Arbeit von Herausgebern ein wissenschaftlicher Nonvaleur?²⁴

Drittens wäre zu entscheiden, wie diese (als wissenschaftlich anerkannten und einer oder mehreren Personen zugerechneten) Publikationen zu zählen bzw. zu gewichten sind.

Das Verfassen einer Monographie ist regelmässig sehr viel aufwendiger als das Schreiben eines Aufsatzes und noch weit aufwendiger als das Abfassen einer Entscheidbesprechung. Wenn aber die Anzahl der Publikationen als Mass der Produktivität dienen soll, greift die simple Regel: «Publikation ist Publikation» offensichtlich zu kurz.²⁵ Umgekehrt ist das Abstellen auf die Anzahl verfasster Seiten (oder Zeichen) zwar präzise – begünstigt aber die Schwafelei.

Alternative Lösungen sind nicht erkennbar. Jedenfalls wäre es nicht sachgerecht, «peer-reviewed» Publikationen stärker zu gewichten. Zwar liessen sich Peer-Review-Verfahren theoretisch auch bei Monographien, Festschriften usw. einführen, doch bliebe solches im Bereich der Rechtswissenschaften reine

22 Selbstverständlich gibt es auch im Bereich der Naturwissenschaften Lehrbücher usw. Deren Status ist indes ein völlig anderer: Lehrbücher fassen lediglich zusammen, was an Forschungsergebnissen längst publiziert wurde. Juristische Lehrbücher hingegen dienen teilweise auch der (erstmaligen) Publikation von Forschungsergebnissen.

23 Der Jubilar wird dies bestätigen (vgl. die «Basler Kommentare» zum StGB, zum BGG und zur StPO).

24 Nicht viel anders steht es um Festschriften: Wer als Herausgeber einen Autoren zum Verfassen eines Beitrages einlädt, kann in der Folge schwerlich noch ein Peer-Review-Verfahren durchführen. Sonst gäbe es wohl diesen Beitrag nicht.

25 Bei Kommentaren beispielsweise wäre zudem nicht erkennbar, was denn als eine Publikation zu gelten habe: Hat, wer im «Basler Kommentar» für das Strafbefehlsverfahren zuständig war, eine Publikation verfasst (eine Kommentierung des Strafbefehlsverfahrens) oder deren *fünf* (Kommentierungen zu den Art. 352, 353, 354, 355, 356 StPO)?

Theorie. Forschungsgegenstand der Jurisprudenz sind Rechtsregeln – und diese gelten (dem allgemeinen Globalisierungstrend zum Trotz) mehrheitlich nach wie vor nur innerhalb räumlicher Grenzen. Eine internationale Rechtswissenschaft existiert deshalb nur in Teilbereichen, während vieles praktisch nur innerstaatlich (oder innergliedstaatlich) von Interesse ist. Das hat selbstverständlich Folgen: Der Markt ist entsprechend kleiner. Wer einen Artikel zum schweizerischen Strafrecht publizieren will, kann sich an ein gutes Dutzend Zeitschriftenredaktionen (AJP, Anwaltsrevue, BJM, forumpoenale, medialex, plädoyer, SJZ, SZK, ZBJV, ZSR, ZStrR und vielleicht noch einige andere) wenden. Ein Peer-Review-Verfahren findet bei den meisten dieser Zeitschriften gar nicht statt, und dies mit gutem Grund: Der Markt ist derart klein, dass eine Anonymisierung weitgehend theoretisch bleibt – die Zahl der möglichen Reviewer und auch die Zahl der in Frage kommenden Autoren ist je nach Thema schlechterdings zu klein.

2. Besonderes Zielpublikum

In der juristischen Forschung geht es oft gerade darum, bestimmte Rechtsfragen für die praktische Rechtsanwendung einer brauchbaren Lösung zuzuführen. Juristische Texte wollen also auch von sog. Praktikern, von Richtern, Anwälten und Verwaltungsbeamten gelesen werden; sie richten sich zu weiten Teilen an ein Publikum ausserhalb der *scientific community*.²⁶

Juristische Forschungsergebnisse werden deshalb auch von Vertretern ausserhalb der Forschungsgemeinschaft zitiert. Es wäre deshalb die Frage zu beantworten, ob und inwieweit beispielsweise Zitate in Gerichtsentscheiden zu berücksichtigen und wie sie zu gewichten sind. Mit dieser Frage sind verschiedene Schwierigkeiten verbunden:

Die Entscheide des Bundesgerichts²⁷ z.B. werden heute fast allesamt mindestens auf Internet publiziert. Das Bundesgericht pflegt Lehrmeinungen nur noch ausnahmsweise und weitgehend willkürlich anzuführen – und das wird man den zuständigen Amtspersonen auch nicht verübeln dürfen: Gerichte sind nicht der Gleichbehandlung der Forscher, sondern dem Recht verpflichtet, und wo sich eine einzige Information in zahlreichen Schriften findet, berücksichtigt

26 Dazu etwa GERMANN, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern 1968, S. 74: «Die Rechtswissenschaft soll vor allem für die Richter, die juristischen Magistraten und Beamten [...], für Advokaten und Rechtskonsulenten [...] oder andere Juristen der Praxis das System von Normen der geltenden Rechtsordnung auf der Grundlage von Gesetzen und anderen für sie verbindlichen Rechtsquellen aufbauen.»

27 Kantonale Entscheide (erster und oberer Instanzen) werden nur ausnahmsweise publiziert. Auch dies scheint durchaus verständlich, benachteiligt aber ganze Forschergruppen: Wer einen Aufsatz zum Urner Polizeigesetz veröffentlicht, dürfte wenig Aussicht haben, damit in einem unveröffentlichten Urteil zitiert zu werden: Erstens sind entsprechende Anwendungsfälle zu selten (der Kanton Uri hat rund 35 000 Einwohner), und zweitens werden entsprechende Entscheide nur selten amtlich publiziert.

man die Gewohnte und Greifbare. Aber selbst wenn man das Bundesgericht auf eine «gerechte» Zitationspraxis verpflichten könnte (oder eine solche einfach unterstellen wollte) – ob ein Text vom Bundsgericht zitiert wird, hängt notwendigerweise von anderen Faktoren ab.

Meine Kommentierung von Art. 290 StGB wurde vom Bundesgericht wahrscheinlich noch nie zitiert, jene von Art. 292 StGB hingegen schon. Mit der Qualität der Beiträge dürfte das wenig zu tun haben: Die Menschen neigen einfach eher zu Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen als zum Siegelbruch. Das Glück des Forschers ist also von den Straftätern abhängig.

Diese Ungereimtheit lässt sich nur scheinbar aus der Welt schaffen. Zunächst läge es etwa nahe, die Anzahl Zitate zur Anzahl der Fälle in Beziehung zu setzen. Auf die Zahl der Verurteilungen nach einer bestimmten Strafnorm lässt sich dabei offenkundig nicht abstellen – denn erstens gelangt nur ein winziger Bruchteil der Fälle bis ans Bundesgericht und zweitens enden Strafverfahren nicht zwingend mit einem Schuldspruch. Massgebend könnte also höchstens sein, wie oft sich das Bundesgericht mit einem bestimmten Straftatbestand zu befassen hat. Aber auch dieses Kriterium wäre hochgradig unpräzise, weil in einem Strafverfahren wegen Siegelbruchs vor Bundesgericht unter Umständen nicht eine Verletzung von Art. 290 StGB, sondern eine willkürliche Beweiswürdigung, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die Strafzumessung usw. gerügt wird. Oder aber das Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde gar nicht ein, etwa mangels Legitimation, wegen Ablaufs der Beschwerdefrist, Nichtleistung des Kostenvorschusses usw. Ohne detaillierte inhaltliche Analyse lassen sich keine geeigneten Vergleichszahlen festlegen.

Mit anderen Worten: Wenig scheint dem Juristen ehrenvoller, als mit seiner Forschung die Rechtsprechung beeinflusst zu haben. Aber dieser Einfluss lässt sich schlechterdings nicht messen.

Von vorneherein ausgeschlossen ist schliesslich die Berücksichtigung von Zitaten in anderen zentralen juristischen Texten: Strafanzeigen, Klageschriften, Parteigutachten – all dies bleibt üblicherweise unveröffentlicht und damit auch einer bibliometrischen Analyse entzogen.

Im Ergebnis wird man deshalb auf die Berücksichtigung von Zitaten in «nicht-wissenschaftlichen»²⁸ Texten verzichten müssen. Das wird Folgen haben: Wer primär für die Praxis schreibt, wird sich im *ranking* ganz weit unten wiederfinden und sich die Frage stellen müssen, ob sich der Aufwand wirklich lohnt.

28 «Nicht-wissenschaftlich» im oben erläuterten Sinne (nicht als wissenschaftlich publiziert).

III. Zweifelhafte Ergebnisse und falsche Anreize

A. Der König und die Rattenplage

Es war einmal ein König, der beauftragte seine Hofgelehrten, sie sollten ihm schleunigst Vorschläge unterbreiten, wie die grassierende Rattenplage einzudämmen sei.

Die Gelehrten waren sich schnell einmal einig, dass der Kampf nicht von der Armee, sondern von der Bevölkerung geführt werden solle. Deshalb empfahlen sie dem König, er möge jedem, der eine Ratte töte, eine Belohnung auszahlen lassen. Der König fand diesen Vorschlag ausgezeichnet, und er liess sogleich öffentlich verkünden, wer einem seiner Statthalter einen Rattenschwanz abliefere, erhalte dafür einen Batzen.

Die Erfolge liessen nicht lange auf sich warten: Zu Hunderten strömten die Untertanen zu den Amtstellen und überbrachten bündelweise Rattenschwänze. Und obwohl die Ernte vor der sicheren Vernichtung gerettet werden konnte, stiegen die Kosten für die versprochenen Belohnungen stetig an – und auch Kuhmilch war unvermittelt knapp geworden. Das machte den König schliesslich stutzig, und er verlangte von seinen Gelehrten Auskunft darüber, wie das alles zu erklären sei.

Die Antwort war dann schnell gefunden: Im ganzen Land hatten die Menschen ihre Kühe geschlachtet, um in den Ställen Ratten zu züchten.

B. Anleitung zum Glücklichein

Festschriften sind für ein Lamento nicht der geeignete Ort. Deshalb soll sich auch dieser Betrag mit einer positiven Note seinem Ende nähern. Jede Krise, sagen die Manager, sei auch eine Chance. Deshalb wird man in der geplanten Forschungsevaluation auch die Chance erblicken können, sein bisheriges Verhalten zu hinterfragen und im Hinblick auf die neuen Spielregeln anzupassen.

Die Befolgung einiger weniger Handlungsmaximen scheint durchaus geeignet, das Wohlbefinden des forschenden Juristen entscheidend zu steigern:

- Publizieren Sie auch dann, wenn Sie nichts zu sagen haben. Auch ein ausgemachter Blödsinn zählt als Publikation.
- Schreiben Sie keine längeren Texte. Investieren Sie die Zeit, die Sie für ein Buch benötigen, in 50 Entscheidgesprächen. Wenn Sie bereits ein Buch geschrieben haben, publizieren Sie es häppchenweise, allenfalls mit dem Hinweis «Fortsetzung folgt» – was für den Comic Recht ist, muss auch Ihnen billig sein.
- Publizieren Sie denselben Text wenn möglich mehrmals, allenfalls in verschiedenen Sprachen. Das steigert nicht nur die Anzahl ihrer Publikationen, es erhöht auch die Chancen des Zitiert-Werdens.

- Stellen Sie all ihre Publikationen ins Internet und fördern Sie deren Bekanntheit über «facebook» und «twitter».
- Versuchen Sie, Angelina Jolie als Werbeträgerin zu gewinnen. Auch die Mitglieder der Forschergemeinschaft sind für Werbung dieser Art empfänglich. Wenn das Geld nicht reicht, versuchen Sie es bei einer Wetterfee von «Telebärn». Wenn Sie sich auch dies nicht leisten können, verteilen Sie an Kongressen ihre Visitenkarten stapelweise.
- Verfassen Sie nichts, was für die Praxis oder für Studierende brauchbar wäre. Zitate in Gerichtsurteilen, Klageschriften und Seminararbeiten bringen (voraussichtlich) keine Punkte und also auch kein Geld.
- Schreiben Sie nur über Themen, die auch von zahlreichen Kollegen-Konkurrenten beachtet werden. Damit erhöhen Sie die Wahrscheinlichkeit, zitiert zu werden.
- Schreiben Sie möglichst nichts, was nach einer originellen *und* vernünftigen Lösung aussieht: Seien Sie also entweder völlig absurd (dann kann man Ihnen mindestens das Zitat: «Anderer Ansicht wider jede Evidenz...» nicht verhehlen) oder gesellen sie sich zum Mainstream (das reicht dann ab und zu für ein «Ebenso statt vieler...»).
- Pflegen Sie Netzwerke. Seien Sie sich nicht zu schade, einen missliebigen Kollegen zum Essen einzuladen, damit er Sie häufig zitiert. Revanchieren Sie sich wo immer möglich nicht mit Zitaten, denn was dem Konkurrenten nützt, gereicht Ihnen mittelbar zum Schaden.

IV. Schluss

Das Bemühen um eine «Forschungsevaluation» lässt sich unschwer als Ausdruck eines allgemeinen Trends zur Verstärkung der blühenden (Bildungs-) Verwaltung erkennen. Aus der Sicht der Verwalteten scheinen diese Entwicklungen mit dem Wetter vergleichbar: Was auf einen zukommt, ist weitgehend unbekannter Herkunft, demokratisch jedenfalls nicht legitimiert und mittelfristig auch nicht prognostizierbar.²⁹

Bei nüchterner Sicht der Dinge hat man als Betroffener drei Möglichkeiten:

- Man passt sich dem Wetter an und kauft geeignete Kleidung.
- Man entzieht sich dem Ganzen und geht einfach nicht mehr nach draussen.
- Man liest in den Schriften der alten Stoiker und bleibt von Regen, Wind und Sonne unbeeindruckt.

Wirklich attraktiv wirkt keine der drei Varianten.

29 Das Phänomen ist gemeinhin unter dem Ausdruck «Bolognalisierung» bekannt geworden.

Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts

VON MARIANNE HEER

Der Jubilar und das Thema

Das Massnahmenrecht war «Jonny» während seiner gesamten richterlichen Tätigkeit immer wieder ein grosses Anliegen. Unzählige Urteile des Luzerner Obergerichts und schliesslich vor allem der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zu diesem Rechtsbereich wurden entscheidend von ihm (mit) geprägt, seine Handschrift als Referent ist immer wieder unverkennbar. Letztlich entsprach ihm diese Sanktion deshalb wohl sehr, weil er in der Resozialisierung des Straftäters stets den primären Zweck des Strafrechts sah. Immer stand für ihn der Mensch im Mittelpunkt seines Schaffens, was er im Massnahmenrecht am besten zum Tragen bringen konnte. Unlängst hat sich «Judge Jonny», wie er von Richterkollegen aus China anlässlich eines Besuchs des Bundesgerichts liebevoll genannt wurde, auch im Prozessrecht profiliert als Mitherausgeber des Basler Kommentars zur Schweizerischen Strafprozessordnung. Sein Name ist auf den unübersehbaren Buchdeckeln dieses Werks in jeder Bibliothek präsent, die etwas auf sich hält. Dass er auch als Mitautor bei diesem Projekt wirkte, braucht nicht noch besonders hervorgehoben zu werden.

Die psychiatrische Begutachtung des Straftäters, lässt sich nicht ohne die prozessualen Abläufe denken, die diese entscheidend mitbestimmen. Die entsprechenden Probleme waren für Jonny immer wichtig. Damit ist die Brücke geschlagen zum nachfolgenden Aufsatz, der diese Verknüpfung näher beleuchten soll.

I. Begutachtung als strafprozessuale Beweisabnahme

Die forensisch-psychiatrische Begutachtung steht seit langen Jahren unter der besonderen Beobachtung von Lehre und Rechtsprechung, nachdem dieses Thema dort zuvor stark vernachlässigt worden war. Nicht zuletzt die Reaktionen auf Tötungsdelikte rückfälliger Straftäter führten anfangs der 90er-Jahre dazu, dass unter anderem auch gutachterliche Erkenntnisse in Frage gestellt wurden und man diesen in der Folge besondere Aufmerksamkeit schenkte. In den eigenen Reihen der forensischen Psychiater wurden Standards festgelegt, die von der Rechtsprechung nachhaltig gefordert und teilweise auch

mitgestaltet wurden.¹ Forensisch-psychiatrische Gutachten werden von ihren Urhebern nicht selten mit dem Zusatz «wissenschaftlich» betitelt. Ruft man sich die Bedeutung dieses Wortes in Erinnerung, erscheint diese Bezeichnung allerdings als verfehlt.² Liegt der Grund für eine solche Umschreibung einzig in der Anerkennung, dass gutachterliche Feststellungen hohen Anforderungen zu genügen haben, ist dagegen nichts einzuwenden. Wollen sachverständige Personen damit aber bewusst oder unbewusst zum Ausdruck bringen, dass sie einzig den Gesetzmässigkeiten ihres medizinischen Fachgebietes unterstehen und sich somit primär als Ärzte dafür zu verantworten haben,³ kann man es nicht dabei bewenden lassen. Es ist zu beachten, dass sachverständige Personen Aufgaben erfüllen, die an sich der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht zukommen. Dass diese Justizorgane diese Aufgaben mangels eigener Fachkompetenz an Dritte delegieren, ändert nichts an deren rechtlichen Charakter. Es ist zu beobachten, dass mit einer zunehmenden Sensibilisierung und Ausbildung der Justizorgane im forensisch-psychiatrischen Fachbereich zunehmend auch eine kritische Auseinandersetzung mit der Meinung von Experten einher geht, obwohl hier der Idealzustand lange noch nicht erreicht und nach wie vor in weiten Teilen eine nicht hinzunehmende «demission du juge» erkennbar ist.⁴ Forensisch-psychiatrische Erkenntnisse sind keine absoluten Grössen, sondern verschiedentlich mit Wertungen verbunden.⁵ Sie sind insofern stark abhängig von eigenen individuellen Anschauungen des Urhebers und gelegentlich auch Ausdruck einer bestimmten Schule. Dessen haben sich juristische Entschei-

- 1 Vgl. dazu eingehend, HEER, Art. 56 N 61 ff., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007; sehr anschaulich und auch für die Schweizer Praxis verwendbar BOETTICHER et al., Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsbegutachtungen, NSTz 25 (2005), 58–61 sowie BOETTICHER et al., Mindestanforderungen für Prognosegutachten, NSTz 26 (2006), 537–568.
- 2 Nach WIKIPEDIA handelt es sich bei einer wissenschaftlichen Arbeit um einen systematisch gegliederten Text, in dem ein Wissenschaftler das Ergebnis seiner eigenständigen Forschung darstellt. Wissenschaftliche Arbeiten entstehen nach der Definition gemäss der genannten Quelle im Allgemeinen an Hochschulen oder anderen, auch privaten, Forschungseinrichtungen und werden von Studenten, Doktoranden oder anderen Forschern verfasst.
- 3 Eine solche Haltung klingt etwa durch im Zusammenhang mit der Frage der Zulassung des Rechtsvertreters zu einer Exploration in BGE 132 V 443, 448, E. 3.7.
- 4 BRUNNER, Psychiatrische Begutachtung – Aspekte der Verteidigung, in: Heer/Schöbi (Hrsg.), Gericht und Expertise, 2005, S. 186 ff.
- 5 SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 951 f.; ALBRECHT, Die richterliche Anordnung einer Verwahrung gemäss Art. 64 nStGB – ein verantwortbares Risiko? in: Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, S. 584; FURGER, Aufgaben, Möglichkeiten und Grenzen der Psychiatrie im Strafverfahren, AJP 1992, 1121; HEER, Psychiatrische Gutachten im Strafverfahren – eine Herausforderung für Juristen, in: Riedo et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, 2010, S. 104 f.; RASCH, Forensische Psychiatrie, Stuttgart 1999, S. 372.

dungsträger nicht nur bewusst zu sein, sondern sich auch durch eine eigene kritische Haltung solchen Feststellungen gegenüber mitgestaltend an deren Zustandekommen zu beteiligen.

Sind forensisch-psychiatrische Sachverständige also im Dienst der Justiz und nehmen sie dabei (zusammen mit juristischen Entscheidungsträgern) Aufgaben wahr, die ihnen aufgrund des Strafprozessrechts zugewiesen sind, unterstehen sie bei der Erstellung des Gutachtens auch den entsprechenden Regeln. Der Ablauf der Begutachtung hat rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Es ist diesen Experten aus einem anderen Fachgebiet ebenso wie gewissen Angehörigen der Justiz die an sich selbstverständliche Feststellung in Erinnerung zu rufen, dass es sich prozessual gesehen bei der Begutachtung um die Abnahme eines Beweises bzw. die Erstellung eines Beweismittels geht. Dass dieser Beweis nicht selten im Zentrum des Strafverfahrens steht und das Prozessergebnis entscheidend beeinflusst, verdeutlicht noch die Wichtigkeit dieser Erkenntnis.

II. Auswirkungen der Grundrechte auf die Begutachtung

A. Grundsätzliches

Dass eine Begutachtung als solche grundsätzlich einen Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen darstellt, wird in der Praxis gelegentlich ebenso wenig deutlich genug wahrgenommen wie die Tatsache, dass die Methode der Begutachtung im Einzelnen einer Prüfung der Verfassung und dem übergeordneten Recht standzuhalten hat. Symptomatisch dafür ist die Tatsache, dass diese Beweiserhebung, anders als andere gleichartige Vorkehren wie beispielsweise eine (ärztliche) körperliche Untersuchung und andere mehr, in der Strafprozessordnung nicht unter dem Kapitel der Zwangsmassnahmen figuriert. Konkrete Vorkehren der sachverständigen Person in Bezug auf die Person des Exploranden können vor allem das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 1 EMRK und Art. 9 IPBPR oder unter Umständen das Recht auf Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV tangieren. Die Eingriffsvoraussetzungen für Grundrechte, wie sie allgemein bei den Zwangsmassnahmen festgehalten sind, müssen auch hier beachtet werden (vgl. Art. 197 StPO).

Im Vordergrund steht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dem eine Begutachtung in allen Phasen zu genügen hat.⁶ Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine zwangsweise polizeiliche Vorführung in die Kantonale Psychiatrische Klinik zum Zwecke der ärztlichen Begutachtung als rechtlich zulässig zu bezeichnen ist, hob das Bundesgericht das Recht auf persönliche Freiheit des Betroffenen besonders hervor. Dieses Grundrecht schützt nach den Aus-

6 Vgl. den Grundsatz in BGE 124 I 40.

führungen des Gerichts nicht nur die Bewegungsfreiheit sowie die körperliche und psychische Integrität des Betroffenen, sondern darüber hinaus die Würde des Menschen und alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen. Eine Zwangsmassnahme ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als notwendig.⁷ Das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt zwar, dass staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein müssen. Diese Voraussetzungen sind im Strafrecht wohl zumeist zu bejahen, jedenfalls wenn es schwerwiegendere Anlassdelikte zu beurteilen und/oder eine besondere künftige Gefährlichkeit eines Beschuldigten zu befürchten sind. Sonderfälle sind indessen denkbar.⁸ Die Verpflichtung, sich für eine psychiatrische Begutachtung zur Verfügung zu halten, wurde vom Bundesgericht grundsätzlich nicht als schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bewertet. Die ärztliche Begutachtung (in concreto in einem Entmündigungsverfahren) müsse nötigenfalls auch gegen den Willen der Betroffenen erfolgen können. Unter Umständen könne sogar eine kurzfristige Anstaltseinweisung zulässig sein.⁹ Diese Praxis blieb in der Literatur nicht unwidersprochen.¹⁰ Für die letztgenannte Möglichkeit wurde mit Art. 186 StPO für das Strafverfahren eine gesetzliche Grundlage geschaffen, worauf nachfolgend noch einzugehen sein wird.

7 BGE 124 I 40, 45, E. 3.e mit Hinweisen.

8 Es lassen sich in der Praxis durchaus Fälle denken, wo es adäquat wäre, sich die Voraussetzungen für Eingriffe in die persönliche Freiheit vermehrt ins Bewusstsein zu rücken. Soll beispielsweise ein 80-jähriger notorischer Querulant, der ehrverletzend und drohend auftritt, sich entsprechend auch jeglichen gerichtlichen Beweisanordnungen zu entziehen versuchen wird, zwangsweise begutachtet werden? Mit Blick auf die geringfügigen Anlasteraten und die aufgrund der bisherigen Erfahrungen abgeleitete laienhafte Beurteilung der Gefährlichkeit des Betroffenen war ein Verzicht auf solche zwangsweise durchgeführten Beweisvorkehren vertretbar (OGer Luzern, 9.12.2010, 21 2010, 63, bestätigt durch das Bundesgericht am 7.4.2010). Im zitierten Fall liess sich mit Fug die Frage stellen, ob man überhaupt auf die Diskussion um eine strafrechtliche Massnahme eintreten sollte bzw. ob das Strafrecht tatsächlich das richtige Instrumentarium darstellt, um dem fraglichen Straftäter eine ärztliche Behandlung angedeihen zu lassen bzw. die Öffentlichkeit vor seinen vornehmlich lästigen Übergriffen zu schützen.

9 BGE 124 I 40, 42 ff. Im konkreten Fall wurde allerdings festgehalten, eine zwangsweise stationäre Begutachtung sei unverhältnismässig.

10 Vgl. die Hinweise in BGE 124 I 40, 43, E. 3.

B. Einfluss auf die Methode der Begutachtung

Eine allfällige Grundrechtswidrigkeit manifestiert sich zumeist im Zusammenhang mit der Methode der Begutachtung. Dabei ist hervorzuheben, dass die in der StPO allgemein festgehaltenen Verbote bestimmter Methoden der Beweiserhebung im Sinne von Art. 140 StPO auch hier zu beachten sind. Mögliche Szenarien, bei denen die Willensfreiheit des Betroffenen beeinträchtigt und damit eine Einvernahme unverwertbar sein kann, sind zahlreich. Es kann diesbezüglich auf die Literatur zu diesem Spezialthema verwiesen werden.¹¹ Dass etwa unzulässige Vernehmungsmethoden einer sachverständigen Person wie beispielsweise nötigende Einflussnahme auf die Aussagefreiheit oder Abgabe von Medikamenten zur Förderung der Aussagebereitschaft etc. bisher, soweit ersichtlich, in der Praxis selten Gegenstand von Diskussionen um eine Begutachtung waren, stellt den entsprechenden Beteiligten ein gutes Zeugnis aus. Dies ändert indessen nichts daran, dass deren Unzulässigkeit immer wieder in Erinnerung gerufen werden muss.¹² Ob weniger krasse Fälle wie «Zermürbungstaktiken» (etwa lange, ermüdende Befragungen, Entzug von Essen und Trinken, Verbot des Besuchs einer Toilette etc.) generell als verbotene Zwangsmassnahmen zu qualifizieren sind, ist bisher ungeklärt¹³ und wird im Einzelfall zu beurteilen sein. Gleich verhält es sich auch für Vorgehensweisen wie eine Beschimpfung, eine ehrenrührige oder erniedrigende Behandlung etc., wobei sich hier regelmässig die Frage stellen wird, ob in diesen Fällen sachverständige Personen noch als unbefangene Experten zu betrachten sind. Immer ist anzustreben, dass ein Straftäter als Persönlichkeit empfunden wird. Es ist sicherzustellen, dass dieser im Begutachtungsprozess nicht vollständig zum Objekt verkommt.

Sachverständige Personen haben Einvernahmen des Exploranden möglichst schonend vorzunehmen und auf unnötig umfangreiche oder nicht begründbare eindringliche Befragungen zu verzichten. Entsprechende Vorkehren haben sich auf den Sachverhalt zu beschränken, der für die Begutachtung relevant ist. Sog. Zufallstatsachen, die mit dem Gutachtensauftrag nicht in unmittelbarem

11 Dazu GLESS, Art. 140 mit zahlreichen Hinweisen, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010 oder WOHLERS, in: Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 140 N 3 ff.

12 Zu erwähnen ist hier etwa die Anwendung eines Lügendetektors, der nach verbreiteter Lehrmeinung auch nicht auf Antrag der beschuldigten Person zur eigenen Entlastung eingesetzt werden darf (vgl. etwa BGE 109 Ia 273, 289 f. E. 7.). Eine Narkoanalyse ist ebenfalls rechtlich nicht möglich (GLESS [Fn. 11], Art. 140, N 67). Das Bundesgerecht hat es schliesslich unter diesem Aspekt auch nicht zugelassen, dass ein Betroffener ein paar Tage hospitalisiert und dabei in den Zustand der Betrunkenheit versetzt wird (BGE 90 I 29, 39 f., E. 5); DONATSCH/SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2007, § 109 N 16.

13 Vgl. WOHLERS (Fn. 11), Art. 140 N 3.

Zusammenhang stehen, sind nicht Gegenstand des Gutachtens. Die sachverständige Person ist allenfalls darüber als Zeuge einzuvernehmen.¹⁴

Die Geltung von Grundrechten lässt sich auch etwa im Zusammenhang mit einer stationären Beobachtung durch sachverständige Personen nachverfolgen, wofür mit Inkraftsetzung der Schweizerischen Strafprozessordnung landesweit eine gesetzliche Grundlage geschaffen wurde. Art 186 StPO fand im Gesetzgebungsverfahren sowie in den ersten Kommentaren zur Strafprozessordnung nicht besondere Beachtung. Die Praxis wird zeigen müssen, an welche Voraussetzungen ein solcher Freiheitsentzug gebunden ist. Er ist jedenfalls besonders zu begründen, lässt sich somit einzig durch rein ärztliche Überlegungen rechtfertigen. Eine solche stationäre Begutachtung dient den ärztlichen Abklärungen und nicht bereits einer Therapierung. Ein vorzeitiger Antritt der Massnahme hat sich im Gegensatz dazu auf Art. 236 StPO zu stützen und ist demnach einzig auf Gesuch des Betroffenen hin möglich. Eine solche stationäre Beobachtung durch den Gutachter unterliegt sowohl in Bezug auf deren grundsätzliche Anordnung wie auch auf deren Ausgestaltung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dies gilt im Übrigen auch für den vorzeitigen Antritt einer Massnahme.¹⁵ Ein solcher Freiheitsentzug stellt letztlich eine Sonderform der Untersuchungshaft dar. Dass dies vom Gesetzgeber zu wenig bewusst wahrgenommen wurde, zeigt die Tatsache, dass zwar gegen das Ende des Gesetzgebungsprozesses die Regeln über die Rechtsmittel gegen die Untersuchungshaft noch geändert wurden. Trotz des expliziten gesetzlichen Hinweises, die stationäre Begutachtung unterliege weitgehend denselben Bestimmungen wie die Untersuchungshaft (Art. 186 Abs. 5 StPO), ging hier eine Anpassung indessen vergessen. Analog zu Art. 222 StPO ist entgegen dem Wortlaut des Gesetzes aber auch hier das Rechtsmittel der Beschwerde gegen einen begründeten Entscheid der Anordnung einer solchen stationären Unterbringung möglich.¹⁶

III. Massgebliche Normen für die Begutachtung

Nach dem Gesagten sind also im Rahmen einer Begutachtung immer allgemeinen die Grundrechte zu beachten (Art. 35 f. BV). Daneben kommt folgenden verfassungsmässigen Grundsätzen besondere Bedeutung zu: Strafverfahren haben fair zu sein (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Daraus abgeleitet wird der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK). In diesem Kontext werden einem Beschuldigten Einsichts-, Mitwirkungs- und

14 Dazu etwa DONATSCH, in: Donatsch et al., Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 182 N 13.

15 BGer, I. ÖRA, 22. 5. 2008, 1B_113/2008 (konkret Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips verneint).

16 HEER, Art. 186 N 10, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010.

Äusserungsrechte im Strafverfahren zugestanden. Das sind Selbstverständlichkeiten in einem modernen Rechtsstaat nach unseren Vorstellungen. Der Anspruch auf Akteneinsicht setzt schliesslich das Vorhandensein von Akten voraus, weshalb alle prozessual relevanten Vorgänge in geeigneter Form festzuhalten sind (Art. 76 Abs. 1 StPO).

In Konkretisierung dieser allgemeinen Bestimmungen aus dem übergeordneten Recht hat der Gesetzgeber einheitlich für die gesamte Schweiz in Art. 182–191 StPO weitere Normen aufgestellt, die für die Begutachtung massgebend sind. Allerdings wurden wichtige Fragen nicht geklärt und der Praxis überlassen. Die künftige Rechtsprechung dazu wird zu beobachten sein. Eine Delegation von eminent wichtigen Aufgaben an Dritte, wie dies mit einer psychiatrischen Begutachtung der Fall ist, darf nur hingenommen werden, wenn dieser Vorgang strengen rechtlichen Regeln unterliegt.

IV. Zur Rolle der Justizorgane, den Pflichten der sachverständigen Person sowie den Rechten der Verfahrensbeteiligten

A. Rolle der Justizorgane

1. Richterlichen Beweiswürdigung und forensisch-psychiatrischer Sachverstand bei Justizorganen

Im Zusammenhang mit der Bewertung von Gutachten sind durch die höchstrichterliche Rechtsprechung verschiedentlich das Recht und die Pflicht der Gerichte zur freien Beweiswürdigung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StPO angesprochen. Zu denken ist etwa bspw. an die Vorschrift, dass einem zweiten Gutachten, das gelegentlich missverständlich als Obergutachten bezeichnet wird, der gleiche Beweiswert zukommt wie einem Erstgutachten.¹⁷ Gerichte werden auch angehalten, nicht ohne triftige Gründe und nur in Ausnahmefällen von Gutachten abzuweichen.¹⁸

Die letztgenannte Haltung des Bundesgerichts verleitet zu Missverständnissen. Es entsteht der Eindruck, dass damit den Juristinnen und Juristen jegliche Kompetenz im anderen Fachbereich abgesprochen wird. Dies wäre indessen Ausdruck eines Berufsverständnisses der Justizorgane, das sich heute nicht mehr aufrechterhalten liesse. Ebenso wie forensischen Psychiater gehalten sind, bis zu einem gewissen Grad über juristisches Fachwissen zu verfügen, muss die Aus- und Fortbildung von Angehörigen der Justiz Kenntnisse in forensischer Psychiatrie vermitteln.¹⁹ Dieses Wissen muss jedenfalls von

¹⁷ Vgl. DONATSCH (Fn. 14), Art. 189 N 26.

¹⁸ Statt vieler BGE 130 I 337, 345 E. 5.4.1. oder BGer, StrA, 20.5.2010, 6B_1090/09, E. 1.3.; eingehender HEER (Fn. 1), Art. 56 N 74.

¹⁹ Leider wird das Fachgebiet der forensischen Psychiatrie im Rahmen der juristischen Grundausbildung an den juristischen Fakultäten nur vereinzelt angeboten. Immerhin fin-

solcher Qualität sein, dass einerseits eine gewisse Überprüfung von Gutachten auch in materieller Hinsicht möglich ist. Ein Verstoss gegen Art. 9 BV liegt etwa nach ständiger Praxis des Bundesgerichts dann vor, wenn Gutachten akzeptiert werden, obwohl der Experte die an ihn gestellten Fragen nicht beantwortet hat, wenn seine Schlussfolgerungen in sich widersprüchlich sind oder wenn die Expertise aus anderen Gründen an Mängeln krankt, die derart offensichtlich und auch ohne spezielles Fachwissen erkennbar sind, dass sie das kantonale Gericht nicht hätte übersehen dürfen. Entgegen einem wohl regelmässig nicht hinterfragten älteren Textbaustein in Urteilen des Bundesgerichts entspricht es überdies der gelebten Rechtspraxis, dass sich eine Überprüfung der Schlüssigkeit gutachterlicher Feststellungen nicht nur auf offensichtlich erkennbare Mängel beschränken darf. Justizorgane haben sich eingehend mit diesen auseinanderzusetzen, was einiges Know-how erfordert. Auch die Beantwortung von relevanten Fragen, die sich nicht oder nicht ausschliesslich auf eines reines psychiatrisches Fachwissen stützen, sondern sich aufgrund zusätzlicher juristischer Gesichtspunkte ergeben (z.B. die Beurteilung des hinnehmbaren Risikos im Rahmen einer Gefährlichkeitsbeurteilung oder der Verhältnismässigkeit einer Massnahme), muss selbständig aus dem Gutachten hergeleitet werden können. Dies ist ohne ein gewisses Basiswissen im Bereich der forensischen Psychiatrie undenkbar. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die Entwicklung, dass Richterinnen und Richter richtigerweise zunehmend sachverständige Personen an der mündlichen Gerichtsverhandlung als sachverständige Zeugen zum Gutachten befragen. Ein Beschuldigter hat nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR einen Anspruch darauf, dass der Sachverständigenbeweis in einem öffentlichen Verfahren in einer kontradiktorischen Verhandlung abgenommen wird, sofern sich dieser belastend für ihn auswirkt.²⁰ Eine mündliche Befragung dient auch der speditiven Beseitigung von Unklarheiten und der Erweiterung des eigenen Horizonts, erfordert aber einen nicht zu unterschätzenden Sachverstand im forensisch-psychiatrischen Fachbereich. Im benachbarten Deutschland gehört eine mündliche Anhörung der sachverständigen Person angeblich vielerorts zum Standard.

2. «Kognition» bei der Überprüfung gutachterlicher Feststellungen

Gerichte müssen also immerhin erkennen können, dass gutachterliche Feststellungen zweifelhaft sind. Folge davon ist indessen nicht, dass sie ihren eigenen Sachverstand an die Stelle desjenigen der sachverständigen Person stellen, wie

den Fortbildungsveranstaltungen in diesem Bereich regelmässig grosse Beachtung und die Lehrpläne des CCFW der Hochschule Luzern für die CAS und MAS Forensics sowie der Richterakademie der Universität Luzern enthalten entsprechende Module.

20 DONATSCH (Fn. 14), Art. 188 N 8 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR.

das Bundesgericht immer wieder zu Recht betont. Erscheint dem Gericht die Schlüssigkeit einer gerichtlichen Expertise in wesentlichen Punkten zweifelhaft, darf es sich zwar nicht selbst als Gutachter gebärden, hat aber nötigenfalls zusätzliche Beweise zur Klärung der Zweifel zu erheben. Es ist ein Ergänzungsgutachten oder ein weiteres Gutachten einzuholen. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise unter Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann willkürlich sein und gegen Art. 9 BV verstossen.²¹

3. *Fokussierung der Gerichtspraxis auf das Verfahren der Begutachtung*

In der Praxis lässt sich feststellen, dass das Bundesgericht zwar mehrfach dezidiert in die Methodenfreiheit der psychiatrischen Sachverständigen eingriff, sich also auch materiell in den Begutachtungsprozess einmischte. Etwa das Erfordernis, dass zwei persönliche Explorationen von mehrstündiger Dauer einem Gutachten zugrunde gelegt werden müssen,²² gehört ebenso wie die Pflicht zur Verwendung anerkannter Prognoseinstrumente im Rahmen einer Risikobeurteilung²³ zu den höchstrichterlich definierten Standards. Das Gefälle des Sachverständigen zwischen Juristen und Psychiatern ist indessen nicht zu verkennen. Entsprechend liegt es nahe, dass juristische Entscheidungsträger die Überwachung der Begutachtung sowie die Sicherung deren Qualität vornehmlich durch eine Fokussierung auf Abläufe bzw. formelle Gesichtspunkte zu erreichen suchen. Das Massnahmenrecht wird generell zunehmend von strafprozessualen Grundsätzen beeinflusst. Hier hat in jüngerer Zeit eine Sensibilisierung stattgefunden, die begrüssenswert ist. Diese Entwicklung prägte entscheidend die Diskussion um eine rechtsgenügende Begutachtung und fand, wie bereits erwähnt, ihren Niederschlag unlängst in der Tatsache, dass in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung mit den Art. 182 ff. zehn Bestimmungen zum Sachverständigenbeweis, die vornehmlich auf psychiatrische Gutachten zur Anwendung kommen dürften, geschaffen wurden. Diese Normen beinhalten zu einem gewichtigen Teil Mitwirkungsrechte des Beschuldigten bei einer Begutachtung und stärken damit dessen Stellung im Verfahren. Damit soll sichergestellt werden, dass die beschuldigte Person im Zusammenhang mit einer Begutachtung nicht zum Objekt verkommt, sondern ihre Stellung als Rechtssubjekt bewahren kann. Damit verbunden ist auch das Anliegen, verlässliche Grundlagen für ein Urteil zu schaffen, was letztlich im Interesse aller Beteiligten liegt. Auf Einzelheiten ist nachfolgend näher einzugehen.

21 Vgl. dazu etwa BGE 130 I 337, 346 E. 5.4.2; 129 I 49, 57 f. E. 4.

22 Vgl. etwa BGE 127 I 54, 57 im Einklang mit der dort zitierten psychiatrischen Fachliteratur oder BGer, StrA, 9.4.2008, 6B_772/2007 im Zusammenhang mit dem Prognoseinstrument FOTRES von Frank Urbaniok. Näheres dazu bei HEER (Fn. 1), Art. 56 N 61 mit zahlreichen Hinweisen.

23 Zu diesen beachte etwa HEER (Fn. 1), Art. 64 N mit weiteren Hinweisen.

B. Stellung und Aufgaben der sachverständigen Person

Die Frage nach der prozessualen Rolle der sachverständigen Person wird in der Literatur gelegentlich thematisiert. Dabei wird festgestellt, der Experte sei Gehilfe des Gerichts.²⁴ Dies ist irreführend und wenig zielführend. Damit soll letztlich nur zum Ausdruck gebracht werden, dass dem Experten keine eigenen Kompetenzen zukommen und er lediglich unterstützend wirkt.²⁵ Nicht abgeleitete werden darf aus einer solchen Rollenzuweisung allenfalls, dass dem Gutachten ein höheres Gewicht beigemessen wird als anderen Beweismitteln.²⁶

1. *Bindung der sachverständigen Person an den Sachverhalt und grundsätzliches Verbot eigener Erhebungen*

Die sachverständige Person hat sich darauf zu beschränken, den vorgelegten Sachverhalt aus ihrer fachlichen Sicht zu bewerten. Eigene Erhebungen sind grundsätzlich nicht opportun. Es kann sich indessen ergeben, dass die gestellten Fragen auf der Grundlage der vorhandenen Akten nicht beantwortet werden können. Die sachverständige Person darf aber nicht selbst Anknüpfungstat-sachen ermitteln. Einzig soweit die Feststellung des Sachverhalts zum Auftrag gehört, ist die sachverständige Person zu eigenen Abklärungen befugt. Dies gilt bspw. für die Exploration des Straftäters. Sachverständige Personen haben das Recht, aber auch die Pflicht, auf einen unvollständigen oder unkorrekten Sachverhalt aufmerksam zu machen, falls sie dies bei Gelegenheit ihrer Begutachtung entdecken. Die juristischen Entscheidungsträger beurteilen allenfalls in Absprache mit dem Experten die Erforderlichkeit weiterer Vorkehren und nehmen entsprechende Beweise ab. Gegebenenfalls sind Vorschläge für eine Ergänzung der Akten zu machen. Staatsanwaltschaft oder Gerichte können einen Auftrag zur Ergänzung der Akten nicht an die sachverständige Person delegieren.²⁷ Es kann der sachverständigen Person andererseits auch aufgegeben werden, bestimmte Tatsachen zu unterstellen, falls die Ergänzung der Akten aus irgendwelchen Gründen nicht vorzunehmen ist.

2. *Ausnahmen vom Grundsatz des Verbots eigener Erhebungen*

a) Allgemeines

Sog. einfache Erhebungen darf die sachverständige Person nach Art. 184 Abs. 4 StPO in eigener Kompetenz vornehmen. Sie müssen allerdings mit dem Auf-

24 Statt vieler HARARI/ROTH/STRÄULI, *Chronique de procédure pénale genevoise*, SJ 1990, S. 448 oder DONATSCH (Fn. 14), S. 863.

25 LÖWE/ROSENBERG-KRAUSE, in: Erb et al. (Hrsg.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*, Grosskommentar, 26. Aufl., Berlin u.a. 2006, vor § 72 N 3.

26 DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 109, N 1; vgl. dazu auch DONATSCH (Fn. 14), Art. 189 N 1.

27 SCHMID (Fn. 12), Art. 185 N 6.

trag in engem Zusammenhang stehen. Diesem Erfordernis soll Genüge getan sein, wenn es sich um fachspezifische Erhebungen handelt. Dieses Kriterium wird wohl regelmässig gegeben sein und führt zumeist nicht weiter. Dass die Abklärungen notwendig sind, welche zusätzliche Voraussetzung in der Literatur gefordert wird, gehört zu einer sorgfältigen Erfüllung des Auftrags und zur Treuepflicht, die aus diesem Vertragsverhältnis zwischen der sachverständigen Person und der Verfahrensleitung resultiert. Auch damit lassen sich zulässige und unzulässige Erhebungen nicht auseinander halten. Die Praxis wird zeigen müssen, welche Vorkehren im Einzelnen unter den Begriff der einfachen Erhebungen zu subsumieren sind, wobei eine restriktive Haltung an den Tag zu legen ist. Nach den Gesetzesmaterialien ist hier in erster Linie die Exploration des Straftäters angesprochen.²⁸ Obwohl es sich bei dieser keineswegs um einfache Vorkehren handelt, ist dies unbestritten und entspricht ständiger Praxis. Wenig Bedenken bestehen auch gegenüber einer Einholung einfacher Auskünfte bei Dritten, die ohne weiteres nachprüfbar sind und mit keinen Wertungen verbunden sind. Zur sog. Fremdanamnese beachte unten Ziff. IV.B.2.c) sowie C.2.b) dieses Aufsatzes.

Umstritten und bisher nicht abschliessend geklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob es für zulässige einfache Erhebungen der sachverständigen Person noch einer besonderen Ermächtigung der Verfahrensleitung bedarf.²⁹ Eine Exploration des Straftäters kann als im Auftrag zur Begutachtung enthalten gelten, nachdem eine solche vom Bundesgericht als unabdingbar erklärt worden ist. Bei anderen eigenen sog. einfachen Erhebungen der sachverständigen Person wäre zwar die mit dem Erfordernis einer konkreten Ermächtigung verbundene Transparenz zu begrüssen. Dadurch würde aber die gewünschte Vereinfachung des Ablaufs obsolet. Welche Haltung hier sachgerecht ist, wird hauptsächlich von der Frage abhängen, wie sich die Praxis entwickeln wird bzw. inwieweit ein selbständiges Vorgehen der sachverständigen Person von der Rechtsprechung hingenommen wird. Sollte man selbständige Erhebungen lediglich, wie hier vertreten, auf einfache Auskünfte mehr informeller Art beschränken, wäre das Erfordernis einer besonderen Ermächtigung wohl unverhältnismässig. Sollte künftig eine weiter gehende Befragung von Drittpersonen in eigener Kompetenz als rechtlich zulässig erachtet werden, würden sich zumindest noch andere wichtige prozessuale Fragen stellen.³⁰

28 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085, S. 1212 unten.

29 Verneinend: DONATSCH (Fn. 14), Art. 185 N 15 und 23; bejahend: Botschaft (Fn. 28), S. 1212; SCHMID (Fn. 5), N 946; SOLLBERGER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 177.

30 Dazu unten Ziff. IV.C.2.b) dieses Aufsatzes. Beachte etwa BGer, StrA, 20.5.2010, 1090/2009, E. 1.5.4.

b) Insbesondere der Bezug bereits vorhandener Gutachten oder anderer wichtiger Unterlagen

Es kann sich als notwendig erweisen, dass die sachverständige Person bereits vorhandene Gutachten und andere wichtige Unterlagen einsehen kann. Zu denken ist etwa an Berichte von Therapeuten über eine laufende Behandlung, an Austrittsberichte von Kliniken, an umfassende Gutachten aus einem früheren bzw. anderen Verfahren oder andere wichtige Akten.³¹ In der Praxis wurde bis vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung aus pragmatischen Gründen ein entsprechendes selbständiges Vorgehen geduldet, was nicht unproblematisch ist. Sollte die Rechtsprechung dies weiterhin schützen, bestehen gewichtige strafprozessuale Kautelen. Einerseits müssten sachverständige Personen eigene Erhebungen vor der endgültigen Ausarbeitung des Gutachtens transparent machen. Die Parteien müssten sich dazu äussern können. Sie mit begründeten Einwänden auf eine spätere Stellungnahme zum ganzen Gutachten zu verweisen, wäre wenig prozessökonomisch. Andererseits müsste gesichert sein, dass eine allfällige Entbindung vom Arztgeheimnis vorliegt bzw. auf ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden ist. Wurde diesen Voraussetzungen nicht Rechnung getragen, kann das Gutachten als unverwertbar bezeichnet werden.³² Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Informationen von tragender Bedeutung sind für eine Beurteilung des Exploranden. Unter diesen Umständen ist vorzuziehen, die entsprechenden Unterlagen durch die juristischen Entscheidungsträger formell edieren zu lassen. Eine entsprechende Beweisverfügung der Verfahrensleitung würde das rechtliche Gehör der Parteien ermöglichen.

c) Fremdanamnese und ihre Akzeptanz

Die Notwendigkeit von Fremdanamnesen ist selbst in psychiatrischen Fachkreisen nicht unumstritten. Immerhin können Auskünfte Dritter aus dem näheren Umfeld eines Betroffenen eine wertvolle Erkenntnisquelle darstellen. Allerdings zeigt sich auch in der Praxis die Tendenz, damit zusammenhängende strafprozessuale Probleme nicht mehr einfach auszublenden, wie dies bisher gemeinhin der Fall war. So sind allfällige Zeugnisverweigerungsrechte zu beachten.³³ Weiter sind die Teilnahmerechte des Beschuldigten missachtet worden, wenn Sachverhalte über formlose Auskünfte Eingang ins Verfahren

31 Vgl. SCHREIBER/ROSENAU, Der Sachverständige im Verfahren und in der Verhandlung, in: Venzlaff/Foerster (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2009, S. 163.

32 So etwa KassGer ZH, 23.5.2005, ZR 104, 2005, Nr. 74.

33 FOERSTER/DRESSING, Prinzipien der psychiatrischen Begutachtung, in: Venzlaff/Foerster (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2009, S. 22; NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, Stuttgart, S. 338; RASCH, Forensische Psychiatrie, S. 314 und 318; BGer, KassH, 14.9.2001, 6P.40/2001, E. 4d/bb.

finden und als Entscheidungsgrundlage dienen. Bisher wurde die Frage, wie mit diesen Problemen umzugehen ist in der schweizerischen Literatur wenig thematisiert.³⁴

Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass eine Befragung von Drittpersonen durch die sachverständige Person in deren Kompetenz liegen kann.³⁵ Diese Haltung nahm offenbar auch das Bundesgericht kurz vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung in einem unveröffentlichten, aber dennoch wegweisenden Urteil ein.³⁶ Dies wirft, wie erwähnt, indessen grosse strafprozessuale Probleme auf, was hauptsächlich Gegenstand des zitierten Urteils ist und worauf nachfolgend noch näher einzugehen ist. Erstaunlicherweise wurden bisher solche selbständigen Drittauskünfte in der Praxis oft nicht hinterfragt bzw. toleriert, selbst wenn dabei von (allenfalls befangenen) Opfern oder Geschädigten Auskunft verlangt wurden.³⁷ Solche Vorkehren der sachverständigen Person werden aber zu Recht in der Literatur immer mehr problematisiert.³⁸ Die künftige Rechtsprechung wird zeigen müssen, ob und inwiefern solche Abklärungen nach neuem Strafprozessrecht zulässig sind, ob sie also im Rahmen von Art. 185 Abs. 4 StPO als sog. einfache Erhebungen vom Experten selbständig vorgenommen werden dürfen. Das Bundesgericht hat sich in der zitierten jüngeren Rechtsprechung grundsätzlich kritisch gezeigt gegenüber solchen selbständigen Beweiserhebungen der sachverständigen Person. So wurde als willkürlich bezeichnet, auf Nachträge zu einem psychiatrischen Gutachten abzustellen, welche die sachverständige Person aufgrund einer einfachen telefonischen Auskunft beim Betreuer des Exploranden dem Gericht nachgereicht hatte.³⁹

In der Literatur finden sich verschiedene Ansätze zur Lösung der Probleme. Teilweise wird die Meinung vertreten, belastende Aussagen Dritter dürften nur ins Gutachten einfließen, wenn eine justizförmige, d.h. eine förmliche, partiöffentlich Befragung unter Wahrung der Parteirechte stattgefunden hat.⁴⁰ Vermittelnd wird andernorts die Haltung vertreten, sog. Befundtatsachen, die der Experte kraft seines Spezialwissens erhebt, seien verwertbar, während sog. Zusatztatsachen, die auch die Staatsanwaltschaft und das Gericht ermitteln könnten, erst nach einer justizförmigen Beweiserhebung beachtet werden dür-

34 Dazu immerhin BRUNNER (Fn. 4), S. 195 mit Hinweisen; zu Lösungsansätzen in Deutschland BOETTICHER et al. (Fn. 1), ZStrR 2006, S. 539 f.

35 So etwa SCHMID (Fn. 12), § 63, 405, N 946 und wohl auch der Bundesrat gemäss Botschaft (Fn. 28), S. 1212 unten.

36 BGer, StrA, 20.52010, 6B_1090/2009. E. 1.5.4.

37 Vgl. den wertfreien Hinweis bei SCHMID (Fn. 5), § 63, 405, Fn. 364, auf RO 1990 348 Nr. 79.

38 DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N 35; HEER (Fn. 1), Art. 56 N mit weiteren Hinweisen.

39 Dazu Näheres unten Ziff. IV.C.2.b) dieses Aufsatzes.

40 BRUNNER (Fn. 4), S. 195; HEER (Fn. 1), Art. 56 N 63 mit weiteren Hinweisen.

fen.⁴¹ Der letztgenannte Lösungsvorschlag mag zwar bestechend wirken, führt aber in der Vielzahl von Grenzfällen⁴² nicht weiter. Es können leicht Abgrenzungsprobleme zwischen einer unzulässigen Einvernahme und einer zulässigen gutachterlichen Befragung entstehen. Geduldet wird in der Literatur die richtige und praxisnahe Auffassung, dass etwa eine sog. informatorische Befragung von Auskunftspersonen durch sachverständige Person zulässig sein soll.⁴³ Demnach sollen Drittpersonen wie etwa Ärzte oder Angehörige um kleinere sachdienliche Auskünfte angegangen werden können. In der Praxis wird darüber hinaus das Bedürfnis geltend gemacht, bspw. zur Klärung der psychiatrischen Diagnose bei Eltern oder anderen Angehörigen Näheres über die Entwicklung des Exploranden, über frühere Krankheiten, Verhaltensauffälligkeiten etc. zu erfahren.⁴⁴ Dies ist rechtlich sehr heikel. Derart in die Akten eingebracht werden dürfen lediglich allgemein zugängliche, einfach überprüfbare Informationen.⁴⁵ Es muss streng darauf geachtet werden, dass nicht Auskünfte erhältlich gemacht werden, die mit Wertungen verbunden sind. Generell sind indessen auch hier die Grenzen zwischen zulässigen und unzulässigen Informationen fließend, weshalb die sachverständige Person mit entsprechenden selbständigen Erhebungen zurückhaltend zu sein haben. Im Zweifel sind solche Informationen durch die Justizorgane auf dem Weg einer formellen Zeugen einvernahme einzuholen. Zur Verhinderung eines rechtlich verpönten Ausforschung eines Dritten muss unter Umständen in Kauf genommen, dass ein diagnostisches Ziel allenfalls nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erreicht werden kann.⁴⁶ Eine Befragung durch die zuständige Staatsanwaltschaft oder das Gericht kann gemäss Art. 185 Abs. 2 StPO unter Mitwirkung der sachverständigen Person erfolgen. Bereits von einem Gutachter durchgeführte Befragungen sind allenfalls durch die Justizorgane zu wiederholen.⁴⁷

3. *Prozessuale Pflichten der sachverständigen Person bei eigenen Erhebungen*

a) *Belehrungspflichten*

Explizit gesetzlich hervorgehoben ist die Pflicht der sachverständigen Person, den Beschuldigten auf das Recht zum Schweigen sowie allfällige andere zu befragende Personen auf ihr Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht hinzu-

41 DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N 35.

42 Dazu BRUNNER (Fn. 4), S. 196.

43 So auch die deutsche Rechtsprechung gemäss BGHSt 9, 292, 296; kritischer BGHSt 45, 164, 174.

44 SCHREIBER/ROSENAU (Fn. 31), S. 162 f.

45 Kritisch dazu LÖWE/ROSENBERG-KRAUSE (Fn. 25), § 80 N 5.

46 LÖWE/ROSENBERG-KRAUSE (Fn.25), § 80 N 8.

47 So auch DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N 35.

weisen (Art. 184 Abs. 5 StPO).⁴⁸ Zu einem rechtsstaatlichen Verfahren gehört eine klare Deutlichmachung der Stellung und Funktion der sachverständigen Person bei ihrem Auftreten nach aussen. Der Experte muss dem Exploranden gegenüber zu erkennen geben, dass er nicht als Arzt wirkt bzw. nicht eine Therapie durchführt. Der Hinweis auf die Rechte des Exploranden ist zwingend. Es gelten die Regeln von Art. 113, 158 Abs. 1 lit. b, Art. 168 ff. und 180 Abs. 1 StPO analog. Der Explorand muss sich nicht selbst belasten, d.h. kann seine Mitwirkung verweigern (Art. 113 Abs. 1 StPO). Die beschuldigte Person soll ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, dass deren Angaben gegen sie verwendet werden können und sie keine Pflicht zur Aussage hat. Dies gebieten das Fairnessgebot, das Täuschungsverbot und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung.⁴⁹ Dem Exploranden ist zu erklären, worum es geht. Eine Missachtung der entsprechenden Aufklärungspflicht führt zur Unverwertbarkeit gutachterlicher Feststellungen, jedenfalls soweit diese sich auf sog. Zusatztatsachen (Tatsachen, die nicht einzig auf dem Spezialwissen der sachverständigen Person basieren) stützen.⁵⁰ Zeugen und Auskunftspersonen sind, soweit deren Befragung durch die sachverständige Person überhaupt als zulässig betrachtet wird,⁵¹ mit den gleichen Konsequenzen einer Unterlassung auf ihr Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen. Eine Heilung solcher Mängel ist allenfalls durch nachträgliche Wiederholung dieser Beweiserhebungen durch Staatsanwaltschaft oder Gericht denkbar, wie dies in Art. 186 Abs. 2 ZPO ausdrücklich vorgesehen ist.⁵² Die Forderung, dass die Kenntnisnahme dieser Belehrungen unterschriftlich zu bestätigen ist,⁵³ wird von der Praxis kaum aufgenommen. Die Diskussion dieser Rechte ist aber gemäss bundesgerichtlicher Praxis im Gutachten zumindest zu protokollieren.⁵⁴ Der Hinweis auf die fraglichen Rechte der beschuldigten Person ist immer und zwingend zu Beginn der Erhebungen vorzunehmen. Es gelten die Regeln gemäss Art. 143 Abs. 1 lit. c, Art. 158 Abs. 2, Art. 177 Abs. 2 und 3 sowie Art. 181 StPO analog. Dass die beschuldigte Person im Untersuchungsverfahren in anderem Zusammenhang bereits nach Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO auf diese Rechte aufmerksam gemacht worden ist, macht diese Aufklärung nicht entbehrlich.⁵⁵

48 Wobei nach dem Gesagten fraglich ist, ob die letztgenannte Pflicht je zum Tragen kommt; vgl. unten Ziff. IV.C.2.b) dieses Aufsatzes.

49 KassGer ZH, 29.1.2003, ZR 102 2003 Nr. 30; DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N 35; SCHLAURI, Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, 2003, S. 139. Diese Vorschrift wurde nachträglich vom Ständerat ins Gesetz aufgenommen, AB S 2006, 1024.

50 KassGer ZH, 29.1.2003, ZR 102 2003 Nr. 30. Klar jetzt auch gemäss BGer, StrA, 20.5.2009, 6B_1090, E. 1.5.4

51 Dazu oben Ziff. IV.C.2.b) dieses Aufsatzes.

52 SCHMID (Fn. 5), § 63, 406, Fn. 365.

53 BRUNNER (Fn. 4), S. 195.

54 SCHMID (Fn. 5), § 63, 406, Fn. 365; BGer, StrA, 20.5.2010, 6B_1090/2009, E. 1.5.4.

55 SCHMID (Fn. 12), Art. 185 N 13.

b) Recht auf polizeiliche Vorführung einer einzuvernehmenden Person

Es stellt sich die Frage, ob die Kompetenz zur Einvernahme auch ein Recht der sachverständigen Person zu deren selbständigen Vorladung enthält und diese sogar ohne Mitwirkung der Verfahrensleitung eine polizeiliche Vorführung veranlassen kann. Relevante rechtliche Probleme sind in der Tatsache, dass die sachverständige Person den Exploranden oder Dritte selbständig aufbietet, kaum auszumachen.⁵⁶ Eine Pflicht zu einer besonderen Ermächtigung wäre überspitzt. Immerhin haben sich sachverständige Personen bewusst zu sein, dass einzuvernehmende Personen schriftlich und unter Wahrung der dafür vorgesehenen Fristen gemäss Art. 201–203 StPO vorzuladen sind. Im Zusammenhang mit dem hoheitlichen Akt der polizeilichen Vorführung erscheinen dagegen Vorbehalte gegen ein selbständiges Vorgehen angebracht. Die sachverständige Person hat bei der Verfahrensleitung einen Antrag zu stellen. Entsprechende Kompetenzen stehen einzig der Staatsanwaltschaft und dem Gericht zu.⁵⁷

c) Dokumentationspflicht

Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die strafprozessuale Rechte und Pflichten von Sachverständigen umfassend zu normieren. Die Klarstellung einige Fragen wurden der Rechtsprechung überlassen. Dazu gehört auch die Frage nach der Dokumentationspflicht im Rahmen der Begutachtung.

Von einem Teil der Literatur wird eine umfassende Dokumentation aller Beurteilungsgrundlagen, insb. auch des Ergebnisses der psychiatrischen Exploration, gefordert.⁵⁸ Andere verweisen darauf, dass sachverständige Personen keine Protokollierungspflicht im Sinne von Art. 76 ff. StPO treffe.⁵⁹ Ein Verweis auf den Wortlaut der erwähnten Bestimmungen, worin lediglich die Staatsanwalt und das Gericht angesprochen seien, ist zu formalistisch. Wie an anderer Stelle bereits erwähnt, kommt der sachverständigen Person die Stellung eines Gehilfen der Justizorgane zu. Werden Aufgaben an sie delegiert, steht sie in allen Rechten und Pflichten der Verfahrensleitung.⁶⁰ Der Grundsatz der Dokumentationspflicht, wonach alle prozessual relevanten Vorgänge von der handelnden Behörde in geeigneter Form festzuhalten und in die Akten zu integrieren sind, ist Bestandteil des Rechts auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht (Art. 29 Abs. 2 BV). Behörden haben alle prozessualen Vorgänge doku-

56 So auch DONATSCH (Fn. 14), Art. 185 N 28; gegen ein selbständiges Recht zu einem Aufgebot dagegen etwa SOLLBERGER (Fn. 29), S. 178

57 Botschaft (Fn. 28), S. 1213; so auch DONATSCH (Fn. 14), Art. 185 N 32.

58 BRUNNER (Fn. 4), S. 196; vgl. DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N 35.

59 SCHMID (Fn. 5), § 64, 406, Fn. 365.

60 Dies ist bei den Ausstandsgründen gemäss Art. 56 StPO beispielsweise eine nirgends widersprochene Selbstverständlichkeit, vgl. etwa Donatsch (Fn.14), Art. 56 N 9.

mentarisch festzuhalten.⁶¹ Alle Fakten, die dem Urteil zugrunde gelegt werden, müssen den Akten entnommen werden können. Das Verbot von Geheimakten wird im modernen Rechtsstaat nirgends in Frage gestellt.⁶² Weshalb eine solche Dokumentationspflicht für sachverständige Personen nicht gelten soll, ist nicht ersichtlich. Dies gilt insb. bei psychiatrischen Explorationen, die unter Umständen von grosser Tragweite sind und in welchen Bereichen man sich Missverständnisse leicht ausdenken kann. Es muss klar sein, auf welche Grundlagen sich gutachterliche Feststellungen stützen. Nur so ist kontrollierbar, ob diese begründet und stichhaltig sind. Eine entsprechende Prüfung zumindest auf deren Plausibilität wird sowohl von juristischen Entscheidungsträgern wie auch von Verteidigern erwartet. Auch Zweitgutachter, die sich eingehend mit dem ersten Gutachten auseinandersetzen haben, oder schliesslich Therapeuten im Rahmen des Vollzugs müssen die genaue Herleitung von Befunden nachträglich nachvollziehen können.

Bei der Exploration sind alle Angaben des Exploranden festzuhalten, eine Beschränkung auf Teile davon ist unzulässig. Deren Relevanz muss einerseits nicht zwingend in allen Stadien des Verfahrens gleich beurteilt werden. Verschiedene sachverständige Personen oder Justizorganen können diese Frage durchaus unterschiedlich beantworten. Ob im Einklang mit Art. 78 Abs. 3 StPO entscheidende Fragen und Antworten wörtlich zu protokollieren oder ob allenfalls Video- bzw. Tonbandaufnahmen angezeigt sind (Art. 76 Abs. 4 StPO), wird die Praxis weisen müssen. Neben solchen Aufzeichnungen in authentischer Form ist zumindest eine Zusammenfassung der Aussagen von befragten Parteien oder Dritten im Gutachten wiederzugeben oder eine solche ist dem Gutachten beizulegen. Problematisch ist der Entscheid des Bundesgerichts, Tonaufzeichnungen der Gutachterin, welche diese im Zusammenhang mit einer aussagepsychologischen Begutachtung erstellt hatte, müssten nicht herausgegeben bzw. den Parteien nicht zugänglich gemacht werden. Es soll sich dabei lediglich um ein Arbeitsinstrument der sachverständigen Person handeln.⁶³

Auf ein anderes Thema in diesem Zusammenhang, auf die Pflicht, die Belehrungen des Exploranden und allfälliger Zeugen oder Auskunftspersonen im Gutachten schriftlich festzuhalten, wurde bereits hingewiesen.⁶⁴ Beachte dazu auch die Praxis des Bundesgerichts, auf die unter Ziff. IV.C.2.b) dieses Aufsatzes näher einzugehen ist.⁶⁵

Es ist somit zusammenfassend von einer Pflicht zu einer umfassenden Dokumentierung eigener Erhebungen der sachverständigen Person unter genauer

61 BGE 115 Ia 97, 99 E. 4.

62 BRÜHWEILER, in: Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 100 N 1 ff.

63 BGer, I. ÖRA, 12.11.2003, 1P.544/2003, E. 5.

64 Dazu oben Ziff. IV.B.3a) dieses Aufsatzes.

65 BGer, StrA, 20.5.2010, 6B_1090/2009.

Angabe der entsprechenden Vorkehren sowie der Quellen auszugehen, wie dies für den Zivilprozess in Art. 186 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vorgesehen ist. Diese Transparenz ist zwingend, ungeachtet der Frage, ob entsprechende Informationen später tatsächlich auch relevant sind. Nur so kann vermieden werden, dass ergebnisorientiert gewisse Fakten nicht Eingang in die Akten finden.⁶⁶ Und nur so kann die Stichhaltigkeit gutachterlicher Schlussfolgerung überprüft werden. Soweit Auskünfte Dritter ins Gutachten einfließen, sind sie genau wiederzugeben. Im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Fremdanamnese hielt das Bundesgericht dies unlängst ausdrücklich fest.⁶⁷

d) Wahrung der Teilnahmerechte des Exploranden

Inwieweit das grundsätzlich anerkannte Recht des Angeschuldigten, bei der Abnahme von Beweisen mitzuwirken und sich dabei durch seinen Verteidiger verbeiständen zu lassen (Art. 149 StPO), auch bei der Erstellung des Gutachtens zu beachten ist, wird sehr kontrovers diskutiert. Vgl. dazu unten Ziff. IV.C.2 b) und c) dieses Aufsatzes.

e) Pflicht zur Begründung des Gutachtens; Beantwortung der wesentlichen Fragen

Sachverständige Personen sind analog zu den Gerichten gehalten, Ihre Erkenntnisse für alle Verfahrensbeteiligten sowie für die Auftraggeber in nachvollziehbarer Weise zu begründen. Die Einzelheiten zu Art. 81 Abs. 2 lit. b StPO gelten hier analog. Es kann dabei auch auf die Praxis zur Strafzumessung verwiesen werden, die analog heranzuziehen ist. Dies scheint keineswegs selbstverständlich zu sein. Es erstaunt immer wieder, dass Justizorgane ebenso wie Verteidiger unvollständige oder unzureichend begründete Gutachten klaglos hinnehmen, gehört doch die Festsetzung einer sachgerechten Sanktion zu den elementaren Bestandteilen eines Urteils und ist dieser Entscheid gerade im Bereich des Massnahmenrechts einerseits für den Betroffenen und andererseits für die öffentliche Sicherheit von elementarer Bedeutung. Die Ergebnisse der Begutachtung müssen für das Gericht einzeln nachvollziehbar sein, so dass sie gestützt darauf im Gesamtzusammenhang selbständig gewürdigt werden können.⁶⁸

Die Diskussion um das Problem, welche Fragen dem psychiatrischen Experten zu unterbreiten sind, hat sich mit der Ausarbeitung des Fragenkatalogs durch die KSBS, die zu einer anerkannten Standardisierung der Fragen geführt hat, weitgehend entschärft. Dennoch oder gerade deshalb blieb unerkannt,

66 DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N 205.

67 BGer, StrA, 20.5.2010, 6B_1090/2009, E. 1.5.4.

68 DONATSCH (Fn. 14), Art. 184 N 21. Zu weiteren Einzelheiten im Zusammenhang mit der Begründung von Gutachten vgl. HEER (Fn. 16), Art. 187 N 6 ff.

dass einige Fragen offen bleiben können. Die Kompetenzverteilung zwischen Gerichten und Vollzugsbehörden wird nicht verkannt und der letztgenannten Behörde wird die Zuständigkeit zur Bestimmung der Art des Vollzugs bzw. der geeigneten Einrichtung nicht abgesprochen. Trotzdem ist zu beachten, dass die Beurteilung der Erfolgsaussicht einer Massnahme durch Gerichte auch eine Beantwortung dieser Fragen impliziert, weshalb entsprechende Erkenntnisse sowohl bei Justizorganen wie zuvor auch von den sachverständigen Personen in die Überlegungen einbezogen werden müssen. Aus den eingeholten ärztlichen Berichten und insbesondere den psychiatrischen Gutachten muss hervorgehen, welche Behandlung mit Blick auf die Verhinderung strafbarer Handlungen und die Wiedereingliederung des Täters erforderlich ist. Auch wenn der Richter im Strafurteil lediglich die Art der angeordneten Massnahme bezeichnet, so müssen sich aus den Erwägungen und den medizinischen Untersuchungen, auf welche diese Bezug nehmen, der konkrete Zweck der Massnahme und die näheren Umstände der Behandlung ergeben. Steht bereits im Stadium der Untersuchung oder des Gerichtsverfahrens die Notwendigkeit einer Zwangsbehandlung im Raum, hat die sachverständige Person sich darüber auszusprechen. Der Strafrichter wird eine entsprechende Pflicht des Betroffenen im Urteil – zumindest in den Urteilserwägungen – ausdrücklich festhalten müssen.⁶⁹ Gleich verhält es sich bei der Frage, ob der therapiebedürftige Betroffene gefährlich und entsprechend in Anwendung von Art. 59 Abs. 3 StGB unterzubringen ist.⁷⁰

f) Pflicht zur Beilage der wesentlichen Beurteilungsgrundlagen

Obwohl aus Art. 29 Abs. 2 BV kein allgemeiner Anspruch auf Offenlegung aller Arbeitsunterlagen der sachverständigen Person zu entnehmen ist, kann sich ein solcher im Einzelfall aufdrängen. Wie dieser konkret ausgestaltet sein wird, muss die Rechtsprechung klären. Sollen gutachterliche Erkenntnisse für die juristischen Entscheidungsträger nachvollziehbar sein, müssen diese eingesehen werden können, wie bereits erwähnt⁷¹. Für testpsychologische Untersuchungen und dergleichen entspricht dies gelebter Praxis. Aber auch in Bezug auf Checklisten zur Beurteilung einer Persönlichkeitsstörung, wie sie heute regelmässig verwendet werden (bspw. der PCL-R von Hare und dergleichen), ist ein solches Einsichtsrecht unabdingbar für die Nachvollziehbarkeit gutachterlicher Erkenntnisse. Diese Checklisten bzw. deren Auswertung stellen

69 BGE 130 IV 49, 51 f. Erweist sich eine Zwangsbehandlung erst später als erforderlich, kann die Vollzugsbehörde sie anordnen, wenn sie vom Zweck der Massnahme gedeckt ist.

70 Analog zur Situation bei der Zwangsbehandlung ist daneben auch hier eine Umplatzierung des Betroffenen in eine Institution nach Art. 59 Abs. 3 StGB während des Vollzugs sowie umgekehrt eine (lockernde) Überweisung aus einer solchen Anstalt in eine Massnahme-einrichtung nach Art. 59 Abs. 1 StGB durch die Vollzugsbehörden denkbar (BGer, StrA, 21.12.2009, 6B_629/2009).

71 Dazu oben Ziff. IV.B.3.c).

unmittelbar die gutachterliche Feststellung selbst dar. Die Bewertung des Betroffenen wird mit einer Punktezahl vorgenommen, die Bedeutung und Aussagekraft eines bestimmten Scores ist in der Literatur bzw. den Richtlinien zur Anwendung dieser Checklisten definiert; der sachverständigen Person ist hier kein Spielraum überlassen. Die Beantwortung der einzelnen Fragen an sich ist dagegen klar mit Wertungen verbunden, die je nach Haltung und Erfahrungshorizont der sachverständigen Person unterschiedlich ausfallen können. Das letztgenannte Phänomen findet sich auch bei der Anwendung von Prognoseinstrumenten zur Beurteilung der Gefährlichkeit eines Betroffenen, wie sie heute zum Standard gehören.⁷²

C. Stellung des Exploranden

Die beschuldigte Person ist einerseits einmal «Objekt» der Begutachtung. Als solches kann sie sich darauf berufen, dass ihre Grundrechte gewahrt werden.⁷³ Andererseits darf aber nicht verkannt werden, dass sie gleichzeitig auch Partei im Verfahren ist, welcher Parteirechte zukommen. Es ist nicht einzusehen, weshalb ihr aufgrund dieser Doppelrolle bei Beweiserhebungen verfahrensmässige Rechte vorenthalten werden sollten, die ihr grundsätzlich unbestrittenemassen zustehen.

1. Zu den Mitwirkungsrechten des Betroffenen bei der Erteilung des Auftrags

a) Auswahl der Person des Experten

Der beschuldigten Person wird die Möglichkeit zugestanden, bereits in einem frühen Stadium der Begutachtung auf die Person des Sachverständigen und die Fragestellung Einfluss zu nehmen. Über Art. 29 Abs. 2 BV hinaus gebietet Art. 184 Abs. 3 StPO, die Parteien vor der Auftragserteilung zur Person des Sachverständigen sowie zu den Fragen anzuhören. Es besteht indessen kein Recht einer Partei auf eine bestimmte sachverständige Person. Es wird hier einzig allenfalls ein Antragsrecht oder die Möglichkeit, Einwendungen gegen eine vorgeschlagene Person vorzutragen, zugestanden. Auf substantiierte Vorbringen gegen die Person des Experten, bspw. solche betreffend dessen Qualifikation, ist grosszügig einzugehen. Dies dient der Verhinderung von späteren Streitigkeiten über den Inhalt des Gutachtens und damit letztlich der Beschleunigung des Verfahrens.⁷⁴ Ob gegen einen solchen Entscheid indessen ein selbständiges Rechtsmittel möglich ist oder ob Mängel erst mit der Hauptsache gerügt werden können, wird in der Literatur kontrovers diskutiert.⁷⁵ Ein Rechtsmittel an das

⁷² Zu diesen beachte HEER (Fn. 16), Art. 187 N 10.

⁷³ Dazu auch unten Ziff. IV.C.2.c) aa) dieses Aufsatzes.

⁷⁴ LÖWE/ROSENBERG-KRAUSE (Fn. 25), § 73 N 26.

⁷⁵ Bejahend: STEPHENSON/THIRIET, Art. 393 N 10, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010

Bundesgericht gegen einen solchen Zwischenentscheid besteht indessen wohl mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 BGG grundsätzlich nicht. Entscheide betreffend einen Ausstand sind gemäss Art. 59 Abs. 1 StPO auf kantonaler Ebene nicht anfechtbar. Gegen einen gerichtlichen Zwischenentscheid über diese Frage ist aber gemäss Art. 92 Abs. 1 i.V.m. Art. 78 ff. BGG eine Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht möglich.⁷⁶

b) Zum Anspruch auf ein Gutachten und zu den Fragen an die sachverständige Person

Wie bei anderen Beweismitteln kann eine beschuldigte Person jederzeit ein Gutachten beantragen (Art. 107 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 109 StPO). Wird ein solcher Antrag von der Staatsanwaltschaft abgelehnt, steht dieser Partei eine Beschwerde im Sinne von Art. 393 StPO einzig dann zu, wenn die Beweisvorkehren vor erster Instanz nicht ohne Rechtsnachteil nachgeholt werden können.⁷⁷ Entscheide der Verfahrensleitung von Gerichten oder auch solche des ganzen Spruchkörpers, die im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung ergehen, sind nicht selbständig mit Beschwerde anfechtbar. Auf solche der Verfahrensleitung eines Kollegialgerichts kann letzteres gemäss Art. 65 Abs. 1 StPO dagegen (auf Antrag) zurückkommen. Wiederum nicht selbständig anfechtbar ist die Ablehnung von Beweisanträgen während der Hauptverhandlung.⁷⁸ Dadurch nicht ausgeschlossen ist selbstverständlich die Möglichkeit, im Zusammenhang mit einer Anfechtung des Urteils in der Hauptsache den Verzicht auf ein Gutachten zu rügen und prüfen zu lassen.

Die Formulierung der Fragen an die sachverständige Person gehört in den Aufgabenbereich von Staatsanwaltschaft und Gericht. Es besteht kein Anspruch der Parteien auf die Beantwortung bestimmter Fragen.⁷⁹ Immerhin ist auch hier der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu beachten, weshalb Ergänzungsfragen, soweit sie relevant und deren Beantwortung für die sachverständige Person zumutbar sind, im Interesse einer späteren Akzeptanz gutachterlicher Feststellungen grosszügig zuzulassen sind. Auch hier gelten in Bezug auf die Rechts-

oder auch DONATSCH (Fn. 14), Art. 393 N 16; bejahend für Entscheide der Staatsanwaltschaft; verneinend für Entscheide erstinstanzlicher Gerichte: SCHMID (Fn. 5), N 941, Fn. 356; so auch HEER (Fn. 16), Art. 184 N 38.

76 BOOG, Art. 59 N 4, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010. Zu entscheiden von Staatsanwaltschaft und Bundesstrafgericht vgl. Schmid (Fn. 12), § 59 N 11.

77 KELLER, in: Donatsch et al., Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 393 N 17; anders, wobei nicht sehr dezidiert (im Sinne eines Wunsches) STEPHENSON/THIRIET (Fn. 75), Art. 393 N 10 zu Art. 107.

78 KELLER (Fn. 78), Art. 393 N 24 und 28.

79 DONATSCH (Fn. 14), Art. 184 N 36 mit weiteren Hinweisen.

mittel wiederum dieselben Überlegungen wie diejenigen zur Auswahl der sachverständigen Person.⁸⁰

Soweit ein anderes Gutachten, beispielsweise ein solches aus einem früheren oder andersartigen Verfahren, beigezogen wird, müssen sich die Parteien diesbezüglich sowohl zur Person des Experten wie auch zu den Fragen und zum Inhalt des Gutachtens äussern können. Dies gilt unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs selbst dann, wenn entsprechende Rechte bereits im anderen Verfahren zugestanden worden sind.⁸¹

2. *Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen*

a) Grundsätzliches

Es ist davon auszugehen, dass eine beschuldigte Person Subjekt in einem sie betreffenden Strafverfahren ist und deshalb als solche das Recht hat, am Verfahren teilzunehmen bzw. sich dazu zu äussern. Sie kann dieses Recht selber wahrnehmen oder durch einen Vertreter wahrnehmen lassen bzw. sich dabei durch einen Beistand unterstützen oder begleiten lassen. In Art. 147 StPO, wo dieses Recht grundsätzlich festgehalten ist, wird zwar dem Wortlaut nach einzig auf Erhebungen der Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts Bezug genommen. Zumindest bei Beweisvorkehren der sachverständigen Person wie einem Augenschein ist ein Teilnahmerecht des Betroffenen und seines Rechtsbeistands weitgehend anerkannt.⁸² Ob ein selbständiges Vorgehen des Experten hier allerdings mit dem grundsätzlichen Verbot eigener Erhebungen gemäss Art. 185 Abs. 3 StPO vereinbar ist, muss, wie erwähnt, als fraglich bezeichnet werden.⁸³

b) Teilnahmerechte im Zusammenhang mit einer Fremdanamnese

Das Bundesgericht hat sich in einem wegweisenden Urteil klar zu den Teilnahmerechten des Exploranden bei gutachterlichen Beweiserhebungen bekannt. Gegenstand des Verfahrens war eine Beweisauskunft bei einem Dritten, eine sog. Fremdanamnese.⁸⁴ Das Bundesgericht hielt in einem Urteil⁸⁵ vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung dazu fest, die formlose Befragung von Drittpersonen aus dem näheren oder weiteren Umfeld der beschuldigten Person (konkret ein Telefongespräch mit einem Dritten), eine sog. Fremdanamnese, werde ohne Berücksichtigung von Verfahrensrechten immer mehr in Frage

80 Dazu oben Ziff. IV.C.1.a) dieses Aufsatzes.

81 BGE 125 V 332, 337.

82 BGE 119 Ia 260, 262 E. 6c. im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung.

83 Dazu eingehend Ziff. IV.B.1. dieses Aufsatzes.

84 Zu Fremdanamnesen beachte auch oben Ziff. IV.B.2.c) dieses Aufsatzes.

85 BGer, StrA, 20.5.2010, 6B_1090/2009, E. 1.5.4.

gestellt.⁸⁶ Ohne sich abschliessend zu den Teilnahmerechten gemäss Art. 147 StPO zu äussern, erachtete das Bundesgericht es zumindest als unabdingbar, dass bei Fremdanamnesen verschiedene Formvorschriften beachtet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn einer solchen Befragungen nicht mehr die Qualität von bloss kleineren, informatorischen Auskünften zukommt, was im beurteilten Fall angenommen wurde. Erforderlich ist demnach eine Orientierung der befragten Person über den Stellenwert und die Funktion des Gutachtens, der Hinweis, dass die Aussagen in das Gutachten einfließen können sowie die Belehrung über das Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht. Die Einhaltung dieser Formvorschriften ist nach der klaren Vorgabe des Bundesgerichts im oben erwähnten Urteil im Gutachten zu protokollieren, und es ist sicherzustellen, dass die fraglichen Aussagen detailliert dokumentiert werden.⁸⁷ Über diese Feststellungen des Bundesgerichts hinaus ist dezidiert zu fordern, dass belastende Aussagen Dritter nur ins Gutachten einfließen dürfen, wenn eine justizförmige, d.h. förmliche, parteiöffentliche Befragung unter Wahrung der Parteirechte, stattgefunden hat.⁸⁸ Weniger weitgehend wird in der Literatur auch vertreten, dass Befundtatsachen, die der Experte kraft seines Spezialwissens erhebt, verwertbar seien, während Zusatztatsachen, die auch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht ermitteln könnten, erst nach einer justizförmigen Befragung beachtet werden dürften.⁸⁹ Dies dürfte indessen wenig praktikabel sein. Es lässt sich mit guten Gründen die Frage stellen, ob diese Differenzierung bereits zu Beginn einer Befragung antizipiert vorgenommen werden kann.

c) Teilnahmerechte des Verteidigers bei der Exploration des Betroffenen

Bis heute umstritten und weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob dem Rechtsvertreter eines Exploranden nach der Rechtsprechung ein Anspruch darauf zugestanden wird, an einer durch eine sachverständige Person durchgeführten Befragung des Exploranden teilzunehmen.⁹⁰ Eine repräsentative höchstrichterliche Gerichtspraxis dazu besteht im Strafrecht praktisch kaum, höchstens etwa im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung oder im

86 Vgl. den Hinweis des Bundesgerichts auf DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N. 35; vgl. BGer, StrA, 14.9.2001, 6P.40/2001, E. 4.d.bb mit Hinweisen auf grundsätzliche Kritik an Fremdanamnesen.

87 Zur Dokumentationspflicht beachte oben Ziff. IV.B.3.c) dieses Aufsatzes und BRUNNER (Fn.4), S. 196; vgl. auch § 30 der Verordnung des Obergerichts des Kantons Luzern über psychiatrische und aussagepsychologische Gutachten im Strafverfahren vom 8.1.2002 [in der Fassung gemäss Änderung vom 19.5.2009; SRL 315].

88 BRUNNER (Fn. 4), S. 185 ff., 195; HEER (Fn. 16), Art. 185 N 36.

89 So etwa DONATSCH/SCHMID (Fn. 12), § 115 N. 35.

90 Verneint in BGE 119 Ia 260, 262, E. 6.c im Rahmen eines Verfahrens betr. fürsorgerische Freiheitsentziehung. Das Bundesgericht hat auch entschieden, dass im Rahmen eines Strafverfahrens Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht verletzt wird, wenn der Verteidiger an der Abnahme einer Schriftprobe nicht anwesend sein konnte (Urteil vom 14.9.1999 [1P.405/1999 E. 3d]).

Sozialversicherungsrecht. Dort hat man entsprechende Teilnahmerechte weitgehend verneint. Die Einwände gegen solche, auf die jeweils in den Urteilen eingegangen wird, sind zahlreich, vermögen aber kaum zu überzeugen. Immerhin scheint sich auch hier eine gewisse offenere Haltung abzuzeichnen. So wurde in der Literatur die Nichtzulassung des Verteidigers bei einer Beweiserhebung wie der Abnahme einer Schriftprobe durch eine sachverständige Person kritisiert.⁹¹

aa) Einwände gegen ein Teilnahmerecht

Es wird immer wieder darauf hingewiesen, es sei zwischen einer Verhandlung vor einem Gericht oder einer Behörde einerseits und einer Begutachtung durch Experten andererseits zu differenzieren. In einem Fall betr. einen Sicherheitsentzug des Führerausweises betonte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang, die Partei sei im Verfahren selber Gegenstand der Beweismassnahme, namentlich wenn es darum gehe, den Gesundheitszustand der betroffenen Person abzuklären. Dabei sei diese Person – anders als etwa bei einem Augenschein, wo es darum geht, unter Mitwirkung der Parteien das Augenscheinobjekt zu betrachten und zu würdigen – nicht in erster Linie als Verfahrenspartei beteiligt, die sich zum Begutachtungsobjekt äussert, sondern sie werde selber begutachtet.⁹² Diese Erkenntnis ist sicher richtig, führt aber nicht weiter. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass allein aus der Doppelrolle des Betroffenen (Partei im Verfahren mit Parteirechten einerseits und Objekt der Beweisabnahme andererseits) keine Nachteile zulasten des Exploranden abgeleitet werden dürfen.

Einer Ablehnung eines Teilnahmerechts liegt zweifellos die Furcht vor Interventionen eines Interessenvertreters zugrunde, denen sich sachverständige Personen im Rahmen ihrer ärztlich geprägten Begutachtungssituation ohne Beisein der Verfahrensleitung nicht gewachsen fühlen sollen. Dies erinnert an die frühere Argumentation gegen die Teilnahme des Verteidigers an Untersuchungshandlungen des Staatsanwaltes sowie an polizeilichen Befragungen der beschuldigten Person, die heute nicht mehr in Frage gestellt werden. Solchen Befürchtungen mag ein gewisses Verständnis entgegengebracht werden. Diesen lässt sich aber durch eine Ausbildung sowie Sensibilisierung der sachverständigen Person für juristische bzw. prozessuale Fragen, die bei forensischen Psychiatern ohnehin zum Anforderungsprofil gehören, leicht begegnen. Dass die Exploration auch unter anderen Aspekten juristischen Anforderungen zu genügen hat, zeigen nicht nur das bereits erwähnte Gebot einer Beachtung der Grundrechte sowie das Verbot unzulässiger Vernehmungsmethoden, sondern zahlreiche durch Rechtsprechung und insbesondere die Schweizerische Strafprozessordnung definierte allgemeinen prozessualen Pflichten der sach-

91 Beachte SCHMID (Fn. 5), N 1107, Fn. 357 zu BGer, 14.9.1999, 1P.405/1999.

92 So etwa BGE 132 V 443, 446 E. 3.5; 122 II 464, 469 E. 4c.

verständigen Person.⁹³ Nicht zwingend mit einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers verbunden ist dessen Recht, unmittelbar anlässlich der Exploration weitere Anträge zum Beweis stellen zu können oder das konkrete Vorgehen der sachverständigen Person ad hoc zu kritisieren. Dass darüber nicht die sachverständige Person selbst zu befinden hätte, steht ausser Zweifel. Solche Rechte könnten ohne weiteres in einem späteren Stadium des Verfahrens der Verfahrensleitung gegenüber ausgeübt werden.^{94a} Dies verhält sich heute nicht anders. Die abwesenden Parteivertreter werden ebenfalls auf eine nachträgliche Stellungnahme und auf spätere Ergänzungsfragen verwiesen, die der sachverständigen Person allenfalls in einer zweiten Runde noch gestellt werden müssen. Die Annahme, durch eine Teilnahme des Verteidigers an einer Exploration würde faktisch eine kontradiktorische Parteiverhandlung durchgeführt,⁹⁴ lässt sich somit ohne Weiteres widerlegen.

Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers hat m.E. auch nicht notwendigerweise zur Folge, dass im Sinne einer Waffengleichheit das Opfer zugelassen werden muss, das sich unter Umständen noch durch mehrere Personen begleiten lassen darf.⁹⁵ Eine solche Situation würde zweifellos die erforderliche Intimität der Exploration stören und auch die Persönlichkeitsrechte des Exploranden in nicht hinzunehmender Weise verletzen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Opfern trotz Parteistellung ein rechtlich geschütztes Interesse an einer konkreten Sanktion abgesprochen wird, wie dies Art. 382 Abs. 2 StPO bzw. die dort festgehaltene fehlende Legitimation zu einem Rechtsmittel in diesem Punkt mit aller Deutlichkeit aufzeigt. Entsprechend lässt sich auch hier argumentieren. Jedenfalls wäre ein solches rechtlich geschütztes Interesse an einem Teilnahmerecht des Opfers im Einzelfall zumindest nicht zu vermuten und besonders darzutun. Soweit keine Zivilansprüche geltend gemacht werden, wäre ein solches sicher nicht gegeben. Bei Vorliegen von Zivilansprüchen, die masslich vom Verschulden abhängen können, würde es einer Differenzierung bedürfen. Das Opfer wäre hier aber wohl lediglich für den Fall der Annahme einer vollen Schuldunfähigkeit in seinen Zivilansprüchen tangiert, indem es auf die Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR verwiesen wäre.⁹⁶ Mit Blick auf die übergeordneten Interessen des Exploranden an einem Schutz seiner Intimsphäre wäre es allenfalls a maiore ad minus auch vertretbar, das Opfer auf das Recht

93 Vgl. oben Ziff. IV.B. dieses Aufsatzes.

94a So auch BGE 119 Ia 260, 261, allerdings zur Begründung der Ansicht, der Verteidiger habe bei der Exploration des Klienten nicht zwingend anwesend zu sein.

94 Vgl. den Hinweis auf diese Argumentation bei BERNARD/BINDER, Neue StPO: Nach wie vor keine Kontrolle der sog. Erhebungen bei psychiatrischen Begutachtungen?, Anwaltsrevue 1/2011, S. 11.

95 BGE 132 V 443, 447 E. 3.6.

96 Beachte aber Art. 53 OR, wonach keine Bindung des Zivilrichters an Erkenntnisse des Strafrichters zum Verschulden der beschuldigten Person besteht.

zu einer nachträgliche Stellungnahme zu verweisen. Sein rechtliches Gehör würde dadurch ausreichend gewahrt.

Am ehesten zu beachten ist der Einwand gegen ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers, bei der Exploration handele es sich um eine persönlichkeitsbezogene Situation. Das Bundesgericht betont, es gehe darum, dem medizinischen Begutachter die Gelegenheit zu einer möglichst objektiven Beurteilung zu schaffen. Dies bedinge, dass diejenigen Rahmenbedingungen bestehen müssten, die aus wissenschaftlicher Sicht am ehesten geeignet seien, eine solche Beurteilung zu ermöglichen. Es müsse eine Interaktion zwischen der begutachtenden und der zu begutachtenden Person stattfinden.⁹⁷ Dazu liesse sich indessen bemerken, beim Rechtsvertreter handle sich ja gerade um eine Vertrauensperson des Exploranden, die ihren Klienten wohl kaum in seiner Aussagefreiheit beeinträchtige. Der Verteidiger hat überdies ohnehin bestmöglich informiert zu sein, damit er vollumfänglich die Interessen des Betroffenen wahren kann. Die Befürchtung des Bundesgerichts, ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers verhindere, dass die sachverständige Person ein unverfälschtes Bild erhalte, überzeugt somit ebenfalls nicht.

bb) Eigene Schlussfolgerungen

Die Exploration der beschuldigten Person ist eine unabdingbare Grundlage für ein psychiatrisches Gutachten und gehört zu den Aufgaben, welche die sachverständige Person unbestrittenermassen ohne Mitwirkung der Verfahrensleitung selbständig vornehmen kann. Sie stellt eine sog. einfache Erhebungen im Sinne von Art. 185 Abs. 4 StPO dar. Wird ein Anspruch des Verteidigers auf Beiwohnung an einer psychiatrischen Exploration des Beschuldigten verneint, wird vollständig ausgeblendet, dass Art. 147 StPO dessen Mitwirkung an sämtlichen Beweisvorkehren vorsieht, auf die sich eine Verurteilung stützt. Der Hinweis darauf, dass gemäss Wortlaut der zitierten Bestimmung einzig Situationen gemeint seien, bei welchen die Staatsanwaltschaft oder das Gericht als Akteure auftreten, zu denen die sachverständigen Person somit nicht zu zählen sei, ist überspitzt und hält einer teleologischen Auslegung nicht stand. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine psychiatrische Begutachtung eine Delegation von Aufgaben an externe Dritte darstellt, die an und für sich juristischen Entscheidungsträgern wie Staatsanwalt und Gericht zukommt. Dass dies mit Blick auf eigene fehlende Sachkompetenz zugestanden wird, ändert nichts am Charakter der Vorkehren. Es werden Entscheidungsgrundlagen für diese Behörden geschaffen. Folgerichtig wird richtigerweise auch immer wieder darauf hingewiesen, dass sachverständige Personen als Hilfspersonen der

97 BGE 132 V 443, 445 mit zahlreichen Hinweisen auf die entsprechende Literatur des Sozialversicherungsrechts und BGE 119 Ia 260, 262 im Zusammenhang einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung.

Gerichte zu betrachten seien und deren Feststellungen nichts an deren Verantwortung dafür zu ändern vermögen. In anderem Zusammenhang wird nicht in Frage gestellt, dass die prozessualen Regeln für Richterinnen und Richter in gleichem Masse auch für deren Hilfspersonen gelten.⁹⁸ Soweit in der Literatur etwa gegen ein Teilnahmerecht des Verteidigers noch angeführt wird, es sei zwischen Beweiserhebung an sich und Vorbereitung einer solchen zu unterscheiden,⁹⁹ wirkt dies gekünstelt und führt nicht wirklich weiter. In materieller Hinsicht muss bereits die Erarbeitung des Gutachtens bzw. die Beschaffung der Grundlagen für ein Gutachten als Beweisaufnahme im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StPO erachtet werden. Dies gilt nicht erst für die Erstellung des Gutachtens bzw. die gerichtliche Einvernahme der sachverständigen Person. Niemand wird beim technischen Vorgang der Zeugeneinvernahmen etwa ins Feld führen wollen, bei dieser handle es sich lediglich um eine Vorbereitung eines Beweismittels.

Die Exploration der beschuldigten Person stellt entgegen dem Wortlaut von Art. 184 Abs. 4 StPO keinesfalls eine einfache Erhebung dar, sondern ist hoch komplex. Sie ist eine derart unabdingbare Grundlage für ein Gutachten, dass das Bundesgericht sich bemüssigt fühlt, diesbezüglich sogar in die Methodenfreiheit der sachverständigen Person einzugreifen und Anforderungen an diese zu stellen. Der Stellenwert der Exploration ist also unbestritten. Weiter muss Gewähr dafür bestehen, dass die Begutachtung rechtskonform abläuft. Der Hinweis aus dem Kreis der Anwaltschaft, Gutachten könnten einzig dann auf ihre Nachvollziehbarkeit und Stichhaltigkeit überprüft werden, wenn eine einwandfreie Exploration vorliege, was durch eine Mitwirkung der Verteidigung gewährleistet werden könne, überzeugt.¹⁰⁰ Nur hier ist Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV Genüge getan. Hier decken sich im Übrigen die Interessen aller Beteiligten. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere an dasjenige von Staatsanwaltschaft und Gericht an einer zuverlässigen Grundlage des Urteils. Die Wahrheitsfindung ist im Strafverfahren ein tragendes Anliegen,¹⁰¹ dem alle nachzuleben haben.

3. Rechte des Exploranden nach Vorliegen des Gutachtens

Nicht von besonderer Brisanz sind die Rechte des Betroffenen nach Erstellung des Gutachtens. Die Art. 188 und 189 StPO entsprechen bewährter Praxis und geben einzig in einzelnen Punkten, welche nicht grundsätzliche Fragen antasten, zu Diskussionen Anlass. Der Beschuldigte hat Anspruch auf Einsicht in

98 So etwa im Zusammenhang mit dem Ausstand nach Art. 56 StPO oder mit der Begründungspflicht von Urteilen bzw. Gutachten.

99 WOHLERS (Fn. 11), Art. 147 N 1.

100 BERNARD/BINDER (Fn. 94), S. 14.

101 SCHMID (Fn. 5), N 153.

gutachterliche Feststellungen, kann dazu Stellung nehmen und allenfalls Einfluss auf angeblich unrichtige Erkenntnisse zu nehmen versuchen. Die Frage, wie Gutachten zu würdigen sind und welcher Art die Kontrolle des Gutachtens durch juristische Entscheidungsträger zu sein hat, wurde an anderer Stelle bereits angesprochen.¹⁰²

4. *Exkurs: Rechte der beschuldigten Person im Verfahren der Fachkommission*

Dieses Thema ist eine sehr leidige Angelegenheit. Mit Beharrlichkeit werden einem Betroffenen von Fachkommissionen weitgehend die Rechte verweigert, die ihm im Strafprozess ohne Widerstand zugestanden werden. Eine Anhörung des Betroffenen soll dem Vernehmen nach in Einzelfällen auf Antrag vorgenommen werden, ein Anspruch wird dagegen nicht anerkannt. Fachkommissionen treten im Massnahmenrecht regelmässig im Zusammenhang mit der Frage der Entlassung eines gefährlichen Straftäters aus dem Massnahmenvollzug auf (Art. 62d Abs. 2, Art. 64b Abs. 2 lit. c, Art. 64c Abs. 1 StGB). Daneben beraten sie noch bei Fragen der Ausgestaltung des Vollzugs, bspw. bei der Wahl der Institution, bei der Frage nach allfälligen Lockerungen etc. Sie sind ein Gremium, das an der Seite der Vollzugsbehörden steht, sie geben diesen Empfehlungen ab. Mitglied der Kommission ist immer auch ein forensischer Psychiater. Der Betroffene wird mit seinen prozessualen Rechten auf das Verfahren vor der Vollzugsbehörde oder dem (Verwaltungs-)Gericht verwiesen. Diese Justizorgane legen die Empfehlungen der Fachkommissionen ihrem Entscheid zugrunde. Ein justizförmiges Verfahren der Fachkommissionen wird als Denaturierung deren Tätigkeit angesehen.¹⁰³ Mit Blick auf das faktische Gewicht der Entscheide der Fachkommissionen wird in der Literatur im Gegensatz dazu seit langer Zeit ein Ausbau der Rechte des Betroffenen auch in jenem Entscheidungsprozess gefordert, was indessen in der Praxis kaum Beachtung findet. Die Tätigkeit der Fachkommission haben aber transparent zu sein. Es kommt ihren Äusserungen faktisch der Stellenwert eines Gutachtens zu, weshalb sie den gleichen Regeln zu unterstellen sind wie ein solches.¹⁰⁴

Schlussbemerkungen

Gerade in jüngerer Zeit hat die Rechtsprechung die forensisch-psychiatrische Begutachtung entscheidend gefordert. Die Stellung des Exploranden wurde dadurch sowie insbesondere durch die neuen gesetzlichen Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung stark gestärkt. Dennoch sind lange

102 Dazu oben Ziff. IV.A.1. und 2. dieses Aufsatzes.

103 BAECHTOLD, Die Fachkommissionen zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit – Cui bono?, in: Bauhofer et al. (Hrsg.), Gemeingefährliche Straftäter, Chur/Zürich 2000, 335.

104 Dazu eingehend HEER (Fn. 1), Art. 62d N 29 ff. mit weiteren Hinweisen.

noch nicht alle Fragen geklärt. Es besteht einiger Handlungsbedarf. Der Jubilar «Jonny» wird uns nach seiner Aufgabe der bundesrichterlichen Tätigkeit dabei fehlen. Es bleibt uns nur noch zu hoffen, dass er sich dazu weiterhin im Schrifttum zu Wort melden und die Rechtsprechung auf diese Weise beeinflussen wird. Bei diesem Elan, den wir bei ihm immer noch spüren, wird diese Hoffnung kaum enttäuscht werden.

Der Einfluss aussagepsychologischer Mindeststandards auf das Strafverfahren – Ein transnationaler Blick zurück und voraus

VON AXEL BOETTICHER

I. Einleitung

Das erste Kennenlernen mit Hans – «Jonny» – Wiprächtiger ist wie die Begegnung mit einem Wärmegewitter. Beruhigung tritt erst ein, wenn das freundschaftliche «Du» vereinbart ist. Im Jahr 2001 kam «Jonny» am Rande der von Norbert Nedopil in der LMU in München organisierten Herbsttagung begeistert auf mich zu, als er hörte, einen Richterkollegen aus dem «berühmten» 1. Strafsenat des deutschen Bundesgerichtshofs zu treffen, der es mit zwei Grundsatzzentscheidungen für die besonders schwierigen Missbrauchsverfahren geschafft hatte, «Meilensteine» zu setzen.¹ In der Tat hatte es der 1. Strafsenat nach Beratung durch die beiden Sachverständigen Prof. Steller aus Berlin und Prof. Fiedler aus Heidelberg gewagt, zunächst den Kontrollfragentest mittels eines Polygraphen gegenwärtig als völlig ungeeignetes Beweismittel im Strafprozess zu geisseln,² um unmittelbar danach für die Rechtspsychologie und die Justiz gleichermaßen verbindliche Mindeststandards für aussagepsychologische Gutachten aufzustellen.³ Insbesondere die Mindeststandards für die Begutachtung der Zeugenaussagen von Kindern bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch bedeuteten einen Fortschritt auf dem schwankenden Terrain der Beweiswürdigung bei der Konstellation «Aussage gegen Aussage». Es brach aus «Jonny» mit seinen blitzenden Augen, unterstützt durch seine eindrucksvollen Augenbrauen, heraus, dass er dafür sorgen wolle, dass diese Massstäbe sich auch in den Entscheidungen seines Schweizerischen Bundesgerichts wieder finden müssten. Und er hielt Wort. Darüber soll berichtet werden.

Es muss aber auch über weiter vorhandene Defizite berichtet werden. Auch nach mehr als zehn Jahren danach kann niemand sicher sein, dass man sich nur an die beiden Entscheidungen halten muss, um in den besonders schwierigen Verfahren wegen Verstosses gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu bestehen.

1 So auch die Formulierung eines in Missbrauchsverfahren erfahrenen Verteidigers HARSCHNECK in Praxis der Rechtspsychologie, Themenschwerpunkt Glaubhaftigkeitsbegutachtung, Sonderheft 1, 2000, S. 28 ff.

2 BGH, 17.12.1998 – 1 StR 156/98 –, BGHSt 44, 308 = NJW 1999, S. 657.

3 BGH, 30.07.1999 – 1 StR 618/98 –, BGHSt 45, 164 = NJW 1999, S. 2746.

So wirbt in Deutschland einer der grössten Anbieter für aussagepsychologische Gutachten, die Gesellschaft für wissenschaftliche Gerichts- und Rechtspsychologie in München (GWG), weiterhin und ungestraft für die Untersuchungsmethode mittels «Polygraph/Lügendetektor» in familienrechtlichen Verfahren. In der im Internet veröffentlichten Werbung heisst es, bei der GWG arbeiteten forensische Psychologen bzw. Psychophysiologen, die eine spezielle Ausbildung (zum Teil in den USA) abgeschlossen hätten.⁴ Damit ignoriert die GWG bewusst den Beschluss des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24.6.2003 – VI ZR 327/02 –, nach dem auch für das Zivilverfahren höchststrichterlich geklärt ist, dass «die polygraphische Untersuchung (Lügendetektor) mittels Kontrollfragen und – jedenfalls dann, wenn der Beweisführer zum Zeitpunkt des Tests bereits von den Ermittlungsergebnissen Kenntnis hatte – auch mittels Tatwissenstests ein völlig ungeeignetes Beweismittel ist»⁵.

Noch schlimmer sind allerdings die Gläubigkeit und Bagatellisierung, die der Lügendetektor im öffentlichen Bewusstsein durch zwielichtige Comedy Shows erfährt. In durch Laienschauspieler dargestellte Beziehungsdramen werden Streitfälle zwischen Paaren durch eine hübsche Moderatorin Britt mit Hilfe des über allem stehenden und unbestechlichen Polygraphen entschieden. Der oder die Verlierer/in wird nach Bekanntgabe des Polygraphen-Ergebnisses durch Buh-Rufe des anwesenden johlenden Publikums an den Pranger gestellt.⁶

Im Nachbarland Österreich hat es nach Angriffen auf den meistbeauftragten Gutachter Univ. Prof. Dr. Max Friedrich eine erbitterte öffentliche Diskussion über die Weigerung der dortigen Justiz gegeben, die Mindeststandards für aussagepsychologische Gutachten gemäss der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs zu übernehmen und gegenüber den Gutachtern durchzusetzen.⁷

In Deutschland ist im sog. Kachelmann-Prozess das gesamte aussagepsychologische Gutachten der Sachverständigen Prof. Greuel von interessierter Seite offensichtlich an die Medien verkauft worden und ist Gegenstand öffentlicher Debatten. Das intimste Einzelheiten enthaltende Gutachten ist freigegeben für Spekulationen und eigene Schlussfolgerungen. Jeder hat wie beim Fussball das Recht, seine Meinung als «Fachmann» abzugeben. Die einen stellen sich auf die Seite des Beschuldigten und prognostizieren einen Freispruch und verdammen die vielen Freundinnen, die selbst Schuld haben. Die anderen «wissen» mit dem mutmasslichen Opfer, was in der Tatnacht wirklich geschah und sagen eine Verurteilung voraus, weil sie dem Beschuldigten die Tat «zutrauen».

4 www.gwg-institut.com/polygraphie-luegendetektion.html.

5 BGH unter www.bundesgerichtshof.de/cln_136/DE/Entscheidungen/.

6 www.sat1.de/comedy_show/britt/vorschau/.

7 Statt vieler TEWS; Rechtsanwalt in Linz und Wien in *Tews* familienrecht.at/.../jur.../1.../tews3_aussagepsychologie.pdf.

II. Die Übernahme der Grundsätze der deutschen Entscheidungen durch das Schweizerische Bundesgericht

Zunächst zu dem, was bisher war. Es ist unbestreitbar ein Verdienst auch von Hans Wiprächtiger, dass das Schweizerische Bundesgericht in seiner Rechtsprechung auf die Massstäbe des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe Bezug genommen und, angepasst an die schweizerischen Verhältnisse, für eine gleichermassen transnationale Ausbreitung des gegenwärtig anerkannten wissenschaftlichen Kenntnisstands der Rechtspsychologie und deren Implantierung in das Strafverfahren gesorgt hat. Aus der Vielzahl der seit 2001 durch das Schweizerische Bundesgericht erlassenen Entscheidungen sind drei, die Handschrift Hans Wiprächtigers tragende Urteile als Beleg für die Übereinstimmung der Rechtsprechung der beiden obersten Fachgerichte herauszugreifen.

A. In einem Strafverfahren wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 und 3 StGB), mehrfacher, teilweise qualifizierter sexueller Nötigung (Art. 189 Abs. 1 und 3 StGB), mehrfacher sexueller Handlungen mit einem Kind (Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) und mehrfacher qualifizierter einfacher Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB) war der Angeklagte am 25. Juni 1999 durch das Strafgericht Basel-Stadt zu neun Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hatte das Urteil bestätigt. Der Verurteilte und Beschwerdeführer wendete sich mit seiner staatsrechtlichen Beschwerde an die öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts, insbesondere wandte er sich gegen das vom Strafgericht eingeholte Glaubhaftigkeitsgutachten von Dittmann/Kling, die eine der Geschädigten, die im Alter zwischen fünf und fünfzehn Jahren vom Vater missbraucht wurde, exploriert hatten. Der Beschwerdeführer wollte mit zwei von ihm in Auftrag gegebenen Gutachten von Prof. Undeutsch aus Köln und Prof. Schade aus Dortmund nachweisen, dass das Gutachten der in der Schweiz tätigen Wissenschaftler Prof. Dittmann und Dr. Kling grob fehlerhaft und damit nicht geeignet sei, den Wahrheitsgehalt der Aussagen der inzwischen über zwanzig Jahre alten Tochter nachzuweisen.

1. Prof. Undeutsch hatte den Beschwerdeführer zunächst einem Polygraphen-Test unterzogen, mit welchem er zum Ergebnis kam, es bestehe eine Wahrscheinlichkeit von mindestens 95%, dass er sich nicht sexuell an seiner Tochter vergangen habe. In einem zweiten Gutachten vom 20. Juni 2001 zur Frage, ob das Gutachten Kling/Dittmann den heute geltenden methodischen Mindeststandards entspreche, kam Undeutsch – gestützt allein auf dessen auszugsweise Wiedergabe im erstinstanzlichen Strafurteil – zum Schluss, dieses weise gravierende Mängel auf und verletze die Menschenrechtskonvention, der auch die Schweiz angehöre. Die Gutachter Dittmann/Kling seien fälschlicherweise davon ausgegangen, die Aussagen der Tochter seien wahr und hätten geprüft,

ob Anzeichen dafür zu finden seien, dass sie entgegen dieser Annahme unwahr seien. Aufgrund der Unschuldsvermutung sei ein Gutachter jedoch verpflichtet, solange davon auszugehen, dass die Belastungen unwahr seien («Unwahr-Hypothese»), bis dies angesichts der erhobenen Befunde nicht mehr länger möglich sei. Im vorliegenden Fall hätten die Gutachter fragen müssen, ob die Tochter ihre Aussage auch hätte machen können, ohne die behaupteten Vorfälle in der Realität erlebt zu haben. Diese Frage hätten sie nach der Auffassung von Undeutsch «methodisch einwandfrei begründet nicht verneinen können».

Prof. Schade beurteilte in einer knapp eine Textseite umfassenden Stellungnahme das Gutachten Dittmann/Kling als mit derart relevanten Mängeln behaftet, dass es eigentlich kein Beweismittel sein dürfte. So seien vorab die Hintergründe der Entstehung und der Geschichte der Aussage nicht aufgeklärt worden, d.h. insbesondere, inwieweit die Tochter dabei unter dem Einfluss ihrer Therapeuten gestanden habe. Zentral sei, dass die Sachverständigen das oberste Gebot, die Glaubhaftigkeit der Aussagen über Alternativhypothesen zu prüfen, «nur sehr peripher bzw. überhaupt nicht berücksichtigt hätten». Die seines Erachtens relevante Alternativhypothese, dass es sich bei der Aussage der Zeugin um eine irrtümliche Falschaussage handle, habe das Gutachten nur in zwei Sätzen geprüft.

2. Diese verfahrensrechtliche Situation gab es vor den beiden Grundsatzentscheidungen in Deutschland sehr häufig. Prof. Greuel berichtete in einem 2001 veröffentlichten Beitrag, aus ihrer Sicht gehe es bei den Parteigutachten nicht zwangsläufig um eine objektive und neutrale Auseinandersetzung mit vorliegenden Primärgutachten. Es sei in bestimmten Regionen Praxis, eine Vielzahl methodenkritischer Gutachten einzuholen, bis schliesslich eine dem parteilichen Verwertungsinteresse entsprechende «Sachverständigenmeinung» erzielt werde.⁸

3. Das Schweizerische Bundesgericht gab die richtigen Antworten: Ein Parteigutachten, das allein auf dem erstinstanzlichen Strafurteil und den darin zitierten Passagen des Gutachtens Dittmann/Kling beruht, ohne dass es die von den Gutachtern in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung abgegebenen Erläuterungen und Ergänzungen kannte, ist unzureichend. Das Bundesgericht hat, dem Appellationsgericht folgend, geurteilt, das Parteigutachten Undeutsch beruhe auf nur oberflächlicher Betrachtung, und seine Schlüsse hätten von vornherein festgestanden. Dies deshalb, weil Undeutsch zuvor mit dem Beschwerdeführer einen sog. Lügendetektortest durchgeführt habe mit dem Ergebnis, dass dessen Behauptung, sich an seinen Töchtern nie in irgendeiner Weise sexuell vergangen zu haben, mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 95% zutreffe. Nach dieser polygraphischen Untersuchung, in welcher er auch die Überzeugung

⁸ GREUEL, ZIF 2001, S. 67, 83.

geäußert habe, solche Tests seien «fachlich anerkannt» bzw. «millionenfach bewährt» und die einzig zuverlässige Methode zur Überprüfung des Wahrheitsgehaltes einer Bestreitung im Strafverfahren, sei für ihn festgestanden, dass das Gutachten Dittmann/Kling im Ergebnis falsch sein müsse.

4. Es traf darüber hinaus keineswegs zu, dass die von Prof. Undeutsch propagierte Polygraphen-Methode wissenschaftlich anerkannt war. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof am 9. Dezember 1998, spätestens mit der Verkündung am 17. Dezember 1998 lagen die Zweifel der eigenen Fachkollegen aus der aussagepsychologischen community auf dem Tisch. Der deutsche Bundesgerichtshof hat, den Wissenschaftlern folgend, dem Kontrollfragmentest jeden Beweiswert abgesprochen. Das Ergebnis beruhte auch auf der Erkenntnis, dass in den USA solche Tests in den meisten Einzelstaaten vor Gericht nicht zugelassen sind.

5. In Bezug auf das (Kurz-)Gutachten von Prof. Schade beklagte sich der Beschwerdeführer zwar, dieses werde vom Appellationsgericht überhaupt nicht erwähnt. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt, das Appellationsgericht habe sich schon deshalb nicht mit der Stellungnahme beschäftigen müssen, weil sie eine ernsthafte, auf einer sachlichen Auseinandersetzung mit dem Gutachten Dittmann/Kling fast völlig habe vermissen lassen und teilweise nur polemisch überzogene Folgerungen gezogen worden seien.

Mit dieser Entscheidung war auch in der Schweiz der Spuk um den «Lügendetektor» erst einmal vorbei.

B. Als zwei der wichtigsten Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts zur Übernahme der aktuellen wissenschaftlichen Standards zur Aussagepsychologie in das Strafverfahren sind wohl die Urteile vom 20. Dezember 2001⁹ und vom 7. November 2002¹⁰ anzusehen, in denen die Handschrift von Hans Wiprächtiger wieder zu erkennen ist. Was der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 30. Juli 1999 in Umsetzung der schriftlich und mündlich erstatteten Gutachten von Prof. Steller und Prof. Fiedler, die in der Hauptverhandlung vom 29. Juli 1999 mündlich ausführlich befragt worden sind, in Urteilsform detailliert und ausführlich, quasi als Handlungsanleitung niedergeschrieben hat, ist im Urteil vom 7. November 2002 prägnant zusammengefasst worden. Es heisst in der Erwägung 5:

«5. Im erwähnten Entscheid setzte sich das Bundesgericht ausführlich mit den fachlichen Standards für die Abklärung des Wahrheitsgehalts von kindlichen Zeugenaussagen bei Verdacht auf sexuellen Kindesmissbrauch auseinander. Diese Standards gelten grundsätzlich auch für die Abklärung des Wahrheitsgehaltes von erwachsenen Zeugen. Bei der Abklärung des Wahrheitsgehaltes von Zeugenaussagen hat sich die so genannte

9 GP. 36/2001 (<http://jumpcgi.bgr.ch/cgi-bin>).

10 BGE 129 I 49.

Aussageanalyse weitgehend durchgesetzt. Nach dem empirischen Ausgangspunkt der Aussageanalyse erfordern wahre und falsche Schilderungen unterschiedliche geistige Leistungen. Überprüft wird dabei in erster Linie die Hypothese, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung der Umstände, der intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine solche Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte. Methodisch wird die Prüfung in der Weise vorgenommen, dass das im Rahmen eines hypothesengeleiteten Vorgehens durch Inhaltsanalyse (aussageimmanente Qualitätsmerkmale, so genannte Realkennzeichen) und Bewertung der Entstehungsgeschichte der Aussage sowie des Aussageverhaltens insgesamt gewonnene Ergebnis auf Fehlerquellen überprüft und die persönliche Kompetenz der aussagenden Person analysiert werden. Bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung ist immer davon auszugehen, dass die Aussage auch nicht realitätsbegründet sein kann. Ergibt die Prüfung, dass diese Unwahrhypothese (Nullhypothese) mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen. Es gilt dann die Alternativhypothese, dass die Aussage wahr sei. Erforderlich ist dafür besonders auch die Analyse der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Aussage (vgl. dazu unter anderem Günter Köhnken, Methodik der Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in: Jörg Fegert [Hrsg.], Begutachtung sexuell missbrauchter Kinder, Fachliche Standards im juristischen Verfahren, Neuwied 2001, S. 29 ff.; Volker Dittmann, Die Begutachtung der Glaubhaftigkeit bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch aus psychologisch-psychiatrischer Sicht, in: Bauhofer/Boll/Dittmann/Niggli [Hrsg.], Jugend und Strafrecht, Chur/Zürich 1998; derselbe, Zur Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, in: Plädoyer 2/1997 S. 28 ff.; Renate Volbert, Standards der psychologischen Glaubhaftigkeitsdiagnostik, in: Hans-Ludwig Kröber/Max Steller [Hrsg.], Psychologische Begutachtung im Strafverfahren – Indikationen, Methoden und Qualitätsstandards, Darmstadt 2000, S. 113 ff.; zustimmend auch Markus Hug, Glaubhaftigkeitsgutachten bei Sexualdelikten gegenüber Kindern, in: ZStrR 2000 S. 38/39; Arnulf Möller/Phillipe Maier, Grenzen und Möglichkeiten von Glaubwürdigkeitsbegutachtung im Strafprozess, in: SJZ 2000 S. 249 ff., insbesondere S. 251 ff.; Maier/Möller, Begutachtungen der Glaubhaftigkeit in der Strafrechtspraxis – Ergebnisse einer Studie über Glaubwürdigkeitsgutachten vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: AJP 2002 S. 682 ff.).»

Besser kann nicht formuliert werden, dass sich ein Sachverständiger bei der Begutachtung ausschliesslich der methodischen Mittel zu bedienen hat, die dem aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand zur aussagepsychologischen Begutachtung gerecht werden. Dies entspricht den Erkenntnissen, die sowohl in den angegebenen Veröffentlichungen als auch in dem ersten, 1998 erschienenen, umfassenden Lehrbuch von Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler vertreten werden.

Mit diesen Entscheidungen war der Gleichklang in diesen schwierigen Fragen zwischen Deutschland und der Schweiz eindrucksvoll hergestellt.

III. Über die erfreulichen Auswirkungen des Urteils vom 30. Juli 1999 in Deutschland

A. Das Lob des Strafverteidigers Harschneck, der das Urteil des 1. Strafsenats vom 30. Juli 1999 zur Einführung von Mindeststandards für die forensisch-psychologische Begutachtung von kindlichen Zeugenaussagen «in jeder Hinsicht als Meilenstein» bezeichnet, gilt sicher auch nach mehr als zehn Jahren. Das

Bild vom «Meilenstein» drückt aber auch so schön aus, wie lang und steinig der Weg war und auch heute noch ist. Bekanntlich bestand Sisyphos Strafe in der Unterwelt aber auch darin, einen Felsblock einen steilen Hang hinaufzurollen, der immer wieder herabrollte.

Es gibt nach wie vor – sicher nicht mehr in so hohem Masse wie vor dem Grundsatzurteil – schlechte aussagepsychologische Gutachten, aber auch schlechte tatrichterliche Urteile mit der Folge, dass kindliche Opferzeugen nach wie vor noch erheblichen Belastungen ausgesetzt sind, ohne dass es dafür nachprüfbar statistische Belege gibt. Die «grossen» Aussagepsychologen berichten davon, dass nach einer ersten guten Phase viele Gutachter zwar die formalen Kriterien der Grundsatzentscheidung erfüllen, aber nicht die richtigen Folgerungen aus dem Material ziehen. Kindliche Zeugen sind nach wie vor

- langen Verfahren ausgesetzt,
- sie müssen häufig lange auf die Hauptverhandlung warten,
- sie müssen trotz mehrerer Aussagen bei der Polizei und dem Ermittlungsrichter – u.U. mehrfach – vor Gericht aussagen, weil es nicht wenige Richter gibt, die schlicht erklären, die Möglichkeiten der modernen Videotechnologie seien nicht ihre Sache, sie müssten die kindlichen Zeugen «sehen»,
- die Ausstattung mit modernen Aufnahmegeräten und mit gut ausgebildeten Ermittlungsrichtern lässt trotz des zweiten Opferrechtsreformgesetzes weiterhin zu wünschen übrig.

B. Unbestreitbar hat es eine fruchtbare neue Qualitätssicherungsdiskussion in der forensischen Psychologie gegeben. Der Berufsverband der Rechtspsychologen hat von den forensisch tätigen Gutachtern die notwendige besondere Sachkunde für die Erstellung von aussagepsychologischen Gutachten verlangt und eine Zertifizierung durchgesetzt. Eine fachübergreifende Methodendiskussion hat stattgefunden, die zwar für die Schuldfähigkeits- und Prognosegutachten keine umfassenden Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs bewirkt hat. Aber, beseelt durch den Erfolg der Entscheidung vom 30. Juli 1999 hat sich eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe gebildet. Diese Gruppe hat mehrfach in den Räumen des Bundesgerichtshofs getagt und hat für beide Gutachtenformen den aussagepsychologischen Mindeststandards vergleichbare, aber doch nicht gleichermassen verbindliche Mindestanforderungen erarbeitet, die den Sachverständigen und den Richtern Hilfestellung beim Erstellen bzw. Verstehen von forensischen Gutachten leisten sollen.¹¹

C. Die forensischen Psychiater und die Rechtspsychologen haben gegenseitig ihre Zuständigkeiten anerkannt. Prof. Kröber aus Berlin hat in verschiedenen

11 BOETTICHER/NEDOPIL/BOSINSKI/SASS, Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten, NSTZ 2005, S. 5 ff.; BOETTICHER/KRÖBER/MÜLLER-ISBERNER/BOHM/MÜLLER-METZ/WOLF, Mindestanforderungen für Prognosegutachten, NSTZ 2006, S. 537 ff.

Veröffentlichungen es für die Psychiater so ausgedrückt, die Aussagepsychologie sei nach der Grundsatzentscheidung vom 30. Juli 1999 (nun endgültig) Domäne der der Psychologen. Seitdem kommt es in den Grenzbereichen von Psychiatrie und Psychologie weniger zur Konfrontation, sondern eher zur Kooperation. Nur wenn die Aussagefähigkeit des potentiellen Tatopfers tangiert ist, sind beide Professionen – am besten auch auf Vorschlag des Aussagepsychologen – heranzuziehen. Grundsätzlich gilt aber, wie im Fall eines geistig behinderten 17-jährigen Tatopfers, das nach Frühgeburt mit Herzproblemen und Hirnblutung sowie mit Wassersucht aufgewachsen ist, aber über eine gute Konzentrationsfähigkeit und über keine Orientierungsprobleme verfügte, vom 1. Strafsenat entschieden werden konnte:

«Hält der Tatrichter zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben eines Zeugen die Zuziehung eines Sachverständigen für geboten, wird er sich der Hilfe eines Psychologen bedienen, wenn «normalpsychologische» Wahrnehmungs-, Gedächtnis- und Denkprozesse in Rede stehen. Das gilt auch für den Fall intellektueller Minderleistung eines Zeugen. Der besonderen Sachkunde eines Psychiaters bedarf es allenfalls dann, wenn die Zeugentüchtigkeit dadurch in Frage gestellt ist, dass der Zeuge an einer geistigen Erkrankung leidet oder sonst Hinweise darauf vorliegen, dass die Zeugentüchtigkeit durch aktuelle psychopathologische Ursachen beeinträchtigt sein kann.»¹²

D. Bei den Tatrichtern hat das Urteil vom 30. Juli 1999 bewirkt, dass die der kriterienorientierte Aussagenanalyse allgemein in die tägliche Praxis des Umgangs mit Zeugenaussagen übernommen wurde. Der Senat hat in seinem Urteil die Tatrichter nicht nur ermuntert, die Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens nur ausnahmsweise zu beschliessen. Tatsächlich verhandeln die Tatrichter wohl schon in der Mehrzahl der Fälle sexuellen Missbrauchs ohne Hinzuziehung eines aussagepsychologischen Gutachters. Denn er muss seine eigene Beweiswürdigung auch an diesen Mindeststandards ausrichten und messen lassen. Das kann er nur, wenn er sich durch Fortbildung ein psychologisch-psychiatrisches Basiswissen aneignet und in der Lage ist, eine kriterienorientierten Aussagenanalyse vorzunehmen.

Endlich hat sich damit das erfüllt, was Bender/Nack bereits in der 1. Auflage ihres 1981 erschienenen Buches «Tatsachenfeststellung vor Gericht» gefordert hatten. Dort war schon die kriterienorientierte Aussagenanalyse mit der Absicht dargestellt, die Tatrichter möchten mit Hilfe wissenschaftlicher Methoden die «absolute Freiheit» der Würdigung einer Aussage im Sinne einer reinen «Gefühlsentscheidung» überwinden. Im von Bender verfassten Vorwort hiess es dazu: «Der forensisch tätige Jurist wird sich vielleicht fragen, weshalb die Psychologie soviel mehr praktisch verwertbare Kenntnisse ihm sollte vermitteln können, wo er doch selbst die viel unmittelbarere und grössere Erfahrung habe. Das liegt daran, dass die Psychologie – wie alle empirischen Wissenschaften

12 BGH, Beschl. vom 19.2. 2002 – 1 StR 5/02 – NStZ 2002, S. 490.

– ein viel breiteres Material sammelt (als das, was einem einzelnen Praktiker begegnet), und es vor allem strenger Prüfung unterwirft und dadurch voreilige und unpräzise Verallgemeinerungen (weitgehend) vermeiden kann.»

Der 1. Strafsenat hat die Tatrichter mit seinem die Grundsatzentscheidung vom 30. Juli 1999 erläuternden und klarstellenden Beschluss vom 30. Mai 2000¹³ ausdrücklich ermutigt, sich aufgrund der dazu gewonnenen Sachkunde offensiv mit methodenkritischen Stellungnahmen auseinanderzusetzen. Es heisst in dem Beschluss ausdrücklich: «Wird unter Bezugnahme auf eine kritische Würdigung des Erstgutachtens durch einen anderen Fachvertreter auf konkrete Mängel dieses Gutachtens hingewiesen, muss sich das Tatgericht mit den behaupteten Einwänden im einzelnen auseinandersetzen. Dieses Erfordernis gilt dann nicht, wenn die geltend gemachten Mängel nach anerkannten wissenschaftlichen Massstäben offensichtlich nicht bestehen. Dies gilt auch für Fälle, in denen – ohne nähere Kenntnis der gesamten Aktenlage – allein das schriftliche Sachverständigengutachten einer eher allgemein gehaltenen Methodenkritik ausgesetzt wird.»

Steht somit am Ende dieser Prüfung, dass die behaupteten – möglicherweise bestehenden Mängel – im Ergebnis nicht zu einer abweichenden Beurteilung der Aussage geführt hätten, kann die Beweisaufnahme auf der Grundlage des bisherigen Gutachtens durchgeführt werden, ohne ein zweites Gutachten einzuholen.

E. Es ist Rechtsanwalt Rüdiger Deckers zu verdanken, dass jeweils Anfang November in Düsseldorf auf einer interdisziplinären Fachtagung die notwendige Auseinandersetzung über Grundfragen der forensischen Aussagepsychologie fortgesetzt wird. Leider fehlen dort die fortbildungswilligen Angehörigen der Justiz. In einem Sammelband sind wesentliche Vorträge der letzten Jahre zusammengefasst worden, in denen alle an einem Strafverfahren beteiligten Berufsgruppen zu Wort kommen.¹⁴

Zentraler Beitrag ist der von Prof. Günter Köhnken über die Fehlerquellen in forensischen aussagepsychologischen Gutachten. Mit gewohnt klaren Worten gibt er seinen Eindruck wieder, viele Gutachter bedienen sich – auch lange nach dem Urteil vom 30. Juli 1999 – lediglich der Terminologie einer hypothesengeleiteten Diagnostik und bauten den Begriff der «Nullhypothese» in ihr Gutachten ein, ohne das eigentlich relevante erkenntnistheoretische Prinzip einer Falsifikationsstrategie verstanden zu haben. Ihm ist zuzustimmen, dass blosser Hypothesenrhetorik nicht vor Versäumnissen in der Befunderhebung und -auswertung schützt. Die Aufforderung, die Verfahrensbeteiligten sollten

13 BGH, Beschl. vom 30.5.2000 – 1 StR 582/99 – NStZ 2001, S. 45.

14 DECKERS/KÖHNKEN (Hrsg): Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Berliner Wissenschaftsverlag, 2007, S. 3 ff.

nicht nur einseitig Informationen sammeln, die zu einer bereits vorgefassten Überzeugung konsistent zu sein scheinen und dafür bestimmte Schlüsselbegriffe zu verwenden, kann nur unterstützt werden. Köhnken legt aus seiner Sicht noch einmal dar, was bei der Erstellung eines forensischen Gutachtens zu beachten ist:

- Generierung von Hypothesen,
- Auswahl diagnostischer Verfahren,
- Entwicklung und Umsetzung eines Untersuchungsplans,
- Befunderhebung,
- Auswertung der Anknüpfungstatsachen,
- diagnostische Bewertung der einzelnen Erkenntnisquellen,
- Integration der Befund- und Anknüpfungstatsachen zu einer Antwort auf die Gutachtenfrage.

Er räumt (nochmals) mit der Relevanz scheinbar objektiver körperlicher Symptome oder Verhaltensauffälligkeiten ebenso auf wie mit dem Spielverhalten und den Kinderzeichnungen. Überzeugend setzt er sich dann mit den Ansichten einiger Traumatologen auseinander, die die Aussageanalyse bei schwer traumatisierten Probanden in Frage stellen wollen. Er legt den Zirkelschluss offen, wenn gefordert wird, bei der aussageanalytischen Begutachtung sei von der Prämisse einer Traumatisierung durch das Delikt auszugehen. Ob eine Traumatisierung vorliegt, kann aber gerade erst aufgrund der Begutachtung beurteilt werden. Köhnken nennt die Forderung nach einer Prämisse eine «perfekte Immunisierung» der zu prüfenden Hypothesen: Können in der Aussage eine ausreichende Zahl qualitativ hochwertiger Realkennzeichen gefunden werden, spricht dies gegen die Hypothese einer Konfabulation und damit für eine Erlebnisgrundlage; ist die Aussage nur bruchstückhaft und wenig detailliert, spricht dies für eine Traumatisierung und deshalb ebenfalls für eine Erlebnisgrundlage. Köhnken relativiert zu Recht auch die Bedeutung der Motivanalyse mit den Sätzen: Fehlende Kompetenz für eine erlebnisfundierte Aussage kann ebenso wenig durch hohe Motivation ausgeglichen werden, wie fehlende Belastungsmotive einen Mangel an Realkennzeichen kompensieren können. Sein Fallbeispiel, mit dem er die unkritische Generierung und Verwendung des relevanten Aussagematerials darstellt, ist auch heute noch häufig Gegenstand von Strafurteilen. Auch der mechanistischen Anwendung sowie der fehlerhaften Bewertung der festgestellten Realkennzeichen erteilt er noch einmal die gebotene Absage. Köhnkens Aufsatz gehört an jeden Arbeitsplatz sowohl der Gutachter als auch der Staatsanwälte und Richter.

IV. Über die nicht gelösten Probleme in Deutschland

Über zwei Problemfelder ist zu berichten, die verfahrensrechtlicher Natur sind und die in den ohnehin oft sehr streitigen Strafverfahren wegen Verstosses gegen die sexuelle Selbstbestimmung unnötig belasten. Hier benötigen wir in Deutschland aber vielleicht die Unterstützung aus der Schweiz.

A. Was nützt ein fachlich unangreifbares Gutachten, wenn es doch aus verfahrenstaktischen Gründen von der Verteidigung angegriffen werden muss, weil der Verteidigung ansonsten keine wirksamen Mittel dagegen zur Verfügung stehen? Der Vorwurf der fehlenden Waffengleichheit wird von den Strafverteidigern nicht zu Unrecht erhoben.

1. Das Kachelmann-Verfahren vor dem Landgericht Mannheim hat es wieder einmal an den Tag gebracht. Die Staatsanwaltschaft stand nach der schon spektakulären Festnahme des bekannten Wettermoderators wegen der angeordneten Untersuchungshaft unter Zeitdruck und beauftragte möglicherweise ohne Beteiligung des Gerichts und erst recht nicht der Verteidigung die Sachverständige Prof. Luise Greuel. Wahrlich keine schlechte Wahl. Ohne das Vorliegen des schriftlichen Gutachtens abzuwarten, wurde die Anklageschrift erstellt und dem Gericht zugeleitet. Der Streit in der Hauptverhandlung über die fehlende Beteiligung der Verteidigung bei der Auswahl der Gutachterin war vorprogrammiert und zwar auf zweierlei Wegen.

Der erste, später abgelöste Verteidiger gab ein methodenkritisches Gutachten über das Gutachten von Greuel in Auftrag. Dadurch entstand – und das gibt es eben nicht nur im Kachelmann-Prozess – die groteske Situation, dass ausgerechnet Köhnken eine methodenkritische Stellungnahme über das Gutachten von Greuel abgegeben muss. Beide haben zu methodenkritischen Gutachten sicher die richtige Einstellung. Köhnken schreibt in seinem bereits zitierten Aufsatz:

«Wenn man Kritik nicht als persönlichen Angriff, sondern als Lernhilfe betrachtet, vermittelt sie wertvolle Hinweise auf Schwachstellen in den eigenen Gutachten und gibt Anregungen für zukünftige Verbesserungen in der Arbeitsweise und/oder in der Vermittlung der Gutachten.»¹⁵

Das Ergebnis der Stellungnahme Prof. Köhnkens kann nicht zweifelhaft sein.

Nach der Ablösung des ersten Verteidigers sah sich der zweite, aggressiver agierende Verteidiger des Angeklagten genötigt, einen Ablehnungsantrag gegen Prof. Greuel aus Bremen zu stellen. Sie sei befangen, weil sie den Gutachtenauftrag von der Staatsanwaltschaft überhaupt angenommen habe. Sie sei aber auch deshalb befangen, weil sie es zu Lasten des Angeklagten bei ihrer «ansons-

15 DECKERS/KÖHNKEN (Fn. 14), S. 37.

ten nahezu rechtsprechungskonformer Aussageanalyse» als viktimologisch gesichert angesehen habe, Vergewaltigungsopfer seien regelmässig durch die Tat massiv traumatisiert. Das möge zwar zutreffen, aber die Gutachterin habe sich für ihre These nicht auf forensisch erfahrene Psychiater gestützt, sondern folge schon seit ihrer Doktorarbeit zu Unrecht «Publikationen des sektiererischen Teils der Frauenbewegung» und einem «von radikalfeministischen Autorinnen ersonnenen, nur in einschlägigen Kreisen anerkannten Phänomen»¹⁶. Sie sei selbst dann befangen, wenn ihr bisheriges schriftliches Gutachten für den Angeklagten eher günstig ausgefallen sei.

Man fragt sich, was ein derart aufgeblähtes und konfrontatives Verfahren soll? Das Verfahren wird belastet mit Nebenkriegsschauplätzen, die Kompetenz der Gutachter wird öffentlich in Frage gestellt. Wer trägt die immensen Kosten, da der methodenkritische Gutachter ja nicht vom Gericht bestellt worden ist? Mit Anwürfen wie diesen geht es in den oft sehr Streitig und vor den Augen der Öffentlichkeit geführten Missbrauchs- oder Vergewaltigungsprozessen um nichts anderes als um die Sicherung von Vorteilen im Strafprozess. In Vergewaltigungsprozessen oder in Fällen sexuellen Missbrauchs mit prominenter Beteiligung, die heute durch den Boulevard trefflich vermarktet werden können, stehen nunmehr auch die Gutachten und die Gutachter im Mittelpunkt öffentlich geführter Auseinandersetzungen. Prominente und weniger erfahrene Reporterinnen und Reporter wetteifern um die Meinungshoheit. Ein wahrer Medienkrieg findet statt. Über den Ausgang des Strafprozesses, in dem es eigentlich «nur» um einen einfachen Vorwurf einer möglichen oder falsch behaupteten Vergewaltigung geht, soll hier nicht weiter spekuliert werden. Es stehen nicht nur der prominente Angeklagte und sein mögliches oder vermeintliches Opfer im Fokus. Auch die Prominenz der Rechtspsychologie, der Rechtsmedizin, der Psychiatrie, der Traumatologie finden sich mit einem Mal im öffentlichen Medienrummel wieder.¹⁷

2. Tatsächlich geht es rechtspolitisch um mehr. Es geht auch um die bisher nicht geklärten Grundsatzfragen von Waffengleichheit bei der Auswahl und Bestellung von Gutachtern durch die Staatsanwaltschaften oder das Gericht. Die Verteidiger, die an der Auswahl und Bestellung von Gutachtern nicht beteiligt werden, greifen umso mehr zur Einholung von methodenkritischen Gutachten und stellen unberechtigt die Kompetenz der gerichtlichen Gutachter in Frage. Wem dient das?

Dabei hatte der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs schon in seinem Urteil vom 30. Juli 1999 deutlich gemacht, dass es Aufgabe des Staatsanwalts und

16 HOLZHAIDER, SZ vom 16.12.2010, S. 3.

17 Inzwischen ist Herr Kachelmann in erster Instanz freigesprochen worden. Staatsanwaltschaft und Nebenklage haben aber Revision zum 1. Strafsenat eingelegt.

des Tatrichters ist, schon bei der Auswahl und der Bestellung von Gutachtern die besondere Sachkunde sicherzustellen. Klaus Detter, früher Mitglied im 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte unter Hinweis auf Wilfried Rasch die Auswahl des – psychologischen oder des psychiatrischen – Gutachters zu den «heissesten Problemen der ganzen Gutachtenerstattung» gezählt. Der vom Senat wegen der Herstellung von Waffengleichheit mehrfach angemahnte Reformbedarf ist leider auf der Strecke geblieben. Im Vorverfahren zieht die Staatsanwaltschaft nach § 161a Abs. 1 Satz 1 StPO einen Sachverständigen zu. Der Staatsanwalt hat nach der für ihn verbindlichen Nr. 70 Abs. 1 RiStBV dem Verteidiger Gelegenheit zu geben, «vor Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen». Im Zwischenverfahren erfolgt nach § 73 Abs. 1 Nr. 1 StPO «die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl durch den Richter». § 73 StPO wird durch Nr. 70 Abs. 1 RiStBV ergänzt. Dort ist festgelegt, dass der Richter, falls er die Zuziehung zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts für unentbehrlich hält, dem Verteidiger vor der Auswahl Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, es sei denn, es handelt sich um einen häufig wiederkehrenden, tatsächlich gleichartigen Sachverhalt (z.B. Blutalkoholgutachten) oder eine Gefährdung des Untersuchungszweckes oder eine Verzögerung des Verfahrens ist zu besorgen.

Nur keiner hält sich daran. Die Praxis hat dieses Regel-Ausnahmeverhältnis umgekehrt. Überwiegend zieht die Staatsanwaltschaft den Sachverständigen hinzu, weil ohne Absicherung kaum eine Anklage zu erheben wäre. Diese wählt verständlicherweise überwiegend solche Sachverständige aus, die sie kennt und von denen sie eine aus ihrer Sicht «sachgerechte» Beurteilung erwarten kann. Der in der Hauptverhandlung tätige Sachverständige wird damit häufig von der Staatsanwaltschaft «vorbestimmt». Die Verteidigung selbst hat nur wenige Möglichkeiten, auf die Auswahl des Sachverständigen Einfluss zu nehmen. Das Beteiligungsrecht nach Nr. 70 Nr. 1 RiStBV wird ignoriert.

Der im Vorverfahren zugezogene Sachverständige bleibt in aller Regel einziger Sachverständiger, der Strafrichter wird nur sehr selten einen anderen oder einen zusätzlichen Gutachter auswählen, obwohl er nach § 73 StPO an die Auswahl durch den Staatsanwalt nicht gebunden ist. Diese Form der Auswahl führt häufig zu Auseinandersetzungen in der Hauptverhandlung.

Der 1. Strafsenat hat in einer weiteren Entscheidung vom 12. Februar 1998 die Beteiligung des Tatrichters und des Verteidigers nochmals auf der Einhaltung des sich aus Nr. 70 Abs. 1 RiStBV ergebenden Auftrags bestanden. Dieses konsensuale Vorgehen in einem frühen Verfahrensstadium ist allerdings – so die Klage der Verteidiger – auch nach dem Urteil vom 30. Juli 1999 weitgehend unbeachtet geblieben. Der Streit um den «richtigen» Gutachter werde nach wie vor in die Hauptverhandlung getragen. In einem weiteren Fall der Einholung eines zweiten Gutachtens zur Beurteilung der Schuldfähigkeit eines Angeklagten hat der Senat dieses konsensuale Vorgehen ausdrücklich unterstrichen und

in der Nichteinhaltung einen Verstoss gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gesehen.¹⁸

Soll durch das Ausschöpfen aller Erkenntnismöglichkeiten über die Qualifizierung des Sachverständigen und der Sicherung der besonderen Sachkunde Ernst gemacht werden und gilt es die verfahrensverzögernden Streitigkeiten über die Qualität des schriftlichen Gutachtens aus der Hauptverhandlung herauszuhalten, muss die Staatsanwaltschaft gesetzlich verpflichtet werden – nach dem Vorbild der Pflichtverteidigerbestellung nach § 141 Abs. 3 und 4 StPO –, die Verteidigung zur Auswahl des Sachverständigen anzuhören und die Bestellung des Sachverständigen beim Vorsitzenden des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist, zu beantragen.

B. Hinsichtlich des zweiten verfahrensrechtlichen Problemfeldes bedarf Deutschland wohl ebenfalls der Unterstützung durch überzeugende Rechtsprechung aus der Schweiz.

Trotz der durch das Zeugenschutzgesetz von 1998 eingeführten Möglichkeiten einer Videoaufzeichnung einer Vernehmung (§ 58a StPO) und deren Vorführung in der Hauptverhandlung (§ 255a StPO) sowie der Möglichkeiten der Videokonferenz in der Hauptverhandlung (§ 247a StPO) offenbaren die oben dargestellten Fälle, dass es erhebliche Defizite bei der Tatsachenfeststellung im Ermittlungsverfahren gibt. Nach überzeugenden Ausführungen von psychologischen Fachleuten wie Renate Volbert muss eine Verbesserung der Vernehmungstechnik und der frühen Dokumentation von Zeugenaussagen zu einer Reduzierung der psychischen Belastung der kindlichen Opferzeugen führen. Insbesondere Strafprozessrechtler und Strafverteidiger haben aber im Gesetzgebungsverfahren zum Opferschutzgesetz vom 30. April 1998 Befürchtungen geäussert, jede noch so gut gemeinte Änderung der Rechtsposition des Zeugen bewirke «eine weitere Zerstörung der ohnehin schon aus dem Gleichgewicht geratenen Kräftebalance in der Hauptverhandlung»¹⁹. Diesen Auffassungen hat der Gesetzgeber zu viel Gewicht beigemessen. Es ist in Vergessenheit geraten, dass Kinder als Opfer von sexuellen Missbrauchstaten eine besondere schützenswerte Gruppe von Zeugen sind. Kindliche Zeugen dürfen eben nicht mit den gleichen Massstäben wie erwachsene, gefährdete oder gesperrte Zeugen behandelt werden. Bei Kindern handelt es sich um ein Beweismittel *sui generis*, die eigentlich ein eigenes, im Wesentlichen nach psychologischen Massstäben ausgerichtetes Beweisrecht verdient hätten.²⁰ Der Staat zieht das Kind in einem in

18 BGH, Beschl. vom 10.9.2002 – 1 StR 169/02 –, NStZ 2003, S. 99.

19 SCHÜNEMANN, Der deutsche Strafprozess im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materielle Wahrheit, StV 1998, S. 391, 395.

20 So schon NELLES in der Anhörung der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag am 10.6.1996 (Dokumente 1/97), S. 27.

der Regel höchst streitigen Strafverfahren als Beweismittel heran und wendet trotz der Schutzvorschrift des § 241a StPO und der Vermittlung des Fragerechts allein durch den Vorsitzenden²¹ im Wesentlichen die gleichen Regeln an, die für Erwachsene gelten.

Neuere Berichte aus der Praxis lassen nur den Schluss zu, dass sich die Atmosphäre in diesen Prozessen nicht wesentlich entspannt hat. Psychologen, die solche Prozesse beobachten, beklagen, Kinder würden nach wie vor nicht allein durch die Straftat, sondern auch durch lange andauernde, streitige Verfahren nachhaltig traumatisiert. Es ist zu befürchten, dass es trotz der neuen Vorschriften nicht gelungen ist, zum Schutze der Kinder der Videotechnik vom Beginn des Ermittlungsverfahrens bis zum Ende des Strafverfahrens zur konsequenten Anwendung in der Praxis zu verhelfen.

Denn mit der Einführung der als die Kinder schonenden Videovernehmungen hat sich die Zahl der Vernehmungsmodalitäten nur erhöht, aber auch komplizierter gemacht. Der speziell zum Schutz von Opferzeugen eingeführte § 58a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO war als Signal für die Praxis gedacht, den Belangen der besonders schützenswerten kindlichen Zeugen bereits im Ermittlungsverfahren Rechnung zu tragen.²² Aber der Gesetzgeber hat den § 255a StPO nur als «Kann»-Vorschrift ausgestaltet und dem Tatrichter ein weites Ermessen eingeräumt, ob er in der Hauptverhandlung die Vernehmung des Kindes durch die Vorführung der Bild- und Tonaufzeichnung ersetzen will. Der kindliche Zeuge selbst hat nicht einmal einen eigenen Anspruch darauf, dass seine persönliche Vernehmung durch die Videovernehmung ersetzt wird, selbst wenn alle Voraussetzungen des § 255a StPO erfüllt sind. Nach § 255a Abs. 1 StPO dürfen nichtrichterliche Videovernehmungen nur dann in der Hauptverhandlung vorgespielt werden, wenn die ohnehin engen Voraussetzungen über die Einführung einer Vernehmungsniederschrift nach den §§ 251, 252, 253, 255 StPO vorliegen. Nur eine Videovernehmung in Form einer richterlichen Vernehmung kann laut § 255a Abs. 2 StPO die persönliche Vernehmung eines Opferzeugen ersetzen, «wenn der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser mitzuwirken. Von dieser Möglichkeit wird in Deutschland aber viel zu selten Gebrauch gemacht.

Das liegt insbesondere daran, dass zwar die Polizeibehörden im Gegensatz zur Justiz sehr intensive Trainingsprogramme zur Vernehmungstechnik entwickelt haben und qualitativ gute Vernehmungen durchführen. Prozessrechtlich können diese Videos aber nur «ergänzend» zur Beweisführung herangezogen werden, wenn sich die Verfahrensbeteiligten mit der Vorführung einverstanden erklären. Aus «grundsätzlichen Erwägungen» bedarf es aber zur Ersetzung der

21 Hinweise enthält die «Handreichung für die Bearbeitung von Strafverfahren wegen sexueller Straftaten an Kindern», hrsg. vom Justizministerium Baden-Württemberg.

22 BTDrucks 13/7165, S. 7.

persönlichen Vernehmung der Opferzeugen einer durch einen Ermittlungsrichter durchgeführten qualifizierten Vernehmung. Warum bloss? Haben wir doch genügend qualitativ nicht angreifbare Vernehmungen durch geschulte Polizeibeamte, die genauso sicherstellen können, dass alle notwendigen Verfahrensbeteiligten bei der frühen ersten Vernehmung anwesend sind. Mir kann bis heute niemand erklären, warum die besonders schützenswerte Position der Opferzeugen derart brach liegt.

Wann wird dieser Widerspruch endlich beseitigt? Eine transnationale Aufgabe für das letzte Jahr im Amt von Hans Wiprächtiger!

Vom Bauchgefühl über die Glaubwürdigkeit der Person zur Glaubhaftigkeit der Aussage – der beschwerliche Weg der Aussagepsychologie in den Gerichtssaal

VON VOLKER DITTMANN

Kein Zeuge ist besser als die eigenen Augen.

Äthiopisches Sprichwort

I. Einleitung

Der Gefahren einer falschen Zeugenaussage war man sich in der Rechtsgeschichte immer bewusst. Dies führte dazu, dass über Jahrhunderte gewisse Personengruppen wie zum Beispiel Frauen, Kinder oder Unfreie gar nicht als Zeugen zugelassen wurden. Durch prozessuale Massnahmen wie den Zeugeneid, meist unter Berufung auf eine höhere religiöse Instanz, aber auch durch drastische Strafen bei nachgewiesenem falschen Eid, versuchte man sich abzusichern und die Zeugen zu wahren Aussagen zu motivieren, wenn nicht gar zu zwingen.

Etlichen Psychologen war es bereits zu Beginn der moderneren Psychologie ein Anliegen, das Aussageverhalten von Menschen mit wissenschaftlichen Mitteln zu analysieren. Hervorzuheben sind Alfred Binet und vor allem William Stern. Diese Autoren führten zahlreiche Experimente durch, ihre unter Laborbedingungen gewonnenen Erkenntnisse waren aber nur bedingt auf die Realität eines Gerichtsverfahrens übertragbar und nur wenige der damaligen Lehrmeinungen haben sich später bestätigt.¹

Etwas ab Mitte des letzten Jahrhunderts entwickelte sich einhergehend mit immer grösserer Nachfrage der Gerichte nach entsprechenden Gutachten die modernere Aussagepsychologie, wobei bei durchaus unterschiedlichen Schulen und Forschungsrichtungen immer noch keine einheitliche Linie oder sogar anerkannte Standards erkennbar waren.²

Dies spiegelte sich auch in der Gerichtspraxis wider, es herrschte eine Vielfalt, um nicht zu sagen ein Wildwuchs, von Methoden. Bei etlichen dieser Verfahren wäre bei genauerer Betrachtung und Kenntnis des Forschungsstandes eigentlich auch für juristische Auftraggeber erkennbar gewesen, dass die wissenschaftlichen Grundlagen nicht gegeben waren, es sich vielfach um per-

1 Übersicht bei ARNTZEN, *Psychologie der Zeugenaussage*, 3. Aufl., München 1993, S. 3 ff.

2 ARNTZEN (Fn. 1).

sönliche Meinungen handelte, die auf angeblicher «Erfahrung», nicht jedoch auf einem soliden wissenschaftlichen Fundament beruhten. Nur so ist es zu erklären, dass es bis zum Ende des letzten Jahrhunderts – nicht nur in Deutschland – immer wieder zu wahren Justizkatastrophen kam.

«*Blind die Blinden angeführt*» betitelten Gisela Friedrichsen und Gerhard Mauz ihren Bericht über den zweiten Montessori-Prozess.³ Sie gehen dabei mit verschiedenen Prozessbeteiligten, insbesondere aber mit psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen, hart ins Gericht. Was war geschehen? In der Stadt Münster in Norddeutschland hatte ein Gericht während mehr als 2½ Jahren an 121 Verhandlungstagen darüber zu befinden, ob ein Erzieher des Montessori-Kindergartens in mehr als 750 Tathandlungen zwischen 1983 und 1991 63 Kinder sexuell missbraucht habe. Dass für die Wahrheitsfindung ein äusserst kontraproduktives Medienklima lange vor Prozessbeginn geschaffen worden war, räumen auch die SPIEGEL-Reporter ein. Das war aber nur eines der zahlreichen Probleme, die im Zusammenhang mit der Glaubhaftigkeit von Kinderaussagen in diesem und leider noch in weiteren Prozessen⁴ deutlich wurden.

Das Verfahren endete mit einem Freispruch für den Angeklagten. Wie war es in Gang gekommen? Die ersten Verdächtigungen hatten sich offenbar daraus ergeben, dass ein vier Jahre alter Junge gegenüber einer Mitarbeiterin einer Gruppe von Frauen, die sich intensiv mit der Aufdeckung sexuellen Missbrauchs beschäftigten, eine Äusserung machte, die gar keinen sexuellen Inhalt erkennen liess. In der Folge entstand dann eine Dynamik zwischen zahlreichen beteiligten Eltern, selbsternannten Aufklärern und natürlich auch den Kindern, die sich im Nachhinein als unentwirrbares Konglomerat mit nicht mehr kontrollierbaren suggestiven Einflüssen auf die teils noch sehr jungen Kinder erweisen sollte. Mit dazu beigetragen hat auch der von einer bestimmten kinderpsychiatrischen Schule⁵ geförderte Ansatz einer sog. «Aufdeckungsarbeit», der sich noch in mehreren anderen Gerichtsverfahren als fatal erwiesen hat. Dieser Ansatz geht u. a. davon aus, dass man Kinder zum Beispiel gut dadurch zum Sprechen bringen könne, dass man sie fragt, was eine bestimmte Person getan haben *könnte*. Zudem wurden diese und andere fragwürdige Methoden einem grösseren Personenkreis von Laien als probates Mittel nahe gebracht, in teils nicht gerade preiswerten Wochenendkursen wurden Menschen ohne jede spezifische Fachausbildung zu «Aufdeckern» geschult. Dies fiel bei manchen Persönlichkeiten auf einen allzu fruchtbaren Boden, die sich fortan in geradezu

3 Der SPIEGEL, Heft 22 1995, S. 82–90.

4 Z.B. in den «Wormser Prozessen I-III»; s. STELLER, Aussagepsychologie vor Gericht – Methodik und Probleme von Glaubwürdigkeitsgutachten mit Hinweisen auf die Wormser Missbrauchs-Prozesse, Recht und Psychiatrie 16, 1998, S. 11–18.

5 U.a. FÜRNISS, The multi-professional handbook of child abuse, London 1991.

missionarischer Weise berufen fühlten, auf der Suche nach grossen unaufgedeckten Missbrauchsfällen durch die Lande zu ziehen.

II. Nur ein Paradigmenwechsel oder gar eine Kopernikanische Wende?

A. Ein Meilenstein für die Glaubhaftigkeitsbegutachtung im deutschen Sprachraum

Die Problematik fragwürdiger Sachverständigengutachten war auch dem deutschen Bundesgerichtshof nicht verborgen geblieben. Daher ging er in einem geeigneten Fall neue Wege, die schliesslich zu allgemein akzeptierten Standards in der Glaubhaftigkeitsbegutachtung führten.⁶

Ein Landgericht hatte einen Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes in neun Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine Revision hatte mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Eine vom Landgericht beauftragte Diplom-Psychologin hatte die vierzehnjährige Hauptbelastungszeugin «ausagepsychologisch» begutachtet und war zu dem Ergebnis gelangt, dass die Angaben des Mädchens glaubhaft seien. Ein Antrag des Verteidigers auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens wegen methodischer Mängel des ersten Gutachtens wurde vom Landgericht abgelehnt. Der BGH stellte fest, dass diese Ablehnung nicht ausreichend begründet gewesen sei und hob das erstinstanzliche Urteil auf. Als Novum kann gelten, dass der BGH nun erstmals selbst zwei international renommierte Aussagepsychologen (Prof. Dr. phil. Fiedler und Prof. Dr. phil. Steller) damit beauftragte, Gutachten über den wissenschaftlichen Kenntnisstand der Aussagepsychologie im Allgemeinen und in Bezug auf den konkreten Fall zu erstatten.

In seiner Urteilsbegründung hält der BGH unter anderem *zwei wesentliche Prinzipien* fest:

1. Gegenstand einer aussagepsychologischen Begutachtung sei *nicht* die Frage nach einer *allgemeinen Glaubwürdigkeit des Untersuchten* im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft. Es gehe vielmehr um die Beurteilung, ob auf ein bestimmtes Geschehen bezogene Angaben zuträfen, d.h. einem tatsächlichen Erleben der untersuchten Personen entsprechen.
2. Das methodische Grundprinzip müsse darin bestehen, die *Glaubhaftigkeit der spezifischen Aussage* so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar sei. Der Sachverständige nehme daher bei der Begutachtung zunächst an, die Aussage sei unwahr. Diese *Nullhypothese* dürfe im Rahmen der gutachterlichen Prüfstrategie erst dann verworfen werden, wenn sie mit den erworbenen Fakten nicht mehr

6 BGH 1 StR 618/98, Urteil vom 30.6.1999.

in Übereinstimmung stehe. Erst dann gelte die *Alternativhypothese*, dass es sich um eine wahre Aussage handle.

Das BGH-Urteil enthält weitere wesentliche Hinweise auf das methodische Vorgehen, das seitdem als der im psychologisch-juristischen Diskurs gültige Standard angesehen werden kann, weitere Details siehe unten.

B. Rezeption aussagepsychologischer Standards in der Schweiz

In der Schweiz wurden Glaubhaftigkeitsgutachten bis Anfang der 90er-Jahre des letzten Jahrhunderts eher selten in Auftrag gegeben, es gab auch kaum Psychologen, die mit den modernen Methoden vertraut waren. Einige Kinderpsychiater waren in diesem Bereich tätig, sie waren aber ähnlich wie in Deutschland therapie- und opferorientiert und wendeten modernere Methoden überwiegend nicht an.

Auch in unserem Land kamen wesentliche Impulse zu einer Erneuerung von der Justiz. Die Schweizerischen Richter hatten erkannt, dass hier entscheidende Fortschritte notwendig waren. 1994 machte die Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richterinnen und Richter die Glaubhaftigkeitsbeurteilung erstmals zu einem Seminarthema.⁷ Die Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie thematisierte die Problematik an ihrer Jahrestagung 1998 in Interlaken.⁸ Auf dem Gebiet der Aussagepsychologie tätige forensische Psychiater und Psychologen erhielten Gelegenheit, den aktuellen Stand auch in Schweizerischen juristischen Fachzeitschriften darzustellen.⁹

Damit war jedoch eine flächendeckende Anwendung dieser Prinzipien noch keineswegs gewährleistet. Ohne Berücksichtigung geltender Standards angefertigte Glaubhaftigkeitsgutachten gaben in der Folge auch dem Schweizerischen Bundesgericht Gelegenheit, sich erstmals umfassend zur Methodik zu äussern.¹⁰ In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht unter Berufung auf die neueste Fachliteratur unter anderem fest, dass neben der Überprüfung von Motivationslage und kognitiven Fähigkeiten kindlicher Zeugen in erster Linie die Hypothese zu überprüfen sei, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung der Umstände, der intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motiv-

7 DITTMANN, Gesprächstechnik und Bewertung der Glaubhaftigkeit von Aussagen aus forensisch-psychologischer und forensisch-psychiatrischer Sicht. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richterinnen und Richter, Bern 1994.

8 DITTMANN, Die Begutachtung der Glaubhaftigkeit bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch aus psychologisch-psychiatrischer Sicht, in: Bauhofer et al. Jugend und Strafrecht, Reihe Kriminologie, Bd. 16, Chur 1998, S. 238–253.

9 DITTMANN, Zur Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, plädoyer 1997, Heft 2, S. 28–37; KLING, Das fachgerechte Glaubhaftigkeits-Gutachten, AJP/PJA 2003, S. 1116–1119; STELLER/WELLSHAUS/WOLF, Zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung von Kindern als Opfern von Sexualdelikten, plädoyer 1992, Heft 5, S. 37 ff.

10 BGer, KassH, 20. Dezember 2001, 6P.36/2001.

lage solche Angaben auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte. Betont wird, dass ein hypothesengeleitetes Vorgehen durch Inhaltsanalyse und Bewertung der Entstehungsgeschichte der Aussage sowie des Aussageverhaltens erforderlich sei. Grundsätzlich sei bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung immer davon auszugehen, dass die Aussage auch nicht realitätsbegründet sein könne. Wiprächtiger hat die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur aussagepsychologischen Begutachtung kürzlich umfassend dargestellt.¹¹

III. Kurzer Abriss der psychologischen Grundlagen

A. Der Wahrnehmungsprozess und seine Analyse

Die zwischenmenschliche Kommunikation selbst über scheinbar einfache Ereignisse ist bei näherer Betrachtung von grosser Komplexität. Aufgrund eigenen Erlebens der Realitätsgewissheit, in der die meisten von uns sich (hoffentlich) während des Wachzustandes überwiegend befinden, nehmen wir nicht wahr, welche komplizierten Prozesse bei der Wahrnehmung und Wiedergabe von Ereignissen in Wirklichkeit ablaufen. Die Schule des radikalen Konstruktivismus geht davon aus, dass die Welt vom Wahrnehmenden nicht «gespiegelt» abgebildet wird, sondern dass unsere Vorstellung von der Welt eine vom Gehirn konstruierte Fiktion ist. Selbst wenn man nicht so weit gehen will steht aber fest: «Die Welt entsteht im Kopf!» Es dürfte zwischen Psychowissenschaftlern und Juristen weitgehend Einigkeit darüber herrschen, dass wir uns im Ermittlungs- und Gerichtsverfahren der «Wahrheit», also der völlig realitätsgerechten Wiedergabe von Erlebnissen und Ereignissen, häufig nur annähern können. Bei diesem Annäherungsprozess können aber Psychologie und Psychiatrie der Jurisprudenz durchaus einige Hilfsmittel anbieten.

Von einem Ereignis gehen meist verschiedene optische, akustische und schliesslich auch geruchliche Erscheinungen aus, die ein Zeuge vermittelt seiner Sinnesorgane wahrgenommen hat. Diese Wahrnehmung wurde in seinem Gedächtnis gespeichert und nach mehr oder minder langer Zeit bei der ersten Einvernahme wiedergegeben. Bei der Wiedergabe folgt ein weiterer Wahrnehmungsprozess, nämlich die Rezeption durch die einvernehmende Person, die daraus ein Protokoll fertigt, welches nun wiederum im weiteren Verfahrensablauf von den verschiedenen Beteiligten erneut wahrgenommen, d.h. gelesen wird, woraus fast automatisch beim Leser ein «Bild» von dem Vorgang konstruiert wird.

Man erkennt unschwer, dass bei den vielfältigen Prozessen Störungsmöglichkeiten gegeben sind, die schliesslich beim letzten Adressaten zu einem Bild führen können, das mit der «Realität» kaum noch etwas gemein hat.

11 WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, forumpoenale, Heft 1 2010, S. 40–45.

Die aktuellen psychischen Prozesse, die in uns allen ablaufen, dienen einerseits dazu, die momentane Umweltsituation aufzunehmen, sie zu verarbeiten und andererseits im Wesentlichen als Vorbereitung darauf, auf unsere Umwelt einzuwirken, sich in ihr zu verhalten.

Aus der nahezu unendlichen Vielzahl von Reizen, die uns ständig überfluten, muss eine Auswahl getroffen werden, weil sonst die Verarbeitungsprozesse in unserem Gehirn buchstäblich zusammenbrechen würden. Die kollektiven und in unserem Erbgut gespeicherten Erfahrungen, die dabei im Laufe von Milliarden von Jahren der Evolution des Lebens auf der Erde gemacht worden sind, haben dazu geführt, dass den Wahrnehmungserlebnissen, die für uns überlebenswichtig sind, Priorität eingeräumt wird. In zweiter Linie wird unser *WahrnehmungsfILTER* vielfach durch individuelle Motivation und Emotionen beeinflusst. Die nur in Form eines individuellen Ausschnitts der gesamten Realität mögliche *selektive Wahrnehmung* wird sodann durch unser Gehirn organisiert, wobei persönliche Erfahrung, angenehme oder unangenehme Erlebnisse in ähnlichen Situationen, Wünsche, Einstellungen und anderes mitwirken. Wichtig zu wissen ist dabei, dass ein Grossteil dieser Prozesse unbewusst abläuft. In juristischer Sichtweise bedeutet dies, dass derart aufgrund persönlicher Erfahrungen *«umgeformte»* und auch entsprechend *«verzerrt» wiedergegebene*, z.T. in offensichtlichem Widerspruch zur Realität stehende *Wahrnehmungserlebnisse keine bewussten Lügen* sind. Aufgrund persönlicher Erfahrungen und der individuellen Formation des Gehirns handelt es sich um die *subjektive Wahrheit des Betreffenden*. Selbstverständlich betreffen diese Vorgänge nicht alle Wahrnehmungserlebnisse in gleichem Ausmass. Besonders störungsanfällig sind unerwartete, rasch ablaufende, bedrohlich wirkende, komplexe Ereignisse, während länger sich hinziehende Geschehensabläufe in der Regel, zumindest was ihren Kerngehalt angeht, besser wahrgenommen werden können.

Wie sehr unsere Wahrnehmung von der persönlichen Erwartung und Erfahrung beeinträchtigt wird, wie stark unser Gehirn dazu neigt, Ganzheiten und Gestalten zu konstruieren, ist den meisten durch eigene Erfahrungen mit Bildern, die sog. optische Täuschungen und scheinbare Konturen erhalten, bekannt, so z.B. die in ihrer wechselnden Dimensionalität überraschenden und letztlich unauflösbaren Bilder des Malers Escher, die Beispiele von reversiblen, sog. Kippfiguren (Vase oder zwei Gesichter) oder ähnliches mehr. Auch bei Wahrnehmungen von Ereignissen besteht die starke *Tendenz, das Erlebte in Richtung des Erwarteten zu ergänzen*.

Bei der Bewertung von Aussagen aus forensisch-psychologischer Sicht ist es hilfreich, die einzelnen Schritte des zu beurteilenden Wahrnehmungsprozesses systematisch zu analysieren. Dazu ist es erforderlich, ein möglichst *genaues Bild von der Wahrnehmungssituation eines Berichtenden zu erhalten*:

- Wie war seine *raum-zeitliche Position im gesamten Geschehensablauf*?
- *Wieviel Zeit* stand zur Verfügung?

- Wie waren die objektiven *Sicht- und Hörverhältnisse*?
- Was konnte der Betreffende *physikalisch* überhaupt wahrnehmen?
- Sind seine *Sinnesorgane intakt* (Fehlsichtigkeit, Brille, Hörgerät)?
- Lag bei dem Wahrnehmenden ein normalpsychologisch verständlicher, *besonderer emotionaler Zustand* wie Angst oder freudige Erregung vor, der seine Wahrnehmung beeinflusst haben könnte?
- Welche *Bedeutung* hatte das Wahrgenommene *für den Zeugen*? War es ein alltägliches Erlebnis? Stammte es aus einem Bereich, in dem der Betreffende über besondere Erfahrungen verfügt (z.B. KFZ-Mechaniker berichtet über Beschädigung am Fahrzeug, als Zeuge zufällig anwesender Arzt schildert Verletzungen)?
- War der Betreffende *allein* oder gibt es *weitere Beobachter*? Fand vorher ein Austausch über die Wahrnehmungen statt? Bei vielen primär unsicheren Zeugen besteht die Tendenz, sich der «allgemeinen Auffassung» anzuschliessen.
- War die *Wahrnehmung pathologisch gestört*?

Die letzte Frage berührt nun das Gebiet der forensischen Psychopathologie. Es gibt eine Reihe von *psychischen Störungen* und Erkrankungen, die sich unmittelbar auf die Wahrnehmung auswirken und die nicht immer für den Laien sofort erkennbar sind. In diesen Fällen ist es sicher unabdingbar, dass Juristen sich von aussagepsychologisch erfahrenen Psychiatern beraten lassen.¹²

B. Funktionsweise, Möglichkeiten und Grenzen des menschlichen Gedächtnisses

Die Wahrnehmungen, die wir machen, werden nicht in einer Art «dreidimensionalem Farb-Geruchs-Stereotonfilm» detailgenau, objektiv und vollständig gespeichert. Das Gedächtnis ist eine aktive und komplexe psychische Funktion, am besten zu veranschaulichen durch ein *Speichermodell* mit mehreren Stufen. Aus der schon dargestellten Vielfalt der Wahrnehmungsphänomene, die im *Ultrakurzgedächtnis* für wenige Sekunden gespeichert werden, gelangt nach Selektion nur ein kleiner Teil ins sog. *Frischgedächtnis*, das einige Minuten dauert, und wiederum nur ein geringer Teil des so Festgehaltenen geht in das *Alt- oder Langzeitgedächtnis* über. Auch hierbei spielen die bereits bei der Wahrnehmung diskutierten Phänomene eine grosse Rolle. Wiederum zahlreiche, zum grossen Teil unbewusste Vorgänge, führen dazu, dass das im Gedächtnis Festgehaltene in mehr oder minder starkem Umfang von der Realität abweicht

12 Ausführliche Darstellung der psychologischen Grundlagen u.a. bei: L. GREUEL et al. (Hrsg.) *Psychologie der Zeugenaussage*, Weinheim, 1997; G. KÖHNKEN, *Glaubwürdigkeit. Untersuchung zu einem psychologischen Konstrukt*, München, 1990, in: Kröber/Steller (Hrsg.) *Psychologische Begutachtung im Strafverfahren*, Darmstadt, 2000.

bzw. sie nur unvollständig wiedergibt. Hinzu kommt, dass ein grösserer Teil der Gedächtnisinhalte für uns nicht jederzeit präsent abrufbar ist und sich in einem *unbewussten*, uns nur bedingt zugänglichen Bereich, befindet. Auch die Gedächtnisinhalte erfahren eine bestimmte *Organisation*. Das in juristischem Zusammenhang Bemerkenswerte ist nun, dass auch im Bereich des Langzeitgedächtnisses die *Inhalte keineswegs* ein für allemal *unveränderlich gespeichert* sind, sondern jedes neue Hervorrufen, jedes neue ähnliche Erlebnis und viele andere Einflüsse führen zu Interaktionen, so dass ein getrenntes Abrufen von Einzelereignissen häufig nicht mehr möglich ist, wobei der Betreffende durchaus die subjektive Gewissheit haben kann, ein Erlebnis korrekt wiederzugeben. Diese Phänomene sind besonders zu beachten, wenn es im Verlaufe von zeitlich gestaffelten mehrfachen Aussagen mit zahlreichen sog. Sekundäreinflüssen (Befragung, Einflüsse von anderen Zeugen, Verteidigung, Angehörigen etc.) zu divergierenden Versionen kommt.

Es ist ein bekanntes Phänomen, dass im Verlaufe einer *gedanklichen Auseinandersetzung* mit primär unvollständig oder unpräzise Wahrgenommenem das Erlebte für den Erinnernden *zunehmend* an (scheinbarer) *Prägnanz* gewinnt. Unser Gehirn ist dann, besonders wenn zwischen Ereignis und Aussage ein längerer Zeitraum mit vielfachen Sekundäreinflüssen liegt, nicht mehr in der Lage, zwischen wirklich Erlebtem und nur Erfahrenem oder Hinzugedachtem zu unterscheiden. Man kann allgemein von der Grundregel ausgehen, dass eine *Aussage um so realitätsgenauer* ist, *je näher* sie *am wiederzugebenden Ereignis* liegt.

Häufig werden *Kapazität* und *Detailgenauigkeit des menschlichen Gedächtnisses* insbesondere von Juristen *überschätzt*. Zeugen, die sich auch nach längerer Zeit «an alles genau» zu erinnern glauben, sind aus psychologischer Sicht jedenfalls mit grösserer Skepsis zu betrachten, als solche, die Erinnerungslücken offen eingestehen.

Vergessen ist grundsätzlich ein *normaler Vorgang*, dem die meisten Wahrnehmungen in mehr oder minder grossem Ausmass unterliegen. Dies gilt insbesondere für die erste Zeit nach der Wahrnehmung. So ist es beispielsweise durch experimentelle Untersuchungen erwiesen, dass das Wiedererkennen von Gesichtern innerhalb der ersten 48 Stunden nach der Wahrnehmung deutlich besser ist als in der folgenden Zeit.

Es gibt zudem *erhebliche individuelle Gedächtnisunterschiede*, sowohl hinsichtlich der Kapazität als auch der Art des Gedächtnisinhaltes. Es gibt Menschen, deren Gedächtnis mehr akustisch und andere, bei denen es visuell-optisch strukturiert ist, bis hin zu den erstaunlichen aber sehr seltenen Fähigkeiten sogenannter Eidetiker, die sich mit nahezu fotografischer Präzision Vorgänge als abrufbare Bilder einzuprägen vermögen. Oft kann man aus der beruflichen Tätigkeit oder sonstigen besonderen persönlichen, z.B. künst-

lerischen Fähigkeiten, auf die individuelle Strukturierung des Gedächtnisses rückschliessen.

Auch die *Gedächtnisfunktionen* sind bei einer Reihe von *psychischen Störungen* beeinträchtigt. Den teilweisen oder vollständigen, zeitlich begrenzten oder dauernden Gedächtnisverlust bezeichnet man als *Amnesie*. Die anterograde Amnesie ist ein Gedächtnisverlust *nach* einem schädigenden Ereignis, beispielsweise einer *Hirnerschütterung* mit *Bewusstseinsverlust*. Eine retrograde Amnesie umfasst einen Zeitraum *vor* dem schädigenden Ereignis, auch dieser kann bei schweren Hirnschädigungen auftreten. Neben *psychotropen Substanzen*, hier insbesondere Alkohol, Benzodiazepine und andere Beruhigungs- und Betäubungsmittel, führen in erster Linie *hirnorganische Erkrankungen* zur Gedächtnisstörungen. Am weitesten verbreitet sind sie bei den *dementielle Erkrankungen älterer Menschen*, wobei typischerweise bei Beeinträchtigung oder gar vollständiger Aufhebung des Kurzzeitgedächtnisses das Langzeitgedächtnis mit wesentlichen Inhalten zur Biographie oft länger erhalten bleibt. Derartige Gedächtnisstörungen werden häufig von psychiatrischen Laien nicht erkannt, weil diese Menschen oft eine relativ gute äussere Fassade aufweisen und es teilweise gelernt haben, ihre Gedächtnislücken geschickt mit sog. *Konfabulationen*, frei erfundenen Inhalten, auszufüllen. In schwerer Ausprägung sind diese Störungen jedoch auch für den Laien erkennbar, insbesondere wenn bei mehrfacher Befragung stark voneinander abweichende Aussagen gemacht werden. Bei schwer hirnorganisch Beeinträchtigten können extreme Divergenzen innerhalb von Minuten auftreten. Bei *Schizophrenien* und anderen *Wahnkrankheiten* kommen schliesslich Wahnerinnerungen vor, d.h. die Erinnerung wird im Sinne des jeweiligen Wahns geändert und verfälscht.

Die *Beurteilung von angegebenen Amnesien* ist auch für den forensisch-psychiatrischen Experten ein schwieriges Gebiet. Sicher ist es in der täglichen Rechtspraxis häufig, dass Beschuldigte und Zeugen sich bei unangenehmen Fragen gern in die Erinnerungslosigkeit flüchten. Es ist aber retrospektiv sehr schwierig, eine nur vorgegebene Amnesie von einer normalpsychologisch verständlichen und erklärbaren Verdrängung oder einer echten organischen oder intoxicationsbedingten Erinnerungslücke zu unterscheiden. Anlass zur Skepsis sollten jedoch immer solche Erinnerungslücken geben, die wie ausgestanzt nur das eigentliche Tatgeschehen umfassen. Erinnerungslücken durch Einfluss psychotroper Substanzen lassen in der Regel «Gedächtnisinseln» erkennen.

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Ausführungen über die Arbeitsweise des menschlichen Gedächtnisses sind nun in forensischer Hinsicht in Anlehnung an Szewczyk¹³ folgende Faktoren beachtenswert:

13 SZEWCZYK, Psychologie der Aussage, in: Schneider (Hrsg.): Kriminalität und abweichendes Verhalten, Bd. 2, Kindlers Psychologie des 20. Jahrhunderts, Weinheim, 1983, S. 71–186.

- Das *willkürliche Einprägen*, die gerichtete Aufmerksamkeit auf einen bestimmten Sachverhalt fördert das Behalten.
- Ein Geschehen, das in einen *grösseren Zusammenhang* eingebettet ist, wird *besser behalten*.
- Erlebnisse, die für die wahrnehmende Person eine *besondere Relevanz* haben, werden besser behalten.
- Geschehnisse, die der eigenen *Erwartung nicht entsprechen*, werden *schlechter erinnert*.
- Handlungen, die mit *emotionaler Beteiligung* wahrgenommen werden, werden *besser eingepägt*. Solche jedoch, die unter sehr starkem Affekt stattfinden, können bezüglich nebensächlicher Einzelheiten auch schlechter eingepägt werden.
- *Gefühlsindifferente*, gewohnheitsmässige *Verrichtungen des Alltags* werden *weniger gut eingepägt*.
- Ereignisse, die die *Lebenssituation* des Betroffenen *in besonderer Weise beeinträchtigen* oder verändern, wie z.B. aggressive Handlungen oder eine Vergewaltigung werden in der Regel *gut eingepägt*, insbesondere auch die begleitenden Emotionen.
- Eigene *aktive Handlungen* werden *besser* behalten als beobachtetes Verhalten anderer.
- Ein Geschehen, das *mit mehreren Sinnesorganen wahrgenommen* wurde, prägt sich besonders gut ein.
- Der *Sinngehalt* einer Wahrnehmung wird *besser eingepägt als konkrete Einzelheiten*, dies gilt beispielsweise für die Wiedergabe eines Gespräches.
- *Zeit-, Raum- und Entfernungsgrössen* werden *oft schlecht eingepägt*, die Wahrnehmungs-, Merk- und Erinnerungsfähigkeit ist sehr von Erfahrung und Übung abhängig. Besonders kleine Zeiträume werden schlecht und meist überschätzt.
- Wird ein *Geschehen bereits zur Zeit der Tat als bedeutungsvoll* erlebt, so wird es in der Regel gut eingepägt und behalten.
- *Nachträgliche Erinnerungen* sind *mit Vorsicht zu interpretieren*, insbesondere plötzlich auftauchende Erinnerungsteile, deren Entstehungsbedingungen der Betreffende nicht erklären kann. Besonders grosse Skepsis ist angebracht, wenn lediglich der strafrechtlich bedeutsame Teil der Aussage geändert wird.

C. Das Problem der Suggestion

Der Gefahr der Beeinflussung von Zeugen durch bewusste oder unbewusste Suggestion ist man sich in den psychologischen Wissenschaften schon lange bewusst, experimentelle Versuche dazu finden sich bereits in den ersten Dar-

stellungen der schon erwähnten Pioniere Binet und Stern¹⁴. Umso mehr verwundert es daher, wenn man immer noch auf Juristen und leider auch auf Psychologen und Psychiater trifft, die sich über diese Problematik gänzlich uninformiert zeigen. Dabei handelt es sich um eines der *Kernprobleme der gesamten Aussagepsychologie*, weil diese Art der Beeinflussung im rechtlichen Alltag sehr viel häufiger auftritt als die bewusste Lüge. Besonders gilt dies für die Beurteilung von Aussagen über angeblich erlittene Traumata. Wir wissen heute, unter anderem durch die inzwischen berühmten Experimente von Loftus¹⁵, dass es nicht schwer ist, besonders bei Kindern durch suggestive Einflüsse Scheinerinnerungen zu implantieren, die aufgrund der oben dargestellten Mechanismen unseres Gedächtnisses subjektiv für wahr gehalten werden.¹⁶

IV. Folgerungen für die Praxis

Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen ist primär eine richterliche Aufgabe, nur wenn besondere Umstände vorliegen wie Hinweise auf eine psychische Störung der aussagenden Person oder spezielle Umstände bei den Aussagen von Kindern ist die Heranziehung aussagepsychologischer Sachverständiger erforderlich.¹⁷ Juristen sollten sich meines Erachtens dabei mehr Urteilskraft zutrauen und weniger als bisher Verantwortung an Fachleute aus den psychologisch-psychiatrischen Wissenschaften abtreten. Die vorstehend nur sehr gedrängt dargestellten psychologischen Grundlagen, die mittlerweile in zahlreichen angebotenen Weiterbildungsveranstaltungen problemlos erweitert werden können, ermöglichen es auch dem psychologischen Laien, eine Vorauswahl zu treffen und allenfalls rechtzeitig im Vorfeld Verfahren einzustellen, bevor es zu oft jahrelangen und für alle Beteiligten belastenden Erlebnissen kommt. Ergibt nämlich bereits die Vorprüfung, dass in der komplexen Entstehungsgeschichte der Aussage von den möglichen Ereignissen bis zur ersten sachgerechten Dokumentation und Protokollierung wesentliche der oben genannten Störfaktoren vorgelegen haben, wird in der Regel auch das aussagepsychologische Gutachten die Nullhypothese nicht widerlegen können.

Im Zentrum der Analyse steht daher für den juristisch Verantwortlichen zunächst die *Bewertung des vorliegenden Materials*:

- Ist die Person aufgrund ihres Entwicklungsstandes und ihrer psychischen Verfassung überhaupt in der Lage, realitätsgerechte Wahrnehmungen zu

14 BINET, *La Suggestibilité*, Paris, 1900; STERN, *Psychologie der Aussage*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 22, 1902, S. 315–370.

15 U.a. LOFTUS, *Memory for a past that never was*, *Current Directions in Psychological Science*, 6, 1997, S. 60–65.

16 Ausführlicher Überblick bei VOLBERT: *Beurteilung von Aussagen über Traumata. Erinnerungen und ihre psychologische Bewertung*. Bern, 2004

17 Ausf. hierzu WIPRÄCHTIGER (Fn. 11).

machen, diese zuverlässig im Gedächtnis zu speichern und auch wieder abzurufen, d. h. ist sie *aussagetüchtig*?

- Liegen überhaupt ausführliche *Originalaussagen* vor?
- Sind sie sachgerecht und für eine aussagepsychologische Analyse verwertbar *dokumentiert*, d. h. liegt mindestens eine Tonband-, besser eine Videoaufnahme vor und wurde ein exaktes Transkript angefertigt?
- Erfolgte die *Befragung gemäss anerkannten Standards*, d.h. wurde eine primär offene Fragetechnik angewendet, durch die das Risiko von Suggestionen gering gehalten wurde?
- Lässt bereits die Entstehungsgeschichte der Aussage erkennen, dass *suggestive Einflüsse* wahrscheinlich oder gar belegt sind?
- Gibt es andere *Anhaltspunkte für eine mögliche Falschaussage*?
- Lassen sich Hinweise auf eine spezielle *Motivlage* aus der Beziehung der beteiligten Personen ableiten?

Wenn eine oder mehrere dieser Fragen zu bejahen sind, kann nach unseren umfangreichen Erfahrungen ein aussagepsychologisches Gutachten in der Regel auch nicht weiterhelfen, weil dann mangels verwertbaren Materials auch die Analyse der Realkriterien¹⁸ gar nicht durchgeführt werden kann und darf und weil dann die *Kernfrage der Aussagepsychologie*, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung aller persönlichen und äusseren Umstände eine derartige Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte, zu bejahen und damit die Nullhypothese nicht zu widerlegen ist.

Die meisten dieser Überlegungen scheinen trivial und eigentlich selbstverständlich, die alltäglichen Erfahrungen an den wenigen Schweizerischen Forensischen Zentren, die sich mit komplexen aussagepsychologischen Fällen befassen, sind jedoch gänzlich andere. Trotz jahrelanger gemeinsamer Anstrengungen von juristischer und psychologisch-psychiatrischer Seite und zahlreichen Fortbildungsvorträgen, Seminaren und Workshops inklusive praktischer Übungen muss man immer wieder mit Bedauern feststellen, dass vielfach selbst minimales Basiswissen immer noch fehlt oder durch unwissenschaftliche «alltagspsychologische» Ansichten ersetzt wird. Nur so ist es zu erklären, dass immer wieder von vornherein beweismässig aussichtslose Fälle über Jahre und Instanzen weiter geschleppt werden und dann am Ende alle Hoffnungen auf einer aussagepsychologischen Begutachtung ruhen, deren Ergebnis in der Regel nur zur Ernüchterung, wenn nicht gar zur Enttäuschung führen muss.

Der beschwerliche Weg der Aussagepsychologie in die Ermittlungspraxis und in den Gerichtssaal ist daher leider immer noch nicht vollständig zurückgelegt. Es ist meines Erachtens weiterhin unerlässlich, dass die Vertreter aller beteiligten Professionen sich nicht entmutigen lassen und immer wieder

18 STELLER/WELLERSHAUS/WOLF (Fn. 9).

umfassende Weiterbildungsangebote in diesem Bereich anbieten. Unbefriedigende Gutachten unerfahrener oder weiterbildungsresistenter Gutachter sind nur die eine Seite der Medaille, eine mindestens so grosse Verantwortung liegt bei den juristischen Auftraggebern, die so gut ausgebildet sein müssen, dass sie wenigstens die minimalen Standards beherrschen und dadurch in die Lage versetzt werden, qualitativ unzureichende Gutachten zu erkennen und zurückzuweisen.

Von der empirischen Wahrscheinlichkeit zur juristischen Entscheidung – Risikomanagement im forensischen Dialog

VON NORBERT NEDOPIL/SEBASTIAN WITTMANN

I. Einleitung

Entscheidungen im Umgang mit Straftätern und psychisch kranken Rechtsbrechern müssen nahezu immer zugleich erfahrungswissenschaftliche und normativ wertende Aspekte berücksichtigen. Diese Aspekte sind nicht immer in Einklang zu bringen. Es bedarf eines Übersetzungsprozesses und eines Brückenschlags, um empirische Erkenntnisse in Entscheidungsgrundlagen umzusetzen. Um diesen Brückenschlag hat sich Dr. H. Wiprächtiger in vielen Veranstaltungen, in noch mehr persönlichen Gesprächen und insbesondere durch seine hohe kommunikative Kompetenz, von der auch der Autor in grossem Masse profitierte, verdient gemacht. Die interdisziplinäre Kommunikation, aber auch deren Evaluation, ist bei prognostischen Entscheidungen leichter zu bewerkstelligen als bei jenen zur Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit oder zu anderen Fragen, die von Juristen an die humanwissenschaftlichen Sachverständigen gestellt werden. Bei prognostischen Entscheidungen lässt sich nämlich in vielen Fällen die Validität der Vorhersage überprüfen, und es lassen sich empirische Eckdaten ermitteln. Die juristische Bewertung und Umsetzung empirischer Erkenntnisse ist somit der empirischen Nachprüfung zugänglich, während dies bei anderen Entscheidungen, die im juristisch-psychiatrischen Zusammenspiel getroffen werden, weit weniger der Fall ist.

Prognosen sind von ihrer Natur her Wahrscheinlichkeitsaussagen. Sie sind mit einer mehr oder weniger grossen Fehlerquote behaftet. Die Prognoseforschung und die Überprüfung der Richtigkeit abgegebener Prognosen haben in der Vergangenheit die geringe Treffsicherheit von Vorhersagen im forensisch-psychiatrischen Bereich aufgezeigt, die vorwiegend durch die Anhäufung von falsch-positiven Gefährlichkeits- oder Rückfallprognosen bedingt ist.¹ Das

1 BOETTICHER et al., Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten durch psychiatrische und psychologische Sachverständige und Gerichte, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2009, 9; DAHLE, *Psychologische Kriminalprognose*, Herbolzheim 2005; KÜHL/SCHUMANN, *Prognosen im Strafrecht – Probleme der Methodologie und Legitimation*, *Recht und Psychiatrie* 1989, 7, S. 126–148; NEDOPIL, *Das Problem der falsch Positiven: Haben wir unsere prognostische Kompetenz seit 1966 verbessert?*, in: Lösel/Bender/Jehle (Hrsg.), *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, Entwicklungs- und Evaluationsforschung*, Mönchengladbach

Problem der Unsicherheit von Prognosen ist nicht auf die forensische Psychiatrie beschränkt, sondern findet sich in nahezu allen Bereichen, in denen Menschen Entscheidungen treffen müssen. Dennoch wird der überwiegende Teil aller menschlichen Entscheidungen bewusst oder unbewusst von prognostischen Erwägungen beeinflusst. Vermutlich werden gerade deshalb Prognosen und deren Validität von vielen Menschen nicht weiter hinterfragt, sondern eher intuitiv akzeptiert oder abgelehnt, weil man gelernt hat, mit Vorhersagen intuitiv umzugehen. Betrachtet man die Entwicklung der forensischen Prognosemethodik, fällt auf, dass die Prognoseforschung lediglich bei der Versicherungsmathematik Anleihen gemacht, andere wissenschaftliche Bereiche aber weitgehend übersehen hat. Nicht nur in der Medizin und in der Meteorologie, sondern auch in den Wirtschaftswissenschaften und insbesondere in der militärischen Forschung wurden umfangreiche Untersuchungen zu Prognosemethoden und deren Zuverlässigkeit durchgeführt. Das Wissen in einer Fachrichtung ist jedoch in den anderen Disziplinen kaum bekannt und Übertragungen der Methoden von einem Bereich in einen anderen sind selten.

Empirische Untersuchungen – auch zu Prognosen – beziehen sich nahezu immer auf Stichproben, die mehr oder weniger homogen zusammengesetzt sind. Bei den Fragen, wie z.B. Opferwerdung und Schädigungen der Bevölkerung bestmöglich verhindert werden können, wie Kriminalität am besten bekämpft werden kann und welche Methode der Prävention hierfür am ehesten geeignet ist – Fragen, die für die Gesellschaft, für Politik und Justiz, aber auch für die forensische Psychiatrie wichtig sind –, sind Datenerhebungen über bestimmte Gruppen von grosser Bedeutung. Diese Fragen beziehen sich auf Gruppenphänomene und lassen sich aufgrund von Erkenntnissen, die aus der Prognoseforschung gewonnen wurden, weitaus besser beantworten als aufgrund von Intuition und arbiträrer Entscheidung. Die Ergebnisse solcher Datenerhebungen sind auf vergleichbare Stichproben oder Populationen übertragbar, sie besagen jedoch primär nichts über ein einzelnes Mitglied einer Stichprobe. Die aufgrund von Datenreihen getroffene Feststellung, dass die Körpergrösse mit dem Gewicht korreliert und die intuitive Lebenserfahrung, dass grössere Menschen schwerer sind als kleinere, stimmen für nahezu jede untersuchte Stichprobe, sie könnte aber im Einzelfall völlig falsch sein. Der Rückschluss aufgrund derartiger Gruppenunterschiede auf den Einzelfall wird als ökologischer Fehlschluss (*ecological fallacy*) bezeichnet. Wie häufig solche Fehlschlüsse vorkommen und welche gravierenden Folgen sie beispielsweise in der Medizin haben, wurde

vielfach beschrieben.² Die erkenntnistheoretischen Grundlagen für solche Fehlschlüsse sind schon sehr lange bekannt,³ sie werden jedoch häufig ignoriert. Dies gilt auch und insbesondere in der forensischen Psychiatrie. HART et al. haben nachgewiesen, dass aus den Werten des PCL-R, dem am häufigsten angewandten, am besten untersuchten und wohl auch reliabelsten Prognoseinstrument für kriminelle Rückfälligkeit,⁴ überhaupt keine Vorhersage des Rückfalls bei einem einzelnen Täter abgeleitet werden darf.

Die Entscheidung, ob ein Straftäter in eine strafrechtliche Massregel eingewiesen oder ob er aus ihr entlassen wird, ist aber immer eine Einzelfallentscheidung des Gerichts, die aufgrund einer sachverständig abgegebenen Prognose getroffen werden muss. Vom Sachverständigen wiederum wird zu Recht verlangt, dass er seine Prognose aufgrund empirischen Wissens abgibt.

Im Dialog der forensischen Psychiater mit den Juristen geht es aber nicht nur um Einzelfallentscheidungen, sondern zudem noch um Wertungen. Aufgrund dieses Dilemmas ergibt sich eine Reihe von Fragen:

Welche erkenntnistheoretischen Konzepte wurden für den Diskurs zwischen empirischen Wissenschaften und der juristisch wertenden Entscheidungslogik entwickelt? Wie kann man die zu einer prognoseabhängigen juristischen Einzelfallentscheidung führenden, unterschiedlichen Sichtweisen, nämlich die empirische und die normative, klar darlegen und den Unterschied transparent überbrücken? Wie sollen komplexe empirische Analysen und Fakten an Entscheidungsträger vermittelt werden, die mit den Denkmustern der empirischen Wissenschaften nicht vertraut sind und denen nur eine begrenzte Auswahl von Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung steht? Wie sollte die Entscheidungsfindung in einem System von sehr geringer Transparenz nachvollziehbar gemacht werden?

Eine Entscheidung aufgrund einer Risikoeinschätzung enthält immer eine Vielzahl von Wertungen. Dies lässt sich erkennen, wenn man den hierfür rele-

- 2 GIGERENZER, *Adaptive thinking: Rationality in the real world*, Oxford/NewYork 2000; GIGERENZER et al., *Helping Doctors and Patients Make Sense of Health Statistics*, *Psychological Science in the Public Interest*, 8, S. 53–96; KÜRZL, *Evidenzbasierte Missverständnisse beim Mammakarzinom*, *Deutsches Ärzteblatt*, 101 (36), B2007–B2010; TVERSKY/KAHNEMANN, *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, *Science*, 185, S. 1124–1131.
- 3 HACKING, *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge/New York 2001.
- 4 HART et al., *Precision of actuarial risk assessment instruments*, *British Journal of Psychiatry* 2007, 190 (49), S. 60–65; KRÖNER, *Rückfallprognosen in der forensischen Psychiatrie, Vergleich der prädikativen Validitäten der Prognoseinstrumente ILRV, HCR-20, PCL-R und VRAG*, München 2005; KRÖNER/MILLS, *The Accuracy of Five Risk Appraisal Instruments in Predicting Institutional Misconduct and New Convictions*, *Criminal Justice and Behavior* 2001, 28, S. 471–489; NEDOPIL, *Prognosen in der forensischen Psychiatrie – ein Handbuch für die Praxis*, 2005.

vanten Begriff «Risiko» in seine Bestandteile zerlegt⁵ und fragt: Welches sind empirische, welches sind normativ wertende Elemente? Art (des Rückfalls) mit der u.U. gesetzlich vorgegebenen Frage: Ist ein schwerwiegendes Delikt zu erwarten? Wahrscheinlichkeit (des Eintritts) mit der Frage: Besteht eine hohe Rückfallwahrscheinlichkeit? Häufigkeit (des Auftretens) mit der Frage: Ab welcher Frequenz ist eine Häufigkeit ausreichend, um zu intervenieren? Ausmass (des Schadens) mit der Frage: Was versteht man unter einem schweren Schaden? Geschwindigkeit (Zeitraum bis zum Eintritt) mit der Frage: Wird der Rückfall bald eintreten? Dauer (der Gefährlichkeit) mit der Frage: Wird man noch lange mit seiner Gefährlichkeit rechnen müssen? Kontextabhängigkeit mit der Frage: In welchem Bedingungsgefüge wird es möglicherweise zu einem Rückfall kommen?

Man wird schnell erkennen, dass «schwerwiegend», «hoch», «ausreichende Häufigkeit», «schwerer Schaden», «bald» und «lange» normative Feststellungen enthalten, die der Psychiater nicht wirklich beantworten kann.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen hat die Arbeitsgruppe, welche die Mindestanforderungen für Prognosegutachten erarbeitet hat, beim deutschen Bundesgerichtshof empfohlen, dass die Fragen an die Sachverständigen so gestellt werden, dass sie mit empirischen Erkenntnismöglichkeiten beantwortet werden können und nicht so, wie der Gesetzestext sie unter Verwendung wertender Begriffe vorgibt.⁶ Die in den Mindestanforderungen vorgeschlagenen Fragen lauten:

Wie gross ist die Wahrscheinlichkeit, dass die zu begutachtende Person erneute Straftaten begehen wird? Welcher Art werden diese Straftaten sein, welche Häufigkeit und welchen Schweregrad werden sie haben? Wer wird am wahrscheinlichsten das Opfer zukünftiger Straftaten sein? Mit welchen Massnahmen kann das Risiko zukünftiger Straftaten beherrscht oder verringert werden? Welche Umstände können das Risiko von Straftaten steigern?

Offen bleibt aber auch bei einer solchen Fragestellung, wie Richter mit den Antworten der Sachverständigen umgehen, und wie sie deren Erkenntnisse in ihre Entscheidungen umsetzen. Dieser Frage kann man sich wiederum empirisch annähern. Monahan und Silver⁷ haben in einer kleinen Studie 26 Richter

5 DOUGLAS/OGLOFF, *Multiple Facets of Risk for Violence: The Impact of Judgemental Specificity on Structured Decisions About Violence Risk*, *International Journal of Forensic Mental Health* 2009/2, S. 19–34; HART, *Assessing and Managing Violence Risk*, in: Douglas et al. (Hrsg.), *The HCR-20 Violence Risk Companion Guide*, 2. Aufl., Vancouver/Tampa 2001; Mulvey/Lidz, *Conditional prediction: a model for research on dangerousness to others in a new era*, *International Journal of Law and Psychiatry* 1995, 18 (2), S. 129–143.

6 BOETTICHER et al., *Mindestanforderungen für Prognosegutachten*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2006, 26 (10), S. 537–544.

7 MONAHAN/SILVER, *Judicial decision thresholds for violence risk management*, *International Journal of Forensic Mental Health* 2006, 2, S. 1–6.

gefragt, ab welcher Wahrscheinlichkeit einer Gewalttat sie eine zivilrechtliche Unterbringung anordnen würden. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass Richter individuell unterschiedliche Schwellen für eine entsprechende Anordnung anwenden und dass aufgrund der entstehenden Streuung das Entscheidungsergebnis nicht vorherzusehen ist, dass die Formulierung des Risikos aber einen erheblichen Einfluss auf die Entscheidung hat. Die Aussage «zwei von zehn Menschen mit einem solchen Risikoprofil werden innerhalb eines bestimmten Zeitraums gewalttätig» führte häufiger zu einer Unterbringungsanordnung als die Aussage «das Gewalttätigkeitsrisiko beträgt 20%». Dieser Untersuchungsansatz wurde für eine eigene Studie übernommen, welche folgenden Fragen nachgehen sollte:

Wie heterogen oder homogen sind die Entscheidungen bei vorgegebenen Rückfallswahrscheinlichkeiten unter der Hypothese, dass die individuellen Einstellungen eine grössere Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen als die empirisch wissenschaftlichen Vorgaben?

Welchen Einfluss haben die in den verschiedenen Gesetzen enthaltenen unterschiedlichen normativen Vorgaben auf die Entscheidungsfindung, unter der Hypothese, dass die individuellen Einstellungen eine grössere Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen als die normativen Vorgaben?⁸

Welchen Einfluss hat der Beruf des Entscheidenden unter der Hypothese, dass die individuellen Einstellungen eine grössere Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen als spezifische Ausbildung und berufliche Orientierung?

Welchen regionalen Einflüssen unterliegen die Entscheidungsfindungen? Unter der Hypothese, dass sich das in Deutschland oft beschriebene Nord-Süd-

8 Die in Deutschland jeweils vorgegebenen Gesetzesnormen besagen:

a) Bei § 67d Abs. 2 StGB (Entlassung aus dem Massregelvollzug): «wenn zu erwarten ist, dass der Untergebrachte ausserhalb des Massregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird.»

b) Bei § 63 StGB (Einweisung in den psychiatrischen Massregelvollzug): «wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist.»

c) Bei § 66 StGB (Unterbringung in der Sicherungsverwahrung): «wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, für die Allgemeinheit gefährlich ist.»

d) Bei § 67d Abs. 3 StGB (Verlängerung der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus): «wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.»

Diese Vorgaben sind entsprechend dem verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzip so formuliert, dass die Zugriffsschwelle umso höher ist, je gravierender der staatliche Eingriff ist.

Gefälle bei justiziellen Sanktionen auch in diesen Entscheidungen wiederfinden lässt.

II. Methode

Um diesen Fragen nachzugehen, wurde ein Fragebogen entwickelt. Er enthielt folgende Aufforderung:

«Stellen Sie sich Folgendes vor:

Es geht um einen Täter mit einem schweren Gewaltdelikt, jedoch nicht um ein Tötungsdelikt. Sie müssten als Richter unter Zugrundelegung eines Sachverständigengutachtens entscheiden, ob die in den einzelnen Fragen angesprochene Massnahme bei dem Täter durchgeführt wird. Sie erhalten vom Sachverständigen folgende Auskunft:⁹ In letzter Zeit wurde eine Reihe von Computerprogrammen zur Prognoseerstellung entwickelt, von denen auch einige wissenschaftlich evaluiert wurden und sich als zuverlässiger erwiesen haben als klinische Prognosen. Aufgrund einer solchen Auswertung lässt sich der Betroffene einer Risikogruppe zuordnen: Das im Jahre 2000 von Monahan, Steadman et al.¹⁰ entwickelte Computerprogramm ordnet den Untersuchten einer von fünf Risikogruppen zu:

- Bei Probanden in Gruppe 1 beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass sie eine Gewalttat begehen werden, 1%.
- Bei Probanden in Gruppe 2 beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass die Probanden eine Gewalttat begehen werden, 8%.
- Bei Probanden in Gruppe 3 beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass die Probanden eine Gewalttat begehen werden, 26%.
- Bei Probanden in Gruppe 4 beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass die Probanden eine Gewalttat begehen werden, 56%.
- Bei Probanden in Gruppe 5 beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass die Probanden eine Gewalttat begehen werden, 76%.

Bitte beantworten Sie die folgenden Fragen und geben Sie pro Frage nur eine Antwort.»

1. Ab welcher Gruppenzugehörigkeit (Rückfallwahrscheinlichkeit) würden Sie eine Unterbringung nach § 63 StGB anordnen?¹¹

9 Bei der Befragung von Psychiatern und Psychologen lautete der Text: «Sie müssten dem Gericht eine Empfehlung abgeben, wie mit einem von Ihnen untersuchten/betreuten Probanden weiter zu verfahren ist.»

10 MONAHAN/STEADMAN et al., *Developing a clinically useful actuarial tool for assessing violence risk*, *British Journal of Psychiatry* 2000, 176, S. 312–319.

11 Bei der Befragung von Psychiatern und Psychologen lautete der Text: «Ab welcher Gruppenzugehörigkeit würden sie dem Gericht eine Empfehlung abgeben, dass eine Unterbringung nach § 63 StGB erfolgen sollte (§ 21 StGB liegt vor)?» Vergleichbare Umformulierungen wurden auch für die restlichen Fragen vorgenommen.

2. Ab welcher Gruppenzugehörigkeit würden Sie eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung anordnen (sofern die rechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen)?
3. Ab welcher Gruppenzugehörigkeit würden Sie eine Entlassung aus dem psychiatrischen Massregelvollzug (§ 63 StGB) beschliessen?
4. Ab welcher Gruppenzugehörigkeit würden Sie die Verlängerung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 3 StGB beschliessen?
5. Ab welcher Gruppenzugehörigkeit würden Sie eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB anordnen?
6. Ab welcher Gruppenzugehörigkeit würden Sie eine Entlassung aus der Sicherungsverwahrung beschliessen?

Bei jeder Frage waren die fünf Gruppen als Antwortmöglichkeiten vorgegeben. Daneben sollten Geschlecht, Alter, Berufsgruppe und Berufserfahrung der Befragten angegeben werden.

Dieser Fragebogen wurde im Rahmen von Fortbildungsveranstaltungen des Autors von Richtern, Staatsanwälten, Psychiatern und Psychologen ausgefüllt. Der Rücklauf betrug bei jeder Veranstaltung über 90% (Zahl der Antwortbogen/Zahl der Teilnehmer), wobei je Veranstaltung 40 bis 60 Menschen teilnahmen. Lediglich drei abgegebene Fragebögen waren nicht auswertbar. Insgesamt wurden 270 Fragebögen ausgewertet. Allerdings hatten nicht alle Teilnehmer alle Fragen beantwortet. Die Datenanalyse erfolgte zunächst rein deskriptiv.

III. Ergebnisse

143 der Befragten waren Juristen, die meisten von ihnen Richter, ausserdem beantworteten 52 Psychiater und 55 Psychologen den Fragebogen. 20 Befragte gaben eine andere Berufsgruppe an. 107 Frauen und 136 Männer gaben ihre Geschlechtszugehörigkeit zu erkennen, 29 Befragte machten kein Kreuz bei dieser Frage. In 129 Fragebögen wurde eine lange Berufserfahrung angegeben, 36 Befragte bezeichneten sich als mässig erfahren, 91 als wenig erfahren, bei 19 Befragten war die Zuordnung nicht erfolgt.

Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben und der unterschiedlichen Ausprägungen des Eingriffs waren lediglich in begrenztem Umfang Tendenzen zu erkennen. So war bei dem geringfügigsten Eingriff, der Verlängerung der Unterbringung im Massregelvollzug, schon bei 35 der Befragten eine Rückfallwahrscheinlichkeit von 1% ausreichend, um diese Massnahme für gerechtfertigt zu halten (Tabelle 1), während beim schwerwiegendsten Eingriff, der Verlängerung der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus, lediglich sechs Befragte eine solche Rückfallwahrscheinlichkeit für ausreichend hielten, um die Massnahme anzuordnen (zu empfehlen). Demgegenüber hielten 90 der Befragten eine Einweisung in die Sicherungsverwahrung erst bei einer Rück-

fallwahrscheinlichkeit von 76% für angebracht, demgegenüber hielten 5 der Befragten eine Rückfallwahrscheinlichkeit von 1% für eine solche Massnahme für ausreichend.

Massnahme (§, StGB)	(Gruppenzugehörigkeit) und Rückfallwahrscheinlichkeit				
	(1): 1%	(2): 8%	(3): 26%	(4): 56%	(5): 76%
Verlängerung des psychiatrischen Massregelvollzugs (67d Abs. 2)	35	135	79	15	1
Einweisung in psychiatrischem Massregelvollzug (63)	4	26	87	105	22
Einweisung in Sicherungsverwahrung (66)	5	18	65	92	90
Verlängerung der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre (67d Abs. 3)	6	38	90	87	45

Tabelle 1 Entscheidungen zu juristischen Massnahmen anhand von Rückfallwahrscheinlichkeiten

Aus Tabelle 1 ist die grosse Heterogenität der Entscheidungen erkennbar. Demgegenüber zeigten sich kaum Unterschiede zwischen den Berufsgruppen, wie dies aus Abbildung 1 für die Frage: «Ab welcher Gruppenzugehörigkeit (Rückfallwahrscheinlichkeit) würden Sie eine Unterbringung nach § 63 StGB anordnen?», erkennbar ist. Auch fand sich kein signifikanter Unterschied zwischen Männern und Frauen bei der Entscheidungsfindung. Lediglich die Berufserfahrung wies einen diskreten Unterschied dahingehend auf, dass die weniger Erfahrenen zurückhaltender waren bei der Entlassung aus dem Massregelvollzug (sie wollten die Unterbrachten allenfalls bei einer Rückfallwahrscheinlichkeit von 8% entlassen und vielen von ihnen war auch diese Rückfallwahrscheinlichkeit zu hoch, während die Erfahrenen auch Rückfallwahrscheinlichkeiten von 26% und einige sogar von 56% in Kauf nehmen wollten. Auch waren 58% der wenig Erfahrenen bereit, bei einer Rückfallwahrscheinlichkeit unter 26% eine Einweisung in den psychiatrischen Massregelvollzug zu veranlassen, während dies nur bei 44% der Erfahrenen und bei 34% der mässig Erfahrenen der Fall war.

Die Hypothese des Nord-Süd-Gefälles konnte nicht bestätigt werden. 48% der in München Befragten beantworteten die Frage, ab welcher Rückfallwahrscheinlichkeit sie eine Fortdauer des Massregelvollzugs beschliessen würden, mit 8%, 41% der Befragten hielten dies bei einer Rückfallwahrscheinlichkeit von 26% für angebracht. In Kiel wurde die gleiche Frage von 36% dahingehend beantwortet, dass 8% Rückfallwahrscheinlichkeit, und von 26%, dass 26% Rückfallwahrscheinlichkeit die Fortdauer einer solchen Unterbringung rechtfertigen würde. In Kiel wurde aber von 24% bereits eine Rückfallwahrscheinlichkeit von

1%, von 12% aber auch erst eine solche von 56% als ausschlaggebend angesehen. Diese Aussengruppen wurden von den in München Befragten nur insgesamt von 11% angekreuzt. Dennoch liess sich kein signifikanter Unterschied errechnen.

Auch bezüglich der Geschlechtszugehörigkeit, des Alters oder der Berufserfahrung der Befragten wurden keine signifikanten Unterschiede der Antworttendenzen errechnet.

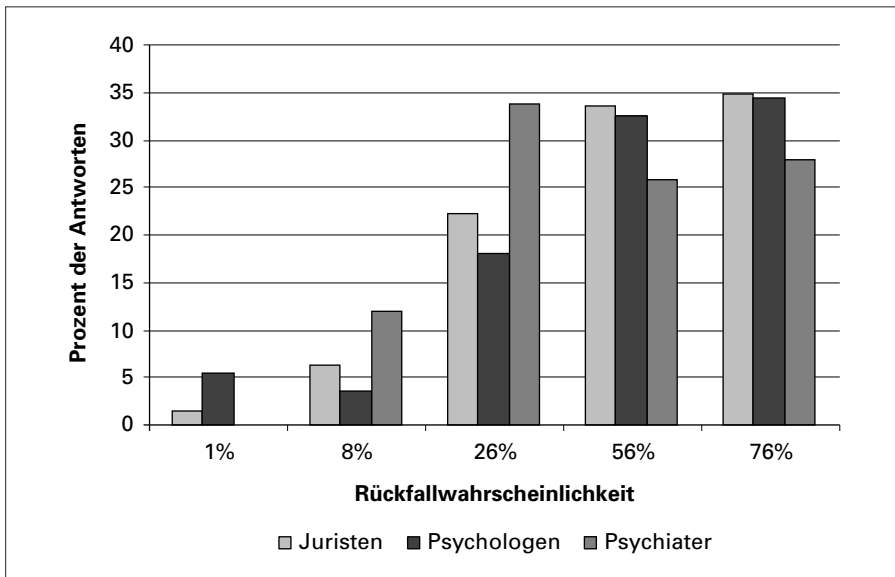


Abbildung 1 Antworten der verschiedenen Berufsgruppen auf die Frage: «Ab welcher Gruppenzugehörigkeit (Rückfallwahrscheinlichkeit) würden Sie eine Unterbringung nach § 63 StGB anordnen?»

IV. Diskussion

Viele richterliche Entscheidungen – ebenso wie viele Entscheidungen im Alltagsleben – hängen von Prognosen ab. Die meisten dieser Prognosen werden intuitiv gefällt, häufig ohne dass sich der Entscheidende bewusst wird, dass er seiner Entscheidung eine Prognose zu Grunde legt, z.B. erfolgt die Einnahme eines Medikamentes in der Erwartung (Prognose), dass dieses Medikament hilft. Die Forschung in der forensischen Psychiatrie hat sich in den letzten 20 Jahren intensiv mit der Prognoseerstellung oder besser der Risikoeinschätzung von Straftätern oder psychisch kranken Rechtsbrechern befasst,¹² und es entstand der Eindruck, dass diese Forschung allmählich zum Abschluss

12 BONTA, Offender Risk Assessment: Guidelines for selection and use, Criminal Justice and Behavior 2002, 29, S. 355–379; HANSON, Twenty Years of Progress in Violence Risk Assessment, Journal of Interpersonal Violence 2005, 20 (2), S. 212–217; NEDOPIL, Welchen Beitrag

gekommen ist.¹³ Es gibt aber bei einer Vielzahl von wirtschaftlichen, militärischen, volkswirtschaftlichen und -ökologischen, industriellen u.a. Entscheidungsträgern eine weitaus grösseres Bewusstsein um die Prognoseabhängigkeit von Entscheidungen,¹⁴ als dies den forensischen Psychiatern und den Entscheidungsträgern bei der Justiz bekannt ist. Jedenfalls finden sich in der forensisch-psychiatrischen Literatur keine Anleihen oder auch nur Hinweise auf die Prognoseforschung, die in anderen Fachbereichen durchgeführt wird.¹⁵ Eine der wesentlichen Erkenntnisse der letzten Jahre bei der Frage, wie Prognosen in Entscheidungen umgesetzt werden, ist, dass es dabei nicht nur auf das Risiko an sich ankommt, sondern auch darauf, in welcher Form das Risiko mitgeteilt wird.¹⁶ In der Medizin und in der forensischen Psychiatrie wird gerade erst begonnen, sich mit der «Risikokommunikation» und ihren Auswirkungen auf Entscheidungen zu befassen.¹⁷

Gerade für forensische Psychiater und Psychologen, die ihr empirisches Wissen so aufbereiten müssen, dass sie einerseits nicht die Grenzen zu Wertungen überschreiten und andererseits den juristischen Entscheidungsträgern eine verständliche Entscheidungsgrundlage vermitteln, wäre es wichtig, sich mit den Methoden der Risikokommunikation intensiver auseinanderzusetzen. Die Mindestanforderungen für Prognosegutachten¹⁸ machen einen relativ dezidierten Vorschlag, wie die Feststellungen der Erfahrungswissenschaftler erfragt und beantwortet werden sollen. Sie legen den humanwissenschaftlichen Sachverständigen nahe, sich aufgrund ihrer Erkenntnismöglichkeiten und in ihrer Fachsprache auszudrücken und den Richtern die Wertung und die Umsetzung in Entscheidungen zu überlassen. Das bedeutet, dass die Sachver-

kann die neuere Prognoseforschung zur Verbesserung der Risikoeinschätzung leisten?, *Neuropsychiatrie* 2006, 20 (1), S. 15–22.

13 HODGINS, Research Priorities in Forensic Mental Health, *International Journal of Forensic Mental Health* 2002, 1, S. 7–23.

14 GONZALES, Scientific Prediction and Economics, A Philosophical and Methodical Analysis, Pittsburgh 2009.

15 DAHLE (Fn. 1); KRÖBER, Psychiatrische Kriminalprognose und Kriminaltherapie, Darmstadt 2006; NEDOPIL (Fn. 4); SEIFERT et al., Prediction of dangerousness in mentally disordered offenders in Germany, *International Journal of Law and Psychiatry* 2002, 25, S. 51–66; STEADMAN et al., Designing a New Generation of Risk Assessment Research, in: Monahan/Steadman (Hrsg.), *Violence and Mental Disorder*, Chicago 1994, S. 297–318.

16 LUNDGREN/McMAKIN, Risk Communication, A Handbook for Communicating Environmental, Safety and Health Risks, Chichester 2009.

17 DOLORES/REDDING, The Effects of Different Forms of Risk Communication on Judicial Decision Making, *International Journal of Forensic Mental Health* 2009, 8 (2), S. 142–146; GOBEIL/SERIN, Preliminary Evidence of Adaptive Decision Making Techniques Used by Parole Board Members, *International Journal of Forensic Mental Health* 2009, 8 (2), S. 97–104; KWARTNER et al., Judges' Risk Communication Preferences in Risk for Future Violence Cases, *International Journal of Forensic Mental Health* 2006, 5 (2), S. 185–194; WEGWARTH et al., Smart strategies for doctors and doctors in training: Heuristics in Medicine, *Med Educ.* 2009.

18 BOETTICHER et al. (Fn. 1); BOETTICHER et al. (Fn. 6).

ständigen sowohl nach Wahrscheinlichkeiten gefragt werden als auch, dass sie ein Risikoprofil für den Einzelfall erstellen sollen. Die Autoren weisen darauf hin, dass Zuordnungen allein aufgrund von gruppenstatistischen Aussagen oder Summenwerten aus Prognoseinstrumenten unzulänglich sind und mahnen den selektiven, aber kompetenten Umgang mit Prognoseinstrumenten an. Dies haben Boetticher et al.¹⁹ in einer erneuten Veröffentlichung verdeutlicht. Wie wichtig eine solche Mahnung ist, kann daraus ersehen werden, dass es mittlerweile über 450 verschiedene Instrumente zur Risikoeinschätzung gibt²⁰ und dass deren Aussagekraft weder für Fachleute noch für Gerichte zu überblicken ist.

Für die empirische Forschung ist es aber auch von Bedeutung, wie die Entscheidungsträger mit den Vorgaben der Sachverständigen umgehen. Dieser Frage wurde in der vorgelegten Untersuchung an 270 Teilnehmern verschiedener Fortbildungsseminare, unter ihnen 143 Juristen, nachgegangen. Die der Untersuchung zugrunde liegenden Hypothesen, nämlich dass Entscheidungsfindungen ausgesprochen heterogen sind und individuelle Einstellungen eine weit grössere Rolle spielen als normative Vorgaben und empirische Zuordnungen, aber auch als berufliche Orientierung oder Berufserfahrung, Geschlecht oder Alter, wurden allesamt bestätigt. Auch regionale Besonderheiten liessen sich entgegen der Erwartung nicht finden. Man mag zwar einwenden, dass es sich bei den Untersuchten nicht um eine Zufallsstichprobe handelt, sondern, dass sie sich durch ihre Teilnahme als besonders engagiert für forensisch-psychiatrische Fragen ausgewiesen hätten. Dieser Einwand wäre dann zu bedenken, wenn klare Tendenzen bezüglich des Antwortverhaltens zu erkennen gewesen wären. Dies war jedoch nicht der Fall. Vielmehr fand sich bei jeder Frage eine sehr grosse Heterogenität der Antworten.

Darüber hinaus lässt sich aus den Daten aber auch ableiten, wie gering die Kenntnisse über Rückfallraten und deren Bedeutung ist. Wenn man von jenen Tätern absieht, die bereits mit 24 Jahren oder früher mehr als sieben Vorverurteilungen aufwiesen,²¹ gibt es bei Untersuchungen an grösseren Stichproben keine Tätergruppen, die Rückfallraten von 1% oder aber Rückfallraten von 76% gezeigt hätten.²² Es gibt auch keine ausreichend validierten Prognoseinstrumente, die der Risikoeinschätzung von Straftätern dienen, die solche Rückfallwahrscheinlichkeiten nahe legen. Als Beispiel sei die Datenlage beim Static

19 BOETTICHER et al. (Fn. 1).

20 CHAMBERS et al., Outcome measures used in forensic mental health research: a structured review, *Criminal Behaviour and Mental Health* 2009, 19 (1), S. 27.

21 BECK/SHIPLEY, Recidivism of prisoners released in 1983, Washington D.C. 1997; JEHLE et al., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, Bad Godesberg 2003.

22 GROSS/NEDOPIL, Basisraten für kriminelle Rückfälle – Ergebnisse einer Literaturübersicht, in: Nedopil (Hrsg.), *Prognosen in der forensischen Psychiatrie – ein Handbuch für die Praxis*, 2005, S. 65–98.

2002 aufgeführt, die auf einer Auswertung von über 10 000 Sexualstraftätern beruht²³ und folgende Zuordnungen trifft:

Wert	Rückfallklasse	Rückfallrate (5–15 Jahre)
0–1	geringes Risiko	5–13 %
2–3	eher geringes Risiko	9–19 %
4–5	eher hohes Risiko	26–40 %
≥ 6	hohes Risiko	39–52 %

Tabelle 2 Rückfallklassen und Rückfallraten beim Static 2002²⁴

Die Vorgaben des VRAG²⁵, der zwar Risikokategorien mit Rückfallraten unter 1% und über 76% enthält, sind insofern irreführend, als in der Eichstichprobe in diesen Kategorien weniger als 10 Täter identifiziert wurden, statistische Angaben über sie somit nicht gerechtfertigt sind. Entscheidungsträger, die bei einer Rückfallwahrscheinlichkeit von 1% eine Unterbringung anordnen, müssten dies bei jedem Straftäter tun und jene, die erst bei einer Rückfallwahrscheinlichkeit von 76% für eine Unterbringung plädieren, dürften es bei keinem Täter tun.

Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind jedoch nur auf den ersten Blick erstaunlich und möglicherweise auch erschreckend. Die grossen interindividuellen Unterschiede legen zunächst eine Beliebigkeit nahe, denen sich Untergebrachte ausgesetzt sehen und die einer Gleichbehandlung durch die Gesetze und durch die Gerichte zu widersprechen scheint. Die Ergebnisse geben aber bei näherem Hinsehen zu weiteren Überlegungen Anlass: Sie verdeutlichen einen arbiträren und wertenden Charakter der Entscheidungen und, dass es diesbezüglich zwischen Humanwissenschaftlern und Juristen keinen Unterschied gibt. Daraus ist für die Sachverständigen eine grosse Zurückhaltung bezüglich der von ihnen abgegebenen Empfehlungen abzuleiten. Ihnen sind arbiträre Entscheidungen dem Recht nach untersagt. Aber auch den Juristen sollten diese Ergebnisse zu denken geben, machen sie doch auf Voreinstellungen, Vorerfahrungen und individuelle Heuristiken aufmerksam, die für Aussensiehende und möglicherweise auch für den einzelnen Entscheider wenig transparent sind. Sie könnten sich u.a. fragen, auf welcher Basis sie in Anbetracht ihrer grossen Entscheidungsspielräume ihre Entschlüsse fassen.²⁶ Haben sie eine rationale Theorie für ihre Entscheidung, steht der Zweck im Vordergrund der Wahl der Massnahme, geht es ihnen um Werte, die bewahrt oder wieder

23 HANSON et al., Predicting Recidivism Amongst Sexual Offenders: A Multisite Study of Static-2002, Law and Human Behavior 2009.

24 HANSON et al. (Fn. 23).

25 HARRIS/RICE, Risk Appraisal and Management of Violent Behaviour, Psychiatric Services 1997, 48, S. 1168–1176.

26 TVERSKY/KAHNEMANN (Fn. 2).

hergestellt werden sollen, haben sie ihre individuelle Heuristik, die durch Versuch und Irrtum oder aus einem Bauchgefühl entstanden ist, oder erliegen sie Ankereffekten, die ihnen meist durch die Medien vermittelt werden? Diese gängigen Entscheidungsgrundlagen werden häufig auch von den Humanwissenschaftlern übernommen, auch wenn sie sich hinter Zahlen verstecken, sie werden sich auch nie ganz vermeiden lassen.²⁷ Die Entscheidungsträger sollten sich ihrer jedoch bewusst sein. Die Alternative wäre ein quasi mechanistischer Algorithmus für die Entscheidungsfindung im Einzelfall. Allerdings wird er der aufgeworfenen Problematik noch viel weniger gerecht als die derzeitigen Unwägbarkeiten, da er noch weniger den Einzelfall und seine Besonderheiten berücksichtigen kann, als Risikoeinschätzungen mit Hilfe von Prognoseinstrumenten und einem hypothesengeleiteten Vorgehen im Einzelfall das heute tun. Frühere Erfahrungen mit pseudowissenschaftlichen Algorithmen, etwa bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Alkoholintoxikationen,²⁸ zeigen, welche Fehleinschätzungen aus solchen simplifizierenden Vorannahmen resultieren.

Die Ergebnisse der Befragungen sollten aber das Bewusstsein dafür schärfen, dass Entscheidungen, auch wenn sie sich auf gesetzliche und empirische Grundlagen berufen, weit mehr von persönlichen und individuellen Vorstellungen und Überzeugungen abhängen, als die meisten Entscheidungsträger dies wahrhaben möchten. In Anbetracht der Heterogenität der Entscheidungen und der individuellen Motive für Entscheidungen hat der humanwissenschaftliche Sachverständige, der sein empirisches Wissen darlegen soll, weder fachliche noch persönliche Kompetenzen, solche Entscheidungen zu treffen oder sie zu suggerieren. Die Einschätzung von Risiko und die aufgrund dieser Einschätzung zu treffende juristische Massnahme ist von so vielen wertenden Komponenten abhängig, dass sie noch weit weniger vorhergesagt werden kann als der Rückfall eines Straftäters. Diesbezüglich unterscheiden sich Richter nicht von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen. Für beide wäre möglicherweise eine Schulung über die Entscheidungslogik in Anbetracht von Unsicherheiten und eine notwendige Skepsis bezüglich prognostischer Aussagen, aber auch bezüglich der eigenen Entscheidungskompetenz aufgrund von Prognosen hilfreich, und weiterhin der intensive interdisziplinäre Dialog, den «Jonny» Wiprächtiger so intensiv gefördert hat.

27 GIGERENZER (Fn. 2).

28 HAFFNER/BLANK, Berechnung und Stellenwert der Blutalkoholkonzentration bei der Schuldfähigkeitsberurteilung, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit, Berlin/Heidelberg/NewYork 2002; SALGER, Die Bedeutung des Tatzeit-Blutalkoholwertes für die Beurteilung der erheblich verminderten Schuldfähigkeit, in: von Gamm/Raisch/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, S. 379–395.

Besondere Aspekte der psychiatrischen Begutachtung beim Vorwurf des Sozialversicherungsbetrugs

von MARTIN KIESEWETTER

I. Betrügerischer Anspruch auf Leistungen der Sozialversicherungen

Die Sozialversicherungen können auf zwei Wegen Opfer von Betrugshandlungen werden – durch die Vorenthaltung ihr zustehender Geldmittel oder durch die Entnahme von Geldern durch z.B. Zahlungen aufgrund anerkannter, aber nicht gerechtfertigter Rentenansprüche. Die folgende – ganz *aus der Sicht des forensischen Psychiaters* verfasste Darstellung wird sich nicht auf jenen Täterkreis beziehen, der etwa versicherungspflichtige Personen beschäftigt, ohne sie der SVA zu melden. Gegenstand der Betrachtung sollen vielmehr Versicherte sein, denen der strafrechtliche Vorwurf gemacht wird, mit falschen Behauptungen einen – insbesondere lang dauernden und zu dauerhafter Arbeitsunfähigkeit führenden – Gesundheitsschaden erfolgreich geltend gemacht zu haben: Eben diese falschen Behauptungen (oder unterlassene Mitteilungen über eine inzwischen eingetretene Besserung des Gesundheitsschadens) haben die Sozialversicherung zur Anerkennung ihrer Leistungspflicht bzw. zu fortgesetzten Leistungen veranlasst, die sie in Kenntnis des tatsächlichen medizinischen und sozialen Sachverhalts nicht anerkannt bzw. nicht erbracht hätte.

Für seinen Leistungsanspruch gegenüber der Sozialversicherung ist der Versicherte beweispflichtig. Genügen seine Darstellungen und die in Hinblick auf den anspruchsbegründenden Gesundheitsschaden beigebrachten und beigezogenen Arztberichte, die durch die Versicherung allenfalls zusätzlich getätigten Abklärungen, weitere Unterlagen und möglicherweise auch Gutachten den Beweisansprüchen nicht, erfolgt eine Ablehnung des Leistungsanspruchs. Genügen sie ihnen, wird der Leistungsanspruch mit der daraus resultierenden Folge von z.B. Rentenzahlungen bejaht. Im weiteren Verlauf wird periodisch überprüft, ob der Leistungsanspruch weiterhin berechtigt ist. Dazu werden erneut Darstellungen des Versicherten, Arztberichte, eigene Abklärungsberichte etc. beigezogen.

Ein hoher Anteil der Leistungsansprüche findet seine Begründung in psychischen Störungen.¹ Zu einem strafrechtlichen Verfahren kann es kommen,

1 Gemäss Schweizerischer Sozialversicherungsstatistik (Bundesamt für Sozialversicherungen 2010) waren im Dezember 2009 193 000 Personen wegen Krankheit berentet, davon

wenn der Vorwurf erhoben wird, der Versicherte habe eine solche Störung in einer Weise falsch dargestellt, dass er den Leistungserbringer über das Mass ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf seine Lebensvollzüge vorsätzlich so getäuscht (oder dass er eine gar nicht vorliegende psychische Störung behauptet und mit auf falschen Darstellungen beruhenden Zeugnissen etc. so glaubhaft vorgebracht) habe, dass dieser seine Leistungspflicht anerkannte.

Wenn in dieser Situation eine psychiatrische Begutachtung der beschuldigten Person angeordnet wird, hat der Gutachter einige Besonderheiten zu beachten, die seine Arbeit von der üblichen Erstellung strafrechtlicher Expertisen unterscheiden. Der vorliegende Beitrag soll sich auf diese Besonderheiten beziehen.

II. Subjektiver und objektiver Tatbestand, Anknüpfungs-, Befund- und Zusatztatsachen

Vorgelegt wird dem Gutachter in der Regel der von der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden beschlossene Fragenkatalog² mit der einleitenden Frage nach dem tatzzeitaktuellen Vorliegen einer psychischen Störung: Ohne psychiatrische Diagnose gibt es keine forensisch-psychiatrische Aussagemöglichkeit³. Die Antwort aber auf diese Frage stellt die fachkundige Interpretation von *Befundtatsachen* dar, auf die der Sachverständige bei seinen den subjektiven Tatbestand betreffenden Überlegungen zur Einsichts- und Willensfähigkeit des Angeschuldigten abstellt. Um hier zu einer Aussage zu gelangen, verknüpft er Befundtatsachen mit den Anknüpfungstatsachen, die ihm als bisher festgestellter Sachverhalt vom Auftraggeber zur Kenntnis gebracht worden sind.

Dieser festgestellte Sachverhalt bezieht sich auf den *objektiven Tatbestand*. Er liegt darin, dass mit der Behauptung einer Störung, die so nicht oder gar nicht vorliegt (Aggravation bzw. Simulation), bei der Sozialversicherung unter Annahme der Richtigkeit einer solchen Behauptung ein Verhalten zu Gunsten des Behauptenden ausgelöst worden ist. Teil dieses objektiven Tatbestands ist aber nicht nur das Handeln selbst, mit dessen Hilfe die beschuldigte Person – gemäss Tatvorwurf – fälschlich einen psychischen Gesundheitszustand gegenüber der Sozialversicherung als anspruchsbegründend geltend gemacht hat. Teil des objektiven Tatbestands ist vielmehr auch der Inhalt der Vorbringungen

100 000 wegen «Psychosen, Psychoneurosen». Bei den knapp 86 000 Rentenbezügern in der Unfallversicherung sind psychische Störungen als invaliditätsbegründend naturgemäss sehr viel seltener, bedeutsam aber nicht zuletzt auch wegen der oft ungenügenden Objektivierbarkeit z.B. psychoreaktiver Entwicklungen.

2 www.swissforensic.ch/domains/swissforensic_ch/data/free_docs/Fragenkatalog.deutsch.doc.

3 FOERSTER/WINCKLER, Forensisch-Psychiatrische Untersuchung, in: Foerster/Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl., München/Jena 2009, S. 18–33.

und damit die behauptete psychische Störung bzw. deren anspruchsbegründendes Ausmass selbst.

Einerseits ist der Gutachter bei der Beantwortung der ihm gestellten Fragen an die Sachverhaltsdarstellung des Auftraggebers gebunden, andererseits hat er Befundtatsachen zu erheben. Zu ihnen gehören in besonderem Mass das Vorliegen einer psychischen Störung, deren Schwere und deren Bedeutung für das kognitive und voluntative Vermögen des Angeschuldigten im Tatzeitraum. Sich darüber zu äussern, verlangt den Blick auf mögliche, störungsbedingte Beeinträchtigungen ausserhalb des vorgeworfenen Tatverhaltens selbst. In dem Moment, in dem der Gutachter dieser Aufgabe nachkommt, *drohen sich ihm die Grenzen zwischen subjektivem Tatbestand* (zu dem er – innerhalb des vom Auftrag und von der Rechtsprechung gesetzten Rahmens – als psychiatrischer Sachverständiger im Strafverfahren etwas zu sagen hat) *und objektivem Tatbestand* (den festzustellen Aufgabe des Gerichts bzw. der Untersuchungsbehörde ist) *zu verwischen*: Teil des objektiven Tatbestands ist eine – gemäss Tatvorwurf – gegenüber der Sozialversicherung angegebene, tatsächlich aber nicht oder nicht in dem behaupteten Ausmass vorliegende (oft in Zusammenhang mit körperlichen Beeinträchtigungen aufgetretene und sie akzentuierende bzw. somatoforme) psychische Störung, deren Vorhandensein, deren Schwere oder deren Nichtvorhandensein nun aber auch für die gutachterliche Beurteilung des subjektiven Tatbestands wesentlich ist oder sein kann.

Auf den ersten Blick könnte der Gutachter insofern in ein Dilemma geraten, als ihm der *Verzicht auf die grundsätzlich nicht zulässige – auch wenn allein auf medizinische Aspekte bezogene – inhaltliche Beurteilung des objektiven Tatbestands eine ausreichende Stellungnahme zum subjektiven Tatbestand unmöglich macht*. Aus diesem Dilemma hülfe ihm auch der Umstand nicht heraus, dass sich die Ermittlungsbehörden oder der Richter bei der Annahme des objektiven Tatbestandes bereits auf sachverständige Äusserungen zum – fehlenden – Vorliegen eines anspruchsberechtigenden Leidens bzw. anspruchsberechtigender Auswirkungen des Leidens stützen können (in der Regel dürfte es sich um die Feststellungen sachverständiger Personen handeln, die im Auftrag der Sozialversicherung oder des Sozialversicherungsgerichts tätig geworden sind, und nicht um sachverständige Personen, welche die Staatsanwaltschaft ihrerseits beigezogen hat, weil sie nicht über die besonderen Kenntnis und Fähigkeiten verfügte, die zur Feststellung des Sachverhaltes erforderlich waren): Die blossе Übernahme von Vorbefunden und vorbestehenden diagnostischen Beurteilungen durch den Sachverständigen (im Strafverfahren ebenso wie im versicherungsrechtlichen Verfahren) ist ohne Prüfung deren Plausibili-

tät nicht statthaft,⁴ und solche – auch gutachterlichen – Meinungsäusserungen bedürfen hinsichtlich ihrer Feststellungen der kritischen Überprüfung durch den jetzt bestellten Sachverständigen (es sei denn, eine solche kritische Überprüfung werde dem Gutachter – unter Inkaufnahme damit nur eingeschränkter sachverständiger Aussagemöglichkeiten – ausdrücklich verboten).

Aber selbst wenn eine solche kritische Überprüfung und Auseinandersetzung mit den – einen Teil der Untersuchungsakten bildenden – Vorgutachten und ärztlichen Berichten ausbleibt, *sind die Befundtatsachen des Gutachters, welche sich auf den psychischen Gesundheitszustand des Angeschuldigten im Tatzeitraum beziehen, immer auch geeignet, Zusatztatsachen darzustellen*. Sie erhalten damit eine besondere Stellung im Verfahren.

Nun werden die Befundtatsachen in der strafrechtlichen Begutachtung aus einer ganz anderen Perspektive erhoben, als dies bei der sozialversicherungsrechtlichen Begutachtung desselben medizinischen Sachverhalts der Fall ist: Während im versicherungsrechtlichen Gutachten der Fokus auf den anspruchsbegründenden und durch medizinische etc. Massnahmen nicht hinreichend beeinflussbaren Auswirkungen einer Störung und die Beweislast ganz beim Versicherten liegen, hat sich der Gutachter im strafrechtlichen Verfahren zunächst nur zu den durch die zu diagnostizierende Störung und die auf den Tatvorwurf bezogenen – aber sich auch ausserhalb von ihm manifestierenden – Beeinträchtigungen kognitiver und voluntativer Leistungsmöglichkeiten zu äussern. Obwohl dafür auch die Bedeutung der psychischen Störung für die alltäglichen Lebensvollzüge – z.B. im Arbeitsbereich – zu beachten ist, bleiben die ursprünglich bedeutsamen versicherungsrechtlichen Fragen nach der Arbeitsfähigkeit und nach den zu ihrer Wiedererlangung notwendigen therapeutischen Massnahmen davon unberührt – zumindest zunächst und letztlich nur scheinbar: Die Frage strafrechtlich angeordneter therapeutischer Massnahmen bezieht sich auf die Legal-, nicht aber auf die versicherungsrechtliche Prognose. Und während es Aufgabe der Sozialversicherung war zu entscheiden, ob die erklärte Arbeitsunfähigkeit zu Recht oder zu Unrecht behauptet wurde (bzw. ob die vorgelegten Beweise den einem solchen Entscheid zugrunde liegenden rechtlichen Anforderungen genügten), liegt jetzt die Beweislast allein beim Gericht. Dieses hat aber nicht darüber zu urteilen, ob die der Sozialversicherung vorgelegten Beweise im versicherungsrechtlichen Sinn ungenügend waren, sondern festzustellen, ob sie im Willen vorgebracht worden sind, die Sozialversicherung zu täuschen.

Ob die angeschuldigte Person die Berechtigung des Tatvorwurf anerkennt (und ihr im Strafverfahren die Tathandlungen ebenso nachgewiesen werden

4 Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern: Art. 5 Ziff. 1 DSGVO; Hinweis bei RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, Ein interdisziplinärer juristisch-medizinischer Leitfaden, Bern 2007, S. 27.

müssen wie bei Zurückweisung des Tatvorwurfs) oder ob sie die Berechtigung ihres Leistungsanspruchs weiterhin geltend macht, verändert die Situation des Gutachters – jenseits eines möglicherweise anderen Verhaltens des Untersuchten dem Sachverständigen gegenüber – nicht: An die Sachverhaltsdarstellung gebunden, wird er bei (im Grunde nicht nur bei fehlendem Geständnis) notwendigerweise allein hypothetischer Annahme der Berechtigung des Tatvorwurfs seine Befundtatsachen für die Beantwortung der gestellten Fragen verwenden und auf diagnostische und Befundunsicherheiten hinweisen.

Während die zum Anspruch Stellung nehmenden Ärzte und dann auch der Gutachter im versicherungsrechtlichen Verfahren Plausibilität und Konsistenz der Angaben des Antragstellers prüfen, ohne dass sich an seiner Beweispflicht etwas ändert, ist die angeschuldigte Person, so ist zu wiederholen, nicht beweispflichtig. In dem Augenblick nun, in dem der strafrechtliche Gutachter Daten zur Vorgeschichte und Befunde erhebt und hier notwendigerweise auch die Plausibilität und Konsistenz der Darstellungen prüft, welche die versicherte und jetzt beschuldigte Person als anspruchsbegründende psychische Störung geltend macht (oder geltend gemacht hat und bei Anerkennung der Berechtigung des Tatvorwurfs oder aus anderen Gründen jetzt nicht mehr geltend macht), *berührt seine Stellungnahme geradezu zwingend den Bereich des objektiven Tatbestands*. Auch wenn er sich streng an seiner Aufgabe orientiert, sich zu einer allein strafrechtlichen Fragestellung zu äussern, *droht der Gutachter gleichsam zum Ermittlungsbeamten zu werden*. Lässt er sich aber als Ermittlungsgehilfe benutzen, schafft er einen *Ablehnungsgrund*, obwohl er allein seine zentrale gutachterliche Aufgabe wahrnimmt, einen psychopathologischen Befund zu erheben, eine psychiatrische Diagnose zu stellen und innerpsychische Zusammenhänge darzustellen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er Widersprüche würdigt, statt sie zum Anlass für alternative Beurteilungen zu nehmen, und nicht erklärt, warum die Annahme der einen oder der anderen Darstellung zu unterschiedlichen psychiatrischen Schlussfolgerungen führt.⁵

Der Gutachter hat sich dieser Problematik bewusst zu sein und sich strikt an die Vorgabe zu halten, dass es nicht seine Aufgabe ist, die Konsistenz und Plausibilität von anspruchsbegründenden Darstellungen und medizinischen Belegen aus der Optik des psychiatrischen Experten im versicherungsrechtlichen Verfahren zu prüfen. Er hat sich vielmehr ganz auf die Aufgabe zu konzentrieren, Aussagen über eine allenfalls festzustellende psychische Störung zu machen, die möglicherweise Bedeutung für die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten der beschuldigten Person im Tatzeitraum und Bedeutung für die Legalprognose und Massnahmeindikation haben möchte. Das aber hat er unter

5 NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht. 3. Aufl., Stuttgart 2007, S. 15 f.

Einbezug aller Erkenntnismöglichkeiten aus Akten und Untersuchung zu tun. Wenn es hier *Teil seiner gutachterlichen Arbeit ist, die zur Verfügung stehenden Unterlagen – und d.h. auch die Akten der Sozialversicherung – auf ihre Konsistenz und Plausibilität hin zu prüfen*, so erfolgt diese Prüfung jetzt eben nicht mehr in Hinblick auf ihren Beweiswert für die sozialversicherungsrechtliche Entscheidung, sondern ganz *allein in Hinblick auf die Feststellung und Sicherung einer begründeten Diagnose und deren Bedeutung im Zusammenhang mit der strafrechtlichen gutachterlichen Fragestellung*.

Dass hier durch den Sachverständigen selbstverantwortlich erhobene, mit dem Gutachten in das Verfahren eingeführte Befundtatsachen gleichzeitig dann doch auch Erkenntnisse darstellen möchten, die das Tatgeschehen betreffen und als Zusatztatsachen verstanden werden können, bleibt immerhin möglich. Auch wenn sich der Gutachter um die Einhaltung der Grenze zwischen Befund- und Zusatztatsachen bemüht, wird er immer anzuerkennen haben, dass hier ein nur normativ zu bestimmender Spielraum bleibt.⁶

III. Notwendigkeit und Möglichkeiten der Plausibilitäts- und Konsistenzprüfung

Eine sorgfältige Gutachtenerstellung ist jedem Auftraggeber geschuldet und unabhängig vom Rechtsgebiet, in dem das jeweilige Gutachten angesiedelt ist. Aus Rechtsprechung und Lehre ergeben sich Standards, denen der Gutachter zu genügen hat, und aus der Sorgfaltspflicht ergibt sich nicht nur die Notwendigkeit eines kritischen Umgangs mit den Angaben des Untersuchten und den zur Verfügung stehenden Akten, sondern aus diesem kritischen Umgang auch die Forderung, dass die Äusserungen des Untersuchten und die Akten – nicht zuletzt Arztberichte, Zeugnisse und frühere Gutachten – *auf ihre Plausibilität und Konsistenz zu prüfen sind*.⁷ Diese Aufgabe stellt sich dem Gutachter in einem Strafverfahren so gut wie dem Sachverständigen bei versicherungsrechtlichen Fragestellungen, und sie ist auch im vorliegenden Zusammenhang lösbar:

Insoweit bei einer im strafrechtlichen Verfahren ganz anderen Zielrichtung der Fragestellung, als dies im versicherungsrechtlichen Verfahren der Fall wäre, und in Hinblick auf den subjektiven Tatbestand auch Störungen zu berücksichtigen sind, die gegenüber der Sozialversicherung als anspruchsbegründend behauptet worden sind (und möglicherweise ja auch dann vorliegen, wenn ihre

6 RÖSSNER, Grundlagen des Strafprozessrechts, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie Bd. 1, Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie, Berlin/Heidelberg 2007, S. 410 f.

7 So wäre z.B. die Äusserung eines Exploranden, er sei immer bewegt und nie niedergeschlagen, nicht nur darauf zu prüfen, ob sie tatsächlich so absolut gemeint war und solchenfalls in der Vorgeschichte eine Bestätigung oder eine Widerlegung findet, sondern auch hinsichtlich ihrer Bedeutung für seine allgemeinen Lebensvollzüge zu diskutieren.

Auswirkungen den geltend gemachten Anspruch nicht rechtfertigen), besteht kein Grund, warum sich der Gutachter nicht auch in Hinblick auf diese geltend gemachten Störungen um eine Symptomvalidierung und um Plausibilitäts- und Konsistenzprüfungen bemühen sollte: Diese Arbeit ist in Hinblick auf die Beurteilung jeder psychischen Störung zu leisten, ob sie nun beim Antrag auf Versicherungsleistungen eine Rolle spielte oder nicht.

Hier hat sich der Gutachter bewusst zu sein: Ein als vorhanden oder nicht vorhanden erkannter, operational definierter Untersuchungsbefund etwa auf der Ebene des Symptoms kann erst durch einen weiteren Erkenntnis-, aber auch Wertungsakt in seiner Bedeutung für eine allenfalls zu diagnostizierende Störung und für deren Auswirkungen auf die Lebensvollzüge des Untersuchten erfasst werden. Der Gutachter muss sich vor dem Bejahen oder Verneinen der Validität eines Symptoms oder eines Befundes seiner eigenen Haltung und der Forderung bewusst sein, einzig dem Interesse an einer dem Stand der Lehre und der Rechtsprechung genügenden Expertise verpflichtet zu sein. Er muss sich der Möglichkeit bewusst sein, dass er unwägbare Werteentscheidungen als empirisch wissenschaftliche Erkenntnisse ausgibt, er muss die Grenzen seiner wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeiten sehen (und vor allem auch akzeptieren), und er muss die Vorwegnahme normativer Entscheidungen vermeiden.

Gelingen dem Gutachter die strikte Konzentration auf die strafrechtliche Fragestellung und die Reflexion der eigenen Emotionalität, weiss er um die Beurteilungsvarianz, der sein Gutachten unterliegt,⁸ und ist er sich bewusst, dass auch sein Gutachten – trotz aller Bemühungen um höchstmögliche Objektivität – eben doch nicht ohne persönliche Werteentscheidungen zustande kommen wird, wird er in ausschliesslichem Blick auf die strafrechtliche Fragestellung nicht nur die aktuell erhobenen Befunde und Angaben, sondern auch alle Akteninhalte der notwendigen Plausibilitäts- und Konsistenzprüfung unterziehen können. Es ist dabei durchaus seine Aufgabe, Plausibilitätslücken (auch in früheren Gutachten und Zeugnissen) und Inkonsistenzen zu erkennen, Widersprüche innerhalb der Untersuchung und gegenüber den Akten aufzuzeigen und Zweifel zu benennen.

Die Notwendigkeit, sich um Objektivierung zu bemühen, eine selbstverständliche Aufgabe des Gutachters, bezieht sich natürlich nicht etwa nur auf wenig gut fassbare somatoforme Störungen:⁹ Zwar ist das (tatzeitaktuelle – und das heisst beim Vorwurf eines Sozialversicherungsbetrugs immer auch langfristige –) Vorhandensein psychopathologischer Auffälligkeiten Voraussetzung

8 RIEMER-KAFKA (Fn. 4), S. 151.

9 Wenn sich das Bundesgericht in BGer, 30.8.2010, 9C_510/09 auf sozialversicherungsrelevante somatoforme Schmerzstörungen und auf einen bunten Störungskatalog unter Einschluss blosser Befindlichkeitsstörungen bezog, so forderte es z.B. gerade in Hinblick auf Schmerzangaben sogar Objektivierungen dessen, was definitionsgemäss an sich nicht objektivierbar ist.

für die Diagnose einer psychischen Störung, doch kann diese nicht per se, sondern erst aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten des Betroffenen Bedeutung erlangen.

Konsistenzprüfungen stellen – gänzlich unabhängig vom jeweiligen rechtlichen Rahmen – eine Arbeit des genauen Hinsehens, Vergleichens und Abwägens dar. Die Konsistenzprüfung verlangt nach einer kritischen Zusammenschau aller verschiedenen Informationsquellen¹⁰ – aus Exploration, Verhaltensbeobachtungen, Abklärungen und gutachterlicher Wissensbasis. Zu unterscheiden ist zwischen einer internen Inkonsistenz innerhalb der Beschwerdeschilderung – etwa in Form wechselhafter, vager und unpräzise-ausweichender Darstellungen – und einer externen Inkonsistenz. Diese kann sich zwischen Selbstschilderung und fremdanamnestischer Darstellung unter Einschluss der Aktenlage, zwischen dem Ausmass der geschilderten Beschwerden und der Intensität der bisherigen Inanspruchnahme therapeutischer Hilfe, zwischen der subjektiven Beschwerdeschilderung und dem objektiven psychischen Querschnittbefund, zwischen der Art der beklagten Beschwerden und des Beschwerdeverlaufs einerseits und dem typischen Beschwerdebild und Beschwerdeverlauf andererseits oder zwischen dem beklagten Leidensausmass und der fehlenden Erkennbarkeit des Leidensdrucks darstellen¹¹.

In jeder gutachterlichen Untersuchung unterliegen wohl alle Äusserungen eines Untersuchten der Möglichkeit von *Antwortverzerrungen* – auch wenn diese Antwortverzerrungen bei einer wegen Sozialversicherungsbetrugs beschuldigten Person andere sind, als sie sich bei derselben Person in einer versicherungsrechtlich begründeten Untersuchung gezeigt haben oder zeigen würden. Es gehört aber nicht nur zur Aufgabe des Gutachters zu versuchen, die Konsistenz eines Symptoms auf der operationalisierten, der emotionalen und der tatsächlichen Ebene der allgemeinen und alltäglichen Lebensvollzüge zu prüfen und Inkonsistenzen als Teil des Befundes zu benennen und zu diskutieren. Die Konsistenzprüfung bezieht sich auch auf die weiteren Äusserungen des Exploranden, die im Querschnittbefund gemachten Beobachtungen und die aus den Akten und von dritter Seite erhaltenen Informationen. Sie bezieht sich selbstverständlich nicht nur auf Antwortverzerrungen, wie sie geradezu «automatisch» schon aufgrund der jeweiligen emotionalen Beschaffenheit des Untersuchten zu erwarten sind. Sie bezieht sich auch auf *Aggravierungen* und dann auch auf *Simulationen*.¹²

10 PHILIPP, Zur Bedeutung der objektivierten Beschwerdeschilderung für die psychiatrische Rentenbegutachtung, Med Sach 106 (2010), S. 181–186.

11 PHILIPP (Fn. 10), S. 183.

12 Die Tendenz des Exploranden, Beschwerden und Beeinträchtigungen ergebnisorientiert vorzutragen, ist durchaus nachvollziehbar. Verdeutlichungstendenzen sind üblich und entsprechen dem Versuch, den Untersucher von der Bedeutung des eigenen Leidens zu überzeugen. In der Aggravation werden tatsächliche Beschwerden bewusst verschlimmert und

So ist z. B. zu fragen, ob sich eine geltend gemachte Beeinträchtigung in der Vergangenheit tatsächlich manifestiert hat und ob sich eine kürzlich und recht plötzlich eingetretene Besserung auch in den beigezogenen Krankengeschichten widerspiegelt – oder ob sich dort etwa der Hinweis auf unveränderte Klagen findet: Auch im Verschweigen muss nicht eine Dissimulation, sondern kann auch die Simulation eines angeblich bestehenden Zustands liegen. Wird Simulation erkannt, muss sie benannt werden, und werden Widersprüche erkennbar, die medizinisch nicht erklärbar sind, ist der ausdrückliche Hinweis darauf ebenso notwendig, wie die Feststellung, welche Bedeutung ein medizinisch nicht erklärbarer Widerspruch für die Beurteilung hat.

Insoweit auch Selbstschilderungen für die Diagnose einer Störung und die Feststellung ihrer Auswirkungen auf das kognitive und voluntative Vermögen eines Betroffenen zu beachten sind, muss jeder Zweifel benannt werden und müssen subjektive Erlebensschilderungen validiert werden, um dem Anspruch auf Objektivierung zu genügen – all dies unter Beachtung der wechselseitigen Einflussnahme, die Gutachter und Explorand aufeinander ausüben.

Selbstverständlich hat der Gutachter auch zu versuchen, den Querschnittbefund der Untersuchung und aktuelle Beobachtungen und Angaben in Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit einem Längsschnittbefund einzuordnen. Und er hat sich zu fragen, in welcher Art und in welchem Ausmass die von ihm beobachteten oder ihm angegebenen Symptome den Selbst- und Weltbezug des Untersuchten massgeblich prägen.

Gelegentlich kann es auch im strafrechtlichen Gutachten hilfreich sein, die sogenannten Foerster-Kriterien¹³ zu beachten – im Wissen, dass ihre Validität trotz ihrer Stellung in der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung als umstritten gelten kann, und sie, so geeignet sie als Prognosekriterien sein mögen, keine sicheren Aussagen über die spezifischen Fähigkeiten des Antragstellers erlauben.¹⁴

überhöht dargestellt und bei der Simulation nicht vorhandene Beschwerden oder Störungen zu bestimmten und klar erkennbaren Zwecken – dies gilt auch für den Verlauf einer Störung! – bewusst und absichtlich vorgetäuscht.

13 FOERSTER, Begutachtung bei sozialrechtlichen Fragen, in: Foerster/Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl., München/Jena 2009, S. 659–693: Insbesondere psychiatrische Komorbidität, begleitende körperliche Erkrankungen, Verlust der sozialen Integration, mehrjähriger ungünstiger Verlauf ohne längere Remissionen, unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz durchgeführter angemessener Behandlungen, gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen und ausgeprägter sozialer Krankheitsgewinn gelten in Hinblick auf die versicherungsrechtlich geltend gemachte Störung als die Prognose belastend; bei der strafrechtlichen Begutachtung stellen diese Faktoren zumindest einen Hinweis auf die mögliche Bedeutung des Erlebens dar, das zum – jetzt als betrügerisch vorgeworfenen – Leistungsanspruch führte.

14 MARELLI, Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im Grenzbereich von Psyche und Soma, SAZ 89 (2008), S. 1140–1143.

Grosse Zurückhaltung hat der Gutachter hingegen gegenüber dem Einsatz testpsychologischer Instrumente oder gar Fragebögen zu beachten – jene sind in hohem Mass anfällig für schlechtere Leistungsergebnisse als tatsächlich möglich, während Frage- und Selbstbeurteilungsbögen Antwortverzerrungen in die Richtung der Dissimulation und der Simulation erlauben und grundsätzlich manipulier-, aber auch trainierbar sind.

Möglichst viele Instrumente einzusetzen, verträgt sich mit Validierungsbemühungen nicht: Je mehr Instrumente zum Einsatz kommen, umso grösser sind nicht nur die manipulativen Möglichkeiten. Bei Validierungstests kommt es zwangsläufig zu falsch positiven Ergebnissen, und zwischen Spezifität und Sensibilität eines Verfahrens besteht eine gegenläufige Abhängigkeit. Das Problem wird bei Verwendung mehrerer Validierungstests nicht gelöst, sondern verschärft: Sobald auch nur ein Test positiv ist, und je sensitiver das Verfahren ist, umso grösser ist die Zahl falsch positiver Werte.¹⁵

Kommen aber in der Untersuchung Testverfahren zum Einsatz, müssen selbstverständlich auch sie – dies gilt insbesondere auch für neuropsychologische Tests – einer Konsistenzprüfung unterzogen werden. Immer zu beachten bleibt: Die Ergebnisse testpsychologischer Untersuchungsverfahren reichen nicht über eine detaillierte biographische orientierte Exploration hinaus, und psychologische Tests zur Beantwortung irgendeiner rechtlichen Fragestellung gibt es nicht¹⁶.

Es könnte hier der Eindruck entstehen, Plausibilitäts- und Konsistenzprüfung berührten den Bereich *aussagepsychologischer Begutachtung*. Ein solcher Eindruck wäre falsch, indem der Untersuchungsansatz bei der Begegnung mit der beschuldigten Person ganz anders ist, als es bei einer aussagepsychologischen Begutachtung der Fall wäre. Wenn es allein um die Frage einer umfassenden und kritischen diagnostischen Beurteilung geht, sind Feststellungen zu Aggravationen, Simulationen und Dissimulationen die Wiedergabe eines Befunds. Sie beziehen sich nicht auf eine Fragestellung, welche die Prüfung der Glaubhaftigkeit (eines Zeugen) betrifft und methodisch die Etablierung einer Nullhypothese und zu prüfen verlangt, inwieweit Realitätskriterien vorhanden sind und Phantasiemerkmale fehlen,¹⁷ sondern allein auf die Validierung medizinisch-psychiatrischer Untersuchungsergebnisse.

15 MEINS, Grenzen und Irrwege psychiatrischer Begutachtung, Med Sach 106 (2010), S. 153–157.

16 FOERSTER (Fn. 13), S. 25 f.

17 Der Feststellung bei WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, forumpoenale 2010, S. 45, wonach «die Rahmenbedingungen und die Methode der Begutachtung, wie sie für psychiatrische Gutachten gelten [...] auch für aussagepsychologische Gutachten Anwendung (finden)», ist zumindest insofern zu widersprechen, als – in der Umkehr – die Rahmenbedingungen und die geltende Methode der aussagepsychologischen Begutachtung andere sind als beim psychiatrischen Gutachten.

IV. Diagnostische Beurteilung im Rahmen der strafrechtlichen Fragestellung

Die Frage nach der *Diagnose* wird dann nicht dadurch beantwortet, dass der Gutachter die im Zusammenhang mit dem Antrag auf Versicherungsleistungen geltend gemachte Diagnose aufgrund eigener Untersuchungen bejaht oder verneint (und allein aus ihr war ebenso wenig ein Leistungsanspruch herzuleiten, wie jetzt eine Aussage zu kognitiven und voluntativen Beeinträchtigungen). Sie ist auch nicht damit beantwortet, dass das Vorliegen einer psychischen Störung jenseits der seinerzeit geltend gemachten bloss bejaht und mit einem Krankheitsbegriff benannt wird (wird aber das Vorliegen einer psychiatrisch diagnostizierbaren Störung überhaupt verneint, gibt es, wie erwähnt, ohnehin keine forensisch-psychiatrischen Aussagemöglichkeiten). Vielmehr hat neben die Diagnose (anzumerken ist: Auch bei Benutzung deskriptiver Klassifikationssysteme wie dem ICD-10 leiden psychiatrische Diagnosen unter einer unbefriedigenden Reliabilität¹⁸) immer auch die Einschätzung des *Schweregrads der diagnostizierten Störung* zu treten: Der Gutachter hat sich zu den mit ihr einhergehenden und durch sie verursachten Folgen zu äussern und sich dabei nicht allein auf die Beschwerdeschilderung zu beziehen, sondern auf einen objektivierbaren psychopathologischen Befund, an dem auch alle subjektiven Angaben des Exploranden zu messen sind.¹⁹ Er muss also nicht nur prüfen, ob sich aus den Angaben des Untersuchten und aus den sie bestätigenden oder verneinenden Akten die Berechtigung einer Diagnose herleiten lässt (allenfalls eben auch die der gegenüber der Sozialversicherung geltend gemachten). Vielmehr muss er auch Stellung nehmen zur Frage, inwieweit die diagnostizierte Störung Auswirkungen auf das Erleben, das Handeln und die alltäglichen Lebensvollzüge der beschuldigten Person hat oder eben nicht hat. Andernfalls kann er keine hinreichenden Aussagen über ihre einsichts-, handlungs- und prognoserelevante Bedeutung machen.

Dies kann nun eben durchaus auch bedeuten, dass der Gutachter aufgrund seiner Untersuchung zu Befunden und zu einer diagnostischen Beurteilung gelangt, die dem mit dem Tatvorwurf bezeichneten objektiven Tatbestand – soweit sich dieser auf Diagnose und Auswirkungen der geltend gemachten Störung bezieht – widersprechen (indem nämlich die gefundene Störung so schwerwiegend ausgeprägt ist, dass sie zu einem solchen Mass an Beeinträch-

18 MEINS (Fn. 15), S. 153. Immer wieder darauf hinzuweisen ist, dass deskriptiv angelegte Klassifikationssysteme wie das ICD-10 keine nosologischen Systeme sind und nichts über die Bedeutung des jeweiligen Krankseins aussagen. Dazu kommt, dass gutachterliche Entscheidungen in einem multivarianten Bedingungsraum erfolgen, und zwingende Schlussfolgerungen sind angesichts der Vielfalt zu berücksichtigender Informationen grundsätzlich nicht möglich. Was aber möglich ist, ist eine Darstellung, welche geeignet ist, die Grundlagen für eine normative Beurteilung zur Verfügung zu stellen.

19 FOERSTER (Fn. 13), S. 659–693.

tigungen führt, wie im versicherungsrechtlichen Antrag behauptet). Ist dies der Fall, muss der Gutachter entscheiden, ob er sich in dieser Situation ausserstande sieht, die Bearbeitung des Gutachtensauftrags weiter zu verfolgen, oder ob er unter Benutzung einer Alternativhypothese gleichwohl Aussagen über die ihm vorgelegten Beweisthemen machen kann. Aus seiner strikten Orientierung an der strafrechtlichen Fragestellung ergibt sich, dass er keinesfalls eine Stellungnahme etwa zu versicherungsrechtlichen Themen abgibt (obwohl er durchaus Angaben über Auswirkungen der diagnostizierten Störung auf die Arbeitsfähigkeit der beschuldigten Person zu machen hat, indem er bei der Prüfung, wie sich die diagnostizierte Störung im Alltag der beschuldigten Person manifestiert, den Arbeitsbereich nicht ausser Acht lassen darf): Er hat sich einer Umschreibung des zumutbaren funktionellen Leistungsvermögens zu enthalten, und er hat sich des Umstands bewusst zu sein, dass das Urteil des Strafgerichts nicht notwendig die versicherungsrechtliche Entscheidung bestimmt, einem geltend gemachten Anspruch zu entsprechen, ihn nicht anzuerkennen oder nach früherer rechtskräftiger Verfügung neu und anders zu beurteilen.

Indem sich der Gutachter aber jeder Stellungnahme zur versicherungsrechtlichen Bedeutung seiner umfassenden diagnostischen Beurteilung enthalten hat und sich ganz auf die Aufgabe des strafrechtlichen Gutachters konzentriert hat, Befunde zu erheben, in ihrer Bedeutung zu diskutieren und diagnostische Überlegungen unter Einschluss einer Bestimmung von Schweregraden anzustellen, hat er es vermieden, sich – in unzulässiger Weise – zum objektiven Tatbestand zu äussern. Inwieweit das Strafgericht in den Feststellungen des Gutachters dann Zusatztatsachen erkennen möchte, liegt ganz in dessen Ermessen und entzieht sich den Beurteilungsmöglichkeiten des Gutachters.

Angehörige der Justiz und ihr Auftrag

Zur gut scheinenden Verwendung des Juristen – eine linkswissenschaftliche Abhandlung

VON VERA DELNON

I. Vom noch unerkannten Nutzen des Juristen an sich

Fahndet man in den Bibliotheken unseres Landes, die auch mit ausländischem Schrifttum reich bestückt sind, so lässt sich darin nichts Brauchbares finden, was über den Nutzen des Juristen an sich und über seinen tieferen Verwendungszweck in unserer Gesellschaft näheren Aufschluss gäbe.

Es ist natürlich Zufall, soll aber der akademischen Gründlichkeit wegen nicht verhehlt sein: Unter allen Geistes- und Naturwissenschaften verlangt nur die Jurisprudenz keine besondere Begabung in den herkömmlichen Schulfächern. Das hat in den wenig informierten Bevölkerungsteilen Anlass zu Fehlüberlegungen gegeben, die gleich vorweg richtigzustellen sind. Entgegen der herkömmlichen Auffassung ist es keineswegs so, dass der Jurist nur deshalb zu seiner Berufung findet, weil er ausser im Singen, im Zeichnen und in der Religion keine herausragenden Leistungen erbracht hat. Ein solcher Kurzschluss wäre völlig abwegig: Den Juristen kennzeichnen nämlich besondere Wesensmerkmale, mit welchen er reichlich gesegnet ist. Richtig betrachtet, bergen genau diese Charakterzüge die Zeichen *wahrer* Intelligenz.

Dass über den Nutzen des Juristen im Allgemeinen und als wichtige Stütze unseres Staatswesens im Besonderen bisher keine vertiefte wissenschaftliche Untersuchung stattgefunden hat, kann man nur als schmerzliche Lücke im Erkenntnisstand der heutigen Gesellschaft beklagen. Mit der vorliegenden Pionierarbeit soll daher ein erster Denkanstoss in die richtige Richtung gegeben werden. Aus Platzgründen muss der Untersuchungsgegenstand dieser Abhandlung aber auf den Kreis der in der Justiz tätigen Juristen beschränkt bleiben.

II. Der Jurist und seine Welt

Der Jurist begreift die Welt und das Leben als Ordnung. Daher sieht er es als seine Pflicht, in der Welt und in anderer Leute Leben Ordnung zu schaffen.

Es mag sein, dass auch Angehörige anderer Berufsgruppen in gewisser Hinsicht Ordnung schaffen möchten. Man denke etwa an die Raumpflegerin, den Müllmann oder den Mediziner; Physiker aller Gattungen ringen zumindest um ein Verständnis der Ordnung in Mikrokosmos und Kosmos. Zur Ausübung jener Berufe reichen aber normale Schulfähigkeiten und pure Muskelkraft völlig aus.

Solch gewöhnlicher Attribute bedarf der Jurist nicht – daher verzichtet er oft von vornherein auf deren Erwerb.

Die Ordnung, die der Jurist zu schaffen und zu bewahren hat, ist mit banalen Schulfähigkeiten nämlich nicht zu meistern, im Gegenteil. Gewöhnliches Wissen könnte seinen staatstragenden Auftrag behindern, wenn nicht gar gefährden.

Wie sagte es schon Rudolf von Jhering um die Jahrhundertwende treffend:

«Gegenüber dem, was das Leben verlangt, kann keine angebliche Logik des Rechts aufkommen, und für den Verkehr ist es vollkommen gleichgültig, ob der Jurist die Anforderungen desselben konstruieren kann oder nicht.»

Seither hat es keine neuen Erkenntnisse gegeben. Dieser Grundsatz gilt daher noch heute. Steht also schon der einfache Jurist vor einer grossen Aufgabe, so gilt das erst recht für den in der Justiz tätigen Juristen. Allein dieser einfache Gedankengang führt uns bereits zur Kernfrage, die sich eigentlich jeder Mitbürger täglich stellen müsste.

III. Wie meistern Anwälte, Staatsanwälte und Richter ihren gewichtigen Auftrag?

Anwälte, Staatsanwälte und Richter sind in erster Linie *mutige* Männer und Frauen. Sie versuchen sich nicht nur am Regeln und Ordnen des Lebens an sich, was allein schon eine Aufgabe von unermesslicher Grösse ist, nein. Sie wollen das Leben *beurteilen*, nachdem es – ohne sie – längst stattgefunden hat.

Gut, es gibt die Zeugen. Die waren dabei und haben etwas gesehen oder gehört – aber wovon, verstehen sie in der Regel nicht. Für das bessere Verständnis der Sache ruft man die Sachverständigen. Die waren zwar nicht dabei, aber sie verstehen etwas von dem, was ein Zeuge gesehen oder gehört hat. Der Richter nun soll beurteilen, was er weder gesehen noch gehört hat, und von dem er auch nichts versteht. Zum Glück sind jetzt die Staatsanwälte und die Verteidiger zur Stelle, die hilfreich einspringen und dem Richter allerlei Entscheidungsvarianten an die Hand geben. Auch sie waren natürlich nicht dabei, als der relevante Lebensvorgang stattfand. Das ist wahrer Mut.

Zur Bewältigung so komplexer Aufgaben bedarf es einer schicksalsergebenen Grundhaltung und eines unbeugsamen Charakters: frei von kleinlichen schulmässigen Bedenken, ohne Zaudern, ohne Skrupel, ohne Wissen – klares, eindeutiges Urteilen ist gefragt. Zu Recht sagt sich der in der Justiz tätige Jurist: Jemand mit einer Uhr weiss, wie spät es ist. Jemand mit zwei Uhren ist sich nie sicher.

Auf dem starken Fundament vorgenannter Erkenntnis verschreibt sich der Jurist umso entschlossener seiner Aufgabe, die unzähligen Vorgänge des Lebens zu erfassen und als gleich unter die ihm bekannten Gesetze rechtlich einzuordnen, gänzlich unbelastet davon, ob ihm die Vorgänge wirklich verständlich sind.

Die Menschheit hat einen zentralen Anspruch auf Rechtssicherheit. Diesen umzusetzen verlangt unerschütterliche Entschlusskraft, ein weiterer Charakterzug, der bei vielen in der Justiz tätigen Juristen weit verbreitet ist.

IV. Vom einzigartigen Charakter des Juristen

Es ist somit dieser herausragende Charakter mit den unverkennbaren Wesenszügen, die speziell den in der Justiz tätigen Juristen ausmachen. Nebst Mut und Entschlossenheit verfügt er oft noch über weitere Talente.

Der Jurist hält auf saubere Verhältnisse. Recht und Ordnung muss sein. Gesetzeskenntnisse sind nützlich; sie erleichtern ihm die Rechtsfindung. Fehlen solche, erfindet er die Grundlagen durch Exegese nötigenfalls auch selber. Dafür greift er durchaus auch auf originelle und kreative Lösungsansätze zurück, wobei ihm sein Vorstellungsvermögen und eine reiche Phantasie zu Hilfe eilen (im Strafrecht ist allerdings streng auf einen Hang zu schlechter Phantasie zu achten). Die genannten Begabungen verleihen dem Juristen etwas Künstlerisches. Eine Neigung zu Scharfsinn, Anflüge von Logik und Abstraktionsvermögen lassen in ihm die Züge eines Denkers erkennen. Seine Fähigkeit, sich in etwas hineinzufühlen, erspart dem Juristen die Erarbeitung von Grundkenntnissen in sämtlichen Lebensbereichen. Er kramt gerne in den Geheimnissen anderer Leute und erzählt diese nur unter dem Siegel des Amts- oder Berufsgeheimnisses weiter. Ausserdem verfügt er über Gerechtigkeitssinn und ist getragen von seiner Liebe zur Wahrheit. Wenn allerdings seine Vorstellung von der Wirklichkeit abweicht – umso schlimmer für die Wirklichkeit.

Die Ausprägung der genannten Charaktermerkmale ist natürlich von Jurist zu Jurist verschieden. Der eine zeigt mehr Affinität zum Ordnungssinn, der andere mehr Einfallsreichtum, der Dritte liebt vor allem die sprachliche Erfassung des Unfassbaren oder die geistige Durchdringung des Nichts. Allen Juristen aber ist ihr Wille gemeinsam, sofort und bar allen Wissens das Wesentliche zu erkennen und ihr Urteil abzugeben. Sie entscheiden selbst dann, wenn sie jede Übersicht verloren haben, denn ein rascher Fehlentscheid spart immerhin Zeit.

Die Sprache ist das Werkzeug des Juristen. Sein Wort ist sein Schwert. Von daher erkennt man die vorherrschenden Anlagen im Juristen schon früh, wenn man nur auf seine Sprache achtet.

V. Das Potenzial im juristischen Nachwuchs

Während des Studiums wird der juristische Nachwuchs in die Geheimnisse der Rechtswissenschaft eingeweiht. Da der Ius-Student im Studium eher nicht durch profanen archivarischen Fleiss imponiert, stellt die Wissensvermittlung der Rechtskunde für die Rechtslehrer an unseren Universitäten jeden Tag eine neue Herausforderung dar. Dafür stehen die grundlegenden Charaktereigen-

schaften der Rechtsstudenten schon in den ersten Semestern in voller Blüte. Dies sieht man eindrücklich an den Prüfungsarbeiten und Übungsfällen. Diese geben der Elite der Justiz von morgen genügend Gelegenheiten, den Stand ihrer Rechtskenntnisse mit dem Potential ihrer Wesensmerkmale zu verbinden.

Wie üblich im Rahmen einer wissenschaftlichen Untersuchung kann die vorliegende Analyse nur auf der Grundlage tragfähiger Beweise erfolgen. Wir greifen daher ausschliesslich auf Originalzitate zu, die – um auch dem Datenschutz zu entsprechen – natürlich anonymisiert sind. Besonders erfreulich ist dabei die Tatsache, dass die Urheber der nachfolgenden Zitate längst zu tragenden Säulen unserer Gesellschaft geworden sind.

VI. Sprich, damit ich Dich sehe!

Das Studium der hör- und lesbar gemachten Gedankenwelt gibt uns bereits früh präzise Einblicke in die tieferen Qualitäten des künftigen Justizdieners. Das Studium solcher Zitate erlaubt es auch, das bisher erst theoretisch Besprochene über das Wesen des Juristen anhand konkreter Beispiele aus der Praxis zu verifizieren und zu vertiefen.

Bei vielen Studenten der Rechtswissenschaften tritt bereits zu Beginn eine starke Verbindung zwischen Kopf und Herz in Erscheinung. Schon beim ersten Übungsfall im Strafrecht aus dem Drogenmilieu werden daher alle denkbaren Aspekte in die Überlegungen mit einbezogen und sofort umgesetzt:

Lukas hat eine gewöhnliche Heroinsucht.

Lukas beging die Diebstähle, um seine Heroinsucht zu «mildern». Also ist ein Strafmilderungsgrund gegeben.

Wichtig ist, dass Lukas nicht aus Gewinnsucht stiehlt, sondern um seine Drogenbedürfnisse zu decken.

Lukas ist evtl. vermindert zurechnungsfähig. Actio libera in causa ist nicht anzunehmen, da er sich Heroin spritzte, um die Diebstähle zu begehen.

Handelt er gewerbsmässig? 7000 Franken Beute sind für einen Heroinsüchtigen nicht besonders viel, und es ist fraglich, ob er sich damit genügend Stoff verschaffen konnte. Also ist Gewerbsmässigkeit nicht gegeben.

Der bedingte Strafvollzug ist nicht möglich, da Lukas keine positive Zukunft zu erwarten hat.

Die Aneignung zeigt sich im forttransportieren der Fernser. (Andere Variante des Studenten: der Fernseh)

Wenngleich die vorstehenden Beispiele den letzten Schliff an juristischer Feinarbeit noch vermissen lassen, so offenbaren sie doch bereits erste Anzeichen für das Format eines künftigen Richters, Anklägers oder Verteidigers. Sogar der erst- und der zweitinstanzliche Richter ist in seiner Anlage schon früh zu erkennen.

Bei einigen Studenten sind auch Scharfsinn und kohärente Gedankenführung zu entdecken. Das sei an folgendem Übungsfall aufgezeigt: Ein Personenwagen verlor bei der nächtlichen Kollision mit einer Leitplanke die Stossstange samt Kontrollschild. Der rechte Scheinwerfer wurde zerstört. Der Lenker – unklar, ob der Halter oder dessen Freund – fuhr weiter. Am Morgen wurden die beiden in der Wohnung des Halters von der Polizei aufgesucht.

Objektiv ist der Tatbestand von Art. 93 Ziff. 2 SVG erfüllt: P wusste von der geminderten Leuchtkraft seines Autos. Er wusste, dass sein rechter Scheinwerfer nicht mehr funktioniert ... Rechtfertigungsgründe lassen sich beim defekten Scheinwerfer anbringen. Für das Fehlen der vorderen Stossstange mit dem Kontrollschild gibt es hingegen keine Rechtfertigungsgründe. Er hätte sie im Wagen mitführen können und müssen.

Ohne archaischen Willen dürfte die Führung eines Fahrzeuges nicht möglich sein. Dieser wiederum setzt das Wissen um das Fahren voraus.

Weiter meint das Bundesgericht, ein kleiner Sachschaden reiche nicht aus zur Annahme, eine Blutprobe sei von Nöten. ... Dem Täter kann schliesslich nachgewiesen werden, dass er mindestens 1,37 Promille im Blut hatte, also entschied der Alkohol wohl mit, die Unfallstelle zu verlassen.

Zur Würdigung der Falschaussage von P in gleicher Sache und zur Frage der Begünstigung:

Hier läuft der Hase gleich wie bei der Irreführung der Rechtspflege. P will D sogar decken.

Es soll durchaus noch vorkommen, dass es Menschen gibt, die die Wahrheit lieben, trotzdem aber eine Lüge auf sich nehmen, um ihrem guten Freund nicht von hinten in den Rücken zu fallen.

Beim weckenden Polizeibesuch waren P und D so überrascht, dass eine normale Person in der gleichen Lage schwer lügen könnte. Eine glaubhafte Lüge in derselben Lage ist möglich, aber den Umständen entsprechend unwahrscheinlich.

Bei der Schuld lässt sich diskutieren, ob allenfalls die mangelnde Fahrerfahrung von D Einfluss auf sein Verhalten hatte. Gerade aber dadurch,

dass er illegal unterwegs war, hätte er ja besondere Vorsicht walten lassen müssen.

Von Anfang an werden auch Fremdwörter und Fachjargon eingeübt und mit rechtswissenschaftlicher Grundlagenarbeit verknüpft:

Die Gewerbsmässigkeit ist zu verneinen, da Albert sein Derelinquieren nicht nach der Art eines Berufes ausübt.

Beim Tatbestand des Mordes handelt es sich um eine Spezialität.

Die differenzierte Gedankenführung bei der Analyse des Sachverhalts und der Subsumtion in Verbindung mit einem bildhaften Ausdrucksvermögen weisen auf kommende Richterqualitäten hin:

Das Verschulden der zusätzlich erfüllten Straftat erscheint neben der Schuld an der Haupttat, des FiaZ (Fahren in angetrunkenem Zustand), geradezu als unter der Helligkeit der Hauptschuld verblappend.

Es liegt ein unechtes Unterlassungsdelikt durch Arbeitsvertrag vor.

Allenfalls zu prüfen ist, ob die völlige Überschuldung eine derartige Intensität erreicht, um nach Art. 11 StGB eine verminderte Zurechnungsfähigkeit annehmen zu können.

Die Gehilfenschaft geht m.E. in der Mittäterschaft unter.

Die eher pragmatische Sicht mit ihrem lösungsorientierten Vorgehen lässt uns sofort an die Qualitäten eines erstinstanzlichen Richters denken:

Ohrfeigen stellen Täglichkeiten im Sinne des Gesetzes dar (Art. 126 StGB).

Der Richter sollte bei der Strafzumessung auf die Drogensucht des Angeklagten Rücksicht nehmen. Der Drogenkonsum kostet nun mal so viel Geld, dass man ihn, wenn man abhängig ist, fast nicht mehr durch verdientes Geld bezahlen kann. Es ist also Art. 11 StGB (verminderte Zurechnungsfähigkeit) anzuwenden.

Die Verknüpfung des Beweisergebnisses mit den Erkenntnissen aus der allgemeinen Lebenserfahrung lässt die Befähigung zum zweitinstanzlichen Richter erkennen:

Anstiftung eines anderen Menschen, einen Menschen zu töten durch Erschiessen. Das Vorgehen wird auf skrupellose Weise begangen, denn das Opfer hat keine Möglichkeit, sich zu wehren, da es erschossen wird.

Wie ist das Verhalten der attraktiven Gina zu würdigen, der ein Autoverkäufer einen übersetzten Preis für ihren Wagen gewährt, um ihre Gunst zu erlangen? Schönheit ist absolut legal, so dass keine Anstiftung vorliegt.

Gina handelt jedoch im Notstand, da sie ihr Leben und ihre Gesundheit schützen will. Diese sieht sie durch ihren ausser Kontrolle geratenen Gatten in Gefahr.

Höhere Anforderungen stellt auch das Einfühlen in den inneren Tatbestand. Zwei vielversprechende Anwärter auf einen Sitz im Obergericht zeigen dies eindrücklich an einem Übungsfall betreffend Fahren in angetrunkenem Zustand:

Es ist indes äusserst schwierig, dem P dies nachzuweisen. Er wird sich vermutlich nicht direkt vorsätzlich im Zustand der Angetrunkenheit hinters Steuer gesetzt haben, um mit erklärtem Willen besoffen in der Gegend herumzukurven.

Diese Sichtweise ist jedoch problematisch bei der individuellen Betrachtung des inneren Tatbestandes von P. Man muss sich in Erinnerung rufen, dass P zwar mindestens einen Blutalkoholgehalt von 1,37% hatte, was schon bedingt, dass man eine stattliche Menge alkoholischer Getränke kippen muss.

Der künftige Rechtsanwalt hingegen beeindruckt mehr durch wortgewandte Rhetorik und Vorstellungskraft als mit öder Gesetzeskenntnis. Verteidigen liegt ihm im Blut. Aus Übungsfällen im Strafrecht:

Selbstbegünstigung bleibt straflos. Es ist nämlich ein Trieb im Menschen, sich von negativen Einflüssen zu befreien.

Der Tod tritt aus anderen Gründen ein, die nicht seiner Schuld bedürften.

Der subjektive Tatbestand scheint durch P's Alkoholkonsum beeinflusst.

Leider schweigen sich die wenigen im juristischen Seminar überhaupt auffindbaren Lehrbücher über die nähere Erklärung dieses Art. 95 SVG aus.

Sollte dies tatsächlich der Fall sein, so würde dem D der Art. 64 letzter Satz zu Hilfe eilen, in welchem dem jugendlichen Täter fehlendes Unrechtsbewusstsein zu Gute kommt.

Es leuchtet sicher allen Lesern ein, dass die Annahme der Fahrlässigkeit hier zu bejahen ist.

Der harte Zugriff auf den Verdächtigen kennzeichnet den künftigen Staatsanwalt. Seine Stärken liegen vor allem in seinem Mut, seiner Kraft und Tatkraft. Dass er den Kopf durch den Kehlkopf ersetze, stimmt nicht. Zudem hat er auch ein gutes Herz, vor allem für Angehörige des Strafverfolgungsapparates.

Hulliger ist Etagenkellner. Also ist ihm die Etage anvertraut. Er hat sie nach Sachverhalt veruntreut.

Franz beging Art. 143 StGB in Zürich. Art. 180 schickte er in Zürich ab und der Erfolg trat in Bülach ein.

Meier ist in einem Warenhaus als Chefmagaziner angestellt, was bereits als objektives Tatbestandselement zu betrachten ist.

Da Meier als Chefmagaziner berufsmässiger Vermögensverwalter ist, erfüllt er sogar den qualifizierten Tatbestand von Art. 140 Ziff. 2 StGB.

Die Strafe ist nur aufgeschoben, nicht aufgehoben.

Als Pfleger ist er verpflichtet, das Leben der Patientin länger als möglich zu bewahren.

Gemäss Sachverhalt wurden die Strafen nicht aneinander vollzogen.

Rückfall ist gegeben: Lukas hat 3 Jahre seit der letzten Gefängnisstrafe verbüsst.

Krull ist in Handschellen, als Polizist Wacker die Beschimpfung «Sauschwabe» austeilt. Damit weiss Wacker, dass Krull sich nicht wehren kann und missbraucht damit seine Amtsgewalt. Allerdings ist der Nachteil, der dem Krull zugefügt wird, nicht dergestalt, dass Art. 312 StGB zur Anwendung gelangte. Insbesondere kann Krull auch zurückschimpfen.

Heimtücke ist gegeben, besonders, da die Tat bei Halbdunkel, nämlich während der Vorstellung, ausgeübt wird und da das Opernhaus gut besetzt sein dürfte und daher die Zuschauer noch enger als üblich nebeneinandersitzen.

Y hat bereits auf den Botschafter angelegt, d.h. er befindet sich in diesem Moment bereits im Stadium des unvollendeten Versuches.

Y hat sich des vollendeten Mordversuches gemäss Art. 112 StGB schuldig gemacht und wäre entsprechend zu bestrafen, wenn er sich nicht durch seinen Unfalltod der Strafverfolgung entzogen hätte.

Die Bezirksanwälte können zufolge Überarbeitung das Gesetz nicht mehr einhalten.

Hin und wieder treffen wir unter den Studenten auch auf den Typ des Wissenschaftlers:

Obwohl keine freiwillige Lebensgemeinschaft begründet wird, entsteht doch zwischen dem Pfleger und der Patientin eine Art einseitige Gefahrgemeinschaft, nach Bundesgericht.

Nach meiner und Rehbergs zutreffender Meinung ...

VII. Von der Sprachkompetenz und der Denkkompetenz

Ins Berufsleben entlassen, verfeinert der Justizdiener seine Qualitäten fortlaufend. Es wurde bereits erwähnt, dass er einen besonderen Zugang zur Sprache besitzt. Das ist auch nötig. Das Wort ist seine Waffe, der sprachliche Diskurs sein Wirkungsfeld, das Verhörzimmer und der Gerichtssaals seine Arena. Man muss nur die Augen schliessen, und schon erkennt man in ihm die furchtlose römische Göttin Iustitia, die blind wägt und ihr Richtschwert schwingt.

Der in der Justiz tätige Jurist zum Beispiel nutzt seine Sprachkompetenz einerseits, um sich auszudrücken und seine Urteile zu begründen. Andererseits bedarf er der Sprachkompetenz aber auch, um sich bei der direkten Befragung von Prozessbeteiligten oder beim Studium von deren Aussageprotokollen selbst in unwichtig erscheinende Neben- und Begleitumstände eines Falles einzufühlen. Auf diese Weise versucht er nämlich, sich ein möglichst getreues Abbild der Lebensvorgänge zu machen, die ohne seine Kenntnis längst stattgefunden haben.

Beginnen wir mit der Sprachkompetenz des Staatsanwalts. Die Sprachkompetenz ermöglicht es ihm, eine aus dem vollen Leben geschöpfte Aussage eines Beschuldigten möglichst detailgetreu und genau in ein schriftliches Protokoll einfließen zu lassen. Dem späteren Lesern wiederum – dem Sachverständigen, Richter oder Anwalt – ermöglicht ein gutes Protokoll das einfühlsame Nachvollziehen der Aussagen eines Delinquenten im Verhör und lassen bei diesen ein realitätsnahes atmosphärisches Gefühl für die damalige Situation aufkommen. Das wird von allen Prozessbeteiligten immer sehr geschätzt. Aus den Aussagen eines Drogendelinquenten:

Ich konnte jetzt in der U-Haft (Untersuchungshaft) auch wieder den Aff durchziehen (den körperlichen Entzug von Drogen durchstehen) und will jetzt endgültig damit aufhören (mit der Einnahme von Drogen). Bis etwa 5 Tage vor meiner Verhaftung war ich sauber (nicht von Drogen abhängig). Da hatte ich jedoch einen Tag, an welchem ich Baba (eine wichtige Bezugsperson) nicht mehr fand, ging dann in die Stadt auf die Gasse (ins Drogenmilieu), wo ich mir ein 100er Piece kaufte (eine Portion Kokain zu CHF 100) und zwei Schnüpfle nahm (es durch die Nase konsumierte). Da war ich dann schon wieder voll drauf (süchtig) und kam schon auf dem Aff (mit Entzugserscheinungen) in die Kiste (das Untersuchungsgefängnis). Jetzt geht es mir aber wieder gut.

Schon an dieser kurzen Sequenz eines einzigen Protokolls in einem einzigen Lebenssegment ist ersichtlich, welches Vorverständnis den in der Justiz tätigen Juristen für die vielen denkbaren Lebensvorgänge täglich abverlangt wird. Das ist nur einer der Gründe, für welche Sprachkompetenz benötigt wird. Von solchen Herausforderungen hat das Publikum natürlich keine Ahnung.

Die Sprache verrät uns also nicht nur, mit welchen Talenten und Befindlichkeiten ein Justizdiener gesegnet ist. Sie zeigt uns auch, in welcher Welt ein *Prozessbeteiligter* zuhause ist und wie sein Wissen und sein Wille einzuordnen sind. Von daher ist es völlig falsch, eine für eine Rechtssache wesentliche Aussage dem dürrtigen Amtshochdeutsch eines beliebigen Protokollanten zu überlassen, der zufällig gerade vor Ort verfügbar ist und zu wenig in die Feinheiten des in Mundart Gesagten einzudringen vermag. Die Sprachkompetenz z.B. bei einem protokollierenden Polizisten ist nämlich bei weitem nicht immer so hoch ausgebildet wie bei einem selber. Einblick in die Welt von Zeugen, Auskunftspersonen und Beschuldigten gibt nur eine *naturnahe Protokollierung*. Dies lässt sich anhand eines guten Protokolls einer Gerichtsschreiberin über die Aufarbeitung eines Ehedramas vor Gericht zeigen:

Anscheinend hat sie zu Hause weiter balöndled.

Sie hat Tabletten genommen und drum han ich eine hindere gjagt.

Wo si mir Chrüppel gseit hät, han ich au wider d'Alkoholpipeline ine-ghänkt.

Nachher bellte sie wieder voll Rohr weiter.

Ich packte sie einfach am Kaffeerohr und warf sie aufs Sofa.

Wänn'd nöd Rue gisch, han i gseit, gits Chragewiiti Null!

Seine Fähigkeit, sich rasch auf die Lebenssphäre des Beschuldigten einzustellen, bewies der Gerichtspräsident mit folgender sinnvoller Ergänzungsfrage:

Wo d'Frau uf äm Suufa gläge'n isch?

Sprachkompetenz in der Justiz ist immer wieder auch bei Fragen um die gesetzlich geschützte Ehre gefordert. Hier das Beispiel einer wegen Ehrverletzung eingeklagten Äusserung eines Beschuldigten:

Du schliichendi Niederdorf-Vipere!

Seine *Einfühlsamkeit*, auch in sprachlicher Hinsicht, ist ein Naturtalent des Juristen. Im Idealfall spürt er genau, wie es dem anderen damals ergangen ist, ohne dass er die gleiche Erfahrung persönlich nachvollziehen muss. Schwieriger wird es, wenn der Jurist nun beurteilen sollte, wie ein *durchschnittlicher Mensch* in der gleichen Situation des anderen wohl gehandelt oder was er wohl verstanden hätte. Wie gelangt der mit hohen Talenten gesegnete Jurist zur Kenntnis über die Gefühls- und Reaktionswelt eines durchschnittlichen Menschen? Man ahnt es schon – in der Praxis stehen wir vor enormen Herausforderungen.

Die hiesige Gerichtssprache ist zwar Deutsch. Der Gesetzgeber sagt aber nicht, *welches* Deutsch. Da erkennen wir bereits das nächste Problem, das uns

Sprachkompetenz abverlangt. Die Erforschung des Umfelds eines Beschuldigten und der näheren Umstände einer Tathandlung verlangen deren geistige Durchdringung. Viel Gewicht liegt auf den Äusserungen der Beteiligten, Zeugen und Auskunftspersonen. Wie bereits oben dargelegt, sind solche möglichst realitätsgetreu aufzunehmen. Vorbildlich daher auch nachfolgende Protokollierung der Aussagen von alkoholisierten Beteiligten an einem Raufhandel:

Der Verletzte war schon leicht aatätscht. Ich hatte am fraglichen Samstag auch bereits den ganzen Tag umäblaase. Beide hatten schon «öppis gha». Sie waren einfach etwas angeheitert. Einfach ein wenig vollä, ganz voll waren sie aber nicht.

Der Angeklagte ging zum Dicksack hin, worauf der Mostkopf dem Angeklagten einen Schupf gab.

Ich selber trinke soviel, bis ich körperlich nicht mehr trinken kann, wobei ich darauf achte, dass ich den Rank nach Hause noch finde.

Vorher ging ich in den Werkhof, eis go tschättere. Als Muurer häsch immer ä chli än Absturz.

Ich war noch ganz klar im Kopf. Mit dieser Menge Bier bin ich noch lange nicht betrunken. Bi mir isch's en Ufgwärmt e gsi (gemäss Akten ca. 2,5 Promille). Er kam zu mir an den Tisch, wo er mir – zack! – einen Hammer auf die Nase versetzte.

Die geistige Durchdringung des rechtlich Relevanten in den Aussagen ist eine grosse Aufgabe:

Wüssed Si, det im Chrais 4 läuft e Waar umenand!

Meine Waffe ist die Faust. Ich glaubte, es gebe das Faustrecht.

Ich bin schon fürs Faustrecht. Aber nicht mit Knarren und so.

Es gilt, den wahren Sachverhalt festzustellen, ausserhalb jeden Zweifels. Oft reicht aber selbst die umfassendste Sprachkompetenz des Juristen kaum aus, zu verstehen, wie andere die Welt erleben. Aus dem richterlichen Versuch, dem Hergang eines unerfreulichen Ereignisses näher zu kommen:

Ich habe scheint's einen Schlag bekommen, bevor ich scheint's dem M. eins reinhaute. Sonst hat keine Schlägerei stattgefunden im Sinne von Schlägerei.

Das hat er mit Bestimmtheit gemacht, wie ich glaube, vielleicht.

Im tiefen Keller ist einer erst dann nicht mehr normal, wenn er am Boden liegt.

Ein normaler Mensch macht das gar nicht. Ich habe scheint's nichts studiert dabei.

In Gedankenabwesenheit muss ich am Spiel geistig beteiligt gewesen sein.

Es versteht sich von selbst, dass die Tatsachenfeststellung in der täglichen Auseinandersetzung mit dem rechtssuchenden Publikum vom Juristen ein besonders feines Gespür erfordert. Nur selten kommt es vor, dass ohne viel Federlesen lückenfüllend zu einer Feststellung des Sachverhalts geschritten wird. Das kommt vor allem dann vor, wenn vor oder hinter den Schranken im Geiste des einen oder anderen Beteiligten eine Lücke herrscht.

VIII. Je älter desto besser

Wir verstehen nun, wie sehr die Juristen um das Verständnis dessen ringen müssen, was sie zu beurteilen haben. Wie wohltuend hebt sich demgegenüber der Scharfsinn und die gelehrte Sprache des Juristen ab. Juristen sehen und sagen die Dinge nämlich immer klar. Sie wählen ihre Worte mit Bedacht.

Aus Anklageschriften der Staatsanwaltschaft:

Darauf sah er, wie die tödlich Verunfallte mit dem rechten Fuss auf die Strasse trat, um dieselbe zu überschreiten.

Die Angeklagte besuchte bis zu ihrem 15. Lebensjahr an ihrem Geburtsort die Schulen. In der Folge begann sie dann eine Tätigkeit als Stripteuse. In Europa ist sie als Saisonnière tätig.

Aus dem Exposé eines Auditors beim Einzelrichter:

Die Verweigerung der Annahme eines Werkes ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie nicht ungerechtfertigterweise geschieht.

Eine mangelhafte Erstellung ist voraussehbar, wenn das vollendete Werk bei seiner Ablieferung voraussichtlich einen Werkmangel aufweist.

Ungerechtfertigt ist die Bereicherung, weil sie keine Rechtfertigungsgründe aufweist.

Eine Steigerung des sprachlichen Ausdrucks tritt beim Rechtsanwalt in Erscheinung. Dieser imponiert vor allem durch eindrückliches, bildhaftes Beschreiben, wie eine Fülle von Beispielen zeigt:

Wenn schon seitens der Klägerin dieser Prozess zu einem ganz unnötigen Monstrum aufgeblasen wird, so möge dem Beklagten nicht verwehrt sein, auf seiner Seite einen bescheidenen Beitrag zum Unrat die-

ser Ehe zu leisten. Ich gebe im Nachstehenden ein kurzes Gerippe über die äusseren Geschehnisse der Ehe.

Die Ehegattin bewohnt das ganze Haus. Ihr Schlafzimmer hat sie im oberen Stockwerk, ebenfalls ihr Näh- und Arbeitszimmer. Auch der Estrich wird von ihr benutzt. Im Parterre bewohnt sie hauptsächlich Küche, Wohnzimmer, Bad/WC und im Kinderzimmer die Wandschränke.

Die Klägerin gab an, sie habe eine Tante, die mehrere Häuser besitze und die in Geldgeschäften mache. Eine Tante in dieser Form existiert aber gar nicht.

Der Beklagte hätte Gelegenheit gehabt, der Klägerin den Strafrichter an den Hals zu hängen.

Die Gegenpartei ist schon das letzte Mal auf dieser Badewanne herumgeritten.

Der Angeklagte hatte auch keine ernsthaften Gründe dafür, den Ankläger als Betrüger zu bezeichnen. Die Zahnprothese der Frau K. ist dem Ankläger bis heute nie vorgehalten worden. Diese liegt auch nicht bei den Akten. Wahrscheinlich stammt sie gar nicht von ihm.

Um eine Vermeidung von Zeugen zu beeinflussen, habe ich mich bei der Einholung meiner Konstruktionen auf eine Befragung der Herren X und Y, Mitglieder des Verwaltungsrates der Klägerin, beschränkt.

Ich nehme Bezug auf die Biene, deren Stich in den Fuss der klägerischen Ehefrau den Ausfall des geplanten Opernbesuchs verschuldet hat. Ich bestreite, dass es sich dabei um eine beklagte Biene gehandelt hat. Täterin war eine klägerische Biene.

In ihrer höchsten Blüte steht die Sprachkompetenz indessen bei der Richter-
gilde. Aus einem Urteilsantrag des Referenten:

Der in der Beschwerde zitierte Faustschlag ins Gesicht findet sich in act. 4/51 Seite 3.

Rechtlich hat sich der Tritt ereignet, weil eine Zeugenaussage des Geschädigten vorliegt, der durch keine anderen Aussagen in Zweifel gezogen wird.

Die Schlägerei wogte zwischen Reception und Eingang zur Bar hin und her. Nur einige wenige weibliche Gäste blieben unberührt.

Der Geschädigte G. (ein Sicherheitsagent) hat auch nicht übersensibel und voreilig reagiert. Ein solches Vorgehen käme einer nicht gehörigen Erfüllung übernommener obligationenrechtlicher Verpflichtungen gleich.

Die Kammer des Bezirksgerichts urteilt bei gehobenen Ansprüchen. Sie besteht aus mehreren Richtern. Sie entscheidet daher auch mehrsprachig:

Frau L., die nur englisch sprach, öffnete die Haustüre nicht, sondern rief durch die Türöffnung bloss «no, no, no», was soviel wie «nein, nein, nein» heisst.

Dank einer Mehrheit von Richtern verspricht die Kammer auch eine ausgewogene Berücksichtigung aller in Frage kommenden Urteilskriterien:

Straferhöhend sind seine 10 Vorstrafen zu berücksichtigen. ... Strafmindernd wirkt sich der gute Leumund aus.

Da die strengen Strafen offensichtlich versagt haben, kommt als letzter Versuch, dem Angeklagten eindrücklich vor Augen zu führen, dass er auf gutem Weg ist, den Rest seines Lebens zu zerstören, eine in ihrem Ausmass sehr geringe Strafe in Betracht. Der Angeklagte wird nun zu begreifen haben, dass diese ungewöhnlich milde Strafe seine wirklich letzte Chance ist.

Ab der zweiten Instanz finden sich die oben beschriebenen Wesensqualitäten des Juristen naturgemäss in verdichteter Form vor. In der Person eines Oberrichters vereinigen sich somit nicht nur die schönsten Charaktereigenschaften auf hohem Niveau, sondern auch ein vertieftes Gesetzesverständnis. Wie bereits gesagt erleichtern Gesetzeskenntnisse die Rechtsfindung. Das Zürcher Obergericht ist dafür seit vielen Jahrzehnten ein leuchtendes Beispiel. Stellvertretend sei nur ein Fall aufgezeigt, dessen Begründung sowohl durch Klarheit wie auch logische Konsequenz besticht. Der Entscheid hat sogar Eingang in die Neue Zürcher Zeitung gefunden:

Am 2. September 1926 überfuhr der des Autofahrens noch unkundige Polizeikommissär H. auf einer Fahrt vor dem Hauptbahnhof eine Passantin und verletzte sie. Vor Bezirksgericht gab er zu, dass er trotz des starken Verkehrs mit einer Geschwindigkeit von mehr als 10 Kilometern pro Stunde gefahren war. Auf die Frage, warum er beim Erblicken der Passantin die Bremsen nicht schneller betätigt habe, führte er als Grund die für einen Anfänger schwierige Handhabung des Bremsmechanismus an. Der Anwalt der Verletzten erklärte, die Geschwindigkeit des Autos sei derart gross gewesen, dass der Angeklagte gar nicht plötzlich hätte halten können. Es sei erwiesen, dass Fräulein R. zu Fall kam, und zwar nach vorne. Der Beklagte war ihr mit dem rechten Vorderrad zwischen die Beine gefahren, bis in das Gesäss hinein. Der Angeklagte H. wurde vom Bezirksgericht und vom Obergericht freigesprochen, weil er die Passantin offenbar erst kurz vor dem Zusammenstoss erblickt habe. Nach Meinung der Richter war dies umso begreiflicher, als diese körper-

lich unansehnlich sei, also im Verkehr nicht auffalle. Die Verletzte hatte die Kosten des gerichtlichen Verfahrens zu bezahlen und den angeklagten Polizeikommissär mit 60 Franken zu entschädigen.

Mit zunehmendem Alter und bei sorgfältiger Behandlung kann der Jurist immer besser werden – wie guter Wein, dem er übrigens selten abgeneigt ist.

Nehmen wir zum Beispiel unser Bundesgericht. Dort sitzen die Besten oder die Ältesten der Richter. Es ist kein Zufall, dass der Jubilar dieser Festschrift seit Jahrzehnten genau dort mit grossem Engagement wirkte. Dabei fiel er bekanntlich öfter aus der rein schwarz-weissen Gerichtskleidung und setzte damit Farbtupfer, die helle Freude aufkommen lassen.

In frühen Darstellungen trug Iustitia kein Richtschwert, sondern einen Ölzweig. Sie war nicht die Göttin des Rechtswesens, sondern des Rechtsfriedens. Im Idealfall hat der reife Jurist die vorstehend beschriebenen Fähigkeiten in optima forma entwickelt. Er ist in erster Linie ein *Menschenfreund*. Er respektiert die Würde eines jeden. Er übt sich nicht im Urteilen, sondern in der Erkenntnis. Seine Entscheidungen werden akzeptiert, weil er die Konflikte versteht und sich dazu in einer Sprache äussert, die auch die Kontrahenten verstehen. Er richtet, indem er einem schief wachsenden Pflänzlein den passenden Stock zur Seite stellt. Er achtet und bewahrt die Rechtsstaatlichkeit. Er spricht Recht, frei, wahrhaftig und unabhängig. Unsere Welt verdient solche Juristen.

IX. Schlussbetrachtung

Bei aller gebotenen Zurückhaltung lässt die vorliegende Arbeit darauf schliessen, dass die in der Justiz tätigen Juristen über Fähigkeiten verfügen. Diese werden aber unterschätzt oder nicht erkannt, wogegen Abhilfe geschaffen werden muss. Immerhin wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Justiz einen Beitrag an das Fortkommen und die Besserung der Menschheit leistet.

Es ist ein Schluss aus der allgemeinen Lebenserfahrung, dass viele Juristen erstaunlich lange tätig sind. So praktizieren viele gern als Rechtsanwälte weiter, wenn sie die Altersgrenze als Richter überschritten haben. Genau umgekehrt verhält es sich in Grossbritannien: Dort winkt am Ende einer erfolgreichen Anwaltslaufbahn oft die Würde eines Richteramtes.

Rückschlüsse darüber, ob Schweizer Anwälte deshalb qualitativ hochwertiger sind als englische Richter, können mangels fundierter wissenschaftlicher Abklärungen bis heute leider nicht gezogen werden.

Politisches Engagement und die Unbefangenheit des Richtens

VON KARL-LUDWIG KUNZ

I.

Wer den Jubilar kennt (wer wäre das in der Schweiz nicht?) wird ihn als jemanden schätzen (und ganz selten auch nicht), der mit seiner Meinung über Gott und (vor allem) die Welt nicht hinter dem Berg hält, sich in rechtspolitische Debatten einmischt und dabei Farbe bekennt. Wohl kein schweizerischer Bundesrichter¹ hat sich je so kriminalpolitisch engagiert wie Hans Wiprächtiger: Jüngst etwa bei der Kritik an dem populistisch motivierten Revisionsvorhaben der gerade erst 2007 in Kraft getretenen Sanktionenreform und bei der Verteidigung einer angeblich zu «laschen» Strafurteilspraxis. Solches Engagement, zumal wenn es in einer dem Jubilar eigenen Beharrlichkeit vorgetragen wird, wird verständlicherweise nicht von allen geschätzt. Nicht nur, dass es vertretbare Gegenmeinungen gibt. Die (oft hinter vorgehaltener Hand und mit der Faust im Sack vorgebrachte) Opposition stösst sich weniger daran, was Wiprächtiger sagt als vielmehr, dass er es als Bundesrichter sagt und dabei seinen durchaus parteinehmenden Argumenten mit der Kraft seiner Persönlichkeit und der Würde seines Amtes Nachdruck verleiht. Wer dies wagt, wird – auch bei Klarstellung dessen, dass seine Äusserungen als persönlich zu verstehen sind – zu einer öffentlich umstrittenen Person. Unabhängig davon, ob man das schätzt oder nicht: Es gehört Grösse dazu, dies auszuhalten und unbeirrt seinen Weg weiterzuverfolgen, wie Hans Wiprächtiger dies tut.

Die Suche nach dem Grund der Opposition wird rasch fündig. Es dürfte nicht an der unverkennbaren parteipolitischen Grundierung der Stellungnahmen des Jubilars liegen, sondern an dem Umstand, dass es ein Bundesrichter wagt, überhaupt volksnah und pointiert zur kriminalpolitischen Lage und zu Projekten ihrer Veränderung Stellung zu beziehen. Dies erstaunt gerade in der Schweiz, die mit ihrer Tradition demokratischer Richterwahlen und gegenüber der Vorstellung eines apolitischen Richtens gefeit sein sollte.

1 Wenn in der Folge zumeist von **dem** Richter in der männlichen Sprachform die Rede ist, wird auf das gemeinhin männliche Richterbild nicht zustimmend, sondern nur faktisch konstatierend Bezug genommen. Die Mehrzahl der Studierenden der Rechtswissenschaft ist weiblich, und bald werden erfreulicherweise die Frauen auch die Mehrzahl der Richtenden darstellen! Zum derzeit (noch) vorherrschenden männlichen Richterbild im interkulturellen Vergleich JUNG, Richterbilder, Baden-Baden 2005.

Die unter Richtern verbreitete Zurückhaltung in politischen Meinungsäußerungen wird im politischen Diskurs vielfach ausdrücklich gewünscht und erwartet. Die Warnung vor dem «politischen Richter» wird nicht nur in Frankreich begleitet von der Furcht vor einem «activisme juridictionnel». Dahinter dürfte die Annahme stehen, dass Richter, die sich vor persönlichen politischen Stellungnahmen nicht scheuen, alsbald auch eine Rechtsprechung betreiben, die sich an die Stelle des Gesetzgebers setzt. Von der Politisierung der Justiz zur Judifizierung der Politik² scheint nur ein kleiner Schritt: «Les petits juges nous déberasseront des politiciens véreux et les grands juges de la politique tout court».³ Diese auf die französische Justiz gemünzte Behauptung wird anderswo verbreitet geteilt und in Deutschland auf die angeblich allzu oft den Gesetzgeber ersetzende Rechtsfortbildung betreibende Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts bezogen.⁴ In der Schweiz dürfte die Aversion der Demokratie gegenüber dem «letzten Wort» der Gerichte⁵ die Vorbehalte gegenüber einer «politisation du raisonnement judiciaire» noch verstärken. Wer bei der konkreten Beurteilung des rechtlich Verbindlichen das «letzte Wort» hat, muss dieses funktionsbezogen zügeln. Aus dem Verbot, bei der Rechtsanwendung gesetzliche Wertentscheidungen durch eigene zu ersetzen, wird im Sinne eines «judicial self-restraint» verbreitet gefolgert, auch eine Einmischung in politische Debatten um die Änderungsbedürftigkeit von Gesetzen sei Richterinnen und Richtern versagt.⁶

Die Meinungsäußerungsfreiheit ist indessen selbstverständlich auch Richtern jenseits ihrer unmittelbaren beruflichen Betätigung gewährt. Ein Strafrichter ist ohne weiteres befugt, in der Öffentlichkeit unter Hinweis auf seine berufliche Position zu kriminalpolitischen Fragen eine als persönlich deklarierte Stellung zu beziehen. Das Bundesgericht hat dazu grundsätzlich festgehalten: «Insbesondere ist auch der Richter Staatsbürger; er darf und soll eine politische Meinung haben, und er darf diese, soweit er es mit seinem Amte vereinbaren kann, auch vertreten.»⁷ Die Berufung auf Etikette und Usancen der Zurückhaltung in öffentlichen Engagements darf nicht dazu führen, richterliche Entfaltungswünsche über das funktionsbedingt zur richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit Notwendige hinaus einzuschränken. Nur soweit das richterliche Engagement in der Öffentlichkeit die unbefangene und unvoreingenommene Beurteilung eines konkreten Verfahrens objektiv in Frage stellen

2 In Anlehnung an JUNG (Fn. 1), 37, bei dem das Zitat aufgefunden wurde.

3 GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris 1996, S. 71.

4 Vgl. SIEDLER, *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Hamburg 1999.

5 EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern 1960, S. 115.

6 So die «klassische» Position von MONTESQUIEU, *Vom Geist der Gesetze*, Stuttgart 2001 (orig. *De l'esprit des lois*, 1748).

7 BGE 105 Ia, 157, 162 E. 6a.

würde, ist öffentliche Zurückhaltung geboten. Mit Blick auf ein konkretes Verfahren ist etwa zu fragen, ob der Richter sich öffentlich derart festgelegt hat, dass er zur Überprüfung seines Standpunktes nicht mehr bereit ist; ob er sich öffentlich zum Anwalt eines der prozessrelevanten Parteiinteressen gemacht hat; ob er öffentlich den Eindruck erweckt, seinen weltanschaulich-politischen Vorstellungen auch im Gerichtssaal zum Durchbruch zu verhelfen. Im Übrigen kann öffentliches Engagement von Richterpersönlichkeiten nicht bloss nicht unterbunden werden, sondern ist im Interesse einer lebensnahen Rechtsprechung sogar erwünscht.⁸

Wenn dem so ist, stellt sich die Frage, wieso das japanische Sprichwort von den drei weisen Affen, die nichts hören, nichts sehen, nichts sagen und sich dabei aus «bösen» politischen Debatten heraushalten, nach wie vor einem Ideal politischer Abstinenz der Richterschaft zu entsprechen scheint. Die Antwort lässt sich nur in einem Richterbild finden, nach welchem ein sich freimütig zu aktuellen kriminalpolitischen Themen äussernder Richter gewissermassen aus dem Rahmen fällt.

II.

Nur der unpolitische Richter ist unabhängig und nur der unabhängige Richter ist unbefangen. Dieses Credo ist ein verbreiteter Glaubenssatz, der die deutsche Justiz gegenüber ihrer Vereinnahmung durch den Nationalsozialismus hilflos machte⁹ und der dennoch sich bis in die moderne Gewaltenteilungslehre fortgesetzt hat.¹⁰ Die Begründung dessen beruht auf der gesellschaftspolitischen Vision des Konstitutionalismus, der Recht und Politik antithetisch gegenüberstellt. Dieser Vision entsprechen die Vorstellungen der Rechtsanwendung als Subsumtion des Einzelfalles unter den abstrakt-allgemeinen Gesetzesbegriff, der Legislative als mit Gesetzen programmierende und der Justiz als durch das Gesetz programmierte Instanz. Die rechtsprechende Gewalt habe, wie die Exekutive, Gesetze auszuführen und sei daher wie diese eine vollziehende Staatsgewalt. Wenn sie, anders als die Exekutive, richterliche «Unabhängigkeit» genieße, dann sei in Wahrnehmung dieser Unabhängigkeit eine Politisierung der Justiz erst recht unerwünscht. Soweit das Gesetz eine aus sich heraus verständliche Regelung enthält, habe sich der Richter diesem Diktum

8 KIENER, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 178 ff.

9 Dazu eingehend KOCH, Rechtsbegriff und Widerstandsrecht. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 478, Berlin/München 1985.

10 HERZOG, Gesetz und Richter, in: Franssen/Redeker/Schlichter/Wilke (Hrsg.): Bürger – Richter – Staat. Festschrift für Horst Sandler, München 1991, S. 17–25. Vgl. dazu auch die Übersicht mit Gegenargumenten bei DIETER, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 104 ff.

anzuschliessen und es auf den konkreten Fall anzuwenden. Wenn das deutsche Grundgesetz die Rechtsprechung an «Gesetz und Recht» bindet (Art. 20 Abs. 3 GG), habe der Zusatz des «Rechts» keinen anderen Sinn, als (nach historischer Erfahrung mit gesetzlichem Unrecht) den Richter erst dann von der Gesetzesbindung zu befreien, wo dieses evident und krass¹¹ Gerechtigkeitspostulaten widerspricht.

Die Vorstellung des Richters als unpersönlicher Garant streng gesetzes-treuen Richtens ist zwar Illusion¹², freilich eine solche, auf die sich Richtende gerne berufen, um bei «harten» Entscheidungen ihre persönliche Entscheidungsverantwortung (auch vor sich selbst?) zu verstecken. So soll der Präsident des Bezirksgerichts Weinfelden, welches erstmals die seit 2008 geltende Bestimmung der lebenslänglichen Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter gemäss Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB¹³ angewendet hat, in der Urteilsbegründung ausgeführt haben, die Gerichte seien «aufgerufen, den Volkswillen zu beachten und diesen nicht mit juristischen Kniffen und Tricks auszuhebeln.» Die Kritik des Verteidigers, die lebenslängliche Verwahrung verstosse gegen die Europäische Menschenrechtskonvention¹⁴, wies der Richter mit der Begründung zurück, diese Frage hätte das Gericht gar nicht überprüfen müssen.¹⁵

Die gerichtliche Urteilsfindung ist ein das Recht durch Vorgaben des Gesetzes am Einzelfall weiterentwickelnder Akt, der von den Vorgaben nur angeleitet, nicht aber hinreichend vorbestimmt werden kann¹⁶. Die im Zeitalter der Aufklärung für Gerichte in kontinentaleuropäischen Rechtssystemen erhobene Forderung nach absoluter Gesetzesabhängigkeit ist deshalb unerfüllbar. Dieser Forderung entspricht die Vorstellung des Richters als strikt an das Gesetz gebundener «Subsumtionsautomat». Historisch erstmals kommt diese Vorstellung in der *Begriffsjurisprudenz* auf. Diese versteht das positive Recht als ein lückenloses Begriffssystem. Rechtsfälle sind dem entsprechend durch formale Subsumtion eines Sachverhalts unter Gesetzesbegriffe, also durch deduktive Ableitung der Einzelfallentscheidung aus der Norm zu entscheiden.¹⁷ Zur Begründung beruft man sich gerne auf das ehrwürdige rechtsstaatliche Prinzip

11 Etwa gemäss der Radbruch'schen Formel, vgl. dazu KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechts-theorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft. UTB, Bern, Stuttgart, Wien 2006, S. 142 ff.

12 So HERZOG (Fn. 10), S. 22.

13 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 21.12.2007 (Lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter), in Kraft seit 1.8.2008 (AS 2008 2961 2964; BBl 2006 889).

14 Vgl. dazu die Vernehmlassung der Universität Bern online auf <www.krim.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/isk/content/e2464/e2469/files2473/VernehmlassungUni_ger.pdf>.

15 So Der Bund vom 8.10.2010, S. 1.

16 KUNZ/MONA (Fn. 11), S. 9 f.

17 Zur Begriffsjurisprudenz vgl. LARENZ KARL/CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 63 ff.; HORN, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 108 ff.

der *Gewaltenteilung* welche nach MONTESQUIEU verlangt, dass der Richter sich in Selbstbescheidenheit als der blosser Mund des Gesetzes¹⁸ versteht, der die Worte des Gesetzes ausspricht. Ein Gericht, welches die Gültigkeit einer vom Gesetzgeber erlassenen Norm in Frage stellt, würde seinen ihm zugewiesenen Platz im Parkett der Judikative verlassen und sich in die Loge der Legislative begeben, ohne über die hierzu notwendigen Weihen demokratischer Legitimation zur Gesetzgebung zu verfügen. Rechtsanwender sind nicht Gesetzgeber. Sie dürfen die gesetzlich getroffenen Wertentscheidungen nicht durch ihre eigenen, vermeintlich besseren, ersetzen. Wer das Gesetz verändert sehen möchte, muss den Vordereingang zum Volksentscheid oder Parlament wählen, nicht die Hintertür der von den zulässigen Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr umfassten richterlichen Entscheidung. Ins Positive gewendet bedeutet die Unzugänglichkeit der Loge der «hohen» Politik für Richter, dass diesen allein die juristische Technik anvertraut ist. Als juristische Techniker sind sie von der Verantwortung für den Inhalt der Rechtsanwendung entlastet.

III.

Die kritische Auseinandersetzung mit jener Vorstellung des streng objektiven, unpersönlichen und unpolitischen Richtens hat eine lange Tradition¹⁹ und wird von verschiedenen rechtstheoretischen Schulrichtungen geführt. Im Folgenden sei die bei aller Verschiedenheit der theoretischen Ausgangspunkte im Kern übereinstimmende Kritik²⁰ zusammengefasst.

Die Annahme einer strikten Gesetzesbindung des Richters impliziert, dass die eigentliche Entscheidung des Streitfalles bereits vollständig im Gesetz enthalten sei. Dies mögen Montesquieu und seine Zeitgenossen noch mit einer gewissen Berechtigung angenommen haben. Die damalige geschriebene Rechtsordnung war im Umfang begrenzt, die Regelungsmaterien verhältnismässig einfach und die vom Gesetz gewählten Worte besaßen eine relativ klare Bedeutung. Die heutigen Rechtsordnungen beziehen sich hingegen auf hoch komplexe Gesellschaften, deren Identitäten durch Prozesse der Globalisierung zunehmend verwischt und verändert werden. Das geschriebene Recht muss sich sozialen Wandel anpassen und künftige, im Einzelnen nicht absehbare Entwicklungen vorbeugend regulieren. Die Gesetzgebung unterliegt der beständigen Reform, befristet Erlasse und erprobt Regelungen in experimenteller Gesetz-

18 MONTESQUIEU (Fn. 6), S. 225 (Buch XI, 6. Kap.): Richter seien «lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht, Wesen ohne Seele gleichsam, die weder die Stärke noch die Strenge des Gesetzes mässigen können.»

19 Vgl. etwa die Habilitationsschrift MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich 1951.

20 Zusammenfassend etwa HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: Kaufmann, Hassemer, Neumann (Hrsg.): *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 251 ff.

gebung.²¹ Um flexibel und genügend rasch reagieren zu können, müssen sich die Gesetze einer zunehmend vagen, abstrakten Begrifflichkeit bedienen, deren Bedeutung in vom Gesetzgeber nicht konkret vorausgesehenen Problemsituationen bestimmt werden muss. Das geschriebene nationale Recht wird durch zwischen- und überstaatliche Kodifizierungen und nichtstaatliche, Verhaltensrichtlinien und Sorgfaltspflichten statuierende Regelungen von Wirtschafts- und Sportverbänden ergänzt, wobei die Regelungen sich oft überschneiden und die Regelungshierarchie mitunter unklar bleibt. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber zunehmend Regelungskompetenzen an die Verwaltung delegiert, damit diese in Kooperation mit den Regelungsadressaten und teilweise unter Bürgerbeteiligung problemnahe «prozedural» herzustellende Lösungen findet. Sogar hoheitliche Rechtsgebiete mit Formstrenge wie das Strafrecht sehen Kompetenzen zur gesetzlich nur dem Rahmen nach vorbestimmten einverständlichen Regelung der Beteiligten vor (Art. 53 StGB, Art. 316, 358 ff. StPO).²² Angesichts dessen kann heute keine Rede mehr davon sein, dass die eigentliche Entscheidung des Streitfalles bereits vollständig im Gesetz enthalten sei. Damit ist der Annahme einer strikten Gesetzesbindung des Richters die Grundlage entzogen.

Historisch erstmals hat sich die *Freirechtsschule* gegen das begriffsjuristische Konzept der rein formalen syllogistischen Gesetzesauslegung gewandt. Der Freirechtsschule zufolge verlangt die Rechtsfindung stets eine Wertung und Abwägung, in der ein im Gesetz enthaltener Entscheidungsspielraum durch Rechtsgefühl und Bezugnahme auf die soziale Wirklichkeit zu schliessen ist.²³ Rechtsanwendung bestehe im Kern in dem schöpferischen Willensakt der Richterpersönlichkeit. Da dabei weitgehend offen bleibt, wie der vom Gefühl geleitete Willensakt durch die Berücksichtigung sozialer Wirklichkeit zu disziplinieren sei, setzt sich die Freirechtsschule dem Vorwurf des Irrationalismus aus.²⁴

Unter dem Einfluss des vom Fallrecht geprägten *common law*, in dem juristische Postulate in der Regel Richterrecht sind, entwickelt sich vornehmlich in den USA und in Skandinavien der *Rechtsrealismus* (*legal realism*). Wie die Freirechtsschule nimmt dieser an, dass die richterliche Entscheidungsfindung durch die Richterpersönlichkeit und ihre Sozialisation, durch bewusste und unbewusste Vorurteile, Überzeugungen und Intuitionen beeinflusst werde. Damit vertritt der Rechtsrealismus die Annahme, Rechtsregeln seien bei der

21 Dazu MASTRONARDI, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, ZSR NF 110, 1991, S. 449–469.

22 Zur Prozeduralisierung des Strafrechts EICKER, Die Prozeduralisierung des Strafrechts – Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels, Bern 2010.

23 KANTOROWICZ, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2002 (orig. 1906 unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius); KANTOROWICZ, Rechtswissenschaft und Soziologie, hrsg. von T. Würtenberger, Karlsruhe 1962 (orig. 1911).

24 So bereits WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. von J. Winckelmann, 5. Aufl., Tübingen 1972 (orig. 1922), S. 331, 339,

Herstellung juristischer Entscheide kaum hilfreich. Sie dienen vielmehr eher zur nachträglichen Begründung der nach anderen Kriterien getroffenen Entscheidung.²⁵ Diese zunächst radikal erscheinende These wird inzwischen von Befunden der soziologischen Justizforschung gestützt.²⁶

Sogar der *Rechtspositivismus* räumt heute ein, dass das Gesetz die Einzelfallentscheidung kaum je zwingend programmiert. Gesetze enthalten Generalklauseln, wertausfüllungsbedürftige Begriffe, politische Formelkompromisse, mitunter auch Lückenhaftigkeiten und Widersprüchlichkeiten. Jede Rechtsauslegung bedeutet darum eine Rechtsfortbildung, in die persönliche Richtigkeitskriterien einfließen. So nimmt der britische Rechtsphilosoph H.L.A. HART an, dass Recht ist, was die Gerichte daraus machen. Alles positive Recht hat einen «offenen Text», weist also Vagheitsspielräume auf, welche Interessengegensätze zum Ausdruck bringen. Bei der Rechtsanwendung müssten deshalb wertorientierte Abwägungen getroffen werden, welche den positivistischen Rechtsbegriff sprengen, indem sie die approximative Verwirklichung eines moralisch-politischen Ideals zur Rechtspflicht machen.²⁷ Wie bereits Gustav Radbruch eindringlich formulierte: Die Einzelfallentscheidung schlummert nicht im Gesetz wie die Statue im Marmorblock.

Diese Einsicht wird nachdrücklich durch die *juristische Hermeneutik* gestützt. Diese lehrt, dass in Gesetzestexten kulturelle Erfahrungen vermittelt sind, die es interpretierend zu aktualisieren gilt. Dem Interpreten fällt bei der Rechtsanwendung die schöpferische Aufgabe zu, dem Gesetzestext unter «Durchgriff» auf intersubjektiv begründungsfähige politisch-moralische Massstäbe fallbezogen Sinn zu geben. Eine völlig voraussetzungslose und unbeteiligte Auslegung rechtlicher Texte ist unerreichbar. Da bei der Interpretation notwendigerweise ein interner Standpunkt im Überlieferungszusammenhang bezogen werden muss, ist die Wahrnehmung stets durch diesen Standpunkt bestimmt. Interpretation ist deshalb notwendigerweise perspektivengebunden; der Blick des Interpreten auf den Text durch dessen Standpunkt zum Text bestimmt. Die objektiv richtige Interpretation kann es nicht geben. Im Interesse eines möglichst guten Verstehens kann nur verlangt werden, dass der Interpret sich dessen bewusst wird und seinen persönlichen Standpunkt kritisch hinterfragt. Da die Sprache des Gesetzes eine gesollte Lebenspraxis bezeichnet, ist eine rein sprachimmanente lexikalische Auslegung nicht möglich. Jede Auslegung des Gesetzes enthält eine Rekonstruktion der in ihm ausgedrückten Lebenspraxis vor dem Hintergrund eigener Richtigkeitsüberzeugungen:

25 FRANK, *Law and the modern mind*, 6. Aufl., London 1949 (orig. 1930), S. 130.

26 Vgl. etwa RÖHL, *Rechtssozologie – Ein Lehrbuch*, Köln 1987, S. 54 f.; KAUPEN, *Die Hüter von Recht und Ordnung*, Neuwied 1969; LAUTMANN, *Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssociologische Analyse*, Frankfurt a.M. 1972.

27 HART, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a.M. 1973 (orig. «The Concept of Law», 1961); dazu auch DREIER, *Der Begriff des Rechts*. NJW 1986, S. 890–896, 892.

Richtende sind wie auch Sozialforscher in das Aktionsfeld ihrer beruflichen Betätigung eingebunden und befinden sich zwangsläufig in einer durch ihre spezifische Lebenserfahrung geprägten Erkenntnissituation. Wo es um die Gesellschaft und die Regeln ihres Zusammenlebens geht, gibt es keine externe streng objektive Beurteilungsperspektive, sondern nur perspektivische Beurteilungen vor dem Hintergrund persönlicher Vorstellungen des Richtigen und Gerechten. Alles was möglich ist, besteht im skrupulösen Bewusstmachen der eigenen Vorverständnisbehaftheit, der Konfrontation des eigenen Vorverständnisses mit dem anderer und der diskursiven Auseinandersetzung mit der Offenheit zur Verständigung.²⁸ Damit geht die trügerische Sicherheit einer scheinbar objektiv richtigen Rechtserkenntnis verloren. Die Richterin und der Richter treten nunmehr auch als Person hinter ihrer Entscheidung hervor und sind zur argumentativen Begründung ihrer zwangsläufig persönlich eingefärbten Rechtserkenntnis verpflichtet.

Auch aus dem Blickwinkel der *Systemtheorie* bestätigt sich die Kreativität richterlicher Entscheidungsfindung. Für die Systemtheorie stellt sich der Prozess der Rechtsanwendung als ein selbstreferentieller Vorgang dar, in dem sich das Recht in seiner Anwendung reproduziert. Aus Rechtssätzen werden Entscheidungen von Einzelfällen abgeleitet, aber auch umgekehrt werden aus der systematischen Inbezugsetzung von Einzelfallentscheidungen generelle Regeln aufgestellt (Richterrecht). Infolgedessen entwickelt sich das Recht durch seine fallbezogene Anwendung. Niklas Luhmann hat dargelegt, dass rechtlich geordnete Verfahren die Legitimation rechtlich verbindlicher Entscheidungen und damit des Rechtssystems insgesamt begründen. Die These, dass jedes geordnete einzelne «kleine» Gerichtsverfahren zur Stützung des Rechtssystems insgesamt beiträgt, entspricht der systemtheoretischen Vorstellung von Zirkularität und wechselseitiger Interdependenz. Damit wird der Vorstellung der Legitimation der Einzelfallentscheidung durch hierarchisch übergeordnete Rechtsquellen, welche die Naturrechtslehre wie den Rechtspositivismus beherrscht, eine Absage erteilt.²⁹

IV.

Diese Hinweise mögen zum Beleg genügen, dass die Vorstellung des strikt objektiven, unpersönlichen und unpolitischen Richtens heute keine wissenschaftliche Stütze mehr findet, nach Dieter Simon gar einer «verwesten Neutralitätsideologie»³⁰ entspricht. Rechtsfindung ist kreative eigenmächtige Rechtschöpfung, die an den Orientierungsrahmen des Gesetzes gebunden ist,

28 Programmatisch dafür: ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M. 1970.

29 LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M. 2001.

30 SIMON (Fn. 10), 113; ähnlich KIENER (Fn. 8), S. 182.

soweit ein solcher besteht, in welche aber zwangsläufig durch Persönlichkeit und Sozialisation geprägte Grundvorstellungen des Richtigen einfließen.

Auch normativ ist das Modell des politischen Richters dem des nur scheinbar seine Unabhängigkeit währenden unpolitischen Richters vorzugswürdig. Der am Buchstaben des geschriebenen Gesetzes hängende, rein juristische Auslegungskunst betreibende Richter ist gegenüber der Lebenswirklichkeit verschlossen und stuft diese zu einem blossen Rechtsverhältnis herab.³¹ Der zumindest faktisch durch seine Entscheidungen die bestehenden Machtverhältnisse der sich unpolitisch definierenden bürgerlichen Gesellschaft stützende Richter ist normativ nicht gewollt. Der demokratische Rechtsstaat ist keine Gegebenheit, sondern eine Aufgabe, die es ständig aufs Neue zu bestätigen gilt. In der Wertentscheidung für den demokratischen Rechtsstaat sind die Richterschaft und ihre Urteilstätigkeit eingebunden. Die richtende Person ist Mediator zwischen den generell formulierten Anforderungen des Gesetzes und den Individuen, die diesen Anforderungen ausgesetzt sind. Sie muss und soll dabei ihre Wertorientierungen einbringen und ihre Entscheidungen im Bewusstsein der politischen Folgen der angeordneten Rechtsfolgen treffen.³²

Angesichts der erheblichen Freiheit richterlichen Urteilens ergibt sich unvermeidlich die Frage, wie die notwendige subjektiv politische Wertprägung richterlichen Entscheidens zu zügeln und zu kontrollieren sei. Wie bei jeder mit Entscheidungsmacht ausgestatteten staatlichen Instanz ergibt sich auch hier das Bedürfnis von *Checks and balances*. Der Rechtsstaat verlangt vernunftgemässe Rechtsentscheidungen und erlaubt keine richterliche Willkür. Gerichte sind keine Agenturen zur Gesellschaftsgestaltung oder Gesellschaftsreform. Wie aber lässt sich Vernunft garantieren und Willkür bannen, wenn Subjektivität unausweichlich ist? Die Antwort kann nur lauten: Es gibt keinen absoluten Schutz vor richterlicher Unvernunft und Willkür, sondern nur rechtliche Vorkehrungen, die bei richtiger Anwendung geeignet sind, solches zu meiden. Diese entstammen sowohl dem materiellen wie dem prozessualen Recht.

Vorab existieren Bestimmungen über die Unvereinbarkeit des Richteramtes mit anderen Ämtern, Funktionen und Betätigungen. Nebenbeschäftigungen sind im Interesse institutioneller Unabhängigkeit bewilligungspflichtig. Eng verwandte Personen dürfen nicht gleichzeitig demselben Gericht angehören.³³

31 HERZOG (Fn. 10), S. 24.

32 Diese Position haben vor allem Befürworter der deutschen Juristenausbildungsreform vertreten, die Ende der 1970er Jahre zur (inzwischen wieder abgeschafften) einphasigen Ausbildung führte, vgl. WASSERMANN, *Der politische Richter*, München 1972; WIETHÖLTER, *Anforderungen an den Juristen heute*, in: Wassermann (Hrsg.): *Erziehung zum Establishment*, 1969, S. 3 ff.

33 So Art. 6–8 BG über das Bundesgericht (SR 173.110), Art. 19–21 Reglement für das Bundesgericht (SR 173.110.131), Art. 6, 7 BG über das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.32),

Ein materiellrechtliches Rezept folgt aus der Gesetzesbindung, die im Strafrecht besonders markant im Grundsatz «Keine Strafe ohne Gesetz» Ausdruck findet. Dieser dem Schweizerischen Strafgesetzbuch vorangestellte Grundsatz (Art. 1 StGB) hat als Ausfluss von Art. 4 BV Verfassungsrang und gilt im gesamten Strafrecht einschliesslich des kantonalen und kommunalen Rechts.³⁴ Daraus folgt für die richterliche Rechtsschöpfung, dass sich diese in dem vom Gesetz geschaffenen Rahmen bewegen muss und jenen nicht durch gewohnheitsrechtliche Schaffung oder Verschärfung von Strafnormen und analoge Anwendung von Strafnormen zu Ungunsten des Beschuldigten überschreiten darf. Generell gilt für die richterliche Rechtsfindung in der kontinentaleuropäischen Rechtskultur, dass sie sich nicht an selbst entwickelten Präjudizien, sondern an Vorgaben insbesondere des Gesetzes auszurichten hat.

Die mitunter schwierige Grenzziehung zwischen notwendiger zulässiger Auslegung und der Entwicklung neuer strafbegründender oder strafverschärfender Rechtssätze kann sich auf Methoden der Sinnermittlung von Gesetzestexten nach anerkannten Leitgesichtspunkten stützen. Freilich ist bereits die Hierarchie der Auslegungsmethoden umstritten: Während im schweizerischen Strafrecht nach herrschender Meinung³⁵ der womöglich über den Wortlaut des Gesetzestexts hinausgehende Sinn des Gesetzes als massgeblich gilt, wie er sich aus den ihm zugrunde liegenden Zwecken und Wertungen ergibt, sind im deutschen Strafrecht nach überwiegender Lehre die Gerichte an den möglichen umgangssprachlichen Wortsinn als Auslegungsgrenze gebunden; nur innerhalb dieses Rahmens darf sich die Auslegung an der nächstliegenden Wortbedeutung, der Vorstellung des historischen Gesetzgebers und des gesetzessystematischen Zusammenhanges nach dem Zweck des Gesetzes ausrichten.³⁶

Prozessrechtliche Rezepturen zur Vermeidung vernunftwidrigen und willkürbehafteten Entscheidens sind zunächst in richterlichen Handlungspflichten zur Aufdeckung und Behebung befangenheitsbegründender Umstände enthalten. Im Interesse eines fairen Verfahrens haben Richtende zu Beginn eines Verfahrens oder sobald ihnen dies bewusst wird unaufgefordert alle Umstände offen zu legen, die in den Augen der Parteien eine Besorgnis der Befangenheit begründen könnten.³⁷ Bei Vorliegen von Ausstandsgründen haben Gerichtspersonen in den Ausstand zu treten. Auf das Ausstandsbegehren einer Partei hat das Gericht unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson zu entscheiden.

Art. 28 Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.1), Art. 6–8 BG über das Bundesstrafgericht (SR 173.71).

34 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 2005, § 4 N 6.

35 Nachweise bei STRATENWERTH (Fn. 34), § 4 N 29.

36 ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., München 2006, § 5 E Rn 28.

37 KIENER (Fn. 8), 329.

Eine Verletzung der Ausstandsvorschriften verpflichtet auf Verlangen einer Partei unter weiteren Umständen zur Aufhebung der Amtshandlung.³⁸

Prozessrechtliche Bindungen an Vernunft und Willkürfreiheit finden sich zudem in den Regeln gerichtlicher Beweiswürdigung. Gesetzlich bindende Beweisregeln waren im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess gebräuchlich. So gestattete die Carolina³⁹ eine Verurteilung nur bei einem Geständnis des Beschuldigten (Art. 22 CCC) oder bei dessen Überführung durch mindestens zwei Zeugen (Art. 67 CCC). Solch zwingende Beweisregeln setzen sich dem Einwand aus, dass formell als erwiesen Geltendes mit der subjektiven richterlichen Wahrheitsüberzeugung in Widerspruch stehen kann. In solchen Fällen werden Richter durch die Bindung an Beweisregeln gezwungen, gegen ihre Überzeugung zu urteilen. Wegen der Unbeugsamkeit solcher Regeln drohte zudem die kriminalpolitisch kaum erträgliche Gefahr, Schuldige nicht bestrafen zu können. Zur Vermeidung dessen hielt die Carolina an der inquisitorischen Prozessform und der Folter fest (Art. 18–20, 23, 67 CCC). Nach Abschaffung der Folter wurde zunächst im aufklärerischen Bemühen um Verhinderung richterlicher Willkür an den Beweisregeln der Carolina festgehalten. Zur Vermeidung von ungerechtfertigten Freisprüchen wurde freilich nunmehr neben der ordentlichen, auf einem «Vollbeweis» beruhenden Strafe eine «Verdachtsstrafe» für Fälle eingeführt, in welchen belastende Indizien eine Wahrscheinlichkeit der Täterschaft annehmen liessen. In der Zeit der Aufklärung wurde das zwingende Beweisregelmodell wegen seiner unvernünftigen und rechtsstaatswidrigen Konsequenzen aufgegeben und durch die «freie» Beweiswürdigung⁴⁰ ersetzt.

Die Freiheit der Beweiswürdigung wird im Strafverfahren durch die Unschuldsvermutung⁴¹ ergänzt, wonach jede beschuldigte Person bis zum Nachweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten hat. Diese Vermutung enthält sowohl eine Beweislastregel wie eine Beweiswürdigungsregel. Die Beweisführungslast für alle Strafbarkeits- und Prozessvoraussetzungen trifft den Staat. Bleiben nach erfolgter Beweiswürdigung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel daran, von welchem tatsächlichen Geschehensablauf auszugehen ist, so haben die Gerichte nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage auszugehen. Der zu erbringende Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels ist in seiner motivationalen Auswirkung auf die Verurteilungsbereitschaft ambivalent, indem er die Verurteilungsbereitschaft zugleich hemmt wie fördert. Der Mindeststandard einer Verurteilung «jenseits eines vernünftigen Zweifels» hält dazu an, einerseits bei

38 Art. 34–38 BG über das Bundesgericht (SR 173.110), Art. 38 BG über das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.32).

39 RADBRUCH/KAUFMANN (Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl., Stuttgart 1975.

40 Vgl. Art. 10 Abs. 2 StPO.

41 Vgl. Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV, Art 10 Abs. 1 und 3 StPO.

vernünftig begründbaren Zweifeln von einer Verurteilung abzusehen und andererseits eine Verurteilung bedenkenfrei vorzunehmen, wo Zweifel nicht vernünftig begründbar sind. Zudem ist dieser Standard als Richtschnur des Beurteilens von Sachlagen vage. Massstäbe für die Korrektheit der Tatsachenfeststellung sind ohnehin ungleich schwerer als solche der rechtlichen Beurteilung aufzustellen und zu überprüfen. Gleichwohl lassen sich normative Mindestanforderungen an die gerichtliche Tatsachenfeststellung benennen. Dazu gehört die subjektive Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit der Tatsachenfeststellung gemäss vernunftgemäßem Urteil. Ferner, dass das Gericht auf Grund genügend sorgfältiger Prüfung im Rahmen des vertretbaren prozessualen Aufwandes zum für wahr Halten des Festgestellten gelangt ist. Die Möglichkeiten einer Kontrolle der subjektiven Wahrheitsüberzeugung und des im Einzelfall gebotenen Ermittlungsaufwandes beschränken sich auf die Überprüfung der schriftlichen Urteilsfassung durch die übergeordneten Gerichtsinstanzen. Diese *Darstellung* der Entscheidung bringt die authentischen Überlegungen bei ihrer Herstellung nicht unbedingt zum Ausdruck. Eine zu erwartende Diskrepanz zwischen Darstellung und Herstellung⁴² ist jedoch nicht aufzudecken, da die Kontrollmöglichkeiten sich auf die Darstellungsebene beschränken.

Neuerdings wird versucht, das rein assoziative Urteilen durch ein Wägen mit Alltagsvernunft auf Plausibilitätsbasis zu ergänzen. Hierzu wurden sowohl für die Rechtssysteme des angelsächsischen und angloamerikanischen *common law* wie für diejenigen des kontinentaleuropäischen *civil law* zur besseren Informationsverarbeitung probabilistische Modelle der Beweiswürdigung entwickelt.⁴³ In den USA werden auch von Gerichten Versuche einer numerischen Fixierung der zur Verurteilung benötigten Wahrheitswahrscheinlichkeit (*«reasonable doubt standard»*) unternommen.⁴⁴ Ungeachtet der Fragwürdigkeit einer strengen «Mathematisierung» der Beweiswürdigung lassen sich Wege aufzeigen, wie *prima facie*-Eindrücke schrittweise mit Hilfe probabilistischer Methoden so lange überprüft und revidiert werden, bis das Niveau der zu einem Urteil nötigen Wahrheitswahrscheinlichkeit jenseits eines vernünftigen Zweifels erreicht ist.⁴⁵ Der Nachvollzug solcher Wege mag in der Gerichtspraxis hindernisreich sein. Gleichwohl sind pragmatische Verfahren der bestmög-

42 HASSEMER, Einige empirische Ergebnisse zum Unterschied zwischen der Herstellung und Darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen. MSchrKrim 66, 1983, S. 26 ff.; HASSEMER, Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 144 ff.; KUNZ/MONA (Fn. 11), S. 21.

43 Vgl. etwa MURPHY, Evidence, proof and facts. A book of sources, Oxford 2003; ROBERTSON/VIGNAUX, Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom Hoboken 1995; BENDER/NACK Tatsachenfeststellung vor Gericht, 2 Bde., 2. Aufl., München 1995, Bd. I Rn 398 ff., 465 f.; Bd. II Rn 174 ff., 671 ff.

44 Nachweise bei KUNZ, Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels. Zur Rationalität der Beweiswürdigung bei der Tatsachenfeststellung, ZStW 121, 2009, S. 572–606, 601 f.

45 Dazu ausführlich KUNZ (Fn. 44), S. 599 ff.; vgl. auch SCHWEIZER, Intuition, Statistik und Beweiswürdigung. Justice – Justiz – Giustizia 2006, S. 4.

lichen annäherungsweisen Wahrheitsermittlung dem rein intuitiven Urteilen vorzuziehen.

Die Freiheit und Unabhängigkeit des Richterstandes wurde und wird zudem durch verschiedene institutionelle Vorkehrungen ausbalanciert. So wurde in der französischen Revolution mit der Einführung von *Geschworenengerichten* die Macht der Berufsrichter beschränkt und die Forderung nach Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk in der rechtsprechenden Gewalt unmittelbar umgesetzt. Freilich ist das nur an seine «intime conviction» gebundene Geschworenenverdikt wegen seiner mangelnden Transparenz und Überprüfbarkeit dubios. Eine mittelbare demokratische Kontrolle der Justiz besteht in der Schweiz und in den USA durch die *Volkswahl* der Richterinnen und Richter. Daneben dienen der Begründungszwang von Entscheidungen, die *Öffentlichkeit* sowie die *Unmittelbarkeit* der Hauptverhandlung⁴⁶ als Vorkehrungen gegen richterliche Willkür. Die unauslöschlich subjektive Komponente richterlicher Entscheidungsfindung verlangt nach einer um Zustimmung werbenden Entscheidungsbegründung, die sich der Kritik der Öffentlichkeit stellt und im Rahmen des Systems gerichtlicher Instanzen überprüft und so intersubjektiv verbindlich gemacht werden kann.

V.

Da auch scheinbar unpolitische Richter lebensweltliche Befangenheiten besitzen, wäre es unangemessen, eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit nur gerade bei jenen Richtern zu befürchten, die ihre weltanschaulich-politische Prägung öffentlich bekannt machen. Wenn die Richtigkeit von Entscheidungen nicht objektiv feststellbar ist, sondern sich in einem argumentativen Diskurs herstellt, der um möglichst breit abgestützte Anerkennung wirbt,⁴⁷ dann sind auch und gerade Persönlichkeiten zur Entscheidungsfindung berufen, die sich ihrer menschlichen Subjektivität (mit all ihren Schwächen) bewusst sind und dies öffentlich transparent machen. Unsere Überlegungen zeigen, dass die sich in die Gesellschaft einbringende, in öffentlichen Debatten ihre Position bestimmende und selbstkritisch hinterfragende Persönlichkeit ein Richteramt integer und verantwortungsvoll auszufüllen vermag. Ob die Gerichtsperson sich um der Würde des Amtes willen mit persönlichen öffentlichen Äusserungen zurückhält oder ob sie bei der politischen Meinungsbildung öffentlich engagiert Stellung bezieht, ist nebensächlich. Massgeblich ist vielmehr, dass die persönlichen Präferenzen die Unparteilichkeit der Amtsführung nicht behindern und Richtende

46 Letztere gilt im schweizerischen Strafprozess nur sehr beschränkt, vgl. Art. 343 Abs. 3 StPO. Kritisch dazu ALBRECHT, Was bleibt von der Unmittelbarkeit? ZStrR, 2010, S. 180–196.

47 Zum Zusammenhang zwischen pragmatischer Wahrheitsermittlung und möglichst breit abgestützter Anerkennung APEL, Transformation der Philosophie, Bd. 2: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, Frankfurt a.M. 2002.

sich subjektiv aufrichtig und objektiv erkennbar um grösstmögliche Unabhängigkeit und Unbefangenheit der Amtsausübung bemühen. Entscheidend ist, im Bewusstsein der eigenen lebensweltlichen Befangenheiten diese im Interesse der Integrität der Amtsausübung zurückzustellen. Aus der Verpflichtung richterlicher Tätigkeit zu gerechtem Urteilen folgt, dass Richtende sich – Justitia folgend – einen Schleier des Nichtwissens umzulegen haben, welcher bei der Entscheidungsfindung die Konsequenzen der Entscheidungsalternativen für die eigenen Interessen und persönlichen Präferenzen verdeckt. Die Entscheidung ohne Rücksicht auf die persönlichen Vorstellungen über politische Inhalte ist ein Gebot der Fairness und ein Prinzip der Gerechtigkeit.⁴⁸ Dieses Gebot ist nur begrenzt justitiabel. Im Übrigen bleibt der Appell an eine redliche, dem ethischen Anruf des Amtes gerecht werdende richterliche Betätigung.⁴⁹

Am Ende bleibt eine konkrete rechtspolitische Forderung, die sich der schlichten Einsicht verdankt, dass es sich bei der richterlichen Unabhängigkeit und Unbefangenheit um Postulate handelt, deren Wahrung nur in Kenntnis der persönlichen weltanschaulich-politischen Grundeinstellungen der jeweiligen Richterpersönlichkeit überprüfbar sind. Jenseits einer Besorgnis der Befangenheit in konkreten Verfahren besteht daher ein öffentliches Interesse an der generellen Bekanntheit persönlicher Interessenverbindungen von Richtern. Daher ist *de lege ferenda* für Richtende eine generelle, bei Amtsantritt zu erfüllende und periodisch zu aktualisierende Offenlegungspflicht über alle Bindungen, welche im Einzelfall zu einer Besorgnis der Befangenheit führen könnten, sowie die Bekanntmachung dessen in einem öffentlichen Register zu fordern.⁵⁰ Ähnlich wie Parlamentarier können Richtende durch Mitgliedschaften in politischen Parteien, Interesseverbänden, Vereinen und dergleichen und durch Nebentätigkeiten befangen sein oder zumindest diesen Eindruck erwecken. Die Pflicht zur Offenlegung bestehender Interessenverbindungen sollte daher für Richter in entsprechender Weise wie für Parlamentarier⁵¹ vorgesehen werden.

48 Zur Bestimmung des Gerechten unter dem Schleier des Nichtwissens (veil of ignorance) RAWLS, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 2003 (orig. 1971), S. 28 ff., 83, 112.

49 So auch HERZOG (Fn. 10), 23; vgl. auch KIENER (Fn. 8), S. 182.

50 So auch KIENER (Fn. 8), S. 329.

51 Für Mitglieder der Bundesversammlung Art. 11 BG über die Bundesversammlung (SR 171.10).

Der Richter und sein Gerichtsschreiber

Zum Rollenverständnis und Verhältnis von Magistraten und Justizbeamten im schweizerischen Justizwesen

VON STEFAN HEIMGARTNER

I. Einleitung

Obschon der Beginn meiner Freundschaft zum Jubilar auf einen «gesellschaftlichen» Anlass zurückzuführen ist – wir lernten uns Ende 2002 am Vernisage-Apéro zur 1. Auflage des Basler Kommentars zum StGB in Bern kennen – war unsere Beziehung zunächst als Folge dieser ersten Begegnung beruflicher Natur. Hans «dit» Jonny Wiprächtiger riet mir als frisch gebackenem Doktoranden und Anwaltsprüfungskandidaten, mich am Bundesgericht als Gerichtsschreiber zu bewerben. Seine motivierenden Worte «*Komm zu uns!*» verfehlten ihre Wirkung nicht. Um Missverständnissen vorzubeugen: In der Folge hatte ich das ordentliche Bewerbungsverfahren zu durchlaufen, das trotz der einen oder anderen «*Tücke*» (Lokomotivausfall auf dem Weg zum Bewerbungsgespräch nach Lausanne; nachzureichendes Maturazeugnis) erfolgreich endete.

Als persönlicher Mitarbeiter lernte ich rasch sein Rollenverständnis von Gerichtsschreibern und Richtern schätzen. Ich nehme seine diesbezügliche moderne Auffassung – die ihn von anderen Richtern unterscheidet – zum Anlass, die im internationalen Vergleich besondere Stellung von Gerichtsschreibern und deren Interaktion mit Richtern im schweizerischen Justizsystem in vorliegendem Festbeitrag hervorzuheben.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Richtern und Gerichtsschreibern besteht darin, dass Letztere nicht durch Volk oder Parlament gewählt, sondern durch das Gericht angestellt werden.¹ Durch diese unterschiedliche Legitimität ergeben sich in Bezug auf die Befugnisse von Gerichtsschreibern gewisse verfassungsrechtliche Schranken.

Die Wahrnehmung der Funktion von Gerichtsschreibern ist je nach Optik unterschiedlich: Während in der Öffentlichkeit das Bild des Beamten vorherrscht, der eine Gerichtsverhandlung protokolliert und das Ergebnis festhält, wird in Juristenkreisen das fundierte Wissen und der Einfluss von juristischen Gerichtsschreibern – nur von denen sei hier die Rede – auf den Ausgang eines Gerichtsverfahrens im Allgemeinen anerkannt und geschätzt. Eine Standes-

1 Vgl. dazu UEBERSAX, Die Stellung der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber in der Gerichtsverfassung, in: Schindler/Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich 2007, S. 78.

organisation vertritt gar selbstbewusst die Auffassung: «*Gerichtsschreiber verrichten weitgehend dieselben Aufgaben wie Richter*».²

Neben dem berufsbedingten persönlichen Bezug des Jubilars zur Thematik besteht auch ein aktueller Anlass, um sich im Allgemeinen mit dem funktionalen Verhältnis von Richtern und Gerichtsschreibern zu befassen: In den bisherigen kantonalen StPO und ZPO und den Gerichtsverfahrensgesetzen fanden sich kaum Bestimmungen über die Stellung und Aufgaben der Gerichtsjuristen und deren Rolle im Rahmen der Rechtsfindung.³ Die Vereinheitlichung der Prozessgesetze bietet nun eine gute Gelegenheit die diesbezüglichen Regelungen und die betreffenden Bestimmungen des BGG einer Prüfung zu unterziehen.

II. Persönliches Verhältnis

Bezeichnend für Jonnys Verhältnis zu seinen Gerichtsschreibern war etwa, dass sich sein Interesse und Engagement für diese nie bloss auf deren Arbeitsleistung im Rahmen ihrer Tätigkeit am Gericht beschränkte. Das Wohlergehen seiner Mitarbeiter sowie ein weiterführender Austausch im privaten Rahmen auch ausserhalb des Berufsalltags waren ihm stets ein Anliegen. Seine besondere Wertschätzung gegenüber Gerichtsschreibern kam aber auch dadurch zum Ausdruck, dass er deren eminente Leistung bei der Urteilsfindung anerkannte und so dem nach aussen vertretenen Rollenverständnis einzelner Richter entgegen wirkte, wonach Gerichtsschreiber eine subalterne juristische Funktion im Rahmen der Rechtsfindung hätten: So stellte er ausländischen Besuchern gegenüber «*Schreiber*» auch schon als «*junior judges*» vor.

Auch als für mich die Zeit gekommen war, vom Bundesgericht Abschied zu nehmen, plädierte er anlässlich meines Abschiedsapèros im «*Flon*» dafür, die Funktion der Gerichtsschreiber stärker ins Bewusstsein der Öffentlichkeit zu rücken. Dabei erwähnte er die Berichterstattung in der NZZ betreffend einen Fall, für den wir über mehrere Monate und über drei Sitzungen gefochten hatten. Es ging dabei um die äusserst kontroverse Frage, ob das Zurücklassen eines Staubsaugers in einem Einkaufswagen eines Grossverteilers anlässlich des Kaufs eines neuen Staubsaugers den Tatbestand des «*Ablagerns von Abfällen ausserhalb von Deponien*» im Sinne des schweizerischen Umweltschutzgesetzes erfüllt.⁴ Die Schlagzeile war: «*Fünf Richter und ein Staubsauger*»⁵,

2 Vgl. <http://www.gerichtsschreiber.ch/berufsbild.php>; in Bezug auf die Bundesverwaltungsjustiz ähnlich BEUSCH, Die Zusammenarbeit zwischen RichterInnen und Gerichtsschreibern, in: Gass et al. (Hrsg.), Justiz ins Blickfeld, Bern 2009, S. 129.

3 Vgl. LEUENBERGER, Die Zusammenarbeit von Richter und Gerichtsschreiber, ZBl 1986, S. 97, wonach die Zuteilung der einzelnen Aufgaben vielfach auf Übung innerhalb des Gerichts basierte.

4 BGer, 20.1.2005, 6S.289/2004.

5 NZZ vom 18.2.2005, S. 4; die betreffende Schlagzeile im Blick lautete: «*Schrottakte Staubsauger*».

wobei Jonny bemerkte, aufgrund meines nicht unwesentlichen Beitrags bei der Urteilsfindung hätte es heissen müssen: «Fünf Richter, ein Gerichtsschreiber und ein Staubsauger».

III. Der Begriff «Gerichtsschreiber»

Als quasi Nebenprodukt der Vereinheitlichung der schweizerischen Prozessgesetze im straf- und zivilrechtlichen Bereich wurden auch die bisher disparaten Bezeichnungen für den Kreis der Juristen, die neben den Richtern an der Urteilsfindung beteiligt sind, vereinheitlicht. Während früher die Bezeichnungen: juristische Sekretäre, Aktuare und Kammerschreiber synonym Verwendung fanden,⁶ herrscht heute der Begriff «*Gerichtsschreiber/Gerichtsschreiberin*» vor.⁷ In den französisch- und italienischsprachigen Regionen wurde schon immer einheitlich die Bezeichnung *gréffier/gréffière* resp. *cancelliere* verwendet. Letzterer Begriff geht auf das lateinische Wort *cancellarius* zurück, mit dem im spätantiken Rom subalterne Gerichtsbeamte bezeichnet wurden. Etymologisch leitet sich die Bezeichnung vom Wort *cancelli* ab. Diese sog. «*Schranke*» fand sowohl als Trennelement in Gerichts- wie Kirchenräumen Verwendung.⁸ Diese sprachliche Nivellierung hat in den Kantonen, in welchen der Begriff «*Gerichtsschreiber*» den Abteilungs- bzw. Gesamtgerichtsschreibern (Generalsekretären) vorbehalten war, zu einer formalen Aufwertung der Tätigkeit geführt. Nichtsdestotrotz umschreibt der Begriff das anspruchsvolle Arbeitsprofil nur unzureichend,⁹ zumal in den deutschsprachigen Nachbarländern der Begriff die Tätigkeit der rein administrativen Protokollführung umfasst. Bemühungen auf Ebene der Bundesgerichtsbarkeit anstelle dessen den eleganteren und treffenderen Begriff «*Gerichtsreferenten*» (*fr. référendaire*)¹⁰ einzuführen, scheiterten indessen.¹¹

6 Vgl. LEUENBERGER (Fn. 3), S. 97; vgl. zur Herkunft NETZLE, Der Gerichtsschreiber – mehr Gericht als Schreiber, S. 1 ff.; [download](http://www.gerichtsschreiber.ch/pdf/geschichtliches.pdf) unter www.gerichtsschreiber.ch/pdf/geschichtliches.pdf.

7 So ausdrücklich Art. 335 Abs. 1 StPO; in der ZPO fehlt eine entsprechende Bestimmung, doch führte die Vereinheitlichung im Strafprozess indirekt auch zu einer Vereinheitlichung der Begriffsbezeichnungen in Zivilprozessen.

8 Vgl. zur etymologischen Herkunft WILLI, Der Cancellarius, eine schillernde Figur im Spiegel der Geschichte, in: Staatskanzlei – Stabsstelle im Zentrum der Entscheidungsprozesse. Standortbestimmung und Ausblick aus Anlass des Jubiläums «100 Jahre Schweizerische Staatsschreiberkonferenz», Graubünden 2000, S. 10 ff.

9 UEBERSAX, Art. 24 BGG N 14, in: Niggli/UEBERSAX/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

10 Eine Abwandlung fand Eingang in Art. 23 Abs. 4 JG-FR, wonach Gerichtsschreiber mit betreffenden Aufgaben als «*Gerichtsschreiber-Referenten*» (*fr. gréffier rapporteurs*) bezeichnet werden.

11 Vgl. UEBERSAX, Art. 24 BGG N 7 mit Hinweisen, in: Niggli/UEBERSAX/Wiprächtiger (Fn. 9).

IV. Die Funktion im Prozess

A. Allgemeines

In der schweizerischen Justiz kommt den Gerichtsschreibern eine wesentliche Bedeutung im Rahmen der Urteilsfindung zu, weil sie die Dossiers betreuen. Überdies entwerfen sie in der Regel für die Hauptverhandlung Dispositive, die dem (wahrscheinlichen) Ergebnis der Urteilsberatung entsprechen. In einzelnen Kantonen resp. Bezirken oder Gerichtskreisen bereiten sie auch schriftliche Referate (*fr. rapport; it. rapporti*) vor. Diese Referate entwickelten sich teilweise von der ursprünglichen «Berichterstattung» des Referenten hin zu beinahe druckreifen schriftlichen Urteilsentwürfen. Diese Tätigkeit hat die frühere Kerntätigkeit von Gerichtsschreibern, das Protokollieren an Verhandlungen und Beratungen sowie die Redaktion von richterlichen Entscheiden, in den Hintergrund treten lassen.¹² In den meisten Kantonen werden Gerichtsschreiber von Praktikanten (Auditoren, Akzessisten, Gerichtsschreiber-Praktikanten; *fr. stagiaires; it. praticanti*) sekundiert. In erstinstanzlichen Gerichten erfüllen infolgedessen teilweise Letztere die «subalternen» Aufgaben von Gerichtsschreibern, wie das Erstellen von Protokollen oder das Vorentwerfen von Referaten.

Die Mitwirkung von juristischen Gerichtsschreibern in der Justiz hat in der Schweiz eine langjährige Tradition. Die richterähnliche Funktion kommt dadurch zum Ausdruck, dass an der Willensbildung des Spruchkörpers mitwirkende Gerichtsschreiber wie Richter unvoreingenommen sein müssen, damit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV Genüge getan ist.¹³ Dass Gerichtsschreiber anstelle von Richtern Urteile schriftlich begründen, geht auf die Zeit zurück, in der die Richter als Laien hierzu selber gar nicht über genügend fundierte Rechtskenntnisse verfügten.¹⁴ Diese bedurften zur juristisch haltbaren Entscheidungsfindung infolgedessen Gerichtsschreiber gewissermassen als «Rechtsbeistände».¹⁵

Eine nach wie vor bestehende Kernkompetenz der Gerichtsschreiber besteht darin, Protokolle, Voladungen, Verfügungen, Beschlüsse und Urkunden (mit-)

12 Vgl. hinsichtlich des Bundesgerichts UEBERSAX, Art. 24 BGG N 13, in: Niggli/UEBERSAX/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

13 BGer, 30.10.2008, 9C_836/2008, E. 4.1; vgl. dazu STEINMANN, Anspruch auf den gesetzlich vorgesehenen Richter sowie auf Besetzung des Gerichts mit unvoreingenommenem Richter bzw. Gerichtsschreiber, Justiz 2009/1 [www.richterzeitung.ch].

14 UEBERSAX, Art. 24 BGG N 1, in: Niggli/UEBERSAX/Wiprächtiger (Fn. 9).

15 So noch in Bezug auf Gemeinderichter Art. 8 Abs. 5 des Gesetzes über die Rechtspflege des Kantons VS (RPfG-VS).

zuunterzeichnen, ihnen kommt somit auch die Funktion einer *Urkundsperson* zu.¹⁶

Im Allgemeinen ist der Gerichtsschreiber anlässlich der Urteilsberatung dazu gehalten, im Hinblick auf die Urteilsredaktion die verschiedenen *Voten* festzuhalten.¹⁷ Der Gerichtsschreiber hat ebenso wenig wie unterliegende Richter einen Anspruch darauf, seine abweichende Meinung (*sog. dissenting opinion*) anlässlich der Eröffnung oder in der Entscheidungsfassung zu kommunizieren.¹⁸ Anders verhält es sich, wenn das kantonale Gerichtsorganisationsgesetz ein solches Recht vorsieht.¹⁹

B. StPO

Art. 335 Abs. 1 StPO schreibt vor, dass das Gericht im Beisein eines Gerichtsschreibers tagt, sodass Letzterer auch bei der Urteilsberatung anwesend sein muss. Im Unterschied zum Richterergremium, das als Spruchkörper während der Hauptverhandlung zwingend unverändert bleiben muss, hat der Wechsel eines Gerichtsschreibers indessen nicht die Folge, dass die gesamte Hauptverhandlung wiederholt werden muss, wie es bei Richterwechseln der Fall ist (vgl. Art. 335 Abs. 2 StPO).²⁰

Art. 348 Abs. 2 StPO hält fest, dass der Gerichtsschreiber mit beratender Stimme an der Urteilsberatung teilnimmt. Wie schon im Allgemeinen erwähnt wurde, redigieren in der Schweiz mehrheitlich nicht die Richter, sondern die Gerichtsschreiber die Strafurteile, sodass sie auch im Entscheidungsprozess Einfluss nehmen sollen. Dadurch wird die Qualität der Urteile erhöht, weil der redigierende Gerichtsschreiber auf seiner Ansicht nach ungesetzliche Entscheidungen oder unschlüssige Argumentationen hinweisen kann. Die Mehrzahl der deutschsprachigen kantonalen Gerichtsverfassungsgesetze kannten bereits eine entsprechende Bestimmung. Insbesondere bei Laienrichtern kommt der beratenden Stimme des Gerichtsschreibers einiges an Gewicht zu.²¹ Die beratende Stimme beinhaltet den Anspruch des Gerichtsschreibers, anläss-

16 UEBERSAX, Art. 24 BGG N 1, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Fn. 9).

17 Vgl. SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1345.

18 REUSSER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 343 f.; a.A. FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 351 N 11; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 351 N 4, welche die Wiedergabe von abweichenden Meinungen (von Richtern und Gerichtsschreibern) im Anhang zur Begründung als zulässig betrachtet.

19 Vgl. dazu unten.

20 Vgl. HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 348 StPO N 14, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011.

21 Vgl. LEUENBERGER (Fn. 3), S. 99.

lich der Urteilsberatung die eigene Ansicht über die tatsächlichen und rechtlichen Punkte wiederzugeben. Soweit es die betreffende Gerichtsordnung nicht vorsieht, besteht indessen kein Recht, Anträge zu stellen. Wird dem Gerichtsschreiber keine Gelegenheit eingeräumt, seine beratende Stimme auszuüben, wird dadurch der Anspruch auf ein richtig besetztes Gericht verletzt.²²

Abgesehen von diesen zwei Regeln, die in den meisten Kantonen bereits bisher – als geschriebenes oder ungeschriebenes Recht – galten, enthält die StPO keine Vorgaben über die Funktion und Befugnisse von Gerichtsschreibern. Ob dem Gerichtsschreiber im Rahmen der Urteilsberatung weitere Funktionen zukommen, regelt die StPO nicht. Da Letztere die nicht ausdrücklich geregelten internen Prozessabläufe den Kantonen überlassen will, können die Kantone festhalten, welche weiteren Rechte und Pflichten den Gerichtsschreibern im Rahmen der Urteilsfindung zukommen.

Bei den gestützt auf Art. 19 Abs. 2 StPO in den meisten Kantonen vorgesehenen Einzelgerichten kann in Ermangelung von Mitrichtern keine eigentliche Urteilsberatung im Sinne von Art. 348 StPO stattfinden.²³ Demgemäss wird der Beratungsprozess durch die innere Willensbildung des Richters substituiert.²⁴ Um trotz fehlender Richterkollegen einen fruchtbaren Diskurs zu erreichen, fungieren sinnvollerweise Gerichtsschreiber (und Praktikanten) als informelle Referenten. Auf diese Weise kann das *Vieraugenprinzip* in einzelgerichtlichen Verfahren die Qualität der Entscheide erhöhen.

C. ZPO

Die ZPO enthält im Unterschied zur StPO keine Bestimmungen, die sich mit der Funktion der Gerichtsschreiber befasst. In den Materialien wird immerhin festgehalten, dass einzelne Aufgaben auch Gerichtsschreibern übertragen werden können. Etwa können Vorladungen alternativ zum Präsidenten oder zum Gerichtsstempel von der *«Gerichtsschreiberei»* unterzeichnet werden.²⁵ Entgegen der allgemeinen Tendenz, Aufgaben an Gerichtsschreiber zu delegieren,²⁶ wurde das von einigen Kantonen in der Vernehmlassung vorgetragene Postulat, dass Beweisabnahmen gemäss Art. 155 Abs. 1 ZPO nicht nur an Gerichtsmitglieder, sondern auch an Gerichtsschreiber delegiert werden können sollen,²⁷ mit einer zweifelhaften Begründung verworfen: *«Zwar trifft es zu, dass die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber zumeist eine juristische Ausbil-*

22 Vgl. UEBERSAX (Fn. 1), S. 89 mit Hinweis auf BGE 125 V 499; BGer, 20.2.2001, 6P.126/2000.

23 Vgl. REUSSER (Fn. 17), S. 341.

24 Vgl. HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 348 StPO N 6, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 20).

25 Botschaft ZPO, BBl 2006 7306.

26 Vgl. LEUENBERGER (Fn. 3), S. 101 ff.

27 Vgl. HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 155 N 3.

«...dung haben; dennoch ist ihre Stellung und Legitimität nicht dieselbe wie die eines erkennenden Mitglieds des Spruchkörpers».²⁸ Insbesondere bei nebenamtlichen Laienrichtern, die teilweise auch in grossen Kantonen noch als Einzelgerichte fungieren, wären juristisch ausgebildete Gerichtsschreiber zumindest ebenso kompetent, Beweisabnahmen vorzunehmen. Die angeblich fehlende Legitimität besteht insoweit nicht, als derartige delegierte Beweisabnahmen im Hinblick auf eine Beweiswürdigung durch den Spruchkörper vorgenommen werden und somit keine eigenständigen hoheitlichen Akte darstellen. Im Strafprozess erschien dem Gesetzgeber jedenfalls die Übertragung resp. Delegation von Beweisabnahmen durch den Staatsanwalt an Assistenzstaatsanwälte resp. die Polizei grundsätzlich als zulässig (vgl. Art. 307 Abs. 2 StPO sowie Art. 312 Abs. 2 StPO).

Obschon die ZPO selber demnach keine Regeln betreffend Gerichtsschreiber enthält, kommen von eidgenössischen Rechts wegen gewisse Grundsätze auch im Zivilprozess zur Anwendung. Etwa bezieht sich der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht auch auf die Gerichtsschreiber, soweit diese beratende Stimme haben und ganz oder teilweise mit juristischen Laien besetzt sind.²⁹

Im Allgemeinen können kompetente Gerichtsschreiber in Zivilprozessen die gerichtliche Verfahrensleitung in allen Belangen unterstützen,³⁰ aber keine prozessleitenden Entscheide autonom treffen.

D. Kantonale Gerichtsgesetze (Auswahl)

Gemäss Art. 3 ZPO kommt den Kantonen weiterhin die Kompetenz zu, die Gerichtsverfassung und die Gerichtsorganisation betreffend Zivilverfahren zu regeln. Etwa obliegt es der kantonalen Zuständigkeit zu bestimmen, auf welche Weise «*Gerichtspersonen*», mithin Richter und Gerichtsschreiber zu wählen resp. zu bestimmen sind.³¹ Dasselbe gilt in Bezug auf Strafverfahren gemäss Art. 14 StPO, soweit die StPO oder andere Bundesgesetze keine abschliessende Regelung treffen. Im Rahmen der Vorgaben der ZPO und StPO sowie der verfassungsmässigen Prämissen können die Kantone in ihrer Gesetzgebung resp. Gerichtsgeschäftsordnungen festlegen, wer innerhalb der Behörde, wofür zuständig ist.³² Die meisten kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze enthalten in diesem Sinne Bestimmungen betreffend die Aufgaben der Gerichtsschreiber. Einige Organisationsgesetze halten fest, dass Gerichtsschreiber (auch in Zivil-

28 Botschaft ZPO, BBl 2006 7313.

29 Vgl. WEBER, Art. 47 ZPO N 12 mit Hinweis auf BGE 124 I 255 E. 5 c/aa, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.

30 Vgl. BORNATICO, Art. 124 ZPO N 7, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Fn. 29).

31 Vgl. VOCK, Art. 3 ZPO N 3, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Fn. 29).

32 Vgl. USTER, Art. 14 StPO N 7, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 20).

verfahren)³³ beratende Stimme haben,³⁴ teilweise können sie gar Anträge stellen.³⁵

Als soweit ersichtlich singuläre Bestimmung hält § 124 des Gerichtsorganisationsgesetzes des Kantons Zürich (GOG-ZH) fest, dass bei nicht einstimmigen Gerichtsentscheiden die Minderheit sowie die Gerichtsschreiberin oder der Gerichtsschreiber ihre abweichende Meinung im Protokoll festhalten lassen können und diese den Parteien mitgeteilt wird. § 133 GOG-ZH sieht in Bezug auf Zivilprozesse vor, dass ein Gerichtsschreiber grundsätzlich an den Verhandlungen und den Beratungen mitzuwirken hat (Abs. 1) und überdies delegierte Vergleichsverhandlungen durchführen darf (Abs. 2). Diese Regelung wird im Schrifttum mit dem Argument in Frage gestellt, dass solche Verhandlungen auch zur Prozessleitung gehören und deren Delegation an Gerichtsschreiber sei daher unzulässig.³⁶ Da Vergleichsverhandlungen informell geführt werden und bei der Dispositivfassung ein Mitglied des Gerichts beteiligt ist (vgl. § 136 GOG), dürfte diese Bestimmung bundesgesetzeskonform sein. Gemäss § 134 Abs. 2 lit. a GOG-ZH kann (neben den beteiligten Richtern) auch der Gerichtsschreiber verlangen, dass zivilprozessuale Urteilsberatungen entgegen der Regel mündlich durchzuführen seien.

Besondere Befugnisse kommen den Gerichtsschreibern nach dem Rechtspflegegesetz des Kantons Wallis (RPfG-VS) und dessen Organisationsreglement der Walliser Gerichte (ORGR-VS) zu. Gemäss Art. 17 Abs. 4 RPFg-VS können Gerichtsschreiber namentlich Bezirksrichter vertreten. Auch können sie gemäss Art. 9 Abs. 1 ORGR-VS bei erstinstanzlichen Kollegialgerichten notwendige Instruktionshandlungen ausführen. Ob eine solche generell-abstrakte Delegation insbesondere in Bezug auf zivilrechtliche Verfahren bundesrechtskonform ist, sei an dieser Stelle offen gelassen.³⁷ Die gesetzliche Verankerung der relativ autonomen Stellung der Gerichtsschreiber, über die sie *de facto* auch in den meisten anderen Kantonen verfügen, verdient jedenfalls Sympathie. Die besondere Anerkennung kommt auch dadurch zum Ausdruck, als gemäss Art. 13 Abs. 1 ORGR-VS Gerichtsschreiber bei erstinstanzlichen Gerichten mit bloss einem Richter durch das Kantonsgericht als dessen Stellvertreter ernannt werden können und ihnen dann sämtliche Rechte und Pflichten des ordentlichen Richters zukommen. In einem vermeintlichen Widerspruch dazu steht, dass gemäss Art. 17 Abs. 3 RPFg-VS Gerichte (ausser in Strafsachen) auch ohne Gerichtsschreiber gültig tagen können. Diese Bestimmung führt indessen nicht zu einer Schwächung der Position des Gerichtsschreibers, sondern bringt

33 Für Strafprozesse vgl. oben.

34 § 4 Abs. 3 EG ZPO-SO; Art. 5 Abs. 1 GerG NW; Art. 4 Abs. 3 GOG-UR; Art. 23 Abs. 2 JG-FR.

35 Vgl. etwa § 6 Abs. 2 GOG-BL.

36 BORNATICO, Art. 124 ZPO N 11, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Fn. 29).

37 Vgl. dazu die Hinweise oben.

vielmehr dessen beinahe gleichrangige Stellung zum Ausdruck. Schreibt doch Art. 17 Abs. 4 RPflG-VS vor, dass die Führung des Protokolls an Instruktionssitzungen durch das administrative Personal ausgeführt wird. Diese funktionale Arbeitsaufteilung – die sich am Kriterium der Geeignetheit orientiert – ermöglicht es, die beschränkten juristischen Ressourcen effizient einzusetzen.

E. BGG

Das BGG und das Bundesgerichtsreglement halten im Vergleich zu den übrigen schweizerischen und kantonalen Prozess- und Gerichtsgesetzen in einer grossen Dichte die einzelnen Aufgaben der Gerichtsschreiber fest. Aus diesem Grund kommt diesen Bestimmungen Modellcharakter zu, sodass sie teilweise *mutatis mutandis* an anderen Gerichten Anwendung finden werden dürften.³⁸ Am Bundesgericht kommt den Gerichtsschreibern aus historischen Gründen eine besondere Bedeutung zu, weil durch langjährige Gerichtsschreiber der *Wissenstransfer* gewährleistet wurde. Art. 24 BGG, der den Gerichtsschreibern gewidmet ist, hält in diesem Sinne fest, dass die Gerichtsschreiber bei der Prozessleitung (*sog. Instruktion*)³⁹ der Fälle und der Entscheidungsfindung mitarbeiten und ihnen beratende Stimme zukommt (Abs. 1). Im Unterschied zu den meisten kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen wird auch festgehalten, dass die Gerichtsschreiber *Referate* erarbeiten und Bundesgerichtsentscheide *redigieren* (Abs. 2). Diese zwei Kernkompetenzen werden formal unter der Verantwortung eines Richters resp. des Gerichts erfüllt, doch praktisch werden diese Tätigkeiten in der Regel in grösster Selbstständigkeit ausgeführt. Gerade in Abteilungen, in denen Richter selber keine eigenen Referate mehr verfassen, ergibt sich dadurch eine teilweise kritisierte Gerichtsschreiberjustiz.⁴⁰ Dies gilt umso mehr für Entscheide betreffend Rechtsgebiete, in denen die Richter über keinerlei Erfahrung durch ihre früheren Tätigkeiten verfügen. Hier ermöglicht die «*Teilnahme*» der erfahrenen Gerichtsschreiber an der Urteilsfindung überhaupt erst eine hochstehende kompetente bundesgerichtliche Rechtsprechung. Idealerweise sollte das oberste Gericht eines Landes mit Richtern besetzt sein, die über eine langjährige Erfahrung in den Gebieten verfügen, hinsichtlich derer sie letztinstanzlich entscheiden. Aufgrund des Wahlverfahrens und der Abteilungszuteilungen ist dies jedoch nicht immer der Fall. Für die Qualität der Rechtsprechung umso bedeutender ist daher die Kompetenz der Justizbeamten.

Weitere Aufgaben werden gemäss Art. 24 Abs. 3 BGG durch das Reglement (BGerR) den Gerichtsschreibern übertragen. Der einschlägige Art. 38 BGerR, welcher gemäss der Marginalie die *Stellung und Aufgabe der Gerichtsschreiber*

38 Vgl. dazu BEUSCH (Fn. 2), S. 127 ff.

39 Vgl. dazu BEUSCH (Fn. 2), S. 131.

40 Vgl. AB 2000 N 46.

definieren will, hält – systematisch an falscher Stelle – fest, dass jeder Richter Anspruch auf einen persönlichen Gerichtsschreiber habe (Abs. 1). Im eigentlichen Wortsinn deplatziert erscheint auch der nachfolgende Hinweis, dass Gerichtsschreiber von der Abteilung auf getreue Amtsführung vereidigt würden und statt des Eids ein Gelübde abgelegt werden könne (Abs. 2). Die Art. 24 BGG ergänzenden resp. konkretisierenden Aufgaben werden in der Folge aufgelistet (Abs. 3): Neben der Instruktion der Fälle und dem Erarbeiten der Referate, führen sie namentlich auch das Protokoll an Verhandlungen und Beratungen und redigieren die Urteile, Beschlüsse und gerichtlichen Verfügungen. Auch teilen sie das Urteilsdispositiv schriftlich mit, wenn der Entscheid in einer mündlichen Beratung getroffen worden ist oder wenn das Urteil nach der Fällung nicht sofort mitgeteilt werden kann. Überdies beaufsichtigen sie die Kanzlei bei der Erledigung der Urteile, Beschlüsse, Protokolle und gerichtlichen Verfügungen, die sie redigiert haben. Sie vertreten sich gegenseitig und helfen einander aus und erfüllen weitere Aufgaben für die Abteilungen oder das Bundesgericht.

Wie Art. 34 Abs. 1 BGG ausdrücklich festhält, gelten für Gerichtsschreiber auch dieselben Ausstandsregeln wie für Richter.⁴¹

Bundesgerichtsentscheide (vollständige Urteilsausfertigungen) bedürfen der *Unterschrift* des Präsidenten oder eines als Stellvertreter fungierenden Richters (präsidierendes Mitglied) sowie des redigierenden Gerichtsschreibers oder eines Stellvertreters desselben (Art. 47 Abs. 2 und 4 BGerR). Urteilsdispositive werden lediglich vom zuständigen Gerichtsschreiber unterzeichnet (Art. 47 Abs. 3 BGerR).

Der Entscheid enthält die Namen der «mitwirkenden Gerichtspersonen»: Zum einen sind die Namen der Mitglieder des *Spruchkörpers* (die beteiligten Richter) sowie der Name des redigierenden *Gerichtsschreibers*⁴² aufzuführen.

V. Fazit

Im vorherrschenden *sog. Referentensystem*⁴³ erweist es sich im Sinne einer Arbeitsaufteilung am effizientesten, wenn eine der Gerichtspersonen (ein Richter resp. ein Gerichtsschreiber unter der Aufsicht eines Richters)⁴⁴ ein schriftliches Referat im Sinne eines Urteilsentwurfs erstellt, das – soweit mehrheitsfähig – als Grundlage für die Urteilsredaktion zu dienen vermag. Die Arbeitsteilung bedingt, dass Gerichtsschreiber und Richter zumindest kom-

41 Vgl. dazu im Allgemeinen oben.

42 Vgl. dazu Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 60 N 5 mit dem Hinweis, dass in Bezug auf Gerichtsschreiber dieselben Ablehnungs- und Ausstandsgründe gelten wie bei Richtern.

43 Vgl. LEUENBERGER (Fn. 3), S. 100.

44 Da Gerichtsschreiber durch das Gericht angestellt sind, deren Teilnahme an der Rechtsfindung mithin nicht demokratisch legitimiert ist, haben diese stets unter der Verantwortung eines Richters zu arbeiten; vgl. BEUSCH (Fn. 2), S. 132.

plementär⁴⁵ über die fachlichen und persönlichen Fähigkeiten verfügen, um im Zusammenspiel Entscheide zu treffen, die den Regeln der Kunst entsprechen. Aufgrund der Angleichung der Funktionen kommt dem Richter vermehrt die Rolle eines Teamleaders zu, sodass neben fachlichen Fähigkeiten zunehmend auch Führungsqualitäten zum Anforderungsprofil gehören. Den Richtern verbleibt exklusiv die mündliche Verhandlungsführung, sodass nach wie vor auch diesbezügliche rhetorische Qualitäten vorliegen sollten. Hinsichtlich der Arbeitsteilung wäre es wünschenswert, wenn die beschränkten juristischen Ressourcen fokussiert im Kernbereich der juristischen Tätigkeit eingesetzt und Gerichtsschreiber infolgedessen von anderen Tätigkeiten, wie dem Ausarbeiten von Protokollen, durch administratives Personal entlastet würden. Dadurch kann die skizzierte Arbeitsaufteilung etabliert werden, die eine qualitativ und quantitativ hochstehende Rechtsprechung ermöglicht.

Während früher die Position als Gerichtsschreiber oft eine Lebensstelle beinhaltete, stellt sie heute zumeist nur noch eine Station in einer Berufslaufbahn dar. Vielfach dient sie als Zwischenstufe zur Erlangung von genügend Erfahrung im Hinblick auf eine Karriere als Richter, Staatsanwalt oder Rechtsanwalt. Aufgrund der geänderten Erwartungen an berufliche Laufbahnen werden langjährige Gerichtsschreiber, welche die Säulen eines Gerichts bilden, bedauerlicherweise wohl rar werden. Dementsprechend werden sich auch das Bild von Gerichtsschreibern und das Rollenverständnis zwischen Richter und Gerichtsschreiber verändern. Richter sollten sich idealerweise vermehrt bemühen, auch die Rolle als Mentor gegenüber ihren Justizmitarbeitern einzunehmen und sich für ihre berufliche Förderung einzusetzen als sie lediglich als subalterne Hilfskraft wahrzunehmen. Von der Tatsache, dass Jonny das moderne Bild des Richters verkörperte, zeugen seine ehemaligen Gerichtsschreiber.

45 In diese Richtung auch FELBER, Traditionelles Richterbild und Wirklichkeit am Bundesgericht, SJZ 2007, S. 440.

Zum Rollenverständnis von Richtern und Strafverfolgern

VON MARTIN ZIEGLER

I. Vorbemerkung

Der in dieser Festschrift geehrte Bundesrichter Hans Wiprächtiger vertritt immer wieder pointierte Auffassungen zur Rolle von Akteuren im Strafprozess,¹ hat aber stets auch ein offenes Ohr für Vertreter aller Prozessrollen, wie namentlich Publikationen aufzeigen, an welchen er mitgewirkt hat, zuletzt in Gestalt des von ihm mit herausgegebenen Basler Kommentars zur StPO/JStPO.² Weniger Verständnis pflegt er aufzubringen, wenn Akteure versuchen, ihre Auffassungen anderen aufzudrängen oder gar «aufzuzwingen».³ Immer wieder hat er sich auch dagegen gewehrt, dass allzu viel politischer Zeitgeist, nicht zuletzt inspiriert von Vertretern der Strafverfolgung, in die Strafgesetzgebung einfließt.⁴ Damit werden Fragen aufgeworfen, inwiefern und weshalb staatliche Justizakteure mit unterschiedlichen Rollen im Strafprozess und seinem Umfeld, auch im Hinblick auf Gesetzesvorhaben, verschieden agieren, welches Rollenverständnis ihnen eigentlich zugebracht wäre, welche Wertvorgaben die Rollenverteilung steuern sollten und wo der neue Strafprozess in dieser Hinsicht zu «justieren» bzw. in welche Richtung weiterzuentwickeln wäre.

II. Das Rollenbild

A. Die richterliche Zurückhaltung

Richterliche Eigenschaften sind vor allem Unabhängigkeit⁵ und Ausgewogenheit im Urteil. Das Richterethos sieht den Richter als «Vorbild an Rechtsstaatlichkeit».⁶ Diese Eigenschaften bzw. Erwartungshaltungen hindern die

1 Siehe Fn. 3.

2 Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, an welchem Autoren aus Wissenschaft, Advokatur, Gerichten, Untersuchungs-, Polizei- und Strafvollzugsbehörden mitgewirkt haben.

3 plädoyer 1/2009, Heft-Headline und Streitgespräch mit BRUNNER, S. 9.

4 Siehe Fn. 3.

5 Als Fundament der Justiz, Art. 30 und 191c BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II und Art. 4 StPO; WIPRÄCHTIGER, Art. 4 StPO N 1–51, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 2).

6 ALBRECHT, Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?, in: Schindler/Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit – Ein Handbuch zur Justizverfassung – Zürich/St. Gallen 2007, S. 3.

Richterschaft hierzulande im Allgemeinen daran, in der Öffentlichkeit pointiert aufzutreten oder sich ausserhalb von getroffenen Entscheidungen auf einen Standpunkt festlegen zu lassen; Ausnahmen dazu stellen noch Auftritte in Fachgremien oder fachbezogenen Veranstaltungen dar. Dementsprechend ist die Richterschaft in der Schweiz kaum organisiert. Die bestehenden Richtervereinigungen verstehen sich mehr als geschlossene Diskussionsforen denn als Interessenvertretung. Freilich gibt es Ausnahmen dazu.⁷ Auch unter Richterpersönlichkeiten finden sich solche, die die Öffentlichkeit suchen, etwa um Urteilsgründe verständlich zu machen oder Fehlentwicklungen in der Gesetzgebung aufzuzeigen.⁸ Die Regel von der richterlichen Zurückhaltung im öffentlichen Auftreten bleibt trotz solcher Ausnahmen bestehen und ist keineswegs nur negativ zu bewerten. Sie darf allerdings insbesondere da nicht zur Lethargie verkommen, wo andere Kräfte versuchen, in richterliche Domänen einzugreifen. Nicht hinzunehmen sind beispielsweise Auffassungen, Strafgerichte hätten im Zweifel zugunsten der Anklage zu entscheiden oder kantonale Obergerichte würden den Anklägern einen Entscheidungsbonus zugestehen.⁹ Wo solches der Fall ist oder wäre, würden die Gerichte ihre Unabhängigkeit als wesentlichstes Merkmal einer rechtsstaatlichen Justiz und Basis jeder demokratischen Grundordnung preisgeben.

B. Die Omnipräsenz der Strafverfolger

Mit der Zurückdrängung des Unmittelbarkeitsprinzips in der Schweiz hat die Strafuntersuchung gegenüber der Hauptverhandlung an Bedeutung stark zugelegt. Weit über 90 Prozent der Strafverfahren¹⁰ werden durch die Staatsanwaltschaften und nicht etwa durch unabhängige Gerichte entschieden. Dies braucht nicht stets und a priori von Nachteil zu sein, nämlich wenn eine der unabhängigen Überprüfung zugängliche *Triage*¹¹ so erfolgt, dass im Wesentlichen die unproblematischen und nicht strittigen Verfahren vor dem gerichtlichen Stadium «bereinigt» werden, was ebenso zur *Entlastung der Gerichtsbarkeit*

7 Bekannt ist der Fall der Nichtwiederwahl eines Richters im Kanton Nidwalden am 15.9.2010, wozu sich die Zentralschweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (ZVR) gegenüber den zuständigen Behörden hat vernehmen lassen.

8 So WIPRÄCHTIGER, in: NZZ vom 14.4.2009, «Strafrechtsrevision für Bundesrichter unnötig».

9 BÄNZIGER, plädoyer 3/10, S. 33.

10 D.h. Erledigungen qua Strafbefehl, Nichtanhandnahme oder Einstellung/Sistierung, vgl. RIKLIN, Vorbem. zu Art. 352–356 StPO N 2, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 2) (wo allerdings nominell nur die Strafbefehlserledigung angeführt wird); im Kanton Schwyz bspw. gelangten im Jahr 2009 nur gerade rund 2.2% aller Strafverfahren vor die erstinstanzlichen Gerichte (bzw. 5.7% ohne Einrechnung der Übertretungsverfahren, die 71% aller Strafsachen ausmachten; vgl. RB-SZ 2009 S. 2 ff.); vgl. auch Beobachter 6/2011, S. 17, wo von 98% (bzw. 20%) und höheren Fehleranfälligkeiten der Staatsanwaltschaften die Rede ist.

11 Vgl. Trichterfunktion der Verfahrensstufen, die trotz Legalitätsprinzip von vielen Opportunitäts- und Zufallsmomenten geprägt und noch wenig erforscht ist.

beitragen kann wie die *Delegation* der Beweiserhebung ins Untersuchungsstadium.¹² Mit einer unabhängigen Justiz jedoch unvereinbar sind ein Übergewicht der Anklagefunktion im Hauptverfahren und jede Bevorzugung der anklagenden Partei gegenüber weiteren Prozessbeteiligten, insbesondere der Verteidigung bzw. dem Angeklagten. So oder anders bleibt das Bild vor allem in der Öffentlichkeit bestehen, dass der Strafprozess entscheidend von den Staatsanwaltschaften und nicht so sehr von den Gerichten geprägt wird; in erster Linie werden Strafverfolger in der Öffentlichkeit wahrgenommen und treten in den Medien auf (während sich die Gerichte kaum äussern und sogar den Verteidigern in praxi eine gewisse Zurückhaltung auferlegt ist). Entscheidend ist auch der Organisationsgrad der Strafverfolger in der KSBS,¹³ die in neuerer Zeit Empfehlungen vorab zur Strafzumessung herausgibt, welche in manchen Kantonen nahezu gesetzesähnlich umgesetzt werden.¹⁴ Auch gesetzepolitische Äusserungen sind an der Tagesordnung.¹⁵

III. Der Respekt für die andere(n) Rolle(n)

Wie der Einfluss von Gerichten und Strafverfolgern im Strafprozess ausfällt, ist eine rechtspolitische Frage und deshalb letztlich vom Gesetzgeber zu beantworten. Die Schweizerische Strafprozessordnung hat die Machtballung bei den Staatsanwaltschaften tendenzmässig noch verstärkt,¹⁶ stand doch auch das sog. Staatsanwaltschaftsmodell im Zentrum der Revision. Damit gewinnen *Empathie und Respekt* gegenüber der Rollenverteilung für die innere Balance der Justiz noch mehr an Bedeutung. Dennoch gibt es Staatsanwaltschaften, die versuchen, sich mit öffentlicher Kritik an Gerichtsentscheiden¹⁷ noch mehr Einfluss zu

12 Vgl. im Gegensatz dazu die Prozesse vor den Internationalen Strafgerichtshöfen (z.B. ICTY) oder den Kachelmann-Prozess in Mannheim (an dem bspw. ein Traumatologe zum rekordverdächtigen fünften Mal als Zeuge geladen wurde), deren umständliches Prozedere (ohne Protokollierung!) hiesige Vorstellungen eines effizienten Prozessablaufs weit übersteigt.

13 Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz.

14 Vgl. dazu allerdings u.a. BGE 134 IV 97 ff. und 135 IV 180 ff.

15 Vgl. TA-Online vom 19.10.2010, «Bund will hochprozentigeren Cannabis erlauben» (Ablehnung teilweise auch durch Polizeikreise «aus Prinzip»).

16 In diesem Zusammenhang ist von «Grossinquisitor», «Demontage der Gerichte», vgl. RIKLIN, Vorbem. zu Art. 352–356 StPO N 2 m.H., in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 2), oder «Machtkonzentration» und «Machtfülle» die Rede, vgl. KELLER, Welche staatliche Gewalt soll die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft ausüben und wie soll diese ausgestaltet werden?, in «Justice – Justiz – Giustizia» 2006/3 Rz 33 sowie LIENHARD/KETTIGER, Die organisatorische Einordnung der Staatsanwaltschaft in die kantonale Behördenstruktur, in «Justice – Justiz – Giustizia» 2008/2, Rz 31. Vgl. auch die zusätzliche Möglichkeit des (in der Literatur überwiegend kritisch beurteilten) «abgekürzten Verfahrens» nach Art. 358 ff. StPO.

17 So ANDREAS BRUNNER unter dem Titel «Bundesgericht erschwert Kriminalitätsbekämpfung», in NZZ vom 25.3.2010 (aus Anlass der in BGer, 8.3.2010, 6B_743/2009 und 6B_837/2009 bestätigten Rechtsprechung zur verdeckten Ermittlung, zustimmend besprochen durch

verschaffen oder Gerichte gar unter Druck zu setzen.¹⁸ Solche Vorgehensweisen zeugen genau so wenig von Sensibilität und Verständnis für die Gewaltenteilung wie rein populistische Äusserungen¹⁹ in ausserjustiziellen Kreisen. Gewiss, sachliche Kritik an Justizentscheiden muss erlaubt sein, sie soll aber im Stil des fachlichen oder zumindest sachlichen Diskurses geführt werden und hat dann besonders zurückhaltend zu sein, wenn sie von Verfahrensbeteiligten selbst oder anderen Gewalten stammt. Soweit Akteure Entscheidungen oder Beurteilungen anderer Rollenträger nicht teilen, sollen sie dies auf dem ordentlichen Rechtsweg vortragen. Hintergrund ist dabei immer, dass Gerichte, Strafverfolger und Verteidiger nach Vorgabe der Verfassungs- und Gesetzgeber verschiedene Aufgaben haben, die auch ein anderes Rollenverständnis implizieren. Verteidigern ist im rechtlich geregelten Rahmen eine reine Parteiinteressenwahrung aufgetragen, während Staatsanwälte nicht eine Verurteilung «um jeden Preis» herbeiführen, sondern vielmehr als «unparteiische Partei» agieren sollen.²⁰ Vor Gericht schliesslich darf bei der Beurteilung *weder* von Einfluss sein, wer vor Schranken steht und welchen Standpunkt diese Person vertritt, *noch* etwa welches der Aufwand war, der schliesslich zur Haupt- oder gar Rechtsmittelverhandlung geführt hat. Gerichte haben Gesetze nach ihrem Sinn und den anerkannten Methoden auszulegen, die Argumente zur Sache und zum Recht nach innerer Überzeugung abzuwägen und Würdigungen frei und pflichtgemäss vorzunehmen. «Entscheidboni»,²¹ welcher Art auch immer, darf es dabei keine geben.

Nur wenn alle Prozessbeteiligten diese Rollengegebenheiten respektieren, kann das Justizsystem seine Kernaufgabe, die Rechtsfindung – nicht etwa die Aufteilung von Machtbefindlichkeiten – erfüllen. Am Beispiel von Strafzumessungsrichtlinien, die durchaus einen nützlichen Zweck haben, wenn sie genügend Spielraum für die Einzelfallbeurteilung belassen, besagt dies, dass solche im Einzelfall jeweils auf ihre Falladäquanz zu prüfen und der Gerichtspraxis laufend anzupassen sind (und nicht umgekehrt). Eine Abweichung von Empfeh-

GLESS, in: *forum* poenale 01/2011, S. 28 ff.); dabei hätte die Kritik aus der Warte der Strafverfolgung wohl eher bei der Gesetzgebung ansetzen müssen.

18 Vgl. Zürcher Verfahren gegen die sog. Kügelidealer (Aktion «Herbstwind»), anlässlich welcher von Strafverfolgern nebst Beweiserleichterungen medienwirksam verlangt wurde, mittels «konsequenter» Untersuchungshaft und «hohen Strafanträgen» Gerichte «zu überzeugen», strengere Strafen auszufällen (vgl. NZZ vom 30.4.2010, «Dreimal höhere Strafen für «Chügeli-Dealer»»), so mit Erfolg im Fall von BGer, 14.1.2010, 6B_954/2009 (wo die zehnmonatige unbedingte Freiheitsstrafe vom Bundesgericht allerdings mit besonderer Renitenz, wiederholter Rückfälligkeit und «kalkulierter Kügelidealerei» des Verurteilten begründet wurde; vgl. Kritik dazu bei PETER ALBRECHT, in: *AJP* 4/2010, S. 531 ff.).

19 Wie z.B. der unselige Ausdruck der «Kuscheljustiz».

20 WEBER, Was zeichnet gute Staatsanwältinnen und Staatsanwälte aus?, in: *Akteure der Gerichtsbarkeit* (Fn. 6), S. 293.

21 Siehe Fn. 9.

lungen im Einzelfall allein sollte auch kein Grund zur Rechtsmittelergreifung sein.

Neben der gegenseitigen Rollenakzeptanz sind vor allem empathische Voraussetzungen von besonderer Bedeutung. Richter und Strafverfolger sollen sich in die individuelle Situation der Akteure versetzen können, m.a.W. Prozessparteien als *Verfahrensobjekte* behandeln. Dieses Theorem schliesst aus, dass Parteien im Strafprozess bloss als Objekte «abqualifiziert» bzw. «abgestraft» werden. Letztlich müssen, natürlich im Rahmen des Rechts, immer der Zweck und der (beschränkte) Sinn des Strafrechts in der Gesellschaft vor Augen gehalten werden; (Viel)straferei als Selbstzweck und Verurteilungen um jeden Preis²² schaden der Justiz und damit dem Rechtsstaat.

IV. «Justierungs»bedarf?

Ausgangspunkt für die Problematik ist die im neuen Strafprozess wie gesagt²³ nochmals verstärkte Vormachtstellung der Staatsanwaltschaften,²⁴ die auch über die gerichtliche Polizei verfügen (Art. 15 Abs. 2 StPO) und zwar in erster Linie zulasten der Gerichte, was verfassungsrechtlich nicht vorgegeben ist. Als Ermittlungs- und Untersuchungsleitung bestimmt die Staatsanwaltschaft den gesamten Gang der Untersuchung, abgesehen von punktuellen Kontrollmechanismen, gebietet über einen langen Katalog an Zwangsmitteln (teilweise zwar nicht in alleiniger Kompetenz), entscheidet de facto im überwiegenden Teil der Verfahren abschliessend in der Sache²⁵ und bestimmt weitgehend allein über die Kommunikation gegenüber der Öffentlichkeit. Dies wurde und wird mit einer effizienten Strafverfolgung im Interesse der Deliktsermittlung und -bekämpfung gerechtfertigt. Es wird auch geltend gemacht, mit der Schaffung von unabhängigen Zwangsmassnahmengerichten, dem «Anwalt der ersten Stunde» und den ausgebauten Beschwerdemöglichkeiten seien hinreichende Gegengewichte geschaffen^{25a}, was jedoch nicht voll überzeugt, da damit allein *punktueller* «checks and balances» geschaffen wurden.

Weitere Instrumente und Mechanismen wären zu prüfen. Namentlich ist eine *wirksame Aufsicht*²⁶ über die Strafverfolgung zu gewährleisten, wozu die

22 Illustrativ in dieser Hinsicht ist der Fall des Jugendlichen siehe in BGer, 7.1.2011, 6B_774/2010.

23 Siehe Fn. 16.

24 In die falsche Richtung geht diesbezüglich die bundesgerichtliche Öffnung neuer Rechtswege (BGE 137 IV 22 ff. und BGer, 17.5.2011, 1B_174/2011), die gesetzlich nicht vorgesehen sind (Art. 104 Abs. 1 lit. c; Art. 222 und 393 Abs. 1 lit. c StPO).

25 Siehe Fn. 10.

25a So u.a. GOLDSCHMID, Das Zwangsmassnahmengericht, FP 2011, S. 38 m.w.H.

26 LIENHARD/KETTIGER, «Justice – Justiz – Giustizia» 2008/2 (Fn. 16), insbesondere Rz 31.

Einsetzung einer unabhängigen Behörde allein nicht ausreicht.²⁷ Sie hätte eine gesetzeskonforme und sachadäquate Triage²⁸ zu gewährleisten, insbesondere dort, wo keine Partei zur Anfechtung von Nichtanhandnahmen und Verfahrenseinstellungen legitimiert ist.

Ferner müssten genauere Regulierungen geschaffen werden, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden an die *Öffentlichkeit* treten dürfen bzw. müssen. Die Bestimmung, wonach die Öffentlichkeit «wegen der besonderen Bedeutung eines Straffalles»²⁹ informiert werden *kann*, lässt dem Ermessen im Einzelfall allzu grossen Spielraum. Namentlich werden sog. Prangerfälle³⁰ dadurch nicht ausgeschlossen.

Schliesslich wäre auch zu erwägen, ob mit *Amtszeitbeschränkungen* und *Massnahmen in der Karriereplanung* nicht die Offenheit von Amtsträgern gegenüber der (beschränkten) Funktion des Strafrechts in der Gesellschaft gestärkt werden könnte. So gilt es zu vermeiden, dass vorab im beruflich eingeschränkten Gebiet der Strafverfolgung Funktionäre über Jahrzehnte zu «Gefangenen» derselben Tätigkeit werden (mit der Gefahr des sog. Röhrenblicks). Freilich bergen Karriere- oder Rotationsmodelle in der Justiz mit Blick auf ausländische Magistratur- oder Richterräte die Gefahr in sich, dass eigentliche «Justizkasten» entstehen. Ein ausbalancierter Mittelweg wäre anzustreben.

V. Ausblick

Gesetzgeberische Massnahmen für eine ausbalancierte *Rollenverteilung und Triage* in der Strafjustiz («Justierung») sind möglich und nötig. Grundlage hierfür ist die Rückbesinnung auf die Funktion des Strafrechts als regulativer «minimal standard» in Staat und Gesellschaft, welcher «Vielstraferei»³¹ oder die Bestrafung um der Strafe willen ausschliesst, ebenso aber auch einem «Laissez-faire» gegenüber Delinquenz entgegenwirkt, vor allem wenn es um elementare Rechtsgüter geht. Im gesetzlich vorgegebenen Rahmen sollen sich die Akteure der Strafjustiz – nach Massgabe ihrer Rolle und vor den Augen der Öffentlichkeit – für faire und effektive Verfahren einsetzen, in welchen sie ihren Beitrag

27 Art. 17 und 23 ff. StBOG sehen beim Bund neu eine besondere Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft vor; zum Aufsichtsmodell vgl. KELLER, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2006/3 (Fn. 16), der eine Aufsichtszuweisung an die Exekutive ablehnt (insbesondere Rz 62).

28 Siehe Fn. 11.

29 Art. 74 Abs. 1 lit. d StPO.

30 Vgl. den aufsehenerregenden Fall Zumwinkel in Deutschland: Nach seiner Verhaftung am 14.2.2008 wurde der Postchef durch die Ermittlungsbehörden im Fernsehen und weiteren Medien regelrecht vor- und abgeführt. Ebenso Fall Strauss-Kahn im Frühjahr 2011 in New York.

31 ZIHLMANN, *Justiz im Irrtum*, Zürich 2000, S. 46.

mit *Verständnis für die andere Rolle* und sachbezogenem Engagement («*sine ira et studio*») erbringen.

In diesem Sinne hat sich der in dieser Festschrift Geehrte in seiner Laufbahn mit beruflichem Engagement, aber auch mit seinem Weitblick über das Strafrecht hinaus, stets für eine faire und offene Justiz eingesetzt, *toujours agité – jamais abattu*.

Die Pflichten der Strafverteidigung

von URS RUDOLF¹

An einen Strafrechtsbegabten mit Freude am Fussball von einem Fussballbegabten mit Freude am Strafrecht zu seiner Auswechslung in der 68. Minute. Als Dank und Anerkennung für einen Teamplayer, welcher immer dort stand, wo es weh tut und sich unermüdlich für ein faires Spiel einsetzte.

I. Einleitung

Mit der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung wurde in der ganzen Schweiz die Vereinheitlichung von Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung eingeführt. Damit ist ein hoher Grad an Effizienz in der Strafverfolgung bezweckt.² Allerdings führte dies zu einer Machtkonzentration bei der Staatsanwaltschaft, welche durch ein Gegengewicht ausgewogen werden musste. Dieses wird durch die Schaffung eines Zwangsmassnahmegerichts und durch den Ausbau der Verteidigungsrechte erreicht. Teil dieser Ausdehnung ist die verstärkte, frühzeitig einsetzende Verteidigungsarbeit.³ Die Relevanz der Verteidigung zeigt sich schon darin, dass ihre Funktion neu im Gesetz ausdrücklich definiert wird. Danach ist die Verteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet (Art. 128 StPO).

Art. 128 StPO garantiert dem Verteidiger im Interesse des Beschuldigten eine weitgehende Freiheit in der Berufsausübung, in der Wahl der Verteidigungsmittel, in der Wahrnehmung prozessualer Rechte sowie bei der Gestaltung von Inhalt und Form mündlicher Äusserungen und schriftlicher Eingaben.⁴ Der Ver-

1 Ich danke Frau Dr. iur. Luzia Vetterli für ihre wertvolle Unterstützung

2 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085, 1105; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 12 N 9; WICKI, Einleitung StPO N 33 f., in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010; PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 57.

3 Botschaft (Fn. 2), 1107; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 128 N 2; RUCKSTUHL, Art. 128 StPO N 6 ff., in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 128 N 6 ff.

4 HAEFELIN, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Zürich 2010, S. 58.

teidiger ist jedoch insofern eingeschränkt, als er die Wahrung der Interessen seines Klienten ausschliesslich mit rechtlich zulässigen Mitteln betreiben darf.⁵ Diese Gesetzesdefinition der Grundaufgabe der Verteidigung ist wertvoll. Im Strafverfahren tritt der Staat dem Bürger mit seiner ganzen Machtfülle entgegen. Der Betroffene ist in dieser Situation schon mangels Rechtskenntnis meist nicht in der Lage, sich selber wirksam zu verteidigen.⁶ Auch wenn die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachzugehen wie belastenden,⁷ ist erfahrungsgemäss die Wahrnehmung dieser Doppelfunktion nur in begrenztem Masse möglich.⁸ Der Verteidiger ist dagegen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, einseitig und nur zugunsten und im Interesse der beschuldigten Person tätig zu werden, und zwar nur entlastend, um ein möglichst günstiges Urteil für die Klientschaft zu erreichen.⁹ Er ist dabei einerseits Beistand des Beschuldigten, tritt in eigenem Namen neben dem Beschuldigten im Strafprozess auf und hilft diesem, die Interessen wahrzunehmen. Da der Beschuldigte als eigenständiges Prozessobjekt mit vielfältigen Anwesenheits- und Duldungspflichten gilt, gehen seine prozessualen Rechte nicht auf den Verteidiger über.¹⁰ Vielmehr hat er weiterhin selber das Recht, alles zu seiner Verteidigung notwendige vorzunehmen.¹¹ Aus dem Umstand, dass der Verteidiger nicht Vertreter, sondern Beistand ist, wahrt er seine Unabhängigkeit nicht nur gegenüber den Strafbehörden, sondern auch gegenüber dem Beschuldigten selber.¹² Andererseits ist der Verteidiger jedoch auch Vertreter des Beschuldigten. Dies ist dort der Fall, wo im Strafverfahren Prozesshandlungen durch Stellvertretungen vorgenommen werden können; also dort, wo es auf die höchstpersönliche Mitwirkung des Beschuldigten nicht ankommt.¹³ Beispiele sind: Das Stellen von Fragen zum Prozessthema an Zeugen und Sachverständige, das Abgeben von verbindlichen prozessualen Erklärungen (Rechtsmittel), die Einsichtnahme in Untersuchungsakten, das Stellen von Beweis- und anderen Anträgen in der Untersuchung und vor Gericht, die Teilnahme an der Gerichtsverhandlung in Vertretung des abwesenden Beschuldigten sowie die Beschwerde über die Untersuchungsführung.¹⁴

Die Ausdehnung der Verteidigerrechte bedeutet auch eine Ausdehnung der *Verteidigerpflichten*. Die Qualitätsansprüche sind auch hier in den letzten

5 SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 764.

6 DAHS, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Köln 2005, N 3.

7 Art. 6 Abs. 2 StPO.

8 LIEBER (Fn. 3), Art. 128 N 1.

9 PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 78; RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 159 N 2.

10 HAEFELIN (Fn. 4), S. 58 f.

11 ALBRECHT, Die Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren, in: Niggli/Weissenberger (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel 2002, S. 14; N 2.20.

12 DAHS (Fn. 6), N 30; HAEFELIN (Fn. 4), S. 58 f.; ALBRECHT (Fn. 11), N 2.28 ff.

13 HAEFELIN (Fn. 4), S. 62.

14 HAEFELIN (Fn. 4), S. 62.

Jahren stets gestiegen. Der Beschuldigte hat Anspruch darauf, dass er korrekt vertreten wird. Dieser Anspruch auf effektive Verteidigung muss der Staat gewährleisten. Es besteht somit eine positive staatliche Pflicht, die sich aus Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV ableitet. Es genügt nicht, die amtliche Verteidigung zu bestellen. Vielmehr hat diese die Verteidigerpflichten auch tatsächlich wahrzunehmen.¹⁵ Diesbezüglich besteht eine Fürsorgepflicht der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte; sie müssen die Arbeit der Verteidigung in einem gewissen Mass bezüglich ihrer Effektivität überwachen.¹⁶ Im Extremfall muss der amtliche Verteidiger sogar ersetzt werden. Als Gründe für einen Wechsel, der von der Verfahrensleitung vorgenommen werden muss, werden in der Praxis u.a. anerkannt: Feststellen einer Interessenskollision, Befangenheitsgründe, mangelnde Eignung als Strafverteidiger, ernsthafte gesundheitliche Gründe, akute Arbeitsüberlastung.¹⁷ Dem Beschuldigten und der neuen Verteidigerin muss die Möglichkeit gegeben werden, allfällige wichtige Verfahrenshandlungen – etwa Konfrontationseinvernahmen – in Anwesenheit der neuen Verteidigerin zu wiederholen bzw. innert Frist fehlerhafte Prozesshandlungen nachbessern zu können.¹⁸ Selbst bei einer privaten Verteidigung hat die Verfahrensleitung unter Umständen einzuschreiten und dem Beschuldigten zusätzlich einen amtlichen Verteidiger zu bestellen.¹⁹ Die Verfahrensleitung darf jedoch nur bei krassen Verstössen gegen die Verteidigerpflichten oder bei völligem Untätigbleiben einschreiten, weil sonst die Unabhängigkeit der Verteidigung gefährdet ist.²⁰ Bei weniger schlimmem Fehlverhalten muss der Beschuldigte selber tätig werden und die Auswechslung des Verteidigers verlangen.²¹

II. Die Pflichten der Strafverteidigung

Die beschuldigte Person hat Anspruch auf eine **sachkundige, engagierte und effektive** Verteidigung. Die Verteidigung beschuldigter Personen ist deshalb allein Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die nach dem Anwaltsgesetz berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten.²² Damit jedoch dieser Anspruch der beschuldigten Person gewährleistet ist, muss der Anwalt

15 Vgl. BGE 120 Ia 48; BGE 124 I 185; BGer, Urteil vom 27.11.2009, 6B_583/2009.

16 BGE 113 Ia 218 E. 3c; BGE 120 Ia 84; BGE 130 I 350 E. 4.1 f.

17 HAEFELIN (Fn. 4), S. 288.

18 Vgl. dazu etwa EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2002, Czekalla v. Portugal, Rep. 2002-VIII, § 68; BGE 120 Ia 48, E. 2 b.bb; vgl. ferner BGE 131 I 185 E. 3.2.3.

19 Vgl. BGE 124 I 185.

20 Vgl. dazu nur EGMR, Urteil vom 1912. 989, Kamasinski v. Austria. Serie A Nr. 168, § 65 ff.; EGMR Czekalla v. Portugal (Fn. 18), § 60.

21 Vgl. EGMR Kamasinski v. Austria (Fn. 20), § 69.

22 Art. 127 Abs. 5 StPO; HAEFELIN (Fn. 4), S. 276; dies ist nach Art. 4 BGFA Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind.

die mit der Mandatsbetrauung verbundenen Pflichten kennen. Die Vielfalt anwaltlicher Handlungsvarianten machen es kaum möglich, einen abschliessenden Pflichtenkatalog zu erstellen.²³ Die Einmaligkeit jedes Sachverhalts, die Individualität jedes Beschuldigten und die Vielzahl der Handlungsmöglichkeiten des Verteidigers schliessen dies aus.²⁴ Die Rechtsprechung zu den Pflichten des Strafverteidigers ist eher spärlich.²⁵ Grundsätzlich ist der Anwalt zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung und Beratung des Klienten verpflichtet. Es ist Sache des Anwalts, dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zum erstrebten Ziel führen können. Er hat Nachteile für den Klienten zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren.²⁶ Die nachfolgende Darstellung bietet gestützt auf Lehre und Rechtsprechung eine Übersicht über die wesentlichen Sorgfaltspflichten eines Anwalts bei der Verteidigung eines Beschuldigten.

A. Pflicht zur Treue

Der Anwalt hat seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben.²⁷ Für den Verteidiger bedeutet dies wie erwähnt, dass er sich ganz einseitig und ausschliesslich für die Interessen des Beschuldigten einsetzt.²⁸ Das Mandat des Verteidigers untersteht dem Gebot absoluter Treuepflicht. Sie ist das Spiegelbild des Vertrauens, das der Mandant dem Verteidiger entgegenbringt.²⁹ Diese absolute Treuepflicht erklärt sich mit der Rolle des Verteidigers als Beistand, Fürsorger und Berater³⁰, welchem zudem in gewissen Bereichen das Recht der Stellvertretung zukommt.³¹ Die Treuepflicht verletzt der Verteidiger bei negativen Äusserungen über den Beschuldigten gegenüber Behörden oder Dritten. Eine Missachtung der Treuepflicht ist auch darin zu sehen, dass sich der Verteidiger ausdrücklich oder verklausuliert vom Beschuldigten distanziert. Formulierungen wie «Namens und im ausdrücklichen Auftrag des Beschuldigten stelle ich folgende Anträge...» widersprechen der Aufgabe des Verteidigers. Nebst der effektiven, sachgerechten und wirksamen Verteidigung³² sind auch verschiedene andere Pflichten in der Treuepflicht begründet.

23 Ebenso HAEFELIN (Fn. 4), S. 163.

24 Vgl. auch MÜLLER-GERTEIS, Die zivilrechtliche Haftungssituation des Strafverteidigers, Konstanz 2005, S. 61.

25 SCHLECHT, Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, Tübingen 2006, S. 75.

26 SCHLECHT (Fn. 25), S. 81.

27 Art. 12 lit. a BGFA.

28 LIEBER (Fn. 3), Art. 128 N 4 m. w. H.

29 DAHS, (Fn. 6), N 79.

30 PIETH (Fn. 9), S. 78.

31 RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 128 N 3.

32 Vgl. dazu hinten E. Pflicht zur sachkundigen, effektiven und engagierten Verteidigung.

1. Interessenskollision

Mehrere Verfahrensbeteiligte zu vertreten ist grundsätzlich nicht verboten.³³ Das Gebot sich einseitig für die Interessen des Beschuldigten einzusetzen, untersagt jedoch die Mehrfachvertretung, wenn ein Interessenskonflikt besteht oder erkennbar ist. Die Vertretung widerstreitender Interessen ist sowohl gleichzeitig als auch zeitlich gestaffelt verboten.³⁴ Jedoch erscheint die gestaffelte Vertretung weniger problematisch,³⁵ insbesondere steht wohl eine frühere Vertretung eines Mitbeschuldigten der Vertretung eines Mandanten in einem anderen, späteren Strafverfahren nicht entgegen. Zu beachten ist immer die konkret mögliche Interessenskollision, die im Einzelfall sorgfältig abgeklärt werden muss.

Unproblematisch erscheint im Strafverfahren weiter die gleichzeitige Vertretung von mehreren Privatklägern.³⁶ Bei Mehrfachvertretungen ist dagegen grundsätzlich von einem Interessenskonflikt auszugehen.³⁷ Sie ist ausnahmsweise nur zulässig, wenn die Mitangeschuldigten *identische und widerspruchsfreie* Sachverhaltsdarstellungen geben und ihre Prozessinteressen nach den konkreten Umständen nicht divergieren.³⁸ Eine Mehrfachvertretung ist immer per se heikel, weil am Anfang eines Strafverfahrens dessen weiterer Verlauf kaum abgeschätzt werden kann und ein entstandener Interessenskonflikt später kaum mehr wiedergutzumachen ist: Die Interessenskollision würde aufgrund der erworbenen Kenntnisse selbst dann bestehen bleiben, wenn ein Verteidiger das eine von zwei Mandaten ablegt. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Verteidiger, welche in einer Kanzlei- oder Anwaltsgemeinschaft zusammenarbeiten, weil alle in einem Büro zusammengefassten Anwälte wie ein Anwalt zu behandeln sind.³⁹ Die deutsche Strafprozessordnung gestattet die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch Verteidiger der gleichen Anwaltskanzlei bei Nichtbestehen einer Interessenskollision.⁴⁰

Pflicht: Verzicht auf eine Mehrfachvertretung bei möglicher Interessenskollision.

Eine Interessenskollision ist auch dann zu bejahen, wenn der Verteidiger selbst eine Rolle im dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalt gespielt hat und damit die Möglichkeit besteht, dass er als Angeschuldigter, als Auskunftsperson oder als Zeuge ebenfalls mit in das Verfahren miteinbezogen

33 Art. 127 Abs. 3 StPO, Art. 12 lit. c BGFA.

34 RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 127 N 9

35 So auch SCHMID (Fn. 5), N 723 Fn. 180.

36 LIEBER (Fn. 3), Art. 127 N 11.

37 LIEBER (Fn. 3), Art. 127 N 12, SCHMID (Fn. 3), Art. 127 N 4; vgl. auch BGE 134 II 108; BGE 135 II 145 E. 9.

38 BGer, Urteil vom 16.3.2009, 1B_7/2009.

39 FELLMANN, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 88.

40 DAHS, (Fn. 6), N 138.

wird. Diese Gefahr ist primär bei in Verwaltungsräten einsitzenden Anwälten gegeben, wenn die Firma im Dunstkreis von Wirtschafts- und Steuerdelikten in das Visier der Justiz gerät.⁴¹

Pflicht: Verzicht auf eine Vertretung des Beschuldigten bei persönlicher Verwicklung in den Sachverhalt.

2. *Betreuung und Kontakt*

Dem Verteidiger kommt bei Haftfällen insbesondere zu Beginn der Untersuchung eine zentrale Betreuungsfunktion zu. Häufig stellt die Verhaftung für den Betroffenen einen Schock, eine erst- und einmalige Zäsur in seinem Leben dar. Die Heftigkeit und Plötzlichkeit des Eingriffs ohne jegliche Einflussmöglichkeit, der Abbruch eines jeden sozialen Kontakts ist meist eine emotional stark belastende, oft nur schwer zu ertragende Situation.⁴² Einzelhaft sowie Kontakt- und Mediensperre verstärken das Gefühl der Ohnmacht gegenüber der Staatsmacht. Es gehört auch zur Verteidigerpflicht, in einer solchen Haftsituation eine soziale Funktion zu übernehmen.⁴³ Die Primäraufgabe der Verteidigung, das heisst die rechtliche Unterstützung und Beratung und die Verteidigung gegen die Vorwürfe der Anklagebehörde, treten in dieser ersten Phase in den Hintergrund. Problematisch ist, dass diese sozialen Aufwendungen nach herrschender Rechtsprechung grundsätzlich nicht von der amtlichen Verteidigung gedeckt werden.⁴⁴ Eine Trennung zwischen rechtlicher und sozialer Beratung ist jedoch gerade bei einem Mandanten in Untersuchungshaft praktisch nicht durchführbar. Die soziale Fürsorge ist zudem notwendig, um überhaupt ein Vertrauensverhältnis zum Mandanten aufbauen zu können. Deshalb sollten die Strafverfolgungsbehörden auch solche in den ersten Tagen der Haft geleistete soziale Hilfe angemessen berücksichtigen und entschädigen, solange sie sich im üblichen und vernünftigen Rahmen bewegt.

Die Pflicht des Verteidigers umfasst bei einem Haftfall etwa folgende Aufgaben: Beim Besuch entgegengenommene Wünsche (wie Zigarettenwünsche, Essgewohnheiten, Medikamentenbedarf, Zeitungen, Informationen an Dritte über die Haft) oder eigene Feststellungen (Entzugserscheinungen, Suizidgedanken etc.) sind dem Staatsanwaltschaft oder der Gefängnisleitung mitzuteilen.

Der Alltag wird für den Inhaftierten zudem lebbarer, wenn ihm der Verteidiger sinnvolle Aufgaben erteilt, wie etwa das Aufschreiben seiner Lebens-

41 Vgl. dazu das Beispiel in RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 127 Fn. 10.

42 Angst den Ruf zu verlieren, Ungewissheit über die Haftdauer, Angst vor der Reaktion der nächsten Angehörigen und des Arbeitgebers, fremdbestimmter, völlig anderer Tagesablauf.

43 RUCKSTUHL, Vertretung von Tatverdächtigen im Vorverfahren, in: Niggli/Weissenberger (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel 2002, S. 53 ff., N 3.85.

44 Vgl. etwa BGer, Urteil vom 12.11.2007, 6B_464/2007 E. 4.1; ebenso HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 40 N 14; LIEBER (Fn. 3), Art. 135 N 8.

geschichte oder detaillierte schriftliche Ausführungen zum Sachverhalt. Diese Dokumente können für die spätere Verteidigungsarbeit hilfreich sein.

Pflicht: Sozialbegleitung des Beschuldigten in der ersten Haftphase.

Zur wirksamen Verteidigung gehört der regelmässige Besuch der beschuldigten Person.⁴⁵ Je nach der Persönlichkeit des Beschuldigten und der Haftsituation ist in der ersten Phase ein Besuch alle zehn Tage angemessen, sofern der Verteidiger den Beschuldigten nicht ohnehin anlässlich von Befragungen sieht und ihn unter vier Augen sprechen kann. Der Besuch dient zumeist nicht bloss dem Zweck der Betreuung. Vielmehr kann die aktuelle Verfahrenssituation, die gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwürfe und das Verhalten in bevorstehenden Einvernahmen besprochen werden. Dem Beschuldigten ist jeweils rechtzeitig mitzuteilen, wann der nächste Besuch stattfinden wird. Dieses Besuchsversprechen ist auch einzuhalten. Zudem sollte der Verteidiger für wichtige Anliegen telefonisch erreichbar sein. Es ist deshalb hilfreich, wenn dem Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft die Bewilligung erteilt wird, einmal pro Woche mit dem Verteidiger zu telefonieren.

Pflicht: Regelmässiger Besuch des inhaftierten Beschuldigten, Erreichbarkeit per Telefon.

3. *Aufbau von Vertrauen*

Der Verteidiger hat mit dem Beschuldigten einen Umgang zu pflegen, welcher ein Vertrauensverhältnis entstehen lässt.⁴⁶ Dies wird nicht zuletzt mit korrekten Umgangsformen, mit dem Ernstnehmen des Beschuldigten und mit dem Einhalten von Versprechen und Abmachungen erreicht. Waren bis zur Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung objektivierbare schwerwiegende Berufspflichtverletzungen durch die Verteidigung für einen Wechsel gefordert, wird neu auf die subjektive Sichtweise der beschuldigten Person abgestellt.⁴⁷ So ist der Wechsel des amtlichen Verteidigers zuzulassen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem amtlichen Verteidiger erheblich gestört ist.⁴⁸ Macht der Beschuldigte mit konkreten Anhaltspunkten die erhebliche Störung des Vertrauensverhältnisses plausibel, besteht Anspruch für einen Wechsel.⁴⁹ Dem Bestehen eines Vertrauensverhältnisses kommt somit eine zentralere Bedeutung zu.

Pflicht: Auf- und Ausbau eines Vertrauensverhältnisses zum Beschuldigten.

45 ZR 108 (2009) Nr. 44, E. 5.

46 DAHS, (Fn. 6), N 10.

47 RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 134 N 8; HAEFELIN (Fn. 4), S. 286.

48 Art. 134 Abs. 2 StPO.

49 SCHMID (Fn. 37), Art. 134 N 2; HAEFELIN (Fn. 4), S. 163.

4. *Beratung und Instruktion in sämtlichen Prozessabschnitten*

a) Allgemeiner Grundsatz

Nur Anwälte und Anwältinnen sind zur Strafverteidigung zugelassen, weil sie über die notwendige Sach- und Fachkompetenz verfügen. Der Beschuldigte hat Anspruch darauf, dass die Verteidigerin ihn in sämtlichen prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Fragen berät. Die Beratung umfasst sämtliche Bereiche, in denen die Verteidigerin Expertin ist und dem Klienten das nötige Fachwissen fehlt.⁵⁰ Nur wer von seiner Verteidigerin beraten wurde, ist in der Lage, sachgerecht darüber zu entscheiden, ob und in welcher Weise er von den ihm zustehenden Rechten Gebrauch machen will.⁵¹ Der verfahrensrechtlichen Beratung kommt dabei eine zentrale Rolle zu. Darunter fällt die Information bezüglich der Rechte, etwa dem Recht zu schweigen, dem Anspruch auf Akteneinsicht, dem Anspruch auf ein Haftprüfungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht, weiter die Information über den allgemeinen Ablauf des Verfahrens und über das Beweisrecht. Der Beschuldigte muss wissen, in welchen Formen prozessrechtliche Wahrheit hergestellt wird.⁵²

Pflicht: Beratung des Beschuldigten in allen prozess- und materiellrechtlichen Fragen.

b) Beratungspflicht des Anwalts der ersten Stunde

Zu Beginn der ersten Einvernahme ist der Beschuldigte von der Polizei oder vom Staatsanwalt darauf hinzuweisen, dass er die Aussage und Mitwirkung verweigern kann.⁵³ Dem Anwalt der ersten Stunde kommt das Recht zu, mit dem Beschuldigten vor Beginn der Einvernahme eine Besprechung durchzuführen.⁵⁴ Die Besprechung hat in der Regel persönlich zu erfolgen und darf nur in absoluten Ausnahmefällen auf eine rein telefonische Beratung reduziert werden. Im Übrigen besteht trotz gegenteiligem Wortlaut von Art. 159 Abs. 3 StPO ein Anspruch, dass auf die Verfügbarkeit des Anwalts Rücksicht genommen wird und zumindest bei Verzögerungen von ein paar Stunden mit der ersten Einvernahme zugewartet wird, um ein vorheriges Gespräch zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zu ermöglichen.⁵⁵ Der Verteidiger hat bei diesem Gespräch die Pflicht, dem Beschuldigten das Aussageverweigerungsrecht zu erläutern. Ebenso muss er ihn informieren, dass, falls er aussagen möchte, keine Pflicht

50 RUCKSTUHL, (Fn. 43), N 3.77.

51 SCHLECHT (Fn. 25), S. 112.

52 RUCKSTUHL (Fn. 43), N 3.79.

53 Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO.

54 ERNI, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», ZStR 125 (2007), S. 219 ff., S. 235; SCHMID (Fn. 3), Art. 159 N 52.

55 Vgl. dazu RUDOLF/VETTERLI, Erste Erfahrungen mit der neuen StPO, FP 2/2011, S. 103 ff., 106 m.w.H.

zur Wahrheit besteht, solange dadurch keine strafrechtlichen Delikte begangen werden (Begünstigung, falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege).⁵⁶ Ebenso hat er ihm die Konsequenzen dieser Rechte aufzuzeigen. Gerade die taktische Beratung (Berufung auf das Schweigerecht oder Einlassung auf Einvernahme) ist für die weitere Verteidigungsstrategie entscheidend.⁵⁷ Kann die Verteidigungsstrategie noch nicht definiert werden, ist dem Beschuldigten zu raten, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Dies kann unter Umständen auch solange nötig sein, bis sich der Verteidiger eine Übersicht über die zur Last gelegten Taten und den Sachverhalt hat verschaffen können. In einem Erstgespräch mit einem inhaftierten Beschuldigten ist weiter zwingend über das Haftverfahren und die Möglichkeit der jederzeitigen Haftprüfung zu informieren und abzuklären, ob der Beschuldigte eine mündliche Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht wünscht.

Pflicht: Hinweis auf das Schweigerecht bzw. die fehlende Pflicht die Wahrheit zu sagen vor der ersten Einvernahme.

5. Information und Orientierung

Der Beschuldigte hat Anspruch darauf, von seiner Verteidigerin über den Inhalt der ihr zur Einsicht überlassenen Akten informiert zu werden. Dieser Informationsanspruch ist heute selbstverständlich.⁵⁸ In welchem Umfang der Beschuldigte von diesem Informationsrecht Gebrauch machen will, ist abzusprechen und wird gewährleistet, indem die Verteidigerin dem Beschuldigten Kopien der massgebenden Akten wie Rapporte, Einvernahmeprotokolle, Gutachten zur Verfügung gestellt.

Ebenso kommt der Verteidigerin die Pflicht zu, den Beschuldigten regelmässig über den Verfahrensstand und über besondere Vorkommnisse zu orientieren.

Pflicht: Information des Beschuldigten über den Akteninhalt, Verfahrensstand und besondere Vorkommnisse.

6. *Schonende Mandatsniederlegung*

Will der Verteidiger sein Mandat niederlegen, hat dies schonend zu erfolgen. Er hat darauf zu achten, dass daraus nicht auf die Schuld des Beschuldigten geschlossen wird. Dies erreicht er mit dem Hinweis die Niederlegung erfolge nicht aus Gründen, die in der Sache selbst liegen oder mit der gewissenhaften Erklärung, er könne eine wirksame Verteidigung nicht mehr gewährleisten.⁵⁹ Ersucht der amtliche Verteidiger um Entlassung aus dem Mandat, so ist ihm die

56 Ob ein Recht besteht zu lügen, ist umstritten, vgl. dazu RUDOLF/VETTERLI (Fn. 55), S. 108.

57 RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 159 N 23.

58 DAHS (Fn. 6), N 275.

59 DAHS (Fn. 6), N 161; LIEBER (Fn. 3), Art. 134 N 20 m.w.H.

Bekanntgabe der Gründe mit Rücksicht auf sein Berufsgeheimnis regelmässig nicht zuzumuten.⁶⁰

Die Mandatsniederlegung darf auch nicht zur Unzeit erfolgen.⁶¹ Zeitpunkt und Form einer Mandatsniederlegung sind so zu wählen, dass dem Beschuldigten daraus keine vermeidbaren Nachteile entstehen.⁶²

Pflicht: Die Mandatsniederlegung durch den Verteidiger darf keine negativen Rückschlüsse auf den Beschuldigten zulassen und nicht zur Unzeit erfolgen.

B. Pflicht zur Geheimhaltung

Der zeitlich unbegrenzt geltenden, gesetzlich verankerten Berufspflicht der Geheimhaltung kommt ein besonders hoher Stellenwert zu.⁶³ Diese Pflicht bewahrt den Verteidiger davor, allenfalls zum Nachteil des Beschuldigten tätig zu werden und dient der Unabhängigkeit des Verteidigers von den staatlichen Prozessorganen.⁶⁴ Der Geheimhaltungspflicht unterliegt alles, was dem Verteidiger in Ausübung seines Berufes anvertraut oder ihm anlässlich seiner Berufsausübung bekannt wird.⁶⁵ Nur im Vertrauen auf die Verschwiegenheit des Anwalts kann sich der Beschuldigte seinem Verteidiger unbesorgt anvertrauen und dessen Rat für eine geeignete Verteidigung einholen.⁶⁶

Pflicht: Wahrung des Berufsgeheimnisses.

C. Pflicht zur Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit des Anwalts soll grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Gericht gewährleisten. Sie bildet die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und in die Justiz.⁶⁷ Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten.⁶⁸ Der Anwalt hat somit die Pflicht seine persönliche und berufliche Unabhängigkeit zu wahren.⁶⁹ Der Verteidiger hat allein die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen, was eine Unabhängigkeit vom Staat verlangt.⁷⁰ Der Verteidiger ist nicht Organ der

60 SCHMID (Fn. 3), Art. 134 N 2.

61 RUCKSTUHL, (Fn. 43), N 3.65.

62 HAEFELIN (Fn. 4), S. 170.

63 Art. 321 Abs. 1 StGB, Art. 13 BGFA.

64 HAEFELIN (Fn. 4), S. 167.

65 MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 72.

66 DAHS (Fn. 6), N 44.

67 BGE 130 II 87.

68 BGE 132 V 200 (= Pra 90/2001 Nr. 141, S. 835 ff.), E. 4c.

69 Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art 12 lit. b BGFA; Art. 10 Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes.

70 Art. 128 StPO.

Rechtspflege.⁷¹ Nur die Rechtsordnung⁷², die Berufs- und Standesregeln sowie die Standeswürde⁷³ setzen der Unabhängigkeit der Verteidigung Grenzen.

Der Verteidiger hat seine Unabhängigkeit nicht nur gegenüber dem Staat zu wahren, sondern auch gegenüber dem Beschuldigten, ist er doch nicht dessen Vertreter, sondern Beistand.⁷⁴ Als Beistand kommt ihm ein gewisses Mass an sachlicher und persönlicher Distanz gegenüber dem Beschuldigten zu.⁷⁵ Er hat nicht nur Rechte, die sich von den Rechten des Beschuldigten ableiten, sondern er hat aufgrund seiner Rolle im Strafprozess eigene, originäre Rechte.⁷⁶ Darunter fallen das Recht der nicht überwachten Kommunikation mit dem Beschuldigten, die Informationsrechte, die Mitwirkungsrechte, das Beweisantragsrecht, das Recht, eigene Ermittlungen durchzuführen sowie Verhandlungen mit der Strafverfolgungsbehörde zu führen. In der Lehre wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass Verfahrenshandlungen gegen den Willen des Beschuldigten problematisch sind, weil dieser sonst zum Verfahrensobjekt degradiert wird.⁷⁷ Deshalb sollte die Verhandlungsstrategie im Einzelfall zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten ausgehandelt werden; im Konfliktfall geht der Wille des Beschuldigten vor⁷⁸ und der Verteidiger müsste sein Mandat niederlegen, wenn er diesem Willen nicht folgen möchte.

Der Verteidiger hat schliesslich auch finanziell seine Unabhängigkeit beizubehalten, indem er sich beruflich so organisiert, dass sein wirtschaftliches Fortkommen gesichert ist.⁷⁹ Bei grossen Mandaten kann wegen des hohen Beitrags an den Umsatz der Kanzlei eine wirtschaftliche Abhängigkeit entstehen, was die Gefahr in sich birgt, unter dem Druck des Auftraggebers berufsrechtliche Grundsätze zu vernachlässigen.⁸⁰ Eigene Interessen oder die Interessen Dritter dürfen die Verteidigerarbeit jedoch nicht beeinflussen.

Pflicht: Wahrung der Unabhängigkeit.

71 PIETH (Fn.9), S. 78.

72 Verbot der Begünstigung nach Art. 305 StGB, Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB; Art. 12 lit. c BGFA.

73 BGE 106 Ia 100.

74 ALBRECHT (Fn. 11), N 2.28.; HAEFELIN (Fn. 4), S. 59.

75 ALBRECHT (Fn. 11), N 2.28.

76 RUCKSTUHL (Fn. 43), N 3.109.

77 Zu Recht sehr kritisch HAEFELIN (Fn. 4), S. 58 ff. Vgl. dazu auch MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 65.

78 Ebenso HAEFELIN (Fn. 4), S. 60.

79 FELLMANN, (Fn. 39), Art. 12 N 79.

80 HAEFELIN (Fn. 4), S. 167; FELLMANN (Fn. 39), Art. 12 N 80.

D. Pflicht zur Wahrheit

Der Verteidiger unterliegt der Pflicht zur Wahrheit und dem Verbot der Lüge.⁸¹ Dies gilt uneingeschränkt gegenüber dem Beschuldigten. Die Wahrheitspflicht ist Grundlage des Vertrauens und Bestandteil der Beratungs- und Informationspflicht. Die Pflicht zur einseitigen Interessenwahrung des Beschuldigten bringt es dagegen mit sich, dass der Verteidiger die Sicht des Beschuldigten in den Prozess einbringen muss, selbst wenn diese nicht der Wahrheit entspricht. Die Treuepflicht und die Pflicht zur Geheimhaltung verlangen zudem, dass der Verteidiger trotz Kenntnis der Wahrheit nicht zum Nachteil des Beschuldigten tätig wird. Gegenüber Dritten besteht somit eine beschränkte Wahrheitspflicht in der Form des Verbotes einer Lüge.⁸² Viele Fragen sind jedoch ungeklärt. Offensichtlich ist, dass es möglich sein muss, einen Beschuldigten, von dem man annimmt oder gar sicher weiss, er sei schuldig, zu verteidigen und auch auf Freispruch zu plädieren. Dies ergibt sich zwingend aus der Aufgabe des Verteidigers, alleine im Interesse des Beschuldigten zu handeln und nichts zu unternehmen, das den Anschein erweckt, der Verteidiger halte den eigenen Mandanten für schuldig. In seiner Verteidigungsstrategie muss der Verteidiger sich jedoch strikt an die legalen Mittel halten: Er darf Verfahrensfehler rügen, Beweismittel beantragen, auf Widersprüche in der Aussage eines Zeugen hinweisen oder die Sachverhaltsdarstellung seines Mandanten in Rechtsschriften darlegen. Verboten ist die Irreführung der Rechtspflege beispielsweise durch Vorspiegeln falscher Tatsachen, fabrizierter Beweismittel (Verletzung von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) oder instruierter Zeugen. Ebenfalls verboten dürfte die Beschuldigung eines Dritten wider besseres Wissen sein.⁸³ Die Begünstigung des eigenen Mandanten jedoch ist bis zu einem gewissen Grad in der Funktion der Verteidigung inhärent und darf soweit gehen, als dass sie noch als straflose Anstiftung zur Selbstbegünstigung verstanden werden kann.⁸⁴ Das Raten zur Lüge⁸⁵ sowie die Hilfeleistung bei der Konstruktion einer wahrheitswidrigen Schutzbehauptung sind nach herrschender Lehre nicht gestattet.⁸⁶

Pflicht: Wahrheit gegenüber dem Beschuldigten, Verbot der Lüge gegenüber Dritten.

81 DAHS (Fn. 6), N 43.

82 ALBRECHT (Fn. 11), N 2.20; vgl. auch Art. 12 lit. a BGFA; Art. 1 Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes.

83 Vgl. zur Problematik ausführlich DAHS (Fn. 6), N 73 ff.; ALBRECHT (Fn. 11), N 2.22.

84 Vgl. RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 128 N 6. Unzulässig wäre aber beispielsweise falsche Angaben zum Aufenthaltsort eines zur Verhaftung ausgeschriebenen Mandanten bzw. das Behilflichsein, sich überhaupt vor den Behörden zu verstecken, vgl. LIEBER (Fn. 3), Art. 128 N 14. Der blosser Rat zur Flucht dagegen soll zulässig sein.

85 A.A. jedoch RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 128 N 6; Lieber (Fn. 3), Art. 128 N 14, lässt zumindest die neutrale Information «über die straflose Selbstbegünstigung» zu.

86 RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 128 N 6; PIETH (Fn. 9), S. 79; LIEBER (Fn. 3), Art. 128 N 14 m.w.H.

E. Pflicht zur sachkundigen, effektiven und engagierten Verteidigung

Der Verteidiger ist verpflichtet, den Beschuldigten sachkundig, engagiert und effektiv zu verteidigen. Als Massstab dienen dabei die Berufs- und Standespflichten.⁸⁷ Es gehört zur primären Treuepflicht des Verteidigers, seine Aufgabe als Beistand, Fürsorger und Berater auch tatsächlich wahrzunehmen. Die Sachverhaltsaufklärung, die rechtliche Prüfung, die Beratung und Belehrung sowie die Wahrung und Durchsetzung der Verfahrensrechte sind zwingender Bestandteil einer pflichtgemässen Strafverteidigung.

1. Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung

Bevor eine Beratung des Beschuldigten möglich ist, muss dem Verteidiger der Sachverhalt bekannt sein.⁸⁸ Die Aufklärung des relevanten Sachverhalts ist Grundlage für die korrekte rechtliche Beurteilung. Der Verteidiger muss sich dazu die notwendigen Informationen beschaffen.

a) Informationsquelle Beschuldigter

Als primäre Informationsquelle dient das Instruktionsgespräch mit dem Beschuldigten. Der Verteidiger hat dafür besorgt zu sein, dass ihn der Beschuldigte über die verfahrensrelevanten Tatsachen informiert. Dazu gehören alle Sachumstände im Zusammenhang mit dem Tat- und Schuldvorwurf sowie mit der Strafzumessung und allfälligen Nebenfolgen des Strafverfahrens. Ausserdem hat der Verteidiger sich über die möglichen Beweismittel zu informieren.

Pflicht: Informationsbeschaffung durch detaillierte Gespräche mit dem Beschuldigten über den Sachverhalt.

b) Informationsquelle Strafverfolgungsbehörde

Der Beschuldigte hat Anspruch darauf zu wissen, welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden.⁸⁹ Der Verteidiger hat den Erhalt der entsprechenden Informationen sicherzustellen. Der Gegenstand der Strafuntersuchung ist von der Strafverfolgungsbehörde nach Ort und Zeit umfassend und genau zu bezeichnen.⁹⁰ Die beschuldigte Person und der Verteidiger sind über die Vorwürfe in Kenntnis zu setzen, um entscheiden können, welche Verteidigungsstrategie ausgeübt werden soll.⁹¹

Pflicht: Informationsbeschaffung über Gegenstand des Strafverfahrens bei den Behörden.

87 BGE 124 I 185, 189 f.

88 RUCKSTUHL (Fn. 3), N 3.69.

89 Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO.

90 GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 158 N 20; RUDOLF/VETTERLI (Fn. 55), S. 107 m.w.H.

91 Vgl. auch RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 158 N 22.

c) Informationsquelle Akten

Neben der Information durch den Beschuldigten ist die Einsicht in die Strafverfahrensakten die wichtigste Informationsquelle. Selbst wenn ein ausführliches Informationsgespräch mit dem Beschuldigten stattgefunden hat, birgt jede Rechtsberatung und jede Verteidigungsmassnahme vor Akteneinsicht die Gefahr, dass die Beratung aus objektiver Sicht falsch ist.⁹² Das Akteneinsichtsrecht ist eine Akteneinsichtspflicht des Verteidigers.⁹³ Selbstverständlich genügt die Wahrung des Akteneinsichtsrechts alleine noch nicht. Vielmehr hat sich der Verteidiger mit den Akten auseinanderzusetzen. Er muss sie beispielsweise mit dem Klienten besprechen, um ihre wahre Bedeutung erkennen zu können.

Pflicht: Informationsbeschaffung durch Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts und sorgfältigem Studium der Verfahrensakten.

d) Informationsquelle eigene Ermittlung

Der Verteidiger hat das Recht, eigene Ermittlungen anzustellen.⁹⁴ Eine Pflicht gegenüber dem Beschuldigten besteht aber nicht, da die Untersuchung nicht zu den Kernaufgaben der Verteidigung gehört. Allerdings könnte eine solche Pflicht aus der Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten abgeleitet werden. Der Verteidiger hat alles beizubringen, was den Beschuldigten entlastet.

Die vorgängige Befragung eines Entlastungszeugen dient der Abklärung, ob die Gefahr besteht, dass diese Person anders aussagt als erwartet oder gar den Beschuldigten belastet.⁹⁵ Allerdings muss dabei Art. 7 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes beachtet werden: Eine Zeugenbeeinflussung ist unzulässig. In einem aktuellen Urteil hat sich das Bundesgericht ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt und Leitlinien gesetzt.⁹⁶ Gemäss dieser Rechtsprechung sowie der herrschenden Lehre ist eine Zeugenbefragung nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich: Es muss erstens eine sachliche Notwendigkeit für die Befragung bestehen. Die Befragung muss zweitens strikt im Interesse des eigenen Mandanten liegen. Und schliesslich muss drittens die Beeinflussung durch geeignete Massnahmen möglichst vermieden werden. So soll der Anwalt den Zeugen schriftlich um ein Gespräch ersuchen und ihn darauf hinweisen, dass er weder verpflichtet ist zu erscheinen noch auszusagen. Ebenfalls hat der Anwalt dem Zeugen mitzuteilen, im Interesse welches Mandanten das Gespräch stattfinden soll. Das Gespräch soll ohne

92 MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 62.

93 SCHLECHT (Fn. 25), S. 89.

94 PIETH (Fn. 9), S. 81; vgl. auch LIEBER (Fn. 3), Art. 128 N 17; vgl. auch RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 128 N 9.

95 Vgl. dazu SCHLECHT (Fn. 25), S. 94; zur praktischen Vorgehensweise vgl. RUCKSTUHL (Fn. 43), N 3.172.

96 BGer, Urteil vom 4.10.2010, 2C_8/2010.

den Mandanten und wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Anwalts stattfinden, wobei gegebenenfalls eine Drittperson als Gesprächszeugin hinzugezogen werden soll. Der Anwalt darf keinen Druck auf den Zeugen ausüben und ihn insbesondere nicht zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu irgendeiner Aussage drängen und ihm für den Fall des Schweigens nicht mit Nachteilen drohen. Als verpönt erachtet wird auch das Stellen von Suggestivfragen.⁹⁷ Im betreffenden Fall urteilte das Bundesgericht, der amtliche Verteidiger hätte den Beweisantrag im gerichtlichen Verfahren stellen können und sollen. Zudem handelte es sich bei der vom Anwalt befragten Person nicht um einen unabhängigen Zeugen, sondern um einen möglichen Alternativ-Tatverdächtigen. Die Einvernahme einer solchen Person ist einem Anwalt absolut untersagt, da ihn gemäss Bundesgericht die Pflicht trifft, die «störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch die zuständige Behörde» zu gewährleisten. Diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen, hat der Anwalt doch nur im Interesse seines Klienten zu handeln, was unter Umständen die «Störung der Sachverhaltsermittlung» bedingt. Die vom Bundesgericht angeführte Alternativbegründung ist jedoch berechtigt: Im erwähnten Fall war nämlich eine neutrale faire Befragung aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen Zeugen/Alternativ-Tatverdächtigen und Klienteninteressen wohl schlicht nicht möglich.⁹⁸ Zudem hatte der Anwalt offenbar auf alle in der Lehre erwähnten Schutzmassnahmen verzichtet. Insofern war die Tätigkeit des Anwalts auch nicht im Interesse des eigenen Mandanten, da der Zeuge durch das unsorgfältige Vorgehen vorgewarnt und bis zu einem gewissen Grad «verbraucht» war.

Pflicht: Eigene Ermittlungen und insbesondere Zeugenbefragungen nur bei objektiver Notwendigkeit und unter Wahrung der aufgestellten Sorgfaltsmassnahmen vornehmen.

2. *Pflicht zur rechtlichen Prüfung*

Basierend auf dem ermittelten Sachverhalt kommt der Verteidigerin die Pflicht zu, diesen einer rechtlichen Prüfung zu unterziehen. Als Kennerin von Gesetz sowie aktueller Lehre und Rechtsprechung hat sie eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen. Diese beschränkt sich nicht bloss auf die Prüfung, ob die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Vielmehr sind auch die strafprozessualen und strafrechtlichen Folgen des Sachverhalts zu prüfen. Zudem sind die ausserstrafrechtlichen Nebenfolgen wie beispielsweise in

97 BGer, Urteil vom 4.10.2010, 2C_8/2010 E. 3.2.2. m.w.H.

98 So ebenso das BGer, Urteil vom 4.10.2010, 2C_8/2010 E. 3.3.2.

den Bereichen Aufenthaltsrecht, Beamtenrecht, Sozialversicherungsrecht oder Arbeitsrecht in die rechtliche Prüfung miteinzubeziehen.⁹⁹

Pflicht: Rechtliche Beurteilung des Sachverhalts und dessen Folgen.

3. *Pflicht zur Rechtsberatung und Rechtsbelehrung*

Nach Ermittlung des Sachverhalts und Prüfung der Rechtslage hat der Verteidiger seine Erkenntnisse dem Beschuldigten mitzuteilen und diesen umfassend zu belehren.¹⁰⁰ Er hat ihm aufzuzeigen, auf was es tatbestandsmässig bei den einzelnen Delikten ankommt.¹⁰¹ Der Beschuldigte ist weiter darüber zu unterrichten, welche Aussagen welche Konsequenzen haben. Ebenso sind ihm die denkbaren rechtlichen Konsequenzen des Strafverfahrens und auch solche, die aus einer Verurteilung resultieren, aufzuzeigen.¹⁰² Aufgrund seiner Erkenntnisse hat der Verteidiger im Rahmen seiner Rechtsberatung mit dem Beschuldigten das Verteidigungsziel zu definieren und anschliessend selber die Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Diese Informationspflicht besteht nicht erst im Hinblick auf die Hauptverhandlung; die Festlegung einer Verteidigungsstrategie kann im Gegenteil bereits im Ermittlungsverfahren sehr wichtig sein. Natürlich muss eine solche Strategie je nach Gang der Untersuchung bei Bedarf angepasst werden.

Pflicht: Information des Beschuldigten über die rechtlichen Konsequenzen des Sachverhalts.

a) *Pflicht zur Definition des Verteidigungsziels*

Gemeinsam mit dem Beschuldigten sind die Verteidigungsziele zu definieren. Dabei geht das Ziel normalerweise dahin, «so gut wie möglich wegzukommen»¹⁰³. Der mit den Strafrechtsfolgen möglicherweise verbundene Verlust persönlicher Freiheit oder Geld ist möglichst gering zu halten oder vollständig abzuwenden. Zudem hat der Beschuldigte oft ein Interesse daran, so wenig wie möglich vom Verfahren betroffen zu werden, um seine persönliche Integrität zu wahren, etwa indem er einen Strafbefehl akzeptiert und damit einem Strafgerichtsverfahren und der damit verbundenen Öffentlichkeit aus dem Weg geht.¹⁰⁴ Fehlt es beim Beschuldigten vorerst an einer realistischen Einschät-

99 Vgl. dazu MÜLLER-GERTEIS (Fn.24), S. 64. Auch hier stellt sich jedoch wieder die Frage, inwiefern solche Abklärungen von der amtlichen Verteidigung gedeckt sind und entlohnt werden.

100 SCHLECHT (Fn. 25), S. 113.

101 Vgl. Beispiele bei RUCKSTUHL (Fn. 3), N 3.78.

102 MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 65.

103 MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 65.

104 Vgl. dazu MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 65.

zung, ist er vom Verteidiger in die Lage zu versetzen, die Verfahrenssituation objektiv und sachgerecht zu beurteilen.

Pflicht: Definition des Verteidigungsziels gemeinsam mit dem Beschuldigten.

b) Pflicht zur Festlegung der Verteidigungsstrategie

Ist das Verteidigungsziel bestimmt, kommt dem Verteidiger die Pflicht zu, die Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Die Handlungsmöglichkeiten und die damit verbundenen voraussichtlichen Vor- und Nachteile sind dem Beschuldigten aufzuzeigen. Das Entwickeln dieser Verteidigungsstrategie ist primär Aufgabe des Verteidigers.¹⁰⁵ Grundsätzlich hat dabei der Verteidiger den für den Beschuldigten sichersten Weg zu gehen. Er hat, wenn mehrere Wege möglich sind, um den erstrebten Erfolg zu erreichen, denjenigen zu wählen, auf dem dieser am wahrscheinlichsten zu erreichen ist.¹⁰⁶ Im Vorverfahren kann dabei zwischen einer kooperativen Verteidigungsstrategie und einer passiv-abwehrenden Verteidigungsstrategie unterschieden werden.¹⁰⁷

Pflicht: Festlegung der Verteidigungsstrategie nach dem Grundsatz des sichersten Weges.

4. *Pflicht zur Wahrung und Durchsetzung der Verfahrensrechte*

Der Verteidiger hat die strafprozessual zulässigen Handlungsmöglichkeiten auszuschöpfen, um das Verteidigungsziel zu erreichen. Durch die Wahrnehmung der ihm zukommenden Antrags-, Anwesenheits- und Rederechte muss der Verteidiger dafür sorgen, dass sämtliche zugunsten des Beschuldigten sprechenden Gesichtspunkte im Verfahren Berücksichtigung finden. Daneben hat er diejenigen Massnahmen zu unterlassen, welche den Beschuldigten belasten könnten.¹⁰⁸

Pflicht: Rechtzeitige Wahrnehmung der Strafprozessrechte zugunsten des Beschuldigten.

Pflicht: Verzicht auf die Geltendmachung von Strafprozessrechten, welche den Beschuldigten belasten.

a) Pflicht zur Vorbereitung

Die Wahrung und Durchsetzung der Verfahrensrechte bedarf bei jedem Verfahrensschritt der sorgfältigen Vorbereitung durch den Verteidiger. Die richtigen Beweisanträge und richtigen Ergänzungsfragen können nur gestellt werden, wenn der Verteidiger sich mit den Akten auseinandersetzt.¹⁰⁹ Die Einvernah-

105 SCHMID (Fn. 5), N 763.

106 SCHLECHT (Fn. 25), S. 119.

107 DAHS (Fn. 6), N 217 ff.; RUCKSTUHL (Fn. 43), N 3.90 ff.

108 MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), S. 70.

109 HAEFFELIN (Fn. 4), S. 165.

men und Gerichtsverhandlungen müssen vom Verteidiger sorgfältig vorbereitet werden.¹¹⁰

Pflicht: Aktenkenntnis und sorgfältige Vorbereitung jeder Prozesshandlung.

b) Pflicht zur Wahrung der Antragsrechte

Der Verteidiger hat die Pflicht, Beweisanträge zu stellen, insbesondere um den Entlastungsbeweis führen zu können.¹¹¹ Dabei hat der Verteidiger sorgfältig zu prüfen, ob es tatsächlich im Interesse des Beschuldigten liegt, einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen.¹¹² Der Grundsatz von Treu und Glauben, welchem auch die Verteidigertätigkeit unterworfen ist,¹¹³ verlangt, dass Beweisanträge rechtzeitig und formgerecht gestellt werden.¹¹⁴ Wird ein Beweisantrag nicht rechtzeitig gestellt, kann der Strafverfolgungsbehörde nachträglich nicht vorgeworfen werden, sie hätte beispielsweise durch Verweigerung der Konfrontation oder ergänzender Fragen an Belastungszeugen den Grundrechtsanspruch des Beschuldigten gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt.¹¹⁵

Pflicht: Rechtzeitiges Stellen von Beweisanträgen.

c) Pflicht zur Wahrung der Anwesenheitsrechte

Dem Verteidiger steht das Recht zu, als Anwalt der ersten Stunde bei den polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten anwesend zu sein¹¹⁶ sowie bei weiteren Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte.¹¹⁷ Darunter fallen insbesondere Einvernahmen mit Zeugen, Konfrontationseinvernahmen, Augenscheine und Tatrekonstruktionen oder das Abspielen von Bild- und Tonaufnahmen. Das Teilnahmerecht erstreckt sich nur auf die Beweisabnahme, nicht aber auf die Vorbereitung, sodass bei der Erstellung eines Gutachtens kein Teilnahmerecht besteht.¹¹⁸ Delegiert die Staatsanwaltschaft die Beweiserhebung an die Polizei, gelten die gleichen Teilnahmerechte bei den polizeilichen Ermittlungshandlungen.¹¹⁹ Das Anwesenheitsrecht beinhaltet auch das Recht, einvernommenen Personen Fragen zu stellen.¹²⁰ Diese Teilnahmerechte

110 BGer, Urteil vom 14.7.2009, 1B_67/2009; DAHS, (Fn. 6), N 411.

111 HAEFELIN (Fn. 4), S. 217.

112 BGer, Urteil vom 14.7.2009, 1B_67/2009.

113 Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO; SCHMID (Fn. 5), Handbuch, N 91.

114 BGer, Urteil vom 22.4.2010, 6B_100/2010.

115 BGer Urteil vom 22.4.2010, 6B_64/2010.

116 Art. 159 StPO.

117 Vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO.

118 WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 147 N 1; vgl. dazu kritisch: BERNARD/BINDER, Neue StPO: Nach wie vor keine Kontrolle der sogenannten Erhebung bei (psychiatrischen) Begutachtungen?, Anwaltsrevue 1/2011, S. 9 ff.

119 Art. 312 StPO.

120 Art. 147 StPO.

führen nicht zu einer generellen *Teilnahmepflicht* an sämtlichen Untersuchungshandlungen. Das Fernbleiben ist nicht zu beanstanden, wenn der Verteidiger vorgängig die Teilnahmenotwendigkeit abgeklärt und mit sachlichen Gründen verneint hat.¹²¹ Hingegen hat der Verteidiger die Pflicht, an den wichtigsten Zeugen- bzw. Konfrontationseinvernahmen teilzunehmen, insbesondere dann, wenn der Beschuldigte die Tatvorwürfe bestreitet, der Sachverhalt sich als komplex darstellt und die wahrscheinlich belastenden Zeugenaussagen sich voraussichtlich als massgebliche Beweismittel erweisen werden.¹²² Wenn der Beschuldigte dagegen umfassend geständig ist sowie die Beweislage stark belastend ausfällt, kann in Beachtung der konkreten Umstände auf eine Teilnahme verzichtet werden.¹²³ Ebenso kann auf die Teilnahme an einer Zeugen-einvernahme verzichtet werden, wenn der Zeuge bereits vor der Polizei in Anwesenheit des Verteidigers ausgesagt hat und nichts darauf hindeutet, dass er seine Aussage vor der Staatsanwaltschaft ändern wird.¹²⁴ Es besteht weiter grundsätzlich eine Anwesenheitspflicht bei den wichtigsten Einvernahmen der beschuldigten Person. Wesentlich sind dabei oft die ersten einlässlichen Einvernahmen bei der Polizei.¹²⁵ Aus dem neu in der StPO verankerten Anwesenheitsrecht bei solchen Einvernahmen ergibt sich zumindest bei schweren Belastungen eine Anwesenheitspflicht, ausser der Verteidiger hat sich davor in einem persönlichen Gespräch davon überzeugt, dass der Beschuldigte die Einvernahme alleine durchstehen kann und mit diesem Vorgehen vor allem auch einverstanden ist. Es erscheint dagegen nicht nötig, dass der Verteidiger auch zwingend bei den staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen zugegen ist, wenn er bereits an den polizeilichen teilgenommen hat, ausser es bestehen Hinweise darauf, dass die Einvernahme wesentlich für den Ausgang des Verfahrens ist (z.B. neue Vorwürfe, neue Beweismittel, Entscheid zum Geständnis etc.).

Das Anwesenheitsrecht ermöglicht dem Verteidiger Ergänzungsfragen zu stellen. Eine Pflicht dazu besteht nicht, namentlich soweit die Gefahr besteht, dass deren Beantwortung für den Beschuldigten nachteilig ist.¹²⁶ Ergänzungsfragen des Verteidigers an den Beschuldigten dürfen dem Beschuldigten nicht schaden.¹²⁷ Sie sind wenn immer möglich vorher mit dem Beschuldigten abzusprechen.

Pflicht: Teilnahme an allen wesentlichen Beweiserhebungen.

121 LIEBER (Fn. 3), Art. 134 N 22.

122 Vgl. BGer, Urteil vom 27.11.2009, 6B_583/2009; ferner BGE 120 Ia 48; ZR 100 Nr. 5, E. 2.3 lit. b; HAEFELIN (Fn. 4), S. 148.

123 Vgl. BGer, Urteil vom 2.9.2002, 1P.195/2002.

124 Vgl. Urteil des Zürcher Kassationsgerichts, Zirkulationsbeschluss vom 28.8.2009, Nr. AC080025 E. 4.3.1.b.

125 Vgl. dazu etwa nur RUCKSTUHL (Fn. 3), Art. 159 N 2.

126 LIEBER (Fn. 3), Art. 134 N 22.

127 Vgl. mögliche Vorgehensweise bei RUCKSTUHL (Fn. 43), N 3.137.

d) Pflicht zur Ausübung der Rederechte

Der Gerichtsverhandlung kommt eine zentrale Bedeutung zu. Nach Abschluss des Beweisverfahrens stellen und begründen die Parteien ihre Anträge. Dabei ist der Verteidiger verpflichtet, einen Parteivortrag zu halten, gehört doch dies zur sorgfältigen und gewissenhaften Mandatsführung. In der Ausgestaltung, im Umfang und in der damit verfolgten Verteidigungsstrategie ist der Verteidiger im Rahmen der allgemeinen Sorgfaltspflicht frei.¹²⁸ Der Verteidiger ist allein den Interessen des Beschuldigten verpflichtet.¹²⁹ Das bedeutet aber nicht, dass er nur die günstigen Umstände vorträgt. Es dient dem Beschuldigten mehr, wenn der Verteidiger sachlich und objektiv argumentiert und sich insbesondere auch mit den belastenden Aspekten auseinandersetzt, statt diese einfach auszublenden. Der Verteidiger ist verpflichtet, eine eigene Verteidigungsleistung zu erbringen. Er sollte sich hinreichend zu allen sich im Prozess stellenden wesentlichen Fragen äussern, um auf ein für den Beschuldigten möglichst mildes Urteil hinzuwirken. Der Verteidiger hat deshalb insbesondere die konkreten Umstände, welche den Beschuldigten (allenfalls) zu entlasten vermögen, in angemessener Weise vorzutragen. In diesem Lichte muss er sich mit den (wesentlichen) Anklagevorwürfen (und damit den entsprechenden Beweismitteln) ausreichend auseinandersetzen und die für die Strafzumessung bedeutsamen entlastenden Aspekte darlegen.¹³⁰ Er sollte schliesslich Ausführungen zum Beweisergebnis und zum Strafmass machen.¹³¹

Pflicht: Detailliertes Auseinandersetzen mit der Anklage und den entlastenden Aspekten im Parteivortrag.

e) Pflicht zur Verfahrenskontrolle

Der Verteidiger hat die Pflicht, Verfahrensfehler als solche zu erkennen. Ihm obliegt die Schutzpflicht, den ordnungsgemässen Ablauf des Verfahrens zu gewährleisten. Er hat dafür Sorge zu tragen, dass die übrigen Beteiligten die Verfahrensgarantien beachten.¹³² Darunter fallen die Information über den Tatvorwurf, die korrekte Rechtsbelehrung und Aufklärung gegenüber dem Beschuldigten,¹³³ die korrekte Durchführung zulässiger Beweisvorkehrungen. Zudem muss er wissen, mit welchen Mitteln die prozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden können. Erkannte Verfahrensmängel sind sofort zu rügen. Andernfalls könnte der Verfahrensverstoss beim verteidigten Beschuldigten als

128 Vgl. HAURI, Art. 346 StPO N 289, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010.

129 Art. 128 StPO.

130 BGE 95 I 361 E. 2 b; ZR 64 Nr. 47; ZR 77 Nr. 60; ZR 86 Nr. 96. E. II/1.b; ZR 100 Nr. 43, E. 3.c.

131 LIEBER (Fn. 3), Art. 134 N 21.

132 MÜLLER-GERTEIS (Fn. 24), 70.

133 Art. 158 Abs. 1 lit a, b, c und d StPO.

hingenommen gelten.¹³⁴ In Ausübung seiner Teilnahmerechte kommt dem Verteidiger die Aufgabe zu, den korrekten Verfahrensablauf und die korrekte Protokollierung zu kontrollieren und wenn nötig, Vorbehalte anzubringen.¹³⁵ Allfällige Beweisverwertungsverbote (etwa aufgrund falsch erfolgter Belehrung über die Verfahrensrechte oder nicht bewilligter Zwangsmassnahmen) müssen im Hauptverfahren zwingend geltend gemacht werden.¹³⁶

Pflicht: Schutz des Beschuldigten vor dem Missachten der Verfahrensgarantien durch andere Beteiligte.

Pflicht: Geltendmachen von allfälligen Verwertungsverboten.

134 WOHLERS, Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, fp 2010, S. 366 ff., S. 370.

135 DAHS (Fn. 6), N 283.

136 Vgl. zur Thematik der Verwertungsverbote inkl. Fern- und Vorwirkung VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, Zürich 2010.

Die Anwaltsprüfung – Eine persönliche Bestandesaufnahme

VON HEINER EIHOLZER

Zueignung

Soll eine Beziehung zweier Menschen zueinander – bar jeder Verblendung – erklärt werden, sind schlichte Formulierungen gefragt. Aber nicht immer. Dass den Schreibenden viel Besonderes und Herzliches mit dem Geehrten verbindet, ist eine Sache: Freundschaft, Wegkreuzungen und Wandlungen. Eine andere Sache ist die Würdigung der Person von Bundesrichter Hans (Jonny) Wiprächtiger, bei der man vieles hervorheben oder nachsagen darf oder der man gar einiges vorwerfen wird. Was immer die «Jonnys» bestimmende Lebensleistung ist, dazu werden sich Berufenere äussern. Eines ist aber gewiss: Die Justiz ist dank ihm und anderen transparenter geworden, sowohl in ihren sichtbaren Ergebnissen (Entscheidungen) als auch in ihrer «unsichtbaren» Tätigkeit (Entscheidfindung). Ein farbenfroher und engagierter Rhetoriker und – das Zentrale – ein Menschenfreund. In seinem Bereich, dem Strafrecht, hat er in der Rechtsprechung Massstäbe gesetzt. Schuldpruch und Sanktion sind nicht (mehr) zu trennen; die Massnahme als prospektives Ausgleichsmittel gegen das gesellschaftliche Versagen kommt vor der retrospektiven Schuldfeststellung und der arithmetischen Zuteilung von Strafe. Auch wenn der Zeitgeist – um diesen Begriff zu wagen – vieles wieder umkehrt oder anders sieht: Neu sehen bedeutet das (vermeintlich) anders oder falsch Gesehene wahrgenommen zu haben. So betrachtet, bleibt seine Sichtweise im Neuen und für ihn vielleicht teilweise Befremdlichen aufgehoben (im dialektischen Sinn). Oder anders gewendet: Um Bundesrichter Wiprächtiger kommen auch die populären Hardliner nicht herum.

Geehrter und Schreibender kennen sich seit 40 Jahren. Sie haben den gleichen Beruf erlernt, einen wissenschaftlichen, den des Juristen, wenn denn die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist. Sie tummeln sich in der gleichen Berufswelt, in der Richterwelt mit ihren sonderbaren Strukturen und der eigentümlichen Fachsprache. Fast zehn Jahre haben sie am Obergericht des Kantons Luzern zusammengearbeitet. Ein damals noch keineswegs selbstverständliches Verb, um das Verhältnis von Richter und Gerichtsschreiber zu beschreiben. Immerhin: Lehrender/Lernender oder Meister/Schüler. Nicht unüblich, dass ein Schüler seinem Meister in Aufgabe und Funktion folgt. So auch hier: Jonny Wiprächtiger war in den 80er-Jahren Präsident der Luzerner Anwaltsprüfungskommission, der Schreibende von 2000–2010. Ein Sachverhalt, der Anlass gibt, über die Anwaltsprüfung nachzudenken.

Einstieg

Die berufsmässige Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden in der Schweiz untersteht dem Anwaltsmonopol. Wer diese Tätigkeit ausüben will, muss sich in das Anwaltsregister eintragen lassen. Die Voraussetzungen für die Eintragung sind – wie vieles andere – im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA) geregelt. Die Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen wird durch ein Anwaltspatent bescheinigt. Dessen Erteilung hängt wiederum im Wesentlichen von zwei Ausbildungs- und Prüfverfahren ab: erstens von einem juristischen Studium, das mit einem Lizentiat oder Master einer schweizerischen Hochschule abgeschlossen wird,¹ und zweitens von einem mindestens einjährigen Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wird (Art. 7 Abs. 1 lit. a und lit. b BGFA).

I. Die erste Ausbildung (Das Hochschulstudium)

Massgebend ist das vor rund zehn Jahren eingeführte und heute im Wesentlichen an allen Universitäten praktizierte Bologna-Modell mit dem Bachelor-Abschluss und dem Master-Abschluss. Hier nur die wichtigsten Eckpfeiler: Die Leistungen werden anhand des European Credit Transfer System (ECTS-Credits) ausgewiesen. Der Bachelor in Rechtswissenschaft (BLaw) wird nach einer Regelstudiendauer von 6 Semestern erworben, was 180 ECTS-Credits entspricht (1 Credit umfasst 30 [Ausbildungs-]Stunden). Der Master in Rechtswissenschaft (MLaw) wird nach einer Regelstudiendauer von 3 Semestern (90 ECTS-Credits) erteilt. Beide Studiengänge, namentlich der Bachelor, sind eigenständig angelegt. Die Zulassung zum (späteren) Masterstudium kann mit Auflagen und Bedingungen verbunden sein.

Das Bachelorprogramm ist – vereinfachend ausgedrückt – als Basisausbildung konzipiert. Es umfasst die Grundlagenfächer, festgelegt nach dem System des Lehrgangs und gestützt auf die Erfahrungen und Zielsetzungen der Universitäten. Im Masterprogramm bieten die meisten Rechtsfakultäten Spezialisierungen oder Vertiefungsrichtungen an. Die Bereiche orientieren sich (auch) an der gesellschaftlichen Entwicklung eines globalen Wirtschafts- und Rechtsraums. Sie berücksichtigen die Formen, mit denen die «Globalisierung» ausgehandelt und umgesetzt wird. Auf dem Lehrplan stehen beispielsweise transnationales Recht, internationales Wirtschaftsrecht, internationales Strafrecht, Kommunikations- und Medienrecht, Verwaltungswissenschaften, Menschenrecht(e), Kriminologie, Verhandlungstechnik und Mediation. Der Studierende kann und soll sein Masterprogramm nach seinen Interessen und Begabungen

1 Die Auslandsberührungen und die (gegenseitige) Anerkennung von Diplomen im zwischenstaatlichen Bereich bleiben im Folgenden ausgeklammert.

zusammenstellen. Angeboten werden Module mit im Wesentlichen «gewählten» Fächern. Die Masterprogramme sind so zahlreich und unterschiedlich wie die Zahl der in der Schweiz bestehenden Universitäten, an denen Recht gelehrt und gelernt wird. Juristische Bachelor- und Masterabschlüsse können teilweise mit beachtlichen Anteilen von nichtjuristischen Fächern bzw. mit Schwerpunkten auf nur bestimmten juristischen Fächergruppen absolviert werden.

Bei der Umsetzung der «Bologna-Idee» stellt sich das Problem, wieweit gemischte (also nicht rein juristische) Bachelor-Abschlüsse zu einem Masterstudium in Rechtswissenschaften berechtigen. Die Schweizer Rechtsfakultäten haben hierfür eine Kommission bestellt, die sich mit der gegenseitigen Anerkennung und Anrechnung von Leistungsnachweisen beschäftigt. Folgen oder Auswirkungen für das Anwaltspraktikum und die Anwaltsprüfung sind zu bedenken.² Dazu nur Weniges. Erstens: Für die Zulassung zur Anwaltsprüfung muss der Nachweis eines MLaw genügen, unabhängig von der Art des Masterprogramms und losgelöst vom Typ des zuvor erworbenen BLaw. Ebenso wenig ist der Anteil oder die Zusammensetzung der Rechtsfächer zu überprüfen. Zweitens: Es ist allein Sache der Rechtsfakultäten zu bestimmen, welche Bachelorabschlüsse sie für die Zulassung zum Masterprogramm genügen lassen. Drittens: Masterabschlüsse, die zum Einstieg in das zweite Ausbildungs- und Prüfverfahren berechtigen, müssen von Rechtsfakultäten von Universitäten stammen. Ein Master in Jus einer Fachhochschule ist nicht ausreichend, um an eine Anwaltsprüfung zugelassen zu werden. Eine Universität ist der Allgemeinheit der Ausbildung verpflichtet, dies im Gegensatz zu einer dem «Fach verpflichteten» Hochschule (Fachhochschule: *nomen est omen*). Es ist sinnvoll, wenn Rechtsfakultäten von Universitäten besonders im Masterprogramm über das Notwendige und Nützliche hinausgreifen und «Überflüssiges» anbieten. Rechtsfakultäten haben die Aufgabe, Juristen mit weitem Berufs- und Menschenbild auszubilden, nicht aber vom jeweiligen Markt verlangte und auf (vorgebliche) gesellschaftliche Bedürfnisse massgeschneiderte Fachleute. Die Gesellschaft braucht keine juristischen Technokraten, sondern Juristinnen und Juristen, deren Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen sich nicht auf das Zurechtfinden im Wirrwarr des Normengeflechts beschränken. Denn nur wer in die Weite zu schauen die Möglichkeit hatte, kann sich später in die Tiefe begeben (berufliche Spezialisierung), ohne befürchten zu müssen, an professioneller Höhe zu verlieren.

2 Im April 2008 fand hierzu eine Aussprache statt zwischen dem Vorsitzenden der universitären Vereinbarungskommission, Prof. Dr. PAUL RICHLI (zur Zeit Rektor der Universität Luzern) und zahlreichen Vertretern von Prüfungskommissionen vornehmlich aus der Deutschschweiz. Der Verfasser des Beitrags äussert hier seine persönliche Auffassung, zumal verbindliche Beschlüsse nicht Gegenstand der Diskussion waren.

Vor- und Nachteile des Bologna-Ausbildungssystems werden seit Jahren analysiert und diskutiert.³ Bei aller Kritik ist das Bologna-Modell besser als sein Ruf. Selbstverständlich hat die heutige universitäre Ausbildung Folgen für die Anwaltsprüfung oder präziser gesagt für den Prüfungserfolg. Denn ein Jurist, der die Anwaltsprüfung ablegen will, kann nur das zeigen, was er im Studium und später im Anwaltspraktikum gelernt hat. Nicht mehr und nicht weniger. Aber das war früher auch so. Diejenigen Personen, welche die Anwaltsprüfung abnehmen, müssen sich umgekehrt Fragen über Prüfungsumfang und -anforderung gefallen lassen. Der Dialog hat erst begonnen.

II. Die zweite Ausbildung (Anwaltspraktikum und Anwaltsprüfung)

A. Das Anwaltspraktikum

Die Regelung des Bundesgesetzgebers ist rudimentär. Verlangt wird ein «mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz». Alles andere wird den Kantonen überlassen. Sie legen u.a. fest: die genaue Dauer des Praktikums, die zulässigen Praktikumsstellen, die Anrechnung bisheriger beruflicher Tätigkeit und die Anerkennung von Praktika ausserhalb des Examenkantons usw.⁴ Zur Hauptsache werden Praktika bei Gerichten und in Anwaltskanzleien abgelegt. In Frage kommen auch Tätigkeiten bei anderen Justizbehörden (Grundbuch-, Konkursämter), in der Verwaltung oder in (grossen) Rechtsabteilungen von Banken oder Unternehmen.

Die meisten Kantone begnügen sich mit einer Praktikumszeit von zwölf Monaten.⁵ Wie dieses «Lehrjahr» zu absolvieren ist, regeln die kantonalen Anwaltsgesetze oder Praktikums- und Prüfungsverordnungen. Im Kanton Luzern ist ein Praktikum von neun Monaten bei einem registrierten Anwalt oder einer registrierten Anwältin vorgeschrieben; die restlichen drei Monate sind für eine Ausbildung bei einem Gericht, einer Staatsanwaltschaft, einer Strafuntersuchungsbehörde, einem Grundbuch- oder Konkursamt oder bei einem Rechtsdienst der kantonalen Verwaltung reserviert.⁶ Vielfach sind auch standardisierte Praktikumsverträge im Umlauf, die Arbeitszeit, Probezeit, Lohnanspruch, Sozialzulagen, Ferien und Versicherungen regeln. Die einzelnen Anwaltpraktika unterscheiden sich hinsichtlich der Entlohnung beträchtlich. Der Monatslohn bewegt sich – bezogen auf den Durchschnitt der ganzen Prak-

3 Dieser Beitrag ist und kann kein bildungspolitischer sein. Schon gar nicht geht es darum, aus der Warte des «abgeklärt Älteren» das «Alte zu verklären», gleichsam mit der Folge, das Bologna-Modell als untauglich zu bezeichnen.

4 FELLMANN/ZINDEL (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 7 BGFA N 15 f.

5 Bern verlangt beispielsweise ein Praktikum von 18 Monaten und den Besuch von Lehrveranstaltungen an der Universität.

6 § 5 Abs. 2 und 3 der Verordnung über das Anwaltspraktikum und die für die Ausübung des Anwaltsberufs erforderlichen Prüfungen.

tikumsdauer – von 2000 Franken bis 6000 Franken.⁷ So erstaunt nicht, dass die Wahl des Praktikumsorts, sofern der jeweilige Kanton «Freizügigkeit» gewährt, von der Entlöhnung, der Art des Praktikums und vom (angeblichen) Lernerfolg abhängt.

Es ist hier nicht der Ort, das Anwaltspraktikum in all seinen Facetten darzulegen. Zwei Bemerkungen mögen genügen. Erstens: Häufig schreiben die Kantone vor, dass mindestens ein Teil des Praktikums in einer Anwaltskanzlei absolviert wird. Damit wird einerseits dem Namen Anwaltspraktikum Achtung gezollt (man spricht ja auch vom Anwaltspatent); andererseits folgt eben diesem Praktikum in der Regel die gesetzlich verlangte Prüfung. Wird sie bestanden und so die Erfüllung der fachlichen Bedingungen für die Berufsausübung ausgewiesen, darf die betreffende Person den Anwaltsberuf ausüben (die Erteilung des Anwaltspatentes als Polizeibewilligung).⁸ Zweitens: Entscheidend für den später angepeilten Prüfungserfolg ist – wie immer – die Qualität der Ausbildung. Wer Glück hat, findet einen wirklichen Lehrmeister. Beispielsweise eine Anwältin, die ihren Praktikanten selbständig arbeiten, verhandeln und vor Gericht auftreten lässt und die erst noch das Feld der ganz normalen Verträge und der üblichen Verfahren abdeckt. Wer dagegen Pech hat, findet sich in der Rolle des Wasserträgers wieder oder geht in einem Team von Spezialisten unter, wo er das allgemeine Handwerk nicht lernen kann.

B. Die Anwaltsprüfung

1. Allgemeines

Unter dem Titel «Verhältnis zum kantonalen Recht» wahrt Art. 3 Abs. 1 BGFA das Recht der Kantone, im Rahmen des BGFA die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatentes festzulegen. Der Bundesgesetzgeber hat folglich nur Grundlegendes und Summarisches geregelt. Das (Anwalts-)Examen muss die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse zum Gegenstand haben (Art. 7 Abs. 1 lit. b BGFA). Alles Weitere bleibt der Regelung der Kantone anheimgestellt. Diese bestimmen bzw. konkretisieren in ihren Erlassen (zumeist Prüfungsverordnungen)⁹ Verfahren und Inhalt der Prüfung. Im Wesentlichen geht es dabei

- 7 Ein instruktiver Überblick (Vergleich von sechs Kantonen) bietet neustens der Beitrag von BERGER-ASCHWANDEN, Das Patent hängt nicht überall gleich hoch, plädoyer 1/11, S. 42.
- 8 Die grosse Zahl von Praktikanten macht es zunehmend schwieriger, genügend Ausbildungsplätze in Anwaltskanzleien zur Verfügung zu stellen. Einige Kantone (allen voran der Kanton Zürich) erklären daher das Praktikum bei einem Anwalt für nicht obligatorisch. Auch ohne Erfahrung in und mit einer Anwaltskanzlei werden die Bewerber zur Prüfung zugelassen.
- 9 Die Prüfungsordnung kann in Erlassen verschiedener Normstufen geregelt sein. Auch hier feiern die Kantone den Federalismus: separate Bestimmungen in Anwaltsgesetzen, eigenständige, vom Gesetzgeber vorgesehene Prüfungsverordnungen bis hin zu Reglementen, verabschiedet von Prüfungskommissionen.

um Wahl und Zusammensetzung der Prüfungskommission, Prüfungstermine und Prüfungsfächer, Anforderungen an die Kandidaten, zulässige Hilfsmittel bei der Prüfungsablegung. Ferner gibt es Normen über die Bewertung der Prüfung, die Eröffnung der Prüfungsergebnisse und die Prüfungswiederholung.

Die gesetzliche Minimalumschreibung im BGFA (theoretische und praktische juristische Kenntnisse) legt den Fokus auf die Ausübung des Anwaltsberufs. Anteil und Art der praktischen Prüfung fallen je nach kantonaler Prüfungskonzeption unterschiedlich aus. Immerhin sind praktische juristische Kenntnisse unentbehrlich, wenn – wie üblich – die schriftliche Anwaltsprüfung in der Lösung eines oder mehrerer Fälle besteht. Das Unterbreiten eines (wirklichen oder konstruierten) Falles orientiert sich per se an den praktisch-technischen Fertigkeiten der Kandidaten. Darüber hinaus werden verschiedentlich das Verfassen einer (mehr oder weniger ausführlichen) Rechtsschrift, Eingaben und Anträge im Verfahren oder ein Plädoyer verlangt. Umfang und Art einer (schriftlichen) Prüfungsaufgabe hängen wiederum vom verfügbaren Zeitbudget ab.

Kandidaten werden in der Regel sowohl schriftlich als auch mündlich geprüft. Die Anzahl der schriftlichen Prüfungen variiert von einer Klausur (Zürich) bis zu fünf Klausuren (Aargau). Die Prüfungen können vier Stunden (Luzern, Aargau) bis zehn Stunden (Zürich) dauern. Zwischendrin findet sich alles. Die mündliche Prüfung dauert meist zwei Stunden, kann sich aber auf dreieinhalb Stunden erstrecken (St. Gallen). Zum Teil werden zwei Kandidaten gemeinsam von den Experten befragt.¹⁰ Eine einheitliche Umschreibung des Prüfungsstoffes existiert nicht. Zu sehr stehen historische Eigenheiten der Kantone im Vordergrund. Die Bestimmung des Prüfungsstoffes hängt u.a. auch davon ab, ob die Prüfung in einem Universitätskanton abgelegt wird (oder eben nicht) und ob die jeweilige Rechtsfakultät in der Prüfungskommission vertreten ist. Ferner mag eine begleitende Ausbildung durch Kurse, angeboten von Rechtsfakultäten, Gerichten, Prüfungskommissionen oder privaten Organisationen,¹¹ den Prüfungsstoff beeinflussen.

Schwerpunktmässig liegt der Prüfungsstoff im Verfahrensrecht – von alters her (jetzt aber zu Recht gestutzt) Domäne des kantonalen Rechts. Klassiker waren bislang das Zivilprozess- und das Strafprozessrecht,¹² das kantonale Staatsrecht (Behördenorganisation, Gesetzgebung), die Einführungsgesetze zu Bundesgesetzen¹³ und die typischen, wichtigen kantonalen Sachgesetze der Verwaltungsrechtspflege (z.B. Baugesetze, kantonale Steuern usw.). Ein wichtiges

10 Auch hier sei ein Hinweis auf den oben erwähnten Beitrag im plädoyer 1/11 gestattet.

11 Im Kanton Luzern unterstützen das Obergericht (Kolloquien) und die private Stiftung für Rechtsausbildung die Kandidaten bei der Prüfungsvorbereitung.

12 Seit dem 1.1.2011 Geschichte. Es gibt in beiden Bereichen bekanntlich nur noch eidgenössische Prozessfallen!

13 So z.B. die EG zum ZGB oder zum SchKG.

Prüfungsfach ist ferner das Anwaltsrecht mit seinen privat-, straf- und administrativrechtlichen Bezügen. Dass Aufgaben im Verfahrensrecht nur im Kontext mit materiellrechtlichen Überlegungen gelöst werden können, versteht sich (fast) von selbst. Daher erstaunt nicht, dass etliche Prüfungsordnungen ausdrücklich oder stillschweigend das «Wissen im Wesentlichen» über alle Rechtsbereiche voraussetzen.¹⁴

2. Die Regelung im Kanton Luzern

Die Gestaltung der Anwaltsprüfung erweist sich vergleichsweise – wie häufig, wenn sich der Kanton Luzern mit der Schweiz misst – als wertfreier Durchschnitt. Die Kandidaten haben drei schriftliche Prüfungen zu bestehen, wobei eine fünf Stunden und zwei je vier Stunden dauern (insgesamt also 13 Stunden). Die drei schriftlichen Prüfungsfächer sind: das Privatrecht (inkl. Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht), das Straf- und Strafprozessrecht und das Staats- und Verwaltungsrecht. In einer Richtlinie werden die Prüfungsfächer näher bestimmt, besonders durch Aufzählung wichtiger Erlasse und zentraler Grundsätze. Die mündliche Prüfung dauert zwei Stunden und umfasst die genannten Prüfungsfächer und zusätzlich das Anwaltsrecht.¹⁵ Beim schriftlichen wie beim mündlichen Teil haben fünf Mitglieder der Anwaltsprüfungskommission mitzuwirken.

Die Prüfung ist grundsätzlich auf die Tätigkeit der Anwältin oder des Anwalts ausgerichtet. Für die Bewertung der Prüfung enthält die Verordnung Gesichtspunkte (im Sinne von weichen Kriterien), nach welchen die Arbeiten qualifiziert werden sollen. Sie enthalten für sich genommen nicht viel Aussagekräftiges, bilden aber eine Richtschnur für die zulässigen Anforderungen.¹⁶ Zum mündlichen Teil der Prüfung wird nur zugelassen, wer den schriftlichen Teil bestanden hat. Es besteht die Möglichkeit, die Prüfung zweimal zu wiederholen.

Im schriftlichen Prüfungsteil wird regelmässig ein Fall unterbreitet. Wegen der relativ kurzen Prüfungsdauer beschränkt sich die Aufgabenstellung gewöhnlich auf wenige Seiten; auch Unterlagen werden nur spärlich abgegeben. Was die Hilfsmittel betrifft, so stehen in der Regel nur die amtlichen Ausgaben der Erlasse zur Verfügung. Ähnliches gilt bei der mündlichen Prüfung. Es handelt sich eher um ein Prüfungsgespräch, dessen Gegenstand aufgrund einer

14 Ausdrücklich § 18 Abs. 1 der Luzerner Prüfungsverordnung mit folgendem Wortlaut: In den einzelnen Prüfungsfächern können Fragen aus allen Rechtsbereichen gestellt werden.

15 Massgebend ist die bereits genannte Verordnung des Obergerichts über das Anwaltspraktikum und die für die Ausübung des Anwaltsberufs erforderlichen Prüfungen (SRL Nr. 282) und die dazu erlassene Richtlinie der Anwaltsprüfungskommission (SRL Nr. 283).

16 Etwa das juristische Wissen und Denkvermögen, die Qualität der Analyse von Sachverhalten oder die sprachlichen Fähigkeiten.

Ausgangslage entwickelt wird. Gesetzestexte oder Rechtspraxis werden nicht «abgefragt», sondern im Gespräch herausgearbeitet.

III. Erfolg und Misserfolg bei Anwaltsprüfungen

Kern der Sache! Nichts, was so heftig diskutiert wird wie die Erfolgsquote (oder negativ gewendet: die Durchfallquote) bei Anwaltsprüfungen. Ohne Zweifel gibt es viele Kandidaten, welche die Anwaltsprüfung erst im zweiten oder gar dritten Anlauf bestehen. Manche schaffen die Prüfung überhaupt nicht oder treten nach einem Misserfolg nicht mehr an. Die Fragen sind immer dieselben. Wie viele und warum so viele? Es gibt also einen quantitativen und einen kausalen Aspekt.

A. Zahlen oder vielmehr keine Zahlen

Vorab ist der hartnäckigen Auffassung entgegenzutreten, Prüfungskommissionen würden im Voraus festgelegte Quoten berücksichtigen. Zum Schutz von Berufsprüfenden würde nur eine beschränkte Zahl von Anwaltspatenten erteilt. Das ist schlichter Unsinn. Die Prüfungskommissionen setzen sich nicht nur aus Vertretern der Anwaltschaft zusammen, und das Anwaltspatent ist bekanntlich längst nicht blosses Einfallstor zum Anwaltsberuf.¹⁷ Verlässliche, während einer längeren Zeit schweizweit erhobene Daten über das Verhältnis von Erfolg und Misserfolg existieren nicht. Zwar führen nicht wenige Prüfungskommissionen interne Statistiken; sie zeigen meist Erfolgsquoten von 50 Prozent bis 70 Prozent. Diese Werte sind jedoch nur bedingt aussagekräftig. Einmal sind die Prüfungsanforderungen nur teilweise vergleichbar. Die Rechtsbereiche und Erlasse, auf die in den einzelnen Prüfungsordnungen verwiesen wird, unterscheiden sich vor allem im Umfang. Das hat Einfluss auf das Mass der Vorbereitungszeit und die Berechenbarkeit hinsichtlich der Prüfungsaufgaben. Zudem bieten einzelne Kantone Ausbildung und Unterstützung an, während in anderen die Kandidaten auf sich selbst gestellt bleiben. Die Frage, wie die Anwaltsprüfung technisch zu bewältigen ist, ist eine wichtige. Wer anhand von konkreten Prüfungsaufgaben üben und vielleicht selbst von Experten Rat holen kann, hat jedenfalls keine schlechte Ausgangslage. Statistiken oder Erfahrungszahlen differieren zudem in der Ausgangsbasis. Zahlen, die auf das Ergebnis einzelner Prüfungssessionen abstellen, sehen anders aus als Zahlen, die wiedergeben, wie viele Personen am Ende das Anwaltspatent bekommen. Schliess-

17 Aus zahlreichen Gesprächen mit Kollegen und Kolleginnen aus anderen Kantonen bin ich mir sicher: Die Prüfungskommissionen arbeiten fair und mit Wohlwollen. Dass viele Kandidaten den Anforderungen nicht genügen, hat nichts mit einem Numerus clausus zu tun.

lich sind Statistiken auch vor dem Hintergrund zu interpretieren, ob und unter welchen Bedingungen Kandidaten die Prüfung wiederholen können.¹⁸

Im Hinblick auf Konsequenzen kann vernünftigerweise nur eine Verhältniszahl interessieren. Wie viele Kandidaten bestehen beim ersten Versuch die Prüfung bzw. wie viele fallen durch? Im Kanton Luzern – der Verfasser kann sich nur hierzu äussern – hat sich gestützt auf die Ergebnisse in den letzten zehn Jahren eine Erfahrungszahl eingestellt. Von zehn Personen bestehen im ersten Versuch sechs die Prüfung, vier Personen bleiben erfolglos.¹⁹ Natürlich ist entscheidend, warum die vier Kandidaten/Kandidatinnen nicht bestehen. Auch hier lassen sich Ursachen oder durch Erfahrungswissen begründete Vermutungen benennen. Zwei der erfolglosen Personen bekundeten bereits im Studium an der Universität bei der Erarbeitung des Stoffes und bei Examen Mühe. Häufig weisen sie Bachelor- und Master-Abschlüsse mit bescheidenen Qualifikationen aus (Prädikat legitime oder rite). Es erstaunt nicht, dass sie das beträchtliche Programm der Anwaltsprüfung nicht bewältigen. Namentlich in der Vernetzung von Rechtsbereichen und Anwendung von «nur Gelerntem» versagen sie. Eine Person (oder zehn Prozent) unterschätzt die erforderliche Vorbereitungszeit. Angesichts der in absoluten Zahlen vielen Misserfolgen beschleicht sie die Meinung, dass man ohnehin mehrmals antreten müsse. So wird spekuliert nach dem Motto «sehen wir mal». Und die letzte der genannten vier Personen hat einfach Pech. Ein «Prüfungsversagen» wegen nervlicher (Über-)Anspannung (Black-out), eine Unachtsamkeit beim Lesen der Prüfungsaufgabe oder gesundheitliche Schwierigkeiten erklären den Fehlversuch.

B. Ursachen und Folgerungen

Erklärungen für das (zu viele) Scheitern bei Anwaltsprüfungen sind schon genannt worden. Eine beweiskräftige Ursachenforschung gibt es freilich nicht. Dennoch sind Tendenzen erkennbar. Nicht unerwartet berühren diese Ausbildung und Examen gleichermassen.

Die Anwaltsprüfung ist ein breit gefächertes und anforderungsreiches Abschlussexamen; Abschluss der universitären und nachuniversitären Ausbildung. Sie ist auch Eingangsexamen, das Einfallstor in die juristische Berufswelt. Praktische Erfahrungen bestätigen leider immer wieder, wie gering das Basiswissen (das Grund- und Überblickswissen) bei zu vielen Jus-Studenten ist. Viele Faktoren erschweren den Erwerb eines vernünftigen Basiswissens: a) die Flut von Sachgesetzen, Kodifikationen und globalen Rechtserlassen; b) die zu frühe und massive Verwertung von Quellen, Begleittexten, herrschen-

18 Prüfungen können meistens einmal oder zweimal wiederholt werden. Mancher Kanton unterscheidet zudem zwischen schriftlichem Teil und mündlichem Teil.

19 Es handelt sich um einen groben Durchschnitt. In einzelnen Prüfungssessionen kann das Verhältnis (positiv) 7:3 oder (negativ) 5:5 sein.

den und abweichenden Urteilsgründen, die fast erzwungene Übernahme von Steckenpferden der Universitätsdozenten und c) ein Übermass des zu frühen Theoretisierens. Letzteres meint nicht, der Dogmatik werde zu viel Raum zugestanden. Im Gegenteil: Ohne die grundlegenden dogmatischen Figuren vorab im Privatrecht ist kein vernünftiges Urteil zu fällen, keine plausible Rechtschrift zu verfassen und schon gar nicht eine korrekte Prüfungsarbeit zu schreiben. Es geht viel mehr darum, dass Lehrmeinungen, Prinzipienstreit und Rechtsfortbildung einen zu hohen Stellenwert im Fokus der Lehrenden einnehmen. Wer das Recht als grenzenlos vermehrbares Gut begreift, wird neue Rechte begründen wollen. Das führt in einer auf Schriftlichkeit und Normgläubigkeit angelegten Gesellschaft dazu, dass die Erlasse unübersehbar werden und die angeblich nötige Spezialisierung auch. Dem scheinen sich selbst Rechtsfakultäten nicht entziehen zu können (oder zu wollen). Konsequenz ist ein Spezialfachangebot mit besonderen Skripten, Lehrbüchern und Abhandlungen, die das Grundlegende zu verschütten drohen.

Um klarzustellen: Das Angebot an den Rechtsfakultäten soll nicht verkürzt oder eingeengt werden. Die universitäre Ausbildung zeichnet sich (noch) dadurch aus, dass Wissen und Denken den technischen Kanon (was ist später brauchbar und verwertbar?) überschreitet. Es geht nicht um ein «Zubreit», sondern um ein Zuviel. Das Zauberwort lautet: *Multum non multa* (Vieles nicht Vielerlei oder in die Tiefe, nicht in die Breite). Besonders für das Masterstudium müssen sich die Universitäten fragen lassen, ob das Fächerangebot angepasst werden soll, und zwar Richtung Vertiefung von Basisfächern. Für Mitglieder von Prüfungskommissionen ist unverständlich, wenn Kandidaten zur Anwaltsprüfung antreten, ohne beispielsweise Vorlesungen im Erbrecht und im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht besucht zu haben.²⁰ Man wird zu Recht einwenden, die Universitäten bildeten Juristen aus, keine Anwälte. Dass sich Universitäten nicht als Vorbereitungsinstitut für den Erwerb des Anwaltspatens verstehen, braucht nicht im Widerspruch zur besseren Einsicht sein, das eine zu tun und das andere nicht zu lassen. Bezeichnenderweise äussern die Vertreter der Prüfungskommissionen²¹ den Wunsch, die Rechtsfakultäten möchten doch auf die Anforderungen bei den Anwaltsprüfungen aufmerksam machen. Die Studierenden sollten wissen, was bei den Anwaltsprüfungen mit Bezug auf Prüfungsfächer auf sie zukommt, damit sie die Fächerwahl namentlich im Masterprogramm darauf abstimmen können.

Universitäten und die für die kantonale Anwaltsprüfung jeweils verantwortlichen Behörden sind in die Pflicht zu nehmen, und zwar in die Ausbildungspflicht. Dazu gehören Vorbereitungskurse, Fallübungen, Prüfungsbesprechun-

20 Das sind zwei Beispiele von Grundlagenfächern, die an einigen Rechtsfakultäten nur als Wahlfach belegt werden können.

21 Aussprache im April 2008, s. Fn. 2.

gen und eine Offenlegung des Ablaufs sowie der technischen Bedingungen der Anwaltsprüfung. Mit anderen Worten: Die Kandidatinnen und Kandidaten sollen nicht allein gelassen werden. Sie müssen verbindlich wissen, was und wie geprüft wird. Ein solches Lehr- und Informationsangebot bringt für die Kandidaten eine effektive Entlastung, ohne dass die Anforderungen an die Prüfung verwässert würden. Die Anwaltsprüfung selbst muss in Bezug auf die Materialien einfach genug sein, um mit dem verfügbaren Instrumentarium (kleine, überschaubare Sachverhalte, wenige Gesetzesunterlagen) brauchbare Ergebnisse zu zeitigen, aber auch in Bezug auf die Aufgabenstellung (Fragen) hinreichend komplex, um das Vorhandensein der Fähigkeiten prüfen zu können. Kurzum: Es geht um ein austariertes Verhältnis von Höchst- und Mindestanforderungen. Nicht auf das Produzieren von Wissen oder der richtigen Lösung, die ohnehin nur Spiegel einer gerade gültigen Rechts- und Wertungslage ist, kommt es an. Für den Prüfungserfolg ist das Erkennen des Rechtsproblems entscheidend und seine handwerklich (sprich sprachlich) saubere und folgerichtige Erörterung und Begründung. Ein Imperativ für die Anwaltsprüfung könnte denn auch lauten: Schreibe so, dass die schlechteste denkbare Konsequenz Deiner Überlegungen möglichst gut ist für Dich! Oder anders gewendet. Gerade auch ein falsches Ergebnis kann überzeugen.

IV. Die andere Anwaltsprüfung

Vor Jahren wandte sich der Verfasser des Beitrags an seine Innerschweizer Kollegen mit der Bitte zu überlegen, ob eine Zentralisierung der Anwaltsprüfung (ein Zusammengehen der Kantone) nicht sinnvoll wäre. Das Anliegen fiel damals auf wenig fruchtbaren Boden. Jetzt, da die Kantone wichtige, eigenständige Prüfungsmaterialien verloren haben (Zivilprozess- und Strafprozessrecht) und sich auch die öffentlich-rechtlichen Sachgesetze einander angleichen, scheint die Idee neuerdings prüfenswert. Tatsache ist, dass das kantonale Recht immer weniger wichtig wird. Die Kandidaten werden sich an den Prüfungen künftig mehrheitlich mit Bundesrecht herumschlagen müssen. Damit wird fraglich, ob Anwaltsprüfungen im bisherigen Verständnis noch einen Sinn haben. Entscheidend ist, dass sie das Tor zur juristischen Berufswelt schlechthin öffnen. Ein kleiner Teil der Personen, denen das Anwaltspatent ausgehändigt wird, ergreift den Anwaltsberuf. Die meisten finden sich in der Justiz, in der öffentlichen Verwaltung oder in der Wirtschaft ein. Viele Arbeitgeber verlangen denn auch von Bewerbern, dass sie ein Anwaltspatent vorweisen. Zudem gibt es Bestrebungen des Gesetzgebers, die Anwaltsprüfung als unerlässliche Bedingung für die Übernahme eines Richteramtes vorzuschreiben.²²

22 Was klar falsch ist. Selbstverständlich setzt der Richterberuf eine juristische Ausbildung voraus. Dazu braucht man aber nicht zwingend ein Anwaltspatent. Als Richter oder Richterin zu arbeiten, verlangt ohnehin Fähigkeiten, die keiner Prüfung zugänglich sind.

Die Anwaltsprüfung ist im Bildungsbewusstsein und im gesellschaftlichen Verständnis als eine zentrale Berufsprüfung stark verankert. Obschon sie an klassischer Bedeutung verliert, wird ihre Berechtigung nicht angezweifelt. Aber wie wäre es damit? Die Anwaltsprüfung wird in die universitäre Ausbildung integriert. Sie ist keine eigenständige Prüfung mehr, sondern Bestandteil der Abschlussprüfung an der Universität. Oder anders formuliert: Mit dem Erwerb des Masters in Rechtswissenschaften wird die Erteilung des Anwaltspatentes verbunden. Natürlich setzt dies ein erweitertes Ausbildungsprogramm voraus, in dem Theorie und Praxis im Angebot gleichermassen Platz finden. Die Anforderungen an die Juristinnen und Juristen bezüglich Wissen, Denken und Formulieren müssen dabei anspruchsvoll bleiben.

In und mit allen Rechtsgebieten ist das Grundlegende zu vermitteln. Wer das Grundlegende erfasst und sich angeeignet hat und obendrein das Handwerkliche (Sprache) erlernt hat, muss Prüfungen bestehen können. Alles andere ergibt keinen Sinn. Aber was ist das Grundlegende? Es geht um drei Fähigkeiten: Der Studierende muss wissen, wo er erstens eine Regel findet (Gesetzes-sammlungen, Materialienkenntnis, System der Literatur), wie er zweitens eine Regel «lesen» muss (Auslegungslehre) und wie er drittens diese Regel allenfalls «neu lesen» kann (Argumentationslehre). Wer diese drei Fähigkeiten erworben hat, kann grundsätzlich in jedem Rechtsbereich und jeder rechtlichen Funktion tätig sein.

A. Nur ein Modell

Die Idee einer Universitätsausbildung mit Schluss- und integrierter Anwaltsprüfung umfasst drei Phasen. Die Grundausbildung (a), das Praktikum (b) und die Vertiefungsausbildung (c). Unschwer zu erkennen, dass die Grundausbildung dem Bachelorlehrgang und die Vertiefungsausbildung dem Masterlehrgang entspricht. Dazwischen schiebt sich die praktische Ausbildung.²³ Jede Phase ist selbständig und wird mit einer Prüfung oder Bescheinigung abgeschlossen. Nur wer die Prüfung erfolgreich ablegt, wird zur nächsten Phase zugelassen.

1. Die Grundausbildung

Die erste Phase (die Grundausbildung) hat die Einführung ins Recht, die formalen Werkzeuge der Jurisprudenz (Quellen, Erlasssammlungen, Aufbau und

23 Erfahrene Leser werden sofort einwenden, es handle sich um eine Neuauflage des Berner Fürsprecher-Modells. Das mag im Ansatz richtig sein mit dem Unterschied, dass jeder Studierende, der sich für den Masterlehrgang entscheidet, zugleich als patentierter Anwalt die Universität verlässt.

System der Rechtsprechung, Arten und Auswahl der Literatur, Materialien²⁴) und die elementaren Rechts- und Fachbereiche zum Gegenstand. Sie dauert drei Jahre (oder sechs Semester). Nach dem Prinzip «Multum non multa» soll nicht zuviel Stoff, dafür intensiv und wiederholend der gleiche Stoff vermittelt werden. Dieser könnte beispielsweise drei Bereiche umfassen:

- Der Mensch als «Rechtsträger» im Sein (Personenrecht), im Haben (Sachenrecht) und im Verhalten (Vertrags- und Deliktsrecht). Angesprochen sind Teile des ZGB und des OR. Es geht um die dogmatischen Figuren und Institute, um das Erlernen und Verinnerlichen von grundlegenden rechtlichen Beziehungen, nicht mehr aber auch nicht weniger.
- Das Strafrecht und das Strafprozessrecht. Studierende wollen auch Geschichten, nicht nur Theorien. Das gesamte Strafrecht eignet sich besonders wegen des Grundverhältnisses zwischen Sachverhalt, Tatbestand und Rechtsfolge und angesichts der Grundrechtsfragen (Prozessrecht) für das Vermitteln von Methoden- und Auslegungslehre.
- Grundrechte und Prinzipien des Verwaltungsrechts in Verfassung und Verfahrensgesetzen. Grundsätze des menschlichen Zusammenlebens und der öffentlichen Verwaltung ist das Thema. Dabei steht das Verhältnis zwischen Staat und Mensch/Bürger(in) im Vordergrund.²⁵ In dem Bereich kann das Argumentieren im Hinblick auf Interessen, Werte und Positionen gelernt werden.

2. Das Praktikum

Die zweite Phase bezweckt – wie der Name sagt – die Förderung der praktischen Fähigkeiten. Hier soll der Studierende die Praxis kennenlernen und sich im schriftlichen wie im mündlichen Ausdruck bewähren. Das Praktikum soll ein- einhalb Jahre dauern und irgendwo in der Schweiz absolviert werden können. Damit die grosse Zahl der Studierenden auch Praktikumsstellen findet, darf es keine kantonalen Einschränkungen geben. Unabhängig von Wohnsitz und Kantonzugehörigkeit sind Studierende zuzulassen. Das Praktikum kann an einer beliebigen Stelle, sofern dort juristisch gearbeitet wird, absolviert werden: Gerichte, Anwaltskanzleien, Rechtsdienste von Verwaltung und Gemein-

24 Ein guter Überblick über das Handwerkliche findet sich bei HAAS/BETSCHART/TURNHERR, Leitfaden zum Verfassen einer juristischen Arbeit, Zürich/St. Gallen 2007.

25 Eine Klassierung von Grundrechts- und Staatsrechtslehre ist so schwierig wie umstritten. Zu nennen sind die Erweiterung des Kreises der Rechtsträger, die Entwicklung über das Naturrecht bis hin zur Etablierung subjektiver Rechte (Statustheorie von Jellinek). Herausgebildet hat sich eine Trias, die gerade für Ausbildungszwecke und Lehrpläne nützlich sein mag: individuelle Freiheitsrechte (Menschen- und Grundrechte), politische Teilnahmerechte (klassische Bürgerrechte, Staatsrecht) und soziale Teilhaberechte (Sozialrechte). Zum Ganzen: MENKE/POLLMANN, Philosophie der Menschenrechte, Hamburg 2007, S. 98 ff., insbesondere S. 116.

den, Rechtsdienste in Banken, Versicherungen und grösseren Unternehmen. Am Ende der Praktikumszeit muss bescheinigt werden, ob sich der Praktikant/die Praktikantin bewährt hat.²⁶ Ohne eine solche Bescheinigung dürfte die dritte Ausbildungsphase nicht in Angriff genommen werden.

3. *Die Vertiefungsausbildung*

Nach dem Praktikum kehren die Studierenden wieder an ihre Universität zurück. Dort wird in der dritten und letzten Phase das theoretisch und praktisch Gelernte verknüpft. Diese Stufe dauert zwei Jahre (vier Semester). In der Vertiefungsrichtung sollen die für die Mehrheit der Bevölkerung bedeutsamen Rechtsbereiche (z.B. die normalen Verträge und die üblichen Verfahren) unterrichtet werden. Das sind Familien- und Erbrecht, der Besondere Teil des OR, das Zivilprozessrecht und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, und die wichtigsten verwaltungsrechtlichen Sachgesetze (Bau- und Planungsrecht, Steuerrecht, Sozialrecht). Natürlich muss es in dieser Phase auch Platz haben für internationalrechtliche Spezialitäten und Lehrgänge, die das Übliche überschreiten. Von herausragender Bedeutung scheint mir hier zu sein, das Recht in seinen grossen Bezügen zu sehen, sei es in der Rechtsgeschichte (Respekt und Verständnis der Tradition) oder in der Rechtsphilosophie (Appell an ein generalisierendes Denken). Am Ende der dritten Phase müssen die Studierenden die Schlussprüfung ablegen. Hier wären als Zugeständnis an die bisherige Anwaltsprüfung praktische, an konkreten Fällen orientierte Aufgaben zu lösen, die in Umfang und Anforderung einer Anwaltsprüfung in nichts nachstehen. Als Konzession gegenüber den Studierenden wäre andererseits nur noch das Pflichtprogramm der Vertiefungsausbildung Prüfungsgegenstand. Und wer die Prüfung(en) erfolgreich besteht, ist Inhaber/Inhaberin eines MLaw und eines Anwaltspatentes.

B. Mehr als nur ein Modell?

Wohl kaum. Natürlich ist das nur eine Programmskizze. Vieles wird man einwenden oder kritisieren dürfen. Die Aufhebung der Anwaltsprüfung bzw. ihre «Wiedererweckung» gemäss obigem Vorschlag würde eine Revision des BGFA voraussetzen. Nebst gesetzlicher Hürde müsste die Ausbildung an der Universität neu angedacht und in Zusammenarbeit mit den Kantonen umgesetzt werden, von der Auseinandersetzung über den richtigen Fächerkanon ganz zu schweigen. Aber wie auch immer. Die Verwalter der Anwaltsprüfung müssen

26 Welche Anforderungen an die Auszubildner zu stellen wären und wie eine Bescheinigung konkret auszusehen hätte, wäre zwischen Universität einerseits und den Anbietern (Staat und Wirtschaft) andererseits auszuhandeln. Jedenfalls ist sicherzustellen, dass die jungen Menschen eine Ausbildung bekommen, und nicht etwa als billige Arbeitskräfte ihre Praktikumszeit monoton absitzen.

über deren Zukunft nachdenken. So oder so haben Prüfungskommissionen den Entwicklungen Rechnung zu tragen. Dass die Prüfung schwierig und umfangreich bleiben soll, dem kann man zustimmen. Aber Schwierigkeitsgrad und Umfang lassen sich mildern, ohne deren Substanz zu berühren. Die Anwaltsprüfung bildet den Schlusspunkt einer jahrelangen Ausbildung. Und die Ausbildner sind primär die Gefragten. Die Qualität der Ausbildung, wozu auch die Sorge für die Studierenden gehört, ist entscheidend für die Güte der späteren Berufsausübung.

So bleibt vieles fraglich und scheint als blosser Entwurf stecken zu bleiben. Doch der Wille vermag vieles. Sollten wir also versuchen, das Ausbildungsangebot zu straffen und zu «verwesentlichen»? Sollen wir also die Anwaltsprüfung anders gestalten und die jungen Menschen besser unterstützen? Und dann sei die Nachfrage gestattet: Warum sollten wir es nicht?

Erwartungen an die Justiz/ Justiz und Öffentlichkeit

Strafrecht und Kommunikation

von NADJA CAPUS

Als aufmerksamer Beobachter und kommunikativer Mensch ist sich HANS WIPRÄCHTIGER bewusst, wie schwierig es ist, die teilweise widersinnigen Zeichen verbrecherischer Taten mit Strafrechtsprozessen zu verarbeiten. Dieser Verarbeitungsprozess ist seinerseits ein Akt der Kommunikation mit der Öffentlichkeit und weil sich HANS WIPRÄCHTIGER stets für die Verbesserung dieser Kommunikation einsetzt, ist ihm zu Ehren und in Freundschaft dieser Beitrag gewidmet.¹

I. Widersinnige Zeichen

Ein deutsches Handwörterbuch aus dem ersten Drittel des 19. Jahrhunderts erklärt den Begriff «widersinnig» in anschaulicher Weise: «*Widersinnig heisst nicht, was dem Sinne, sondern was dem Verstande so zuwider ist, dass er es nicht als wahr denken kann.*»²

Der Mensch vermag also mit seinen Sinnen Reize, Zeichen aufzunehmen, deren Sinn sich jedoch seinem Verstande verschliesst. Damit ist schon eine grundlegende Voraussetzung von Kommunikation angesprochen: Der Mensch nimmt Sinnesreize auf, die er als Zeichen zu deuten versucht – und zwar nach einem vorgegebenen Deutungsschema, einem Code. Das ist sicher nicht die einfachste aller Wahrnehmungsmöglichkeiten der Umwelt, doch ist der Mensch nun mal so: es gibt solche Deutungsmuster für nonverbale Kommunikation als auch für verbale Kommunikation und es gibt sie in unterschiedlicher Formation, z.B. als rechtliche, psychologische, moralische Kodierung.³

«[...] *Aber vergessen wir nie,*» lässt sich in diesem Zusammenhang den bekanntesten Semiotiker, Umberto Eco, von 1975 bis 2007 Professor für Semiotik an der Universität von Bologna und Bestsellerautor, zitieren – «*dass es auch Zeichen gibt, die nur scheinbar etwas bedeuten, in Wahrheit aber ganz sinn-*

- 1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Autorin an der Weiterbildungstagung der Gefängnis-Seelsorgerinnen und Seelsorger aus Österreich, Bayern und der Schweiz in Luzern im Juni 2010 gehalten hat.
- 2 Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften, bearbeitet und herausgegeben von KRUG, 4. Band, Leipzig 1829.
- 3 Siehe (inkl. nachfolgendes Zitat) PUPPE, Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik, in: Puppe, Strafrechtsdogmatische Analysen, Göttingen 2006, S. 409.

los sind, wie blitiri oder bu-ba-baff ...» «Es wäre grässlich», sagte ich, «einen Menschen zu töten, um nichts als bu-ba-baff zu sagen!»⁴

Tatsächlich sind kriminelle Taten häufig schädliche Ereignisse, die für viele (nicht zuletzt auch für den Täter oder die Täterin selbst) unverständlich, also widersinnig sind. Die Auseinandersetzung mit solch Widersinnigem gehört zum «Kerngeschäft» des Strafrechts und daher ist diesem Rechtsbereich eine spezielle Informationsverarbeitung (II.) und Kommunikationsweise (III.) eigen.

II. Strafrechtliche Kommunikation

Die Reaktion auf solch widersinniges Verhalten ist, was immer es sonst noch sein mag, auch Informationsverarbeitung und jede Informationsverarbeitung ist ihrerseits wiederum Information; ein Phänomen, das als Zeichen für etwas verarbeitet wird.⁵

Wie aber funktioniert die Kommunikation von Seiten des Strafrechts gegenüber der Öffentlichkeit?⁶

A. Strafrechtliche Aufarbeitung

Allgemein besteht die Neigung, erst die Strafe, also das Strafurteil und den Vollzug als unmittelbares Zeichen strafrechtlicher Kommunikation anzuerkennen. Das zeigt sich u.a. auf theoretischer Ebene an der Intensität und Ausführlichkeit, mit welcher sich die Strafrechtswissenschaftler mit den Straftheorien auseinandersetzen.

Dabei beginnt strafrechtliche Zeichengebung schon viel früher, nämlich bei der Voruntersuchung und Untersuchung von Sachverhalten, denen nur allenfalls ein Verbrechen oder Vergehen zugrunde liegt. Es geht hier um die Verdachtsklärung und logischerweise besteht dabei die Möglichkeit, dass sich der Verdacht gerade nicht bestätigt. Folglich kommt es auch nicht zum Prozess und

4 ECO, *Der Name der Rose*, S. 71.

5 PUPPE (Fn. 2), a.a.O.

6 Eine andere, ebenso interessante Frage wäre, wie – und manchmal sogar, ob überhaupt – die Kommunikation zur angeschuldigten Person funktioniert; sei es mit den Richtern, sei es zuvor schon mit den Untersuchungsbehörden. So hat man im Rahmen kriminologischer Untersuchungen in England angeklagte Personen unmittelbar nach ihrem Prozess darum gebeten, anhand eines ihnen vorgelegten Schemas der Sitzordnung im Gerichtssaal die Funktionen und Personen zu bezeichnen, die an der Verhandlung anwesend waren. Erschreckend viele haben nicht einmal gewusst bzw. eben verstanden, wer ihr Richter gewesen ist. Siehe generell zum Verständnisproblem angeklagter Personen: JACOBSON/TALBOT, *Vulnerable Defendants in the Criminal Courts: a review of provision for adults and children*, London 2009; BALDWIN/McCONVILLE, *Negotiated justice*, London 1977; BOTTOMS/McCLEAN, *Defendants in the criminal process*, London 1976.

zu keinem Strafurteil – Versuche, strafrechtliche Reaktionen mit Straftheorien zu legitimieren, müssen also in dieser Situation ins Leere laufen.⁷

Dennoch wird niemand bestreiten, dass die strafrechtliche Reaktion auf den Verdacht gerechtfertigt sein kann – ist sie es aber nur als notwendige Voraussetzung der Verwirklichung absoluter Strafzwecke, also der Vergeltung mittels Übelszufügung?

Würde man das so sehen, wäre das eine massive Unterschätzung der Funktion des Strafrechts. Diese Unterschätzung hat sich in der Schweiz beispielsweise 2008 bei der Diskussion um die Volksinitiative zur Einführung der Unverjährbarkeit «pornografischer Straftaten an Kindern» gezeigt. Im Abstimmungskampf haben Juristen versucht, den Befürwortern der Initiative die Unzulänglichkeit eines Strafverfahrens zu erklären; sie haben die Tatsache hervorgehoben, dass es zu keinem Schuldspruch kommen wird, wenn die Beweise nicht genügen, und dass die meisten Beweismittel mit der Zeit in der Regel ihre Beweiskraft einbüßen.⁸

Völlig irritiert waren diese Juristen dann angesichts der Schulter zuckenden Reaktion der Befürworter, darunter oft auch Opfervertreter: Um den Schuldspruch gehe es den Opfern gar nicht in erster Linie, denn eine wesentliche Opferbefriedigung liege offenbar bereits in der strafrechtlichen Ermittlung, der strafrechtlichen Verdachtsklärung, weil damit vergangene äusserlich wahrnehmbare und sogar innere Geschehnisse möglichst objektiv rekonstruiert und auf einen bestimmten Tatverdacht hin untersucht werden. Für das Opfer scheint es dabei um ein wichtiges Element zu gehen, denn damit wird sein Erleben thematisiert und die Tatverdächtigen werden einem hoheitlichen Verfahren unterworfen, welches massive Eingriffe in die Persönlichkeits- und Privatsphäre erlaubt, beispielsweise Vorladungen, Einvernahmen, Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmungen von Gegenständen oder sogar Inhaftierung im Rahmen einer Untersuchungshaft. Darin liegt eine Entlastung des Opfers, denn sein individuelles Interesse wird zumindest teilweise zu einem kollektiven Interesse – was wiederum das gesellschaftliche Bedürfnis nach Solidarisierung mit den Opfern befriedigt.

Hier sei erlaubt, die früher bereits an dieser Stelle ausgeführte Überlegung kurz zu erwähnen, dass die Annahme der Unverjährbarkeitsinitiative durch die schweizerische Stimmbevölkerung womöglich auf das Versagen der Strafrechtswissenschaft zurückzuführen ist, diese Funktion des Strafrechts erkannt und hervorgehoben zu haben; denn das hat auch zur Folge gehabt, dass verpasst worden ist, dem Stimmvolk andere (bessere) Wege der Solidarisierung

7 FREUND, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996, S. 43, 55 f.

8 CAPUS, Ewig still steht die Vergangenheit?, Bern 2006, S. 30 f.

mit den Opfern und zur Befriedung der Opferinteressen gibt als mit dem grobschlächtigen Hilfsmittel des Strafrechts.⁹

Das führt uns direkt zur Antwort auf die zuvor gestellte Frage: Mit welcher Funktion ist diese strafrechtliche Aufarbeitung verdächtigter Normverletzungen überhaupt zu rechtfertigen? Schon seit der Aufklärung, konkret seit der anonym in Livorno 1764 erschienenen, aber von CESARE BECCARIA geschriebenen Schrift «Über Verbrechen und Strafe» (*Dei delitti e delle pene*), kann dem Strafrecht die Funktion zugeschrieben werden, den Rechtsfrieden innerhalb einer sozialen Gemeinschaft¹⁰ zu schützen; das friedliche Zusammenleben zu garantieren.¹¹ Rechtsfriede besteht, wenn strafrechtliche Normen eingehalten und deren Verletzungen strafrechtlich verfolgt werden. Konkret bedeutet Rechtsfriede letztlich also immer Normvertrauen. Rechtsfriede herrscht, solange die gesellschaftliche Erwartung gesichert ist, dass strafrechtlich geschützte Normen als Muster für soziale Kontakte gelten, selbst wenn sich nicht alle immer daran halten. Rechtsfriede herrscht also selbst dann, wenn diese Erwartung kontrafaktisch ist. Wichtig ist einzig, dass die Strafrechtspflege auf die (auch nur verdächtige) Normverletzung reagiert und damit die Norm selbst in ihrer Allgemeingültigkeit bestätigt, mit anderen Worten ihre unverbrüchliche Gültigkeit, ihren Fortbestand kommuniziert.¹²

B. Strafe

Entsprechend kommunikationstheoretisch kann auch die Übelszufügung¹³, wie ANSELM VON FEUERBACH die Strafe genannt hat, begründet werden.

Dann würde der Zweck der Strafe weder in der Vergeltung noch in der Besserung des Straftäters liegen – zumindest nicht in erster Linie, sondern öffentliches Strafen findet deshalb statt, weil es gilt, das Verbrechen als Verbrechen zu bezeichnen.¹⁴ Die Leistung des Strafrechts besteht nun darin, den geistigen, überindividuell bedeutsamen Angriff auf die Normgeltung, wie ihn eine Straftat beinhaltet,¹⁵ zu ahnden. Will man in den strafrechtlichen Normen zudem identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft sehen, dann dient die Strafe der

9 Siehe zum Ganzen: CAPUS, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative. Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, *forumpoenale* 2/2009, Nr. 2, S. 110–114.

10 BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band I, 3. Aufl., Leipzig 1916, S. 340.

11 BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen*. Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von Alff, Frankfurt a.M. 1966, § II.

12 DEITERS, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen 2006, S. 117.

13 FEUERBACH, *Lehrbuch des Peinlichen Rechts*, Nachdruck der 11. verb. Aufl., Gießen 1832, Goldbach 1997, 19 § 20.

14 PUPPE (Fn. 2), S. 416 mit Hinweis auf JAKOBS, *Kritisches Jahrbuch der Philosophie* 1998, S. 29, 32.

15 FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin 2009, 4 § 1 Rn. 8.

Selbstinterpretation der Gesellschaft. Zum Beispiel: Wir sind eine Gesellschaft, in der es unter Androhung von Strafe verboten ist, Kindern Alkohol oder andere Drogen zu geben; zu unserer Gesellschaft gehört es, dass es nicht strafrechtlich verboten ist, Steuern zu hinterziehen, zu betrügen (solange nicht arglistig) oder jemandem uneigennützig beim Sterben zu helfen. Das Strafrecht bestätigt also gesellschaftliche Identität. Strafe bedeutet, so verstanden, nichts anderes als Selbstvergewisserung – indem die Gesellschaft sich weigert, angesichts des Fehlverhaltens, des Normbruchs des Täters die Norm neu zu begreifen.¹⁶

C. Zwei Probleme der kommunikationstheoretischen Begründung

Diese Deutung von Verbrechen und Strafe als kommunikative Prozesse hat also zur Folge, dass das Verbrechen als Zeichen mit der Bedeutung einer normwidersprechenden Behauptung verstanden wird und strafrechtliche Reaktion (sowohl mittels Verdachtsklärung durch die Sachverhaltsuntersuchung als auch mittels Strafe) als Zeichen mit der Bedeutung einer normbestätigenden Antwort. Damit lässt sich ein vernünftiger Zusammenhang zwischen Verbrechen und strafrechtliche Reaktion herstellen.

Es bleiben dabei aber noch zwei Probleme zu bedenken:

Mit welchem Recht verleihen wir einer Straftat die Bedeutung einer Behauptung der Ungültigkeit der verletzten Norm? Ist denn die strafrechtliche Reaktion wirklich die angemessene Form kommunikativer Vermittlung der Nachricht, dass die Norm weiterhin gilt? Ist sie notwendig, damit diese Nachricht von den Adressaten im gewünschten Sinn verarbeitet wird?¹⁷

Zum erstgenannten Problem zuerst:

Am einfachsten wäre es natürlich, wenn der Täter selbst seine Tat zum Zeichen der nach seiner Ansicht bestehenden Ungültigkeit der Norm begangen hat. Das ist in der Regel nicht so. Regel ist, dass Täter weit davon entfernt sind, sich zur tatsächlichen Ungültigkeit der Norm zu bekennen. Auch für Straftäter sind Töten, Verletzen oder Erpressen verbotene Verhaltensweisen. Im Gegenteil: Während der Tatbegehung wird der Täter über die Normgültigkeit überhaupt nicht nachdenken. Er hat sich für diesen Moment aus der Verantwortung der Normgemässheit seines Verhaltens ausgeklinkt.¹⁸

Mit anderen Worten: Dieser Code wird ihm von aussen aufgedrängt, aufgezwungen: durch den Verletzten, der in seinen Ansprüchen normativ geschützt wird und durch die Gemeinschaft, deren an den Staat delegierter Strafanspruch

16 Siehe zum Ganzen: JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl., Berlin 2008, S. 96; DERS., Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1995, S. 846, 850.

17 PUPPE (Fn. 2), S. 416.

18 PUPPE (Fn. 2), S. 413 f.

ebenfalls geschützt ist. Da jeder Straftäter aber (ausser in bestimmten Ausnahmesituationen) als Mitglied der Gesellschaft anerkannt ist, ist er Adressat der Norm gewesen. Da er zudem selbst nach der schädigenden Handlung Mitglied der Gesellschaft bleibt, ist die Deutung des Täterverhaltens als Zeichen für eine der Norm widersprechende Handlungsmaxime legitim – selbst wenn sie von aussen an dieses Verhalten herangetragen wird.

Zur zweiten Frage, ob gerade die strafrechtliche Reaktion die notwendige und angemessene kommunikative Vermittlung ist, lässt sich wieder auf die Schrift von Cesare Beccaria verweisen. Seine Äusserungen haben – wie es Voltaire vorausgesagt hat – über lange Zeit Früchte getragen und die moderne Rechtszivilisation, das Strafrecht und das Strafjustizsystem vieler Länder positiv beeinflusst: schliesslich sind seine Gedanken zur Abschaffung der Todesstrafe oder zur Abschaffung grausamer Körperstrafen oder zum Vorrang der Verbrechensvorbeugung gegenüber ihrer Bestrafung offensichtlich von der Öffentlichkeit aufgenommen worden.

Weniger durchgesetzt hat sich leider ein ebenfalls sehr guter und konkreter Vorschlag BECCARIAS zur Verbrechensvorbeugung, die in unseren kommunikationstheoretischen Rahmen passt¹⁹:

«XLIV Belohnungen

Ein weiteres Mittel, den Verbrechen vorzubeugen, besteht in der Belohnung der Tugend. Über dieses Thema schweigen, wie ich feststellen muss, durchweg die Gesetze aller heutigen Nationen sich aus.

Wenn durch Preise, welche die Akademien für Entdecker nützlicher Wahrheiten aussetzen, die Kenntnisse wie die guten Bücher vermehrt wurden, warum sollen nicht die von der wohltätigsten Hand des Fürsten verliehenen Preise ebenso die tugendhaften Handlungen vervielfältigen? Der Lohn der Ehre ist in den Händen des weisen Austeilers stets unerschöpflich und fruchtbringend.»

Nun, ganz offensichtlich ist unsere Gesellschaft weit entfernt von der Bereitschaft auf strafrechtliche Kommunikationszeichen zu verzichten und stattdessen Belohnungen auszusprechen, um die gewollte Nachricht zu kommunizieren.

Strafrecht soll eingesetzt werden, um Zwangsverheiratungen zu verhindern, Strafrecht soll eingesetzt werden, um Genitalverstümmelungen zu ahnden oder um der Verbreitung von Computer-Gewaltspielen einen Riegel zu schieben, um nur drei Beispiele zu nennen.

Die Vermutung liegt nahe, dass dieser Drang nach strafrechtlicher Regelung und Ahndung etwas mit der bereits erwähnten gesellschaftlichen Selbstver-

19 Darauf hat mich freundlicherweise Prof. André Kuhn, Universitäten Neuchâtel und Lausanne hingewiesen.

gewisserung zu tun hat. Damit, dass es sich in einer globalisierten Gesellschaft vielleicht besonders schwierig gestaltet, gemeinsame Regeln auszuhandeln. Ein strafrechtliches Verbot aber ist grobschlächtig und schnell legiferiert, denn betroffen sind von diesem Gesetz mit Sicherheit immer nur Einzelfälle (und damit in der Wahrnehmung der meisten: «die anderen») – das liegt im Wesen des Strafrechts.

Mit der Punitivität der Gesellschaft, also dem Strafbedürfnis hat es jedenfalls nicht viel zu tun, wenn die Ergebnisse kriminologischer Untersuchungen zutreffen: Sind die befragten Personen gut informiert über das Strafjustizsystem, urteilen sie nicht strenger als die Richter und sind bereit, rational zu differenzieren.²⁰

Bleibt die Frage: wie gut ist denn die Öffentlichkeit informiert?

III. Prinzip der Justizöffentlichkeit und justizielle Kommunikation

A. Allgemeine Situation

Es wäre sehr einfach, mögliche Kommunikationsschwierigkeiten auf das sogenannte Juristendeutsch zurückzuführen. Tatsächlich finden sich bereits in eigentlich sehr klaren und an sich eindeutigen Begriffsverwendungen Quellen möglicher Störungen. So lädt beispielsweise der einleitende Wortlaut gerichtlicher Strafurteile zu Missverständnissen ein: Urteile deutscher Gerichte ergehen «*Im Namen des Volkes*», nicht so in der Schweiz, obwohl Richter nur in der Schweiz vom Volk (oder auf Bundesebene, von dessen Parlamentsvertretern) gewählt werden. Oder es erhalten in der Schweiz, wo mehr als 90% der Strafverfahren auf dem Weg des sog. Strafbefehlsverfahrens erledigt werden, die angeschuldigten Personen eine Verfügung postalisch zugestellt, mit welcher sie eigentlich einzuladen wären, auf den Vorwurf des Staatsanwaltes zu reagieren, ihn anzuerkennen oder abzulehnen, womit sich dann ein Gericht mit der Sache befassen würde. Leider steht aber auf der Verfügung nicht «Einladung» oder «Erklärung» oder «Bitte», sondern *Strafbefehl*. Es verwundert daher nicht, dass es nur selten zu Einwänden kommt und die Fehlurteilsrate hoch ist.²¹

Aber ich möchte die Kommunikationsstörung tiefer begreifen:

«Die katholische Kirche glaubt an das Geheimnis der Dreifaltigkeit und der jungfräulichen Geburt. Die Justiz glaubte lange Zeit an das Geheimnis schlechthin.»

20 KUHN, La punitivité et le rôle de l'unité de sanction dans le quantum de la peine, Rapport scientifique final, Lausanne 2001, S. 31.

21 PETERS, Untersuchungen zum Fehlerurteil im Strafprozess, Berlin 1967, S. 17; GILLIÉRON/KILLIAS, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Schulthess, Zürich, 2007, S. 379–398; CAPUS, Kriminologie. Vorlesungsskript, Basel 2010, S. 17 mit weiteren Hinweisen.

Dieses Zitat entstammt dem Lamento eines Gerichtsberichtserstatters über die Tendenz justizieller Geheimniskrämerei, insbesondere in Bezug auf die Praxis des sog. «namenlosen Elends», die Anonymisierungspraxis, die soweit geht sogar die Namen von Kühen zu anonymisieren.²²

Abschotten und Verschleiern, Nicht-Kommunizieren wurde traditionell (und nicht nur in Zeiten geheimer Kabinettsjustiz, die es in der Schweiz aber praktisch nicht gegeben hat²³) als Wert an sich gesehen.

Natürlich müssen Persönlichkeitsrechte und auch Amtsgeheimnisse in gewissem Umfang geschützt werden. Aber auch die Justiz hat lernen müssen, dass Öffentlichkeit, ja sogar *aktive* Kommunikation ein wichtiges Prinzip ist. Seither hat eine Wandlung im Verständnis des zentralen Öffentlichkeitsprinzips stattgefunden, das zentrale rechtsstaatliche Interessen schützt, indem

- es zur Kontrolle der Gerichte und der Rechtsprechung durch die Öffentlichkeit im Interesse der Parteien und der Allgemeinheit,
- es zur Verbreitung der Rechtskenntnis in der Bevölkerung,
- es zur Schaffung eines Rechtsbewusstseins,
- es zur Kenntnisnahme wichtiger Staatsfunktionen und -leistungen,
- es zur öffentlichen Debatte über Justiz- und Rechtsfragen verhilft.

Das sind alles kommunikationsbezogene Interessen, die wichtige Bezüge aufzeigen zu Politik und zur demokratischen Rechtsetzung.²⁴

Öffentlichkeit meint jedoch traditioneller Weise «Saalöffentlichkeit»; das heisst, in der Regel können gerade auch Strafverfahren von allen interessierten Menschen direkt und vor Ort verfolgt werden. Standard ist die öffentliche Urteilsverkündung und in der Schweiz sind selbst die Urteilsberatungen am Bundesgericht öffentlich – sogar bei straf- und schuldbetreibungsrechtlichen Sitzungen (Art. 59 Abs. 1 BGG)²⁵. Diese Art von Öffentlichkeit garantiert das in Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II verankerte Prinzip der Justizöffentlichkeit. Wer diesen Zugang beansprucht und eine öffentliche Verhandlung besuchen möchte, übt zudem das verfassungsmässige Recht auf freie Informationsbeschaffung (Art. 16 BV) aus – eine Freiheit, die rasch als gefährdet gilt, wenn sich Besucher im Voraus anmelden müssen, sie registriert und personenbezogene Daten gespeichert werden.²⁶

22 FELBER, Der Journalist als Mittler und Wächter, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, S. 129 f. Der Entscheid mit den anonymisierten Kühen ist: BGer, II. Zivilabteilung, 11.2.2002, 5P.451/2001.

23 SAXER, Justizkommunikation im Rechtsstaat, in: Heer/Urwyler (Fn. 22), S. 49–77, 50.

24 IBID., S. 52.

25 MÜLLER/THOMMEN, Unabhängigkeit versus Öffentlichkeit der Justiz, in: Heer/Urwyler (Fn. 22), S. 23–37, 24.

26 NZZ vom 17.3.2011, S. 17 «Fichierte Prozessbesucher. Neues Sicherheitskonzept am Bundesverwaltungsgericht».

Wird das Öffentlichkeitsprinzip aber nur derart passiv (im Sinne von Schaffung der Zugangsmöglichkeit) verstanden, kann es die zuvor aufgezählten Interessen nur unvollkommen erfüllen. Denn das bedeutet, dass sich jeder Einzelne selber darum bemühen muss.

Folge davon ist, dass nicht einfach von Öffentlichkeit gesprochen werden kann, denn es handelt sich vorwiegend um eine *medial hergestellte* Öffentlichkeit. Es sind die Medien, die über Gerichtsverhandlungen und Urteile informieren, sie kommentieren und kritisieren. Die Justiz überlässt insofern das Feld den Medien.²⁷

B. Spezielle Situation strafjustizieller Kommunikation

Natürlich ist gerade die Strafjustiz den Gefahren solch medial hergestellter Öffentlichkeit im besonderen Masse ausgesetzt, denn sie beschäftigt sich am Ehesten mit den vier «B»'s (Baby, Blut, Busen oder Büsi²⁸), die – nicht nur von Boulevardmedien – als Mittel zur Steigerung der Blattaufgabe verwendet werden.

Das Verhältnis zwischen der Justiz allgemein und den Medien wird als prekär bezeichnet.²⁹ Das trifft sicher vor allem auf das Verhältnis zwischen Strafjustiz und Medien zu: Medienberichterstattung unterliegt den Mechanismen der Öffentlichkeit und der Eigenlogik des Mediensystems. Medien haben entsprechend ihre eigene Agenda und ihre eigenen Prioritäten, welche mit denjenigen der Justiz und den im Öffentlichkeitsprinzip angelegten Interessen nicht übereinstimmen müssen. Schliesslich sind sie ja auch nicht dem Staat verpflichtet, oder den Gerichten. Sie entscheiden selber, in welcher Form, mit welchen Prioritäten und welchen Akzentsetzungen die Gerichtsberichterstattung erfolgt.

Breitenwirksame Berichterstattung ist deshalb oft skandalisierend und personalisierend, nährt populäre Gerechtigkeitsgefühle, unbesehen der sich stellenden Rechtsfragen oder Verfahrensschritte. Es besteht das Risiko der Vorverurteilung und der Beeinflussung der Gerichte.³⁰ Wenn es der Auflagensteigerung dienlich ist, wird – wie im Fall der «Oltner Bügeleisenmörderin» – auch Stimmung gegen ein Urteil gemacht und werden sogar Polizeifotos des Tatorts mit Opfer und Täterin veröffentlicht.³¹

Gerichtsberichterstattung ist zudem selektiv. Es ist in diesem Zusammenhang zunehmend auch die Kostenfrage zu berücksichtigen: heute wird eine

27 Das Bundesgericht sieht die Medien als Bindeglied zwischen Justiz und Bevölkerung. Siehe dazu die Ausführungen im Urteil der I. Öra, 6.10.2010, 1C_322/2010, E. 2.2.

28 WETTLER, Die 3. Gewalt und die Medien, in: Heer/Urwyler (Fn. 22), S. 117.

29 Siehe zum Ganzen: SAXER (Fn. 22), S. 53.

30 WIPRÄCHTIGER, Justiz und Medien – Erwartungen eines Richters, in: Heer/Urwyler (Fn. 22), S. 43 f.

31 Siehe dazu die Rüge in der Stellungnahme des PRESSERATES 62/2010 vom 31.12.2010.

Journalistin oder ein Journalist wohl nur noch selten eine Verhandlung von Anfang bis Ende mitverfolgen. Das bedeutet, dass die Gerichtsberichterstattung entsprechend manipulierbar wird: Medienmitteilungen von Anwälten und Staatsanwältinnen werden dankbar aufgenommen und verkürzt wiedergegeben; selber recherchiert wird selten. Gerade für Strafverteidiger stellt sich dann oftmals die Frage, ob Schweigen in jedem Fall besser ist oder ob nicht offensiver Details zur angeklagten Person, ihren Gefühlen, ihrer Vorgeschichte der breiteren Öffentlichkeit mitgeteilt werden sollten.

Es entspricht dem kommunikativen Temperament des Jubilars, dass er dafür einsteht, dass die Gerichte selber, die Richter persönlich an die Medienöffentlichkeit treten sollten, um die Verfahren und Urteile zu kommentieren, zu erklären³². Darüber hinaus wird in der Literatur diskutiert, ob die Saalöffentlichkeit nicht «à l'américaine» zu erweitern wäre, indem Bild- und Tonaufnahmen von Gerichtsverhandlungen erlaubt würden. Klar ist, dass damit erhebliche Eingriffe in Persönlichkeitsrechte der Angeklagten, der Tatopfer, der Zeugen und der Gerichtspersonen verbunden und gegen das Informationsinteresse der Öffentlichkeit abzuwägen sind. Aber vielleicht erleben wir gerade eine Verschiebung der Akzente bei dieser Abwägung, hat sich womöglich das öffentliche Bildbedürfnis in einer hochgradig visualisierten Welt auch bei der Kommunikation gewandelt und muss die Justiz darauf reagieren, um erfolgreich kommunizieren zu können.

C. Neue Tendenzen einer Geheimjustiz: Einstellungsverfügungen, Strafbefehle und abgekürztes Verfahren

Es ist jedoch ohnehin nicht eine fehlende Saalöffentlichkeit im Rahmen gerichtlicher Hauptverhandlungen, welche das Prinzip der Justizöffentlichkeit aktuell am meisten tangiert. Das grössere Risiko einer Geheimjustiz liegt bei ganz anderen Verfahren: Verfahren, in welchen die öffentliche Verhandlung und damit die Öffentlichkeit der Verhandlung der Anklage durch den Staatsanwalt, der Anträge und Plädoyers der Verteidiger ebenso wegfallen wie die öffentliche Befragung durch einen Richter. Deshalb hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 3 BV auf Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen sowie auf Einstellungsverfügungen gemäss Art. 53 StGB ausgedehnt³³.

Aber eine Aura des Geheimen ist Verfahren wie beispielsweise den zuvor unter III.1. erwähnten Strafbefehlsverfahren dennoch inne, wenn die Staatsanwaltschaft in eigener Regie immerhin eine Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten

32 *IBID.*, S. 45 ff.

33 BGE 134 I 286 E. 6 und BGer, I. ÖRA, 6.10.2010, 1C_322/2010, E. 2.3.

(wahlweise kombiniert mit einer Busse) aussprechen kann³⁴. Das Strafbefehlsverfahren, das zu den am häufigsten angewendeten Verfahren in der Schweiz gehört, ist der rechtsstaatlichen und demokratischen Kontrolle ein gutes Stück entzogen: Es wird erst gar nicht Anklage bei einem Gericht erhoben.³⁵ Um dennoch dem Prinzip der Öffentlichkeit zu genügen, sieht Art. 69 Abs. 2 StPO zumindest vor, dass «interessierte Personen» Einsicht in die Strafbefehle nehmen können – vorausgesetzt natürlich, dass diese Kenntnis davon erhalten. Massgebend ist zudem die Ausgestaltung dieses Zugangs: je nach Kanton variiert die entsprechende Regelung offenbar hinsichtlich der Kosten und der Einsichtsmöglichkeiten.³⁶

Mit wenig Transparenz und entsprechend geringer öffentlicher Kontrolle sind zudem neue Verfahrensmethoden wie das abgekürzte Verfahren gemäss Art. 358 ff. StPO oder die Verfahrenseinstellung bzw. Strafbefreiung gemäss Art. 53 StGB ausgestattet. Gerade bei solchen Verfahrensabschlüssen ohne Gerichtsöffentlichkeit betreffend beschuldigten Personen, die ihre Normverletzung ausdrücklich anerkennen und bei denen bei allfälliger Durchführung einer ordentlichen Gerichtsverhandlung mit einer Verurteilung zu rechnen ist, sind – laut Bundesgericht – «Spekulationen, ob die Justiz einzelne Prozessparteien ungebührlich benachteiligt oder privilegiert, unvermeidlich».³⁷ Spekulationen, die Nährboden erhalten, wenn z.B. die Zuger Staatsanwaltschaft Mitglieder von Organen der Fédération Internationale de Football Association (FIFA), denen ungetreue Geschäftsführung vorgeworfen wird, 5,5 Millionen Franken an Wiedergutmachung zahlen lässt und dafür das Verfahren einstellt.³⁸ Der zu klärende Sachverhalt und die möglicherweise erfolgte Normverletzung bleiben dabei aber für die Bevölkerung im Dunkeln. Angesichts der zuvor unter II.1. dargelegten Wichtigkeit der strafrechtspflegerischen Reaktion auf verdächtige Normverletzungen, ist fraglich, ob mit solchen «effizienten» Methoden die Norm in ihrer Allgemeingültigkeit ausreichend bestätigt, ihr Fortbestand kommuniziert wird und damit Rechtsfriede hergestellt werden kann.

34 Art. 352 Abs. 1 lit. d StPO.

35 Art. 9 Abs. 2 StPO. Erst bei Einsprache gilt der Strafbefehl als Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 69 Abs. 3 StPO sind – ausser dem Strafbefehlsverfahren (lit. d) – zudem folgende Verfahren nicht öffentlich: das Vorverfahren (lit. a), das Verfahren des Zwangsmassnahmengerichts (lit. b) und das Verfahren der Beschwerdeinstanz und, soweit es schriftlich durchgeführt wird, des Berufungsgerichts (lit. c).

36 NZZ vom 25.3.2011, «Geheimjustiz im Vormarsch».

37 BGer, I. ÖRA, 6.10.2010, 1C_322/2010, E. 2.2.

38 Medienmitteilung Zug, 24.6.2010, nationofswine.ch/wp-content/uploads/2010/06/2010_06_24_Fifa_ISL_Verfahren-eingestellt.pdf, besucht am 25.3.2011.

Erwartungen der Öffentlichkeit an Gerechtigkeit und Enttäuschung über die Strafjustiz

Schlussfolgerungen der wissenschaftlichen Begleitforschung aus ersten Ergebnissen der telefonischen Anlaufstelle der unabhängigen Beauftragten der deutschen Bundesregierung zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM) Frau Dr. Christine Bergmann

VON JÖRG M. FEGERT/NINA SPRÖBER/LILITH KÖNIG/LILIANE KISTLER FEGERT

I. Einleitung

Hans Wiprächtiger hat sich immer wieder zum Zusammenspiel von Justiz und Öffentlichkeit geäußert. Er war sich stets bewusst, dass Transparenz der Justiz auch für eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit notwendig ist; während gleichzeitig viele volkstümliche Vorstellungen von einer gerechten Strafe, einem gerechten Urteil durch die Justiz so nicht erfüllt werden können. In einem Interview mit der NZZ vom 10. Mai 2009 betont er, dass für ihn beim Strafen die Vergeltung im Hintergrund stehe. Wobei die Bevölkerung durchaus einen Schuldausgleich erwarten dürfe. Für ihn sei die Strafe vor allem eine positive Generalprävention: «Sie soll die rechtstreuen Bürger, also die Mehrheit der Bevölkerung, stärken. Die Gesellschaft soll sehen, dass derjenige, der Böses tut, bestraft wird. Die Strafe darf dabei weder zu mild noch zu hart sein. Sie muss Schuld angemessen sein.» Gerade bei Sexualdelikten ist es aber schwierig zu definieren was Schuld angemessen erscheint. Oft gelingt es der Justiz nicht zu vermitteln, warum berechtigte Zweifel, z.B. an der Aussage von Betroffenen, bleiben. Die Angst der Bevölkerung vor Rückfalltaten, gerade von Sexualstraftätern, hat sich in der Schweiz auch durch die im Jahre 2004 vom Volk angenommene Verwahrungsinitiative, welche zur Einführung einer neuen Verfassungsbestimmung, wonach auch extrem gefährliche, nicht therapierbare Sexualgewaltstraftäter lebenslanglich verwahrt werden können (Art. 123a der Bundesverfassung), manifestiert. Trotz des Rufs der Öffentlichkeit nach immer rigideren gesetzlichen Bestimmungen, müssen aber allein schon aus ethischen Gründen, wo immer möglich, auch Resozialisierungschancen erhalten bleiben: «Gerade in einer stark volksnah ausgerichteten Demokratie muss von juristischer Seite, schon aus ethischen Gründen, darauf geachtet werden, dass der verständliche, aber unrealistische Ruf nach absoluter Sicherheit für die Bevölkerung nicht zu einer gänzlichen Reduzierung sämtlicher Resozialisierung-

schancen führt. Therapiemotivation und Veränderungsbereitschaft sind auch im Strafvollzug von realistisch erreichbaren Zielen abhängig».¹

Nachdem zu Anfang des Jahres 2010 am Canisius-Kolleg, einem deutschen Jesuiten-Internat in Berlin, zahlreiche Fälle, zum Teil weit zurückliegenden, sexuellen Missbrauchs aufgedeckt worden waren,² hat das Thema in der öffentlichen Diskussion in Deutschland eine Eigendynamik entwickelt. Immer weitere Fälle in allen Bereichen, in denen ein Näheverhältnis besteht, wurden aufgedeckt. So reichten die Taten von Institutionen der Reformpädagogik bis zu kirchlichen Einrichtungen, von ärztlichen Praxen, Krankenhäusern bis hin zu Sportvereinen, Chören etc.

Im Bewusstsein dieser Problematik hat die Bundesregierung auf die in Institutionen bekannt gewordenen Missbrauchsfälle reagiert, indem sie im April 2010 den «Runden Tisch sexueller Kindesmissbrauch in Abhängigkeits- und Machtverhältnissen in privaten und öffentlichen Einrichtungen und im familiären Bereich» eingerichtet und Dr. Christine Bergmann, Bundesministerin a.D., als Unabhängige Beauftragte zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM) eingesetzt hat. Der Auftrag der Unabhängigen Beauftragten lautet, Anlaufstelle für Betroffene und Kontaktpersonen zu sein, sexuellen Missbrauch im institutionellen und familiären Bereich aufzuarbeiten und daraus Empfehlungen an die Bundesregierung und den Runden Tisch abzuleiten.

Um Betroffenen, Angehörigen, aber auch professionellen Helferinnen und Helfern (z.B. Ärztinnen und Ärzten, Beraterinnen und Beratern, Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten) Gehör zu schenken, ihre Erfahrungen, aber auch Forderungen und Wünsche an die Politik aufzunehmen, wurde am 28. Mai 2010 eine telefonische Anlaufstelle eingerichtet. Hier nehmen Fachkräfte aus den Bereichen Sozialpädagogik, Psychologie, Medizin und Beratung Anrufe zum Thema des sexuellen Missbrauchs entgegen. Die Anrufenden haben dabei die Möglichkeit, ihre Anliegen frei zu formulieren (d.h. sie werden nicht befragt), bei vorliegendem Einverständnis der Anrufenden dokumentieren die Fachkräfte anonymisiert die erhaltenen Informationen in einem webbasierten Dokumentationsraster. Durch ihre hohe fachliche Kompetenz können die Fachkräfte auch emotional belastete Anrufende im Formulieren ihrer Anliegen unterstützen. Bei Bedarf geben sie zudem gezielte Hinweise für weitere Unterstützungsangebote (z.B. Adressen von Beratungsstellen). Die wissenschaftliche Begleitung der telefonischen Anlaufstelle erfolgt durch die Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie des Universitätsklinikums Ulm.

1 KISTLER, Straf- und Massnahmenvollzug bei gemeingefährlichen Straffälligen, in: ZHAW Soziale Arbeit (Hrsg.), Dissozialität, Delinquenz, Kriminalität, Zürich 2009, S. 174.

2 Vgl. ANDRÉ/KATSCH, Eckiger Tisch – Bemühungen von Opfern sexualisierter Gewalt an deutschen Jesuitenschulen um Aufklärung, Hilfe und Genugtuung, im Auftrag der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs, Berlin 2010.

Gerade die Angaben der Betroffenen machen häufig deutlich wie stark ihr Rechtsverständnis, ihre Anforderungen und Erwartungen an das Recht und machbare, rechtlich vertretbare Lösungsansätze auseinanderklaffen. Die Verlängerung der Verjährungsfristen gehört z.B. zu einer der am häufigsten genannten Forderungen, die bisher bei der telefonischen Anlaufstelle dokumentiert wurden. Der Schutz von Betroffenen in Ermittlungs- und Strafverfahren stellt ebenfalls ein zentrales Anliegen dar, das sehr viele Anruferinnen und Anrufer in Zusammenhang mit Forderungen an die Justiz thematisieren. Vor allem die Glaubhaftigkeitsbegutachtung wird in diesem Zusammenhang sehr kritisch angesprochen. Meistens vor dem Hintergrund negativer Erfahrungen damit oder als Grund dafür, dass Betroffene von einer Anzeige abgesehen haben oder ihnen davon abgeraten wurde. Dementsprechend ist der Anteil derer, bei denen es zu einer Strafanzeige kam, relativ gering, und das, obwohl die meisten der Anrufenden durchaus das intensive Bedürfnis ausdrücken, die Täter und Täterinnen zur Rechenschaft ziehen zu wollen und sich darauf ja auch ihre häufigen Forderungen zur Verlängerung der Verjährungsfristen stützen.

Im folgenden Beitrag werden die Schlussfolgerungen³ der wissenschaftlichen Begleitforschung aus den ersten Ergebnissen der telefonischen Anlaufstelle der UBSKM⁴ dargestellt, die seit dem Start der telefonischen Anlaufstelle Ende Mai bis Anfang Oktober 2010 eingegangen sind und Aussagen zu dem uns hier interessierenden Thema «Rechtsverständnis der Öffentlichkeit, Rechtsverständnis der Betroffenen und Haltung der Justiz zu Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung» enthalten. Gerade zur Beweiswürdigung von Zeugenaussagen und zur Glaubhaftigkeit hat sich Hans Wiprächtiger wiederholt geäußert (zuletzt 2010).⁵ Zu Anfang dieses Jahrtausends hat er sich in einem Übersichtsartikel zur verfahrensentcheidenden Bedeutung von Gutachten im Schweizer Justizsystem geäußert: «In der Schweizerischen Gerichtspraxis ist ein Gutachten (auch ein aussagepsychologisches Gutachten) lediglich ein Hilfsmittel für die Entscheidungsfindung des Gerichts. Nicht in jedem Fall, in dem gewisse Unklarheiten in der Aussage der Beteiligten bestehen, muss ein Glaubwürdigkeitsgutachten eingeholt werden. Unter welchen Voraussetzungen die Anordnung eines Gutachtens angebracht ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und kann nicht in allgemeiner Weise festgelegt werden. In der Schweiz ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Anordnung von Glaubwürdig-

3 FEGERT/KÖNIG/KÖNIG/SEITZ/SPRÖBER, Erster Zwischenbericht der wissenschaftlichen Begleitforschung zur telefonischen Anlaufstelle der Unabhängigen Beauftragten der Bundesregierung zur Aufarbeitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern Dr. Christine Bergmann, Bundesministerin a.D, Berlin 2010.

4 Ich danke den Fachkräften der telefonischen Anlaufstelle für ihr Engagement und die Dokumentation der Informationen.

5 WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht. *forumpoenale* 2010, S. 40 ff.

keitsgutachten festzustellen, wobei allerdings in den letzten Jahren davon eindeutig mehr Gebrauch gemacht wird». ⁶ Zunächst werden kurz die Aufgaben und das Forschungsverständnis der Begleitforschung zur telefonischen Anlaufstelle dargestellt, danach erfolgt die Beschreibung der dazu gewonnenen Teilstichprobe und Ergebnisse ausgewählter quantitativer Daten. Qualitative Analysen werden anhand der Botschaften von Betroffenen an die Politik erörtert und im Hinblick auf Erfahrungen und Forderungen zu juristischen Belangen diskutiert.

II. Begleitforschung zur Telefonischen Anlaufstelle

Die Aufgabe der Begleitforschung besteht vor allem darin, die Vielzahl der unterschiedlichen Erfahrungen und Anliegen der Betroffenen, die durch die Fachkräfte in der telefonischen Anlaufstelle dokumentiert werden, für die Öffentlichkeit und Politik zeitnah aufzuarbeiten und auszuwerten. Dies ist insofern eine in der Wissenschaft unübliche Aufgabe als nicht zunächst eine komplette Stichprobe erhoben wird, um dann über definitive Zahlen in einem Abschlussbericht zu informieren. Vielmehr ist es hier das Ziel, im Rahmen vereinbarter Zwischenauswertungen und Zwischenberichte, die jeweils mit der Taktung der Sitzungen des Runden Tisches synchronisiert sind, unmittelbar einen Eindruck von der Stimme der Betroffenen wiederzugeben. Um dies leisten zu können, wurde ein Erhebungsraster erarbeitet, das die Dokumentation der eingehenden Anrufe und die kontinuierliche Analyse der dadurch gewonnenen Informationen ermöglicht. Die Anonymität der Anrufenden wird sowohl während des Gespräches als auch bei der Dokumentation der Inhalte gewahrt. Die Fachkräfte, die die Gespräche entgegen nehmen und dokumentieren, geben den Anrufenden Raum dafür, ihr Anliegen frei zu erzählen und unterstützen sie durch eine professionelle Gesprächshaltung gleichzeitig dabei, ihre Anliegen zu formulieren. Während des Telefonats oder im Anschluss dokumentieren die Fachkräfte das Gehörte. Nach einer zunächst freien Dokumentation werden die erfassten Inhalte (z.B. Kontext, Art und Ausmass des sexuellen Missbrauchs) von den Fachkräften zusätzlich in vorgegebene Kategorien eingetragen. Die wissenschaftliche Begleitung der Dokumentation und der diesbezüglichen Aufarbeitung wird von einem Beirat aus Forschung und Beratungspraxis unterstützt.

III. Forschungsverständnis und methodisches Vorgehen

Die Anlaufstelle nimmt – wie oben geschildert – Berichte und Anliegen auf, die an sie herangetragen werden. Das daraus resultierende methodische Vorgehen, nämlich die Dokumentation dieser Spontanmeldungen, führt nicht zu einer

6 WIPRÄCHTIGER, «Haben Gutachten eine verfahrensentscheidende Bedeutung?», in: Fegert (Hrsg.), Begutachtung sexuell missbrauchter Kinder, Neuwied 2001, S. 115.

repräsentativen Erhebung zum sexuellen Missbrauch in der Gesamtbevölkerung. Die Stichprobe und die erfassten Daten sind entsprechend selektiv, sowohl im Hinblick darauf zu welchem Thema Betroffene Aussagen machen, als auch bezogen auf die Motivation, sich bei der Anlaufstelle zu melden. Dies macht einen sehr vorsichtigen Umgang mit Interpretationen – sowohl der definierten Einzelrubriken im Erhebungsraster wie auch der Freitextantworten – erforderlich.

Der grosse Anteil qualitativer Beschreibungen ermöglicht jedoch die Benennung zentraler Dimensionen aus der Sicht der Anrufenden. Dabei ist zu beachten, dass es bei diesem Verfahren darum geht, Typologien von Fragestellungen und Problembereichen möglichst umfassend zu beschreiben.

Die Datenverarbeitung erfolgt grundsätzlich quantitativ für die kategorialen Angaben und qualitativ für die freie Dokumentation in den Textfeldern. Für diesen Artikel wurden nur die Angaben herangezogen, für die bereits eine ausreichende Anzahl verwertbarer Daten zum Thema Strafverfahren und Glaubwürdigkeitsbegutachtung vorhanden ist. Der Datensatz ist wie oben beschrieben noch im Anwachsen begriffen, die öffentliche Debatte in den Medien und eine von der Unabhängigen Beauftragten am 21. September 2010 in einer im Haus der Bundespressekonferenz vorgestellten Medienkampagne, beeinflussen Zahl und Inhalte der Anrufe. Die Darstellung dieser ersten Ergebnisse in Bezug auf das Strafrecht umfasst Datenbereiche, bei denen sich trotz dieser Schwankungen schon eine stabile und hinreichend häufige Repräsentation eingestellt hat wie allgemeine Angaben zum Geschlecht, Alter, Wohnort, Schulabschluss und Familienstand sowie deskriptive Daten und qualitative Analysen zu den benannten Erfahrungen mit Strafverfahren und damit einhergehender Glaubwürdigkeitsbegutachtung.

IV. Beschreibung der Stichprobe

Die vorliegende Datenbasis beruht auf einer Teilstichprobe der Anruferinnen und Anrufer der telefonischen Anlaufstelle, von denen Aussagen und Botschaften zum Thema Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung dokumentiert wurden. Seit dem Start der Anlaufstelle – bis einschliesslich 5. Oktober 2010 – wurden 3000 Anrufe registriert. Von 2006 der Anrufe konnten Angaben erfasst werden und von diesen angelegten Datensätzen wurden wiederum 674 ausgeschlossen, weil es sich entweder um Wiederholungsanrufe handelte oder weil sie keinen Bezug zum Thema sexueller Missbrauch haben. Aus den verbleibenden 1332 Datensätzen wurde die diesem Artikel zugrunde liegende Stichprobe von 572 Personen gezogen. Sie besteht aus Personen, die entweder als Betroffene oder als Kontaktperson von Betroffenen, Aussagen zum Thema Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung im Kontext sexueller Gewalt gemacht hatten.

Da sich die Basisdaten der Teilstichprobe (N = 572) von der Gesamtstichprobe (N = 1332) nicht unterscheiden, wird im Weiteren auf die Gesamtstichprobe keinen Bezug mehr genommen. Der Altersdurchschnitt liegt bei 49 Jahren (SD 13,1) mit einer Spanne von 8 bis 80 Jahren und ist in dieser Grössenordnung über die Zeit konstant geblieben. Die Geschlechterverteilung war in der Anfangszeit noch ausgewogen. Mit längerem Bestehen der Anlaufstelle zeigte sich aber ein kontinuierlicher Anstieg des Frauenanteils, der nun bei 64% (N = 367) versus 36% bei den Männern (N = 202) liegt. Der Wohnort ist bei 87% der Anrufenden in den alten und bei 13% in den neuen Bundesländern. Insgesamt leben 67% in eher städtischer Umgebung. Von denen, die Angaben zum Familienstand machten (N = 409), sind 39% ledig und 25% getrennt, geschieden oder verwitwet; 36% sind verheiratet oder leben in einer Partnerschaft. Von 321 Personen liegen Angaben zum Schulabschluss vor, 48% haben Abitur, 35% einen Realschul- und 11% einen Hauptschulabschluss.⁷

V. Ergebnisse zu ausgewählten quantitativen Daten zum Thema Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung

Im Folgenden werden zunächst Ergebnisse zur Verteilung der Anrufenden, die selbst als Betroffene oder als Kontaktperson von Betroffenen berichten und Angaben zum Kontext und zum Zeitpunkt des Missbrauchsgeschehens dargestellt. Die darauf folgenden Ergebnisse zu Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung können dann zu diesen Hintergrundinformationen in Bezug gesetzt werden:

530 (93%) bezeichnen sich selbst als Betroffene, 42 (7%) sind Kontaktpersonen und berichten über eine Betroffene oder einen Betroffenen. Während zu Beginn der Arbeit der Anlaufstelle in den Monaten Mai/Juni – entsprechend der Debatte – in der Presse mehrheitlich von Missbrauch in (katholischen) Institutionen berichtet wurde, wird inzwischen zunehmend von Missbrauch auch in anderen Institutionen im Ehrenamt und von Missbrauchserfahrungen im innerfamiliären Bereich berichtet. Von anderem Missbrauch im sozialen Umfeld berichteten gleich bleibend sehr wenig Anrufende. Von Missbrauch in Institutionen sind in unserem Sample bislang überwiegend Männer betroffen, von Missbrauch in der Familie überwiegend Frauen. Von Missbrauch durch Täter/innen aus dem näheren Umfeld berichten Frauen und Männer nahezu gleich häufig.

7 Die Angaben zur Schulbildung sind mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit selektiv, so dass der scheinbar überdurchschnittlich hohe Schulabschluss überschätzt ist, da unter der grossen Anzahl derer, die dazu keine Angaben gemacht haben, wahrscheinlich eher die zu finden sind, die keinen oder einen niedrigen Schulabschluss haben. Die Angaben zum Familienstand sind ebenfalls lückenhaft.

		Häufigkeit	Prozente
Gültig	Institution	183	35,5
	Familie und Institution	34	6,6
	Familie	227	44,0
	Familie und Umfeld	18	3,5
	Umfeld	42	8,7
	Umfeld und Institution	9	1,7
	Gesamt	516	100,0
Fehlend		56	
Gesamt		572	

Tabelle 1: Kontext des Missbrauchsgeschehens

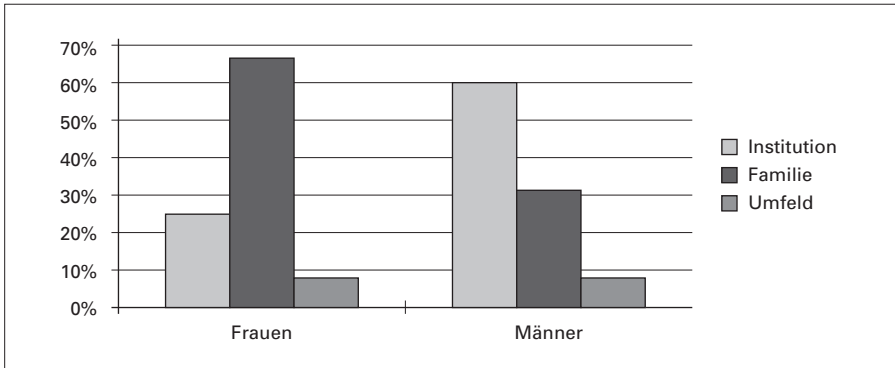


Abbildung 1: Kontext des Missbrauchsgeschehens nach Geschlecht

Von den Anrufernden, die Angaben zum zeitlichen Kontext des Missbrauchsgeschehens gemacht haben, berichten fast alle (97%) von Missbrauch in der Vergangenheit. 1% erleben aktuell Missbrauch, 2% berichten über aktuelle und vergangene Erfahrungen. Meistens (88%) wird von mehrfachem bzw. regelmässig wiederkehrendem Missbrauch berichtet. In Abgrenzung zum mehrfachen Missbrauch soll «regelmässig wiederkehrend» zum Ausdruck bringen, dass das Missbrauchsgeschehen nicht nur regelmässig, sondern aus Sicht der Betroffenen auch chronisch als «immer stattfindend» erlebt wurde. Die beschriebenen Täter/innen sind überwiegend (85%) männlich, 8% weiblich und bei 7% sind es mehrere beiden Geschlechts.

VI. Ergebnisse zu Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung

«Mit der Anzeige schaufelt sich das Opfer oft das eigene Grab, vor allem Kinder und Jugendliche.» So drückte eine Betroffene ihre Erfahrungen mit dem Strafverfahren aus. Viele der Anrufenden äusserten sich zum Thema Strafverfahren ähnlich negativ, unabhängig davon, ob sie eine Anzeige erstattet hatten oder nicht.

Die folgenden Ergebnisse wurden alle hinsichtlich möglicher Geschlechtsunterschiede überprüft, Unterschiede ergaben sich nur im Hinblick auf positive Erfahrungen mit der Glaubhaftigkeitsbegutachtung, die ausschliesslich von Frauen berichtet wurden. Da dies allerdings nur vier Personen betrifft, ist Vorsicht angebracht. An geeigneter Stelle wird nochmals darauf verwiesen.

VII. Strafanzeigen und Strafverfahren

Bei 356 Betroffenen der vorliegenden Stichprobe (62%) wurde keine Anzeige erstattet. Soweit Gründe dafür angegeben wurden (N = 235), bezogen sie sich in vielen Fällen auf die abgelaufene Verjährungsfrist (44%). Häufig wurde eine Anzeige als aussichtslos angesehen (15%) oder emotional zu belastend. Hohe Belastungen wurden dem Strafverfahren selbst zugeschrieben (7%), grosse Angst vor den Folgen – vor allem im Bezug auf Drohungen der Täter/innen – wurde genannt (13%), oder dass die Betroffenen eine Anzeige als zu beschämend empfunden hätten (5%). 8% gaben an, nicht die nötige Unterstützung gehabt zu haben und 8% führten andere Gründe wie zu hohe finanzielle Belastungen, Täter verstorben u.a. an (s. Tabelle 1).

	Häufigkeit	Prozente
verjährt	104	44,3
Strafverfahren zu belastend	17	7,2
aussichtslos	35	14,9
Angst vor Folgen	31	13,2
zu beschämend	11	4,7
keine Hilfe, wusste nicht wie	19	8,1
Sonstiges	18	7,7
Gesamt	235	100,0

Tabelle 2: Angaben zu Gründen für den Verzicht auf eine Anzeige

Bei 216 Betroffenen (38%) wurde eine Anzeige erstattet, die jedoch nur in 35% dieser Fälle (N = 75) zu einer Anklageerhebung führte. Zum Ausgang des Strafverfahrens äusserten sich 91 Betroffene selbst und 26 Kontaktpersonen, die über das Strafverfahren von Betroffenen berichteten. Insgesamt wurden 81 Ver-

fahren eingestellt (Angeschuldigte N = 62; männliche Angeschuldigte bzw. Täter aus der Sicht der Betroffenen N = 62; weibliche Angeschuldigte bzw. Täterinnen aus der Sicht der Betroffenen N = 8; mehrere beiden Geschlechts N = 8), eine weibliche Angeschuldigte und drei männliche Angeschuldigte wurden freigesprochen, 10 Täter verurteilt und 22 Verfahren waren zum Zeitpunkt des Anrufs noch nicht abgeschlossen.

		Häufigkeit	Prozente
Betroffene	Einstellung	64	70,3
	Verurteilung	10	11,0
	Freispruch	2	2,2
	noch nicht abgeschlossen	15	16,5
	Gesamt	91	100,0
Kontaktperson	Einstellung	17	65,4
	Freispruch	2	7,7
	noch nicht abgeschlossen	7	26,9
	Gesamt	26	100,0

Tabelle 3: Ausgang des Strafverfahrens

Unterm Strich bedeutet das, dass von allen 572 vorliegenden Fällen nur 13% der Täter/innen angeklagt und lediglich 10 Täter (1,7%) juristisch zur Rechenschaft gezogen werden konnten.

VIII. Glaubhaftigkeitsbegutachtung

Angaben zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung liegen nur bei ca. der Hälfte derer vor (N = 102), bei denen es zu einer Anzeige kam. Bei 80 Betroffenen (79%) wurde eine Begutachtung durchgeführt, bei 22 Betroffenen (21%) nicht.

Zum Ergebnis dieses Gutachtens äusserten sich nur 39 Personen: 67% (N = 26) gaben an, dass ihre Aussage als nicht hinreichend glaubhaft eingestuft wurde, bei 31% (N = 12) wurde sie als glaubhaft und bei einer Person als in Teilen glaubhaft eingeschätzt. Die 75% der Betroffenen (60 von den 80), bei denen eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung durchgeführt wurde, berichteten von negativen Erfahrungen damit, 20% (N = 16) machten dazu keine Angaben und nur 5% (N = 4) der Betroffenen berichteten von positiven Erfahrungen. Es handelt sich dabei ausschliesslich um Frauen. Sie gehören zu den 12 Personen, die als glaubhaft eingestuft wurden, wohingegen die restlichen acht, die ebenfalls als glaubhaft eingestuft wurden, von negativen Erfahrungen berichteten (s. Tabelle 2).

Erfahrungen	Ergebnis der Glaubhaftigkeitsbegutachtung				
	nicht glaubhaft	glaubhaft	in Teilen glaubhaft	keine Angabe	gesamt
positive	–	4	–	–	4
negative	17	8	–	35	60
keine Angabe	9	–	1	6	16
gesamt	26	12	1	41	80

Tabelle 4: Erfahrungen mit der Glaubhaftigkeitsbegutachtung in Abhängigkeit vom Ergebnis der Begutachtung

IX. Erste Eindrücke aus qualitativen Analysen von Aussagen und Forderungen von Betroffenen

Unter dem oben formulierten Vorbehalt, dass derzeit noch kontinuierlich Anrufe eingehen und damit abschliessende quantitative und qualitative Auswertungen ausstehen, möchten wir hier in diesem Rahmen über erste Eindrücke der qualitativen Analyse berichten.

Der Altersdurchschnitt der Betroffenen, die sich bei der Anlaufstelle melden, liegt – wie oben dargestellt – bei 49 Jahren. Für viele, die sich hier das erste Mal offenbaren, besteht deshalb – schon aufgrund der Verjährungsfristen – keine Möglichkeit mehr, die Täter/innen für das erlittene Unrecht auf dem Rechtsweg zur Verantwortung zu ziehen. Dies wurde auch häufig als Grund angegeben, dass keine Anzeige erfolgte (s.o.). Die meisten der Anrufenden, die sich zum Thema Strafverfolgung äussern, wollten und wollen sich den zusätzlichen emotionalen Belastungen durch ein Strafverfahren nicht aussetzen und äusserten vor allem auch die Angst vor einer Glaubhaftigkeitsbegutachtung.

Ein Dilemma, das viele Betroffene beschreiben, bringt eine Betroffene mit dem folgenden Zitat auf den Punkt: *«Als Opfer habe ich keine Chance, man liefert sich aus und es kommt zur Retraumatisierung, wenn man Therapie macht wird man unglaublich, da man es verarbeitet hat, ohne Therapie schafft man es kaum eine Anzeige zu machen.»* Das Thema Therapie- und Beratung, auf das allgemein am häufigsten in den Botschaften abgezielt wird, hat also indirekt auch mit dem Thema Strafanzeigen und Glaubhaftigkeitsbegutachtung zu tun.

Das Bedürfnis, die Täter/innen für ihre Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen, kommt in den meisten Botschaften zum Ausdruck. Aber genau in diesem Punkt herrscht auch die grösste Skepsis, dass Betroffene durch Strafanzeigen überhaupt eine Chance haben, dieses Ziel auf diesem Weg zu erreichen und zu ihrem Recht zu kommen.

Von 366 (64%) der Anrufenden der vorliegenden Stichprobe, sind Botschaften an die Politik dokumentiert, die Erfahrungen und Anliegen von Betroffenen zu Themen betreffen, die explizit juristische Belange angehen.

Entschädigungsforderungen stehen zusammen mit der Forderung nach Abschaffung der Verjährungsfristen an erster Stelle und werden von fast der Hälfte der Betroffenen eingefordert. Entschädigung wird meistens in Form von finanziellen Hilfen für Behandlungen bzw. allgemein zur Unterstützung des Lebensunterhalts gefordert, der durch Frühberentung und Arbeitsunfähigkeit oft an der Armutsgrenze liegt. Begründet wird das in der Regel damit, dass die finanziellen Belastungen durch Therapie, Arbeitsausfälle usw. nicht selbst verschuldet sind. Die meisten wünschen, dass die Täter/innen dazu ebenfalls herangezogen werden und/oder die Verantwortlichen der Institutionen. Es gibt nur ganz wenige, die Entschädigung sozusagen als Wiedergutmachung oder als Art Schmerzensgeld wünschen. Allerdings – so formulieren einige wenige kritische Stimmen – könne dies als «Freikaufen» bzw. als Möglichkeit gesehen werden, sich Schweigen zu erkaufen. Die Aufhebung der Verjährungsfrist wird durchgängig von denen gefordert, die sich dazu äussern, auch rückwirkend. Oft wird darauf hingewiesen, dass sexueller Missbrauch einem Delikt wie «Mord» gleich komme und dass Mord ja auch nicht verjähre. Entsprechend einem populären Buchtitel aus diesem Bereich, wird sexueller Missbrauch auch häufig in die Metapher «Seelenmord» gekleidet.⁸ Ein wichtiges Anliegen der Betroffenen ist, trotz aller Skepsis in Bezug auf die Strafverfahren, dass die Täter/innen nicht straffrei ausgehen sollen. Hier werden neben pädagogischen und therapeutischen vor allem auch Berufsgruppen aus der Justiz angesprochen wie z.B. Familienrichter und Personen, die mit der strafrechtlichen Abwicklung zu tun haben (Polizei, Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft etc). Eine zentrale Forderung dabei betrifft die Sensibilisierung für das Thema und vor allem den achtsameren Umgang mit Betroffenen, angefangen mit den polizeilichen Ermittlungen bis zum gesamten Ablauf des Strafverfahrens. *«Die vielen Verhöre waren eine Zumutung, erfragt wurden Details auf die in einem <Ausnahmestand> nicht geachtet werden können, z.B. mit welcher Hand er mich berührt hat. Der gesamte Prozess der Anzeige bis zur Verurteilung hat sich über einen viel zu langen Zeitraum hingezogen»* (mit 12 Jahren missbraucht; als sie 17 Jahre alt war, wurde sie erneut befragt und hatte Details nicht mehr im Gedächtnis).

«Der nüchterne unmenschliche Stil der Justiz und der psychologischen Begutachter waren schwer ertragbar, Erfragung im Schubladensystem ohne Anteilnahme und Wärme.» In diesem Zitat einer Betroffenen werden schon einige der unterschiedlichen Anliegen, die Betroffene immer wieder geäußert haben, benannt. Viele kritisieren die Glaubhaftigkeitsbegutachtung, die oft einseitig zu Lasten der Betroffenen gehe und die Dauer strafgerichtlicher Verfah-

8 Vgl. WIRTZ, Seelenmord, Kreuz Forum 2005.

ren. Forderungen beziehen sich auf die Frage des angemessenen Strafmasses bzw. gravierender Konsequenzen für Täter/innen überhaupt. Forderungen nach Sicherheitsverwahrung, Meldepflicht, erweitertem Führungszeugnis Kontaktsperre zwischen Täter/innen und Kindern werden gestellt. Im Folgenden sollen aber lediglich Erfahrungen und Aussagen zum Thema Strafverfahren und Glaubhaftigkeitsbegutachtung noch etwas näher beleuchtet werden; viel hängt von diesem Gutachten ab und die Betroffenen fühlen sich grossem Druck ausgesetzt. Sie haben Angst, sich falsch zu verhalten und wissen gleichzeitig nicht, wie sie sich richtig verhalten sollen.

Viele äussern sich dahingehend, dass «Recht kriegen» für sie bedeutet, dass anerkannt wird, was ihnen widerfahren ist. Ein Strafverfahren erscheint ihnen, neben den ganzen emotionalen Belastungen, die damit verbunden sind, eher als Risiko und nicht als Möglichkeit. *«Ich würde nicht noch einmal Anzeige erstatten! Das ist alles eine Retraumatisierung und die Lebenszeit geht bei der langen Verfahrensdauer verloren! Alles was ich an Stabilität gewonnen habe, wird vor Gericht gegen mich verwendet.»*

Das aussagepsychologische Gutachten über die Glaubhaftigkeit impliziert für viele schon dem Namen nach Unglaubwürdigkeit. Die Ungewissheit über den Ablauf einer solchen Begutachtung erzeugt zusätzlich Ängste. Viel hängt von diesem Gutachten ab und die Betroffenen sind grossem Druck ausgesetzt, sie haben Angst, sich falsch zu verhalten und wissen gleichzeitig nicht, wie sie sich richtig verhalten sollen. Schon aus diesem Grund wäre es wichtig, dass Betroffene vor einer Begutachtung wissen, was sie auf sachlicher Ebene erwartet, so wie auch bei einigen überhaupt zum Ausdruck kommt, dass sie sich aufgrund von mangelnden Informationen über Strafverfahren nicht in der Lage sehen, eine Anzeige zu erstatten. *«Es gibt zu wenig Informationen darüber, welche konkreten Schritte gemacht werden können, um den Täter zur Rechenschaft zu ziehen. Interessant wäre zu erfahren, wie man genau vorgehen muss und was dann als nächstes passiert. Es wäre schön, wenn jemand Externes hingehen und den Täter konfrontieren könnte. Eine Übernahme der Rechtsanwalts- und Gerichtskosten wäre notwendig.»* Alle Verfahren in denen der Missbrauch ein Thema ist, z.B. Strafverfahren, Verfahren nach dem Opfer-Entschädigungsgesetz oder andere Rentenantragsverfahren beschreiben Betroffene als «katastrophal belastend». Immer wieder wird angemahnt, dass die Verfahren beschleunigt und vor allem Gutachter sensibler werden müssten. Als besonders belastend wird auch benannt, dass auch in den nachgeordneten sozialrechtlichen Verfahren immer wieder über das Erlebte gesprochen werden müsse. *«Unterlagen und Befunde, die auch den Missbrauch beinhalten, müssen immer wieder offen gelegt werden. Dabei wird meine Schamgrenze überschritten, dies möchte ich nicht Aussenstehenden offen legen. Ich ertrage es nicht, meine Geschichte immer wieder erzählen zu müssen. Jede Person, die*

neu von meiner Situation weiss, macht es mir schwer, denn ich werde täglich daran erinnert.»

Sowohl von der Mehrheit der Anrufenden, die keine Strafanzeige erstattet haben, als auch von denen, die sich einem Strafprozess ausgesetzt haben, wird das geringe Strafmass, so es überhaupt zu einer Bestrafung kommt, als weiterer «Schlag ins Gesicht» erlebt, manche sprechen in diesem Zusammenhang auch von Demütigung. *«Ich habe heute noch grosse Probleme und er ist mit Bewährung und einer kleinen Geldstrafe davongekommen. Das ist so ungerecht und demütigend!»*

Die meisten, die sich über die Anlaufstelle äussern, empfinden das Gespräch als positiv und hilfreich, vor allem, weil sie (an)gehört werden und ihnen geglaubt werde. Schon dieser Befund zeigt, wie wichtig das Thema Glaubhaftigkeit ist, wobei die meisten Anrufenden hier nicht von dem juristischen Begriff ausgehen, bei dem die Aussage im Fokus steht und explizit nicht die Glaubwürdigkeit der Person.⁹ Dementsprechend bewerten alle, bei denen durch die Begutachtung die Nullhypothese (die Aussage ist nicht glaubhaft) nicht widerlegt werden konnte, das Ergebnis als persönliche Abwertung und erneute Demütigung. Hier spielt wahrscheinlich auch die Tatsache eine Rolle, dass generell viele der Betroffenen angeben, dass ihnen in ihrem Umfeld häufig nicht geglaubt wurde. Nimmt man noch den hohen Anteil derer, die bei der telefonischen Anlaufstelle das erste Mal über ihren Missbrauch sprachen (über 50% der Anruferinnen und Anrufer), spiegelt sich hier auch deutlich die Befürchtung, dass man ihnen keinen Glauben schenken könnte, wider. Vor diesem Hintergrund ist die negative Haltung gegenüber der strafrechtlichen Abwicklung und einer Glaubhaftigkeitsbegutachtung aus der subjektiven Sicht der Betroffenen, welche sich an die Anlaufstelle wenden, verständlich. Dabei merken viele Betroffene, die über die Glaubhaftigkeitsbegutachtung sprechen mit Unverständnis an, dass nur die Glaubhaftigkeit von Betroffenen begutachtet werde und nicht die der Täter/in. *«Das Opfer muss sich immer wieder beweisen. Warum wird nicht von den Tätern ein Glaubwürdigkeitsgutachten gemacht?»*

X. Fazit

Die hier dargestellten Bedenken von Betroffenen in Bezug auf das Strafverfahren und die Glaubhaftigkeitsbegutachtung sowie die Wünsche und Empfehlungen der Betroffenen an die Politik zu diesem Bereich, verweisen auf zwei Problemfelder welche hier diskutiert werden sollen:

Das erste Problemfeld betrifft die mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit juristischer Zusammenhänge und die Diskrepanz zwischen indivi-

9 VOLBERT, Glaubwürdigkeitsbegutachtung bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch von Kindern, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 23 (1995), S. 20 ff.

duellem Gerechtigkeitsgefühl bei starker subjektiver Betroffenheit und einer rechtsstaatlichen rechtlichen Abwicklung.

Der zweite Bereich betrifft die mögliche Rolle des Strafverfahrens als zentraler Dreh- und Angelpunkt bei der Risikoabwendung, Tatprävention etc.

A. Gerechtigkeitsgefühl vs. rechtsstaatliche Verfahren

Aus dem Tenor der Anrufe wird deutlich, dass fast alle Betroffene wollen, dass ihr erlebtes Unrecht anerkannt wird auch wenn es lange zurückliegt. Deshalb wird hier, wie in der öffentlichen Debatte, häufig über Verjährungsfristen gesprochen und es werden unrealistische Erwartungen z.B. an rückwirkende Rechtsänderungen formuliert. Subjektiv gefordert werden höhere Strafrahmen, eine Klärung des Tatvorwurfes zu Lasten der Täter und nicht zu Lasten der Betroffenen wie bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung etc. Viele dieser Forderungen sind subjektiv nachvollziehbar aber objektiv nicht erfüllbar. Die Politik und die Justiz sieht sich – wie in anderen Bereichen – offensichtlich mit dem Problem konfrontiert, dass subjektiv wahrgenommene Gerechtigkeit und die rechtsstaatliche Durchführung von Verfahren hier nicht übereinstimmen und auch nicht übereinstimmen können. Unseres Erachtens zeigen die hier analysierten Mitteilungen von Betroffenen bei der telefonischen Anlaufstelle der Unabhängigen Beauftragten der Bundesregierung zur Aufarbeitung des sexuellen Missbrauches, dass die Notwendigkeit der bestehenden Verfahrensabläufe und die zahlreichen Änderungen zum Opferschutz im Sexualstrafverfahren seit den 90er-Jahren sehr viel stärker kommuniziert werden müssen. Für viele Betroffene, die sich bei der Unabhängigen Beauftragten melden, ist das Strafverfahren einerseits eine Projektionsfläche für ihren Wunsch, dass das ihnen widerfahrene Unrecht anerkannt werde. Gleichzeitig sind die Modalitäten des Strafverfahrens und häufig der Ausgang der Verfahren aus Betroffenenensicht mehr als enttäuschend. Obwohl sich übliche Vorgehensweisen im Strafrecht, welche ja auch durch das Verfahrensrecht geregelt sind, relativ gut in Informationsmaterialien systematisch darstellen lassen (viel besser als die üblichen Abläufe in der Beratung)¹⁰, gelingt es offensichtlich derzeit nicht hinreichend, entsprechende Informationen breit zu streuen. Aus unserer Sicht sollte die Politik, wenn sie auf Forderung von Betroffenen hier reagiert – z.B. über Veränderungen von zivilrechtlichen Verjährungsfristen etc. nachdenkt – jeweils auch kommunizieren was nicht geht und aus welchen rechtsstaatlichen Gründen bestimmte Forderungen nicht erfüllbar sind. Hier ist trotz der längeren öffentlichen Debatte, welche mit teilweise starkem emotionalem Engagement geführt wird, ein offensichtlicher Mangel an informationeller Transparenz festzustellen. Deutlich wird, dass sich

¹⁰ Vgl. FEGERT/BERGER/KLOPPER/LEHMKUHL/LEHMKUHL, Umgang mit sexuellem Missbrauch, Institutionelle und individuelle Reaktionen, Münster 2001.

in Bezug auf das Strafverfahren quasi übergrosse unrealistische Erwartungen in Bezug auf Wahrheitsfindung und Gerechtigkeit vorfinden lassen, welche dann konsequenterweise zu wiederholten massiven Enttäuschungen an der Realität der Strafverfahren führen müssen. Dabei muss noch berücksichtigt werden, dass der Altersdurchschnitt in unserer Stichprobe relativ hoch liegt und sich viele Einschätzungen auf vergangene Situationen beziehen.

B. Mögliche Rolle des Strafverfahrens beim Kinderschutz

Nicht zuletzt – auch mit Bezug auf Forderungen von Betroffenen – wird verschiedentlich davon ausgegangen, dass das Strafverfahren generell am Besten zu einer schnellen Klärung von Missbrauchsvorwürfen dienen könne und damit auch eine zentrale präventive Funktion, insbesondere bei Missbrauchsvorwürfen in Institutionen, einnehmen solle. Unsere Aktenanalysen zeigen die erhebliche Dauer von solchen Strafverfahren,¹¹ welche durch Täter- oder Opferbegutachtung, die ja ohnehin viel Zeit benötigt, nicht signifikant verlängert wird.¹² Auch viele Aussagen von Betroffenen bei der Unabhängigen Beauftragten stützen diesen Befund, dass die Länge der Verfahren einen eindeutigen Belastungsfaktor darstellt.

Erstaunlich selten wird von den Betroffenen diskutiert, ob das Strafverfahren mit seinen Prämissen überhaupt ein geeigneter Ort sein kann, an dem all ihre Erwartungen in Bezug auf Gerechtigkeit und Verhinderung weiteren Leids für andere Betroffene erfüllt werden können. Dabei werden die Prämissen des Strafverfahrens insbesondere der Zweifelsgrundsatz («in dubio pro reo») quasi nicht berücksichtigt. Der deutsche BGH in Strafsachen hat sich in seinem Urteil zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung (BGH 1 StR 618/98; NJW 1999, 2746) durch methodisch äusserst mangelhafte Gutachten veranlasst gefühlt, die Methodik der Glaubhaftigkeitsbegutachtung den psychologischen und kinderpsychiatrischen Experten quasi vorzuschreiben.¹³ Darin findet man auch eine ausführliche Darstellung der Methodik von Köhnken, eine Darstellung von Qualitätsanforderungen an Gutachten durch die Staatsanwaltschaft von Freudenberg und den Beitrag von Wiprächtiger, der am Beispiel von Entscheidungen

11 Vgl. FEGERT/HÄSSLER (Hrsg.), Qualität forensischer Begutachtung, insbesondere bei Jugenddelinquenz und Sexualstraftaten. Herbolzheim 2000.

12 FEGERT/SCHNOOR/KÖNIG/SCHLÄFKE, Psychiatrische Begutachtung in Sexualstrafverfahren, Eine empirische Untersuchung von Gutachten zur Schuldfähigkeit bei jugendlichen, heranwachsenden und erwachsenen Beschuldigten in Mecklenburg-Vorpommern, Herbolzheim 2006.

13 Vgl. zur Sicht des BGH den Beitrag des damaligen Vorsitzenden des ersten Senats, Herrn SCHÄFER zusammen mit Herrn SANDER über die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen durch das Tatgericht in der Rechtsprechung des BGH, in: Fegert (Hrsg.), Begutachtung sexuell missbrauchter Kinder, Fachliche Standards im juristischen Verfahren, Neuwied 2001.

des Kassationshofs des Schweizer Bundesgerichts die Systematik der Willkürbeschwerde im Schweizer Recht (und dann prozessuale Beispiele: Verletzung des rechtlichen Gehörs, willkürliche Beweiswürdigung etc.) darstellt.

Der in diesem Zusammenhang häufig verwendete Begriff der so genannten Nullhypothese, den der deutsche BGH auch in seinem Urteil explizit anspricht, ist insofern irreführend, weil es sich bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung nicht um ein quantitativ hypothesenüberprüfendes Verfahren, sondern eher um die Erörterung der Hypothesen auf der Basis qualitativer Merkmale (Realkennzeichen)¹⁴ handelt.

Es handelt sich also nicht um einen Test, dessen Validität oder Reliabilität wissenschaftlich überprüft wäre, sondern um ein letztendlich subjektives Verfahren, welches unter gegebenen Prämissen, nämlich «im Zweifel für den Angeklagten», Aussagemerkmale und mögliche Beeinflussung und Motivations-elemente bei der Zeugenaussage gewichtet und nur bei einer erdrückenden Vielzahl von Hinweisen für den Wahrheitsgehalt der Aussage, die so genannte Nullhypothese, letztendlich verwerfen kann. Aus der Sicht eines rechtstaatlichen Verfahrens wird, angesichts einer mangelnden Treffsicherheit der, der Entscheidung zu Grunde liegenden Methode (keine gleich hohe Sensitivität und Spezifität), durch die Rechtsprechung des deutschen BGH eindeutig die Anforderung der Spezifität betont. Eine Aussage von Betroffenen muss dazu geeignet sein, ohne Zweifel die individuelle Täterschaft einer angeschuldigten Person und zwar zu einzelnen Tatzeitpunkten (vgl. vorausgegangene Rechtsprechung des BGH zum Fortsetzungszusammenhang) zu belegen. Dies muss nach den Regeln der allgemeinen Testtheorie automatisch zu einer Verringerung der Sensitivität führen, d.h. aus strategischen und für das Strafverfahren angemessenen Gründen gilt es falsch positive, also unberechtigte Beschuldigungen und Verurteilungen auf jeden Fall auszuschliessen, insofern werden durch diese Akzentsetzung vermehrt falsch negative, also Freisprüche, obwohl tatsächlich Missbrauch stattgefunden hat, in Kauf genommen.

Schon vor dem BGH-Urteil zeigte sich in der Praxis ein Trend, vor allem Einmaltaten und Straftaten durch Fremdtäter in Strafverfahren zu bringen, während fortgesetzte innerfamiliäre Taten eher im Bereich der Jugendhilfe bzw. im familienrechtlichen Verfahren bearbeitet wurden.¹⁵ Allerdings kam es im Verlauf von zwei Jahren in ca. 50% dieser Verfahren dann doch irgendwann zur Strafanzeige, wobei es bei einem solch langen Vorlauf und der Involvierung zahlreicher Helfer schwierig sein dürfte, eine daraus folgende Beeinflussung auszuschliessen. In unserer Untersuchung zur Qualität von Glaubhaftigkeits-

14 Vgl. STELLER/KÖHNKEN, Statement analysis Credibility assessment of children's testimonies in sexual abuse cases, in: Raskin (Hrsg.), Psychological methods in criminal investigation and evidence, New York 1989, S. 217 ff.

15 Vgl. FEGERT/BERGER/KLOPFER/LEHMKUHL/LEHMKUHL (Fn. 10).

gutachten in der Praxis vor und nach dem BGH-Urteil¹⁶ zeigte sich, dass die formale Qualität der Gutachten in Deutschland deutlich angestiegen ist, was sehr zu begrüßen ist. Allerdings führte die neue Begutachtungspraxis seit dem BGH-Urteil auch zu einem signifikanten Anstieg der Verfahrenseinstellungen bzw. Freisprüche insbesondere bei jüngeren Kindern, sowie bei psychisch auffälligen bzw. kognitiv eingeschränkten Opfer-Zeuginnen und -zeugen, welche von fortgesetzten Taten betroffen waren.

Dieser relativ hohe Anteil von Verfahrenseinstellungen und Freisprüchen spiegelt sich auch in den Berichten der Personen wider, welche die telefonische Anlaufstelle der Unabhängigen Beauftragten nutzen. Im Kontext des Strafverfahrens hat also die Verbesserung und Standardisierung der Begutachtung von Opferzeuginnen und Opferzeugen sicher eindeutig zu einer Verbesserung der Gutachtenqualität geführt. Schaut man aber auf Prinzipien wie Kindeswohl oder Kinderschutz, muss von einer deutlich geringeren Sensitivität der Verfahren ausgegangen werden.

Insgesamt zeigt sich also ein Dilemma zwischen den Wünschen der Betroffenen und den Verfahrensrealitäten. Dabei darf den Betroffenen zugestanden werden, dass sie sich ideale Verfahren wünschen, die Politik sollte aber empirisch untersuchte Realität und die Rahmenbedingungen solcher Verfahren deutlich im Blick behalten, wenn sie – ausgelöst u.a. von den Forderungen der Betroffenen – nun über rechtliche Änderungen institutioneller Verpflichtung zur Strafanzeige etc. nachdenkt, und dabei nicht die Verletzungen und die Enttäuschung mehren will, die ohnehin schon derzeit mit Blick auf Strafverfahren und die Glaubhaftigkeitsbegutachten artikuliert werden.

Eine kalte, angsteinflößende Justiz, welche ihre Verfahren nicht transparent macht und nicht den Kontakt mit der Öffentlichkeit sucht, wird, wie die qualitativen Aussagen in diesem Beitrag zeigen, selbst als Belastung wahrgenommen.

Hans Wiprächtiger hat das Handeln der Justiz, im Austausch mit der Öffentlichkeit, stets transparent gemacht. Er war nie ein medienscheuer Spezialist sondern vielmehr ist er auch über die Grenzen der Schweiz hinaus die Verkörperung des Bundesrichters, der nicht in fernen Sphären schwebt, sondern die Sorgen der Betroffenen und ihre Wünsche ebenso ernst nimmt wie die kodifizierten Verfahrensnotwendigkeiten. Ihm ist es immer wieder, wie keinem anderen, gelungen, durch Aufklärung der Bevölkerung, für Transparenz und Verständnis zu sorgen. Gerade in der aktuellen Debatte zur Aufarbeitung des sexuellen Missbrauchs in Deutschland, würden wir uns mehr solche, «allgemeinverständliche» Juristen wünschen, denen an Transparenz, Erklärung und letztendlich Verständnis für die Bedeutung juristischer Vorgehensweisen gelegen ist.

16 KÖNIG/FEGERT, Zur Praxis der Glaubhaftigkeitsbegutachtung unter Einfluss des BGH-Urteils, Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention (DGfPI) 12 (2009), S. 16 ff.

Schutz der sexuellen Integrität durch Strafrecht in der Schweiz und in Deutschland, insbesondere bei Kindern und Jugendlichen*

VON GÜNTER HEINE

An dieser Stelle gedenken wir unseres lieben Kollegen, Freundes und Mitautoren Günter Heine. Er hat die Überreichung dieser Festschrift unerwartet leider nicht mehr erleben dürfen. Wir vermissen ihn alle sehr.

I. Einleitung

Das Sexualstrafrecht lässt sich als ein wichtiger Seismograph für die Verteilung von Freiheitsräumen in einer Gesellschaft verstehen, geht es doch heute allgemein darum, jenseits von öffentlicher Moral, Wahlfreiheiten im Hinblick auf Art und Umfang sexueller Betätigung abzugrenzen und Gestaltungs- und Abwehrrechte zu markieren. Im Zusammenhang mit Minderjährigen stellt sich etwa die Frage, in welchem Umfang staatlicher Paternalismus geboten ist, um bei konstitutionsbedingtem Mangel an Gestaltungsfreiheit nachteilige Einflüsse zu verhindern. Dies ist deshalb heikel, weil, so wird häufig gesagt, Ungewissheit über die Schädlichkeit von sexuellen Übergriffen besteht. Diese mangelnde rationale Richtigkeitskontrolle stellt sich etwa auch beim gesellschaftlichen Umgang mit pornographischen Schriften, wie insgesamt die proklamierte Befreiung des Strafrechts von einer öffentlichen Unmoral der Nachfrage bedarf.

Es lohnt daher, die Rechtsordnungen der Schweiz und Deutschlands zu vergleichen. Unsere Studie teilt sich in sechs Abschnitte. Zunächst wird die wechselvolle Entwicklung des gesamten Sexualstrafrechts der letzten 50 Jahre beobachtet (u. II.). Ob und inwieweit es dem Strafrecht gelungen ist, «nur noch klar umrissene Rechtsgüter zu schützen»,¹ wie es v.a. um das neue Rechtsgut der «ungestörten sexuellen Entwicklung Minderjährigen» bestellt ist, dies wird uns unter III. beschäftigen. An Schutzaltersgrenzen kommt bei den Sexualdelikten keine Rechtsordnung vorbei, es stellt sich nicht nur die Frage, bei welchem Alter diese Grenze zu ziehen ist, vielmehr warten mit jeder Starrheit solcher Grenzen verbundene Fragen auf eine Antwort (u. IV.). Gegenstand jüngster

* Inspiriert durch ein rechtsvergleichendes, gleichnamiges Seminar, das mit Berner und Giessener Studierenden zusammen mit Prof. Dr. WALTER GROPP (Justus-Liebig-Universität Giessen) vom 2.–4.12.2010 auf Schloss Hallenburg in Nordhessen durchgeführt wurde.

1 WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1999, S. 121.

gesetzgeberischer Entwicklungen ist vor allem der Umgang mit Pornographie, wobei sich im Internet-Zeitalter neuartige Fragen beim Betrachten verbotener Bilder stellen (u. V.). Unter VI. wird bei einem Vergleich der Rechtsfolgen belegt, dass insbesondere in Deutschland die Verschärfung der Strafdrohung als vermeintlicher Königsweg der Strafrechtspolitik gilt. Im Bereich der Verjährung schliesslich schlägt das kriminalpolitische Pendel in beiden Ländern in Richtung unmittelbarer Umsetzung gesellschaftlich artikulierter Strafbedürfnisse um, wobei die Schweiz mit der vom Volk angenommenen Unverjährbarkeitsinitiative den Vogel abschiessst (u. VII.).

II. Ambivalente Entwicklung

Die Entwicklung der Gesellschaften war in beiden Ländern ab Ende der 60er-Jahre reif für einen *Paradigmenwechsel*. In Deutschland stand noch 1962 der E 62 für Restauration, ging es ihm doch apodiktisch («unbestreitbar») darum, «die Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens (als) ausserordentlich wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung» mittels Strafrecht zu schützen. Auf dieser Grundlage erschien es unerlässlich, angesichts befürchteter moralischer Verwilderung, etwa die Höchststrafe für Ehebruch zu verdoppeln und Homosexualität wegen der Gefahr einer homosexuellen Prägung bislang unverdorbenen Bürger strikt zu kriminalisieren.² Doch auf der Tagung der deutschen Strafrechtslehrer im Jahre 1965 und auf dem 47. Deutschen Juristentag 1968³ sowie im Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches (unter Beteiligung Schweizer Strafrechtslehrer, 1968) verschaffte sich die *liberale Gegenposition Gehör*, die sich praktisch zeitgleich (1969 bzw. 1970) auch in der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG niedergeschlagen hatte: «Das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen».⁴

In *Deutschland* machte bereits 1969 das erste Strafrechtsreformgesetz (StrRG) Nägel mit Köpfen: Ehebruch, Homosexualität unter Erwachsenen, Unzucht mit Tieren und Erschleichung des ausserehelichen Beischlafs wurden ersatzlos gestrichen. Mit der Übernahme des Vorschlags von F. C. Schroeder⁵ wurde die eigentliche Wende 1973 vollzogen (4. StrRG vom 23.11.1973): Mit der Abschnittsüberschrift «Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung» machte der deutsche Gesetzgeber die Loslösung von traditionellen Vorstellun-

2 Vgl. BT-Drucks. 6/3521, S. 30; 7/514, S. 6.

3 HANACK, wegweisende Arbeiten von JÄGER, u.a. Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 38 f., 122 f.

4 Fanny-Hill-Urteil des BGH, BGHSt 23, S. 43; ebenso BGE 96 IV 64, 70.

5 ZRP 1971, S. 15 f.

gen markant. Charakteristisch war die Ersetzung moralisierender Begriffe wie «Unzucht» und «Notzucht» durch neutralere Begriffe wie «sexuelle Handlung» und «Vergewaltigung». Charakteristisch war weiter eine Ausdifferenzierung der Tatbestände in detailreiche Normen.⁶ Vor allem die sehr knapp gefassten Bestimmungen bei Delikten zulasten von Minderjährigen wurden zu einer Vielzahl an Verboten ausgeweitet. Weiter milderte das 4. StrRG die Strafrahmen: Die Strafobergrenzen wurden niedriger angesetzt und Alternativgeldstrafen vorgesehen. Ferner war Thema, bislang als «unzüchtig» eingestufte Vorgänge zu durchforsten. So setzte sich bei der einfachen Pornographie anstelle eines absoluten Verbotes der «Verbreitung unzüchtiger Schriften» die liberale Linie durch, primär zu verhindern, pornographische Schriften Minderjährigen zugänglich zu machen. Ebenso wenig passte in das neue Bild die Bestrafung des «Unzuchtverschlebens» (Kuppelei, etwa durch Gewährung von Unterkunft an Unverheiratete), war es doch nicht mehr Aufgabe des Strafrechts, sexuelle Aktivitäten Erwachsener zu unterbinden. Freilich findet sich selbst heute noch ein Relikt des alten Kuppeleitatbestandes in § 180 Abs. 1, der die Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (unter 16 Jahren) kriminalisiert, aber mit dem Bild einer sexualitätsfreien Jugend der Wirklichkeit nicht mehr entspricht, zumal auch sogenannte niedrigschwellige Aktivitäten (wie Zungenküsse und Petting) unter 14- bzw. 15-jährigen erfasst sind.⁷

Weiter wurde in Deutschland 1973 noch daran festgehalten, dass nur der aussereheliche Beischlaf mit einer Frau als *Vergewaltigung* strafwürdig sei. Erst 1997 (33. Strafrechtsänderungsgesetz, StÄG) wurde die Erzwingung des Beischlafs innerhalb der Ehe strafbar und eine geschlechtsneutrale Fassung Gesetz. In der Schweiz dagegen war das ursprüngliche Erfordernis der Ausser-ehelichkeit bereits 1992 gefallen, das Antragserfordernis, welches in Deutschland zu intensiven Diskussionen und deshalb zu Verzögerungen geführt hatte, wurde 2003 aufgehoben. Bei Vergewaltigung (Art. 190) kommen in der Schweiz nach wie vor nur Personen weiblichen Geschlechts in Frage. Doch sind Männer über den praktisch gleichlautenden Art. 189 (Sexuelle Nötigung) taugliche Opfer.

1973 neu geschaffen wurden in Deutschland Tatbestände wie «Förderung der Prostitution» und «Menschenhandel». Demgegenüber hatten sexuelle Handlungen zulasten von Kindern noch kein grosses Forum⁸ – und zwar weder in der öffentlichen Meinung, noch nach der herrschenden Sozialmoral. Nicht zuletzt war bezüglich sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse noch weithin

6 Näher HÖRNLE, LK, N 6 ff. vor § 174; Nachw. auch bei SCHROEDER, in Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, TB 1, 10. Aufl., Heidelberg 2009, § 17 N 2–4.

7 Kritisch auch HÖRNLE, LK, § 180 N 1.

8 Vgl. HÖRNLE, LK, vor § 174 N 11.

Fehlanzeige zu vermeiden – ein massgebender Prüfstein für ein auf Rationalität bedachtes Strafrecht.

In der *Schweiz* hatte sich ab 1971 eine Expertenkommission unter dem Vorsitz von HANS SCHULTZ mit den «Strafbaren Handlungen aus dem Sexualbereich» befasst.⁹ Der 1977 vorgelegte Vorentwurf war seiner Zeit zum Teil weit voraus. Das Schutzalter sollte auf 14 Jahre gesenkt, die Vergewaltigung in der Ehe strafbar, «weiche» Pornographie liberalisiert und homosexuelle und heterosexuelle Sexualität gleichgesetzt werden.

Die auf den 1. Oktober 1992 in Kraft gesetzte Reform hatte sich gleichwohl eine Rücknahme des Strafrechtsschutzes auf elementare Interessen des Einzelnen zum Ziel gesetzt, allerdings mit gewissen Zugeständnissen an das «sittliche Empfinden» weniger liberal eingestellter Bevölkerungskreise.¹⁰ Um einen wirksamen Schutz vor Schädigungen durch ein bislang hypertrophiertes Strafrecht sicherzustellen und die vorrangige Bedeutung des Jugendschutzes hervorzuheben, stellte das revidierte Recht den Missbrauch Unmündiger an den Anfang der Sexualdelikte.¹¹

Seither sind mehrere kleinere Änderungen vorgenommen worden,¹² wovon auf die Verjährungsproblematik separat zurückzukommen ist (unten VII.).

In unserem *Nachbarstaat* blieb das Sexualstrafrecht nach dem Umbruch im Jahre 1973 fast 20 Jahre lang unangetastet. Seit 1992 freilich ist eine teils *hektische Gesetzgebungstätigkeit* zu verzeichnen, deren Ende noch nicht abzusehen ist und die zu einer fragwürdigen Unübersichtlichkeit und zu einer deutlichen Erhöhung des Strafniveaus geführt hat. Teilweise wird durch dieses emsig mahlende Räderwerk die Grenze zwischen strafrechtlichem Rechtsgüterschutz und Polizeirecht überschritten.¹³ Dies betrifft etwa die in der Rechtsprechung ausufernde Kriminalisierung des Besitzes von Kinderpornographie, aber auch die *Strafbarkeit reiner Vorbereitungshandlungen* (Einwirken auf ein Kind durch Schriften, um es zu sexuellen Handlungen zu bringen [§ 176 Abs. 4 Nr. 3], wobei bereits eine objektiv harmlose Kommunikation genügen soll, sofern eine entsprechende Absicht des Täters vorliegt,¹⁴ oder das Einwirken durch Reden auf ein Kind [§ 176 Abs. 4 Nr. 4], wonach bereits den Straftatbestand erfüllt, wer ein Kind ärgern will).¹⁵ Noch weiter in das Vorfeld einer tatsächlichen Sexualstraftat gelagert ist das Versprechen, ein Kind für sexuellen Miss-

9 Siehe dazu SCHULTZ, SJZ 1982, S. 246; ARZT, ZBJV 1983, S. 1 ff.

10 Botschaft 1985, BBl 1985 1064, 1066; TRECHSEL, StGB, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, vor Art. 187 N 3.

11 JENNY, Kommentar, StGB, 4. Bd., Bern 1997, vor Art. 187 N 1.

12 Näher MAIER, N 3a vor Art. 187, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007.

13 Vgl. FISCHER, StGB, 57. Aufl., München 2010, vor § 174 N 4.

14 RENZIOWSKI, MüKo, § 176 N 37.

15 HÖRNLE, LK, § 176 N 99.

brauch nachzuweisen (§ 176 Abs. 5), zumal hier eine Bekundung des Täters ohne Erklärungsempfänger genügen soll.¹⁶ Der Grundsatz, dass das bloße Haben böser Gedanken niemals ein Fall für Kriminalstrafe sein darf, wird hier hintangestellt. Zu dieser *neuen Kriminalpolitik*, welche sich die sofortige Erfüllung öffentlicher Erwartungen zum Ziel gesetzt hat,¹⁷ gehört auch die Aufstufung eines einschlägigen Rückfalls bei schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern zum Verbrechen (§ 176a Abs. 1) – zumal bis anhin nach der Aufhebung des § 48 a.F. keine tragfähige Begründung für eine Politik der Rückfallschärfung ersichtlich ist.¹⁸

Dieser partielle *erneute Paradigmenwechsel zur Stärkung öffentlicher Sicherheit* zeigt sich nicht zuletzt in der Verschärfung der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung und der Zwangstherapie zur Behandlung von Sexualtätern durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998.¹⁹ Gleiches gilt für die Ausweitung der DNA-Analyse (2003) und die Einführung der Sicherungsverwahrung für Heranwachsende.

Auf der anderen Seite schlägt sich in der Vielzahl der jüngeren Reformen auch ein *Bewusstseinszuwachs* nieder, nämlich für die Verwundbarkeit von Menschen durch sexuelle Demütigung und sexuelle Gewalt.²⁰ Dieser zeigt sich etwa in der bereits erwähnten Kriminalisierung erzwungener ehelicher Sexualkontakte (1997). Hierzu gehören auch die Erfassung zahlreicher Unrechtserhöhungen, etwa durch Eindringen in den Körper oder Bei-sich-Führen gefährlicher Werkzeuge, wenngleich der Gesetzgeber hierdurch eine neuartige Unübersichtlichkeit mit Wertungswidersprüchen hervorgerufen hat.²¹ Zu erwähnen ist auch die Anhebung der Schutzaltersgrenze in § 182 Abs. 2 (sexueller Missbrauch von Jugendlichen), wodurch eine Strafbarkeitslücke beseitigt wurde, die darin bestand, dass «Freier» straffrei blieben, die mit minderjährigen Prostituierten im Alter von 16 und 17 Jahren sexuelle Handlungen vornahmen.

Zu diesem Bewusstseinszuwachs gehört in Deutschland auch die Beendigung einer Rechtsgroteske durch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der *Prostituierten* mit Wirkung vom 1. Januar 2002. Auch wenn sich nicht alle Erwartungen, etwa im Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts, erfüllt haben,²² so hat der Gesetzgeber Folgerungen aus seiner Einschätzung, dass sexuelle Leistungen heute nicht mehr als sittenwidrig einzustufen sind,²³ gezogen. Sexarbei-

16 BT-Drs 15/350, S. 10; krit. HÖRNLE, LK, § 176 N 104.

17 Vgl. H. J. ALBRECHT, ZStW 1999, S. 864.

18 H. J. ALBRECHT, ZStW 1999, S. 869.

19 Siehe RENZIKOWSKI, MüKo, vor § 174 N 64.

20 HÖRNLE, LK, vor § 174 N 25.

21 Siehe PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, vor § 174 N 7.

22 Näher z.B. das Freiburger Modellprojekt Pink, (www.pink-baden.de).

23 BT-Drs 14/5958, S. 4.

terInnen haben nunmehr einen einklagbaren Anspruch auf Entgelt. Bis dahin versagte das Recht der/dem Prostituierten die Möglichkeit, einen entsprechenden Anspruch nach Gewährung der sexuellen Handlung geltend zu machen. Demgegenüber konnte der Kunde bei Vorkasse seinen Anspruch auf Geldrückgabe bei Unterlassen der sexuellen Dienstleistung mit Hilfe des Rechts durchsetzen. In der Schweiz dagegen gehen wohl h.L. und BGer. nach wie vor von der Sittenwidrigkeit des der sexuellen Dienstleistung zugrundeliegenden Vertrages aus.²⁴ Immerhin wird sozialen Gegebenheiten im Bereich des Telefonsexes Rechnung getragen: seit BGE 129 III 604, 617 wird Sittenwidrigkeit verneint. Gesetzlicher Reformbedarf ist anzumahnen.

Insgesamt lässt sich die jüngste Sexualstrafgesetzgebung als Ausdruck einer *Neuordnung der Abstimmung zwischen Sicherheits- und Freiheitsinteressen* begreifen, in der mittlerweile die öffentliche Sicherheit dominiert²⁵ – tendenziell folgt dem auch die Schweiz, wobei nur auf die Verwahrung (Art. 64 Abs. 1^{bis}) und die Annahme der Volksinitiative «Für die Unverjährbarkeit pornographischer Straftaten an Kindern» (2008) zu verweisen ist.

III. Rechtsgüter: Zwischen Moralität und Rationalität

Die Verschiebung des strafrechtlichen Koordinatensystems weg vom Schutz reglementierter Sittlichkeit wird in beiden Ländern deutlich durch die Überschriften in den entsprechenden Abschnitten: Hier «Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität», dort (in Deutschland) «Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung».

A. Freiheit der Selbstbestimmung

Einigkeit besteht im Wesentlichen auch darin, dass als grundlegendes Rechtsgut die Freiheit der Selbstbestimmung im sexuellen Bereich anzusehen ist. Geschützt ist damit das Abwehrrecht des Einzelnen, nicht gegen seinen Willen zum Objekt sexuellen Begehrens anderer gemacht zu werden.²⁶ Doch über den Umfang besteht im Vergleich Dissens: Das «Busengrapschen» etwa gilt in der Schweiz als mit Busse bewehrte «Sexuelle Belästigung» (Art. 198), während in

24 Näher HUGUENIN, Art. 19/20 N 38, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 4. Aufl., Basel 2007; auch zu Gegenstimmen, SCHWENZER, Obligationenrecht AT, 5. Aufl., Bern 2009, N 32.28. Immerhin wies das BGer das Bezirksgericht Lenzburg in die gesetzlichen Schranken, das eine Strafbarkeit einer «Domina» wegen Vernachlässigung ihrer Unterhaltungspflichten (Art. 217) damit begründete, sie habe in ihrem Sexgewerbe nicht genügend Freier bedient und zudem «behave» ihr die Arbeit als Prostituierte (BGer, StrA, 24.11.2009, 6B_730/2009).

25 Siehe H. J. ALBRECHT, ZStW 1999, S. 865.

26 HÖRNLE, LK, vor § 174 N 28; PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, vor § 174 N 1; RENZIOWSKI, MüKo, vor § 174 N 7; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Strafrecht BT I, 7. Aufl., Bern 2010, vor § 7 N 2.

Deutschland die Abwehr insoweit entkriminalisiert über das Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 erfolgt.²⁷ Weiteres wird nachfolgend herausgearbeitet.

B. Ungestörte Sexualentwicklung: Grundfragen

Als anderes grundlegendes Interesse wird weithin die «*ungestörte sexuelle Entwicklung Unmündiger*» angesehen, die als gefährdet erscheint, wenn Kinder und Jugendliche zu anderen als altersspezifischen Formen sexueller Betätigung veranlasst oder in sie einbezogen werden. Dass die geltenden Strafgesetzbücher von moralischen Vorgaben aber vollkommen unabhängig seien, dies hat sich nirgendwo verwirklicht. Dieser partiell fortbestehende Schutz der «*moralité sexuelle*» wird von der Rechtsprechung gelegentlich ausdrücklich zugestanden.²⁸ Er zeigt sich vielfach in Randbereichen der Tathandlungen, teilweise aber auch explizit im Gesetz: Eklatantes Beispiel ist in der Schweiz die Definition der harten Pornographie nach Art. 197 Ziff. 3, zu der auch sexuelle Handlungen, die «*menschliche Ausscheidungen*» zum Inhalt haben, gehören. Die auch in Deutschland nicht durchgängig berücksichtigte Einsicht, dass, so schon frühzeitig der deutsche Gesetzgeber, «*bei aller Scheusslichkeit der Darstellungen nicht übersehen werden (darf), dass Verbreitung nicht dem sexuellen Missbrauch gleichgestellt werden darf*»,²⁹ wird hier ausgeblendet. In Deutschland wurden einer solchen moralisierenden Sicht dem Grunde nach jüngst sogar verfassungsrechtliche Weihen verliehen: Solange und soweit sich gesellschaftliche Moralvorstellungen als «*kulturhistorisch begründete, nach wie vor wirkräftige gesellschaftliche Überzeugung*» verstehen lassen, stehe der Legitimation von Kriminalstrafe nichts im Wege.³⁰

Im besonderen Masse anfällig für moralisierende Überzeugungen ist das neue Rechtsgut «*ungestörte sexuelle Entwicklung Minderjähriger*». Es besteht nämlich die Gefahr, dass sich das Strafrecht die Idealisierungen und Ästhetisierungen der «*Welt der Kinder*» zu Eigen macht und im Kern «*die Reinheit der*

27 Vgl. FISCHER (Fn. 13), vor § 174 N 6a. Auch über Ehrverletzungsdelikte wird diese Art von Zudringlichkeit jedenfalls nach h.L. nicht (mehr) erfasst (s. LENCKNER/EISELE, Schönke/Schröder, § 185 N 4; s. aber noch BGH NSTz 1987, 21). Zur Schweiz s. MENG/SCHWAIBOLD, Art. 198 N 17 m.zahlr.Nachw., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007

28 BGE 128 IV 207; 131 IV 19. Dies zeigt sich auch im Umfeld der Sexualdelikte: Erst jüngst stufte das BGE den Vorwurf, der Ehemann verstosse gegen die eheliche Treuepflicht, als ehrenrühriges Verhalten im Sinne der Ehrverletzungsdelikte ein (BGE, 14.3.2007, 6S.5/2007; ebenso bereits BGE, 6.12.2000, 6S.752/2000). Demgegenüber ablehnend die h.M. in Deutschland, s. näher HILGENDORF, LK, 12. Aufl. 2010, vor § 185 N 35 f., § 185 N 28 ff.; vgl. auch bereits ARZT, JuS 1982, S. 725.

29 BT-Drs 12/4883, S. 7.

30 BVerfG, NJW 2008, S. 1137, 1140, mit abweichender Meinung von HASSEMER.

Kindheit» strafbewehrt wird.³¹ Nach diesem Bild sind Kinder asexuelle Wesen, deren Natur es ist, sich in einer Welt zu bewegen, die von der Welt der Erwachsenen getrennt ist und die durch die Reinheit der Kinder Schönheit und Anmut gewinnt.³² Unter diesem Leitmotiv erschien es konsequent, die Verführung eines «verdorbenen Kindes» als Strafmilderungsgrund anzusehen.

Derartige Konzeptionen von Kindheit zu verstärken, darf indes nicht das Anliegen eines rationalisierten Rechtsgüterschutzes sein. Gelegentlich wird deshalb Zuflucht im Minderjährigen- bzw. Jugendschutz gesucht. Es gehe auch um öffentliche Interessen³³ – was letztlich auf kulturhistorisch begründete gesellschaftliche Überzeugungen zurückführt. Soll demgegenüber der Individualschutz gestärkt werden, so hat sich hier vor allem in der deutschen Literatur Skepsis breit gemacht ob der Nachweisbarkeit schädlicher Folgen,³⁴ wovon sich der BGH freilich unbeeindruckt zeigt, seien Kinder vor sexuellen Kontakten doch «schlechthin» zu schützen.³⁵ Je nach Gewichtung dieser Skepsis wird entgegengehalten, dass «keine Rede davon sein (könne), dass der Staat beweisen muss, dass das strafbare Verhalten wirklich schädlich und das geschützte Gut wirklich wertvoll ist».³⁶ So zeige sich doch gerade im Bereich des Umweltschutzes die strafrechtliche Akzeptanz des Grundsatzes nicht in dubio pro libertate, sondern in dubio contra libertatem. Gewiss zutreffend ist, dass dem Staat auch bei Zweifel über eine nachweisbare Individualschädigung ein erheblicher Freiraum zusteht. Und ebenso richtig ist, dass das Strafrecht Freiheit verteilt: Was dem Täter mehr an Freiheit gibt, bedeutet ein Mehr an PreSSION und damit Unfreiheit für das Opfer. Dann aber bedarf bei der Sexualdelinquenz das Phänomen der «sekundären Viktimisierung» des Opfers, sein nachträglicher erneuter Freiheitsverlust, hier der Berücksichtigung. Denn höchstpersönliche Werte der Opfer stehen durch die Erfordernisse des Strafverfahrens, in dem der ursprüngliche Konflikt nunmehr «zur Sprache gebracht» werden muss, auf dem Spiel, weshalb dem Gesetzgeber insofern eine spezifische Pflicht zur Rücksichtnahme, genauer: eine von den Umständen abhängige Optimierungspflicht, obliegt. Gerade die Verwendung strafrechtlicher Instrumente kann in diesen intimen und verletzlichen Konstellationen die Verletzten zusätzlich bedrohen, sodass im Unterschied zu anderen Kriminalisierungsbereichen hier weitere Begründungen und Abwägungen notwendig sind.

31 Siehe HÖRNLE, FS-Eisenberg, München 2009, S. 331 ff.

32 Vgl. ARCHARD, Children Rights and Childhood, 2. Aufl., London 2004, S. 37 ff.

33 FISCHER (Fn. 13), vor § 174 N 5.

34 Vgl. AMELUNG/FUNCKE/AUFFERMANN, StraFo 2004, S. 118; PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, § 176 N 1.

35 BGHSt 38, S. 68, 70 – so auch der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, BT-Drs IV/3521, S. 35.

36 ARZT/WEBER, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000, § 1 N 7.

Begründungen, weshalb Sexualkontakte, die nicht gewaltsam, nicht durch Drohungen und nicht wegen äusseren Umständen geschuldeter Hilflosigkeit bei Minderjährigen zustande gekommen sind,³⁷ finden sich für wichtige Bereiche mittlerweile in den Sozialwissenschaften. Es ist das Verdienst von Tatjana Hörnle,³⁸ Stand und Entwicklung der einschlägigen Forschung der strafrechtlichen Diskussion zugänglich gemacht zu haben. Hiernach dürfte ausreichend gesichert sein, dass typischerweise Folgeschäden drohen, wenn es bei Kindern um sexuelle Handlungen von beträchtlicher Eingriffsintensität mit Körperkontakt geht. Gesichert erscheint vor allem, dass die Schwere des Missbrauchsgeschehens eine dominante Variable bei der Realisierung des Schädigungseintritts darstellt. Zudem erhöhen die Dauer der beschriebenen sexuellen Handlung sowie der Grad der Täter-Opfer-Beziehung und ein daraus resultierender Vertrauensbruch die Eintrittswahrscheinlichkeit von psychiatrisch diagnostizierbaren Störungen.

Zweifel an der Möglichkeit eines validen Schadensnachweises (und insoweit haben die skeptischen Stimmen ihre partielle Berechtigung) bleiben dagegen, wenn jene dominanten Korrelationsfaktoren nur schwach ausgeprägt sind. Dies ist gegeben etwa bei einem einmaligen Vorfall, bei Fehlen einer Vertrauensbeziehung bzw. bei sexuellen Handlungen, bei denen Erwachsene sich nicht die landläufige Devise zu Eigen machen: Kinder wünschen zärtliche Zuwendung, Erwachsene wollen erfolgreichen Sex.³⁹

C. Vergleich

Im Hinblick auf die Reichweite des § 176 StGB Deutschland und Art. 187 StGB Schweiz ist zunächst festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber wesentlich weiter als die Schweiz sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt zu Kindern unter 14 Jahren unter Strafe stellt (§ 176 Abs. 4 Ziff. 1, 3 und 4). Ein Gleichlauf im deutschen und schweizerischen Sexualstrafrecht besteht zunächst dann, wenn der Täter vor dem Kind mit allen Zeichen sexueller Erregung onaniert und es so, wie Art. 187 Ziff. 1 Alternative 3 StGB deutlich macht, in die sexuelle Handlung «einbezieht», d.h. seinerseits zum Sexualobjekt macht.⁴⁰ Und Gleichlauf besteht auch dann, wenn ein siebenjähriges Kind Augenzeuge des scheusslichen Vorfalles wird, dass seine Mutter von seinem Vater mit einem Messer bedroht wird, gefesselt und vergewaltigt wird. Sofern für den Täter die Wahrnehmung durch das Kind von keinerlei Bedeutung ist, wird es auch

37 Vgl. dazu SICK/RENZIKOWSKI, FS-F.C. Schroeder, Heidelberg 2006, S. 608 ff.

38 FS-Eisenberg (Fn. 31), S. 328 f.

39 Vgl. DANNECKER, Das Drama der Sexualität, Hamburg 1987, S. 83 f.; RENZIKOWSKI, MüKo, vor § 174 ff. N 25

40 BGE 129 IV 170 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 7 N 16.

nicht in das sexuelle Geschehen «einbezogen».⁴¹ Soweit in der deutschen Lehre dagegen kritisch eingewendet wird, es handle sich angesichts eines «gewalt-sam erzwungenen, eingriffsintensiven Sexualkontakts» um einen «massiven Einbruch in die Intimsphäre (des Kindes) mit traumatischer Wirkung»,⁴² wird dies von den soeben berichteten sozialwissenschaftlichen Befunden nicht ausreichend gedeckt. Gegen eine solche Extension spricht in Deutschland zudem die Systematik.⁴³

Unterschiede bestehen dagegen im Bereich der verbotenen sexuellen Kommunikation mit oder zu einem Kind. Es geht um Einwirkungen auf ein Kind durch Schriften bzw. durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder durch entsprechende Reden etc. (§ 176 Abs. 4 Ziff. 3, 4). Mit einer Mindeststrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird sogar der Versuch der Verabredung im Internet drastisch kriminalisiert ebenso wie die Verabredung zu den genannten Einwirkungstaten! Es gehe darum, so wird gesagt, das täuschende Kontakte-Knüpfen von Pädophilen in Chatrooms, Badeanstalten, Autobussen oder Sportstätten schon im Vorfeld zu verhindern. Perfektionistisch sollen sogar Scheinerklärungen, also solche Äusserungen in der Spassgesellschaft, denen jegliche Ernstlichkeit abgeht, erfasst werden.⁴⁴

In der Schweiz dagegen gelten noch die allgemeinen Grundsätze. Bei Anbahnungen über Chatrooms liegt nach BGer ein strafbarer Versuch von «sexuellen Handlungen mit Kindern» (Art. 187) dann vor, wenn der zur Tat entschlossene Täter zahlreiche einschlägige Chat-Gespräche mit dem potentiellen Opfer geführt hat, an den vereinbarten Treffpunkt reist und sich dort einfindet.⁴⁵ Dem für den Beginn der Ausführungshandlung massgebenden point of no return steht nach einer Art normativer Schwerpunkttheorie nicht entgegen, dass die Durchführung sexueller Handlungen naturalistisch einen Ortswechsel voraussetzen. Im Übrigen denkt bislang noch niemand ernsthaft daran, die soziale Kommunikation als solche weit im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung zu kriminalisieren – sieht man von Art. 198 (Sexuelle Belästigung) ab.⁴⁶ Mit einiger Angestrengtheit muss sich dagegen die deutsche Lehre bemühen, einigermassen plausible Interpretamente für eine angemessene Ausgrenzung sozial neutralen Verhaltens zu finden. Die Straftatbestände mit ihrer fast vollständigen Verlage-

41 So in restriktiver Auslegung BGHSt 49, S. 376 mit krit. Anm. SCHROEDER, JR 2005, S. 258.

42 HÖRNLE, LK, § 176 N 77.

43 Näher PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, § 184g N 22.

44 BT-Drs 15/350, S. 18.

45 BGE 131 IV 100, 105; vgl. MAIER, Art. 187 N 25, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007. Zur Frage der vorbeugenden Ermittlung von Pädophilen in Kinderchatrooms und die durch das Inkrafttreten der Schweizerischen StPO am 1.1.2011 entstandene neue Situation, s. STUDER, Jusletter v. 15.11.2010.

46 Dazu BGer, 29.1.2004, 1P.587/2003; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 198 N 19, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007.

rung des Unrechts in den subjektiven Bereich leisten hierzu so gut wie nichts.⁴⁷ Der Hinweis in der deutschen Gesetzesbegründung, Strafbarkeit liege aber nicht vor, wenn auf Kinder eingewirkt werde, damit sie «ein positives Gefühl zu ihrem Körper und zu ihrer Sexualität entwickeln»,⁴⁸ mag als allgemeine Einführung in eine Sexualekzelsbibel für den Vorschulunterricht dienlich sein, sie taugt dagegen wenig für die hier anstehenden Fragen. Dies alles hat etwa im Hinblick auf strafbares «Reden» (wazu natürlich auch Lieder gehören, zumal manche Landsmannschaft für die derbe Musikalität ihrer Botschaften berüchtigt ist) zur Folge, dass einerseits «nicht alle Merkmale der Pornographie vorliegen müssen». Notwendig ist aber andererseits, dass die Äusserung in ihrer Art und Intensität einer pornographischen Darstellung entspricht. Deshalb wird erfreulicherweise zwar nicht «jede sexualbezogene Äusserung, auch gesungen» erfasst. Und auch bei oberflächlichem Nur-so-Dahinreden ist man sich ob seiner Irrelevanz einig, freilich nur, sofern dies «kurz» geschieht. Wer sich hier Trennschärfe über den subjektiven Tatbestand, etwa im Wege einer entsprechenden sexualhandlungsbezogenen Absicht, erwartet, wird aber ebenso enttäuscht. Denn es genüge Eventualvorsatz.⁴⁹ Wie man danach tiefer greifende Eingriffe des Strafrechts in den Alltag bestimmter sozialer Kreise, von manchen als Prekariat bezeichnet, vermeiden will, bleibt offen. Vielleicht muss man ja wirklich auf den «öffentlichen Frieden» gleichsam notstandsmässig zurückgreifen⁵⁰ (und damit möglicherweise die Lautstärke («Gröhlen») als Kriterium einführen (was aber wiederum Lücken im Chatroom-Bereich auftut), um Überkriminalisierung zu vermeiden.

D. Neuorientierung

Aber abgesehen von solchen Auswüchsen bleibt gemeinsames und ernsthaftes Thema die Ergänzung des *Rechtsguts* «*der ungestörten sexuellen Entwicklung Minderjähriger*», und zwar für jenen Bereich, der nicht überzeugend mit dem Recht auf Abwehr potentieller Schädigungen zu legitimieren ist.

Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass immer dann, wenn es um einen rechtlich relevanten sexuellen Vorgang geht, die sexuelle Selbstbestimmung eine wirksame Einwirkung aller Personen erfordert, denen eine Rolle bei diesem Vorgang zugewiesen wird, und zwar auch dann, wenn der aktiv Handelnde den Anderen nur eine Bedeutung als Zuschauer zuordnet. Für strafrechtliches Unrecht ist danach konstitutiv, dass eine derartige sexuelle Handlung ohne

47 Krit. auch FISCHER (Fn. 13), § 176 N 15; vgl. auch RENZIKOWSKI, MüKo, § 176 N 18.

48 BT-Drs 15/350, S. 18.

49 Vgl. HÖRNLE, LK, § 176 N 108.

50 So das Angebot in BT-Drs 15/29, S. 10.

Einwilligung erfolgt.⁵¹ Auf diese Weise lässt sich auch der Minderjährigenschutz ergänzen. Denn sexuelle Selbstbestimmung umfasst auch deren negative Ausprägung, also das Abwehrrecht gegen Zugriffe anderer.⁵² Abwehrrechte bestehen in vollem Umfang auch für diejenigen, die konstitutionsbedingt derartige Rechte noch nicht selbst durchsetzen können – was im Verfassungsrecht unstrittig ist, sollte auch im Strafrecht keinen Widerspruch hervorrufen. Abwehrrechte entfalten ihre Funktion, wenn keine wirksame Einwilligung der betroffenen Personen vorliegt. Keine Kollisionen mit wirksamen Gestaltungsrechten können dann entstehen, wenn es um ein Verhalten geht, das von keinerlei Einverständniserklärung des Minderjährigen gedeckt ist. Probleme können dagegen dann auftreten, wenn Minderjährige faktisch ihr Einverständnis erklären. Nach jüngsten Entwicklungen ist die Rechtsordnung auch bereit, jedenfalls in Deutschland, Kindern und dabei auch im Verhältnis zu ihren Eltern ausdrücklich eigene Rechte zuzubilligen, Zudem können subjektive Rechte von Minderjährigen sogar wichtiger sein als subjektive Freiheitsrechte der Eltern.⁵³ Strafrechtlich betrachtet werden Einwilligungen von Minderjährigen in sexuelle Handlungen entsprechend (gegebenenfalls abgestufter) normativ festgesetzter Altersgrenzen im Prinzip unwiderleglich als unwirksam betrachtet.⁵⁴ Dadurch kann Rechtsgüterschutz nun aber leicht in ein paternalistisches Regime der Stabilisierung einer emotionalisierten oder ideologisierten Konzeption umschlagen – worauf sogleich zurückzukommen ist. Für den jetzigen Gedankengang erscheint wesentlich, dass das Recht auf psychische und sexuelle Entwicklung untermauert und ergänzt werden kann durch Abwehrrechte der Minderjährigen, so als Abwehrrechte gegen unmittelbare Folgen erheblicher Sexualakte, der Abwehr mittel- oder langfristiger Schäden für die psychische und sexuelle Entwicklung und schliesslich als reines Abwehrrecht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.⁵⁵

IV. Schutzaltersgrenzen

Die Entwicklung der Sexualität bzw. die Fähigkeit, Sexualität eigenverantwortlich zu gestalten, verläuft von Person zu Person individuell, ganz abgesehen von Unterschieden zwischen Jungen und Mädchen. Es gibt frühreife ebenso wie retardierte Minderjährige. Schutzaltersgrenzen sind deshalb stets proble-

51 In diesem Sinne FISCHER, (Fn. 13), § 183 N 2; HÖRNLE (Fn. 31), S. 335, SICK/RENZIKOWSKI (Fn. 37), S. 613.

52 Vgl. z.B. SCHROEDER (Fn. 6), § 17 N 16.

53 BVerfG, NJW 2008, S. 1287, 1288 f.

54 Vgl. FISCHER, (Fn. 13), vor § 174 N 9a.

55 Näher HÖRNLE (Fn. 31), S. 336.

matisch. Eine praktikable Alternative ist freilich nirgendwo ersichtlich.⁵⁶ Umso heikler ist bei einer generellen Regelung die Frage, bei welchem Alter diese Grenze zu ziehen ist. Aufgabe dieser Altersgrenzen ist, die prinzipiell unwiderlegliche gesetzliche Vermutung der fehlenden Einwilligungsfähigkeit mangels Erkenntnis- und Urteilsvermögens im Hinblick auf sexuelle Gestaltungsrechte festzulegen.

In der Schweiz wurde diese Grenze, entgegen dem Votum der Expertenkommission (14 Jahre), prinzipiell auf 16 Jahre festgesetzt. Mit Rücksicht auf die internationalen Gegebenheiten findet sich eine Ausnahme im Zusammenhang mit den Regelungen über den Geltungsbereich: Sexuelle Handlungen mit Kindern im Ausland werden nur erfasst, wenn das Opfer weniger als 14 Jahre alt war (Art. 5 Abs. 1 lit. b).⁵⁷ Eine weitere Ausnahme gilt bei Förderung der Prostitution (Art. 195, 18-jähriges Opfer).

Prinzipiell vorzuzugswürdig erscheint es dagegen, mit Deutschland stärker zu differenzieren: Ein absolutes Verbot normiert § 176 (Sexueller Missbrauch von Kindern) für sexuelle Kontakte mit Kindern bis zu einem Alter von unter 14 Jahren. Für 14- und 15-Jährige gilt kein absoluter Schutz vor Sexualkontakten schlechthin. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die sexuelle Autonomie bei dieser Altersgruppe zwar noch eingeschränkt und ein Schutz vor fremdbestimmten Sexualkontakten geboten ist. Der Schutzzumfang richtet sich aber zum einen nach der Beziehung zum Täter, wobei etwa sexuelle Handlungen ausnahmslos verboten sind mit Personen, denen der Jugendliche zur Erziehung usw. anvertraut ist (§ 174 Abs. 1). Zum andern bestimmt sich die Strafbarkeit nach der Motivation, die an den Jugendlichen herangetragen wird, so bei der wucherähnlichen Ausbeutung persönlicher Bedrängnis (§ 182 Abs. 1) und bei Sexualkontakten gegen Entgelt (§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 1 Nr. 1). Eine Rolle spielt dabei auch das psychosoziale Gefälle zwischen dem jugendlichen Opfer und dem über 18-jährigen Täter.

Problematisch ist weiter die Frage, ob und inwieweit sich *Eltern durch Unterlassen* strafbar machen, wenn sie gegen sexuellen Umgang mit ihrem unter 16-jährigen Kind nicht einschreiten bzw. «Gelegenheit dazu verschaffen oder gewähren» (§ 180 Abs. 1 Nr. 2). Die ältere Rechtsprechung in der Schweiz bejahte umstandslos die Strafbarkeit.⁵⁸ Demgegenüber sind in der Praxis in den letzten Jahren keine Verurteilungen mehr bekannt geworden. In Deutschland wurde demgegenüber ein sogenanntes *Erzieherprivileg* gesetzlich verwirklicht (§ 180 Abs. 1 Satz 2), wonach den Eltern ein pädagogischer Handlungsspiel-

56 Näher SICK/RENZIKOWSKI (Fn. 37), S. 611 f., HÖRNLE, LK, VOF § 174 N 59; JENNY (Fn. 11), Art. 187 N 3 f.; MAIER, Art. 187 N 3, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 7 N 5.

57 Dazu HEINE, FS-Eser, München 2005, S. 493 ff.

58 Näher TRECHSEL/BERTOSSA, PK, Art. 187 N 21.

raum eingeräumt wird und zudem einem pädagogischen Notstand Rechnung getragen werden soll, in dem der Sorgeberechtigte vor der Alternative steht, entweder der sexuellen Betätigung des Kindes Vorschub zu leisten oder das Vertrauensverhältnis zu den Jugendlichen und damit die Chance künftiger erzieherischer Einwirkungen zu gefährden.⁵⁹ Dieses Privileg entfällt nur bei gröblicher Verletzung der Erziehungspflicht. Eine staatliche Intervention wird hier zu Recht auf Extremfälle begrenzt, in denen ein Nichteinschreiten als schlechthin unvertretbar erscheint.⁶⁰

Weiter reduziert wird in Deutschland der Schutz von 16- und 17-jährigen. Ausnahmslos sind hier aber alle Sexualkontakte mit Erziehungsberechtigten verboten (§ 174 Abs. 1 Nr. 3). Im Übrigen kommt es auf den Missbrauch bestimmter Abhängigkeitsverhältnisse an (§ 174 Abs. 1 Nr. 2, 180 Abs. 3). Dies trifft sich im Wesentlichen mit der Schweizer Regelung in Art. 188.

Starre Altersgrenzen haben den Nachteil, dass *jugendliches Probierverhalten* und *jugendliche Liebesbeziehungen* als Unrecht erfasst werden. Dies wird zum besonderen Problem bei relativ hohen Altersgrenzen wie in der Schweiz. Zum früheren Recht hatte das Bundesgericht Strafbarkeit ohne Bedenken bejaht.⁶¹ Demgegenüber fehlt es seit 1992 an der Verwirklichung des tatbestandsmässigen Unrechts von Art. 187, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten «nicht mehr als drei Jahre beträgt». Natürlich können jene Gründe auch bei grösserem Altersabstand gegeben sein. Abhilfe ist in solchen Fällen gesetzlich möglich durch den fakultativen Verzicht auf Verfolgung oder Bestrafung (Art. 187 Ziff. 3). Nach h.M. beschränkt sich die Strafbarkeit in jedem Fall auf das ältere Kind.⁶² In Deutschland dagegen fehlt materiell eine solche flexible Möglichkeit (immerhin aber bei niedrigerer Schutzaltersgrenze). Zudem wurde sogar der frühere Strafrahmen für minderschwere Fälle abgeschafft.⁶³ Freilich stehen prozessuale Lösungen zur Verfügung: So kann der Staatsanwalt nach § 45 JGG ohne Zustimmung des Richters von der Strafverfolgung absehen. Zudem besteht noch in der Hauptverhandlung die Möglichkeit der richterlichen Verfahrenseinstellung (§ 47 JGG).

Mit der starren Schutzaltersgrenze verbinden sich zwangsläufig besondere *Irrtumsprobleme*, beruft sich der Täter doch in der Praxis häufig darauf, durch das Bild der äusseren Entwicklung oder durch falsche Angaben der Minderjährigen getäuscht worden zu sein. Vorsatzausschluss aber führt zur Straflosigkeit. In Deutschland wird davon ausgegangen, dass infolge der Beweisprobleme beim Vorsatz das Schutzalter praktisch um zwei Jahre heruntersetzt werde.⁶⁴

59 Vgl. PERRON/EISELE, in Schönke/Schröder, § 180 N 13; FISCHER (Fn. 13), § 180 N 10.

60 FISCHER (Fn. 13), § 180 N 11; RENZIKOWSKI, MüKo § 180 N 49.

61 BGE 92 IV 9 f; krit. JENNY, (Fn. 11), Art. 187 N 5.

62 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 7 N 7, TRECHSEL/BERTOSSA, PK, Art. 187 N 4.

63 Krit. auch HÖRNLE, LK, vor § 174 N 63, § 176 N 5.

64 SCHROEDER (Fn. 6), § 20 N 5.

Die Schweiz hat dagegen, durchaus problematisch,⁶⁵ den schon im alten Recht vorgesehenen *Fahrlässigkeitstatbestand* beibehalten. Jedoch zeichnet sich auch hier eine Entkriminalisierung ab. Denn nach früherem Recht war ständige Rechtsprechung, dass der Täter entweder mögliche Zweifel über das Alter durch Erkundigungen auch bei Dritten beseitigen oder er auf die sexuellen Handlungen verzichten musste.⁶⁶ Demgegenüber billigt nun das BGE einem knapp über 20-jährigen Mann zu, dass er sich auf die wiederholte Versicherung eines knapp unter 16-jährigen Mädchens, in wenigen Tagen 17 Jahre alt zu werden, verlassen darf.⁶⁷

V. Pornographie

Wir wenden uns zunächst allgemeinen Fragen zu (1.) und thematisieren sodann die Problematik des Besitzes (2.).

A. Allgemein

Einen kurzen Überblick über die Strafvorschriften gegen Pornographie in Deutschland zu geben wäre ein aussichtsloses Unterfangen. Denn mit dem Ziel, den Umgang mit der Pornographie möglichst umfassend, aber auch differenziert zu regeln, hat der Gesetzgeber ein vierteiliges Ungetüm mit 16 Tatbestandsalternativen sowie weiteren Untervarianten geschaffen (§ 184–184c), die jeweils unterschiedliche Schutzrichtungen verfolgen. Die Schweiz kommt dagegen mit einem einzigen Artikel 197 aus; Ausdehnungen erfolgten bei der Revision von 1992 und sodann 2001, insbesondere im Namen des Kinderschutzes.

Weitere Reformen stehen in beiden Ländern an, in der Schweiz etwa durch die Initiative zum Schutz von Kindersextourismus (4. November 2010) und die Umsetzung der Europarechtskonvention zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, in Kraft seit 1. Juli 2010.⁶⁸ In dem Bemühen, den Jugendschutz zu verstärken und Schutz vor ungewollter Konfrontation zu gewährleisten, besteht in beiden Ländern die Tendenz, den Strafbarkeitsbereich zu überziehen, vor allem in Deutschland sollen abstrakte Gefährdungen von (bei näherem Zusehen nicht sonderlich überzeugenden) Rechtsinteressen «bis in entfernte Winkel vorbereitender Handlungen» verfolgt werden.⁶⁹ Insbesondere im Hinblick auf diffuse Gefahren durch das Internet scheint das Strafrecht Schritt für Schritt zu einem Kampfmittel ausgebaut zu werden, bei dessen scheinbar preiswertem Einsatz effektivere und weniger ein-

65 Vgl. JENNY, (Fn. 11), Art. 187 N 29.

66 BGE 100 IV 232 f.

67 BGE 119 IV 142; dazu WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1999, S. 126; TRECHSEL/BERTOSSA, PK, Art. 187 N 16; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 7 N 21.

68 Siehe Jusletter v. 7.6.2010.

69 FISCHER (Fn. 13), § 184 N 3a; vgl. HÖRNLE, MüKo, § 184 N 4.

griffsintensive Alternativen (wie z.B. Sperrmechanismen) leicht ausser Blick geraten.

Die *Unterscheidung zwischen einfacher und harter Pornographie* geht in Deutschland auf das 4. StrRG von 1973 zurück, in der Schweiz erfolgte die Trennung 1992.⁷⁰ Hierzulande ist der Begriff der harten Pornographie weiter als in Deutschland, erfasst er doch, wie bereits vermerkt, Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen u.a. «mit menschlichen Ausscheidungen» zum Inhalt haben. Die Definitionsversuche von weicher Pornographie liegen auf einer Linie: Die Darstellung muss nach objektivem Urteil auf die sexuelle Aufreizung des Konsumenten angelegt sein und zudem so sehr aus den Sexualität üblicherweise begleitenden Bezügen herausgelöst sein, dass die Darsteller zum beliebig auswechselbaren Objekt werden.⁷¹ Eine absolute Grenze lässt sich allein aus dem Gegenstand der Darstellung in beiden Ländern nicht ableiten, massgebend ist der Gesamteindruck. Eine gewisse Präzisierung wird durch die Schutzrichtungen der Tatbestandsvarianten erwartet – wenngleich eher Diffusion eingetreten ist.

Auch Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt haben, gehören in der Schweiz zur harten Pornographie (Art. 197 Ziff. 3^{bis}). In Deutschland dagegen ist der Begriff der harten Pornographie auch insoweit enger: Kinderpornographische Schriften, wozu auch kraft gesetzlicher Gleichstellung Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen gehören (§ 11 Abs. 3), werden in §§ 184b, c erfasst. Der Nachbarstaat unterscheidet dabei, dem EU-Rahmenbeschluss vom 20. Dezember 2003 Rechnung tragend, zwischen kinderpornographischen Schriften (§ 184b, Kinder bis zu 14 Jahren) und jugendpornographischen Schriften (§ 184c, Jugendliche bis zu 18 Jahren), wobei die Tathandlungen (Verbreiten, Erwerb, Besitz sowie Vorbereitungshandlungen) dieselben sind, die Strafdrohungen sich aber unterscheiden. Denn bei jugendpornographischen Schriften wird, entsprechend dem Gedanken eines abgestuften Minderjährigenschutzes, ein geringerer Unrechtsgehalt gesehen.⁷² In der Schweiz ist demgegenüber notwendige Bedingung, dass der Darsteller sich noch im Schutzalter von 16 Jahren befindet⁷³ (oder ein solcher Eindruck entsteht, dazu sogleich); im Übrigen ist im Streit, und nicht ausreichend geklärt, ob zur Abgrenzung des «Normalen» hinzukommen muss, dass der Darsteller «offensichtlich nicht geschlechtsreif» ist bzw. die Darstel-

70 Näher BUNDI, *Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz*, Bern 2008, S. 47 f.

71 Vgl. zur Schweiz BGE 133 IV 34; 131 IV 66 f.; BUNDI (Fn. 70), S. 55 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 6; zu Deutschland siehe BGHSt 37, 59 f. und bereits BGHSt 23, 40 («Fanny Hill»); HÖRNLE, MüKo, § 184 N 15; FISCHER (Fn. 13), § 184 N 7; SCHROEDER (Fn. 6), § 23 N 4.

72 BT-Drs 16/964638; FISCHER (Fn. 13), § 184c N 2.

73 CASSANI, ZStrR 1993, S. 432; HURTADO POZO, *Droit pénal, partie spécial*, Zürich 2009, N 3206.

lung «pädophilen Charakter» haben muss.⁷⁴ Dies wiederum hängt auch damit zusammen, ob die sexuellen Handlungen mit Kindern prinzipiell als deren eigentlicher Missbrauch erscheinen müssen.⁷⁵ Diese Fragen sind in Deutschland im Sinne einer Erweiterung der Strafbarkeit durch Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 20. Januar 2004 geklärt; das sexuell aufreizende Posieren ist stets kinderpornographisch.⁷⁶ Auf dieser weiten Linie liegt mittlerweile auch das schweizerische Bundesgericht.⁷⁷

Geht es um einen mittelbaren Schutz der Darsteller vor sexueller Ausbeutung, so wäre es konsequent, wenn gesetzlich zwischen realer oder zumindest wirklichkeitsnaher und (nur) virtueller Kinderpornographie unterschieden würde. Eine solche Differenzierung fehlt in der Schweiz gänzlich.⁷⁸ In Deutschland wird hier wenigstens im Ansatz differenziert, freilich nur im Hinblick auf Verschaffung, Besitz usw. (§§ 184b, 184c Abs. 2–4), sodass insoweit in der Tat von einem echten Jugendschutz gesprochen werden kann.⁷⁹ *Virtuelle sexuelle Pornographie* meint dabei durch Computer simulierte Geschehnisse, Gleiches gilt für Comics. Diese will der schweizerische Gesetzgeber unter Art. 197 Ziff. 3^{bis} erfasst haben.⁸⁰

Was gilt dann bei *fiktiver Pornographie*, also etwa bei Imitationen von Erwachsenen, die sich als Kinder darstellen (Lolita-Effekt)? In Deutschland sind nach h.M. auch Darstellungen einer «Scheinwirklichkeit» erfasst, die nach dem Willen des Herstellers als solche gerade nicht erkennbar sein soll.⁸¹ Da ein fiktives Geschehen ausreicht, genügt es, wenn bei den Betrachtern gezielt der Eindruck erweckt werden soll, dass es sich um ein Kind handle – auch wenn der Darsteller oder die Darstellerin in Wirklichkeit älter ist.⁸² Wird dagegen umgekehrt dem Zuschauer suggeriert, dass der Darsteller kein Kind mehr sei, obwohl dies in Wahrheit der Fall ist, auch dann wird in Deutschland eine Verurteilung

74 MENG/SCHWAIBOLD, BK, Art. 197 N 22; TRECHSEL/BERTOSSA, PK, Art. 197 N 11; JENNY (Fn. 11), Art. 197 N 6; vgl. BUNDI (Fn. 70), S. 79 ff.

75 So BGE 131 IV 74 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 7; krit. BOMMER, ZBJV 2008, S. 20; vgl. auch BGE 133 IV 35; dazu BOMMER, ZBJV 2009, S. 929. Schwerlich damit zu vereinbaren aber BGE 128 IV 25, 29 (400%ige Vergrößerung des Geschlechtsteils auf einem statischen Nacktfoto); vgl. auch WEISSENBERGER, ZBJV 2002, S. 356 f. Legitimiert werden soll eine solche extensive Interpretation durch eine zu befürchtende sexuelle Aufreizung des Betrachters, was kaum mehr diszipliniert wird durch den an und für sich richtigen Gedanken der öffentlichen Erniedrigung und Entpersonalisierung des Tatobjekts Mensch.

76 BGH 43, S. 368; HÖRNLE, MüKo § 184b N 7; PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, § 184b N 3a.

77 BGer, StrA, 21.3.2006, 6S.497/2005; näher BUNDI (Fn. 70), S. 81.

78 Kritisch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 7; WEISSENBERGER, ZBJV 1999, S. 168 f.; vgl. auch BUNDI, (Fn. 70), S. 83.

79 SCHROEDER (Fn. 6), § 23 N 23.

80 BBl 2000 III 2983; vgl. BUNDI (Fn. 70), S. 83.

81 BGH 43, 369 f.; FISCHER (Fn. 13), § 184b N 13a.

82 BGH vom 27.6.2001 – 1 StR 66/01; HÖRNLE, MüKo, § 184b N 8.

unter dem Gesichtspunkt «Darstellerschutz» begründet, wenn der Verweis auf angeblich volljährige Darsteller nur legale Inhalte vortäuschen soll.⁸³ Erstere Lösung hat nun mit einem Schutz minderjähriger Darsteller nichts mehr zu tun. In Tat und Wahrheit geht es um Beweisprobleme, die unter dem Gesichtspunkt einer Strafbegründung freilich stets problematisch sind. Teilweise wird auf eine gleiche Schutzwürdigkeit verwiesen und diese mit der identischen korrumpierenden Wirkung auf den Betrachter begründet. Gewechselt wird damit die Perspektive, die aber bei eigenverantwortlich betrachtenden Erwachsenen wiederum problematisch ist und deshalb im Grunde nichts anderes als die öffentliche Moral meint. Neuerdings wird zur Fundierung verstärkt auf *Markmechanismen* abgestellt.⁸⁴ Zwar kann der in der Vergangenheit liegende Scheinmissbrauch den Verbreitern, Erwerbern usw. nicht zugerechnet werden. Verantwortlichkeit bestehe aber deshalb, weil ein Markt unterstützt würde, auf den die Nachfrage zur Produktion neuer Angebote führe und zur Produktion zwangsläufig weitere Scheinstraftaten begangen werden müssten. Diese recht quer daher kommende Argumentation hat bislang die Schweiz in voller Tragweite noch nicht erreicht, wenngleich es offenbar dem Willen des Gesetzgebers entspricht, auch Schein- Pornographie zu erfassen.⁸⁵

Zugespitzt sind diese Fragen dann, wenn es um den Besitz von Kinderpornographie geht.

B. Besitz

Die Kriminalisierung des blossen Habens von Gütern ist in einem Strafrechtssystem, das Freiheitsbeschränkungen an dem Grundsatz des *neminem laedere* bemisst, allemal problematisch, geht es doch um die Strafbewehrung abstrakter Gefährdungen. Ihre Legitimation und Überzeugungskraft hängt von der Wichtigkeit des geschützten Rechtsgutes ab, der Intensität des Zusammenhangs zwischen Besitz und Gefährdung sowie dem Bereich, den wir als Privatsphäre bereit sind, als strafrechtlichen Freiraum zu akzeptieren. Zu den mittlerweile klassischen Besitzdelikten kann man den Besitz von hochgefährlichen Waffen zählen, geht von ihnen doch eine immanente Gefahr für Leib und Leben anderer aus. Vor allem im Nebenstrafrecht finden sich mittlerweile nicht wenige Straftatbestände, die unterhalb eines solchen immanenten Gefährdungspotentials an die Rolle des «Täters» als Marktteilnehmer anknüpfen und die Nachfrage nach bestimmten illegalen Gütern oder Dienstleistungen mit Kriminalstraf-

83 BGH vom 27.6.2001; HÖRNLE, MüKo, § 184b N 8.

84 Vgl. z.B. HÖRNLE, LK, VOR § 174 N 81; HARMS, NSTZ 2003, S. 646 sowie BGHSt 47, S. 61 und bereits SCHROEDER, ZRP 1990, S. 299; NJW 1993, S. 2581; ebenso BGE 131 IV 19; WEISSENBERGER, AJP 1998, S. 317; krit. in der Schweiz z.B. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 17.

85 Näher BUNDI, (Fn. 70), S. 83 f.

recht regulieren. Dies ist mit den klassischen Haftungsmodellen des Strafrechts schwerlich zu erklären. Denn es handelt sich, aus einer ökonomischen Perspektive, bei den «Tätern» nicht um diejenigen, welche die inkriminierten Produkte in Verkehr bringen oder herstellen, sondern um diejenigen, die theoretisch relevante Bedingungen setzen, aus denen heraus das Gesamtproblem, nämlich der Markt, der die Rechtsgutsverletzung in Gang hält, erklärt wird.⁸⁶ Mit einem solchen Modell entfernt sich das Strafrecht strukturell vom Rechtsgüterschutz bzw. der fass- und greifbaren Rechtsgutsverletzung. Denn was ist nicht alles abstrakt gefährlich im Hinblick auf die Funktionsbedingungen eines illegalen Marktes? Die herkömmlichen Begrenzungsinstrumente des Strafrechts verlieren ihre Bedeutung, die verbliebene Kategorie der «Strafwürdigkeit» wird leicht zum Transformator für Beliebigkeit und Populismus. Da gerät leicht der heimische Mausclick zum massgebenden Tatherrschaftsfaktor!

In der Tat bewegen sich beide Rechtsordnungen, v.a. aber Deutschland, in diese zweifelhafte Richtung. Vorbehalte werden aber nicht nur von einigen «wissenschaftlichen Bedenkenträgern» angemeldet, sondern auch von einem Vorsitzenden Richter des BGH, der die Gefahr eines «schrankenlosen kriminalisierenden Zugriffs auf Gedanken-Inhalte» sieht.⁸⁷

Zentralverteiler für Kinderpornographie ist mittlerweile das *Internet*. In der *Schweiz* ist (bislang) Straflosigkeit gesichert, wenn der Konsument lediglich einschlägige Bilder im Internet betrachtet, ohne sie auf seinen Computer oder einen Datenträger herunterzuladen. Mangels ausreichender Sachherrschaft fehlt es an einer Strafbarkeit auch dann, wenn der Internetbrowser in temporären Dateien automatisch eine Zwischenspeicherung vornimmt.⁸⁸ Nach h.M. liegt Besitz dann vor, wenn der Internetbenutzer die Darstellungen auf eigene Datenträger, z.B. seine Festplatte, herunterlädt und sie damit in seinen Herrschaftsbereich aufnimmt. Nach Bundesgericht erfüllt dieser Vorgang überdies das höher strafbewehrte Herstellen i.S.v. Art. 197 Ziff. 3.⁸⁹ Besitz soll der Konsument weiter dann haben, wenn er ein Zugangsrecht auf die Internetseite eines Dritten und damit auf alle dort gespeicherten Bilder der vereinbarten Art hat, er also nach Belieben auf sie zugreifen kann.⁹⁰ Weitergehenden Ver-

86 Näher H.J. ALBRECHT, ZStW 1999, S. 875 m.w.Nachw.

87 FISCHER (Fn. 13), § 184b N 21c; vgl. auch PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, § 184b N 15; SSW-HILGENDORF, Ergänzungsblätter, Köln 2009, § 184b N 17; LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. 2011, § 194b N 8; aus der Schweiz STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 23; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 53, 58, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007. Vgl. allgemein krit. zu Besitzdelikten, LAGODNY, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, S. 318 ff.

88 TRECHSEL/BERTOSSA, PK, Art. 197 N 16; BUNDI (Fn. 70), 102; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 58, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007.

89 BGE 131 IV 21; Bezirksgericht ZH, ZR 2008, S. 193, 202 ff.; ablehnend die ganz h.L. vgl. nur STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 22 m.w.Nachw.

90 BGer, 23.11.2006, 6S.254/2006, E. 3.3; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 2007, S. 313; BUNDI (Fn. 70), S. 103.

pflichtungen des Besitzers, die kinderpornographischen Produkte unverzüglich zu vernichten oder der Strafverfolgungsbehörde zu übergeben, wird zutreffend entgegengehalten, dass es hier im Gesetz an einer ausdrücklichen Handlungspflicht fehle.⁹¹

In *Deutschland* geht die h.M. noch einen *deutlichen Schritt weiter* als selbst das Schweizerische Bundesgericht: Festzuhalten ist zunächst, dass gesetzlich klar gestellt ist, dass es nur um Darstellungen mit Realitätsgehalt gehen kann (§ 184b Abs. 4, § 184c Abs. 4, anders als in der Schweiz!). Strafbar ist, wer es unternimmt, sich den Besitz zu verschaffen, ebenso wie der Besitz als solcher. Für Besitz wird eine «gewisse Verkörperung» verlangt, diese gewisse Verkörperung ist in Abweichung vom traditionellen Besitzbegriff hier aber strikt normativiert. Deshalb macht sich strafbar, wer Dateien im Arbeitsspeicher des Computers vorübergehend speichert, und auch dann, wenn diese Daten automatisch im Cache-Speicher gespeichert werden.⁹² Dies gilt sogar, wenn der Kunde aufgrund mangelnder technischer Kenntnisse von diesen Zusammenhängen nichts weiss.⁹³ Und noch darüber hinausgehend ermöglicht es die Ausgestaltung des § 184b IV als Unternehmensdelikt, jeglichen Versuch einer gezielten Suche, Internetseiten mit kinder- und jugendpornographischem Inhalt aufzurufen, zu bestrafen.⁹⁴ Sogar das blosses Öffnen einer unaufgefordert als E-Mail-Anhang zugegangenen Datei wird hiernach erfasst, sofern sie nicht unverzüglich vernichtet oder bei einer Behörde abgeliefert wird. Denn in den Begriff «Besitz» wird eine entsprechende Handlungspflicht kurzerhand hineininterpretiert⁹⁵ – was in der Schweiz konsequent abgelehnt wird.

Begründet wird dieses Abschleifen herkömmlicher Grundsätze und diese extensive Strafbarkeit mit den Gegebenheiten des Marktes: «Nur weil diese Produkte konsumiert werden, besteht ein Anreiz der Hersteller und Vertreiber, diese auf den Markt zu bringen und zu diesem Zweck Kinder zu missbrauchen. Dieser ständige Anreiz entsteht für Hersteller und Betreiber, neue Produkte anzubieten, gerade unabhängig davon, ob ein Betrachter entsprechender Seiten als Konsument diese speichert oder nicht. Hersteller und Vertreiber von Kinderpornographie verdienen durch den Aufruf ihrer Seiten. Nach der Häufigkeit des Aufrufens bemisst sich ihr Gewinn; ob die Seiten anschliessend gespeichert

91 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 26), § 10 N 23 gegen WEISSENBERGER, ZBJV 1999, S. 164.

92 BGH NSTz 2007, S. 95; OLG Hamburg, StV 2009, S. 470 f.; HARMS, NSTz 2003, S. 650; LAUFHÜTTE/ROGGENBUCK, LK, § 184b N 8.

93 OLG Schleswig, NSTz-RR 2007, S. 41 m.Bspr. SCHEFFLER, FS-Herzberg, Tübingen 2008, S. 627 ff.

94 OLG Schleswig, NSTz-RR 2007, S. 42; vgl. auch OLG Hamburg, NJW 2010, S. 1896 f.

95 OLG Schleswig, a.a.O.; HORN/WOLTERS, SK, 7. Aufl., § 184 N 78, HÖRNLE, MüKo, § 184b N 30; HARMS, NSTz 2003, S. 647; PERRON/EISELE, Schönke/Schröder, § 184b N 15; vgl. BT-Drs 12/3001, 6; krit. LACKNER/KÜHL, StGB, § 184b N 15; FISCHER (Fn. 13), § 184b N 21; vgl. auch GROPP, FS-Otto, Köln/Berlin 2007, S. 261 f.

werden, ist für sie ohne Bedeutung». Die strafrechtliche Verantwortung erkläre sich daraus, «dass der Konsument von Kinderpornographie zu einem erheblichen Teil dazu beiträgt, die ständige Produktion solchen Materials und den damit verbundenen fortwährenden Missbrauch einer Vielzahl von Kindern aufrecht zu erhalten, wobei sich Hersteller und Vertreiber in aller Regel im Ausland befinden und sich dem Zugriff der deutschen Justiz weitgehend entziehen». ⁹⁶ Man kann es auch so sehen: Die Habgier der Hersteller und Verbreiter gilt zwar als der eigentliche Motor der zu inkriminierenden Vorgänge. ⁹⁷ Weil auf diese infolge deren Tätigkeit im Ausland und der Gegebenheiten des Internets und politisch nicht zum Einsatz gebrachter oder jedenfalls nicht verfügbarer rechtlicher Instrumente ein Zugriff nicht möglich ist, müssen alle Konsumenten in die Mühlen der Kriminaljustiz geraten. Der Mausklick kürt zum Täter und das Betrachten verbotener Bilder wird zum kriminellen Unrecht hochstilisiert – «wenn diese Seite nach Erkennen des Inhalts (nicht) sogleich wieder verlassen wird». ⁹⁸

VI. Strafen

Relativ einheitlich sind die (bedenklichen) Tendenzen bei den Massnahmen und der Stärkung allgemeiner Sicherheitsinteressen (s. oben II.). Bei den Strafen dagegen hat die Schweiz den deutschen Trend der jüngeren Gesetzgebung, den Königsweg in einer Erhöhung der Strafrahmen zu sehen, nicht mitgemacht. Diese Unterschiede zeigen sich beispielsweise wie folgt: Sexueller Missbrauch von Kindern sieht in Deutschland als Rechtsfolge allein eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu 10 Jahren vor. In besonders schweren Fällen ist eine Mindeststrafe von einem Jahr obligatorisch (§ 176 Abs. 1, 3). In der Schweiz wird für vergleichbares Unrecht eine Freiheitsstrafe von maximal fünf Jahren bzw. alternativ Geldstrafe vorgesehen.

Verbreitung und Erwerb von kinderpornographischen Schriften oder das Unternehmen, einem anderen daran Besitz zu verschaffen, sieht in Deutschland eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren vor (§ 184b). Eine Qualifikation mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ist unter anderem bei gewerbsmässigem Handeln gegeben (§ 184b Abs. 3). Der Besitz von kinderpornographischen Schriften, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Gleiches gilt für solches Unternehmen (§ 184b Abs. 4). Dagegen wird solcher Besitz (wohl gemerkt mit gemindertem Unrecht, da die Altersgrenze höher ist) in der Schweiz mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem

96 OLG Schleswig, NStZ-RR 2007, S. 42 f.

97 Vgl. GROPP (Fn. 95), S. 259.

98 OLG Schleswig, NStZ-RR 2007, S. 43; HARMS, NStZ 2003, S. 650.

Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Das Herstellen und Verbreiten von harter Pornographie sieht Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Bei Gewinnsucht ist für den Fall der Freiheitsstrafe eine Verbindung mit Geldstrafe obligatorisch (Art. 197 Ziff. 4).

VII. Verjährung

A. Allgemein

Bei der Verjährung stehen sich zwei Gegenpositionen gegenüber: Die Durchführung des Strafverfahrens erst geraume Zeit nach der Tat kann das (kindliche) Opfer, das sein inneres Gleichgewicht wieder einigermaßen gefunden hat, erneut schweren Belastungen aussetzen, zumal wenn durch den Zeitablauf die Beweislage unsicherer geworden ist, und Freisprüche infolge «in dubio» lassen ihrerseits Weiterungen befürchten.⁹⁹ Auf der anderen Seite steht das in den letzten Jahren an Durchschlagskraft gewonnene und medienwirksame inszenierte Bedürfnis, auch einen lange zurückliegenden Kindesmissbrauch strafrechtlich noch zu ahnden. Auch hier lässt sich, wie bereits zu einem guten Teil bei den Strafbarkeitsausdehnungen im materiellen Recht, beobachten, dass die Gesetzgeber mehr und mehr dazu übergehen, öffentliche Erwartungen zügig zu erfüllen. Plastischen Ausdruck hat dieses Phänomen der «democracy at work» 2008 durch die Annahme der Volksinitiative «Für die Unverjährbarkeit pornographischer Straftaten an Kindern» in der Schweiz gefunden.

Allgemein betrachtet sind die Fristen für die Strafverfolgungsverjährung in der Schweiz etwas länger als in Deutschland. Die Schweiz kommt dabei mit einer Dreiteilung aus: Die Strafverfolgung beträgt 30 Jahre bei lebenslanger Freiheitsstrafe, 15 Jahre, wenn die Straftat mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist und sieben Jahren in sonstigen Fällen (Art. 97 Abs. 1). Demgegenüber differenziert Deutschland stärker, und zwar ausgerichtet am Höchstmass der Strafsanktion: Bei lebenslanger Freiheitsstrafe sind die Strafverfolgungsfristen identisch. Sie betragen 20 Jahre bei Straftaten im Höchstmass mit Freiheitsstrafe von mehr als zehn Jahren, zehn Jahre bei Höchststrafen von bis zu zehn Jahren, fünf Jahre bei Höchstmass von fünf Jahren und im Übrigen drei Jahre (§ 78 Abs. 3). Unverjährbarkeit ist vorgeschrieben bei Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Kriegsverbrechen (§ 5 VStGB) – ebenso wie in der Schweiz (Art. 101). Weitergehend und mit Blick auf NS-Verbrechen eingeführt (1969) verjährt auch Mord in Deutschland nicht (§ 78 Abs. 2).

Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des StGB hat sich die Schweiz entschlossen, die Institute des Ruhens und der Unterbrechung abzuschaffen

⁹⁹ Vgl. SCHWENN, StV 2010, S. 705.

und im Gegenzug dafür die Fristen für die Verjährung grundsätzlich um die Hälfte zu verlängern, sodass ein Gleichlauf mit den ursprünglich geltenden absoluten Verjährungsfristen gewährleistet ist (2002).

B. Im Einzelnen

In der Schweiz hatte das Parlament ursprünglich mit der Regelung der Verjährung die Vermeidung einer sekundären Viktimisierung des kindlichen Opfers im Auge: 1991 wurde, der Expertenkommission folgend, die Verjährungsfrist auf fünf Jahre festgesetzt. Diese Verjährungsfrist wurde aber bereits 1997 rückwirkend auf zehn Jahre erhöht und 2001 ein weiteres Mal dadurch verlängert, dass sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187) und unmündigen Abhängigen (Art. 188) sowie sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191) und Förderung der Prostitution (Art. 195) sowie weitere schwere Delikte gegen Leib und Leben nicht mehr verjähren, bevor diese Opfer das 25. Lebensjahr vollendet haben (Art. 197 Abs. 2). Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass auch jene Opfer, welche in früher Kindheit sexuell missbraucht wurden und aus psychischen Gründen oder aufgrund von Druck aus ihrer Umgebung nicht in der Lage waren, eine Strafanzeige zu erstatten, nach Eintritt der Volljährigkeit noch ausreichend Zeit zur Verfügung haben (in jedem Falle mindestens sieben Jahre), innerhalb der sie entscheiden können, ob sie mit einer Anzeige ein Strafverfahren in Gang setzen wollen.

Im Einzelnen betragen die Fristen für die Verjährung bei sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187) 15 Jahre, bei vermeidbarem Irrtum über das Alter des Opfers sieben Jahre (Art. 187 Abs. 4) und bei sexuellen Handlungen mit Abhängigen (Art. 188) sieben Jahre, ansonsten stets 15 Jahre.

In Deutschland sind diese Fristen in der Regel kürzer. Zunächst ist der Beginn der Verjährung gesetzlich anders ausgestaltet: Die Verjährung ruht bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers (§ 78b Abs. 1 Nr. 1). Im Übrigen beträgt die Verjährungsfrist bei sexuellem Missbrauch von Kindern (§ 176) zehn Jahre, dagegen nur fünf Jahre bei sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174), ebenso wie bei sexuellem Missbrauch von Hilfsbedürftigen usw. (§ 174a), Ausnutzen einer Amtsstellung (§ 174b) und Ausnutzung eines Betreuungsverhältnisses (§ 174c). 20 Jahre dauert die Verjährung demgegenüber bei schwerem sexuellem Missbrauch von Kindern (§ 176a) ebenso wie bei Vergewaltigung (§ 177) und sexueller Nötigung (§ 178).

Mit der 2008 von dem Schweizer Stimmbürger angenommenen Volksinitiative «Unverjährbarkeit» wurde die Verjährung für sexuelle oder pornographische Straftaten an Kindern vor der Pubertät abgeschafft (Art. 123b BV). Damit soll Personen, die als Kind Opfer eines sexuellen Übergriffs waren, die Möglichkeit einer Strafanzeige offen gelassen werden. Das geltende System setze die Opfer wegen der Altersfrist von 25 Jahren zu stark unter Druck. Demgegenüber

meint man, der lebenslangen Möglichkeit einer Strafanzeige eine therapeutische Wirkung beimessen zu können, hänge die Genesung des Opfers doch entscheidend von der Feststellung der strafrechtlichen Verantwortung des Täters ab. Im Übrigen verspricht man sich sogar die Verwirklichung generalpräventiver Ziele, nämlich die Abschreckung potentieller Täter.¹⁰⁰

Das kriminalpolitische Pendel ist einseitig und völkerrechtlich höchst bedenklich in die andere Richtung umgeschlagen – unter Hintanstellung des Einzelfalles und ohne Rücksicht auf die teils zerstörerischen Folgen eines solchen Strafverfahrens. Die vom Bundesrat verfochtene Lösung, die Verfolgungsverjährung mit der Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers beginnen zu lassen¹⁰¹ (und damit eine Verwirklichung der deutschen Lösung), hat sich erledigt. Stattdessen soll Art. 123b BV wie folgt umgesetzt werden (Art. 101 neu):¹⁰² Unverjährbar sind zukünftig sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190) und Schändung (Art. 191), wenn sie an Kindern unter zehn Jahren begangen wurden (Art. 101 Abs. 1 lit. d). Der Täterkreis beschränkt sich auf erwachsene Täter, weil diese rigorose Unverjährbarkeit jedenfalls mit den Prinzipien des Jugendstrafrechts unvereinbar ist.

Auch in Deutschland steht der Gesetzgeber nicht zuletzt im Hinblick auf von der Öffentlichkeit als besonders stossend empfundene Fälle, die im Laufe 2010 insbesondere im Zusammenhang mit Internaten und häufig vor kirchlichem Hintergrund bekannt geworden sind, unter Druck.¹⁰³ Diese Verjährungsfragen werden derzeit an einem Runden Tisch erörtert. Bis zu einem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz gediehen sind bisher Reformüberlegungen, wonach die Verjährung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche zugunsten der Opfer sexuellen Missbrauchs auf 30 Jahre verlängert werden (E § 197 Abs. 1 BGB). Im Übrigen wird eine vergleichsweise moderate Änderung vorgeschlagen: Die Verjährung soll anstelle des bisher geltenden 18. Lebensjahres des Opfers bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres ruhen. Zudem solle das Strafmass bei sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174) demjenigen von sexuellem Missbrauch von Kindern (§ 176) angepasst werden (Höchstmass zehn Jahre).¹⁰⁴ Im Ergebnis hätten minderjährige Opfer sexuellen Missbrauchs bis zur Vollendung etwa des 30. Lebensjahres die Möglichkeit, Strafanzeige zu erstatten. Es bleibt zu hoffen, dass dem Gesetzgeber das Augenmass nicht, wie in der Schweiz, aus dem Ruder läuft.

100 Vgl. krit. FRISCHKNECHT ZStrR 2008, S. 437; vgl. bereits ARZT, FG-Schnyder, Freiburg 1995, S. 13 ff.

101 BBl 2008 5261.

102 Siehe Erläuternder Bericht zur Änderung des StGB, 2010, S. 15 ff. Die Frist für das Vernehmlassungsverfahren ist am 4.10.2010 abgelaufen.

103 Vgl. EICHHOLT, NJW 2010, S. 2849.

104 Im Einzelnen HÖRNLE, GA 2010, S. 397.

VIII. Schlussbemerkung

Damit schliesse ich diese kleine rechtsvergleichende Untersuchung, die Hans Wiprächtiger mit den herzlichsten Glückwünschen zum 68. Geburtstag gewidmet ist! Der verehrte und hochgeschätzte Jubilar hat sich als langjähriger Bundesrichter und auch als wissenschaftlicher Autor¹⁰⁵ mehrfach mit dem fünften Titel des zweiten Buches des StGB befasst. Hierauf gründet sich meine Hoffnung, dass er diesen rechtsvergleichenden Fragen des Sexualstrafrechts mit jenen Gaben begegnet, die ihn kennzeichnen: Unermüdlicher Leidenschaft, bewundernswertem Engagement und beispielloser Herzlichkeit. Ad multos annos!

105 Siehe z.B. WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1999, S. 126 sowie ZStrR 2007, S. 281.

Strafjustiz in der Mediengesellschaft – die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen

VON MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER

Avec un peu de bonne volonté, vous conviendrez ainsi que moi que cet homme ne méritait pas son sort, qu'il a été victime d'une fatalité malheureuse, et que, sans se trop charger la conscience, les juges pouvaient le rendre à la société, dont il devait faire l'ornement (style d'avocat). Mais les juges n'ont guère de ces considérations poétiques et élevées: ils l'ont condamné à mort à l'unanimité.¹

Hans «Jonny» Wiprächtiger ist, und das wird jeder, der ihn auch nur ein bisschen kennt, gerne bestätigen, mit Leib und Seele Richter. Zu seinen Lieblingsthemen zählen nicht nur die Strafzumessung, also das eigentliche Kerngeschäft eines Strafrichters, sondern typischerweise auch die Frage nach dem Verhältnis von Justiz und Öffentlichkeit oder Justiz und Medien. Immer hat er sich für eine Öffnung der Justiz der Öffentlichkeit gegenüber eingesetzt. Natürlich kommt einem hier gleich das Öffentlichkeitsprinzip der Verhandlungen in den Sinn, doch ist es nicht dies, was den Jubilar primär bewegt. Unermüdlich wirbt er dafür, dass sich Richter in der Öffentlichkeit äussern und auch – in entsprechendem Rahmen – am medialen Diskurs teilnehmen. Der Bevölkerung soll gezeigt und erklärt werden, wie die Gerichte entscheiden und – noch wichtiger – weshalb sie so entscheiden, wie sie es tun. Stets ist er dabei getragen von einem Ethos des Dienstes der Justiz am Bürger bzw. an der Zivilgesellschaft.

Nicht diese Punkte sollen aber vorliegend diskutiert werden, obwohl sich auch das zwanglos ergeben wird, sondern, wie es sich für eine Festschrift gehört, etwas viel Grundlegenderes. Nachgegangen werden nämlich soll der Frage, welche Bedeutung der Tatsache, dass wir in einer Mediengesellschaft leben, für die Wahrnehmung und den Stellenwert der Justiz (insbesondere der Strafjustiz) zukommt. Allbekannt ist, dass wir in einer post-industriellen, post-modernen, post-individualistischen Gesellschaft leben, primär definierendes Strukturmerkmal erscheint aber, dass sich unsere Gesellschaft in erster Linie über den medialen Diskurs definiert.

1 MÉRIMÉE, Colomba suivi de La mosaïque et autres contes et nouvelles. Oeuvres complètes, Paris 1879, 291.

Medialer Diskurs meint dabei öffentliches und – das ist zentral, denn die massenmediale Kommunikation ist unidirektional und an eine Vielzahl von Rezipienten gerichtet und deshalb wesentlich vereinfachend – massenmediales Berichten, Diskutieren, Argumentieren über Wirklichkeit. Gleich angefügt sei, dass es sich dabei natürlich um tatsächliches oder scheinbares «Berichten, Diskutieren, Argumentieren» über tatsächliche oder scheinbare «Wirklichkeit» handelt, denn der mediale Diskurs erschafft sein eigenes Objekt, quasi als *creatio ex nihilo*, indem er darüber spricht oder berichtet. Der mediale Diskurs *über* Etwas *ist* dieses Etwas. Daraus erklärt sich auch der vorstehende Gebrauch von «tatsächlich oder scheinbar», denn im medialen Diskurs hebt sich der Unterschied von Wirklichkeit und Schein, von Wahrheit und Lüge, von Wesentlich und Unwesentlich grundsätzlich auf, denn er ist wesentlich selbstreferentiell, d.h. der mediale Diskurs, einmal im Gange, braucht keine weiteren Inputs (oder Irritationen), um in Gang gehalten zu werden, das vermag er ganz autonom.

Ein Beispiel mag das erläutern: Es gilt im Allgemeinen als eine Errungenschaft des modernen, auf Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775–1833) zurückgehenden Strafrechts, dass die Verhandlungen vor Strafgerichten nicht geheim sind.² Verhindert werden sollte Geheimjustiz, Öffentlichkeit hatte die Funktion öffentlicher Kontrolle und sollte Gerechtigkeit sicherstellen. In einer Mediengesellschaft nun verkehrt sich dieses aufklärerische Prinzip in sein eigentliches Gegenteil. Da wird munter und detailliert über Täter und Taten berichtet. Natürlich geschieht dies, wir wollen ja fair bleiben, fast immer, indem noch einschränkend das Adjektiv «vermutlich» vorangestellt wird (jedenfalls was die Täterschaft betrifft, zumeist unterbleibt dies beim Opfer). Und freilich wird auch nach dem detailliertesten Bericht der Nachsatz angehängt, selbstverständlich gelte die Unschuldsvermutung, wobei natürlich gänzlich offen bleiben muss, was das überhaupt bedeuten könnte angesichts der vorgehenden Berichte, die der Satz begleitet. Die einst zum Schutz gegen Willkür fungierende Öffentlichkeit hat sich offenbar in ihr Gegenteil verkehrt und erschwert heute eine neutrale Tatsachen- und Rechtsfindung. Als Illustration dieser These dürfte reichen, an die Fälle Nef oder Kachelmann zu erinnern.

Auch die Vorstellung, dass Gerichte ihre Urteile der Öffentlichkeit erklären, müsste wohl modifiziert werden, geht sie doch von einem aufgeklärten, vernunftorientierten Menschenbild aus. Das mag für Kommunikation mit Individuen hingehen, trifft aber für die Massenkommunikation in einer Mediengesellschaft nur sehr beschränkt zu. In einer Gesellschaft, die von Reizüberflutung gekennzeichnet ist und in der ein permanenter Wettkampf der Informationen um Aufmerksamkeit besteht, wird von *jeder* Erklärung primär zurückbleiben,

2 Vgl. nur VON FEUERBACH: Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Giessen 1821.

dass Unklarheiten bestehen, denn nur Erklärungsbedürftiges muss überhaupt erklärt werden.

Doch der Beispiele genug! Wesentlich, viel wesentlicher als solche einzelnen Aspekte sind die grundlegenden Veränderungen, die sich in jüngster Zeit abgezeichnet haben und die für die Justiz bzw. ihr Bild in Medien und Politik nichts Gutes verheissen. Deutlich, ja überdeutlich erkennbar ist, dass innerhalb der staatlichen Gewalten die Justiz als dritte Gewalt im Staate ihre Stelle an die sog. vierte Gewalt, die Medien, abtreten muss. Noch grundsätzlicher aber erscheint, dass das Recht als gesellschaftliches Subsystem deutlich erkennbar zunehmend unter dem Diktat von Politik und Wirtschaft steht und mehr oder minder deren Erfüllungsgehilfen macht oder machen soll. Zwei Beispiele sollen das belegen. Zuerst zum Stellenwert des Rechts.

I. Die neue Bundesrätin und das EJPD

Am 22. September 2010 wurde Simonetta Sommaruga als SP-Vertreterin für den scheidenden Moritz Leuenberger in den Bundesrat gewählt. Bei der Departementszuteilung fünf Tage später wurde sie Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD).³ Das sorgte in der politischen Landschaft für einigen Streit, was als solches ja nicht überrascht. Überraschend und wohl auch empörend aber war, dass die Leitung des Justizministeriums offenbar einhellig als zweitrangig, von minderer Qualität und gesamthaft als unbedeutend erachtet wurde.

Der Präsident der SP zeigte sich entsetzt und wütend über die «Abschiebung» von Frau Sommaruga in das Justizdepartement. Dies sei ein erster Schritt, die SP aus der Regierung zu werfen.⁴ In *Le Temps* klagte er unter dem Titel «Les radicaux nous ont menti»: «Cette répartition est grossièrement injuste. Si l'on voulait nous dire qu'on ne veut pas de nous au Conseil fédéral, on ne s'y prendrait pas autrement.»⁵ Ursula Wyss stellte in einem Interview fest, dass ihre Partei damit ausgegrenzt und marginalisiert werden solle. Auch sie sah die Departementszuteilung als ersten Schritt in Richtung Opposition und sprach von einer Strafaktion.⁶ Peter Bodenmann nannte die Departementszuteilung ebenfalls eine Strafaktion, und Helmut Hubacher meinte: «Das ist ein Tritt in

3 Diese Zuteilung bestätigte der Bundesrat an seiner ordentlichen Sitzung vom 3.11.2010 (www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=36031), 4.1.2011).

4 Berner Zeitung vom 28.9.2010 (www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Ein-absolutes-Dreckspiel/story/23059716/print.html), 4.1.2011).

5 *Le Temps* vom 28.9.2010 (www.letemps.ch/Facet/print/Uuid/3f505c22-ca78-11df-a5ac-882-ac0b26896/Les_radicaux_nous_ont_menti), 4.1.2011).

6 Berner Zeitung vom 29.9.2010 (www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Warum-die-SP-so-wuetend-ist/story/20654102/print.html), 4.1.2011).

den Arsch, ein absolutes Dreckspiel.»⁷ Fulvio Pelli wurde von Levrat als knallharter Lügner bezeichnet, man wolle die SP marginalisieren. Doris Leuthard habe diesen «Coup» gegen die SP angeführt und ihre Person über die Sache gestellt.⁸ Pelli hingegen zog in Betracht, Levrat wegen der Lügen-Vorwürfe einzuklagen.⁹

Auch die Zeitungen gerieten in Streit: Die Basler Zeitung rief «Verrat in Bern», die Berner Zeitung sah Sommaruga in einem Amt, in das sie aufgrund ihrer politischen Talente nicht hingehöre. Le Matin sah Leuthard als Drahtzieherin eines Putsches der rechten Mitte, während die Neue Zürcher Zeitung eine Mitteposition suchte und die Aargauer sowie die Luzerner Zeitung offenbar gut damit leben konnten.¹⁰ Der Politologe und Tagesanzeiger-Kolumnist Michael Hermann sah die SP im Bundesrat ohne Einfluss auf ihre Kernthemen,¹¹ während Kommentatorin Monica Fahmy als Lichtblick immerhin schrieb, Sommaruga erbe ein spannendes Departement und werde sehr wichtige Dossiers zu betreuen haben.¹²

Deutlicher könnte man nicht machen, was Politik und Medien vom Recht halten: Wenig bis nichts. Als Juristen muss uns das erschrecken. Aber auch Nicht-Juristen sollte es aufhorchen lassen. Immerhin sind dem EJPD neben den Bundesämtern für Justiz, Polizei, Migration und Metrologie die Bundesanwaltschaft, die Spielbankenkommission, die Kommission zur Verhütung von Folter und die Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten sowie die Institute für Geistiges Eigentum und für Rechtsvergleichung zugeordnet.

In dieses Bild passt, dass das Justizministerium aufgehoben bzw. umstrukturiert werden soll, so dass zukünftig kein Justiz-, sondern ein Bildungsministerium bestünde. Denkt man sich auch nur für eine Minute die wesentlichen Funktionen eines Staates aus, so wird deutlich, dass neben Äusserem, Innerem und Finanzen jedenfalls Recht unerlässlich scheint, muss doch alles auch geregelt werden. Ist ein Staat ganz ohne Bildung denkbar, so ist er dies ohne Recht nicht. Den Stellenwert des Rechts hatte man indes bereits im Rahmen der Aus-

7 Berner Zeitung vom 28.9.2010 (www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/Ein-absolutes-Dreckspiel/story/23059716/print.html), 4.1.2011).

8 Neue Zürcher Zeitung vom 28.9.2010 (www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/strafaktion_zwaengerei_luegner_1.7717619.html), 4.1.2011).

9 Tagesanzeiger vom 28.9.2010 (www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Pelli-reicht-Klage-gegen-Levrat-ein/story/16651659/print.html), 4.1.2011); Blick vom 28.9.2010 (www.blick.ch/news/schweiz/levrats-magere-bilanz-157471), 4.1.2011).

10 Vgl. die Zusammenstellung unter www.swissinfo.ch/ger/Specials/Sesselruecken_im_Bundesrat/Wahl_in_den_Bundesrat/Departementsverteilung:_Zoff_auch_in_den_Zeitungen.html?cid=28422602, 15.12.2010.

11 www.swissinfo.ch/ger/Specials/Sesselruecken_im_Bundesrat/Wahl_in_den_Bundesrat/Die_Mitteparteien_konnten_ihre_Ziele_durchsetzen.html?cid=28417494, 4.1.2011.

12 Tagesanzeiger vom 28.9.2010 (www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Sommaruga-erbt-ein-spannendes-Departement/story/15585640), 4.1.2011).

einandersetzungen mit Deutschland um gestohlene CDs mit Bankdaten und den Auseinandersetzungen mit den USA über einerseits die Finanzkrise und andererseits die Rolle der UBS im Rahmen möglicher Steuerhinterziehungen erkennen können, wurden doch bestehende Rechtsregeln auf allen Seiten als nur hinderlich und unwesentlich erachtet. Der Streit um die Departementsverteilung war dann aber doch von ausserordentlicher Offenheit und setzte dem allem die Krone auf. Leicht erkennbar ist nun, dass die Verwirklichung der eigentlichen Kernaufgaben des Rechts zunehmend unmöglich wird. Weil die Geschwindigkeit der Revisionen exponentiell zunimmt, kann das Recht immer weniger Rechtssicherheit produzieren, sondern wird nur noch als komplizierend und unnötig bremsend und verlangsamernd erfahren. Und seine Befriedigungsfunktion wird zunehmend verunmöglicht durch die ständigen Angriffe von Politik und Medien, erscheint doch jeder Entscheid als diskutabel und – sofern man nur genügend insistiert – auch umkehrbar. Innerhalb des Rechts nun, also innerhalb dieses nun bereits degradierten Bereiches erscheint die Justiz als der eigentliche Paria. War sie noch vor 20 Jahren der eigentliche Hoffnungsträger unseres Rechtsstaates, dem die Bevölkerung vertraute wie niemand anderem, so ist sie durch die ständigen Angriffe (insbesondere einer grossen Volkspartei, der sich inzwischen eine zweite, ebenfalls mit einem S im Namen, zugesellt hat) zu einem eigentlichen Prügelknaben von Politik und Medien geworden. Das soll nicht an Medienberichten belegt werden oder an Motionen, obwohl das durchaus möglich wäre, sondern – an einer Revisionsvorlage, die unverdächtig, aber tatsächlich gänzlich irreführend als Harmonisierungsnovelle bezeichnet ist. Also auf!

II. Die Vorlage «Zur Harmonisierung der Strafrahmen»

Die Vorlage wurde übrigens vom angeblich so marginalen Bundesamt für Justiz ausgearbeitet. Entgegen dem irreführenden Titel der Vorlage handelt es sich dabei um eine veritable Revision des Besonderen Teiles des Strafgesetzbuches, etwas bis dato nie Dagewesenem. Dazu einige quantitative Angaben:

- Aufgehoben werden sollen 20 Bestimmungen, also rund 10% aller bestehenden Bestimmungen des Besonderen Teiles.
- Teilweise aufgehoben werden 16 Bestimmungen (also weitere 15% aller Bestimmungen des BT).
- Bei 18 Tatbeständen soll die Geldstrafe als Sanktion gestrichen werden.
- Bei 17 Tatbeständen soll die Obergrenze der Freiheitsstrafe erhöht werden.
- Bei 13 Tatbeständen soll die Obergrenze der Freiheitsstrafe gesenkt werden.
- Umgekehrt soll bei 17 Tatbeständen eine Mindeststrafe eingeführt oder eine bestehende Mindeststrafe erhöht werden.
- Bei sechs Tatbeständen soll die bestehende Untergrenze der Freiheitsstrafe gesenkt werden.

- Eine Mindeststrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe soll bei fünf Strafbestimmungen auf 90 Tagessätze angehoben, bei weiteren fünf Strafbestimmungen abgeschafft werden.
- Eine Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsentzug soll für 12 Delikte eingeführt werden.
- Das alles führt natürlich zu Veränderungen des Deliktstypus. So sollen neun Tatbestände von Übertretungen zu Vergehen werden, 17 Tatbestände sollen vom Vergehen zum Verbrechen hochgestuft werden. Weiter sollen zwei Tatbestände vom Verbrechen zum Vergehen werden. Schliesslich soll die Beschimpfung (Art. 177 Abs. 1 StGB) vom Vergehen zur Übertretung werden.
- Bei 13 Tatbeständen soll das richterliche Ermessen eingeschränkt werden, indem statt einer «kann»-Formulierung, eine «muss»-Formel gewählt wird.
- Bei 13 weiteren Tatbeständen werden eigentliche Neuerungen vorgeschlagen, so etwa die Einführung qualifizierter Strafbarkeit für die schwere fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) oder die Einführung der Strafbarkeit des Konsums von Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 2 StGB) und harter Pornographie (Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB).

Man sieht also: Wahrlich ein Unternehmen herkulischen Ausmasses. Wirklich beeindruckend aber ist, mit welcher Leichtigkeit und Selbstsicherheit (weniger höflich würde man von Leichtfertigkeit und Arroganz sprechen) unser Gesetzgeber diese Aufgabe angeht. Zumeist nämlich reichen ihm zur Begründung seiner Vorschläge wenige Zeilen, so dass man sich verduzt die Augen reibt und verwundert erkennt: Man ist einfach zu dumm. Es fehlt uns schlicht an der unermesslichen Weisheit des Gesetzgebers.

A. Unzufriedenheit mit den Gerichten

Wichtigster Auslöser dieser Revision war wohl das mediale Dauerfeuer der Politik gegen die Strafjustiz – ein derart andauerndes Feuer, dass sich – zumindest in Deutsch – sogar ein eigentliches Unwort einbürgerte: Kuscheljustiz. So reichte Nationalrat Jositsch am 27. April 2009 das Postulat 09.3366 «Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen» ein, das den Bundesrat beauftragte, eine Studie zu erstellen, in der evaluiert werde, inwiefern die Strafgerichte die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafrahmen ausschöpften. Die Begründung: Wiederholt werde in der Öffentlichkeit der Vorwurf laut, dass Gerichte insbesondere bei Gewalt- und Sexualstraftaten zu tiefe Strafen ausfällen würden und dass deshalb die Strafrahmen nach oben zu erweitern seien. Gleichzeitig gebe es indes Hinweise, dass die Gerichte die bereits bestehenden Strafrahmen gar nicht ausschöpften und bei einzelnen Delikten auch in schwerwiegenden Fällen das oberste Drittel, teilweise die obere Hälfte

des Strafrahmens, gar nicht ausnützten. Sollte dies so sein, würde die aktuelle Strafrahmendiskussion ins Leere stossen.¹³

Im Erläuternden Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht (nachfolgend «Bericht») schlug sich dies wie folgt nieder:

«In der Öffentlichkeit und in der Politik werden insbesondere die Strafraahmen bei den Delikten gegen Leib und Leben, den Sexualdelikten, der (Jugend-)Gewalt und den in Gruppen begangenen Delikten hinterfragt. Entsprechend wird diesen Themen vorliegend besondere Beachtung geschenkt. Auch das zunehmende Verunsicherungsgefühl im öffentlichen Raum, welches bei weiten Teilen der Bevölkerung spürbar ist, soll hier berücksichtigt werden.»¹⁴ «Wenn die angedrohten Strafen (...) dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts in der Gesellschaft nicht entsprechen und schliesslich auch in keiner Relation mehr zu den tatsächlich verhängten Strafen stehen, verliert das Strafrecht insgesamt an Glaubwürdigkeit und somit auch an präventiver Wirkungskraft. Mit dieser Vorlage sollen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die notwendigen Korrekturen vorgenommen und damit ein Beitrag zur Stärkung des Strafrechts beziehungsweise zur Prävention von Kriminalität geleistet werden.»¹⁵

Vorläufig sei hier bloss darauf hingewiesen, dass selbstredend weder für das behauptete Unsicherheitsgefühl, noch für eine mögliche abnehmende präventive Kraft des Strafrechts empirische Belege geboten werden. Und ganz allgemein ist immer dann, wenn im Rahmen des medialen und politischen Diskurses von «Öffentlichkeit» die Rede ist, typischerweise nicht die Bevölkerung gemeint, sondern eben der politische und mediale Diskurs selbst.

B. Die Strafmasse der Gerichte

Im Bericht werden statistische Angaben zu den Verurteilungen von erwachsenen Personen für die Zeitperiode 1984–2006 berücksichtigt, allerdings nur Verurteilungen nach ausschliesslich der jeweiligen Bestimmung. Hier macht man es sich doch gar einfach. Sicherlich richtig ist, dass man so das Strafmass einer einzelnen Strafbestimmung genau zurechnen kann, doch stellen eben gerade diese Urteile in der Praxis die wohl grosse Ausnahme dar. Das heisst alle Urteile mit hohen Strafen sind durch dieses Vorgehen von vorneherein aus der Analyse ausgeschlossen. Was für eine Überraschung, dass man hernach zur Fest-

13 Abrufbar unter (www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093366), 4.1.2011.

14 Bericht, S. 8.

15 Bericht, S. 2 f.

stellung gelangt, die Strafmasse seien im Allgemeinen moderat! Allgemein, so der Bericht, lasse sich feststellen, dass sich Urteile – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nur vereinzelt in der oberen Hälfte der Strafraumen befänden; meistens lägen sie weit unter dieser Grenze. Tatsache sei, dass die Gerichte die gegebenen Strafraumen in aller Regel bei weitem nicht ausschöpfen.¹⁶

Unter Hinweis auf eine nicht weiter spezifizierte «Öffentlichkeit» (die nichts anderes ist, als die Politik und ihre Selbstdarstellung in den Medien) wird eine allgemeine Unzufriedenheit mit den zu milden Urteilen der Strafjustiz unterstellt. Unterstellt ist dabei sowohl die Unzufriedenheit als auch die Milde der Urteile. Der Bericht scheint sich merkwürdigerweise diskussions- und begründungslos dem Postulat Jositsch anzuschliessen, das sich auf den Nenner bringen lässt, nicht die Strafraumen, sondern die Gerichte seien das Problem. Der Bericht erkennt immerhin, dass er den Gerichten gegenüber keine Weisungsbefugnis hat.¹⁷ Deshalb kann er die Strafraumendiskussion eben nicht ins Leere stossen lassen, sondern nimmt sie relativ offen als Möglichkeit wahr zur Einflussnahme auf die Gerichte. Das Ganze im Bestreben, die gewünschte Verschärfung des Strafrechts zu erreichen.

Doch nun zur «Qualitätskontrolle» der Rechtsprechung bzw. der dafür gewählten Methode (wenn das denn so genannt zu werden verdient). Der Bericht formuliert implizit den Vorwurf, die Gerichte würden ihre Arbeit ungenügend erledigen, weil die Urteile «in keiner Relation mehr zu den Strafraumen und dem Wert des jeweils geschützten Rechtsguts» stünden. Und wie belegt er diesen Vorwurf? Mit der Urteilsstatistik der Strafurteile betreffend ausschliesslich den jeweiligen Straftatbestand!

1. Noch einmal ist daran zu erinnern, dass Urteile, die ausschliesslich einen Straftatbestand betreffen (das ist das Kriterium seiner Verwendung im Bericht) wohl die leichtesten Fälle betreffen werden. Typischerweise beschlagen Urteile (gerade und insbesondere in schweren Fällen) mehr als einen Straftatbestand.
2. Auch dem Bundesrat und seinen Bundesämtern dürfte bekannt sein, dass in der Schweiz die **Strafe nach dem Verschulden** zugemessen wird (Art. 47 StGB), dieses Verschulden aber lässt sich der Urteilsstatistik nicht entnehmen. Ob die Strafen in den untersuchten Fällen angemessen waren oder nicht, lässt sich aus der Statistik schlicht nicht schliessen.
3. Auch was das Verhältnis der ausgefallten Strafen zu den **Strafraumen** betrifft, verwendet der Bericht keinerlei Methode, es sei denn, man wolle Behauptungen als solche bezeichnen, denn in solchen erschöpft er sich. Um nämlich feststellen zu können, ob die angedrohten Strafen (Strafraumen) zu den verhängten Strafen in Relation stehen, müsste man ja *irgend* ein

¹⁶ Bericht, S. 10.

¹⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 StPO.

Kriterium angeben. Das aber tut der Bericht nicht. Man weiss also nicht, wann sie «in Relation stehen» und wann nicht. Die Behauptung des Berichts trifft also immer zu. Ebenso wie das Gegenteil. Wahrlich eine würdige Art der Gesetzgebung. Nun könnte man vermuten, der Bericht schliesse auf die «fehlende Relation» der verhängten mit den angedrohten Strafen aus der Tatsache, dass der grösste Teil der Urteile im unteren Bereich der Strafrahen liegt. Doch kann dies nicht zutreffen, wie ein einfaches Beispiel zeigt: Die normale Einsatzstrafe kann – anders als dies implizit unterstellt wird – nicht in der Mitte des Strafrahmens liegen. Der Strafrahen für einen Diebstahl (immerhin das häufigste Delikt überhaupt nach dem StGB; der Diebstahl alleine macht immer noch rund 20% aller Verurteilungen nach StGB aus) liegt gemäss Art. 139 StGB zwischen Geldstrafe von mind. einem Tagessatz und Freiheitsstrafe von 5 Jahren.¹⁸ Es würde wohl auch dem überzeugtesten Verfechter von Strafverschärfungen nicht in den Sinn kommen, eine Strafe von 2,5 Jahren Freiheitsentzug für einen Diebstahl als «normal» und angemessen zu bezeichnen und Strafen darunter als «mild» oder «in keiner Relation» zum Strafrahen. Strafzumessung ist keine mathematische Angelegenheit und die hohen Strafrahen sollen ermöglichen, auch schwere Fälle angemessen zu erfassen. Wollte man von der arithmetischen Mitte des Strafrahmens als Normalfall ausgehen, dann müsste man – ähnlich wie Deutschland oder Österreich – die oberen Strafrahen erheblich senken und für schwere Fälle eigens Qualifikationen einführen.

Das Gericht misst die Strafe im Einzelfall nach den gesetzlich vorgegebenen Kriterien der Art. 47 ff. StGB zu.¹⁹ Das tut es innerhalb des gegebenen Strafrahmens – der im Allgemeinen sehr weit gefasst ist – auf Grundlage der Schuld unter Berücksichtigung der spezial- und generalpräventiven Bedürfnisse. Der Strafrahen selbst enthält keinen Massstab für die Einordnung des konkreten Einzelfalls in ihm; innerhalb des Strafrahmens gibt es keine bestimmte Bezugsgrösse, von welcher der Tatrichter bei der Bewertung des Sachverhalts ausgehen könnte.

Wenn das Verschulden nicht besonders schwer wiegt, siedelt die schweizerische Praxis die Strafe in der Regel im unteren bis mittleren Teil des gegebenen Rahmens an. Hohe und Höchststrafen sind nur ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden auszusprechen, und müssen entsprechend begründet werden können. Dass sich die Gerichte eher am unteren Teil des Strafrahmens orientieren, ergibt sich schon daraus, dass

18 Wir nehmen hier nur Diebstähle von mehr als CHF 300, lassen also Art. 172^{ter} StGB unberücksichtigt.

19 Eingehend dazu WIPRÄCHTIGER, Art. 47 (insbesondere N 32 ff.), in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.) Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2007.

die Eignung der Strafe zur Erreichung der gewünschten Präventiveffekte skeptisch eingeschätzt wird. Das ergibt sich aber auch aus dem Verhältnismässigkeitsgebot und dem Prinzip des mass- und sinnvollen Strafens. Klar abzulehnen ist hingegen eine Orientierung am «Statistischen Durchschnittsfall».²⁰ Damit steht fest, dass der Vorwurf, die Gerichte verhängten Strafen, die in «keiner Relation zu den angedrohten Strafen» stünden, schlicht nicht begründet ist oder zu begründen ist. Die hohen oberen Strafrahmen haben in der Schweiz Tradition. Sie bedeuten keineswegs, dass Strafen am unteren Rand unzulässig, unkorrekt oder unangemessen wären (oder gar, was erschreckenderweise auch zu hören ist, dass sie den Willen des Gesetzgebers nicht respektierten. Das Gegenteil trifft zu!).

In der Antwort auf das genannte Postulat Jositsch war sich der Bundesrat dessen noch bewusst und schrieb: «Die mehrheitliche Ausfällung der Strafen im unteren Bereich der Strafrahmen hängt vermutlich damit zusammen, dass dort die Fälle bei Weitem nicht das Maximum der vorstellbaren Schwere der jeweils strafbaren Handlung erreichen und die Strafrahmen in der Regel sehr weit gefasst sind (z.B. Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe). Damit wird den Gerichten ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt, was ihnen ermöglicht, eine dem Einzelfall angemessene Strafe auszufällen.»²¹ Diese Einsicht ist beim Entwurf und Bericht offenbar völlig entschwunden.

4. Bleibt das **Verhältnis von ausgefällten Strafen und Rechtsgütern**: Auch hier behauptet der Bericht, die ausgefällten Strafen stünden in «keiner Relation» zu den geschützten Rechtsgütern. Auch hier allerdings schweigt er sich gänzlich darüber aus, wie denn diese Rechtsgüter zu messen wären und wann denn eine Strafe «in Relation stünde». Auch hier nur ein Beispiel: Der Bericht macht viel Aufhebens von den Delikten gegen das Leben und will die Strafe für die fahrlässige Tötung nach Art. 117 StGB von drei auf fünf Jahre erhöhen. Das hat mit dem Rechtsgut nichts, aber überhaupt nichts zu tun. Die Strafe für die *fahrlässige* Tötung ist deshalb wesentlich tiefer als für die *vorsätzliche* Tötung, weil das Handlungsunrecht wesentlich kleiner ist. Es handelt sich, das sei nochmals festgehalten, um eine *Unvorsichtigkeit*. Der Täter will keinen Menschen töten und er nimmt dies auch nicht billigend in Kauf. Der Gesetzgeber hat also 1942 primär auf das Handlungsunrecht abgestellt. Will man jetzt das Strafmass erhöhen, hat das mit dem Rechtsgut nichts zu tun, vielmehr ergibt es sich aus einer Abwendung von der Schuld und einer Hinwendung zum Erfolgsunrecht

20 Zum Ganzen: WIPRÄCHTIGER (Fn. 19), N 15 f. m.w.H.

21 Abrufbar unter www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093366, 4.1.2011.

bzw. Erfolgsstrafrecht. Das kann man natürlich wollen, aber dann sollte man es auch sagen. Wesentlich kehrt man damit in die Zeit vor von Feuerbach zurück.

C. Medien, Politik und Einstellungen der Bevölkerung

Medien und Politik, aber auch der Bundesrat in seiner Gesetzesvorlage berufen sich immer wieder auf die «Öffentlichkeit», wenn sie härtere Strafen fordern. Wie der Bericht selbst stützt sich das aber auf keinerlei empirische Basis. Überhaupt erscheint auffällig, wie die Gesetzgebung zunehmend die Verhaltensstrukturen der (Partei-)Politik übernimmt. Hatten bisher verschiedene Parteien für sich in Anspruch genommen, «für das Volk» zu sprechen (wenn nicht, das Volk zu sein), so scheint nun auch der Gesetzgeber die Wünsche des Volkes zu kennen, ohne dasselbe je gefragt zu haben. Soweit nämlich empirische Untersuchungen zum Strafbedürfnis und der Punitivität der Bevölkerung vorliegen (und tatsächlich liegen aktuelle Untersuchungen vor), ergeben sie ein gänzlich anderes Bild. Die Bevölkerung erscheint danach als erheblich und deutlich weniger punitiv und repressiv als Politik und Medien.²² Als gänzlich unzulässig ist deshalb zu qualifizieren, dass der Bericht etwa im Zusammenhang mit der fahrlässigen Tötung bei sog. «Raserunfällen» von «mehr und mehr Unmut» der Öffentlichkeit und Politik spricht.²³ Der Begriff der Öffentlichkeit sollte hier nicht verwendet werden, weil er «Bevölkerung» verstehen lässt, während er in Wirklichkeit den medialen Diskurs meint, der zu weiten Teilen eben wiederum vom politischen instrumentalisiert wird. Gleiches gilt auch für die erwähnte Motion Jositsch.²⁴ Wie erwähnt zeigen die empirischen Untersuchungen zu den Einstellungen der Bevölkerung, sei es im Zusammenhang mit der Urteilspraxis der Gerichte, sei es beispielsweise mit der politisch umstrittenen Sterbehilfe,

22 Vgl. dazu KUHN, *L'opinion publique réclame-t-elle des peines plus sévères que celles prononcées par les juges?*, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild – Le juge et son image*, Bern 2008, 267 ff.; KUHN, *Verlangt die öffentliche Meinung strengere Strafen als die von den Richtern ausgesprochenen?*, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild – Le juge et son image*, Bern 2008, 279 ff.; KUHN/VUILLE, *Répression versus resocialisation – La punitivité du public est-elle en phase avec celle des juges?*, in: Cornelia Bessler et al. (Hrsg.), *Neue Gewalt oder neue Wahrnehmung? – Nouvelle violence ou nouvelle perception de la violence?*, Bern 2009, 151 ff.; sowie schliesslich KUHN/VUILLE, *La justice pénale, Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*, PPUR, Lausanne 2010, 93 ff., wo eine klare Abnahme der Punitivität der Bevölkerung nachgewiesen wird; vgl. auch die Ergebnisse der Studie von SCHWARZENEGGER et al. (SCHWARZENEGGER/MANZONI/STUDER/LEANZA, *Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält*, Jusletter vom 13.9.2010), die ein Auseinanderklaffen von Einstellungen der Bevölkerung und der medialen und politischen Diskussion nachweist.

23 Bericht, S. 14.

24 Fn. 21.

dass mediale Darstellung und Einstellung der Bevölkerung überhaupt nicht deckungsgleich sind.

Dass bei Abstimmungen jeweils die punitive Position gewann (Annahme der Verwahrungsinitiative, der Initiative für die Unverjährbarkeit pornographischer Straftaten an Kindern, «Ausschaffungsinitiative») stellt keinen Beweis für das Gegenteil dar. Versuchten die jeweiligen Initiativen doch im Rahmen dieser allgemeinen medialen und politischen Debatten ein allgemeines Gefühl der Angst und Verunsicherung zu schaffen, was ihnen offensichtlich gut gelang. Zu fragen wäre vielmehr, ob es überhaupt zulässig sein darf, in einer Medien-gesellschaft derart Angst zu schüren (wird damit doch das essentielle Funktionieren der Demokratie gefährdet).

D. Gerichtliches Ermessen

Geradezu ungeheuerlich wird der Bericht aber, wenn er zu rechtfertigen sucht, dass viele «kann»- zu «muss»-Vorschriften geändert und der Ermessensspielraum der Gerichte eingeschränkt werden sollen. Begründet nämlich wird die Einschränkung des richterlichen Ermessens mit – man halte sich fest –: der Rechtsunsicherheit.²⁵ Das kann man offensichtlich nur dann vertreten, wenn man das richterliche Ermessen mit Rechtsunsicherheit gleichsetzt.²⁶ Wollte man dieser Logik folgen, so müsste man das richterliche Ermessen insgesamt abschaffen und für das gesamte Strafrecht Strafkataloge wie im Anhang 1 zur OBV²⁷ einführen. Damit wäre die Möglichkeit einer Würdigung des Einzelfalles aufgehoben und die Abwendung vom Schuldprinzip vollendet. Massgeblich wäre nur noch die äussere Qualifikation der Tat (denn nur sie lässt sich halbwegs standardisieren). Damit aber wäre man nicht nur in die Zeit vor von Feuerbach zurückgekehrt, also in die Zeit vor der Aufklärung, sondern ins Mittelalter zu den Germanen und ihren Strafkatalogen. Auch das kann man natürlich wollen, aber man sollte doch wenigstens so ehrlich sein, es auch zuzugeben.

Wie sehr der Bundesrat den Gerichten misstraut, zeigt folgende Aussage zu **Art. 187 StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern)**: *«Die Einführung einer Mindeststrafe könnte zur Folge haben, dass die Gerichte den Begriff der sexuellen Handlung neu definieren und nur noch mittlere und schwere Übergriffe sanktionieren würden.»*²⁸ Ähnlich und fast noch schlimmer auch beim

25 Bericht, S. 7.

26 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Motion 10.3614 «Rechtssicherheit in Bezug auf Pyro-Schmuggler schaffen», eingereicht von Kurt Fluri am 18.6.2010, die sich daran stört, dass ein Einzelrichter ein Gesetz anders auslegte als die Staatsanwaltschaft. Das wird als Rechtsunsicherheit erkannt (!), was auf Lücken im Sprengstoffgesetz hinweise! Im Ergebnis wird aber auch da nichts anderes als eine Ausdehnung der Strafbarkeit verlangt.

27 Ordnungsbussenverordnung vom 4.3.1996 (OBV; SR 741.031).

28 Bericht, S. 9.

Raub (Art. 140 StGB): *«Ebenfalls ist in Betracht zu ziehen, dass bei so hohen Mindeststrafen die Bestimmung durch die Gerichte restriktiv ausgelegt wird, sodass sie kaum zur Anwendung gelangt. Oder das Gericht mildert die Strafe infolge einer verminderten Schuldfähigkeit und ist an die Mindeststrafe nicht gebunden (Art. 48a). Das ist auch der Grund, warum vorliegend nahezu alle ausschliesslichen Verurteilungen unterhalb der Mindeststrafe liegen.»*²⁹ Es erscheint doch nachgerade unglaublich, wie hier – nicht von Politikern oder von Parteien, sondern in einem Bericht des Bundesrates – von den Gerichten gesprochen wird. Es klingt geradezu, als suchten die Gerichte absichtlich nach Tricks, um die Täter möglichst nicht bestrafen zu müssen. Es wird sogar unterstellt, die Gerichte nähmen eine verminderte Schuldfähigkeit nach Belieben an, wie es ihnen gerade passt. Wenn Exekutive und Legislative die dritte Gewalt tatsächlich als Gegner wahrnehmen, erscheint dies mehr als nur besorgniserregend.

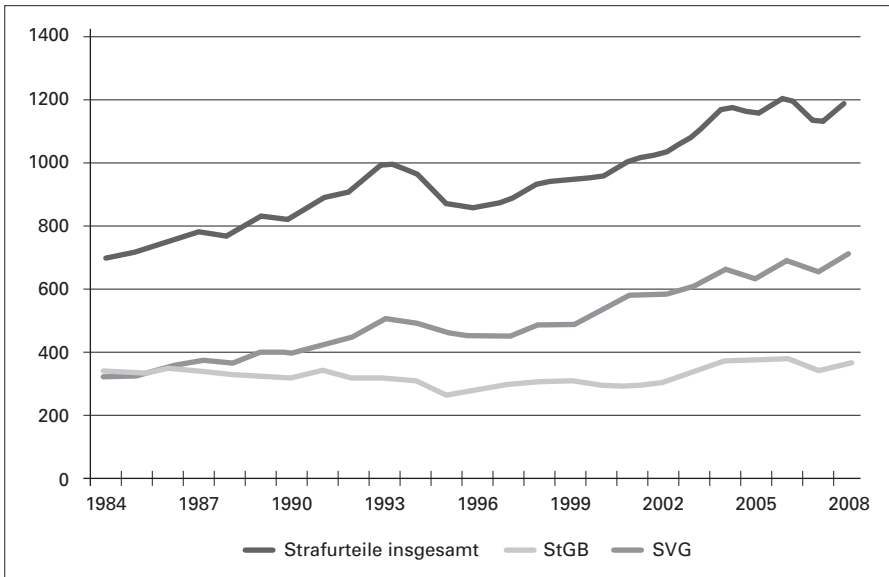
Hingewiesen sei auch darauf, dass Legislative oder Exekutive in keiner Art und Weise besser oder stärker demokratisch legitimiert sind als die Judikative. Gerichte werden in der Schweiz mehrheitlich durch direkte Volkswahl besetzt, sind also direkt vom Souverän bestimmt. Und das Bundesgericht wird ebenso wie der Bundesrat von der vereinigten Bundesversammlung bestellt. Worin also die Exekutive irgendein Primat bei der Vertretung des Volkswillens beanspruchen könnte, bleibt gänzlich schleierhaft, auch wenn sie es sich im Bericht anmasset. Und als ungeheuerliche Anmassung muss man es bezeichnen.

III. Gibt es einen Grund, die Gerichte derart zu kritisieren?

Als Tüpfelchen auf dem i und als eigentlicher Beleg der eingangs vorgebrachten These, dass der mediale Diskurs sein eigenes Objekt erschafft, sei abschliessend – nur ganz summarisch – auf die Frage eingegangen, ob das mediale und politische Dauerfeuer gegen die Gerichte und die Strafzumessungspraxis irgendwelche Gründe in der Kriminalitätsentwicklung oder der Entwicklung der Strafjustiz findet.

29 Bericht, S. 17 f.

A. Keine Zunahme der Kriminalität im Kernstrafrecht



Strafurteilsstatik; Strafurteile pro 100 000 Einwohner 1984–2009 nach Gesetz

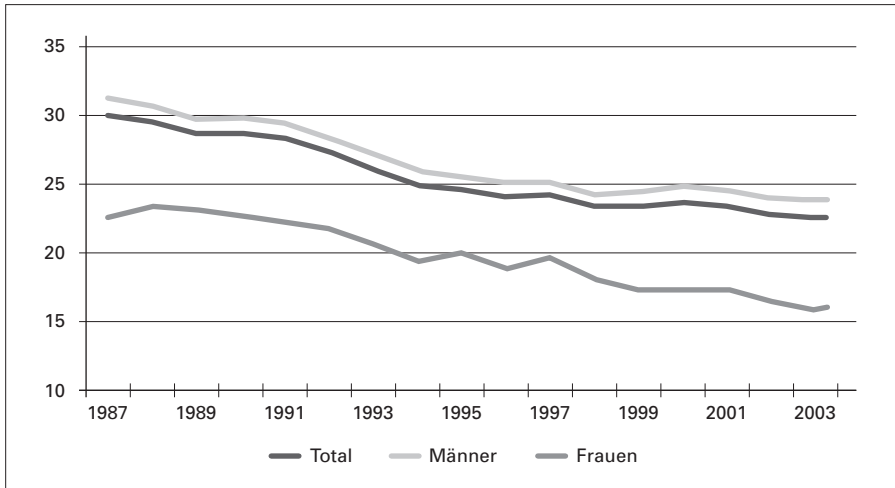
Zweifelsfrei dürfte sein, dass die Kriminalität nach dem Kernstrafrecht über die letzten 30 Jahre **nicht** zugenommen hat. Die Urteilsstatistik zeigt zwar für diesen Zeitraum eine Zunahme aller Strafurteile, doch ist die eben gerade nicht auf die Kriminalität nach dem Strafgesetzbuch zurückzuführen, sondern primär auf die Verurteilungen nach dem Strassenverkehrsgesetz (SVG), während die Verurteiltenquote der Strafurteile nach dem StGB pro 100 000 Einwohner praktisch konstant blieb, was in der vorstehenden Grafik sehr deutlich wird.

Natürlich könnte man nun mit anderen Statistiken kontern und behaupten, das Dunkelfeld nehme stetig zu. Aber dafür bedürfte es eben mehr als nur Behauptungen.

Veränderungen der Gesetzgebung im Bereich des Kernstrafrechts können damit jedenfalls nicht global sein, weil offensichtlich global keine Zunahme zu verzeichnen ist. Soweit «für das Strafrecht» oder auch nur «für das Kernstrafrecht» (also nach StGB) argumentiert wird, sind alle Begründungen, die auf eine Zunahme der Kriminalität verweisen schlicht unzutreffend. Vielmehr müsste, wenn überhaupt, auf Veränderungen der Kriminalität nach einzelnen Delikten abgestellt werden. Hier ist nicht der Ort, um ausführlich kriminologische Fragestellungen zu diskutieren. Es sei aber immerhin darauf hingewiesen, dass auch die Befunde bzgl. Gewaltdelikte alles andere als klar sind. Veränderungen über die Zeit lassen sich empirisch korrekt praktisch nur mittels Panelstudien

messen und die einzige derartige Studie in der Schweiz³⁰ kommt zum Schluss, dass sich keine Zunahme der Gewaltdelikte nachweisen lässt. Alle Einwendungen dagegen müssten selbst mit Langzeitstudien belegt sein. Solche Studien aber liegen nicht vor.

B. Abnehmende Rückfälle



Strafurteilsstatistik; Rückfallquote 1984–2004 nach Geschlecht

Im Bericht werden verschiedentlich die angedrohten und ausgefallten Strafen als ungenügend bezeichnet, weshalb die Strafminima zu erhöhen seien. Auch hier fehlt natürlich jeglicher Beleg dieser Behauptung, die sich als bloße Unterstellung erweist. Empirisch nämlich lässt sich der «Erfolg» einer Strafe retrospektiv an der Häufigkeit der Rückfälle messen. Soweit eine Strafe überhaupt eine messbare Wirkung beim Täter auslöst, sollte sie jedenfalls die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalles mindern. Betrachtet man sich nun die Rückfallquoten, die sich aus der schweizerischen Urteilsstatistik ergeben, so erscheint – anders als dies der Bericht unterstellt oder gar explizit behauptet – der «Erfolg» des schweizerischen Strafjustizsystems permanent im Wachsen. Die Rückfallquoten nämlich sind seit 30 Jahren stetig im Abnehmen begriffen, und zwar ganz unabhängig davon, ob man nach Alter, Geschlecht, Vorstrafe, Typ des Rückfalldelikts oder Schweregrad des Rückfalls unterscheidet.

Bei jeder Maschine, jedem Mechanismus und jedem System zur Prävention von Kriminalität würde das Abnehmen der Rückfallhäufigkeit als klarer Erfolg

30 RIBEAUD/EISNER, Entwicklung von Gewalterfahrungen Jugendlicher im Kanton Zürich, Oberentfelden 2009.

gewertet. Die Tatsache, dass dies im medialen und politischen Diskurs hinsichtlich des Strafjustizsystems nun nicht nur nicht gilt, sondern sogar das genaue Gegenteil behauptet wird, dürfte Beleg genug für unsere These sein. Tatsächlich nämlich bewirkt ein Kontakt mit der Justiz, dass die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Deliktes sinkt. Und diese kleine Wahrscheinlichkeit eines weiteren Deliktes wird seit 30 Jahren kleiner und kleiner und kleiner, so dass eigentlich nur der Schluss bleibt, dass der Strafvollzug seine Wirkungen stetig verbessert habe.

C. Schlussfolgerungen

Alleine diese rudimentären Angaben zeigen an, dass für die angestrebten Strafverschärfungen keine empirischen Grundlagen bestehen. Der Bericht versucht denn auch gar nicht, seine Behauptungen irgendwie zu belegen. In Tat und Wahrheit nämlich weisen die tatsächlichen Verhältnisse auf das genaue Gegenteil: Wenn die Kriminalität stabil ist und gleichzeitig die Rückfallquoten ständig sinken, dann wird deutlich, dass die Strafjustiz gut arbeitet. Deutlich wird auch, dass sich die «Präventionswirkung» ständig verbessert. Und das wiederum heisst doch (wenn die gesetzliche Grundlage wesentlich dieselbe ist), dass die Arbeit der Strafjustiz immer besser und erfolgreicher wird. Also gerade die gegen sie vorgebrachte Kritik stösst ins Leere. Wenn aber die von Medien und Politik als zu mild qualifizierten Strafen, anders als behauptet, eben gerade erfolgreich sind, dann kann die angestrebte Verschärfung des Strafrechts entsprechend gerade nicht präventiv orientiert sein. Strafrechtlich würde man von repressiven, also von wesentlich absoluten Zwecken sprechen.

Neben Diktaturen ist eigentlich nur in Mediengesellschaften vorstellbar, dass Behauptungen zum genauen Gegenteil der empirischen Tatsachen aufgestellt werden können und im öffentlichen Diskurs akzeptiert werden, ohne dass sie belegt werden müssen. Wie erwähnt: Der mediale Diskurs schafft sich sein Objekt selbst und zwar ganz nach seinen Bedürfnissen. Und auf dass wir nicht als Feinde der Demokratie oder des Volkswillens erscheinen: Selbstverständlich ist es erlaubt, die Gerichte zu kritisieren. Aber es wäre schön, man gäbe zu, dass man sie kritisiert, weil man sie kritisieren will und dabei etwas zu gewinnen hat, und behauptete nicht wider besseres Wissen, dass Grund zur Kritik bestünde. Aber das sind natürlich veraltete Prinzipien, die nicht in die schöne neue Medienwelt passen.

Medial bedingte Befangenheit staatlicher Akteure und *rule of law*

VON URS SAXER/ANNJA MANNHART

I. Einleitung: das Problem

A. Medieneinfluss auf staatliche Entscheidprozesse

Die Entwicklung zu einer Informations- und Mediengesellschaft, in welcher der entzauberte Staat nicht mehr über der Gesellschaft thront,¹ sondern einer von mehreren relevanten Akteuren ist,² führt im Lichte eines verstärkten Öffentlichkeitsprinzips und demokratisch motivierter Transparenzforderungen³ zu einem immer ausgeprägteren Eindringen der Medienöffentlichkeit in staatliche Entscheidprozesse. Die Öffentlichkeitsgesetze schliessen Verfahren und die sie vorbereitenden Handlungen zwar regelmässig von der unmittelbaren Öffentlichkeit und von allgemeinen Einsichtsrechten aus.⁴ Dessen ungeachtet werden solche Prozesse oft medial begleitet, beleuchtet, kommentiert sowie auch kritisiert und im Rahmen einer personalisierten Berichterstattung institutionen- und personenbezogen abgehandelt. Als Teil eines öffentlichen Diskurses kann es vorkommen, dass über die Medien ein Druck aufgebaut wird, der bevorstehende Entscheidungen zu beeinflussen vermag. Namentlich Betroffene können versuchen, zu diesem Zweck eine eigentliche Medienkampagne zu führen. Das Bedürfnis hierzu wird insbesondere dann aufkommen, wenn offizielle Verfahren, politische oder rechtliche, zur Geltendmachung von Interessenpositionen nicht zur Verfügung stehen oder kaum effektiv sind. Die Präsenz der Medien als sog. *public watchdog*⁵ hat unter anderem zur Folge, dass staatliche Entscheidungsträger unter einem Erwartungsdruck verstärkter, ja permanenter Öffentlich-

1 Vgl. statt vieler WILLKE, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie, Königstein/Ts. 1983.

2 Vgl. hierzu allgemein auch WILLKE, Heterotopia, Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften, Frankfurt a.M. 2003; ferner bereits die Umschreibung einer «Gesellschaft ohne Spitze und ohne Zentrum» in LUHMANN, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München 1981, S. 22.

3 Ausführlich hierzu FEIK, Öffentliche Verwaltungskommunikation, Wien 2007, S. 89 ff.

4 Vgl. Art. 3 und Art. 7 sowie Art. 8 Abs. 1 BGÖ (Bundesgesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung; SR 152.3): «Amtliche Dokumente dürfen erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist.» Als kantonales Beispiel vgl. ferner § 14 Abs. 3, § 20 Abs. 3 und § 23 OG (Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich; LS 170.4).

5 Zur Wächterfunktion der Medien auch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 438 f. m.N.

keitspräsenz stehen. Sie sollen frühzeitig Stellung beziehen und dann allfällige Entscheidungen erläutern, Transparenz schaffen, rechtfertigen.

B. Medieneinfluss und Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens

Die Zusammenhänge zwischen staatlichen Entscheidungsprozessen, den Medien als Informationsmittler und der Öffentlichkeit können auch rechtsstaatlich von Bedeutung sein. Die durch Medienbegleitung geschaffenen Kommunikations- und Beeinflussungsverhältnisse im Sinne von Interaktionen zwischen den relevanten Akteuren, also den Trägern staatlicher Macht, der Medien, der Öffentlichkeit und allfällig Betroffener oder Interessierter, können Auswirkungen auf den Lauf und das Resultat von staatlichen Entscheidungsprozessen haben. Mit einem öffentlichen Diskurs kann zwar als durchaus wünschenswerte Folge z.B. die Verbesserung der Entscheidungsqualität einhergehen. Aus einer rechtlichen Sicht wird es indessen heikel, wenn aufgrund einer engen Verschränkung von Medienöffentlichkeit und staatlichem Entscheidungsverfahren und Resultat nicht mehr einer dem Entscheidungsgegenstand inhärenten Sachlogik, sondern einer medialen Logik folgen, die von sachfremden Interessen bestimmt ist, sodass staatliche Entscheidungsprozesse gewissermassen medial denaturiert werden. Diesfalls beginnen staatliche Entscheide, den Boden des Rechts und des Rechtsstaates zu verlassen. Diese mediale Denaturierung von Prozessen wirkt sich vor allem auf Entscheidungsbetroffene aus: Der Straftäter, z.B. ein Pädophiler, wird sehr hart angepackt, weil von den Medien so gefordert; die Bewilligung für eine Privatschule wird nicht erteilt, weil nach Medienberichten eine Sekte hinter den Promotoren stehen soll; der Kantonsarzt muss in den Ausstand treten, nachdem er während eines Verfahrens gegen einen Arzt vor Untersuchungsabschluss die Öffentlichkeit bereits über dessen angebliche Verfehlungen informiert hat. Entsprechend bestehen zumindest bei einer Tangierung individueller Rechts- und Interessenpositionen Prinzipien, die zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit den ordnungsgemässen Gang staatlicher Entscheidungsprozesse trotz Medieneinflüssen gewährleisten, die Risiken medial verzerrter Entscheide minimieren⁶ und in einem konkreten Fall von Befangenheitsverdacht als Beurteilungsgrundlage dienen.

6 Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang auch schon eine Verstärkung der Medienselbstkontrolle gefordert. In BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7d = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 23 schlägt das Gericht vor, dass die Medien selber zur Vermeidung möglicher Einschränkungen der Medienfreiheit selbstkritisch und diszipliniert sein und sich an die Ehrenkodizes des Berufsverbandes halten sollen. Eine solche Selbstkontrolle existiert nunmehr mit dem schweizerischen Presserat und dessen Praxis auf der Basis der Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten von 1999/2008; vgl. www.presserat.ch.

C. Medieneinfluss und Befangenheit

Ein Prinzip zum Schutz der Verfahrensbeteiligten ist die Unparteilichkeit und, davon abgeleitet, die Unbefangenheit:⁷ Staatliche Organe – so das Postulat – sollen trotz Medieneinflusses unabhängig, unparteilich und unbefangen entscheiden.⁸ Soweit so gut. Indes ist dieser Grundsatz nicht immer gewährleistet. Die mannigfaltigen Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlichen Stellen, den Medien und der Öffentlichkeit, deren Komplexität unter anderem aus unterschiedlichen Rollen, Funktionen, Selbstverständnissen und Rechtsbindungen der involvierten Akteure resultiert, sind selten konfliktfrei. Vielmehr zeigt sich bei einer idealtypischen Betrachtung ein Aufeinandertreffen divergenter Eigenlogiken und Interessen, die es im Hinblick auf die Rechtsstaatlichkeit auszuloten gilt. Entsprechend können sich Befangenheitsfragen,⁹ bei Institutionen auch Unabhängigkeitsfragen stellen,¹⁰ wenn Medien unmittelbar Einfluss auf eine Entscheidung ausüben oder mittelbar, indem sie staatlichen Entscheidungsträgern eine Plattform für öffentliche Äusserungen bieten. Mithin gibt es das die Rechtsstaatlichkeit herausfordernde Phänomen einer medial bedingten Befangenheit staatlicher Akteure, das mit der allgemeinen Erweiterung medienbestimmter Öffentlichkeit einhergeht und in starkem Gegensatz zu einer früheren, vom Amtsgeheimnis und richterlicher Zurückhaltung bestimmten Epoche steht, in denen staatliche Entscheidprozesse, sieht man vom Parlament ab, öffentlichkeits- und medienfern waren.¹¹

Die rechtsstaatliche Problematik der medial bedingten Befangenheit wird nachfolgend anhand einer Problemskizze, nicht einer umfassenden Analyse dargestellt. Die Ausführungen erfolgen basierend auf einer gesonderten Betrachtung des Verhältnisses zwischen den idealtypischen staatlichen Akteuren und den Medien mit Blick auf mögliche Auswirkungen für Betroffene. Die rechtsstaatlich relevanten Funktionsunterschiede dieser Akteurskategorien werden berücksichtigt, weil diese eine differenzierte Beurteilung der medienbedingten Befangenheit nahelegen. Die staatlichen Akteure lassen sich hierbei für die vorliegende Fragestellung grob in Exekutiven, Verwaltungen und Gerichte unterteilen. Parlamente bleiben hingegen ausser Betracht, denn eine institutionelle Befangenheit von Parlamenten ist grundsätzlich unbedeutend; kann dieses pro-

7 Es handelt sich hierbei um sog. äussere Einflüsse auf die Entscheidungsfindung; vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001, S. 198 ff. m.w.N.

8 Eingehender dazu KIENER (Fn. 7), S. 208 ff.

9 Vgl. KIENER (Fn. 7), S. 212 ff.

10 Vgl. auch KIENER (Fn. 7), S. 215 f.

11 Für einen historischen Überblick siehe SCHINDLER, Die Befangenheit in der Verwaltung. Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, S. 9 ff., insb. S. 17 ff.; ferner KIENER (Fn. 7), S. 18 ff.

blemlos auch in eigener Sache entscheiden. Im Zentrum steht die rechtliche Befangenheit; politische Aspekte bleiben ausgeklammert.

II. Mediale Befangenheit von Justizbehörden und in Gerichtsverfahren

Lehre und Praxis zur Unparteilichkeit und Unbefangenheit haben sich – auch historisch betrachtet – vor allem im Zusammenhang mit Gerichten entwickelt, und zwar als Teil der sich ausbildenden Gewaltenteilung.¹² Naheliegender ist daher, zuerst die mediale Befangenheit von Justizbehörden zu erörtern. Vorfrageweise ist kurz zu klären, ob es eine solche überhaupt gibt: Es lässt sich argumentieren, dass eine strikte Rechtsbindung der Gerichte, die Korrektivfunktion der Parteirechte der Verfahrensbeteiligten und die oft bestehende Möglichkeit eines Weiterzugs an die nächst höhere Instanz die Gefahr einer medial bedingten Befangenheit entscheidend reduzieren. In der Tat dürften Fälle, in denen eine solche zu einem Ausstand von Justizpersonen führt, selten sein. Indes zeigt die Praxis dennoch, dass sich die Frage bei Gerichten immer wieder und gerade in wichtigeren Fällen stellt.¹³

A. Befangenheit gemäss BV, EMRK und Bundesgerichtspraxis

Ausgangspunkt bilden die konstitutionellen Grundrechtsgarantien minimaler Verfahrens- und Justizrechte.¹⁴ Art. 29 Abs. 1 BV bestimmt unter anderem, dass jedermann «in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung» hat. In Gerichtsverfahren besteht nach Art. 30 BV ausdrücklich ein «Anspruch auf (Beurteilung durch) ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht». «Unparteiisch» ist dabei mit «unbefangen» gleichzusetzen.¹⁵ Art. 30 BV enthält somit als verfassungsmässiges Individualrecht eine ausdrückliche Unbefangenheitsgarantie im Bereich der Justiz.

Demgegenüber fehlt gemäss Wortlaut eine analoge Verfassungsgarantie bei Entscheidungen durch staatliche Entscheidsträger ausserhalb der Justiz, weil Art. 29 BV die Parteilichkeit als Grundlage einer Unbefangenheitsgarantie nicht erwähnt. Dies ist indessen nicht überzubewerten: Art. 29 BV ist das Fundament eines rechtsstaatlichen Mindeststandards mit Bezug auf das Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden schlechthin; eine Beurteilung durch eine offensichtlich parteiische Behörde würde diesen Standard verletzen, weil

12 Zur richterlichen Unabhängigkeit im Rahmen der Gewaltenteilung auch KIENER (Fn. 7), S. 225 ff.; zur historischen Entwicklung vgl. Fn. 11.

13 Vgl. auch SAXER, Justizkommunikation im Rechtsstaat, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, SWR Bd. 7, Bern 2007, S. 49 ff., S. 57 f.

14 Vgl. dazu auch KIENER (Fn. 7), S. 21 ff.; ferner SCHINDLER (Fn. 11), S. 51 ff.

15 Vgl. auch KIENER (Fn. 7), S. 198 ff., die offensichtlich von einer weitgehenden Gleichsetzung ausgeht. Eingehend zur offenen Begriffsverwendung DIES. (Fn. 7), S. 56 f.

dadurch das Verfahren ein offensichtlich ungerechtes wäre.¹⁶ Ferner leitet sich aus Art. 29 BV ein Anspruch auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde ab, und dieser Anspruch bezieht sich auch auf die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit entscheidender Verwaltungsbehörden.¹⁷

Die Garantie von Art. 6 EMRK ist inhaltlich zwar im Grundsatz analog ausgestaltet, indes gilt sie nur in Gerichts- und nicht in Verwaltungsverfahren, und auf Entscheidungen der Exekutive ist sie erst recht nicht anwendbar.¹⁸

Aus Sicht der Grundrechte ergeben sich also mit Bezug auf die Befangenheitsfrage Unterschiede zwischen Exekutive, Justiz und Verwaltung, weil nicht identische Verfassungs- bzw. Konventionsgrundlagen gelten. Zu prüfen ist, ob sich diese funktionelle Unterscheidung in der Praxis zur medial bedingten Befangenheit spiegelt bzw. spiegeln soll.

Das Bundesgericht wendet im Rahmen seiner allgemeinen Praxis in Ausstandsverfahren folgende Formel zur Beurteilung einer Befangenheit an: Befangenheit besteht, «wenn Tatsachen vorliegen, welche das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit objektiv rechtfertigen, wobei der Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit genügt. Auf das subjektive Empfinden der das Ausstandsbegehren stellenden Person kann es hingegen nicht ankommen»¹⁹ bzw. Befangenheit besteht, wenn «bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten» vorliegen, «die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen»²⁰.

Diese Formel erlaubt auch die Beurteilung einer medial bedingten Unbefangenheit. Dabei lässt sich zwischen einem befangenheitsrelevanten Verhalten von Medien (vgl. B.) und von Justizpersonen (vgl. C.) unterscheiden. Beide Akteure können mit ihrem Verhalten die Voreingenommenheit bzw. einen diesbezüglichen Anschein hervorrufen, z.B. als Folge einer einseitigen Medienberichterstattung oder eines verunglückten Medienauftritts eines Justizangehörigen.

16 Vgl. aus der Praxis BGE 127 I 196 ff. E. 2b; allgemein dazu KIENER/KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 416.

17 Vgl. auch KIENER/KÄLIN (Fn. 16), a.a.O.

18 Vgl. dazu im Einzelnen FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 2009, Art. 6 EMRK N 1 ff.; ferner KIENER (Fn. 7), S. 37 ff.; SCHINDLER (Fn. 11), S. 54.

19 Urteil BGer, 25.9.2000, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1167 f.

20 Urteil BGer, 21.5.2002, 1P.150/2002 E. 2.1 = Pra 91 (2002) Nr. 183, S. 976; BGer, 25.9.2002, 1P.347/2002 E. 2.2 = Pra 92 (2003) Nr. 24, S. 119; BGer, 4.3.2003, 1P.648/2002 E. 2.2 = Pra 92 (2003) Nr. 154, S. 844; BGE 125 I 209 ff. (franz.) E. 8a; BGE 120 Ia 184 ff. E. 2b; BGer, 10.4.2008 (ital.), 5A_591/2007 E. 3 = Pra 98 (2009) Nr. 17, S. 95; BGE 131 I 24 ff. (franz.) E. 1.1 = Pra (2005) Nr. 129.

B. Befangenheitsrelevantes Verhalten von Medien

Eine Gefahr für die Befangenheit besteht vor allem, wenn ein unsachlicher, unerwünschter Einfluss zugunsten oder zulasten einer Partei droht.²¹ Hierfür können nach der Praxis auch ausserhalb des Prozesses liegende Umstände verantwortlich sein, z.B. eine Medienkampagne.²² Namentlich sog. virulente Kampagnen mit einer eindeutigen Stossrichtung, die z.B. auf eine Verurteilung oder auf eine exemplarische Bestrafung abzielen, können ein allgemeines Klima schaffen, das die öffentliche Meinung in einer Weise prägt, dass eine Befangenheit von Justizpersonen begünstigt erscheint.²³ Dasselbe gilt bei gezielten Medienangriffen auf einzelne Justizvertreter.²⁴ Zwar reflektiert sich Befangenheit oft in einem konkreten Verhalten der Justizangehörigen. Weil indes bereits der Befangenheitsanschein genügt, muss sich z.B. ein Medieneinfluss nicht erst in einem konkreten Verhalten äussern.²⁵

Gemäss Bundesgericht genügt allerdings der blosser Umstand einer laufenden Medienkampagne nicht für den Anschein von Befangenheit der Justiz in einem konkreten Verfahren,²⁶ und nicht jeder beliebige mediale Einfluss vermag einen Befangenheitsverdacht zu begründen.²⁷ Diese Praxis möchte zu Recht verhindern, dass Medien Einfluss auf die Besetzung bzw. Zusammensetzung eines Gerichts nehmen können, denn auch die regelhafte, ordnungsgemässe Zusammensetzung eines Spruchkörpers wird durch Art. 29 und Art. 30 BV geschützt.²⁸ Daher kommt es auf die Qualität eines möglichen Einflusses an, dies insbesondere nach Intensität, Dichte und inhaltlicher Schwere mit Blick auf die territoriale Begrenztheit des Mediums und deren Einwohnerdichte.²⁹ Überdies sind die Einseitigkeit der Berichterstattung und – bei Strafverfahren – die sys-

21 Eingehender zur Befangenheit KIENER (Fn. 7), S. 57 ff. m.w.N.

22 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) = Pra 80 (1991) Nr. 4; BGE 105 Ia 157 ff. E. 6a; vgl. auch SPÜHLER, Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Medien, SJZ 86 (1990), S. 349 ff.

23 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7b = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 19. Bekannt ist das Phänomen auch aus der US-amerikanischen Strafjustiz, wo Geschworene teilweise bewusst von einem Medieneinfluss abgeschirmt werden, damit sie sich im Rahmen eines auf dem Unmittelbarkeitsprinzip beruhenden Verfahrens ein eigenes, möglichst unbeeinflusstes Bild machen können.

24 Vgl. auch SAXER (Fn. 13), S. 75 f. m.w.N.

25 So ist in Extremfällen zumindest nicht ausgeschlossen, dass ein Richter durch die Medien derart stark angegriffen wird, dass er – auch wenn er selber von seiner Unbefangenheit überzeugt ist – wegen diesen Angriffen in den Augen einer Partei, aber auch objektiv nicht mehr in der Lage zu sein scheint, unparteiisch zu entscheiden.

26 Vgl. unveröffentlichtes Urteil i.S. Rychetsky gegen Anklagegericht Kt. VD vom 18.12.1985 E. 4b; Strassburger Kommission i.S. Ensslin, Bader und Raspe gegen BRD vom 8.7.1978, DR 14, 88 Nr. 15.

27 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7b und 7c = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 19 f.; BGE 105 Ia 157 ff. E. 6a. Diesen Aspekt hebt mit Recht auch KIENER (Fn. 7), S. 212 f. hervor.

28 KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 416 und 441 ff.

29 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7a = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 18.

tematische Hinwirkung auf eine Verurteilung massgeblich.³⁰ Als Leitsatz gilt: Je virulenter und einseitiger eine Medienkampagne geführt wird, desto eher ergibt sich eine Eignung zur Beeinflussung der entscheidenden Justizangehörigen.³¹ Der Zugang zu entsprechenden Medienerzeugnissen allein indes genügt mit Recht nicht, um eine Befangenheitsgefahr zu evozieren.³² Man wird auch regelmässig keine Beeinflussungsgefahr annehmen, wenn die Kampagne von einem einzigen Medium ausgeht, also keine allgemeine Medienwelle eingesetzt hat. Die Beeinflussung der gerichtlichen Meinung durch Medienkampagnen muss durch Vorliegen bestimmter, qualifizierter Umstände manifest sein.³³

Diese Praxis hat Kompromisscharakter: Betroffene müssen sich vor dem Hintergrund eines konstitutionellen Individualrechts auf rechtsstaatlich korrekte Justizverfahren gewiss sein, dass Gerichte nicht in Ansehung der Medienöffentlichkeit, sondern in strikter Bezogenheit auf die Sache und gestützt auf das anwendbare Recht entscheiden. Ein Anschein medial bedingter Befangenheit eines Gerichts ist Betroffenen nicht zuzumuten. Des Weiteren gilt es aber auch zu verhindern, dass es Medien mit ihrer Berichterstattung in der Hand haben, faktisch die gesetzliche Zuständigkeitsordnung und die Regeln über die Besetzung der Gerichte auszuhebeln. Die Rechtsstaatlichkeit würde damit negativ tangiert, wenn bereits einem geringfügigen Medieneinfluss Befangenheitspotenzial eingeräumt würde. Daher müssen Befangenheitsanträgen entsprechende Grenzen gesetzt werden.

Zentral ist ausserdem die Frage nach der medialen Beeinflussbarkeit von Justizpersonen. Die Praxis vermittelt teilweise ein Bild wenig medienresistenter Gerichtsangehöriger. Dies zeigt sich auch in anderen Bereichen der Bundesgerichtspraxis wie z.B. beim Gang von Anwälten an die Öffentlichkeit in pendenten Verfahren.³⁴ Hierzu äusserte sich das Bundesgericht in einem neueren

30 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7c = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 20 f.

31 Der EGMR erachtet überdies das Subjekt der Auslösung einer Kampagne als massgebend. Die Veranlassung einer Medienkampagne durch staatliche Organe vermag den Anschein der Befangenheit eines Gerichts eher zu erwecken; vgl. BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7b und 7c = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 20 f.

32 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7b = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 19 f. mit Hinweis auf die Pflicht des Richters bzw. der Richterin als Staatsbürger/in, sich über gesellschaftliche Probleme auf dem Laufenden zu halten; vgl. auch KIENER (Fn. 7), S. 213.

33 Dabei wird auch ein Unterschied zwischen dem Berufs- und dem Laienrichtertum gemacht. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Gefahr eines ungebührlichen Medieneinflusses bei Laiengerichten grösser ist als bei Berufsgerichten; vgl. BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7b und 7c = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 20, 22; ferner FROWEIN/PEUKERT (Fn. 18), Art. 4 EMRK N 114.

34 In Urteil BGer, 11.8.2004, 2A.600/2003 E. 2 ist allgemein festgehalten, dass «in Rechtsprechung und Lehre (...) ein differenzierteres System zur Beurteilung der Zulässigkeit von Beschränkungen der Meinungsfreiheit eines Anwalts entwickelt (wurde), bei dem die Gefahr der Beeinflussung der Gerichtsbehörde sowie der Herabsetzung des Vertrauens in Anwaltschaft und Rechtspflege durch die fragliche Äusserung des Anwalts (Haupt-)Kriterium darstellt (vgl. BGE 106 Ia 100 ff. E. 8; BGer, 23.1.2003, 2P.291/2001 E. 3b; WOLFFERS,

Urteil: «Soweit der Anwalt Kritik an der Rechtspflege in den verfahrensmässigen Formen – sei es in Rechtsschriften, sei es anlässlich mündlicher Verhandlungen – vorbringt, steht ihm weitgehende Freiheit zu. Strengere Anforderungen sind hingegen an Äusserungen des Anwalts zu stellen, die – wie vorliegend – nicht innerhalb des Verfahrens ergehen, sondern an die Öffentlichkeit gerichtet sind. Um einer möglichen Beeinflussung des Gerichts durch öffentlichen Druck vorzubeugen, sind diese nur insoweit zulässig, als besondere Umstände, namentlich die Wahrung der Interessen des Klienten, die Abwehr persönlicher Angriffe gegen den Anwalt oder gesteigerte öffentliche Interessen an einem Verfahren diese rechtfertigen (...). Tritt der Anwalt zu Recht an die Öffentlichkeit, so kann verlangt werden, dass er objektiv in der Darstellung und sachlich im Ton bleibt (...)»³⁵. Offensichtlich wird auf diese Weise versucht, eine Art Sicherheitskordon um die Gerichte zu errichten, um die Unbefangenheit gegen die Medienöffentlichkeit sicherzustellen – gewissermassen als Ersatz für eine in der Schweiz nicht existierende, auch auf Medien anwendbare *contempt of court*-Gesetzgebung.³⁶

Diesem Vorsichtsgebahren steht entgegen, dass es, soweit ersichtlich, kaum Fälle gibt, in denen das Bundesgericht oder der EGMR eine medienbedingte Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit festgestellt hätten.³⁷ Der Einfluss der Medien auf die Entscheidungsfindung von Gerichten dürfte denn auch allgemein tendenziell überschätzt werden.³⁸ Schon quantitativ betrachtet ist Befangenheit nur bei einer verschwindend geringen Zahl von Verfahren relevant. Zuweilen beklagen sich zwar Justizangehörige über die Medienberichterstattung in bestimmten Fällen; sie können aber im Resultat einem tatsächlichen oder vermeintlichen Mediendruck gut widerstehen. Und so kann man von Gerichtsangehörigen erwarten, dass sie medienresistent sind und allein auf Grundlage des anwendbaren Rechts und der Tatsachen entscheiden, wie sie sich in einem justizförmigen Verfahren zeigen.³⁹ Unter diesem Gesichtswinkel wird eine richterliche Befangenheit als Folge eines Medieneinflusses eine seltene Ausnahme bleiben. Dass Justiz und Medien gesellschaftlich verschiedene Funktionen einnehmen, von unterschiedlichen Eigenlogiken determiniert sind sowie

Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 95 ff.). Mithin stellt auch hier die Beeinflussungsgefahr des Gerichts wesentliches Kriterium dar.

35 BGer, 11.8.2004, 2A.600/2003 E. 4.1.

36 Hierzu AEMISEGGER, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 2008, S. 18 ff., insb. 22.

37 SCHINDLER (Fn. 11), S. 125; KIENER (Fn. 7), S. 211 f.; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 18), Art. 6 EMRK N 165.

38 So auch KIENER (Fn. 7), S. 211.

39 Vgl. auch SAXER, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation – Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 125 (2006) I, S. 459 ff., 467 f.

divergente Interessen verfolgen und es deswegen zu gegensätzlichen Positionen kommen können, ist der normale Lauf der Dinge und muss aus rechtsstaatlicher Sicht nicht beunruhigen – im Gegenteil.

C. Befangenheitsrelevantes Verhalten von Justizpersonen

Befangenheitsfragen können sich sodann im Kontext mit der Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte bzw. der Justizkommunikation ergeben – einem sich stark entwickelnden Bereich,⁴⁰ wozu der Jubilar erheblich beigetragen hat.⁴¹ Nicht sämtliche öffentlichen Kommunikationsaktivitäten der Justiz und ihrer Vertreter sind befangenheitsträchtig,⁴² sondern vor allem solche, die im Zusammenhang mit konkreten Verfahren stehen.⁴³ Namentlich aus diesem Grund sind öffentliche Stellungnahmen von Justizorganen bzw. -angehörigen in pendenten Verfahren als neuere Erscheinung nach wie vor umstritten, auch wenn sich zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass Stellungnahmen in Einzelfällen geboten sein können.⁴⁴ In der Lehre wurden entsprechende Grundsätze einer sachgerechten Justizkommunikation entwickelt, um zu gewährleisten, dass allfällige öffentliche Stellungnahmen in laufenden Verfahren mit dem ordnungsgemässen Verfahrensgang und den Parteirechten in Übereinstimmung stehen. Zu diesen Grundsätzen zählen unter anderem die Unparteilichkeit, Transparenz und Sachlichkeit sowie die Achtung der Rechte der Parteien und weiterer Betroffener.⁴⁵ Diese Grundsätze dienen unter anderem auch dazu, ein Befangenheitsrisiko zu minimieren.

40 Hierzu anstatt vieler VON COELLEN, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, Tübingen 2005; GOSTOMZYK, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, Baden-Baden 2007; SAXER, Politische Kommunikation des Staates. Phänomenologie und rechtliche Rahmenbedingungen im Vergleich aus schweizerischer Sicht, in: Häberle (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 58, S. 209 ff.

41 Vgl. z.B. WIPRÄCHTIGER, Der Richter in der Öffentlichkeit, in: Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 177 ff.; DERS., Justiz und Medien – Erwartungen des Richters (Das Verhältnis zwischen Justiz und Medien), in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, SWR Bd. 7, Bern 2007, S. 39 ff.; DERS., Bundesgericht und Öffentlichkeit, Zum Verhältnis von Medien und Justiz, in: Mieth/Pahud de Mortanges (Hrsg.), Recht – Ethik – Religion, Der Spannungsbogen für aktuelle Fragen, historische Vorgaben und bleibende Probleme, Festgabe für Bundesrichter Dr. Giuseppe Nay zum 60. Geburtstag, Luzern 2002, S. 11 ff.

42 Die allgemeine Kommunikation der Justiz über ihre Aktivitäten, die Selbstdarstellung als Staatsorgan und andere Formen der Öffentlichkeitskommunikation sind unter diesem Gesichtswinkel unbedenklich; hierzu auch SAXER (Fn. 40), passim.

43 Dazu können auch Stellungnahmen von Justizangehörigen zu einer bestimmten Fallkategorie zählen; vgl. in diesem Zusammenhang die Kontroverse um einen Festschriftenbeitrag von Bundesrichter Ulrich Meyer zur HWS-Distortion (Schleudertrauma); hierzu auch STAUBLI, Umstrittener Richter im Schleudertrauma-Fall, Tages-Anzeiger vom 16.9.2010.

44 Vgl. SAXER (Fn. 39), S. 478 f. m.w.N.; DERS. (Fn. 13), S. 49 ff.

45 SAXER (Fn. 39), S. 476 ff.

Die Gerichtspraxis zur Befangenheit im Kontext der Justizkommunikation ist (noch) punktueller Natur. Festzustehen scheint, dass eine Stellungnahme von Justizangehörigen zum Gegenstand einer Untersuchung bei Fällen mit grosser Publizität allein für eine Befangenheit nicht genügt.⁴⁶ Weil es sich bei der Befangenheit um einen inneren Zustand handelt, soll aber an den Nachweis der Befangenheit infolge Stellungnahmen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden.⁴⁷ Eine tatsächliche Befangenheit ist nicht verlangt; übereinstimmend mit der allgemeinen Praxis genügt der Anschein oder die Gefahr einer Voreingenommenheit.⁴⁸ Dennoch sei im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege eine Befangenheit nicht leichtthin anzunehmen.⁴⁹

Einer Richterin bzw. einem Richter soll es grundsätzlich in jedem Verfahrensstadium (d.h. insbesondere auch vor Abschluss des Verfahrens) erlaubt sein,⁵⁰ die bisherige Verarbeitung und Wertung des Prozessstoffes (in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht) entsprechend dem jeweils neuesten Stand offenzulegen, sofern keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die persönliche Meinung keine vorläufige mehr ist.⁵¹ Entscheidend ist in dieser Hinsicht, dass ein Urteil nicht vorweggenommen wird.

In Strafsachen spielt es eine Rolle, in welchem Stadium sich das Verfahren befindet, weil in jedem Stadium verschiedene Prozessgrundsätze gelten. Das Stadium der Voruntersuchung ist grundsätzlich geheim; das Gerichtsverfahren hingegen ist grundsätzlich vom Öffentlichkeitsprinzip beherrscht. Dennoch kann bei Prozessen mit grosser Publizitätswirkung ein Interesse der Öffentlichkeit bestehen, über den Stand der Untersuchung informiert zu werden.⁵² Persönliche Einschätzungen von Gerichtsangehörigen hinsichtlich eines noch Gegenstand der Untersuchung bildenden Sachverhalts und verfrühte Beweiswürdigungen sind jedoch jenseits der Grenzen der Informationsaufgabe.⁵³ Gleiches gilt normalerweise auch für skandalisierende Verfahrensinformationen durch Justizangehörige zum Nachteil einer Partei.⁵⁴

46 Vgl. hierzu auch die spezielle Regelung in Art. 74 Abs. 1 lit. d StPO.

47 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1168.

48 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1168; BGE 126 I 68 ff. E. 3; 115 V 257 ff. E. 5a.

49 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1168.

50 BGE 116 I a 14 ff. (ital.) = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 17 (Pressekampagne ab Verhaftung und während des Verfahrens); Unschuldsvermutung soll insb. in Strafsachen bereits vor Verhandlungsbeginn respektiert werden; siehe BGE 116 I a 14 ff. (ital.) E. 7d = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 23.

51 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1168; unveröffentlichtes Urteil der Anklagekammer vom 3.4.1997 i.S. N. gegen Eidg. Untersuchungsrichter, E. 4b.

52 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 4b = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1171. Vgl. auch Art. 74 Abs. 1 lit. d StPO.

53 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 4b = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1171 f.

54 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 4b = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1172 m.w.H.

Ist das Verfahren so gelagert, dass der Beschuldigte nicht geständig ist, das Geständnis widerrufen hat oder es sich um einen langandauernden Prozess handelt, sind die Anforderungen an die Ablehnbarkeit von Gerichtsangehörigen tiefer einzustufen.⁵⁵ Das Vorliegen objektiver Anzeichen für eine Befangenheit genügt.⁵⁶ Die Äusserungen haben sich jedoch gegen die Prozesspartei zu richten und müssen einen schweren Verfahrensfehler darstellen.⁵⁷

Verfahrens- oder andere Rechtsfehler, z.B. in Form ungebührlicher Informationen an die Medien, sind zwar geeignet, den Anschein der Befangenheit zu begründen, sie müssen aber entweder wiederholt begangen werden oder so schwer wiegen, dass sie Amtspflichtverletzungen darstellen.⁵⁸ Die blosser Orientierung der Öffentlichkeit über die Eckpunkte eines bevorstehenden Prozesses in geeigneter Form ist demgegenüber Ausfluss des Öffentlichkeitsgrundsatzes von Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV) und daher zumindest in wichtigeren Fällen von Angeklagten hinzunehmen.⁵⁹ So ist es auch ausdrücklich in der neuen eidgenössischen StPO vorgesehen.⁶⁰

Generell ist festzuhalten, dass Stellungnahmen der Justiz in laufenden Verfahren nicht *per se* eine Befangenheitsgefahr zulasten von Verfahrensparteien darstellen, sondern im Gegenteil auch gerade in den Dienst des Schutzes der Verfahrensparteien gestellt werden können. Aufgabe eines Gerichts kann sein, in einem hängigen Verfahren persönlichkeitsverletzenden Gerüchten, die öffentlich kursieren, entgegenzutreten.⁶¹ Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat im Verfahren Bricmont gegen Belgien festgehalten,⁶² ein Passivbleiben der Justiz im Nachgang zu einer sachwidrigen Medienberichterstattung könne den Anschein der Befangenheit erwecken.⁶³ Folglich kann ein Aktivwerden des Gerichts angezeigt sein, in Form von positiven Massnahmen⁶⁴ von Amtes wegen. Solche Massnahmen können auch kommunikativer Natur sein wie z.B. Medienmitteilungen, in denen die Medien aufgefordert werden,

55 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1167, 1169.

56 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1169; BGE 104 Ia 271 ff. E. 3a.

57 BGer, 25.9.2009, 8G.36/2000 E. 3c = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1167, 1169; unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 17.11.1992 i.S. C. gegen Chambre d'accusation du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, E. 2b.

58 BGer, 21.5.2002, 1P.150/2002 E. 2.1 = Pra 91 (2002) Nr. 183, S. 976; BGer, 25.9.2002, 1P.347/2002 E. 2.2 = Pra 92 (2003) Nr. 24, S. 119; BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) = Pra 80 Nr. 4; BGE 116 Ia 135 ff. E. 3a = Pra 80 Nr. 84.

59 BGer, 25.9.2002, 1P.347/2002 E. 3.2 = Pra 92 (2003) Nr. 24, S. 120; BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 17 (Aufnahme ungesetzlicher Beweismittel).

60 Art. 74 Abs. 1 StPO.

61 BGer, 25.9.2000, 8G.36/2000 E. 4b = Pra 89 (2000) Nr. 192, S. 1171 f.; vgl. auch SAXER (Fn. 13), S. 67 f. m.w.N.

62 Vgl. DR 22, 187 und 14, S. 87 f.

63 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7b und 7c = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 20 f.

64 Als Ausfluss von Schutzpflichten des Staates; Art. 35 Abs. 2 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV. Vgl. dazu insb. auch BGE 116 IV 31 ff., 40.

ihren Beitrag zur Wahrung der Parteirechte (v.a. Unschuldsvermutung)⁶⁵ zu leisten und einen geordneten Ablauf des Gerichtsverfahrens zu gewährleisten.⁶⁶ Eine präventive Zensur von Presseerzeugnissen durch die Justiz ist indes ausgeschlossen, würde doch sonst der Kerngehalt der Pressefreiheit verletzt.⁶⁷

D. Würdigung

Bei Gerichten stehen die institutionelle Unabhängigkeit und die Bindung an das materielle Recht und das Verfahrensrecht, namentlich an die Parteirechte, im Vordergrund. Diese Bindung muss auch im Verhältnis zu den Medien gelten. Die Entscheidung ausschliesslich mit Blick auf den Prozessstoff, wie er sich aufgrund der Akten und Parteivorbringen bzw. nach einem Beweisverfahren präsentiert, sowie gestützt auf das anwendbare Recht ist das Fundament einer unabhängigen Justiz. Dies impliziert eine gewisse Medienferne: Im Unterschied z.B. zu Exekutiven⁶⁸ bestehen in konkreten Sachfragen keine permanenten Interaktionen mit den Medien. Bezeichnend charakterisiert sich das Verhältnis zwischen Gerichten, Medien und Öffentlichkeit vor allem durch das Öffentlichkeitsprinzip, also durch Einsichtsrechte, weit weniger durch aktive Kommunikationsbeziehungen.

Wegen der strikten Rechtsbindung und als Folge der richterlichen Unabhängigkeit ist von Justizangehörigen zu verlangen, dass sie auch genügend innere Distanz gegenüber einer Medienberichterstattung wahren. Die Medien zählen zu den Rahmenbedingungen staatlichen Handelns, auch der Justiz, und nicht mehr: Sie sind weder Ankläger noch Richter. Eine Aufgabe der Justiz ist gerade im Rechtsstaat, dem allfälligen Versuch eines *trial by newspaper* das justizförmige Verfahren in Bindung an Verfassung und Gesetz entgegenzustellen.

Unabhängigkeit und Rechtsbindung minimieren das Befangenheitsrisiko entscheidend, sowohl bei der Beurteilung eines möglichen Medieneinflusses auf Entscheidungen wie auch bei der Justizkommunikation. Bei einer Kommunikation mit Verfahrens- und Parteirechten im Blick, namentlich ohne Vorwegnahme prozessualer Handlungen oder materieller Entscheidungen, dürfte das Befangenheitsrisiko gering sein. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass eine gewisse Medienresistenz einer rechtsstaatlichen Haltung der Gerichte ent-

65 Vgl. BGE 116 IV 31 ff., 40. Vgl. auch Art. 74 Abs. 3 StPO, wonach bei einer Öffentlichkeitsorientierung die Unschuldsvermutung und die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen zu beachten sind. Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung auch SAXER, Art. 74 StPO N 23, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010. Zu näheren Angaben zum Umgang mit Informationen an die Presse in Strafverfahren vgl. BGE 116 IV 31 ff., 40 f. Hierzu sind nun allerdings die besonderen Normen in der StPO zu beachten, insb. Art. 74 StPO.

66 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7c = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 21 und 22 f.

67 BGE 116 Ia 14 ff. (ital.) E. 7c und 7d = Pra 80 (1991) Nr. 4, S. 23.

68 Hierzu nachfolgend IV.

spricht, welche gerade die richterliche Unabhängigkeit widerspiegelt: Von Justizpersonen ist diese Resistenz als Teil ihrer Professionalität zu erwarten. Demzufolge haben sich Gerichtsangehörige von allfälligen Kampagnen nicht beeindrucken zu lassen. Zudem bilden Medien in einer pluralistischen Gesellschaft in vielen Meinungsfragen keine Einheit, und kaum je kommt vor, dass das Mediensystem eine Kampagne unternimmt; in der Regel sind verschiedene Stimmen hörbar. Die Kampagne eines Mediums allein kann und darf daher für die Annahme einer Befangenheit nicht genügen, denn damit würde der Einfluss einzelner Medien über- und die Medienmündigkeit der Rezipienten unterschätzt. Bei Kollektivgerichten kann schliesslich davon ausgegangen werden, dass sich die Befangenheitsgefahr zusätzlich reduziert.⁶⁹

III. Medial bedingte Befangenheit von Verwaltungsbehörden und in Verwaltungsverfahren

A. Institutioneller Rahmen; Verwaltungsjustiz

Verwaltungsbehörden⁷⁰ fehlt im Unterschied zu Gerichten⁷¹ regelmässig die institutionelle Unabhängigkeit; sie sind in die Verwaltungshierarchie eingebettet, an die Weisungen vorgesetzter Stellen gebunden und unterstehen deren Aufsicht.⁷² Im Vergleich zu Exekutiven sind Verwaltungsbehörden rechtsstaatlich und rechtlich stärker gebunden; sie sind auf ihre gesetzlichen Aufgaben im öffentlichen Interesse verpflichtet und vollziehen die entsprechenden rechtlichen Anordnungen bzw. wenden das Recht an. Dabei kann der Kontakt mit den Medien und der Öffentlichkeit eine Rolle spielen, ist aber – wie bei Gerichten – keine Primär-, sondern Annexaufgabe und allenfalls Vollzugsinstrument bzw. Mittel zur Aufgabenerfüllung. Ansonsten bestimmen in einem Rechtsstaat in erster Linie die normativen Bindungen die behördliche Tätigkeit; Entscheidungsspielräume bestehen zwar auch für Verwaltungsbehörden, sind aber im Vergleich zur Exekutive geringer. Das Verwaltungsverfahren, die Entscheidungsprozesse sind relativ dicht durchnormiert. Der Ablauf ist rechtsförmig, mit definierten Verfahrensschritten, unter Beachtung der Rechte der Parteien sowie betroffener Dritter, in der Regel mit einem Ergebnis in Form einer hoheitlichen Anordnung, die das Verfahren formell beschliesst. Entsprechend ist die Betroffenenkategorie eng gefasst und besteht oft aus individuellen Rechtsträgern als Beteiligten, deren Rechte und Pflichten ähnlich wie bei Justizverfahren Verfahrensgegenstand sind.

69 A.A. KIENER (Fn. 7), S. 74 f.

70 Zum Begriff der Verwaltung vgl. SCHINDLER (Fn. 11), S. 3 ff.

71 SCHINDLER (Fn. 11), S. 71.

72 SCHINDLER (Fn. 11), S. 7, insb. 70 f.

Die Vollzugsaufgabe von Verwaltungsbehörden ist nicht notwendigerweise, aber oft mit konkreten Anordnungen gegenüber Rechtsträgern verbunden. In solchen Verfahren stellen sich rechtsstaatlich relevante Befangenheitsfragen, geht es doch um die Sicherstellung der Verfahrensrechte Betroffener. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem erstinstanzlichen Verfahren, das den Erlass von Verfügungen bezweckt, einem allfälligen Verwaltungsrechtspflegeverfahren im Sinne eines verwaltungsinternen Rechtszugs, und dem Verwaltungsgerichtsverfahren. Entsprechend ist zu prüfen, wie sich die medial bedingte Befangenheitsproblematik zeigt. Dabei ist zu beachten, dass das Verfahren vor Verwaltungs- und Justizorganen unterschiedlich ist: Namentlich bei erstinstanzlich verfügenden Behörden ist informelles Verwaltungshandeln relevant. Bei Gerichtsverfahren besteht hingegen ein striktes Verbot des Berichtens, d.h. die Parteien dürfen ausserhalb des formellen Verfahrens keinen Kontakt mit dem Gericht oder eine Beeinflussung desselben ausüben.⁷³ Zudem ist das Verwaltungsverfahren im Gegensatz zum Verwaltungsgerichtsverfahren meist nicht publikumsöffentlich, sodass ein wichtiger Garant für ein faires Verfahren entfällt.⁷⁴ Mit Blick auf die Aufgabe der Rechtsanwendung von Verwaltung und Gerichten besteht sodann ein Unterschied hinsichtlich der Prüfungsbefugnis: Erste und interne Rechtsmittelinstanzen sind zu Ermessensentscheiden befugt, Verwaltungsgerichte demgegenüber regelmässig auf die Rechtskontrolle beschränkt.⁷⁵

Immerhin ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der umfassenden Justizreform auf Bundesebene und dem damit verbundenen vollständigen Ausbau der Verwaltungsjustiz in der Schweiz definitiv zu einem etablierten, vollwertigen Zweig der Gerichtsbarkeit geworden. Daher gibt es keine Gründe, mit Bezug auf die Befangenheit die Verwaltungsgerichtsbarkeit anders zu behandeln als die anderen Justizzweige, also z.B. die Zivil- und Straferichtsbarkeit, und entsprechend sollen für sie dieselben allgemeinen Befangenheitsgrundsätze gelten. Umstritten ist demgegenüber, ob diese Grundsätze auch für das Erlassverfahren und die verwaltungsinterne Rechtspflege gelten sollen. Darauf wird zurückzukommen sein.⁷⁶

73 SCHINDLER (Fn. 11), S. 73.

74 SCHINDLER (Fn. 11), S. 73 f. Die Öffentlichkeit wird präventiv, aber auch der Kontrolle wegen als eine der stärksten Stützen der Unbefangenheit angesehen; vgl. SCHINDLER (Fn. 11), S. 74 m.Verw. auf EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, S. 247.

75 SCHINDLER (Fn. 11), S. 71 f.; BGE 115 Ia 189 ff. E. 4.

76 Vgl. nachfolgend III.

B. Medienbezug und Befangenheitsgefahr

Behördenhandeln ist weniger spektakulär, weniger politisch und hat weniger Auswirkungen auf die Allgemeinheit als Exekutiventscheidungen. Entsprechend ist es weniger und insbesondere nicht permanent im Medienfokus – insofern mit der Justiz vergleichbar. Indes gibt es auch hier die Öffentlichkeit interessierende Verfahren und Entscheidungen. Zu denken ist z.B. an spektakuläre Kriminalfälle im polizeilichen oder strafprozessualen Untersuchungsstadium, Verwaltungsverfahren von grosser Tragweite, welche Infrastrukturprojekte wie Flughäfen, Autobahnen oder Kraftwerke betreffen, wichtige Entscheidungen im Bau- und Planungsrecht, Untersuchungsverfahren von besonderen Vorkommnissen in der Verwaltung etc.⁷⁷ Hier sind die Einbrüche der Medienöffentlichkeit in Entscheidungsprozessen besonders spürbar, einerseits im Sinne einer möglichen Einflussnahme auf Entscheidungen durch und über die Medien, andererseits im Einfordern eines permanenten Informationsflusses, unbesehen des anwendbaren Verfahrensrechts sowie von Betroffenen- und/oder Drittinteressen, mit einem daraus resultierenden Druck auf Behördenvertreter, in einem hängigen Verfahren aus ihrem Zuständigkeitsbereich die Öffentlichkeit zu informieren. Ferner haben Behörden zuweilen ein eigenes Bedürfnis, in einer Angelegenheit an die Öffentlichkeit zu treten.⁷⁸ Sie befinden sich in solchen Situationen indes oft im Zentrum auseinanderstrebender Vektoren, nämlich den Informationsbedürfnissen der medial geschaffenen Öffentlichkeit, der eigenen, von Gesetz und Verfahrensrecht bestimmten Aufgabe, sowie den Rechten und Interessen von Parteien und anderen Verfahrensbeteiligten.

Derartige Konstellationen sind befangenheitsanfällig. In Untersuchungs- oder erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren ist problematisch, dass die Behörde selber bis zu einem gewissen Grad Partei ist, ist sie doch den öffentlichen Interessen verpflichtet, deren Realisierung ihr als Aufgabe gesetzlich aufgetragen ist. In diesem Sinne kann es keine behördliche Neutralität im eigenen Zuständigkeitsbereich geben; die von ihr vertretenen öffentlichen Interessen darf sie auch gegen aussen kommunizieren. Diese Befugnis entbindet sie jedoch nicht von der Beachtung der Rechte und Interessen betroffener Parteien. Dies gilt im Grundsatz auch bei der Verwaltungsrechtspflege, d.h. in verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren. Hierbei handelt es sich um Rechtsmittelverfahren, die regelmässig gesetzlich detailliert geregelt sind. Damit sind die Rechtsbindungen im Vergleich zu Erlassverfahren ausgeprägter, was auch Einfluss auf die behördlichen Kommunikationsmöglichkeiten hat. Die Parteirechte sind zu achten,⁷⁹ dabei ist aber zu unterscheiden: Die Vorinstanz, deren Ent-

77 Vgl. auch KIENER (Fn. 7), S. 199 ff.

78 Vgl. auch SAXER, Behördliche Informationen im Spannungsfeld von Informationsbedürfnis und (strafrechtlichem) Vertraulichkeitsschutz, ZSR 123 (2004) I, S. 233 ff.

79 SAXER (Fn. 78), S. 256 und 262 f.

scheidung Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist, ist nunmehr Partei und nicht mehr entscheidende Behörde. Damit hat sie ausgedehntere Kommunikationsmöglichkeiten. Eine medial bedingte Befangenheit ist damit grundsätzlich insoweit ausgeschlossen, denn Befangenheit setzt Entscheidungskompetenz voraus. Indes bleibt zu berücksichtigen, dass die Behörde, auch wenn sie Partei ist, nach wie vor in einem Verwaltungsverhältnis zur Vorinstanz steht und voraussichtlich auch bleibt. Dies gilt namentlich bei Dauerverwaltungsrechtsverhältnissen wie Konzessionen, Bewilligungen etc. Insoweit hat die Kommunikation von Vorinstanzen auf die betroffene Partei Rücksicht zu nehmen.⁸⁰

Gesamthaft können sich bei Verwaltungsbehörden Konstellationen ergeben, in denen die Gefahr einer medienbedingten Befangenheit besteht.⁸¹ Welche Leitlinien gelten hier?

C. Leitlinien

Lehre und Praxis haben sich weniger mit der medial bedingten Befangenheit von Behörden auseinandergesetzt, sondern vor allem geprüft, welche Befangenheitsgrundsätze ganz allgemein gelten sollen, namentlich ob die auf Gerichte anwendbaren Prinzipien auf Verwaltungsbehörden übertragbar sind.⁸² Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich zwar immer wieder auf den Standpunkt gestellt, dass gegenüber Verwaltungsbehörden ein der richterlichen Unabhängigkeit entsprechender oder gleichartiger Anspruch bestehe.⁸³ Nach seiner Praxis legen indes Stellung und Aufgaben von Verwaltungsbehörden eine differenzierte Regelung nahe.⁸⁴ Das Bundesgericht trägt damit zu Recht dem Umstand Rechnung, dass Verwaltungsbehörden anders als Gerichte nicht vorwiegend zur Rechtsanwendung und Streitentscheidung berufen sind, sondern auch einen allgemeinen Vollzugs- und Informationsauftrag haben.⁸⁵ Massgebend für oder gegen eine analoge Anwendung sind also die strukturellen Gemeinsamkeiten⁸⁶ und Unterschiede⁸⁷ von Gerichten und Verwaltungsbehörden. In jedem Einzelfall sind die der jeweiligen Behörde spezifisch zugewiesenen Funktionen

80 Aus rechtsstaatlichen Gründen sind die Kommunikationsspiele nicht gleich lang: Behördliche Öffentlichkeitskommunikation unterliegt normativen, auch konstitutionellen Restriktionen, welche für Private nicht gelten; vgl. SAXER, Einführung und rechtsstaatliche Grundlagen, in: Ehrenzeller/Saxer (Hrsg.), St. Galler Tagung zur Öffentlichkeitskommunikation des Staates – Recht und Praxis, St. Gallen 2010, S. 2 ff.

81 Vgl. auch mit Bezug auf Äusserungen von Behördenvertreter in der Öffentlichkeit SCHINDLER (Fn. 11), S. 129 ff. m.w.N.; SAXER (Fn. 78), S. 253.

82 So auch SCHINDLER (Fn. 11), S. 65 ff.

83 SCHINDLER (Fn. 11), S. 65 f. m. Verw. auf die entsprechenden Entscheide des Bundesgerichts.

84 Vgl. die Verweise bei SCHINDLER (Fn. 11), S. 36 Fn. 188 und insb. S. 66 ff.

85 VwVG-Kommentar-FELLER, Art. 10 N 28.

86 Vgl. dazu im Einzelnen SCHINDLER (Fn. 11), S. 66 f.

87 Vgl. dazu im Einzelnen SCHINDLER (Fn. 11), S. 67 ff.

und die Organisation zu berücksichtigen.⁸⁸ Die für Gerichtsbehörden geltenden Grundsätze können deshalb nicht mit gleicher Strenge auf öffentliche Äusserungen von Verwaltungsbehörden übertragen werden.⁸⁹ Namentlich dem Umstand, ob eine Verwaltungsbehörde erstinstanzlich, als Beschwerdegegnerin oder Beschwerdeinstanz agiert, ist Beachtung zu schenken.⁹⁰

Demgemäss gelten nach der bundesgerichtlichen Praxis folgende Grundsätze: Für Organe der verwaltungsinternen Rechtspflege, die justizmässig handeln, gelten ähnliche Voraussetzungen wie für Gerichte.⁹¹ Eine Person, die an einer Verfügung mitwirkt, hat in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache befangen sein könnte (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG). Erstinstanzlich verfügende Behörden dürfen aber bis zu einem gewissen Grad parteiisch sein: Sind Verwaltungsbehörden im erstinstanzlichen und Rechtsmittelverfahren parteifähig, so sind sie in diesem Sinne auch parteilich. Versteht man unter Unparteilichkeit eine auf Sachlichkeit bezogene Realisierung öffentlicher Interessen, muss die Verwaltung zwingend unparteilich sein.⁹²

Diese Praxis wird verschiedentlich kritisiert: So soll die Befangenheit mit Blick auf die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit nicht verschieden behandelt werden, je nachdem, welche Behörde den Entscheid trifft.⁹³ Auch der unterschiedliche Grad institutioneller Unabhängigkeit von erstinstanzlichen Behörden im Vergleich zur verwaltungsinternen Rechtspflege oder Gerichten soll nichts daran ändern.⁹⁴

Die Kritik hängt eng mit dem institutionellen Rahmen, namentlich dem Ausbaustand der Verwaltungsrechtspflege und -gerichtsbarkeit zusammen. Dies zeigen die Ausführungen von Kiener, die vor der umfassenden Revision der Bundesrechtspflege datieren: Nach ihrer Auffassung seien Verfahren vor nichtgerichtlichen Behörden ebenfalls vom Anspruch auf eine unabhängige und unparteiische Beurteilung geprägt,⁹⁵ denn aus Gründen der Defizite, die mit der Rechtsprechungstätigkeit von Verwaltungsbehörden einhergehen, dürften die verfassungsrechtlichen Ansprüche auf Unbefangenheit nicht verkürzt werden. Verwaltungsbehörden sollten mithin an den gleichen Massstäben wie Gerichte

88 VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Art. 10 N 8 m.w.Verw.

89 VwVG-Kommentar-FELLER, Art. 10 N 28. In BGE 119 V 456 ff. E. 5b wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Befangenheit bei Gerichten sinngemäss auch zur Beurteilung eines Ausstandes gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG herangezogen.

90 SCHINDLER (Fn. 11), S. 68.

91 Erstmals in den unpublizierten Entscheiden vom 13.2.1985 und 22.3.1985; vgl. die Verweise in BGE 112 Ia 142 ff. E. 2. Vgl. ferner SCHINDLER (Fn. 11), S. 35 f.

92 VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Art. 10 N 9; SCHINDLER (Fn. 11), S. 7 m.w.Verw. und insb. S. 67 f.; BGE 123 I 87 ff. E. 4e.

93 VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Art. 10 N 12.

94 VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Art. 10 N 13.

95 KIENER (Fn. 7), S. 183 m.w.Verw.

gemessen werden.⁹⁶ Funktionsimmanente Unzulänglichkeiten in der Justizorganisation seien entsprechend zu ändern.⁹⁷

Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Verankerung der Rechtsweggarantie in Art. 29a BV führte indes zu einem Bedeutungsverlust der verwaltungsinternen Rechtspflege, so dass letztlich ein Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht besteht. So postulieren Breitenmoser/Spori Fedail eher eine Anpassung der Behördenorganisation, wenn sie im Widerspruch zum Anspruch auf unabhängige Entscheidungsträger steht, und eben nicht eine unterschiedliche Messlatte bei der Beurteilung der Befangenheit⁹⁸ – dies auch mit Blick auf die Totalrevision der Bundesrechtspflege, welche die institutionell bedingt mangelhafte Unabhängigkeit von Behörden und verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen in diesem Sinne entschärft hat.⁹⁹ Die von Schindler beobachtete Tendenz, auch erstinstanzlich entscheidende Verwaltungsbehörden mit «quasi-richterlicher» Unabhängigkeit auszustatten, um den Verdacht politischer Einflussnahme zu verhindern,¹⁰⁰ erscheint auf jeden Fall institutionell-funktionell als nicht sinnvoll: Verwaltungsbehörden sind keine Gerichte und auch nicht bloss Rechtsanwendungsorgane. Sie befinden sich in einem anderen Sinnzusammenhang als die Justiz, und es ist daher nicht adäquat, Justizgrundsätze auf die Administration zu übertragen. Damit übereinstimmend erachtet auch Schindler die Änderung der Verwaltungsorganisation nicht in jedem Falle als die angebrachte Lösung: Differenziert werden sollte mit Blick auf die Entscheidbetroffenen; die Entpolitisierung von Entscheidungsträgern scheint sachgerecht bei Angelegenheiten, wo in besonderem Mass in die Rechtstellung des Einzelnen eingegriffen wird. Unsachgemäss sei demgegenüber die Auslagerung von Verwaltungsbehörden aus der Verwaltungshierarchie, wo Ermessensentscheide und politische Sachentscheide angezeigt sind. Die Tätigkeit der Verwaltung ist im Vergleich zur Justiz weniger dem Recht als dem Demokratieprinzip verpflichtet, wobei die Kontrolle letztlich über Wahlen zu erreichen ist.¹⁰¹

D. Würdigung

Bei Verwaltungsbehörden ist offensichtlich ein differenzierter Ansatz angebracht, der auch auf die Art und das Stadium des Verfahrens Rücksicht nimmt. Die für Gerichte anwendbaren Grundsätze sind jedenfalls nicht unbesehen

96 KIENER (Fn. 7), S. 184.

97 Ibidem.

98 VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSE/SPORI FEDAIL, Art. 10 N 14.

99 SCHINDLER (Fn. 11), S. 36; VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSE/SPORI FEDAIL, Art. 10 N 15.

100 SCHINDLER (Fn. 11), S. 36 f., der die Ausgliederung von Kommissionen mit justizähnlicher Funktionen aus der Zentralverwaltung mit einhergehender Entpolitisierung nur teilweise begrüssenswert.

101 Vgl. zum Ganzen SCHINDLER (Fn. 11), S. 37.

anwendbar, weil Verwaltungsbehörden andere Aufgaben wahrnehmen, einem spezifischen öffentlichen Interesse verpflichtet sind und unmittelbarer in einer breiteren Öffentlichkeit stehen als die Justiz. Zwar gilt auch für Verwaltungsorgane, dass Äusserungen in einer Weise, die auf eine im Verfahrenszeitpunkt verfrühte Entscheidungsfindung hinweisen, einen Befangenheitsgrund setzen. Indes ist vor allem das öffentliche Interesse zu berücksichtigen: Als Verfassungsgrundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) und Aufgabe der Verwaltungsorgane ist das öffentliche Interesse nicht gänzlich abgekoppelt von der öffentlichen Meinung zu betrachten. Auch das öffentliche Interesse hat einen basisdemokratischen Kern, sodass in Verbindung mit der Leit- und Umsetzungsfunktion der Verwaltung durchaus ein Medieneinfluss, auch in Form einer Äusserung des Regierungsorgans, nicht mit aller Strenge abzuwehren ist.

IV. Medial bedingte Befangenheit von Exekutiven?

Exekutiven als politische Behörden, namentlich die Regierungen von Bund und Kantonen, bewegen sich im Sinnzusammenhang der Politik;¹⁰² sie sind Teil des politischen Systems und tragen eine institutionelle Verantwortung für den Staat und dessen Aufgaben.¹⁰³ Sie haben einerseits eine strategische Verantwortung inne, indem sie zukunftsgestaltend wesentlich die politischen Prioritäten der Gemeinwesen bestimmen (sollten), und andererseits leiten sie konkret die Administration, welche demokratische Politik umsetzt bzw. vollzieht.¹⁰⁴ Die Tätigkeit von Exekutiven ist selbstverständlich rechtsstaatlich gebunden, aber nur teilweise rechtlich determiniert. Exekutivpolitik ist nicht einfach Rechtsanwendung, sondern besteht gerade darin, Gestaltungsspielräume politisch möglichst im Gemeinwohl zu nutzen.¹⁰⁵

Das Bundesgericht gewährt mit Blick auf diesen Umstand den Exekutivbehörden im Allgemeinen einen grösseren Spielraum für rechtlich-politische Äusserungen als den Gerichten.¹⁰⁶ Andernfalls würde die Verwaltungsrechtspflege und Rechtsanwendung geradezu verunmöglicht.¹⁰⁷

Die Aufgabe von politischen Exekutivbehörden ist auch eindeutig vermehrt mit Kommunikation und Information gegenüber der Öffentlichkeit verbunden.¹⁰⁸ Entscheidungsprozesse demokratisch gewählter Exekutivorgane stehen naturgemäss im Fokus medialer Öffentlichkeit und eines entsprechenden Dis-

102 Zur Unterscheidung von Regierung und Verwaltung vgl. ENGI, Politische Verwaltungssteuerung. Demokratisches Erfordernis und faktische Grenzen, Diss. Zürich 2007, S. 196 f.

103 SCHINDLER (Fn. 11), S. 69; BGE 121 I 252 ff. (franz.) E. 2.

104 Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1, Art. 6 ff. und Art. 35 ff. RVOG.

105 VwVG-Praxiskomm-BREITENMOSER, SPORI FEDAIL, Art. 10 N 10.

106 Vgl. Bundesgerichtsentscheid in ZBl 99/1998 289 ff., 291 f. E. 3b, wiedergegeben bei KIENER (Fn. 7), S. 183 f. m.w.Verw.

107 Bundesgerichtsentscheid in ZBl 99/1998 289 ff., 291 f. E. 3b.

108 KIENER (Fn. 7), S. 183 m.w.H.; SCHINDLER (Fn. 11), S. 69 m.w.H.

kurses, sind also zumindest partiell öffentlich.¹⁰⁹ Es ist denn auch völlig normal, dass Exekutiventscheidungen Rücksicht auf die öffentliche bzw. in den Medien veröffentlichte Meinung nehmen, also medial beeinflusst werden können.¹¹⁰ Zwischen Exekutiven als der demokratischen Öffentlichkeit verantwortliche Akteure und Medien als Hersteller von Öffentlichkeit gibt es eine teilsymbiotische Beziehung als Folge eines gegenseitigen Angewiesenseins. Ansonsten bestehen häufig Interessendivergenzen: Exekutiven neigen zu einer instrumentalen Verwendung der Medien für politische und institutionelle Zwecke,¹¹¹ was auch den Wunsch nach Ausschluss der Medien in bestimmten Angelegenheiten einschliessen kann. Demgegenüber sind die Medien durch die Eigenlogik des Mediensystems determiniert und bei ökonomischer Betrachtung den Rezipienten bzw. dem Markt, bei idealer Betrachtung der Öffentlichkeit verpflichtet, weshalb sie die Berichterstattung nach eigenen, medialen Prioritäten gestalten. Dies führt zu einer höchst ungleichmässigen Beachtung von Exekutiventscheidungen und zu einer publizistischen Aufbereitung in einer Weise, die oft nicht den Wünschen und Erwartungen exekutiver Verantwortungsträger entspricht. So ist aber der gewöhnliche Lauf der Dinge: Es ist das Berufsrisiko von Regierungsmitgliedern, dass sie in der Öffentlichkeit stehen, von den Medien teilweise nicht verstanden werden, und es wäre in einem Rechtsstaat mehr als seltsam, wenn die demokratische Öffentlichkeit durch eine Perspektivenkongruenz von Exekutiven und Medien geleitet wäre. Mithin sind Interaktionen, aber auch Interessendivergenzen im Verhältnis zwischen Exekutiven und Medien an der Tagesordnung und von den Entscheidträgern in Exekutiven auch auszuhalten.

Die Kategorie der Betroffenen spielt im Zusammenhang mit Exekutiven kaum eine eigenständige Rolle. Betroffen sind bei Exekutiventscheidungen meist ein Teil, vielleicht auch alle Einwohner des betreffenden Gemeinwesens, und es sind letztlich die politischen Verfahren, in denen sich Betroffeneninteressen zu artikulieren haben und durchsetzen können. Daher ist es auch nicht überraschend, dass Exekutiventscheidungen zuweilen Gegenstand von auch über die Medien geführten Kampagnen sind.

Medienbedingte Befangenheit kann in einem solchen Umfeld keine Bedeutung haben. Der Umgang mit und die Kritik durch sowie über die Medien gehört zum täglichen Brot der Exekutive und wird häufig über die eigenen Informationsstellen und PR-Beauftragten bewältigt. Zudem bestehen auch rechtliche Regelungen, welche die Exekutive zu einer Information der Öffentlichkeit ver-

109 Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 10 ff. und Art. 34 RVOG zu Öffentlichkeitskontakt und -information.

110 Zur Beeinflussbarkeit von Exekutivbehörden durch Medien und den Gründen hierfür auch SCHINDLER (Fn. 11), S. 124 m.w.Verw.

111 Vgl. auch SCHINDLER (Fn. 11), S. 125 f., wonach Exekutivmitglieder in der Politik stehen, daher geschulter im Umgang mit Medien sind und diese zuweilen auch für ihre Zwecke zu instrumentalisieren vermögen.

pflichten.¹¹² Die Rechtsbindungen lassen den Exekutiven in der Regel einen breiten Handlungsspielraum, und Betroffene sind auf den politischen Weg verwiesen. Angesichts dessen stellt sich – zumindest aus rechtsstaatlicher Sicht – das Problem der medial bedingten Befangenheit nicht. Interaktionen und Konflikte zwischen Exekutiven und Medien sind normal und von den Entscheidungsträgern auszuhalten. Eine Ausnahme mit Bezug auf die Befangenheitsproblematik bildet demgegenüber die vor allem in den Kantonen noch anzutreffende Rechtspflege durch die Regierung im Rahmen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens. Exekutivbehörden sollten besonders dort aufmerksam sein, wo sie die Verantwortung für konkrete Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahren tragen.¹¹³ Hier gelten die bereits beschriebenen Grundsätze zur Verwaltungsrechtspflege.¹¹⁴

V. Schlussbetrachtung

Die medial bedingte Befangenheit kann rechtsstaatlich zu einem Problem werden, wenn in pendenten Entscheidungsverfahren als Folge medienvermittelter Kommunikationsprozesse in der Öffentlichkeit ein Bild dergestalt entsteht, dass die Gefahr sachwidriger, medien- und nicht mehr einer sachimmanenter Logik folgender Entscheidungen zulasten Betroffener droht. Dies kann namentlich bei Medienkampagnen und bei öffentlichen Stellungnahmen staatlicher Entscheidungsträger der Fall sein. Der Rechtsstaat muss Antworten auf diese Phänomene haben. Diese fallen indessen differenziert aus und variieren nach funktionell-institutionellen Kriterien, namentlich nach der Stellung des Organs in der Staatsorganisation und dessen Einbindung in das System der Gewaltenteilung. Im Zentrum steht die Befangenheit als Ausstandsgrund. Dabei zeigt sich grob folgendes Bild:

Regierungen stehen in einer permanenten Interaktionsbeziehung mit den Medien im Sinne gegenseitiger Kommunikation und Versuchen der Einflussnahme als Teil eines öffentlichen Diskurses und des politischen Prozesses. Dieser Umstand ist Teil ihrer Aufgabe als politisches Leitorgan im Staat und führt dazu, dass es eine medial bedingte Befangenheit im angestammten Bereich der politischen Leitfunktion nicht geben kann. Das Demokratie- überwiegt das Rechtsstaatlichkeitsprinzip.

In abnehmend abgestufter Form trifft Gleiches auch auf die Verwaltung zu. Das erstinstanzliche Verfahren ist getragen von der Realisierung des öffentlichen Interesses unter weitgehendem Verfahrensausschluss der Öffentlichkeit. Auf der einen Seite legt dies eine vermehrte Information der Öffentlichkeit über

112 Siehe statt vieler Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 f. RVOG.

113 SCHINDLER (Fn. 11), S. 70.

114 Vgl. vorn III. C.

die Medien nahe, auf der anderen Seite eine nicht allzu strenge Beurteilung eines etwaigen Medieneinflusses auf die Verwaltungsorgane. Unterstrichen wird diese Lockerung der Befangenheitsannahme bei der Verwaltung gegenüber den Gerichten durch die Verwaltungshierarchie, wo diese ihre Berechtigung weiterhin beibehält. Die verwaltungsinterne Rechtspflege ist bereits etwas stärker rechtlich geprägt, namentlich auch durch das formelle Verfahren, kann hingegen auch infolge der Einbindung in die Verwaltungshierarchie und im Unterschied zur umfassenden Kognition der Gerichtsbarkeit nicht den Gerichten gleichgesetzt werden, denn der Sachbezug bleibt oft ein administrativer, nicht ein rein rechtlicher. Gerichte, auch Verwaltungsgerichte, entscheiden demgegenüber allein auf Basis des Rechts und sind mit Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive ausgestattet. Manifestiert sich ein Medieneinfluss in einer verfrühten Entscheidungsbildung, ist der Anschein der Befangenheit zu bejahen. Die Praxis zeigt indessen, dass dies eine Ausnahme bildet.

Im Übrigen spielen Verfahrensart und Zeitpunkt für die Beurteilung von Befangenheitsfragen eine wesentliche Rolle. Allen voran Strafverfahren sind von speziellen Verfahrensprinzipien, unter anderem von der Verfahrensoffenheit,¹¹⁵ aber auch von der Unschuldsvermutung zugunsten des Betroffenen¹¹⁶ geleitet, sodass sich Fragen der medial bedingten Befangenheit wohl eher stellen als bei Zivilverfahren, welche von der Öffentlichkeit oft unbeachtet bleiben.¹¹⁷ Bei Verwaltungsverfahren ist sodann wiederum von einem gesteigerten Bedürfnis an Öffentlichkeit auszugehen, je nach Betroffenheitsgrad der Allgemeinheit in der entsprechenden Angelegenheit. Bezüglich des zeitlichen Referenzpunktes der Beurteilung von Befangenheitsfragen ergeben sich Unterschiede je nach Verfahrensstand – vorgerichtliches Untersuchungsstadium, pendentes oder abgeschlossenes Verfahren.¹¹⁸

115 Vgl. Art. 69 StPO.

116 Art. 10 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 3 StPO.

117 Allerdings sind gemäss Art. 54 Abs. 1 ZPO Verhandlungen und eine allfällige Urteilsöffnung in der Regel öffentlich. Wegen einer relativ hohen Vergleichsquote und häufigen schriftlichen Eröffnungen sind Zivilverfahren indes eher der Öffentlichkeit entzogen.

118 Vgl. auch SAXER (Fn. 13), S. 65 ff.

Kriminologie/Strafvollzug

Prävention gegen Jugendgewalt

VON PETER AEBERSOLD

Jugenddelinquenz war zu allen Zeiten ein Tummelplatz für Kulturpessimisten. Die Klagen über die angebliche Verderbtheit der Jugend sind so alt wie die Menschheit. Das lässt sich schon bei Sokrates nachlesen: *«Die jungen Leute widersprechen ihren Eltern und tyrannisieren ihre Lehrer.»* Ähnlich bei Aristoteles: *«Wenn ich die junge Generation anschau, verzweifle ich an der Zukunft der Zivilisation.»* Die Klagen setzen sich fort beim Kirchenvater Augustin, der im 4. Jahrhundert seinen Wohnort wechselte, weil er sich von der Jugend im alten Rom bedroht fühlte, und werden im 13. Jahrhundert vom Mönch Peter wiederholt: *«Die jungen Leute von heute haben keine Ehrfurcht vor ihren Eltern oder dem Alter. Sie sind ungeduldig und unbeherrscht.»* Bei Shakespeare lesen wir im Wintermärchen: *«Ich wollte, es gäbe gar kein Alter zwischen zehn und dreiundzwanzig, oder die jungen Leute verschliefen die ganze Zeit, denn dazwischen ist nichts als den Dirnen Kinder schaffen, die Alten ärgern, stehlen, balgen.»*

Auch in unserer Zeit sind die Jugendkultur, die Jugenddelinquenz und insbesondere die Jugendgewalt beliebte Themen, um sich über den Niedergang der Zivilisation Sorgen zu machen. Weil die Medienkonsumenten auf diese Themen ansprechen, werden die Medien nicht müde, ihnen laufend neue Nahrung zu liefern. Die angeblich ständig steigende Jugendgewalt war in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder ein beliebtes Medienthema. Dabei kann niemand mit Sicherheit sagen, ob die Jugendgewalt in den letzten Jahren tatsächlich zugenommen hat, oder ob die erhöhte Sensibilisierung und Wahrnehmung bloss zu einer Zunahme der Anzeigen und der Verfahren geführt haben. Killias vertritt bekanntlich eine echte Zunahme, Eisner die gegenteilige These, beide gestützt auf eigene Dunkelfelduntersuchungen. Selbst die von Alt-Bundesrat Blocher eingesetzte EJPD-Arbeitsgruppe kam wie andere Bundesstellen zur Erkenntnis, dass sich die Frage nicht beantworten lasse.¹

Etwas anders stellt sich der aktuelle Diskussionsstand in der Bundesrepublik Deutschland dar. Auch dort wurde lange darüber gestritten, ob der bis 2006 beobachtete Anstieg der statistisch ausgewiesenen Gewaltdelikte auf eine echte oder bloss auf eine selektionsbedingte Zunahme zurückzuführen sei. Die vom Kriminologischen Forschungsdienst Niedersachsen in ganz Deutschland mit 45 000 Schülern durchgeführte Befragung und andere Untersuchungen

1 Zur Diskussion in der Schweiz: AEBERSOLD, in: NZZ am Sonntag vom 9.12.2007, S. 30 f.

scheinen aber unterdessen eine Klärung in dem Sinne herbeigeführt zu haben, dass in der deutschen Fachwelt nicht mehr von einer echten Zunahme ausgegangen wird.² Zudem entwickeln sich seit 2007 selbst die in der Polizeistatistik registrierten Werte rückläufig. Dies dürfte nicht zuletzt auf eine intensiviertere Prävention zurückzuführen sein.

So wenig wir über die zugrunde liegenden Phänomene wissen, so eindeutig scheinen für einen Grossteil der Politiker und der Medien die Rezepte zu sein, mit denen der angeblich ständig steigenden Jugendgewalt begegnet werden soll: Verwahrung, Anwendung von Erwachsenenstrafrecht, Freiheitsstrafen für Kinder unter 15 Jahren, höhere und generell unbedingte Strafen, geschlossene Unterbringungen und Umerziehungslager sind einige der in den eidgenössischen Räten formulierten Vorschläge. Fast alle dort eingebrachten Vorstösse zielen auf eine Verschärfung des Jugendstrafrechts und auf eine verstärkte Repression ab.

In der Pädagogik und in der Kriminologie herrscht dagegen die Auffassung vor, dass eine Verschärfung des Strafrechts kaum ein taugliches Mittel sei, um der verbreiteten Jugendgewalt zu begegnen: «Ein hartes Durchgreifen hat bei Jugendlichen eher kontraproduktive Wirkung.»³ Von dieser Seite wird die Jugendgewalt vor allem als gesellschaftliche Herausforderung angesehen. Viel wichtiger und erfolgversprechender sei es deshalb, sich mit den zugrunde liegenden Problemen auseinanderzusetzen.

Zu diesem Zweck müsse vor allem die Prävention verstärkt werden, die in der Schweiz noch in den Kinderschuhen steckt. Offenbar ist es auf diesem Gebiet schwerer als bei andern Problemen, den Präventionsgedanken durchzusetzen. So wird z.B. allgemein anerkannt, dass Rauchen, Bewegungsarmut und eine ungesunde Ernährung Risikofaktoren für ein Herzversagen sind, und dass die Prävention deshalb bei diesen Lebensgewohnheiten ansetzen muss. In der Kriminalpolitik scheint es dem gegenüber näherliegend und einfacher, die Missstände nicht mit präventiven, sondern mit repressiven Mitteln anzugehen.

I. Merkmale moderner Gewaltprävention

Im Folgenden versuche ich zusammenzufassen, wie eine wirksame Prävention aussehen könnte, und was sie leisten kann. Präventionsprogramme richten sich gegen die Ausübung oder Androhung von körperlicher oder psychischer Gewalt gegenüber andern Personen oder Sachen. Prävention will Gewaltanwendungen vorbeugend verhindern, im Gegensatz zur Intervention, die auf Gewalt reagiert,

2 BAIER/PFEIFFER/SIMONSON/RABOLD, Jugendliche in Deutschland als Opfer und Täter von Gewalt, Forschungsbericht Nr. 107 des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen 2009, S. 4.

3 BAIER/DIRK, Jugendkriminalität in Deutschland, Hannover 2010, S. 39.

aber dadurch ebenfalls präventiv wirken kann (im Sinn von General- und Spezialprävention).

Üblicherweise wird unterschieden zwischen den Ebenen universelle (primäre) Prävention, die sich an alle Personen einer Bevölkerungsgruppe richtet, selektive (sekundäre) Prävention, die sich an Teilgruppen wendet, bei denen eine erhöhte Gefährdung besteht, und indizierte (tertiäre) Prävention, die Personen anspricht, bei denen bereits ein problematisches Verhalten festzustellen ist. Zwischen indizierter Prävention und Intervention besteht ein fließender Übergang. Auf den Ebenen der universellen und der selektiven Prävention sind die meisten Ansätze nicht gewalt- oder kriminalitätsspezifisch, z.B. finden gleiche oder ähnliche Vorbeugungsmassnahmen in der Gesundheits- oder Suchtprävention Anwendung. Das hängt damit zusammen, dass auch die Risiko- und Schutzfaktoren nicht spezifisch sind.

Gewaltprävention ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Sie ist in mehreren Bereichen angesiedelt und sollte diese möglichst koordinieren und vernetzen. Es gibt Ansätze für Kinder/Jugendliche, für Eltern/Familien, für Kindergarten/Schule, für den Freizeit- und Jugendgruppenbereich, für Gemeinde/Quartier/politische Arbeit und für die polizeilich-situative Prävention. Generell gilt: Gute Prävention sollte aus einem Gesamtkonzept abgeleitet sein. Die im Präventionsbereich tätigen Institutionen müssen sich vernetzen, professionsübergreifende Gremien und Fortbildungen sollten Standard sein. Als übergeordnetes Ziel gilt, in der Öffentlichkeit und in allen Institutionen eine Kultur des Hinschauens und der Konfrontation mit Normübertretungen umzusetzen.

Neu ist das Verständnis von evidenzbasierter Prävention. Darunter wird wissenschaftlich überprüfbar und tatsächlich evaluierte Prävention verstanden. Sie knüpft an den Ursachen an und formuliert bezüglich Risiko- und Schutzfaktoren Teilziele, die sich nachprüfen lassen, z.B. erzieherische Kompetenzen von Eltern, soziale Kompetenzen von Kindern, eine Kultur des Hinsehens. Auf diese Ziele hin werden mit gezielten Präventionsprogrammen Verbesserungen angestrebt und die Wirkungen wissenschaftlich ausgewertet. Die Programme werden mit grossen, zufällig ausgelesenen Gruppen durchgeführt (randomized controlled experiments) und mit gleichartigen Gruppen verglichen, die nicht erfasst wurden. Ein Präventionsprogramm gilt als wirksam, wenn in 50 kontrollierten Experimenten der angestrebte Einfluss auf die ins Visier genommenen Risiko- oder Schutzfaktoren nachgewiesen werden kann.⁴ In diesem Sinn gibt es verschiedene Programme, deren Wirksamkeit bereits in mehreren Ländern bestätigt wurde. Solche Programme sind ad hoc entwickelten Mass-

4 FARRINGTON/WELSH, *Saving Children from a Life of Crime*, Oxford 2007, S. 12

nahmen vorzuziehen. Einen Überblick über die Wirkungsforschung vermittelt die von Lösel und Konsorten erarbeitete Erlangen-Nürnberger Studie⁵.

Prävention wirkt nicht kurzfristig. Darum hat sie es in der Praxis schwer, sich zu behaupten. Exekutivbehörden denken in Wahlperioden, an deren Ende sie Erfolge ausweisen müssen, damit sie wiedergewählt werden. Deshalb neigen sie zu schnellen Lösungen, wie sie repressive Ansätze eher versprechen, auch wenn es sich oft nur um Scheinlösungen handelt. Prävention dagegen muss über Jahre kontinuierlich betrieben werden. Wenn das gelingt, sind dafür die Wirkungen nachhaltiger.

In der folgenden Darstellung behandle ich einige wichtige Präventionsprogramme (II.), geordnet nach den Bereichen, in denen sie angewendet werden. Die Programme sind die Methoden, die in der Prävention heute vorherrschen. In diesem Zusammenhang spielen die Risiko- und Schutzfaktoren eine zentrale Rolle (II.A.). Im Anschluss an die Familien- und Schulprogramme (II.B./II.C.) werde ich auf einige Schweizer Grossprojekte eingehen, in denen solche Programme meist kombiniert eingesetzt und evaluiert werden (III.). Danach werden die weiteren Präventionsbereiche angesprochen (IV.). Abschliessend möchte ich Überlegungen zum Stand, zu den Problemen und zu den Verbesserungsmöglichkeiten der Prävention in der Schweiz anstellen (V.).

II. Präventionsprogramme

In einer Übersicht habe ich einige häufig eingesetzte Programme und Ansätze den einzelnen Präventionsbereichen und den Präventionsebenen zugeordnet. Teilweise handelt es sich allerdings um Mehr-Ebenen- oder Mehr-Bereichs-Programme. Sie werden in der Übersicht dort aufgeführt, wo ihr hauptsächliches Wirkungsfeld liegt. Präventiv wirken können zudem auch unspezifische Massnahmen aus den Bereichen Sozial-, Gesundheits-, Wirtschafts-, Sicherheits-, Bildungs- oder Integrationspolitik, die hier nicht erwähnt werden. Träger von Präventionsprogrammen können Behörden, Schulen, Gemeinwesen, Sozialarbeit, Polizei, Justiz, Wissenschaft, Bürgerorganisationen oder private Sicherheitsdienste sein. Am meisten Erfolg versprechen Verbände, die unterschiedliche Präventionsbemühungen nach einheitlichen Kriterien kombinieren.

5 LÖSEL u.a., Die Erlangen-Nürnberger Studie, in: Cierpka, Möglichkeiten der Gewaltprävention, 2. Aufl., Göttingen 2008, S. 206 ff.

	Familie/ Kind	Schule Kinder- garten	Freizeit/ Peers	Gemeinde Quartier	Polizei	Strafrecht
Primär, universell	Eltern- trainings, z.B. Triple P, SAFE, Kompetenz- trainings für Kinder, z.B. Paths, Faustlos	Pfad (Paths), Faustlos, STEP, Fit for live, Olweus, Chili, Papilio, Aus- und Weiter- bildung	Tages- betreuung Selbstver- teidigung Sportpro- gramme Rosenberg Ferienpro- gramme Fast Track	Netzwerke Kommunale Arbeits- kreise Integration von Migranten- familien Anerken- nungskultur	Community Policing, Polizei- präsenz Beschrän- kung von Sucht- mitteln u. Schuss- waffen, Reduktion von Gele- genheiten	Positive General- prävention
Sekundär, selektiv	Eltern- trainings, z.B. TripleP, Stepping Stones, Incredible Years, STEEP, Nurse- Home- Visitation	Olweus Fit for live Opferschutz Schulhaus- Manage- ment Mentoren Schulsozial- arbeit	Deeskala- tion Anti-Mob- bing Jugend- zentren Mobile Jugend- arbeit, Men- torenpro- gramme, Big Brother- Big Sister	Hinsehen – Helfen – Handeln Community that cares Gezielte Arbeits- gruppen Opferbera- tung	Jugend- beauftragte Video-Über- wachung Opferschutz Kontrolle von Gewalt- medien	Negative General- prävention
Tertiär, indiziert	Sozialpä- dagogische Familien- begleitung, Funktionale Familien- therapie, Beo-Sirius	Coolness- Training Anti- Gewalt- Training Denkzeit Mediation	Täter-Opfer- Ausgleich, No Blame Multisyste- mische Therapie, Take-off BL	Täterpro- gramme Arbeitspro- gramme Opferhilfe	Wegwei- sung, Festnahme, vorsorg- liche Mass- nahmen	Spezial- prävention Schutz- massnah- men, Anti- Aggressivi- täts-Training AAT

A. Risiko- und Schutzfaktoren

Evidenzbasierte Prävention (risk-focused prevention) knüpft an Risikofaktoren und Schutzfaktoren an, zudem auch an Mechanismen. *Risikofaktoren* sind Merkmale, die als «Ursachen» vermutet werden und damit eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Anwendung von Gewalt bewirken. *Schutzfaktoren* sind Einflussgrößen, welche die negativen Auswirkungen von belastenden Faktoren mildern oder aufheben. Ihre Einwirkung kann *Resilienz* zur Folge haben, d.h. die Fähigkeit zu gewaltlosem Verhalten auch unter Bedingungen, die durch erhöhte Risiken gekennzeichnet sind. *Mechanismen* sind situative Faktoren, die

zwischen Risiko- und Schutzfaktoren vermitteln, z.B. eine ungenügende Beaufsichtigung in einer Risikosituation. Ein Faktor wird als wirksam angesehen, wenn er die Wahrscheinlichkeit des erwarteten Verhaltens mindestens verdoppelt (odds ratio 2 oder mehr).

Die Risiko- und Schutzfaktoren, auf die in den Programmen eingewirkt wird, sind aus den Forschungen abgeleitet, die sich mit den Ursachen und Entstehungsbedingungen von Gewalt befassen, z.B. aus der Cambridge Study in Delinquent Development⁶ und der Pittsburgh Youth Study⁷, oder in der Schweiz aus der Zürcher Jugendbefragung⁸.

Risikofaktoren im Jugendalter

Faktoren, welche die Wahrscheinlichkeit von Gewalt begünstigen, können sich in den bereits angesprochenen Bereichen auswirken. Nachfolgend einige Faktoren, die sich in vielen Ländern und Untersuchungen als wirksam erwiesen haben.

Individuum	Geringe soziale Kompetenzen Feindliche Wahrnehmungsmuster Aggressive Einstellungen und Werthaltungen Mangelnde Frustrationstoleranz Hohe Risikobereitschaft Impulsivität und Ruhelosigkeit Kurze Aufmerksamkeitsspanne Tiefer IQ und Lernschwierigkeiten Früh auffälliges dissoziales Verhalten Drogen- oder Alkoholmissbrauch
Elternhaus	Mehrfache sozio-ökonomische Benachteiligung Überforderung oder Depression der Erziehungspersonen Geringe emotionale Wärme und Unterstützung Ungenügende Grenzen, fehlende Aufsicht Übermässiger und unkontrollierter Medienkonsum Inkonsistenter Erziehungsstil Streit, Gewalt oder Beziehungslosigkeit unter den Eltern Gewalt, Missbrauch oder Vernachlässigung durch Eltern

6 FARRINGTON, Key Results from the first 40 Years of the Cambridge Study in Delinquent Development, New York 2003.

7 LOEBER/FARRINGTON, Child Delinquents, Thousand Oaks 2001.

8 EISNER /RIBEAUD/BITTEL, Prävention von Jugendgewalt, Bern 2006.

Schule	Schulische Probleme, Schulversagen Geringe Motivation, fehlende Perspektiven Keine Vertrauensbeziehung zu Lehrpersonen Schulklasse mit hoher Gewaltakzeptanz Häufiges Schwänzen Ausschluss aus der Schule Unklare Regeldurchsetzung im Schulhaus Schlechtes Klima in der Klasse oder im Schulhaus Fehlende Partizipation im Schulhaus
Umfeld	Delinquente oder gewaltbereite Freunde Zurückweisung bei Gleichaltrigen Wenig strukturierte Freizeitaktivitäten Benachteiligte Wohnlage Wenig Kohäsion und hohe soziale Konflikte im Quartier Kriminalität und Gewalt im sozialen Umfeld Gewaltlegitimierende Normen Leichte Zugänglichkeit zu Suchtmitteln

Schutzfaktoren im Jugendalter

Umgekehrt können die folgenden protektiven Faktoren die Risikofaktoren neutralisieren und der sonst drohenden Anwendung von Gewalt vorbeugend entgegenwirken:

- Stabile Beziehung zu mindestens einer erwachsenen Vertrauensperson
- Eltern und Lehrpersonen, die stützen und fördern, aber auch fordern und kontrollieren
- Positive Wertorientierungen, die nicht nur geäußert, sondern auch gelebt werden
- Soziale Kompetenz, vor allem in Konflikten
- Konkrete und realistische längerfristige Ziele
- Emotional unterstützende Beziehungen zu stabilen Gleichaltrigen
- Positive Bindung an die Schule
- Schulischer Erfolg wenigstens auf einzelnen Gebieten
- Gemeinschaftserlebnisse in der Schulklasse und in Freizeitgruppen
- Strukturierte Freizeitprogramme
- Klares, nicht überforderndes Zeitmanagement
- Gesunde Lebensweise (Ernährung, Bewegung, Ruhe, Abwechslung)
- Unterstützung im Umgang mit Medien und Suchtmitteln
- Frühe Hilfen für aggressive Kinder und deren Eltern

B. Familien- und Schulprogramme

Weil Jugendgewalt häufig mit Entwicklungsstörungen zusammenhängt und sich fast immer bereits in Frühsymptomen äussert, die sich nicht von allein auswachsen, ist es sinnvoll, die Prävention so früh als möglich einsetzen zu lassen. Wir sprechen von *Frühprävention*, die schon vor der Geburt und unmittelbar danach mit Elternprogrammen anfangen kann. Diese Programme suchen die Erziehungskompetenzen der Eltern zu verbessern und wirksame Strategien im Umgang mit Problemkindern zu vermitteln. Schon vor dem Kindergartenalter können auch Kinderprogramme eingesetzt werden, welche die soziale, sozialkognitive und emotionale Kompetenz der Kinder fördern sollen.

Da solche Programme freiwillig sind, erreichen sie oft die eigentlichen Problemfamilien nicht. Deshalb ist im Rahmen des Kindergartens und der Schule die Chance besser, mit gleichartigen, altersmässig angepassten Programmen mehr Familien und alle Schulkinder anzusprechen. Die frühpräventiven Familienprogramme und die Schulprogramme überschneiden sich deshalb, und auch universelle und selektive Prävention durchmischen sich, je nachdem, ob alle Eltern und Kinder angesprochen oder in einzelnen Programmteilen Problemfamilien gezielt unterstützt werden. Daneben gibt es aber auch Programme, die eine Fokussierung auf Gewaltprobleme in der Schulorganisation und eine Verbesserung des Schulklimas anstreben (vor allem das Programm von Olweus). Ein wichtiges Instrument der schulischen Prävention ist zudem die Schulsozialarbeit. Für alle Schulprogramme gilt, dass eine blosser Aufklärung oder Informationsvermittlung nicht genügt. Vielmehr müssen spezifische Kompetenzen vermittelt und positive Verhaltensweisen eingeübt werden.

Als Beispiele stelle ich kurz die Programme STEEP, Triple P (auch PPP geschrieben), Pfad, Faustlos und Olweus dar.⁹

STEPP

STEPP (Steps Toward Effective Enjoyable Parenting) ist ein Elterntaining, das vor der Schwangerschaft beginnt und nicht vor dem zweiten Geburtstag der Kinder endet.¹⁰ Es wurde erarbeitet aufgrund der Minnesota Längsschnittstudie zur Bindungsentwicklung.¹¹ Diese hatte einen hohen Zusammenhang zwischen eigener Gewalterfahrung der Eltern und Misshandlung der eigenen Kinder ergeben. Es richtet sich in erster Linie an Eltern, die auf Grund ihrer eigenen Geschichte gewaltgefährdet sind. Ziel ist es, die Bindungsfähigkeit zu verbessern und Resilienz zu fördern. Dazu dienen zwei Interventionssettings,

9 Ausführlicher CIERPKA, Möglichkeiten der Gewaltprävention, 2. Aufl. Göttingen 2008, S. 59 ff.

10 SUESS/KISSGEN, Hilfen zur Förderung der Resilienz, in: Cierpka, Möglichkeiten der Gewaltprävention, 2. Aufl., Göttingen 2008, S. 139 ff.; CIERPKA (Fn. 9), S. 89 ff.

11 EGELAND/ERICKSON, Lessons from STEEP, in: Sameroff//Donough/Rosenblum, Treating Parent-Infant Relationship Problems, New York 2004, S. 213 ff.

die abwechselnd im wöchentlichen Turnus stattfinden: Hausbesuche durch eine Mentorin oder einen Mentor und Gruppentermine, an denen alle von der gleichen Person betreuten Familien teilnehmen. Das Programm war zunächst auf ein Jahr angelegt und erwies sich als nur beschränkt wirksam. Mit der Verlängerung auf zwei Jahre verbesserte sich die Wirksamkeit deutlich. STEEP wurde in der Schweiz noch nicht in grösserem Umfang erprobt.

Triple P (PPP)

Triple P (Positive Parenting Program) gehört zu den weltweit bekanntesten Kursen zur Förderung elterlicher Erziehungskompetenzen. Es wurde an der Universität Queensland¹² in Australien entwickelt und ist ein mehrstufiges, alle Eltern ansprechendes Erziehungsprogramm. Es will die Beziehung mit dem Kind fördern, das elterliche Selbstvertrauen stärken und den Eltern wirksame Strategien im Umgang mit Problemverhalten vermitteln. Das Alter der Kinder kann zwischen zwei und zwölf Jahren liegen. Das Programm sieht fünf Stufen vor, die je nach Erziehungsschwierigkeiten gesteigerte Interventionen beinhalten. Stufe 1 für Familien ohne Probleme erschöpft sich in Informationen über Erziehung. Stufe 2 sieht eine Kurzberatung in Form von vier 15-minütigen Sitzungen für spezifische Erziehungsprobleme vor. Stufe 3 beinhaltet zusätzlich das Erarbeiten von Erziehungsstrategien und das Einüben in Rollenspielen. Stufe 4 ist ein Elterntaining, das vier längere Sitzungen und vier Telefonberatungen umfasst. Die intensivste Stufe 5 wurde für Familien entwickelt, in denen Probleme oder Konflikte der Eltern mit Verhaltensschwierigkeiten der Kinder zusammentreffen. Triple P hat sich in zahlreichen Studien, vor allem in Australien, aber auch in China und Deutschland als wirksam erwiesen. In der Schweiz wird es sowohl im zipps- als auch im ESSKI-Projekt angewendet, auf die ich noch eingehen werde.

Pfad (Paths)

Paths (Promoting Alternative Thinking Strategies) ist ein in den USA entwickeltes Sozialkompetenztraining für Kinder, das in der ganzen Grundschulzeit eingesetzt werden kann. Für das Zürcher zipps-Projekt wurde es mit dem Titel Pfad (Programm zur Förderung alternativer Denkstrategien) übersetzt, in unsere Verhältnisse übertragen und in 55 Schulklassen angewendet.¹³ Pfad zielt auf emotionale Kompetenzen ab (gesundes Selbstwertgefühl, Fähigkeit, eigene Gefühle wahrzunehmen und zu verbalisieren, Selbstkontrolle), auf sozial-kognitive Kompetenzen (Fähigkeit, Gefühle Anderer einzuordnen und ihr Verhalten zu antizipieren, Problemlösungsfähigkeit) und auf soziale Kompetenzen

12 KUSCHEL/HAHLWEG, Gewaltprävention, in: Cierpka, Möglichkeiten der Gewaltprävention, 2. Aufl., Göttingen 2008, S. 163.

13 EISNER/RIBEAUD/JÜNGER/MEIDERT (Fn. 8), S. 91 ff.

(Beziehungs- und Empathiefähigkeit, Verantwortung für das eigene Verhalten). Gearbeitet wird in Gruppen mit kindergerechten Methoden, wobei fünf Schwerpunkte thematisiert werden: Gefühle, Selbstvertrauen, Regeln, Selbstkontrolle und positives Sozialverhalten. Pfad ist das weltweit am Besten evaluierte schulische Präventionsprogramm. Mehrere grosse Studien bestätigen die Wirksamkeit.

Faustlos

Faustlos beruht auf dem amerikanischen Ansatz Second Step¹⁴. In der deutschen Übertragung ist es das im deutschen Sprachraum am meisten verbreitete Schulprogramm. Das Curriculum umfasst 51 Lektionen und dauert vom ersten bis zum dritten Schuljahr. In einer adaptierten Fassung kann es auch im Kindergarten eingesetzt werden. Das Programm wird nicht von externen Experten, sondern von den Lehrkräften selbst unterrichtet. Sie werden für diese Aufgabe besonders ausgebildet und erhalten einen «Faustlos-Koffer» mit viel Unterrichtsmaterial. Das Programm umfasst die Einheiten Empathieförderung, Impulskontrolle und Umgang mit Ärger und Wut. Die Einheiten sind ähnlich aufgebaut wie eine Schulstunde. Es wird mit praktischen Beispielen aus dem Alltag gearbeitet, die durch Rollenspiele belebt und verdeutlicht werden. In dem vermittelten Problemlösungsverfahren werden standardisierte Lösungsprozesse mit den Methoden Brainstorming, lautes Denken, Dialog mit sich selbst und verbale Selbstinstruktion vermittelt. Mehrere in den USA und in Deutschland durchgeführte Untersuchungen zeigen, dass Faustlos dazu beiträgt, die sozialen Kompetenzen zu verbessern sowie körperliche und verbale Aggressionen zu vermindern. Das Programm wurde in der Schweiz vereinzelt ebenfalls schon eingesetzt, eine vertiefte Auswertung liegt hier aber nicht vor.

Olweus

Das international weit verbreitete Programm von Dan Olweus¹⁵ setzt am Schulhausmanagement, am Schul- und Klassenklima und an der Durchsetzung von Regeln und Normen an. Die Erwachsenen müssen sich mit den Problemen an ihrer Schule konfrontieren und beschliessen, eine Verbesserung der Situation herbeizuführen. Das Ziel ist, Einstellungen zu entwickeln und Bedingungen zu schaffen, die das Ausmass von Gewalt in der Schule senken. Die einzelnen Massnahmen betreffen die Schulebene (z.B. verbesserte Pausenaufsicht, Fortbildung, Besprechung von Verhaltensregeln und deren Durchsetzung, Ansprechpersonen für Gewaltbetroffene), die Klassenebene (z.B. Regeln gegen aggressives Verhalten, Streitschlichtung, Rollenspiele zum Problemlösen, Verbesserung des Kli-

14 SCHICK/CIERPKA, Lessons from STEEP, in: Sameroff//Donough/Rosenblum, Treating Parent-Infant Relationship Problems, New York 2004, S. 235 ff.

15 OLWEUS, DAN: Gewalt in der Schule, Bern 2009, S. 29 ff.

mas) und die Ebene des einzelnen Schulkindes (z.B. Gespräche mit aggressiven Schülern und ihren Eltern, gezielte Unterstützung von Opfern, schulpsychologische Massnahmen). Das Programm ist in verschiedenen Ländern ausgewertet und als wirksam erkannt worden, insbesondere gegen verschiedene Formen des Bullying. Für eine kleine Gruppe hoch aggressiver Schüler genügen pädagogische Ansätze allerdings nicht, bei ihnen sind therapeutische Interventionen angezeigt. In der Schweiz wurde das Olweus-Programm schon verschiedentlich eingesetzt, in adaptierter Form findet es auch im Berner Be-Prox-Projekt Anwendung (s.u.).

C. Mentorenprogramme

In der Schweiz noch wenig verbreitet sind Mentoren- und Patenschaftsprogramme, obwohl sie sich in den USA, in Deutschland und in andern Ländern als besonders wirksam erwiesen haben. Gefährdeten Kindern, vor allem aus Migrantenfamilien, wird eine ehrenamtliche Hilfskraft zur Seite gestellt, die mit ihnen liest, Aufgaben löst, Schulprobleme bespricht, aber auch Ansprechpartner für andere Probleme ist. In Hannover z.B. stehen dem Verein Mentor e.V. rund 1500 freiwillige Helferinnen und Helfer zur Verfügung.¹⁶ Die individuelle Begleitung gefährdeter Kinder hat dort nicht nur die Schulleistungen und die Integration der betreuten Kinder verbessert, sondern auch bewirkt, dass Gewalttaten von Jugendlichen sich in der gleichen Zeit halbierten, in der sie sich in München, das kein solches Programm kennt, verdoppelt haben. Ein ähnliches Programm, das vor allem im Bundesland Nordrhein-Westfalen Verbreitung findet, ist «Balu und Du». In den USA gehört das Programm «Big Brother – Big Sister» zu den «Blueprints for violence prevention», d.h. zu den ausgezeichneten Programmen, deren hohe Wirksamkeit breit nachgewiesen ist.

III. Schweizer Grossprojekte im Familien- und Schulbereich

Bevor ich die weiteren Präventionsebenen anspreche (s. 4.), stelle ich in diesem Kapitel einige Grossprojekte aus dem Familien- und Schulbereich vor, die verschiedene Programme kombinieren.

A. ZIPPS (Zürcher Interventions- und Präventionsprojekt an Schulen)

ZIPPS ist das bisher grösste wissenschaftlich ausgewertete Gewaltpräventionsprojekt. Es wurde von Manuel Eisner und Konsorten entwickelt und an Zürcher Schulen durchgeführt. Es gibt mehrere Publikationen dazu, vor allem erschien ein Auswertungsband.¹⁷ Das Projekt wurde in 112 Schulklassen mit 1675 Kin-

16 Vgl. zu den Mentorenprogrammen BAIER (Fn. 3), S. 42.

17 EISNER/RIBEAUD/JÜNGER/MEIDERT (Fn.13).

dern durchgeführt. Die Klassen wurden nach einem Zufallsverfahren in vier Gruppen eingeteilt: eine Gruppe, in der nur das Kinderprogramm Pfad durchgeführt wurde, eine Gruppe mit dem Elternprogramm Triple P, eine Gruppe, in der Pfad und Triple P zur Anwendung kamen, und eine Kontrollgruppe.

Beide eingesetzten Programme erwiesen sich als wirksam, in Teilzielen allerdings mit Einschränkungen. Die Kombination der beiden Programme ergab keine besseren Ergebnisse. Die Elternkurse wurden in fünf Sprachen angeboten (einschliesslich Türkisch und Albanisch). Dennoch meldeten sich mit 46,9% deutlich mehr deutschsprachige Eltern an als fremdsprachige. Diese nahmen zu 23,7% teil, wenn ein Kurs in ihrer Sprache angeboten wurde, dagegen nur zu 17,6%, wenn dies nicht der Fall war. Die Verantwortlichen sind allerdings der Meinung, dass die Quote sich verbessern liesse, wenn Migrantenfamilien nicht bloss mit einem Formularbrief, sondern persönlich eingeladen würden. Dennoch bleibt es, auch bei den deutschsprachigen Familien, eine Tatsache, dass ein Teil der Eltern sich nicht einbeziehen lässt. Nicht selten sind das gerade die, welche von einer Verbesserung ihrer Erziehungskompetenzen am meisten profitieren könnten. Umso wichtiger sind deshalb schulische Präventionsprogramme, weil in der Schule alle Kinder erreicht werden können.

B. ESSI (Eltern und Schule stärken Kinder)

Das Programm ESSI richtet sich an 1.-6. Primarklassen. Es wurde von 2007 bis 2010 in 78 Klassen mit 1466 Kindern und 904 Erziehungsberechtigten durchgeführt, hauptsächlich in den Kantonen AG, BL, BS, TG und ZH. Es stammt eigentlich aus dem Gesundheitsbereich und verfolgt in erster Linie das Ziel, die psychosoziale Gesundheit der Kinder zu fördern. In diesem Rahmen soll aber auch die soziale Kompetenz der Kinder verbessert werden. Besonderes Gewicht legt das Projekt auf den Einbezug der Eltern. Für die Kinder wird das Präventionsprogramm «Fit for live» (Fit und stark fürs Leben), für die Eltern Triple P, für die Lehrkräfte das Weiterbildungsprogramm «Die eigenen Ressourcen stärken» angeboten. Der Projektbericht wurde unter dem Titel «Eltern und Schule stärken Kinder» veröffentlicht.¹⁸

Ein Vorprojekt hat gezeigt, dass die Programme Wirkung zeigen. Bei den Kindern ergaben sich eine Reduktion der Risikofaktoren und eine Stärkung der Schutzfaktoren. Das Klima in den Klassen sei besser geworden, die Kinder zeigten ein positiveres Sozialverhalten. Bei den Eltern wurden positive Entwicklungen in allen untersuchten Bereichen festgestellt. Auch die Lehrkräfte hätten profitiert, indem sich ihre psychische Widerstandsfähigkeit und die Sicherheit im Umgang mit den angesprochenen Problemen verbessert hätten.

18 SCHÖNENBERGER/SCHMID/FÄH U.A., Projektbericht: Eltern und Schule stärken Kinder (ESSKI), Olten 2007.

C. Be-Prox (Berner Präventionsprogramm gegen Mobbing in Kindergarten und Schule)

Das Berner Anti-Mobbing-Programm richtet sich an Lehrkräfte. Deren Handlungsfähigkeit und Selbstsicherheit im Umgang mit der Mobbing-Thematik soll gestärkt werden. Es finden fünf bis sechs Sitzungen statt, in denen Wissen zum Mobbing-Geschehen vermittelt wird und konkrete Strategien erarbeitet werden. Dabei werden folgende Themen angesprochen: 1. Hinschauen lernen, 2. das Thema in der Klasse ansprechen, 3. Verträge mit den Kindern ausarbeiten und durchsetzen, 4. die Mitverantwortung der nicht direkt beteiligten Kinder verdeutlichen, 5. die Kinder befähigen, Stopp zu sagen und Hilfe zu holen, 6. die Eltern einbeziehen. Das Programm hat bisher nach einem Zwischenbericht¹⁹ in den Kindergärten gute Wirkungen gezeigt. Die Zahl der Opfer sei gesunken, die Hilfsbereitschaft habe zugenommen. Die Lehrkräfte fühlten sich sicherer und hätten mehr Kontakt zu den Eltern als ihre Kolleginnen und Kollegen.

D. Schulsozialarbeit

Ein wichtiges Instrument der Gewaltprävention, das sich in den letzten Jahren in der ganzen Schweiz breit entwickelt hat, ist die Schulsozialarbeit. Abgesehen von Hilfe, Beratung und Intervention in Einzelfällen soll sie im Rahmen der Schulentwicklung und Innovation zu einem offenen und sensibilisierten Schulklima beitragen, das Voraussetzung für eine wirksame Gewaltprävention ist. Daneben führt sie auch gezielte Veranstaltungen durch und macht freizeitpädagogische Angebote. Sie kann sich um gefährdete Jugendliche kümmern, sich mit Gewaltbereiten auseinandersetzen oder in ihrem Interesse eine Brücke zu Ordnungskräften oder Behörden schlagen. Sie soll aber ebenso Ansprechperson für Gewaltopfer sein. Schulsozialarbeitende tragen dazu bei, dass Gewaltprobleme, überall wo sie auftauchen, angesprochen und ernst genommen werden. Damit entlastet die Schulsozialarbeit die Lehrkräfte, doch dürfen sich diese nicht von der eigenen Verantwortung dispensieren. Schulsozialarbeit darf nicht zu einem Abschieben von Gewaltproblemen führen.

IV. Weitere Präventionsbereiche

Nach den Familien- und Schulprogrammen und den auf diese Bereiche ausgerichteten Projekten sollen nachfolgend die weiteren Präventionsbereiche angesprochen werden.

¹⁹ HAUSER/GUTZWILLER/ALSAKER, Projektbericht: Eltern und Schule stärken Kinder (ESSKI), Olten 2007.

A. Freizeit- und Peergruppen-Programme

Unstrukturierte Freizeitgestaltung, der Kontakt mit gewaltbereiten Kollegen und deviante Aktivitäten in Peergruppen stellen wesentliche Risikofaktoren dar. Hinsichtlich geeigneter Massnahmen mangelt es an kontrollierten Evaluationsstudien, und das, obwohl landesweit viele sozialpädagogische Angebote bestehen. Das Prinzip der evidenzbasierten Prävention hat sich in diesem Bereich noch nicht durchgesetzt.

Laut der von Lösel/Bliesener durchgeführten Erlangen-Nürnberger Präventionsstudie²⁰ haben sich reine Sportprogramme als zu unspezifisch erwiesen. Nach den Ergebnissen der gleichen Studie sind offene Jugendtreffs oder Jugendzentren sogar kontraindiziert, da ein häufiger Besuch mit erhöhtem Problemverhalten einhergehe. In solchen Zentren kommen vor allem Jugendliche zusammen, die bereits gefährdet sind. Sie finden dort negative Vorbilder und verstärken sich wechselseitig in ihren Verhaltensproblemen. Auch eine gross angelegte, von Pfeiffer/Rabold/Baier in Niedersachsen durchgeführte Untersuchung²¹ bestätigt die kontraproduktive Wirkung offener Freizeitzentren. Anzustreben sind gut strukturierte Freizeitangebote, in denen eine Durchmischung stattfindet und aggressionsbereite Jugendliche dazu angehalten werden können, sich mit ihren problematischen Einstellungen auseinander zu setzen.

Ein Beispiel für ein strukturiertes Programm ist das im Kanton Basel-Landschaft entwickelte «Take off», das auffällig gewordenen Jugendlichen in unterschiedlich intensiv ausgestalteten Varianten eine Tagesstruktur zu vermitteln und gleichzeitig ihre Sozial-, Selbst- und Fachkompetenzen zu fördern versucht. Im Kanton Fribourg wird das Programm «Supra-F» durchgeführt, dessen hauptsächlichlicher Fokus in der Suchtprävention liegt. In strukturierten Kleingruppenprogrammen wird angestrebt, die kognitiven und emotionalen Ressourcen von gefährdeten Jugendlichen zu stärken.

B. Gemeinde- und Quartierbezogene Prävention

Die Ergebnisse von weltweit durchgeführten Untersuchungen sprechen dafür, dass eine integrierte Präventionsstrategie, die alle Ebenen und alle Bereiche einschliesst, am meisten Erfolg verspricht. Dies kann dadurch geschehen, dass familienorientierte, schulische, freizeitbezogene und polizeilich-situative Programme in einem Gesamtkonzept zusammengefasst und koordiniert werden. In diesem Rahmen sollten möglichst viele Einwohnerinnen und Einwohner auf ihre Mitverantwortung angesprochen werden. Anzustreben ist ein Klima des Engagements und des Hinsehens statt einer Kultur des Wegschauens.

20 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Ergebnisse der Erlangen-Nürnberger Entwicklungs- und Präventionsstudie, 2007.

21 ZJJ 3/2008, S. 258 ff.

Strategien zur Förderung eines integrierten Gemeinde- oder Quartierlebens sind in den USA unter dem Titel «Community that cares» (CTC) entwickelt worden. Vertreter von Schulen, Stadtverwaltungen, Jugendhilfeeinrichtungen, Polizei, Elternverbänden, Wirtschaft, Verkehrsbetrieben, Vereinen etc. treffen sich zu Konferenzen und erörtern die lokalen Kriminalitätsprobleme. Darauf werden Ausschüsse gebildet, die aufgrund von Risiko- und Schutzfaktoren konkrete Massnahmen zu einzelnen Problemen erarbeiten und durchführen oder veranlassen. Solche Massnahmen können sein: Hausbesuche für junge Familien, Besuche neu eingewanderter Familien durch integrierte Landsleute, Förderprogramme für Kinder, schulbezogene Programme, Fortbildungsangebote für Lehrkräfte, Elterntrainings, Medienkampagnen und polizeilich-situative Präventionsmassnahmen. Auch in Deutschland habe sich an vielen Orten «Arbeitskreise zur kommunalen Kriminalprävention» gebildet, in England heissen sie «Local Crime Prevention Committees», in Frankreich «Diagnostics locaux de sécurité», in Italien «Città secure».²²

Derartige Arbeitskreise oder Präventionsräte können aus der Bevölkerung heraus entstehen oder von oben initiiert werden. In Rotterdam leiten sog. «Stadtmariners» interdisziplinär zusammengestellte Teams, bestehend aus Vertretern von Sozial- und Jugendbehörden, der Polizei, von Stadtgremien und von Wohngenossenschaften. Die Mitglieder sammeln Daten aus dem Quartier und erarbeiten eine Gefährdungsanalyse. Daraus abgeleitet werden gezielte Massnahmen beschlossen und durchgeführt.²³ Diese können je nach Art der Probleme Einzelhilfen, kollektive Programme oder polizeiliche Eingriffe sein.

C. Polizeilich-situative Prävention

Polizeiliche Massnahmen zielen darauf ab, Tatgelegenheiten zu reduzieren, das Entdeckungs- und Aufklärungsrisiko zu erhöhen, informelle Sozialkontrolle zu aktivieren und durch Polizeipräsenz beruhigend zu wirken. Mit Vorbeugungskampagnen und Beratungsdiensten wird über persönliche Schutzmassnahmen, vorbeugendes Verhalten sowie über technische und bauliche Vorkehrungen informiert. Umstritten sind Videoüberwachungen. Sie haben an öffentlichen Plätzen wenig Wirkung, sind aber an versteckten Orten sinnvoll, z.B. in Parkhäusern, engen Passagen und nächtlichen Verkehrsmitteln. Auch Wegweisungen können, wenn sie gezielt und massvoll eingesetzt werden, präventiv wirksam sein. Besonders in der Schweiz wäre ein erschwerter Zugang zu Waffen und legalen Suchtmitteln sinnvoll, doch fehlt bisher der dafür erforderliche politische

22 KUNZ, Kriminologie, 5. Aufl., Bern 2008, § 31 N 10.

23 HEISIG, Das Ende der Geduld, Freiburg 2010, S. 168 ff.

Wille. Das Gleiche gilt wohl auch für den von Killias eingebrachten Vorschlag²⁴, die nächtlichen Aktionsräume von Jugendlichen einzuschränken.

Innerhalb der Jugendkriminalität werden zwei Gruppen von Jugendlichen unterschieden: Die grosse Gruppe der *adolescence-limited*- und die kleine Zahl der *life-course-persistent*-Jugendlichen.²⁵ Während bei den Letzteren ursachenbezogene individuelle Programme und Schutzmassnahmen im Vordergrund stehen, genügt es für die Gelegenheitstäter in der Regel, Tatgelegenheiten zu reduzieren und eine Kultur des Hinschauens zu etablieren. Denn solche Jugendlichen finden mit der altersbedingten Reifung, allenfalls unterstützt durch Grenzziehungen und pädagogische Hilfestellungen, selbst auf die «richtige Bahn» zurück. Spontanbewährung ist in diesem Bereich die Regel. Die situative Prävention spielt für die Gruppe der *adolescence-limited*-Jugendlichen eine zentrale Rolle.

Die New Yorker Polizei hat die sog. *zero tolerance*-Strategie entwickelt und preist sie als grossen Erfolg an.²⁶ Dabei wird bereits gegen kleine Verstösse, Vandalismus und Verwahrlosung im öffentlichen Raum hart vorgegangen, weil das, abgeleitet aus der *broken windows*-Hypothese²⁷, auch gegen schwerere Kriminalität vorbeugend wirke. Ob der in New York festgestellte Rückgang der Kriminalität tatsächlich auf diese Strategie zurückzuführen ist, bleibt allerdings ungeklärt, weil in der gleichen Zeit auch andere amerikanische Grossstädte einen Rückgang zu verzeichnen hatten, die diese Strategie nicht einsetzten. Dennoch ist es präventiv sinnvoll, jeglichen Anzeichen äusserer Verwahrlosung vorzubeugen und auf Verstösse konsequent und schnell zu reagieren.

Einige Kantone, vor allem Basel-Landschaft und Zürich, haben schon vor längerer Zeit Jugendbeauftragte oder Jugenddienste innerhalb der Polizei eingerichtet, andere haben unterdessen nachgezogen. Die Mitarbeitenden halten Kontakt zur Jugend und zu Eltern, führen Präventionsveranstaltungen durch und besuchen Treffpunkte, wo sich Jugendliche versammeln. Sie ermitteln bei Jugendstraftaten, führen Interventionen durch und vermitteln Jugendliche bei Bedarf an Einrichtungen der Jugendhilfe. Leider hat sich das Prinzip der evidenzbasierten Prävention auch in diesem Bereich noch nicht durchgesetzt, so dass zur Wirksamkeit keine verlässlichen Aussagen gemacht werden können. Dennoch berechtigt dieser Ansatz nach den gemachten Erfahrungen zu Hoffnungen.

Der Bund, der im Bereich der Polizei nur unterstützende Aufgaben wahrnimmt, sieht laut dem Jugendgewalt-Bericht des EJPD vom 11. April 2008

24 KILLIAS in der DRS 1-Sendung Arena vom 26.11.2010.

25 MOFFITT, *Adolescent-limited and Life-course-persistent Offending*, in: Thornberry, *Developmental Theories of Crime and Delinquency*, 3. Aufl., New Brunswick 2006, S. 17 ff.

26 KUNZ (Fn. 22), § 31 N 24.

27 WILSON/KELLING, *Polizei und Nachbarschaftssicherheit: Zerbrochene Fenster*, KrimJ 28/1996, S. 121 ff.

vor, das kriminalstatistische Instrumentarium zu verbessern. Die Polizeiliche Kriminalstatistik wird seit 2010 vom Bundesamt für Statistik geführt und soll künftig wesentlich differenziertere Informationen zur Verfügung stellen. Damit wird es insbesondere möglich werden, Wiederholungs- und Intensivtäter, die für einen Grossteil der Delikte verantwortlich sind, früher zu erkennen und geeigneten Massnahmen zuzuführen.

V. Zum Stand der Prävention in der Schweiz

Es gibt in der Schweiz zahlreiche Ansätze zur Gewaltprävention. Die meisten jedoch beruhen nicht auf einem Gesamtkonzept, die einzelnen Massnahmen sind punktuell, zu wenig koordiniert, nicht vernetzt, zu wenig nachhaltig. Oft sind es verschiedene Direktionen oder Dienststellen, die nebeneinander Präventionsaufgaben wahrnehmen. Die Wirkungen und die Zielerreichung werden in der Regel nicht evaluiert.

In den Schulen werden oft einzelne Veranstaltungen durchgeführt, z.B. in Aktionstagen oder -wochen, die durch externe Fachleute geleitet werden. Solche Angebote sind wenig wirksam, Prävention muss in den Schulbetrieb integriert sein. Die Lehrkräfte müssen Prävention als Daueraufgabe wahrnehmen und im Alltag Verantwortung dafür tragen. Ein Teil der Lehrkräfte tut sich damit schwer, weil sie dem Erziehungsauftrag der Schule skeptisch gegenüberstehen und sich ganz dem Bildungsauftrag verpflichtet fühlen.

Auch in der Quartier- und Gemeindefarbeit ist mehr Vernetzung nötig. Vor allem gilt es, die Integration von Migrantenfamilien zu unterstützen. Zu diesem Zweck sind auch Religionsgemeinschaften einzubeziehen. Eine wichtige Rolle spielt für die Integration der Sport. Die Durchmischung in den Quartieren und Schulen sollte gefördert werden. Wichtig sind Ganztagesbetreuungs-Angebote vom Kindergarten bis zum Ende der Schulzeit. Patenschafts- und Mentoringprojekte sollten eingeführt und gefördert werden.

Leider sind in der Schweiz soziale und psychologische Projekte einerseits und die polizeiliche Präventionsarbeit andererseits in keiner Weise verknüpft. Wenn soziale oder psychologische Projekte über ihre Tätigkeit berichten, kommt polizeiliche Prävention überhaupt nicht ins Blickfeld, und umgekehrt geschieht genau das Gleiche. Ich habe selbst in einem andern Praxisfeld die Erfahrung gemacht, wie wichtig die Verknüpfung zwischen diesen Ansätzen ist. Ich war verantwortlich für das Basler Projekt Halt-Gewalt im Bereich häusliche Gewalt. Das als Forschungsprogramm gestartete Vorhaben war erfolgreich, es wurde anschliessend vom Kanton übernommen und wird bis heute weitergeführt. Das wichtigste Instrument war in diesem Projekt der «Runde Tisch», an dem sich die Kontrollseite (Polizei, Staatsanwaltschaft, Gerichte) und soziale Dienste (Opferhilfe, Frauenhaus, Frauenberatungsstellen), die zuvor isoliert und teilweise gegeneinander gearbeitet hatten, zusammen raften und

ein koordiniertes, abgestimmtes Vorgehen beschlossen. Dadurch wurden neue und wirksamere Interventionen gegen häusliche Gewalt möglich. Später kamen auch noch andere betroffene Stellen dazu, z.B. Spitäler, Jugenddienste, Sozialhilfe.²⁸ Ein ähnliches Vorgehen wäre auch in der Gewaltprävention sinnvoll und erfolgversprechend. Wer einmal den deutschen Präventionstag besucht, kann sich davon überzeugen, dass die Kooperation von Polizei und sozialen und psychologischen Programmen in unserm Nachbarland selbstverständlicher als bei uns praktiziert wird.

Im Interesse einer verbesserten Steuerung und Vernetzung wäre zudem eine nationale Strategie nötig. Der Bund hat auf diesem Gebiet bisher keine ausdrückliche Kompetenz. Was die Kantone vorsehen, ist unterschiedlich und oft selbst innerhalb des Kantons wenig koordiniert. Eine von Waller und Welsh durchgeführte Vergleichsuntersuchung²⁹ hat herausgearbeitet, dass Länder wie Schweden oder Kanada, die eine einheitliche Strategie verfolgen und in diesem Zusammenhang eine nationale Agentur eingesetzt haben, deutlich bessere Erfolge erzielen. Das von der Bevölkerungszahl her vergleichbare Schweden kennt z.B. einen nationalen Rat für Kriminalprävention und eine Agentur mit 60 Vollzeit-Mitarbeitenden. Diese kann Empfehlungen im Sinne von best practice verbreiten, regionale Projekte anstossen, fördern und vernetzen sowie Evaluationen durchführen oder unterstützen. Sie koordiniert alle auf Prävention ausgerichteten Anstrengungen und sorgt dafür, dass dabei die Bürgerinnen und Bürger einbezogen werden.

Gute Prävention beruht auf einem einheitlichen Plan, setzt in mehreren Ebenen und Bereichen an, ist koordiniert und langfristig angelegt, wird von möglichst allen Beteiligten mitgetragen und im Alltag wirklich gelebt. Alle Massnahmen sollten aus Risiko- und Schutzfaktoren abgeleitet und die Wirkungen bezüglich der Ziele laufend überprüft werden. In diesem Sinne stehen wir erst am Anfang.

28 Vgl. GLOOR/MEIER/BAERISWYL/BÜCHLER, Interventionsprojekte gegen Gewalt, Bern 2000.

29 FARRINGTON/WELSH (Fn. 4), S. 163.

Gewaltdelikte schweizerischer Jugendlicher in München

VON HEINZ SCHÖCH

I. Einleitung

Das relativ harte Vorgehen der deutschen Strafverfolgungsbehörden gegen drei schweizerische Jugendliche, die am 30. Juni 2009 in der Münchner Innenstadt innerhalb von 15 Minuten fünf Personen niedergeschlagen haben, hat nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Deutschland zu einer intensiven öffentlichen Diskussion über gewalttätige Jugendliche und die adäquate Reaktion des Staates auf solche Gewaltexzesse geführt. Insbesondere in der Schweiz dürfte vorübergehend der Eindruck entstanden sein, dass die bayerische Justiz an den drei Jugendlichen ein Exempel statuieren wollte. In dem folgenden Beitrag versuche ich klarzustellen, dass die zuständige Jugendkammer des Landgerichts München I zu einem Urteil gelangt ist, das den schweren Straftaten gerecht wird, zugleich aber den vorrangig erzieherischen Auftrag des Jugendstrafrechts im Auge behalten hat. Trotz der beträchtlichen Unterschiede beim Höchstmaß der Jugendstrafe – zehn Jahre in Deutschland und vier Jahre in der Schweiz – sind die faktischen Unterschiede zwischen dem deutschen und schweizerischen Jugendstrafrecht geringer als es auf den ersten Blick erscheint.

Der Beitrag ist meinem Freund Hans Wiprächtiger gewidmet, den ich als Präsidenten der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie kennen und schätzen gelernt habe. Uns verbindet nicht nur das Interesse an einer Berücksichtigung kriminologischer Erkenntnisse bei der Gestaltung und Anwendung des Straf- und Strafprozessrechts, des Jugendstrafrechts und des Strafvollzugs, sondern auch die tiefe Überzeugung, dass nur ein maßvolles, an der Resozialisierung der Straffälligen ausgerichtetes humanes Strafrecht den Anforderungen eines modernen und effektiven, am Rechtsgüterschutz ausgerichteten Strafrechts entspricht.

II. Das Tatgeschehen

Die zur Tatzeit sechzehnjährigen Täter gehörten zu einer Gruppe von Schülern der 10. Klasse der Weiterbildungs- und Berufswahlschule Küsnacht in der Schweiz, die sich im Rahmen einer Abschlussfahrt in München aufhielten. In den späten Abendstunden des 30. Juni 2009 hielten sie sich in der Münchner Innenstadt im Nussbaumpark auf und tranken Alkohol (überwiegend Wodka), nachdem sie zuvor in geringen Mengen Marihuana geraucht hatten. Kurz nach

23 Uhr stellte der spätere Haupttäter A fest, dass er sein Portemonnaie verloren hatte. Aus Verärgerung über diesen Verlust und um noch «ein bisschen Spaß» zu haben, veranlasste er die Schüler B und C¹, mit ihm noch einige «Leute wegzuklatschen».

Gegen 23:15 Uhr griffen sie zunächst – ohne jede Vorwarnung – drei Ausländer aus dem ehemaligen Jugoslawien an, die sich ebenfalls im Nussbaumpark aufhielten. A schlug X mit voller Wucht mit der Faust von hinten auf den Kopf, C schlug Y mit der Faust ins Gesicht, worauf dieser seitlich umfiel. Daraufhin schlug A dem Geschädigten Z mit voller Wucht mit der Faust ins Gesicht. Der sichtbar an der sog. Klumpschen Lähmung leidende Z fiel daraufhin nach hinten um, sodass sein Kopf frei über einer Bank hing. Daraufhin trat C mit voller Wucht nach der Art eines Fußballers gegen den freihängenden Kopf des Z, der durch die Attacken eine Jochbeinprellung, ein Monokelhämatom und eine Kontusion des linken Ohrknorpels erlitt. Er leidet bis heute an Beeinträchtigungen seines Gehörs. Y und Z blieben bewusstlos am Tatort liegen.

Daraufhin rannten die drei Jugendlichen im Laufschrift aus dem Park und trafen gegen 23:23 Uhr am Sendlinger-Tor-Platz auf den 46-jährigen Kaufmann W, dem A – wiederum ohne jegliche Vorwarnung – mit der Faust von der Seite mit voller Wucht ins Gesicht schlug, sodass er zu Boden ging, wo er sich zunächst noch auf den Händen und Knien abstützen konnte. Daraufhin trat B dem Geschädigten mit dem Fuß gegen den Kopf und traf ihn an der linken Gesichtshälfte. Der Angeklagte A trat anschließend noch mindestens zweimal mit voller Wucht mit dem Fuss gegen den Kopf des bereits am Boden liegenden Geschädigten. W erlitt dadurch Blutungen aus Ohren und Nase, ein Schädel-Hirn-Trauma sowie einen Nasenhöhlenbruch und multiple Brüche im Mittelgesicht. Die Kieferhöhlen wurden beidseitig multipel zur Mitte, oben und seitlich gebrochen. Auch der rechte Jochbogen und die seitliche Begrenzung der rechten Augenhöhle wurden mehrfach gebrochen. Der Geschädigte erlitt zudem Bruchausläufer in beide Keilbeine. Er musste mehrfach operiert werden und war über ein Jahr nach der Tat noch nicht wieder arbeitsfähig. Sein Gesicht ist bis heute entstellt.

Als sich Passanten näherten, rannten die drei Jugendlichen weiter und trafen gegen 23:25 Uhr in der Sonnenstraße auf den 27-jährigen Studenten V. Wiederum ohne Vorwarnung schlug A dem Geschädigten wuchtig mit dem Ellbogen auf den Kopf, anschließend schlugen ihm B und C wuchtig mit den Fäusten ins Gesicht und gegen den Hals. Als sich erneut ein Passant näherte, rannten sie in ihrer nahegelegenes Jugendhotel. Dort wurden sie noch in der Nacht zum 1. Juli 2009 gegen 3:30 Uhr festgenommen

1 Die anonymisierten und abgekürzten Personenbezeichnungen stimmen nicht mit den Namen der Beteiligten überein.

Der Blutalkoholgehalt der Täter lag – auf den Tatzeitpunkt zurückgerechnet – maximal zwischen 1,0 und 1,8 Promille. Üblicherweise kommt in Deutschland erst ab einer Alkoholisierung von 2 Promille verminderte Schuldfähigkeit in Betracht. Für die Auslösung und Durchführung der Tat war die Alkoholisierung aber sicher ein wesentlicher enthemmender Faktor.

III. Untersuchungshaft bei Jugendlichen

Am Nachmittag des 2. Juli 2009 wurde gegen die Täter nach richterlicher Vernehmung Haftbefehl wegen des dringenden Tatverdachtes des gemeinschaftlich begangenen versuchten Mordes (Mordmerkmale: Heimtücke und niedrige Beweggründe) und wegen gefährlicher Körperverletzung erlassen. Haftgründe waren Fluchtgefahr und der selbständige Haftgrund der Schwere der Tat (§ 112 III StPO), der bei vollendeten und versuchten Tötungsdelikten fast immer bejaht wird. Die Fluchtgefahr wurde damit begründet, dass die Beschuldigten eine empfindliche Strafe zu erwarten hätten und deshalb ein erheblicher Fluchtanreiz bestünde. Die Jugendlichen seien schweizerische Staatsangehörige und verfügten in Deutschland über keinerlei soziale Bindungen. Es sei daher davon auszugehen, dass sie sich auf freiem Fuß sofort in die Schweiz absetzen würden.

Seither befanden sich die Beschuldigten bis zur Rechtskraft des Urteils in Untersuchungshaft. Die Unterscheidung zwischen Untersuchungshaft bis zum Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht und Sicherungshaft während der Zeit zwischen dem Eingang der Anklageschrift und der Rechtskraft des Urteils, welche das neue schweizerische Strafprozessrecht – im Hinblick auf die obligatorische nochmalige Prüfung der Haftvoraussetzungen durch das Zwangsmaßnahmegesetz nach Anklageerhebung vorbildlich – in Art. 220 StPO realisiert hat, kennt das deutsche Recht nicht.

Einige Schweizer Journalisten, die mich interviewt haben, wunderten sich über diese rigorose und lang andauernde Untersuchungshaft in Deutschland. Üblicherweise würden in der Schweiz bei derartigen Delikten die Jugendlichen nach kurzer Einvernahme wieder entlassen. Tatsächlich ist das deutsche Haftrecht in einigen Punkten erheblich rigider als das schweizerische, jedenfalls wenn man – wie in vergleichbaren Fällen in Deutschland üblich – zunächst im Ermittlungsverfahren von bedingtem Tötungsvorsatz ausgeht (s.u. IV), was wohl in der Schweiz seltener geschieht. Während Art. 221 Abs. 2 lit. a StPO ebenfalls den Haftgrund der Fluchtgefahr angesichts der zu erwartenden Sanktion kennt, gibt es den selbständigen Haftgrund der Tatschwere, für den in Deutschland bereits ein vollendetes oder versuchtes Tötungsdelikt ausreicht, in der Schweiz nicht. Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO lässt die Anordnung der Untersuchungshaft bei schweren Verbrechen oder Vergehen, welche die Sicherheit anderer erheblich gefährden, nur zu, wenn der Täter bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat. Dies entspricht dem deutschen Haftgrund der Wieder-

holungsgefahr (§ 112a StPO), der aber bei Sexualdelikten auch ohne Vortaten bejaht werden kann.

Zusätzlich zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die angesichts der hohen Straferwartung im vorliegenden Fall ohne Weiteres bejaht werden konnte, gilt für Jugendliche zwischen 14 und 18 Jahren in Deutschland das Subsidiaritätsprinzip: die Verhängung und Vollstreckung der Untersuchungshaft darf nicht schon dann erfolgen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind, sondern nur dann, wenn der verfahrenssichernde Zweck der Untersuchungshaft nicht auf andere Weise erreicht werden kann.² Als vorrangig durchzuführende Maßnahme kommt die einstweilige Unterbringung in einem Heim der Jugendhilfe in Betracht (§§ 71 II, 72 I 3, IV JGG). Da es in Deutschland aber seit etwa 30 Jahren bis auf seltene Ausnahmen nur noch offene Heime gibt, die zur nachhaltigen Fluchtverhinderung nicht geeignet sind, lehnen es nahezu alle Einrichtungen ab, Beschuldigte, denen ein Kapitalverbrechen zur Last gelegt wird, aufzunehmen. Deshalb gibt es doch eine beträchtliche Zahl von Jugendlichen, die letztlich in der Untersuchungshaftanstalt untergebracht werden müssen.³ So geschah es auch mit den schweizerischen Jugendlichen.

Immerhin gilt nach den bundeseinheitlichen Verwaltungsvorschriften für den Vollzug der Untersuchungshaft bei Jugendlichen das Gebot, die Untersuchungshaft erzieherisch zu gestalten (Nr. 1 IV UVollZO). Zwei der drei schweizerischen Jugendlichen wurden u.a. deshalb während mehrtägiger oder mehrwöchiger Verhandlungsunterbrechungen in die Haftabteilungen zweier Jugendstrafanstalten außerhalb Münchens verlegt, in denen es ein breiteres Erziehungsangebot gibt als in der großen Untersuchungshaftanstalt München-Stadelheim.

Die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 sieht in Art. 27 und 28 JStPO größere Abweichungen vom allgemeinen Haftrecht vor. So ist bereits bei einer Untersuchungshaft von mehr als sieben Tagen ein Verlängerungsgesuch an das Zwangsmaßnahmegericht vorgeschrieben, die Verlängerung erfolgt jeweils nur für höchstens einen Monat, und eine angemessene Betreuung ist sicherzustellen. Es ist also alles auf eine sehr kurze Haftzeit ausgerichtet.

Die lange Dauer der Untersuchungshaft war in der Tat auch für deutsche Verhältnisse außergewöhnlich. Üblicherweise liegt deren durchschnittliche Dauer bei drei bis vier Monaten, bei Kapitaldelikten und komplexeren Verfahren in der Regel immer noch unter einem Jahr. Zur Beschleunigung von Haft-

2 MEIER/RÖSSNER/SCHÖCH, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2007, § 13 Rz. 36.

3 2009 wurde in Deutschland bei insgesamt 3004 Jugendlichen und Heranwachsenden, die anschließend nach Jugendstrafrecht sanktioniert wurden, Untersuchungshaft angeordnet. Das waren 10,61% aller Haftbefehle. Die Mehrzahl davon dürfte allerdings auf die Heranwachsenden entfallen.

sachen sehen die §§ 121, 122 StPO nach sechsmonatiger Haftdauer⁴ und danach alle drei Monate eine besondere Haftprüfung durch das Oberlandesgericht vor. Solange kein Urteil ergangen ist, das auf Freiheitsstrafe erkennt, darf der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen (§ 121 I StPO). Im vorliegenden Fall wurde die Anklageschrift bereits am 2. November 2009, also genau vier Monate nach Beginn der Untersuchungshaft bei der zuständigen Jugendstrafkammer des Landgerichts München I eingereicht, was angesichts der umfangreichen Ermittlungen und der schweren Tatvorwürfe durchaus angemessen erscheint. Die Hauptverhandlung begann am 8. März 2010 und war zunächst auf sechs Tage terminiert. Im Hinblick auf die zwischenzeitlich einzuholenden psychiatrischen und psychologischen Gutachten und den Umfang der Ermittlungen hat das Oberlandesgericht mehrfach die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet.

Die eigentlichen Verzögerungen ergaben sich während der Hauptverhandlung, die erst nach ca. 20 Verhandlungstagen am 22. November 2010 mit der Verkündung des Urteils abgeschlossen werden konnte. Da B und C keine Revision gegen das Urteil eingelegt haben, ist ihre Untersuchungshaft nach fast 17-monatiger Dauer beendet. Während bis 1974 die Untersuchungshaft bei Jugendlichen nur angerechnet werden durfte, wenn sich der Untersuchungshaftvollzug erzieherisch günstig ausgewirkt hatte,⁵ sieht die jetzige Fassung des § 52a JGG – wie im allgemeinen Strafrecht nach § 51 StGB – die Anrechnung als Regelfall vor, von dem nur abgewichen werden darf, wenn die Anrechnung im Hinblick auf das Verhalten des Angeklagten nach der Tat oder aus erzieherischen Gründen nicht gerechtfertigt ist. Beide Ausnahmen sind nach der Rechtsprechung und Literatur eng auszulegen, auch wenn nur noch eine kurze Zeit für die Restverbüßung übrigbleibt.⁶ Deshalb wurde auch im vorliegenden Fall die Untersuchungshaft voll angerechnet. Der Angeklagte A hat Revision eingelegt, weshalb für ihn die Untersuchungshaft noch fort dauert. Die Inanspruchnahme von Rechtsmittelbefugnissen ist ebenfalls kein Grund für den Anrechnungsausschluss.

4 Art. 227 StPO schreibt eine Überprüfung bereits nach drei Monaten vor und macht damit deutlich, dass die Verfahren in der Schweiz insgesamt erheblich zügiger als in Deutschland abgewickelt werden.

5 EISENBERG, Jugendgerichtsgesetz, 14. Aufl. 2010, § 52a Rz. 4, 6 ff.

6 BGHSt 37, S. 74, 78; BGH NStZ 1996, S. 233; 1999, S. 34, mit Anm. BRUNNER; EISENBERG (Fn. 5), § 52a Rz. 6 ff.; BRUNNER/DÖLLING, Jugendgerichtsgesetz, 11. Aufl. 2002, § 52a Rz. 8 ff.

IV. Anklageschrift

In der am 2. November 2009 bei der Jugendkammer des Landgerichts München I eingereichten Anklage wurden alle drei Täter eines gemeinschaftlich begangenen versuchten Mordes (Mordmerkmale Heimtücke und niedrige Beweggründe) beschuldigt, da jeder mindestens einmal mit den Füßen gegen den Kopf eines Opfers getreten hatte. A wurde außerdem wegen drei tatmehrheitlich begangener gefährlicher Körperverletzungen, B wegen einer gefährlichen Körperverletzung und C wegen zwei tatmehrheitlich begangener gefährlicher Körperverletzungen angeklagt.

A. Bedingter Tötungsvorsatz

Bei den Schweizer Journalisten hat vor allem die Anklage wegen versuchten Mordes Verwunderung ausgelöst. Sie beruhte zunächst darauf, dass alle drei Angeklagten jeweils einmal einem der Opfer mit beschuhten Füßen gegen den Kopf getreten hatten. In solchen Fällen wird heute in Deutschland – sofern es sich nicht um ganz leichte Fußtritte handelt – in der Regel bedingter Tötungsvorsatz angenommen. Dafür genügt es nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur, dass der Täter tödliche Verletzungen als möglich oder nicht ganz fernliegend erkennt und diese billigend in Kauf nimmt oder sich damit abfindet.⁷ Da der Vorsatz einer unmittelbaren Beobachtung nicht zugänglich ist, muss er über Indizien erschlossen werden.⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt es bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit des Todes des Tatopfers rechnet und auch einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt.⁹ Je gefährlicher die Gewalthandlung ist, desto stärker ist deren Indizwirkung. Als Indiz für die Gefährlichkeit kann die Schwere der entstandenen Verletzungen berücksichtigt werden. Das mehrfache Eintreten mit festem Schuhwerk auf den Kopf, in das Gesicht und in die Bauchgegend eines wehrlosen Opfers können gewichtige Beweisanzeichen für einen bedingten Vorsatz sein.¹⁰ Bedeutsam ist dieser aus Indizien abgeleitete Eventualvorsatz auch bei extremistisch motivierten Gewalttaten gegen Ausländer geworden, insbesondere bei Brandanschlägen auf Asylbewerberheime, bei denen die Rechtsprechung teilweise Tötungsvorsatz bejaht hat.¹¹

7 BGHSt 36, S. 1, 9; BGH NStZ 2008, S. 93; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rz. 21 ff., 71 ff.; FISCHER, *StGB*, 57. Aufl. 2010, § 15 Rz. 9 ff.

8 ROXIN (Fn. 7), § 12 Rz. 32 ff.

9 BGH NStZ 2010, S. 511 f. m.w.N. ebenso BGH NStZ 2003, S. 431 f.; 2007, S. 331 f.

10 BGH NStZ 2007, S. 639 f.; ähnlich BGH NStZ 2003, S. 431 f.; BGHR *StGB* § 212 Abs. 1, Vorsatz, bedingter 1 (Gründe).

11 BGH NStZ 1994, S. 484 f.; S. 584 f.

Allerdings darf von der Gefährlichkeit nicht schematisch auf bedingten Vorsatz geschlossen werden, vielmehr muss das Gericht bei der Vorsatzprüfung auch tendenziell gegenläufige Faktoren, wie z. B. nachträgliche Bemühungen um Erfolgsvermeidung oder aber nachträgliche Erschütterung über das Geschehen in Rechnung stellen und in den Urteilsgründen erörtern.¹² Solche Gegenindizien im Nachtatverhalten der Täter lagen hier nicht vor, weshalb die Anklage wegen versuchten Mordes insoweit wegen der Fußtritte gegen den Kopf im Einklang mit der Rechtsprechung und herrschenden Lehre stand.

Zusätzlich verlangt die Rechtsprechung speziell bei Tötungsdelikten die Überwindung einer weiteren Vorsatzhürde. Angesichts der natürlichen Tötungshemmung jedes Menschen sei davon auszugehen, dass das billigende Inkaufnehmen des Todes bzw. das Sichabfinden mit dem tödlichen Erfolgseintritt die Überwindung einer erhöhten inneren Hemmschwelle voraussetze. Deshalb müsse auch immer in Betracht gezogen werden, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut haben könnte, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten.¹³ Insbesondere bei spontanen und unüberlegten Handlungen – oder bei gruppenspezifisch geprägten Gewalttaten¹⁴ – könne aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das selbständig neben dem Wissenselement stehende voluntative Vorsatzelement gegeben sei. Der Tatrichter müsse deshalb in seine Erwägungen alle Umstände einbeziehen, die einem solchen Ergebnis entgegenstehen könnten.¹⁵

Diese sog. Hemmschwellentheorie ist zwar in der Literatur sehr umstritten.¹⁶ Sie wird aber von der Rechtsprechung seit langem zugrunde gelegt und hat u. a. auch dazu geführt, dass bei Tötungsdelikten unter Alkoholeinfluss die Schwelle für die ernsthafte Prüfung der Schuldinderung 10% höher liegt als bei anderen Delikten, nämlich für die Schuldunfähigkeit bei einer Blutalkoholkonzentration von 3,3 Promille und für die verminderte Schuldfähigkeit bei 2,2 Promille. Diese zusätzliche Prüfung kann in der Regel erst nach umfassender Beweisaufnahme und persönlichen Eindrücken vom Täter in der Hauptverhandlung vorgenommen werden. Um diese Prüfung aber zu eröffnen, klagt die Staatsanwaltschaft bei gefährlichen Gewalthandlungen mit schweren Verletzungen in aller Regel wegen eines versuchten Tötungsdelikt an, um nicht später auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nach § 265 StPO hinweisen zu müssen, was zu beträchtlichen Verzögerungen führen

12 BGH NSTz 2007, S. 331 f., ähnlich BGH NSTz 1994, S. 585.

13 Zuletzt BGH NSTz 2009, S. 1; 2010, S. 511f.; NJW 2006, S. 386 ff.; StV 2004, S. 74 f.

14 Dazu BGH NSTz 2005, S. 384 ff.

15 BGH NSTz 2010, S. 511 f.

16 Vgl. ROXIN (Fn. 7), § 12 Rz. 79 ff. m.w.N.

kann (§ 265 III StPO). Im vorliegenden Fall sprachen zwar die Gruppendynamik und die Spontaneität der Gewalthandlungen gegen die Indizwirkung der Gefährlichkeit für den bedingten Vorsatz, andererseits sprach die dreifache Wiederholung der Fußtritte gegen unbeteiligte Passanten eher dafür. Insofern war es durchaus vertretbar, dass die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift von bedingtem Vorsatz ausging. Das Gericht hat dies später im Urteil gegen C, nachdem sich herausgestellt hatte, dass er nur einmal und nicht allzu kräftig mit dem Fuss gegen den Kopf des Z getreten hatte, folgerichtig anders beurteilt.

B. Mordmerkmale bei der versuchten Tötung

Unverständlich war für einige Journalisten aus der Schweiz auch die Bejahung der Mordmerkmale im Rahmen der versuchten Tötung, da die Attacken ohne jede Planung aus einem spontanen Tatentschluss resultierten und die Täter allenfalls bedingten Tötungsvorsatz hatten. Tatsächlich erfassen die kasuistischen Mordmerkmale des deutschen Rechts erheblich mehr Tötungen und Tötungsversuche als Art. 112 StGB. Dieser verlangt als einziges Mordmerkmal besonders skrupelloses Handeln und nennt zur Verdeutlichung zwei subjektive Indikatoren (besonders verwerflicher Beweggrund und besonders verwerflicher Zweck der Tat) und einen objektiven Indikator (besonders verwerfliche Ausführung der Tat).¹⁷ Im vorliegenden Fall dürfte keines der Regelbeispiele für ein besonders skrupelloses Handeln vorliegen,¹⁸ insbesondere hätte auch die von der Rechtsprechung zusätzlich geforderte Gesamtwürdigung der äußeren und inneren Umstände des konkreten Falles¹⁹ nach schweizerischem Recht wohl nicht zu einer Anklage wegen versuchten Mordes geführt.

Die ebenfalls an der besonderen Verwerflichkeit ausgerichtete Kasuistik des deutschen Mordtatbestandes (§ 211 StGB) ist demgegenüber relativ starr und führt insbesondere bei der Heimtücke, bei den niedrigen Beweggründen und bei der Verdeckungsabsicht teilweise zu fragwürdigen Ergebnissen, die angesichts der absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe bei vollendetem Mord mit dem Schuldstrafrecht schwer in Einklang zu bringen sind. Die in der Literatur vorgeschlagene «negative Typenkorrektur» durch eine – dem schweizerischen Recht ähnliche – Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und aller Tatumstände im Hinblick auf die besondere Verwerflichkeit²⁰ hat in der Recht-

17 SCHWARZENEGGER, Art. 112 StGB N 3, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl. 2007.

18 Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 17), Art. 112 StGB N 8 ff.

19 SCHWARZENEGGER (Fn. 17), Art. 112 StGB N 7 mit zahlreichen Hinweisen auf Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.

20 SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 211 Rz. 10 m.w.N.

sprechung keinen Anklang gefunden.²¹ Das vom Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer vorgeschlagene abgestufte Modell von Regelbeispielen und Privilegierungen für die Reform der Tötungsdelikte, das mehr Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen würde, ist bisher vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden.²²

Das in der Praxis am häufigsten angenommene Mordmerkmal ist die Heimtücke. Heimtückisch handelt, wer in feindseliger Willensrichtung eine zum Zeitpunkt des Angriffs bestehende Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt.²³ Da sich die Opfer der gegen den Kopf gerichteten Fußtritte wegen des völlig überraschenden Angriffs ohne jede Ankündigung bei Beginn des Tötungsversuchs keines tätlichen Angriffs auf ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit versahen, waren sie arglos und deshalb auch wehrlos. Dieses Mordmerkmal lag also unzweifelhaft vor.

Etwas mehr Beurteilungsspielraum lässt das Mordmerkmal «sonstige niedrige Beweggründe». Solche liegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Motive eine Tötung «nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtungswert sind und auf tiefster Stufe stehen»²⁴. Für die Beurteilung eines niedrigen Beweggrundes ist eine Gesamtwürdigung der Tat und der Persönlichkeit des Täters, des Verhältnisses zwischen Anlass und Tat, der Vorgeschichte und der Täter-Opfer-Beziehung erforderlich.²⁵ Ein spontaner Tötungsentschluss schließt allerdings niedrige Beweggründe nicht von vornherein aus.²⁶ Eine von der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe ist die völlig grundlose Tötung, also «wenn der Täter in dem Bewusstsein handelt, keinen Grund für eine Tötung zu haben oder zu brauchen oder wenn er bewusst seine frustrationsbedingten Aggressionen an einem unbeteiligten Opfer abreagiert.»²⁷ Diese Fallkonstellation wurde von der Staatsanwaltschaft bejaht.

21 Die sog. Rechtsfolgenlösung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 30, S. 105 ff.), die in kühner richterlicher Rechtsfortbildung den reduzierten Strafrahmen des § 49 I StGB (3–15 Jahre) zugrunde legen will, wenn im Einzelfall aussergewöhnliche Umstände vorliegen, aufgrund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist bisher auf Sonderfälle heimtückischer Tötung beschränkt.

22 ALTERNATIV-ENTWURF LEBEN (AE-EV). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), vorgelegt von G. HEINE et al., GA 2008, S. 193–270; auch der Verfasser dieses Beitrags hat daran mitgewirkt.

23 St. Rspr. seit BGHSt 2, S. 251; 3, S. 183; 6, S. 120; 11, S. 139 (Gr. Senat) kontinuierlich bis BGHSt 50, S. 15, 28.

24 BGHSt 2, S. 63; 35, S. 116, 127; 42, S. 226, 228; 47, S. 128, 130; 50, S. 1, 8; NSTz 2006, S. 97.

25 BGHSt 35, S. 116, 127; 47, S. 1, 128, 133; FISCHER (Fn. 7), § 211 Rz. 15 m.w.N.

26 BGHSt 2, S. 61; NJW 1967, S. 1141.

27 BGHSt 47, S. 128, 132 m.w.N. zur früheren Rechtsprechung.

V. Hauptverhandlung und Urteil

A. Prozessuale Fragen

Die über achtmonatige Dauer der Hauptverhandlung mit ca. 20 Verhandlungstagen ergab sich vor allem wegen des Verteidigungsverhaltens der drei Angeklagten. Diese sagten auf Rat ihrer Verteidiger in der Hauptverhandlung bis kurz vor der Urteilsverkündung nicht zur Sache aus, was nach deutschem Strafprozessrecht nicht zu ihrem Nachteil berücksichtigt werden darf. Deshalb mussten alle Details durch umfangreiche Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen aufgeklärt werden. Dazu gehörte auch die unverzichtbare Zeugenvernehmung zweier Mitschüler in der Schweiz, die sich weigerten, zur Aussage in der Hauptverhandlung nach München zu kommen. Da auch die nach deutschem Recht an sich mögliche zeitgleiche Videovernehmung und -übertragung aus der Schweiz (§ 247a StPO) nicht zustande kam, musste das Gericht mit sämtlichen Verfahrensbeteiligten zur Vernehmung nach Zürich reisen. Die Vorbereitung und Durchführung dieser Aktion nahm mehrere Wochen in Anspruch, zumal die Jugendstrafkammer in dieser Zeit gleichzeitig ein schwieriges Strafverfahren gegen zwei deutsche Jugendliche durchführen musste, die im September 2009 einen 50-jährigen Nothelfer auf einer S-Bahnstation in München totgetreten und totgeprügelt hatten. Hinzu kamen noch zahlreiche Beweisanträge der Verteidigung, die nach dem deutschen Strafprozessrecht vom Gericht nur unter engen Voraussetzungen abgelehnt werden können.

Probleme ergaben sich in der Hauptverhandlung auch bei der Vernehmung der Polizeibeamten über das, was die Beschuldigten B und C bei ihrer polizeilichen Vernehmung ausgesagt hatten; A hatte auch bereits im Ermittlungsverfahren jede Aussage zur Sache verweigert. Die Verteidigung behauptete, diese Aussagen dürften bei der Urteilsfindung nicht verwertet werden und stützte sich dabei auf § 67 I JGG, der die Erziehungsberechtigten und den gesetzlichen Vertreter – ebenso wie den Beschuldigten selbst – berechtigt, gehört zu werden, Fragen und Anträge zu stellen oder bei Untersuchungshandlungen anwesend zu sein. Da die Eltern bei der polizeilichen Vernehmung im unmittelbaren Anschluss an die Taten nicht anwesend waren, sei die Vernehmung unzulässig gewesen und unterliege daher im weiteren Verfahren einem Verwertungsverbot.

Das Gericht hat sich dieser Argumentation letztlich mit Recht nicht angeschlossen. § 67 I JGG schreibt nur vor, dass die Erziehungsberechtigten bei Untersuchungshandlungen anwesend sein dürfen und gehört werden müssen, wenn sie anwesend sind. Tatsächlich waren aber die in der Schweiz wohnenden Eltern bei dieser Vernehmung nicht anwesend, und die Jugendlichen haben auch nicht darauf bestanden, die Eltern zu der Vernehmung hinzuzuziehen oder sich vorher mit ihnen zu beraten. Die Sollvorschrift des § 67 II JGG bezüglich der Benachrichtigung der Erziehungsberechtigten bezieht sich ebenso wie die Benachrichtigung des Beschuldigten nur auf künftige Termine und Unter-

suchungshandlungen, nicht auf die aktuelle erste Vernehmung des Beschuldigten. In der jugendstrafrechtlichen Literatur wird zwar vereinzelt – in gewagter Analogie zur Benachrichtigungspflicht des Richters gegenüber dem Verteidiger gemäß § 168c V StPO – eine Benachrichtigungspflicht der Polizei gegenüber den Eltern vor der Vernehmung des Beschuldigten angenommen.²⁸ Der Bundesgerichtshof hat jedoch in einer Entscheidung des 4. Strafsenats vom 13. Januar 2005 zum Ausdruck gebracht, dass die Benachrichtigungspflicht gemäß § 168c V StPO nicht bedeuten könne, dass mit einer förmlichen richterlichen Vernehmung innegehalten werden müsse, um den Verteidiger oder die Erziehungsberechtigten zu informieren.²⁹ Vielmehr gelte die Benachrichtigungspflicht dann erst für künftige Vernehmungen.

Das muss natürlich erst recht für polizeiliche Vernehmungen gelten, zumal § 163a IV StPO für die erste Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes nur eine Belehrung über das Schweigerecht und die Verteidigerkonsultation gemäss § 136 StPO vorschreibt, dagegen keinerlei Informationspflicht gegenüber einem Verteidiger oder einem Erziehungsberechtigten. Auch die Polizeidienstvorschrift (PDV) 382 (Nr. 3.6.5) schreibt eine Unterrichtung der Erziehungsberechtigten vor der Vernehmung nur vor, soweit dies möglich ist.³⁰ Das mag bei einfachen Fällen und ortsansässigen Erziehungsberechtigten oft möglich sein. Bei so schweren Straftaten, wie sie hier verhandelt werden, bei denen innerhalb von 24 Stunden auch über die Untersuchungshaft der Beschuldigten zu entscheiden ist, wäre dies praktisch völlig unmöglich, zumal die Eltern in der Schweiz wohnen und deren Erscheinen völlig ungewiss war. Dies widerspräche auch massiv dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen. Ein Verwertungsverbot wäre nur dann anzunehmen, wenn dem jugendlichen Beschuldigten der Kontakt mit dem Erziehungsberechtigten ausdrücklich verwehrt worden wäre.³¹ Das war hier aber nicht der Fall.

Gegen Ende der 20-tätigen Hauptverhandlung legten dann doch noch alle Jugendlichen ein Geständnis ab – A allerdings nicht bezüglich der Fußtritte – und zahlten mit Unterstützung ihrer Eltern im Rahmen einer Wiedergutmachungsvereinbarung den Geschädigten Schmerzensgelder. Dies hat mit dazu beigetragen, dass die Strafen letztlich erheblich milder als ursprünglich erwartet – und von der Staatsanwaltschaft beantragt – ausfielen. Der Zeuge W, der am schwersten verletzt worden war, lehnte eine solche Vereinbarung allerdings ab.

28 EISENBERG (Fn. 5), § 67 Rz. 11; RICHMANN, Die Beteiligung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters am Jugendstrafverfahren, Frankfurt a.M. 2002, S. 98 ff., RIEKE, Die polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmung Minderjähriger, 2003, 265; a.A. BRUNNER/DÖLLING (Fn. 6), § 67 Rz. 20.

29 BGH StV 2006, S. 228.

30 Abgedruckt in DVJJ-Journal 1997, S. 5 ff., 12.

31 SCHAFFSTEIN/BEULKE, Jugendstrafrecht, 14. Aufl., Stuttgart 2002, § 32 II 2.

B. Das Urteil

Im Urteil vom 22. November 2010 wurde der Angeklagte A wegen versuchten Mordes und gefährlicher Körperverletzung in vier Fällen zu einer Jugendstrafe von sieben Jahren, der Angeklagte B wegen versuchten Mordes und gefährlicher Körperverletzung in einem Fall zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt. Der Angeklagte C wurde nur wegen gefährlicher Körperverletzung in drei Fällen zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Vom Vorwurf des versuchten Mordes wurde er freigesprochen, da sein Fusstritt gegen den Kopf des Geschädigten Z nur von mittlerer Stärke war und nicht zu einem Schädel-Hirn-Trauma, zu gravierenden Frakturen im Schädelbereich oder zur Bewusstlosigkeit geführt hatte. Deshalb sei die Tathandlung nicht so gefährlich gewesen, dass daraus auf einen bedingten Tötungsvorsatz geschlossen werden konnte. Auch den beiden Mittätern wurde dieser Fusstritt nicht als Tötungsversuch zugerechnet. Bei ihnen wurde jedoch im Hinblick auf die gravierenden Verletzungen des Geschädigten W im Bereich des Schädels der Tötungsvorsatz bejaht, weshalb die Verurteilung wegen gemeinschaftlichen Mordversuches erfolgte. C wurde für diesen Tatkomplex nicht als Mittäter angesehen, zumal er sich auch nicht mehr aktiv beteiligt hatte.

Die Jugendstrafkammer des Landgerichts München I hat also in differenzierter Weise die Kriterien angewandt, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Feststellung des bedingten Tötungsvorsatzes bei gefährlichen Gewalthandlungen verlangt werden (s.o. IV.A.). Die erheblich strengere Bestrafung des Angeklagten A resultierte vor allem daraus, dass er der Initiator der Gewalttätigkeiten war und bei allen fünf Opfern jeweils als erster zugeschlagen hatte.

Bezüglich der Mordmerkmale schloss sich das Gericht der Beurteilung der Staatsanwaltschaft an und bejahte sowohl Heimtücke als auch niedrige Beweggründe.

C. Strafzumessung nach Jugendstrafrecht

Im deutschen Jugendstrafrecht gelten die Strafrahmen des allgemeinen Strafrechts nicht (§ 18 I 3 JGG), weil die Sanktionen nicht primär nach der Tatschuld, sondern nach den erzieherischen Bedürfnissen des straffälligen Jugendlichen bemessen werden (§ 18 II JGG). Jugendstrafe ist die ultima ratio des Jugendstrafrechts, sie darf also nur verhängt werden, wenn andere erzieherisch ausgestaltete Sanktionen nicht ausreichen (§ 5 I, II JGG). Sie kommt daher nur in Betracht, wenn schädliche Neigungen des Jugendlichen vorliegen oder wenn sie wegen der Schwere der Schuld des Täters erforderlich ist (§ 17 II JGG). Im vorliegenden Fall ging es – trotz gewisser Vorbelastungen eines der Täter in der Schweiz – nur um Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld.

Das Höchstmaß der Jugendstrafe für 14- bis 18-Jährige beträgt normalerweise fünf Jahre, erhöht sich jedoch bei Verbrechen, für die nach allgemeinem Strafrecht eine Höchststrafe von mehr als zehn Jahren angedroht ist (insbesondere Mord, Totschlag, Vergewaltigung, schwerer Raub und schwere Brandstiftung sowie alle erfolgsqualifizierten Delikte mit Todesfolge) auf zehn Jahre (§ 18 I 1, 2 JGG). Insofern werden die Jugendlichen wie Heranwachsende (18- bis 21-Jährige) behandelt, für die das Höchstmaß generell zehn Jahre beträgt. Das deutsche Jugendstrafrecht behandelt also nur die Heranwachsenden milder als das schweizerische Jugendstrafrecht, das nur für Täter bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres gilt, während das deutsche Recht für 14- bis 18-Jährige erheblich strenger ist.

Nach dem seit dem 1. Januar 2007 geltenden Schweizerischen Jugendstrafgesetz können Jugendliche erst nach Vollendung des 15. Altersjahres mit Freiheitsentzug bestraft werden und zwar in der Regel nur bis zu einem Jahr (Art. 25 Abs. 1 JStG). Nach Vollendung des 16. Altersjahres kann ein Jugendlicher mit bis zu vier Jahren Freiheitsentzug bestraft werden, wenn er ein Verbrechen begangen hat, das nach dem für die Erwachsenen anwendbaren Recht mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bedroht ist oder wenn er eine schwere Körperverletzung, einen schweren Raub oder eine schwere Freiheitsberaubung begangen und dabei besonders skrupellos gehandelt hat (Art. 25 Abs. 2 JStG). Nach schweizerischem Jugendstrafrecht hätte also keiner der Jugendlichen eine höhere Freiheitsstrafe als vier Jahre erhalten. Bei C läge nicht einmal eine schwere Körperverletzung gem. Art. 122 StGB vor, weshalb er in der Schweiz höchstens mit einem Jahr Freiheitsentzug bestraft worden wäre. Eine längere Freiheitsentziehung als vier Jahre käme in der Schweiz nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung nach Art. 17 Abs. 2 JStG vorlägen, die bis zur Vollendung des 22. Altersjahres dauern könnte (Art. 19 Abs. 2 JStG) und deren Vollzug nach dem dualistisch-vikariierenden System des Art. 32 Abs. 1 und 3 JStG der strafenden Freiheitsentziehung vorginge und auf diese angerechnet würde.³² Allerdings dürften die Voraussetzungen für eine geschlossene Unterbringung bei keinem der Angeklagten vorliegen, da diese nach Art. 15 Abs. 2 JStG nur in Betracht kommt, wenn sie für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung des Jugendlichen unumgänglich ist oder für den Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen notwendig ist. Dieser hypothetische Sanktionierungsvergleich ist für die Frage der Überstellung der Jugendlichen zur Strafvollstreckung in der Schweiz bedeutsam (s.u. VI.).

32 GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 32 JStG N 1, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007.

Bei der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld geht es – neben mittelbaren erzieherischen Aspekten³³ – nach traditioneller Auffassung primär um den Strafzweck der Vergeltung und Sühne für verschuldetes schweres Tatumrecht. Erforderlich ist die Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld nur dann, wenn «ein Absehen von Strafe zugunsten von Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmitteln in unerträglichem Widerspruch zum allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl stehen würde»³⁴. Das ist vor allem bei Kapitalverbrechen (Mord, Totschlag) und bei den durch einen Todeserfolg qualifizierten vorsätzlichen Delikten der Fall, die vor der Jugendkammer angeklagt werden müssen (§ 41 I Nr. 1 JGG i.V.m. § 74 II GVG). Entscheidend ist also das aus dem objektiven Unrechtsgehalt folgendes Mass der persönlichen Vorwerfbarkeit.³⁵ Die negative Generalprävention, also der Gesichtspunkt der Abschreckung anderer, darf weder bei der Verhängung noch bei der Bemessung der Jugendstrafe eine Rolle spielen.³⁶

Von der unzulässigen Verfolgung generalpräventiver Ziele im Einzelfall zu unterscheiden ist die generelle Legitimation der Kategorie «Schwere der Schuld» durch Aspekte der positiven Generalprävention. Die Bezugnahme auf das «allgemeine Gerechtigkeitsgefühl»³⁷ lässt erkennen, dass die Schwere der Schuld auch durch das Ausmaß der Erschütterung des Rechtsvertrauens bei schwersten Straftaten bestimmt wird. Fremdenfeindliche Straftaten mit tödlichen Folgen oder andere spektakuläre Kapitaldelikte begründen auch dann das Merkmal Schwere der Schuld im Sinne des § 17 II JGG, wenn sie von sonst unauffälligen Tätern aufgrund eines spontanen Entschlusses begangen worden sind. Das in solchen Fällen nach § 18 I 2 JGG erhöhte Höchstmass der Jugendstrafe auf zehn Jahre, das unter erzieherischen Aspekten oder bei einem streng täterbezogenen Schuldbegriff kaum begründet werden könnte, ist Ausdruck dieses positiv generalpräventiv besetzten Schuldbegriffs.³⁸

In der wissenschaftlichen Diskussion ist in den letzten Jahren deutlicher herausgearbeitet worden, dass es letztlich der Gedanke der positiven Generalprävention ist, der die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld in einem primär erzieherisch ausgestalteten Jugendstrafrecht legitimiert.³⁹ Zutreffend hat Hans Wiprächtiger am 10. Mai 2009 in einem Interview mit Christine Brand für die Neue Zürcher Zeitung Folgendes ausgeführt: «Für mich steht beim Strafen die Vergeltung im Hintergrund, wobei die Bevölkerung durchaus einen Schuld-

33 So BGHSt 16, S. 261, 263; ähnlich BGHSt 15, S. 224; BGH StV 1981, S. 130; 1981, S. 240 f.; 1982, S. 173.

34 SCHAFFSTEIN/BEULKE (Fn. 31), § 22 II 2c.

35 DIEMER/SCHOREIT/SONNEN, Jugendgerichtsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 17 Rz. 22.

36 MEIER/RÖSSNER/SCHÖCH (Fn. 2), § 11 Rz. 13; KASPAR, Festschrift für SCHÖCH, 2010, S. 209, 219.

37 SCHAFFSTEIN/BEULKE (Fn. 31), § 22 II 2c.

38 OSTENDORF, Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2009, § 17 Rz. 5; MEIER/RÖSSNER/SCHÖCH (Fn. 2), § 11 Rz. 14.

39 KASPAR, Festschrift für SCHÖCH, 2010, S. 209, 220 ff. m.w.N.

ausgleich erwarten darf. Ich sehe die Strafe aber vor allem als eine positive Generalprävention: Sie soll die rechtstreuen Bürger, also die Mehrheit der Bevölkerung, stärken. Die Gesellschaft soll sehen, dass derjenige, der Böses tut, bestraft wird. Die Strafe darf dabei weder zu mild noch zu hart sein, sie muss schuldangemessen sein.»⁴⁰ Diesem Aspekt ist für das deutsche Jugendstrafrecht durch die Neufassung der Zielbestimmung des Jugendstrafrechts in § 2 JGG mit Wirkung vom 1. Januar 2008 durchaus Rechnung getragen worden. § 2 I JGG lautet: «Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten.» Damit wird deutlich, dass neben der primären Spezialprävention auch die Nebeneffekte einer konsequenten Anwendung des Jugendstrafrechts im Sinne der «Normverdeutlichung»⁴¹ verfolgt werden dürfen.⁴²

Vor diesem Hintergrund dürften die von der Jugendkammer des Landgerichts München I verhängten Jugendstrafen, die auch den unterschiedlichen Tatbeiträgen der Beteiligten Rechnung tragen, durchaus angemessen und maßvoll sein. Dabei war natürlich auch zu berücksichtigen, dass es sich nicht nur um eine spontane Attacke handelte, sondern um fünf schwere Gewalthandlungen in der Öffentlichkeit gegenüber völlig unbeteiligten Personen innerhalb von 15 Minuten. Die Aspekte der jugendlichen Gruppendynamik wurden dabei strafmildernd, aber auch differenzierend berücksichtigt.

VI. Strafvollstreckung und Strafvollzug

Während die Verurteilten B und C nach Rechtskraft des Urteils bereits ihre Jugendstrafe verbüßen, befindet A sich noch in Untersuchungshaft. Für ihn stellt sich also die Frage einer Überstellung zur weiteren Strafvollstreckung in die Schweiz oder eines Absehens von der Vollstreckung bei Ausweisung aus der Bundesrepublik Deutschland (§ 456a StPO) derzeit noch nicht. Anders ist es für B und C, die natürlich ein Interesse an der Vollstreckung in heimatnaher Umgebung in der Schweiz haben.

Das Übereinkommen vom 21. März 1983 des Europarats über die Überstellung verurteilter Personen (ETS Nr. 112, SR 0.343, nachfolgend «Überstellungsübereinkommen» genannt) ist für die Schweiz seit dem 01.05.1988 anwendbar.⁴³ Es ermöglicht Personen, die außerhalb ihres Heimatstaates zu einer freiheits-

40 WIPRÄCHTIGER, Die Höhe der Strafe spielt keine so große Rolle, in: www.nzz.ch/nachrichten/startseite/die_hohe.

41 So die amtliche Begründung in BT-Drucksache 16/6293, S. 10.

42 Zutreffend KASPAR, Festschrift für SCHÖCH, 2010, S. 209, 219.

43 Vgl. hierzu und zum Folgenden: Bundesamt für Justiz, Überstellung verurteilter Personen, www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/internationale-rechtshilfe.

entziehenden Sanktion verurteilt worden sind, unter gewissen Voraussetzungen für die Verbüßung der Sanktion in ihren Heimatstaat zurückzukehren. Es dient primär humanitären Zwecken und will insbesondere die Wiedereingliederung verurteilter Personen in die Gesellschaft fördern. Das Übereinkommen begründet allerdings keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einem Überstellungsersuchen stattzugeben. Die zuständigen Behörden des Urteils- und Vollstreckungsstaates sowie in der Regel die verurteilte Person müssen mit der Überstellung einverstanden sein. Voraussetzung ist, dass beim Eingang des Überstellungsersuchens noch mindestens sechs Monate der Strafe zu verbüßen sind. Bis Ende Januar 2011 lag dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz noch kein Überstellungsersuchen vor. Bis zu diesem Zeitpunkt haben B und C unter Anrechnung der Untersuchungshaft bereits 19 Monate ihrer Strafe verbüßt. Bei B bleiben also noch 39 Monate, bei C 15 Monate zu verbüßen. Da normalerweise eine Bearbeitungszeit von ca. sechs Monaten für die beiderseitige Bearbeitung des Überstellungsersuchens benötigt wird, dürfte sich jedenfalls für C die Überstellung nicht mehr lohnen, da er gute Chancen hat, vorzeitig aus dem Jugendvollzug zur Bewährung entlassen zu werden und bei einer Überstellung in die Schweiz vermutlich nicht gleich am ersten Tag entlassen würde.

Gemäß § 88 I, II JGG kann der Vollstreckungsleiter die Vollstreckung des Restes der Jugendstrafe zur Bewährung aussetzen, wenn der Verurteilte mindestens einen Drittel der Strafe verbüßt hat und dies im Hinblick auf die Entwicklung des Jugendlichen, auch unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit, verantwortet werden kann. Das Jugendstrafrecht ist hier also wesentlich resozialisierungsfreundlicher als das allgemeine Strafrecht, das eine Strafrestaussatzung erst nach zwei Dritteln der Strafverbüßung, ausnahmsweise bereits nach der Hälfte, zulässt (§ 57 I, II StGB). Allerdings ist die bedingte Entlassung bereits nach einem Drittel auch hier eher die Ausnahme, während die Zwei-Drittel-Entlassung durchaus häufig praktiziert wird, nicht ganz selten auch die bedingte Entlassung bereits nach der Hälfte der Strafe. C hat die Hälfte seiner Strafe bereits verbüßt, der Zwei-Drittel-Zeitpunkt wird Mitte Mai 2011 erreicht sein, so dass er bei weiterhin kooperativem Verhalten in Jugendvollzug voraussichtlich spätestens im Mai 2011 auf Bewährung entlassen werden kann.

Bei B sind noch 39 Monate zu verbüßen. Bei ihm würde sich also ein Überstellungsantrag durchaus lohnen, da die Entlassung zum frühest möglichen Drittelzeitpunkt (Februar 2011) eher unwahrscheinlich ist. Die wahrscheinliche Entlassung zum Zwei-Drittel-Zeitpunkt wäre im September 2012, während das Überstellungsverfahren noch im Sommer 2011 abgeschlossen sein könnte. Bei der nach dem Überstellungsübereinkommen vorgesehenen Ermessensentscheidung der Behörden des Urteilsstaates wird allerdings auch berücksichtigt, wie sich die Vollstreckung im Heimatstaat gestaltet. Um die Höhe der Strafe festzulegen, welche die verurteilte Person nach der Überstellung noch verbüßen

muss, sieht das Übereinkommen zwei mögliche Verfahren vor: die Fortsetzung des Vollzugs oder die Umwandlung des ursprünglichen Urteils in ein Urteil des Vollstreckungsstaates. Die Schweiz hat sich für die Fortsetzung des Vollzugs entschieden. Die ausländische Sanktion wird also grundsätzlich unverändert übernommen. Ist jedoch die im Urteilsstaat verhängte Sanktionen nicht mit dem schweizerischen Recht vereinbar, wird die Sanktion an die für eine derartige Tat nach schweizerischem Recht vorgesehene Höchststrafe angepasst. Nach der Überstellung richtet sich der Vollzug der Sanktion nach schweizerischem Recht, also auch hinsichtlich der Voraussetzungen für eine vorzeitige bedingte Entlassung. Das bedeutet, dass die für B verhängte Jugendstrafe von vier Jahren und zehn Monaten in einen vierjährigen Freiheitsentzug nach Art. 25 JStG umgewandelt würde und dass B im Regelfall gemäß Art. 28 Abs. 1 JStG bereits nach der Hälfte der Verbüßung bedingt entlassen werden könnte. Angesichts der Möglichkeit einer derart beträchtlichen Verkürzung der Jugendstrafe in der Schweiz erscheint es – auch im Hinblick auf die mit der positiven Generalprävention verbundene Erwartung der Bevölkerung in die Durchsetzung der Rechtsordnung – zweifelhaft, ob die bayerische Justiz einem derartigen Überstellungsersuchen ohne Weiteres zustimmen würde. Möglich erscheint es aber, dass bei einer Zusicherung der Schweizer Behörden, A erst im September 2012 bedingt zu entlassen, eine Überstellungsvereinbarung zustande kommen würde.

Eher unwahrscheinlich ist die Überstellung zur weiteren Strafvollstreckung bei A, falls dessen Verurteilung zu einer Jugendstrafe von sieben Jahren rechtskräftig wird. Hier ist die Diskrepanz zwischen der in Deutschland verhängten Jugendstrafe und der in der Schweiz maximal möglichen Freiheitsentziehung von vier Jahren so groß, dass die bayerische Justiz voraussichtlich einer Überstellung nicht zustimmen würde. Da bei A auch die Voraussetzungen für eine längere Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung nach Art. 15 Abs. 2 JStG höchstwahrscheinlich nicht vorliegen, wird er seine Jugendstrafe voraussichtlich bis zum Zwei-Drittel-Zeitpunkt am 1. März 2014 in Deutschland verbüßen müssen. Denkbar wäre bei ihm auch ein Absehen von der Vollstreckung nach § 456a StPO in Verbindung mit einer ausländerrechtlichen Ausweisung aus der Bundesrepublik Deutschland. Sie wird in der Regel frühestens nach der Hälfte der Strafverbüßung, oft aber auch erst nach zwei Dritteln angeordnet, vor allem wenn es darum geht, die Rückkehr des Verurteilten nach Deutschland zu verhindern. Ob und wann die bayerische Justiz und die Ausländerbehörde davon Gebrauch machen, ist derzeit ungewiss.

Strafe ohne Wirkung?

Aktuelle Auswirkungen und Widersprüche des Sanktionensystems aus der Sicht eines Polizeipraktikers

VON BEAT HENSLE

«Strafe ohne Wirkung», so titelte die Neue Zürcher Zeitung am Sonntag, 10. Mai 2009¹ und spielte in einem grösseren Artikel auf die angeblich fehlende Wirkung von Geldstrafen gemäss dem seit 2007 geltenden Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches² an. Die Frage hat grundsätzlichen Charakter und verdient eine vertiefte Analyse. Der vorliegende Text will dazu einen Beitrag leisten. Zunächst ruft die Frage nach einer Präzisierung. Wer behauptet, eine Strafe zeige Wirkung oder eben nicht, der muss sich zunächst im Klaren darüber sein, welche Wirkung die Strafe eigentlich haben soll. Nur so ist messbar oder mindestens beurteilbar, ob die beabsichtigte Wirkung erreicht wird. Die Antworten sind vielfältig. Für die einen steht die Vergeltung im Vordergrund, für andere ist in erster Linie die Wiederherstellung des Rechtsfriedens von Bedeutung. Namhafte Experten sehen die Strafe vor allem als positive Generalprävention: Sie soll die rechtstreuen Bürger stärken, also die Mehrheit der Bevölkerung. Die Gesellschaft soll sehen, dass derjenige bestraft wird, der Böses tut. Die Strafe darf dabei weder zu mild noch zu hart sein, sie muss der Schuld angemessen sein.³ Glaubt man diesen Expertenmeinungen, so hat sich unsere Gesellschaft von der Vergeltungstheorie entfernt. Damit hat sie sich auch von der Theorie des Immanuel Kant wegbewegt. Kant hat mit seiner Lehre nicht nur unsere Ethik und Moral ganz wesentlich beeinflusst; er war auch Verfechter der strafrechtlichen Vergeltungstheorie.⁴ Für jene, die eher auf Diskussionen in der breiten Bevölkerung hören oder sich ihre Meinung auf der Basis der Medienberichte bilden, ist der eben gezogene Schluss nicht besonders nahe liegend, denn vor allem in den Medien sind Rache und Vergeltung immer noch – oder besser gesagt: leider wieder – sehr präsent. So bleibt also doch die Frage nach der Wirkung und damit auch nach dem Sinn der Strafe. Aus der Sicht des Polizeipraktikers ist die Frage von grösserer Bedeutung, gehört es doch zu den wesentlichen Aufgaben der Polizei, Straftaten aufzuklären, Täter zu ermitteln und diese der Justiz zuzuführen, damit die gerechten Strafen verhängt werden können.

1 Neue Zürcher Zeitung (NZZ) am Sonntag, 10.5.2009.

2 Art. 34 ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Revision vom 13.12.2002.

3 HANS WIPRÄCHTIGER in NZZ am Sonntag vom 10.5.2009, S. 23.

4 KANT, die Metaphysik der Sitten, Stuttgart 1990 (Original 1886), S. 123.

Einleitung

Strafen ist in unserer Gesellschaft allgegenwärtig, nicht nur im Sinne der Strafen gemäss Strafgesetzbuch. Das Strafen gehört zu den ursprünglichsten Bedürfnissen des Menschen und damit auch zu jenen Themen, die immer wieder und aus ganz verschiedenen Blickwinkeln betrachtet und diskutiert werden können. Was Sinn und Zweck der Strafe ist, bleibt eine Frage, die sich Menschen seit jeher stellen, und die über Jahrhunderte bis heute unverändert aktuell geblieben ist.

Strafen ist zudem in aller Regel mit einem Eingriff in die Persönlichkeits-sphäre der Betroffenen verbunden und nicht zuletzt deshalb in unserer liberalen Gesellschaft ein stets aktuelles Thema. Die aktuellen Diskussionen um die Härte der Strafen, um die Verwahrung, um die Ausschaffung krimineller Ausländer sind nur drei Themen, die stellvertretend für die vielen Diskussionen stehen sollen. Strafen war aber immer schon ein Thema, das die Menschen berührte. Gerade weil Strafen zu jeder Form gemeinschaftlichen Zusammenlebens gehört, führt jede Gemeinschaft die Diskussion dazu ganz unabhängig davon, welche Ziele sie mit ihrem Strafrechtssystem erreichen will. Und so entscheidet jede Gemeinschaft für sich auch über Sinn und Zweck der Strafe. Der Strafzweck pendelte im Verlauf der Jahrhunderte zwischen Vergeltung, Abschreckung, Resozialisierung, Schutz der Gesellschaft und Bekräftigung gesellschaftlicher Normen. Die einen orientieren sich am Delikt, namentlich der Verletzung von Rechtsnormen. Strafe sei darum eine ethische Notwendigkeit im Sinne der Wiederherstellung der Gerechtigkeit. Die anderen fokussieren auf die Zukunft. Strafe ist nach Ansicht derer nur angebracht, wenn sie eine kriminalitäts-vermindernde Wirkung habe.⁵

Und auch die heutige aktuelle Diskussion zeigt, dass es eine abschliessende Beurteilung nie geben wird, der Strafzweck immer wieder neu ausgehandelt und definiert werden muss. Diese Diskussion wird in aller Regel im Zusammenhang mit dem Strafgesetzbuch geführt, weil es diesem Erlass vorbehalten ist, Strafen festzusetzen, mindestens soweit es über die Strafkompetenz der Kantone im Übertretungsbereich hinausgeht und nicht anderen Nebenstrafgesetzen des Bundes vorbehalten bleibt. Letztere sollen an dieser Stelle nicht näher beleuchtet werden, ohne deren praktische Bedeutung im System des Strafrechts zu verkennen. Namentlich das Strassenverkehrsrecht bildet die Grundlage für einen quantitativ sehr hohen Anteil von Strafen. In der Praxis, vor allem in der Wahrnehmung der Betroffenen und der Bevölkerung, sind zudem verwaltungsrechtliche Massnahmen oft einschneidender und deshalb bedeutungsvoller als Strafen im engeren Sinn. So fürchten sich latent gefährdete Schnellfahrer im

5 SCHWARZENEGGER, in: Stapferhaus Lenzburg (Hrsg.), Strafen – ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart, Baden 2004, S. 19 ff.

Strassenverkehr nicht selten viel mehr vor einem Führerausweisentzug als vor einer Busse oder einer Geldstrafe. Manch einer würde viel lieber eine höhere Geldstrafe in Kauf nehmen, wenn er im Gegenzug die Fahrberechtigung nicht verlieren würde. Ähnliches gilt für die Wirkung von Präventivmassnahmen gemäss dem Hooligankonkordat⁶ zur Eindämmung von Gewalt rund um grosse Sportveranstaltungen.⁷ Allein an diesen Beispielen wird klar, dass sich die Strafrechtsdiskussion nicht auf das Strafgesetzbuch und auch nicht auf das Strafrecht im engeren Sinn beschränken darf. Es würde allerdings den Umfang dieses Beitrags sprengen, den Aspekt der poenalen Wirkung verwaltungsrechtlicher Massnahmen eingehender zu beleuchten.

I. Strafen im Alltag am Beispiel der Schule

Strafen begleiten uns im Alltag auch ausserhalb des strafrechtlichen Rahmens. So gehört Strafen auch heute noch zur Erziehung. Ein Züchtigungsrecht der Eltern war lange Zeit gar rechtlich im Zivilgesetzbuch (ZGB)⁸ enthalten. Es wurde erst 1978 gestrichen, ohne aber ein ausdrückliches Verbot festzuschreiben. Der Bundesrat ging damals davon aus, das Sorgerecht der Eltern enthalte die Befugnis, Kinder zu züchtigen. Daran hielt er auch in Antworten auf parlamentarische Vorstösse bis 1995 fest. Seit der Ratifizierung der Kinderrechtskonvention im Jahr 1997 hat sich die Schweizerische Regierung zur Frage eines ausdrücklichen Verbots der Körperstrafe nicht mehr geäussert. Über das Strafverhalten von Eltern liegen mehrere Studien vor. Den Ergebnissen folgend, ist die Strafneigung von Erziehungsberechtigten teilweise massiv angestiegen. Dies gilt für die Neigung zu Verboten und Liebesentzug. Zu Körperstrafen hingegen ging sie leicht zurück.⁹ Auffällig ist die Parallele zum Ruf nach härteren Strafen, der in den letzten Monaten und Jahren deutlich lauter geworden ist. Ob diese Parallele einen echten Zusammenhang zur Haltung in Erziehungsfragen hat, muss an dieser Stelle allerdings offen gelassen werden.

Exemplarisch und stellvertretend für viele Bereiche unserer Gesellschaft, soll nachfolgend die Strafpraxis im Schulsystem kurz dargestellt werden.

Noch nicht allzu lange ist es her, seit Schülerinnen und Schüler mit Stockhieben und Ohrfeigen von Lehrern zu besserem Lernerfolg geschlagen wurden. In Schulen der 50er-Jahre jedenfalls gehörten harte Strafe wie in der Ecke auf

6 Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen vom 29. Februar 2008, Luzerner Rechtssammlung SRL Nr. 353.

7 Vgl. auch BEAT HENSLER, Strafe ohne Strafrecht – Die poenale Wirkung von verwaltungsrechtlichen Massnahmen, insbesondere am Beispiel der Präventivmassnahmen des Hooligangesetzes (BWIS) bzw. Hooligankonkordats, in: Recht und Sicherheit, Zürich 2011, S. 37–44.

8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210.

9 <www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/Themen/K%C3%K6rperstrafe%20Auszug.pdf>.

einem Lineal knien, Ohrfeigen oder Schläge auf den Hintern zur täglichen Praxis eines Lehrers und zu den regelmässigen Erfahrungen betroffener Schülerinnen und Schüler. Nur selten hätten sich deswegen die Eltern darüber aufgeregt oder gar beschwert. Und bei der Betrachtung der neustens aufgedeckten und noch nicht vollumfänglich geklärten Heimskandale im Kanton Luzern aus dem letzten Jahrhundert darf bei allem notwendigen Respekt nicht übersehen werden, dass Körperstrafen in Schulen und Heimen generell gesellschaftlich akzeptiert waren, deren Auswüchse tabuisiert wurden und wohl gerade darum zur tolerierten Tagesordnung gehörten. Diese Bemerkung soll nicht etwa zur Rechtfertigung von unrechtmässigem Handeln dienen, jedoch dazu einladen, die Vorkommnisse ins richtige Licht zu rücken und die Schuldfrage auch aus dem Blickwinkel des damaligen Zeitgeistes zu klären.

Kommen die modernen Schulen und Heime des 21. Jahrhunderts vollumfänglich ohne das Strafen aus? Waren denn die Lehrer damals einfach unfähiger? Sicherlich nicht, ist die logische Antwort. Auch die heutigen Schulen kommen nicht darum herum, Strafen festzulegen. Sie sind jedoch in Reglementen verfasst, von Schulbehörden abgesegnet, d.h. demokratisch festgelegt und eindeutig menschenwürdiger ausgestaltet. Allein damit ist aber noch nichts über den Zweck der Strafen ausgesagt. Wie in der strafrechtlichen Diskussion, sind auch im Bereich von Bildung und Erziehung unterschiedliche Stossrichtungen erkennbar. So weist etwa die Idee, Bussen für Nichterscheinen an Elternanlässen zu erteilen¹⁰ auf ein eher altmodisches Strafbedürfnis hin, auf eine repressive Art der Strafauffassung. Andererseits wachsen die Kinder in der alltäglichen Kommunikation vieler Familien, geführt von erzieherischen Zeichen und Schranken, in unser gängiges Wertesystem, sprich unsere Gesellschaft hinein. Es ist hinlänglich bekannt, dass Jugendliche, die ohne diese führende Hand aufwachsen, dem reinen Lustprinzip verhaftet bleiben. Nur durch sorgfältig und vorsichtig eingesetztes «Strafen» oder besser gesagt «Nacherziehen», können sie dazu gebracht werden, sich ein gesellschafts-adäquates Wertesystem aufzubauen.¹¹ So bleibt schliesslich die Feststellung, dass das Strafen in der Erziehung sehr unterschiedliche Zwecke verfolgt. Während die einen mit harter Hand auf Abschreckung setzen, versuchen andere mit positiven Anreizen möglichst viel Fehlverhalten zu verhindern.

10 Die Idee wurde im Jahr 2010 für die Schulen im Kanton Luzern zur Diskussion gestellt.

11 JECKLIN, in: Strafen – ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart (Fn. 5), S. 33 ff.

II. Definition, Sinn und Funktion der Strafe im Sinne des Strafrechts

A. Definition

Strafe ist nach einer vorherrschenden Definition ein Übel, das einer Person – dem Verursacher eines anderen Übels, namentlich dem Täter – von der Gesellschaft oder den dafür zuständigen Behörden für ein verpöntes Verhalten auferlegt wird, welches in Gesetzesbüchern festgehalten ist.¹²

Im Rahmen des vorliegenden Beitrages stellt sich aber nicht die Frage nach der Definition, sondern vielmehr jene nach dem Sinn einer Strafe. Weil die Strafe per definitionem immer einen Grundrechtseingriff darstellt, braucht sie ihre Rechtfertigung in einem legitimen Zweck.¹³ In diesem Zusammenhang sei ergänzend die Randbemerkung erlaubt, dass die Idee der absoluten Gerechtigkeit zum vornherein eine Illusion ist, nie erreicht werden kann und deshalb auch nicht der legitime Zweck für die Rechtfertigung einer Strafe sein kann. Es kann also bestenfalls darum gehen, eine relative Gerechtigkeit zu erreichen, die in Abwägung der unterschiedlichen Sichtweisen und im Sinne der gesellschaftlichen Akzeptanz als ausgewogen gelten kann. Schon diese wenigen Feststellungen zeigen, dass sich das Sanktionensystem im Sinne eines gesellschaftlichen Kompromisses ständig ändert und in regelmässigen Abständen auch durch den Gesetzgeber angepasst werden muss.

B. Sinn der Strafe

Strafen sind fester Bestandteil unseres Alltages. Wir strafen als Gesellschaft, und wir strafen ganz privat, in der Familie und in der Schule, unter Gleichaltrigen oder vor Gericht. In der Schweiz wird statistisch betrachtet alle zwei Minuten eine Straftat begangen. Dabei sind die zahlreichen im Alltag anzutreffenden und nicht strafrechtlich registrierten Straftaten noch nicht mitberücksichtigt. Rund 25% der Männer und 5% der Frauen des Jahrgangs 1966 sind bis zu ihrem 33. Lebensjahr mindestens einmal verurteilt worden.¹⁴ Zwischen 1984 und 2006 wurde jeder zweite Schweizer Mann einmal im Strafregister eingetragen.¹⁵ Dabei hat die Zahl der Verurteilungen nach Strafgesetzbuch, entgegen landläufigen Meinungen, in den letzten Jahrzehnten einen leichten Rückgang erfahren.¹⁶ Doch nicht nur die Anzahl der Verurteilungen veränderte sich im

12 Definition von Strafe aus www.Wikipedia.org (besucht im Dezember 2010).

13 Diesem Grundsatz folgt auch Art. 74 StGB, wonach die Menschenwürde des Gefangenen zu achten ist. Seine Rechte dürfen nur so weit beschränkt werden als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugsreinrichtung es erfordern.

14 Strafen – ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart (Fn. 5), S. 7.

15 FINK, Rückfälligkeit von Straftätern, Vortrag an der Kadertagung der Kantonspolizei Luzern vom 7.7.2009.

16 NIGGLI, Strafurteilsstatistik: Rückgang bei einigen schweren Delikten, Plädoyer 6/2010, S. 7.

Verlauf der Jahrzehnte. Auch Art und Zweck der Strafen befinden sich in ständigem Wandel und sind somit Ausdruck jeweiliger gesellschaftlicher Werte und Normen. Eine Tatsache aber ist offenbar trotz dieser Veränderungen und Verschiebungen unbestritten: Strafe muss sein. Sie ist eine unangenehme gesellschaftliche Pflicht, denn ohne Strafen kann keine Gesellschaft funktionieren. Grundlage dieses gesellschaftlichen Funktionierens ist eine Ordnung, sind Normen, die das Zusammenleben regeln, Orientierung und Schutz geben.¹⁷

Bevor auf die verschiedenen Straftheorien und Ähnliches einzugehen ist, stellt sich eine andere Frage. Nämlich jene, ob es nicht oberster Sinn und Zweck der Strafe sein muss, möglichst viele Straffälle zu verhindern, also einen möglichst grossen Beitrag an eine straflose Gesellschaft zu leisten oder mindestens ein Maximum dazu beizutragen, die Zahl, aber auch die Qualität der Straffälle zu minimieren. Diese Zielsetzung orientiert sich an der Theorie von Beccaria¹⁸ (1766), der zwischen zwei möglichen Wirkungsebenen der Strafe unterschied: «Der Zweck der Strafe kann somit kein anderer als der sein, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern abermals Schaden zuzufügen und die anderen davon abzuhalten, das Gleiche zu tun.» Mit der Verhängung einer Strafe soll aus strafrechtlicher Sicht also zweierlei bezweckt werden. Sowohl der tatsächliche Straftäter als auch die Allgemeinheit sollen durch die Verhängung der Strafe von der Begehung zukünftiger Straftaten abgehalten werden.¹⁹ Diese Zielsetzung orientiert sich an den relativen Straftheorien und findet sich konsequenterweise auch in Programmen moderner Staaten, so stellvertretend für viele im Bericht der Norwegischen Regierung an das «Storting»²⁰ zum Justizvollzug.²¹ Demgemäss ist der Schutz der Allgemeinheit – im Ergebnis eine Gesellschaft, in der man sicher leben kann – ein übergeordnetes Ziel der Kriminalpolitik der Norwegischen Regierung. Diese scheinbar logische Überlegung wird durch viele Gespräche mit der Bevölkerung rasch ins Land der Utopien verbannt, wobei es sich nicht etwa nur um Stammtischgespräche auf intellektuell tiefem Niveau handelt. Auch in unzähligen anspruchsvollen und durchaus differenzierten Gesprächen in verschiedenen Gruppen kommt mehr als deutlich zum Ausdruck, dass das Strafrecht auch dem Rache- und Sühnebedürfnis der

17 HANDSCHIN/UNTERNÄHERER, in: Frey et al. (Hrsg.), Strafen – Die unangenehme Pflicht, Zürich 2004, S. 6.

18 Cesare Beccaria (* 15.3.1738 in Mailand; † 28.11.1794 ebenda) war ein bedeutender italienischer Rechtsphilosoph und Strafrechtsreformer im Zeitalter der Aufklärung. Aufgrund seines Werkes «*Dei delitti e delle pene*» (deutsch: «*Von den Verbrechen und von den Strafen*») gilt dieser Aufklärer zudem als Begründer der «Klassischen Schule der Kriminologie».

19 CARL VON OSSIETZKY, Universität Oldenburg: Die Abschreckungswirkung von Strafen – eine empirische Untersuchung unter der Prämisse der unvollständigen Information über die exakte Strafe; siehe auch <www.hausarbeiten.de> (besucht im Dezember 2010).

20 Das «Storting», übersetzt die grosse Versammlung, ist das norwegische Parlament.

21 Norwegian Government Administration Services 10/2008 – Impression 400 (siehe auch: <www.kriminalomsorgen.no> (besucht im Dezember 2010).

Opfer und Betroffenen, aber auch der Gesellschaft dienen soll. Breite Bevölkerungskreise scheinen sich also stärker als Regierungen und Behörden an den absoluten Straftheorien zu orientieren. Der St. Galler Oberrichter Nicklaus Oberholzer führte deshalb in einem Interview im Tagesanzeiger am 10. August 2010²² aus, die Strafe habe verschiedene Funktionen. Sie soll zunächst Vergeltung für eine Verfehlung sein, zweitens eine erzieherische Wirkung haben und den Täter von einer Wiederholung abhalten. Sie soll drittens generalpräventiv wirken, also potenzielle Täter abschrecken. Viertens soll die Strafe eine gesellschaftliche Funktion wahrnehmen, nämlich den Rechtsfrieden wieder herstellen, der durch die Normenverletzung gestört wurde. Trotzdem neige ich zur Auffassung, dass oberstes Ziel der Strafen die Wiederherstellung der Ordnung sein muss, wobei dazu einerseits die Verhinderung möglichst vieler Straftaten, aber auch der Erhalt des Rechtsfriedens gehören. Alles andere wäre ein Schritt zurück in Richtung archaischer Gesellschaftsformen. Auf welchem Weg diese Ordnung wiederhergestellt werden soll, darüber streiten sich Strafrechtler, Politikerinnen, Philosophen und Soziologinnen seit Jahrhunderten.²³

III. Kurzer historischer Rückblick

Historisch gesehen steht die Rache am Anfang. Sie ist die eigentliche Grundmechanik des Strafens: Ein Unrecht geschieht, Rache wird geübt. Schon frühe Kulturen haben erkannt, dass sie sich mit diesem archaischen Prinzip selbst zu liquidieren drohen. Im Verlauf der Geschichte bezweckte die Strafe immer wieder Vergeltung, Abschreckung, Erziehung, Schutz der Gesellschaft oder Normenerhalt. Es ist aber nicht nötig, das Strafen oder den Wandel der Strafen über die griechische wie römische Antike bis ins Mittelalter zurückzuverfolgen. Gerade das 19. und 20. Jahrhundert bieten genug Spielraum, um über eine breite Palette von Strafen, Strafzwecken und Wandel im Strafen zurückzublicken und diese zu diskutieren. Nicht im Sinne einer Be- oder gar Verurteilung, aber im Sinne von Lernen aus Fehlern der Geschichte und der Gestaltung neuer Strafvarianten und Strafansätze. Mit dem Entstehen von zentralen Strafinstanzen wurde versucht, die individuellen Strafhandlungen in geregelte Bahnen zu leiten. So sind der Vergeltungs- und der Rachegedanke in den letzten 150 Jahren spürbar zurückgedrängt worden. Das heisst aber noch lange nicht, dass der Rachegedanke vollständig verschwunden wäre. Sprichwörter wie «Rache ist süß», aber auch «Auge um Auge, Zahn um Zahn» sind zwar eher im umgangssprachlichen Gebrauch als in der Gerichtspraxis anzutreffen. Trotzdem finden der geneigte Leser und die geneigte Leserin vor allem in den medialen Kommentaren zu Gerichtsurteilen immer wieder Elemente von Rache. Rache findet sich

22 Tagesanzeiger vom 10.8.2010: «Rache ist Hilflosigkeit».

23 Vergleiche dazu: HANDSCHIN/UNTERNÄHERER, (Fn. 17), S. 6 ff.

aber auch im gesellschaftlichen Verhalten, wenn zum Beispiel hier ansässige Albaner in Anwendung des Kanuns²⁴ den Tod ihres Vaters durch die Ermordung dessen Sohnes rächen.²⁵ Im modernen Strafrecht allerdings spielen die beiden Strafzwecke Abschreckung und Unschädlichmachung eine tragende Rolle, und oberstes Ziel des modernen Strafvollzugs ist die Besserung des Täters, also die Resozialisierung. Und schliesslich bezweckt die in jüngster Zeit vermehrt angewandte Strafmediation²⁶ in erster Linie nicht eine Bestrafung des Täters, sondern ein möglichst befriedigendes Weiterleben von Opfer und Täter in der Gemeinschaft.

In der jüngeren Vergangenheit wiederum lässt sich feststellen, dass harte Strafen in den Augen der Gesellschaft vermehrt für gerecht erachtet werden. Die isolierte Diskussion um härtere Strafen ist jedoch mehr vom Rachegeanken und weniger von moderner, zukunftsorientierter Straftheorie geprägt. Das Gleiche gilt für den wiederkehrenden Ruf nach Wiedereinführung von kurzen Freiheitsstrafen, mindestens wenn den längst anerkannten wissenschaftlichen Untersuchungen Glauben geschenkt werden darf, dass Freiheitsstrafen unter dem Gesichtspunkt der Resozialisierung und der Verminderung der Wiederholungsgefahr eher kontraproduktiv sind. Darauf ist später noch zurückzukommen. Wenig verwunderlich ist vor diesem Hintergrund, dass jüngst selbst die Wiedereinführung der Todesstrafe gefordert wurde.²⁷ Dass das Anliegen keine Chance hatte und die Initiative zurückgezogen wurde, ist zwar erfreulich und politisch korrekt, kann und darf aber nicht wirklich beruhigen. Nicht unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang die moderne Gesellschaftssteuerung der Medien, speziell im Bereich von Delikten, Tätern, Opfern und Strafen. Neueste Fälle, wie «Kachelmann» und «Bieler Amok-Fall» zeigen, wie die Medien am Radio, im Internet, am TV und vor allem auch in der Boulevardpresse ausschlaggebend für die Meinungsbildung der Gesellschaft sind. Die Strafdebatten finden in der heutigen Zeit nicht mehr lediglich in den Richterkammern statt,

24 Der Kanun ist das albanische Gewohnheitsrecht. Es handelt sich dabei um ein ungeschriebenes Rechtssystem, welches die wesentlichen Aspekte des Lebens in Nordalbanien bestimmte. Im 15. Jahrhundert begründet wurde der Kanun erst im 20. Jahrhundert zusammengetragen und publiziert. Der Kanun bestimmt noch heute viele Bereiche des nordalbanischen Alltags, er ist nach dem Ende des Kommunismus neu entdeckt worden, da sich die demokratischen Prinzipien nur zögerlich im Land etablieren konnten. Quelle: EGGELER, Der Kanun – Gewohnheitsrecht als rechtliche Grundlage für Unrecht? Masterarbeit an der Hochschule für Wirtschaft, 16.4.2007.

25 So beschrieben von HUTER (unter dem Titel «Auf offener Strasse»), Mord in der Villa – wahre Kriminalfälle aus Luzern, Luzern 2009, S. 171.

26 Bei der Strafmediation wird der Konflikt zwischen Täter und Opfer mittels einer aussergerichtlichen Schlichtung ausgehandelt. Unter Aufsicht einer neutralen Instanz wird eine für beide Seiten akzeptable Vereinbarung ausgearbeitet, die den Täter verpflichtet, seine Tat wieder gutzumachen, beispielsweise mit einem Arbeitseinsatz, Geld oder einem Entschuldigungsschreiben.

27 Vgl. Tagesanzeiger vom 24.8.2010.

sondern vielmehr in der Gesellschaft, in der Öffentlichkeit und am Stammtisch. In öffentlich ausgeschlachteten Raserfällen beispielsweise, in denen die Öffentlichkeit auch Druck auf die Richter ausübt, sind die Urteile stark umstritten und werden gar als medialnachgiebig kritisiert. Es besteht also die Gefahr, mit dem Strafgesetz allzu bereitwillig auf tagespolitische, oft medial verstärkte Postulate einzugehen, statt dieses nur als äusserstes Mittel in rechtsstaatlich eng begrenztem Rahmen einzusetzen.²⁸ Es ist und bleibt aber eine Aufgabe der Gesellschaft, neue, konstruktivere Formen von Strafen zu finden.

IV. Kriterien des modernen Strafrechts

Interessant ist an dieser Stelle ein weiterer Blick auf die Geschichte des staatlichen strafrechtlichen Sanktionensystems. Die hauptsächlichsten Kriterien des modernen Strafrechts haben sich seit dem 17. Jahrhundert nämlich kaum verändert. So haben sich mindestens die fünf folgenden Kriterien durchgesetzt:

- Strafen sollen auf alle dem Strafgesetz unterworfenen Personen anwendbar sein, also nicht nach Geschlecht oder Ständen differenziert werden. Deshalb können sich Strafen nur auf Güter beziehen, welche allgemein verfügbar sind.
- Strafen sollen sowohl für die davon Betroffenen als auch in den Augen der gesamten Bevölkerung Beschwerden darstellen, also unangenehm sein und auch so wahrgenommen werden.
- Verurteilte sollen durch ihre Strafe nicht definitiv aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Damit entfallen etwa die Verbannung und die Todesstrafe als ungeeignete Sanktionen.
- Die Bestrafung soll beim Verurteilten keine körperlichen oder psychischen Schäden nach sich ziehen. Körperstrafen und auf die Beschämung des Verurteilten zielende Strafen, etwa der Pranger, erfüllen diese Voraussetzung offensichtlich nicht.
- Strafen sollen in dem Sinn wirksam sein, dass sie weitere Straftaten zu verhindern oder zu mindern vermögen.²⁹

Diese fünf in der Lehre unbestrittenen Kriterien erzeugen allerdings Widerspruch, wenn sie in einer breiteren Öffentlichkeit diskutiert werden.

28 STRATENWERTH, Strafrechtsprofessor und Rechtsphilosoph in Basel, sieht gerade darin die Schwierigkeit, wie er im Buch Strafen – ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart (Fn. 5) auf S. 51 ff. ausführt.

29 BAECHTOLD, in: Strafen – ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart (Fn. 5), S. 84 ff.

A. Prinzipien der Gleichheit und Übelszufügung

Breite Kreise monieren immer wieder, der Freiheitsentzug in halboffenen oder geschlossenen Anstalten sei schon fast mit einer Hotelunterkunft in Mehrsternequalität vergleichbar. Sie widersprechen damit den beiden ersten Kriterien (keine Differenzierung nach Geschlecht und Ständen, Unannehmlichkeit der Strafe). Eine Verschärfung der Haftbedingungen wird immer wieder gefordert, vor allem für Verurteilte ohne Schweizerpass. Dies nicht zuletzt mit der Behauptung, wer aus ärmlichen Verhältnissen komme, werde durch die Annehmlichkeiten des Vollzugsregimes geradezu belohnt und zu kriminellem Handeln verleitet, mindestens aber sei der moderne Schweizer Vollzug nicht geeignet, die erforderliche Abschreckung zu erzeugen. Diese Behauptung erhält besonderes Gewicht, wenn davon auszugehen ist, dass etwa die Hälfte der Straftaten von Ausländern begangen wird. Natürlich ist aus rechtsstaatlicher, liberaler und aufgeklärter Sicht sofort zu entgegnen, dass der Freiheitsentzug die Strafe darstelle und nicht der Entzug von Annehmlichkeiten wie Fernseher, Zigaretten und dergleichen. Dem Strafbedürfnis weiter Teile der Bevölkerung kann diese Argumentation allerdings nicht gerecht werden. Ob sie dies muss, ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund fehlender Alternativen eine berechnete Frage. Mindestens dürfte eine Zwei- oder Mehrklassengesellschaft in unseren Strafvollzugseinrichtungen ebenso wenig tauglich sein, wie der seit langem immer lauter zu hörende Ruf nach Vollzugsmöglichkeiten im Heimatstaat. Letzteres würde dazu führen, den staatlichen Strafanspruch aufzugeben oder mindestens ganz massiv zu reduzieren, was letztlich kaum im Interesse unserer Gesellschaft sein kann.

B. Vermeidung des gesellschaftlichen Ausschlusses

Interessant sind die jüngsten Entwicklungen und Entscheide in Bezug auf das Kriterium des gesellschaftlichen Ausschlusses. Jede Gesellschaft braucht abweichendes Verhalten. Damit lässt sich die Gesellschaft als Ganzes stabilisieren. Die Ausgrenzung der Abweichenden stiftet unter den vermeintlich Guten ein Gemeinschaftsgefühl. Das Strafrecht ist das Vehikel, das die Grenze zwischen Gut und Nicht-Gut zieht. Dabei gilt die Grundregel: Je unsicherer die Gesellschaft, umso grösser ist das Bedürfnis nach diesem Gemeinschaftsgefühl.³⁰ Dadurch entsteht per se ein Widerspruch zum Kriterium, Straftäter nicht definitiv auszuschliessen. In der Praxis findet aber eben auch eine Gegenbewegung statt. Mit der Annahme der Ausschaffungsinitiative am 28. November 2010 beispielsweise hat das Volk vordergründig einfach entschieden, dass bestimmte Kategorien von kriminellen Ausländern auszuschaffen sind. Im Hintergrund dürfte das Bedürfnis mitgewirkt haben, das Nicht-Gute möglichst

30 OBERHOLZER im Tagesanzeiger vom 28.8.2010: «Rache ist Hilfslosigkeit».

weit weg zu weisen, nicht nur innerhalb unserer Gesellschaft auszugrenzen, sondern aus unserer Gesellschaft auszuschliessen, möglichst weit weg zu schicken. Andererseits zeigen nicht nur, vor allem aber die Kommentare der Schweizerischen Volkspartei, dass es bei der Initiative auch darum ging, das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung zu erhöhen, der Bevölkerung mehr Stabilität zu vermitteln.³¹ Und schliesslich dürfte im Sinne einer nicht verifizierten These auch eine Rolle gespielt haben, dass mindestens unterbewusst die Erwartung der Bevölkerung geschürt wurde, die Initiative würde zu einer deutlichen Reduktion der Kriminalität führen, weil rund die Hälfte der Straftaten von Ausländern begangen werden und ein grosser Teil dieser durch die Initiative ausgeschafft würden, was wegen der erhofften damit verbundenen Abschreckung eben zur Reduktion des Kriminalitätsaufkommens führen müsste. In objektiver Hinsicht kann diese Erwartungshaltung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erfüllt werden, weil die erhoffte Abschreckungswirkung nur schon daran scheitert, dass die allermeisten von der Initiative betroffenen kriminellen Ausländer die Rechtslage gar nicht hinreichend kennen. In subjektiver Hinsicht kann die These mangels konkreter Untersuchungsergebnisse mindestens zurzeit nicht verifiziert werden.

C. Wegfall von körperlichen und psychischen Strafen

Als Nächstes soll das Kriterium der fehlenden physischen und psychischen Strafen näher beleuchtet werden. Die Körperstrafen sind zwar längst aus den Sanktionskatalogen unserer Gesellschaft verschwunden,³² mindestens bei der Betrachtung der gesetzlichen Sanktionen. Die simple Ohrfeige der Eltern als erzieherische Massnahme ist wohl ein Überbleibsel aus dem Zeitalter der Körperstrafen.

Zum gleichen Kriterium gehört auch das Stichwort Pranger. Mit diesem Mittel wurden im Mittelalter und bis in die Neuzeit hinein Straftäter öffentlich zur Schau gestellt. An verschiedenen historischen Orten sind auch in der Schweiz noch Prangerstandorte vorhanden. Ein besonders gut erhaltener ist am Rathaus im luzernischen Sursee zu sehen. Dort wurden Straftäter oft mehrere Tage mit einem Halskragen an die Mauer des Rathauses gefesselt. So konnte der Übeltäter nicht nur besichtigt werden, er durfte auch beschimpft und bespuckt, ausgelacht und beleidigt werden. Solche psychischen Strafen sollten zwar der Vergangenheit angehören. Sie gehören zur Kategorie der Ehrenstrafen, die vor allem in den USA wieder zunehmend an Bedeutung gewinnen. Die sichtbare Entblössung des Bestraften war lange Zeit ein wichtiger Bestandteil des Stra-

31 Vgl. die Ausführungen der Initianten auf www.ausschaffungsinitiative.ch (besucht im Dezember 2010).

32 Zu Körperstrafen im Erziehungswesen siehe vorne: Kapitel I: Strafen im Alltag am Beispiel der Schule.

fens, solange man der Bevölkerung wirklich vor Augen führen wollte, was böses Tun für Folgen haben konnte. So wurde auch der Vollzug der Körper- und Todesstrafen zur Inszenierung der öffentlichen Gewalt. Dabei beruhte die Strafwirkung in einer erregenden Gegenüberstellung von Täter und Gemeinschaft. Der Sünder war wehrlos der Menge ausgeliefert. Bei Ehrenstrafen kam vor allem der Pranger zum Zug. Er hatte bis Mitte des 19. Jahrhunderts Bestand. Im Kanton Uri war er bis 1862 üblich.³³

In der jüngsten Vergangenheit ist der Ruf nach der Wiedereinführung des Prangers in Form der Veröffentlichung im Internet deutlich hörbar. Stellvertretend für diese Tendenz sei die neulich in der Zeitung *Blick* gefundene Schlagzeile angeführt: «Ist mein Nachbar ein verurteilter Sex-Täter?». ³⁴ In Form der Öffentlichkeitsfahndung wenden die Strafverfolgungsbehörden schon seit langem pranger-ähnliche Methoden an, wobei diese durch die oft restriktiven Bedingungen der Strafprozessordnungen genau geregelt sind. Selbstverständlich handelt es sich dabei auch nicht um Strafen, sondern um Fahndungsmassnahmen zur Ermittlung von mutmasslichen Tätern. Das gilt auch für die neuere Praxis einiger Kantone im Kampf gegen die Gewalttätigkeiten rund um Sportveranstaltungen, landläufig als Hooliganismus bezeichnet. Die Kantonspolizei Luzern hat die Methode der Öffentlichkeitsfahndung nach mutmasslichen Hooligans im Juni 2007 erstmals in der Schweiz angewandt. Es ging darum, Fussballhooligans zu finden, die im Mai 2007 am Bahnhof Luzern randaliert hatten.³⁵ Die Aktion war sehr erfolgreich. Andere Kantone wie St. Gallen, Zürich und Basel zogen nach. Die Fahndungsmassnahme impliziert einige Elemente des Prangers, und man darf sich zu Recht die Frage stellen, ob die Wirkung als Pranger oder der Fahndungszweck im Vordergrund standen. Letzteres darf den Strafverfolgungsbehörden attestiert werden. Für breite Teile der Bevölkerung war allerdings die Wirkung als Pranger wesentlich wichtiger und stand im Vordergrund. So mindestens deutet der Autor des vorliegenden Artikels viele der ihm zugegangenen Rückmeldungen. Damit besteht ganz offensichtlich ein Widerspruch zwischen dem strafprozessualen Fahndungszweck und der Tatsache, dass der Pranger in unserer Rechtsordnung nicht vorgesehen ist. Dabei handelt es sich um eine ethische Frage, die an dieser Stelle zwar aufgeworfen werden soll, aber nicht vertieft werden kann. Die Wirkung als Pranger hatte auch die Publikation der Fotos von rund 250 Teilnehmerinnen und Teilnehmern an der Gedenkfeier zur Schlacht von Sempach im Jahr 2008.³⁶ Dabei handelte

33 BAECHTOLD (Fn. 29), S. 76.

34 *Blick* vom 9.8.2010.

35 Vgl. Neue Zürcher Zeitung (NZZ) Online vom 26.6.2007 und Neue Luzerner Zeitung (NLZ) vom 23.6.2007, S. 1 u. 21.

36 www.indymedia.com (besucht im Dezember 2010).

es sich nicht um eine behördliche Publikation. Die offensichtlich beabsichtigte Prangerwirkung ist aber unübersehbar.

Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf äusserte sich skeptisch zur Internetfahndung und zum Internetpranger. In einem Zeitungsinterview³⁷ in Zentralschweiz am Sonntag plädierte sie dafür, diese Instrumente nur im Ausnahmefall anzuwenden. Man dürfe nicht vergessen, dass solche Delinquenten über Familie und Umfeld verfügten. Wir müssten aufpassen, dass ein Straftäter durch die Veröffentlichung im Internet nicht zu einer riesigen Belastung für seine Familie werde. Zudem bestehe die Gefahr, dass durch eine Publikation im Internet die Resozialisierung oder die Wiedereingliederung der Betroffenen in die Gesellschaft praktisch verunmöglicht würde. Soweit also der Internetpranger überhaupt als Strafe angesprochen war, warnte die Bundesrätin, wohl zu Recht, vor einem Widerspruch zu den relativen Straftheorien, namentlich zur Spezialprävention. Absolute Straftheorien wie Vergeltung oder auch das Ziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens stellte sie damit indirekt in den Hintergrund, was einem Mitglied unserer Landesregierung gut ansteht, trotzdem aber beachtenswert ist, weil sie lange einer Partei angehörte, deren Wähler eher absoluten Straftheorien zugeneigt scheinen.

D. Prinzip der Wirksamkeit

Und schliesslich sollen Strafen in dem Sinn wirksam sein, dass sie weitere Straftaten zu verhindern oder zu mindern vermögen. Strafen haben demnach einerseits eine präventive Funktion, andererseits dienen sie aber auch dem Schutz der Gesellschaft vor Straftätern und Straftaten. Diese Zielsetzung findet sich auch in Art. 75 StGB.³⁸ Diese Funktion der Strafe und insbesondere des Vollzugs gehört zu den jüngsten Errungenschaften des Strafrechts. So spielen im heutigen Strafrecht die beiden Strafzwecke Abschreckung und Unschädlichmachung eine tragende und zentrale Rolle, beide mit dem Ziel zu verhindern, dass das Vorgefallene noch einmal passiert. Die radikalste Form der Unschädlichmachung ist im heutigen Recht die lebenslange Verwahrung. Ob sie auch geeignet ist, potentielle Straftäter davor abzuschrecken, selbst straffällig zu werden, ist in der Lehre mehr als umstritten.³⁹

37 Zentralschweiz am Sonntag vom 14.6.2009, S. 6.

38 Art. 75 StGB: Der Strafvollzug hat das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben.

39 Stellvertretend für viele siehe: HANDSCHIN/UNTERNÄHERER, (Fn. 17), S. 6 ff.

V. Strafbedürfnis

Nur implizit und zu wenig deutlich kommt in der Typisierung nach den 5 Kriterien (siehe oben) die gesellschaftliche Funktion der Strafe zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens zum Tragen. Diese Funktion hat einen engen Konnex mit dem Strafbedürfnis der Gesellschaft. So hält Stratenwerth fest, dass die strafrechtlich fassbare Schuld allein die Strafe nicht zu rechtfertigen vermag. Stets muss die praktische Notwendigkeit hinzutreten, zum Schutz der sozialen Ordnung von ihr Gebrauch zu machen. Mit der tatbestandlichen Erfassung ist daher zumeist auch über das Schutzbedürfnis entschieden.⁴⁰

Experten kommen zum Schluss, dass das Schutzbedürfnis in Europa in den letzten Jahren beträchtlich zugenommen hat, was nachgerade einer Binsenwahrheit entspreche.⁴¹ Die jüngsten politischen Diskussionen zum Thema Strafen bestätigen, dass sich das Klima in der Schweiz merklich verschärft hat. Die vor einigen Jahren angenommene Verwahrungsinitiative, aber auch die kürzlich angenommene Ausschaffungsinitiative zeigen deutlich, dass das Strafbedürfnis der Bevölkerung im System des öffentlichen Strafsystems eine ganz entscheidende Rolle spielt. Ist die Öffentlichkeit davon überzeugt, dass Straftäter zu wenig hart angepackt werden, führt dies zu einem Misstrauen gegenüber dem modernen Strafrecht. Einseitige mediale Darstellungen von Strafrechtsfällen und tägliche Berichterstattungen über Kriminalfälle verschärfen das gesellschaftliche Klima zusätzlich. Sie können zudem als Einladung an Politikerinnen und Politiker verstanden werden, auf der Bühne solcher Fälle die Klagen zu kreuzen. Auf der Basis von Vorurteilen, Halbwissen und hochgehenden Emotionen lässt sich jedenfalls nicht differenziert über die Ordnung der Gesellschaft nachdenken. Weitere Probleme schaffen die in jüngster Zeit vermehrten Anforderungen der Politik, die das Strafrecht verschiedentlich als Allerheilmittel einsetzen möchten. Ob Migrationsphänomene oder Drogenfragen, oft glauben Politiker, solchen Herausforderung mit noch mehr Gesetzen und Bussen begegnen zu können. Der Erfolg scheint bescheiden. Es gibt viele Problemkonstellationen, die eine Gesellschaft nicht ans Strafrecht delegieren kann, sondern als Ganzes angehen muss, weil es dabei um Werthaltung oder Fragen des Zusammenlebens geht, die nicht mit einem neuen Gesetz beantwortet werden können – und in den meisten Fällen auch nicht mit einer Strafe.⁴²

Exemplarisch dafür eine Erfahrung aus der Praxis. Die Prostitution darf zu Recht nicht nur als das älteste Gewerbe der Menschheit bezeichnet werden. Sie ist offenbar auch ein gesellschaftliches Bedürfnis. Die konkrete Ausgestaltung, insbesondere mit Menschenhandel der übelsten Sorte ist allerdings inakzep-

40 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil.; Die Straftat, Bern 1996, S. 126 N 27.

41 NIGGLI, in: Strafen – ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart (Fn. 5), S. 284 ff.

42 Vgl. HANDSCHIN/UNTERNÄHERER, (Fn. 17), S. 10 f.

tabel. Mit den Artikeln 195 ff. wollte die Politik mindestens den abscheulichsten Nebenwirkungen (oder sind es gar die Hauptwirkungen?) der Prostitution begegnen. Bei der Betrachtung der Kriminalstatistiken könnte leicht der Eindruck entstehen, das angesprochene Problem bestehe gar nicht, derart klein sind die konkreten Zahlen. Die Praxis zeigt ein anderes Bild. Die Prostitution und vor allem der damit verbundene Menschenhandel florieren wie nie zuvor. Mit der Gesetzgebung hat sich die Politik im Sinne eines Feigenblattes vor allem selber beruhigt. Die Wirkung des Gesetzes und der angedrohten Strafe tendiert allerdings gegen Null. Solange das Problem nicht grundlegend angegangen wird, können Strafandrohungen, und seien sie noch so hart, nicht greifen. Und auch der Ruf nach der Polizei hilft nichts. Schliesslich kann diese die gesellschaftlichen Probleme nur bekämpfen, in der Regel aber nicht lösen.

Zurück zum Strafbedürfnis: Dieses wird von mehreren Faktoren beeinflusst. Zunächst ist die Werthaltung der Bevölkerungsgruppen von Bedeutung. Dabei ergeben sich offenbar beachtliche Unterschiede entlang demografischer Variablen, wie zum Beispiel Alter oder Geschlecht und sozialer Hintergrund der Personen. Der zweite Faktor ist die bestehende Strafpraxis. Die Bevölkerung befürwortet jeweils stärker Praktiken, die sie aus ihrem eigenen Umfeld kennt. Wer also zahlreiche Strafmethoden und –praktiken kennt, hat in der Regel auch einen liberaleren und vor allem auch humaneren Umgang mit Straffälligen gelernt.⁴³ Ein dritter Faktor ist die Wahrnehmung der Kriminalität. Die Bevölkerung kommt mit Kriminalität und der justiziellen Reaktion darauf praktisch nur als Opfer oder via Medien. Weil gerade die Kriminalität in den Medien stark verzerrt dargestellt wird, ist davon auszugehen, dass die Allgemeinheit nicht nur von der Kriminalität, sondern auch über die Sanktionspraxis lediglich marginale und häufig erst noch falsche Kenntnisse hat.⁴⁴

Mit Blick auf die Frage der Wirkung von Strafen und in der Annahme, dass die Befriedigung des gesellschaftlichen Strafbedürfnisses wohl in erster Linie zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtsfriedens dient, ist von Bedeutung, dass das Sanktionensystem und dessen Ausgestaltung, also beispielsweise die Härte der Strafe oder die Dauer des Freiheitsentzuges, nur einen von mehreren Faktoren darstellt. Diese Feststellung mag für die einen unbefriedigend sein, weil sie sich durch ein ausgeklügeltes Sanktionensystem eine grössere Wirkung erhofften, für die andern dürfte sie insofern beruhigend sein, als die Strafen an

43 Vgl. NIGGLI (Fn. 41), S. 191 ff. Dazu auch die dort zitierte Studie, wonach die Antworten auf die Frage, wie ein 21-jähriger Täter, der zweimal eingebrochen ist, zu bestrafen sei, wobei er beim zweiten Mal ein Farbfernsehgerät gestohlen hat. In der Schweiz wählten nur 8.6% die Freiheitsstrafe als bevorzugte Sanktion, in Frankreich 12.8%, in Deutschland 13%, in Norwegen 13.8% und in Finnland 13.9%, verglichen mit 52.7% in den USA oder 62.5% in der Tschechoslowakei

44 Vgl. NIGGLI (Fn. 41), S. 193 und dort zitierte Hinweise.

sich sicher nicht das einzige und wahrscheinlich auch nicht das entscheidende Mittel sind, um zu einer besseren Gesellschaft beizutragen.

Exkurs: Strafe als Ausgrenzung

Im Sinne eines kleinen Exkurses sei an dieser Stelle auf eine weitere mögliche Funktion der Strafe hingewiesen. Seit es die Menschheit gibt, braucht sie Sündenböcke. Jede Kultur und jede Gemeinschaft kennt dieses Phänomen. Bestes Beispiel aus der jüngeren Geschichte ist die Funktion der Juden im Dritten Reich als Sündenböcke. Das Nazi-Regime wäre vielleicht auch ohne dieses Phänomen an die Macht gekommen. Die Fokussierung alles Schlechten auf die Religionsgemeinschaft der Juden hat seinen Aufstieg aber mit Sicherheit befördert. Eine ähnliche Funktion scheinen die Verbrecher in unserer Gesellschaft zu haben. Jede Gesellschaft hat abweichendes Verhalten nötig. Es braucht ein paar Leute, welche die Regeln verletzen und deshalb ausgegrenzt werden können. Damit lässt sich die Gesellschaft als Ganzes stabilisieren. Die Ausgrenzung des Abweichenden fördert ein Gemeinschaftsgefühl unter jenen, die sich an das Gesetz halten. Das Strafrecht kann also durchaus auch die Funktion wahrnehmen, das Gute vom Nicht-Guten zu trennen.⁴⁵ So werden zumindest Verbrecher oft ausgegrenzt und damit auch zu Mitschuldigen an behaupteten gesellschaftlichen Missständen gemacht. Dies gilt allerdings nur für eine bestimmte Kategorie von Straftätern, insbesondere nicht für Gelegenheitskriminelle oder für Bagatelldelinquenten und schon gar nicht für so genannte Kavaliersdelikte,⁴⁶ wie sie zum Beispiel aus dem Strassenverkehr oder aus den Steuervergehen bekannt sind. In psychologischer Hinsicht dürften Strafen durchaus auch dazu beitragen, das Bedürfnis des Menschen zu befriedigen, andere auszugrenzen und Schuldige – für was auch immer – zu haben. Die Diskussion zur vor kurzem vom Volk angenommenen Ausschaffungsinitiative liess jedenfalls Hinweise auf die eben skizzierte These erkennen. Die Initiative verlangt, dass kriminelle Ausländer ausgeschafft werden. Eine nicht unwesentliche Begründung für die Initiative war der hohe Ausländeranteil unter den Straffälligen. Mit Ausschaffung als Zusatzstrafe für das begangene Delikt und die Eigenschaft Ausländer zu sein, wird mindestens indirekt das Bedürfnis befriedigt, Schuldige für die behauptete⁴⁷ Zunahme der Kriminalität gefunden zu haben.

45 So auch OBERHOLZER im Tagesanzeiger vom 28.8.2010.

46 Als Kavaliersdelikt wird eine eigentlich strafbare Handlung bezeichnet, die jedoch von der Gesellschaft als harmlos angesehen wird.

47 Gemäss den einschlägigen Untersuchungen und Statistiken kann es sich nur um eine behauptete Zunahme handeln. Die objektiven Kriterien können die Behauptung nicht erhärten.

VI. Straftheorien und deren Auswirkungen

Im Rahmen einer Ausstellung zum Thema Strafen hat das Stapferhaus Lenzburg die absoluten und relativen Straftheorien auf die folgenden vier Grundtypen reduziert: Rächer, Abschrecker, Erzieher und Wiedergutmacher. Diese Vereinfachung genügt zwar strengem wissenschaftlichem Anspruch nicht, liefert aber für die praxisnahe Ausbildung, beispielsweise an Polizeischulen, wertvolle Ansatzpunkte.⁴⁸ Wie bereits mehrmals erwähnt, kann die Strafe die folgenden Funktionen übernehmen: Vergeltung, Abschreckung, Schutz der Gesellschaft, Prävention und Resozialisierung. Im Sinne der erwähnten Ausstellung des Stapferhauses Lenzburg könnte auch gefragt werden: Soll der Staat Rächer, Abschrecker, Erzieher oder Anstifter zur Wiedergutmachung sein? Eine empirische Untersuchung an den Polizeischulen der Zentral- und Nordwestschweiz in den Jahren 2005–2010 hat gezeigt, dass sich angehende Polizistinnen und Polizisten tendenziell zu den Gruppen der Rächer und Erzieher zählen, eher weniger zur Gruppe der Wiedergutmacher. Angehende Polizistinnen und Polizisten sind zweifellos nicht ein repräsentativer Durchschnitt unserer Gesellschaft. Ihre Haltung ist aber vor allem deshalb interessant, weil sie später mit ihrer Arbeit die Grundlagen für die Verhängung von Strafen liefern. Dieser empirischen Untersuchung folgend ist es auch nicht verwunderlich, dass der typische Polizist wenig Verständnis für den Resozialisierungszweck des Strafvollzugs aufbringen kann und beispielsweise Fluchten aus Strafvollzugsanstalten vor allem als unverzeihliche Fehlleistungen und nicht als unvermeidliche, systembedingte Pannen betrachtet. Dieser Aspekt müsste in der polizeilichen Ausbildung noch besser berücksichtigt werden.

A. Rache

Die Rache gehört zu den absoluten Straftheorien. Sie gilt als überholt und kontraproduktiv, ist in den Augen eines grossen Teils unserer Gesellschaft aber noch weit verbreitet.

Immer wieder ertönt der Ruf, die Welt sei unsicherer, krimineller und gefährlicher geworden.⁴⁹ Die Aussage ist für die Frage der Wirkung von Strafen nicht unbedeutend. So ist beispielsweise die Politik gefordert, weil von ihr von verschiedenen Seiten verlangt wird, wirksame Massnahmen gegen die zunehmende Verschlimmerung der Welt zu ergreifen. Einer der öfters genannten Vorschläge dazu ist die Verschärfung des Strafrechts, unter anderem durch härtere Strafen. Die Frage, ob unsere Welt, global betrachtet, immer schlimmer wird, ist berechtigt. Ob die Behauptung für die Schweiz gilt, muss aber ebenso kritisch hinter-

48 An der interkantonalen Polizeischule in Hitzkirch (IPH) werden die Straftheorien mit den Grundlagen der Ausstellung des Stapferhauses aus dem Jahr 2004 vermittelt.

49 Siehe auch OBERHOLZER im Tagesanzeiger vom 28.8.2010: «Rache ist Hilflosigkeit».

fragt werden. Mindestens scheinen die gängigen Statistiken die These nicht zu bestätigen. Im Gegenteil. In objektiver Hinsicht zeigen die jährlichen Statistiken des Bundesamtes für Statistik, insbesondere die polizeiliche Kriminalstatistik, dass die Kriminalitätslage seit Jahren, ja seit Jahrzehnten stabil ist. Die Delikte nach dem StGB sind seit 30 Jahren stabil oder abnehmend. Die Rückfallzahlen sinken seit 30 Jahren.⁵⁰ Und auch die subjektive Sicherheit, gemessen am Sicherheitsgefühl der Bevölkerung, scheint nichts anderes zu bestätigen. Exemplarisch sei an dieser Stelle auf die alle drei Jahre durchgeführte Bevölkerungsbefragung der Luzerner Polizei zum Sicherheitsempfinden der Luzernerinnen und Luzerner hingewiesen.⁵¹ Die Ergebnisse zeigen das gleiche Bild wie die Statistiken zur objektiven Sicherheit. Woher also kommt die These der sich ständig verschlimmernden Welt? Es mag viele Quellen geben. Eine dürfte die weltweite Vernetzung, in Verbindung mit dem Aufbau von Kommunikationssystemen sein. Die heutige Welt, die Gesellschaft, ist stets allen zugänglich, neuzeitlich, leistungsorientiert, schnell und medial ausgestaltet. Alle bekommen von allem Geschehen alles mit. Wenn im Zweiten Weltkrieg ein weibliches Verdingkind im Entlebuch für zwei Schweizer Franken an einen ledigen Bergbauern verkauft wurde, zwecks Gebrauchs als Magd oder gar Bettpartnerin, sprach keiner in der Stadt Luzern davon. In der heutigen Zeit ein undenkbares, geheimes Geschehen. Heute kommen alle grossen wie kleinen Taten schnellstens an die Öffentlichkeit. Jedes Polizeikorps der Schweiz hat eine professionell betriebene Medienstelle und kann jeweils froh sein, wenn die Polizei vor den Medienleuten am Tatort einzutreffen vermag. Genau dies schürt die Meinung des Volkes, die Welt sei eindeutig schlimmer geworden, obwohl Statistiken dies nicht zu bestätigen vermögen. Die neu auftauchenden Repressionsbedürfnisse und Tätersausgrenzungswünsche, die momentan aufblühen, sind auch Folge der Verunsicherung der Menschen durch die Medien und geschürte Ängste wie z.B. Feindbilder.

B. Abschreckung

Die Abschreckung gehört zu den relativen Straftheorien, zur Generalprävention. Sie wirkt wohl vor allem gepaart mit der Erwartungshaltung, bei straffälligem Verhalten von der Polizei erwischt zu werden. Dies lässt sich anhand einfacher Experimente verifizieren. Rotlichter an Fussgängerstreifen werden von Fussgängern praktisch zu 100% beachtet, solange ein Polizist oder eine Polizistin in Uniform die Einhaltung überwacht. Deutlich weniger Beachtung findet die Regelung, sobald sie nicht behördlich überwacht wird. Das Gleiche gilt für die automatischen Geschwindigkeitsmessenanlagen auf den Schweizer Stras-

50 NIGGLI, Plädoyer, Nr. 6/2010, S. 7.

51 Hinweis zur Bevölkerungsbefragung der Luzerner Polizei 2009 in NLZ vom 23.10.2009.

sen. Die gleiche Wirkung erzeugen Alarmanlagen oder Videoüberwachungen im Bereich von Einbrüchen. Es geht immer darum, dass eine Massnahme die Wahrscheinlichkeit steigert, bei strafrechtlichem Verhalten erwischt zu werden. Es geht also nicht in erster Linie um die Strafandrohung, sondern um die Gefahr, erwischt zu werden.

Zur Frage, ob Strafen und Strafandrohungen im Sinne von Abschreckung auch wirken, findet sich in der Rückfallstatistik des Bundesamtes für Statistik⁵² ein interessanter Hinweis. Straftäter ohne Vorstrafen wurden gemäss dieser Studie zu 18% rückfällig, solche mit zwei Vorverurteilungen zu 58%. Die Abschreckung ist sicher nur ein Faktor, der die Rückfälligkeit beeinflusst. Die Zahlenreihe deutet aber darauf hin, dass die Strafandrohung mit Fortdauer der Straffälligkeit weniger abschreckt.

C. Erziehung

Die Erziehung gehört zu den relativen Straftheorien, zur Spezialprävention. Sie findet ihren Niederschlag vor allem in den Art. 74 und 75 StGB zum Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen. Die Resozialisierung ist also eines der obersten Ziele des Freiheitsentzuges. Sie stösst aber auch an Grenzen. So ist politisch umstritten, ob Straftäter mit grossem Aufwand resozialisiert werden sollen, wenn sie nach Verbüsung der Strafe ohnehin aus der Schweiz ausgeschafft werden. Die Antwort auf die Frage hängt von den Werthaltungen unserer Gesellschaft ab. In jüngster Zeit fallen die Entscheide zu diesen Werthaltungen allerdings unterschiedlich aus. Während beispielsweise die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (in Kraft seit dem 1.1.2007) die Resozialisierung noch stark betont, weisen die Volksentscheide zur Verwahrungssinitiative, und vor allem der Ausschaffungssinitiative, in die andere Richtung.

Und schliesslich ist Resozialisierung unter ökonomischen Aspekten zu betrachten.⁵³ Immer wieder werden die scheinbar hohen Kosten der Resozialisierung im halboffenen und vor allem im geschlossenen Strafvollzug als Argument gegen die erzieherische Wirkung von Strafen ins Feld geführt. Zum einen soll und kann der Ersatz der kurzen Freiheitsstrafen einen wesentlichen Beitrag zur Kostenreduktion leisten. Zum andern sind zwar Kosten von mehreren hundert Franken pro Tag auf den ersten Blick sehr hoch. Unklar bleibt aber, welche Kosten andere Sanktionssysteme verursachen würden, und vor allem bleibt offen, welche Kosten entstehen, wenn die Resozialisierung nicht gelingt.

52 Zu finden in www.bfs.admin.ch (besucht im Dezember 2010).

53 Siehe dazu auch: Materialien der «Fachgruppe Reform im Strafwesen» der Caritas Schweiz, Bd. 2, hrsg. von RIKLIN, Was ist uns das Strafwesen wert? – Notwendigkeit und Grenzen des Sparens.

D. Wiedergutmachung

Auch die Wiedergutmachung gehört zu den relativen Straftheorien und wird im heutigen Recht besonders in den Formen der Gemeinnützigen Arbeit und der Geldstrafe angewandt. Stark verankert ist die Idee insbesondere auch im Jugendstrafrecht. Vor allem die Idee der Gemeinnützigen Arbeit besticht, weil sie durch eine Kompensationshandlung des Täters zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens beiträgt, einen gewissen Vergeltungscharakter impliziert und auf den ersten Blick ökonomisch interessant scheint. Allerdings ist der Vollzug der Strafe organisatorisch recht aufwändig, weil die entsprechenden Arbeitsplätze gefunden werden müssen. Hier besteht nicht selten Konkurrenz zum zivilen Ersatzdienst anstelle des Militärdienstes. Nicht unproblematisch ist die Gemeinnützige Arbeit aber auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten, weil Arbeitsplätze durch günstige Strafvollzügler besetzt werden. Die Frage, ob die Geldstrafe hinlänglich zur Wiedergutmachung beiträgt, dürfte ebenfalls umstritten sein. Allerdings ist sofort einzuräumen, dass die Freiheitsstrafe als Alternative dies mit Sicherheit noch weniger tut.

VII. Rückfallstatistik und Erkenntnisse

Ob sich die Wirkung von Strafen tatsächlich messen lässt, ist in Wissenschaft und Lehre bestritten. Nur schon die Frage nach den Messinstrumenten und Messkriterien kann kaum befriedigend beantwortet werden. In der Lehre wird die Meinung vertreten, die Frage, ob eine Strafe wirkungsvoll sei, lasse sich weder absolut noch theoretisch bestimmen. Entscheidend seien der individuelle Einzelfall und die konkrete Situation. Dies wiederum stehe allerdings im Widerspruch zum so genannten Regelvollzug, der wenig Spielraum für einen individuell wirkungsvollen Straf- und Resozialisierungsplan lässt. Die besten Strafen sind also jene, welche die gewünschten Wirkungen maximieren und die unerwünschten Nebenwirkungen minimieren.⁵⁴

Geht man trotzdem davon aus, dass im Sinne einer übergeordneten Zielsetzung Sinn und Zweck der Strafe in erster Linie die Verhinderung oder mindestens die Minimierung von Straftaten sein soll, so kommt der Frage nach dem Rückfall und den Rückfallstatistiken eine besondere Bedeutung zu. Das Bundesamt für Statistik hat zu diesem Thema im Mai 2009 Rückfallanalysen publiziert und bemerkenswerte Resultate zur Frage der Rückfälligkeit präsentiert.⁵⁵ Gemäss der Studie werden strafrechtlich verurteilte Schweizer seit den 80er-Jahren immer weniger rückfällig. 1987 wurden 30% der Schweizerinnen und Schweizer, die in jenem Jahr wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt

54 SPRENGEL, Allgemeine und integrative Psychologie der Strafe in www.sgipt.org/forpsy/strafe (besucht im Dezember 2010).

55 Vgl. dazu: www.bfs.admin.ch; NZZ vom 20.5.2009, S. 19.

worden waren, innerhalb von drei Jahren zu Wiederholungstätern. Bis 2003 sank der Wert kontinuierlich auf 22%. Rückläufig war die Rückfälligkeit bei Strassenverkehrsdelikten, Gewalttaten und Drogenhandel, ansteigend dagegen bei Vermögensdelikten. Rund die Hälfte der wegen Diebstahls verurteilten Personen wurde wieder rückfällig. Vorbestrafte Personen werden besonders häufig rückfällig. Von den 2003 verurteilten Personen ohne Vorverurteilung wurden innerhalb der drei folgenden Jahre 18% rückfällig. Von den Personen mit einer Vorverurteilung lag der Wert bei 37, mit zwei Vorverurteilungen bei 58%. Überdurchschnittlich häufig sind Wiederholungstäter unter Jugendlichen, Männern und Personen die wegen schwerer Delikte verurteilt wurden. Die Rückfallrate ist stark von der Schwere der Straftat abhängig. Nach einer Verurteilung wegen eines Vergehens lag die Rückfallrate bei insgesamt 23%, nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens bei 34%. Entgegen dem allgemeinen Trend sind Minderjährige und junge Erwachsene seit dem Ende der 80er-Jahre häufiger rückfällig geworden. Dies gilt allerdings nicht für schwerste Delikte: Die Rückfallrate bei Jungen nach einer Verurteilung wegen einer Gewaltstraftat blieb etwa stabil.⁵⁶

Aus den Forschungen der Kriminologie ist bekannt, dass Rückfallraten in der Zeit, im Raum, nach soziodemographischen Kriterien und justiziellen Merkmalen nahezu universell konstant, in hohem Masse unabhängig vom Strafrechtssystem und deshalb letztlich kaum beeinflussbar sind – ausser in der Anwendung der unbedingten Freiheitsstrafe. Je mehr die Freiheitsstrafe als ultima ratio angewandt wird, desto weniger Rückfälle sind zu verzeichnen. Dies führt zur These: Je mehr Freiheitsstrafen ausgesprochen werden, desto höher ist die Rückfallrate.⁵⁷ Diese These ist besonders interessant, weil vor allem die kürzeren Freiheitsstrafen offenbar nicht nur sehr teuer, sondern auch noch kontraproduktiv sind, sich aber in den Forderungen von Politik und Medien nachhaltig zu halten vermögen. Der Ruf nach der Rückkehr zum System der kurzen Freiheitsstrafen lässt sich also weder ökonomisch noch mit den relativen Straftheorien erklären. Er ist letztlich nur mit scheinbar überholten Rache- und Vergeltungsgelüsten unserer Gesellschaft erklärbar.

Die These der Austauschbarkeit der Sanktionen bestätigt sich auch in der erwähnten Studie des BfS. In einer Untersuchung der Verurteilungen wegen Fahrens in stark angetrunkenem Zustand zeigte sich, dass die Rückfallquote in Kantonen mit strenger Sanktionspraxis nicht tiefer liegt als in solchen mit mildereren Strafen. Während in Schaffhausen oder im Aargau Blaufahrer viel öfter zu unbedingten Freiheitsstrafen verurteilt werden als in Genf oder im Tessin, liegen die Rückfallraten nach drei Jahren in allen Kantonen im Bereich von 14%.

56 NZZ vom 20.5.2009, S. 19.

57 FINK, Rückfälligkeit von Straftätern, Vortrag an der Kadertagung der Luzerner Polizei vom 9.7.2009.

Dieselben Trends wie beim Fahren in angetrunkenem Zustand werden auch bei anderen Straftaten festgestellt. Diese Ergebnisse deuten laut BfS darauf hin, dass die grösste präventive Wirkung bei Rückfällen nicht von der Art und Höhe der Strafe ausgeht, sondern eher vom Risiko, wieder von der Polizei gefasst zu werden.⁵⁸ Die durch Medien oft geschürte Angst der Bevölkerung fusst demnach lediglich auf subjektiven Aussagen und hat mit der objektiven Rückfallquote wenig zu tun. Initiativen, die auf Verschärfung des Strafrechts pochen, sind also nicht auf reale Kriminalitätsentwicklungen abzustellen, sondern gründen vielmehr in anderen gesellschaftlichen Tendenzen wie Medialisierung, no-risk-Gesellschaft und anderen neugesellschaftlichen Tendenzen.

Zusammenfassend lässt sich demnach aus der Rückfallstatistik des Bundesamtes für Statistik folgern, dass die Rückfallhäufigkeiten eher naturgesetzlichen Charakter haben und deshalb wenig Einflussmöglichkeiten vorhanden sind, dass strengere Sanktionen in der Regel höhere Rückfallraten zur Folge haben, dass bei minderschwerer Delinquenz die Sanktionen ohne Folge für die Rückfälligkeit ausgetauscht werden können und vor allem, dass die Rückfalltendenz in den letzten Jahren bei Erwachsenen und Entlassenen erfreulicherweise sinkend ist.⁵⁹

VIII. Die Geldstrafe

Die Geldstrafe, wie sie heute im Strafgesetzbuch verankert ist, hat wissenschaftlich unübersehbare Vorteile, insbesondere gegenüber Freiheitsstrafen. Der Vollzug ist ökonomisch günstig, der Wiedergutmachungsaspekt steht im Zentrum, die Strafe kann buchstäblich rappengenau der Schuld angemessen bemessen und die negativen Folgen des Freiheitsentzugs können ausgemerzt werden. Die gewünschten Wirkungen der Strafe werden also gefördert und die negativen Folgen minimiert. Und trotzdem findet die Geldstrafe bei der Bevölkerung offenbar zu wenig Rückhalt.⁶⁰ Nach Meinung einiger Experten ist allerdings vor allem die bedingte Geldstrafe ein untaugliches Mittel, das potentielle Täter nicht hinreichend abschreckt.⁶¹ Interessant ist, dass die Kritik der Experten vor allem bei der Abschreckung, also bei der generalpräventiven Wirkung ansetzt, wogegen die Medien oft auch die Sühne-Wirkung der Strafe bezweifeln und damit bei den absoluten Straftheorien ansetzen. Auffällig ist aber auch ein

58 NZZ vom 20.5.2009, S. 19.

59 Siehe FINK (Fn. 57), a.a.O.

60 NZZ am Sonntag vom 10.5.2009: Die kurzen Freiheitsstrafen sind abgeschafft, die Täter werden stattdessen zu Geldstrafen verurteilt. Jetzt aber regen sich Zweifel, ob Geld als Sühne Strafe genug ist. Experten fürchten, dass die Strafe ihre Wirksamkeit verliert.

61 Stellvertretend für viele: ANDREAS BRUNNER, Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich in NZZ am Sonntag vom 10.5.2009: «Eine Geldstrafe muss unbedingt ausgesprochen werden, sonst hat sie keine genügend abschreckende Wirkung».

weiterer Punkt. Der bedingte Vollzug einer kurzen Freiheitsstrafe war bisher nie ernsthaft bestritten. Es ist deshalb auf den ersten Blick nicht verständlich, weshalb nun der bedingte Vollzug der Geldstrafe derart massiv kritisiert wird, ohne dass die Geldstrafe an sich bestritten wird. Der bedingte Vollzug einer Strafe hängt nach geltendem Rechte in erster Linie davon ab, ob dem Täter eine gute Prognose gestellt werden kann. Die Strafart müsste eigentlich irrelevant sein. Offenbar spielt sie aber doch eine nicht unbeachtliche Rolle. Eine mögliche Erklärung ist in der beabsichtigten Wirkung zu finden. Wer die Strafe im Sinne der absoluten Strafen als Vergeltung und Sühne oder gar als Rache der Gesellschaft sieht, der dürfte sich mit der Geldstrafe an sich schwer tun und erst recht mit dem bedingten Vollzug. Wer aber die Resozialisierung und die Wiedergutmachung im Zentrum sieht, wird die Geldstrafe als richtiges Mittel sehen und dürfte eigentlich auch mit dem bedingten Vollzug kein Problem haben.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat beschlossen, für das neue Sanktionenrecht nur drei Jahre nach dessen Einführung bereits eine Revision in die Wege zu leiten. Es scheint zwar, dass vor allem der bedingte Vollzug der Geldstrafe die erhoffte Wirkung nicht erreichen kann und deshalb Anlass für die Revision ist. Der Zeitpunkt der Revision ist aber nur schon deshalb problematisch, weil die Revisionsarbeit nicht auf gesicherten Daten zu Erfahrungen und Wirkungen basieren kann. Offenbar soll das Sanktionenrecht rasch revidiert werden, ohne dass man dessen Wirkung kennt. Die Befürchtung liegt nahe, dem Druck aus dem eher rechtspolitischen Lager nachgeben zu wollen ohne über die erforderlichen wissenschaftlichen Grundlagen zu verfügen und damit einen Schritt zurück ins Zeitalter der kurzen Freiheitsstrafen, zurück zum Vergeltungsstrafrecht zu machen. Eine notwendige Korrektur monieren die einen, ein kaum zu rechtfertigender Rückschritt meinen die anderen.

Schlussbetrachtungen

Strafe soll Wirkung haben, denn das Strafrecht kann seine Funktion nur so wahrnehmen, nämlich die Rechtsordnung zu sichern. Zuwiderhandlungen gegen elementare soziale Normen sind nur mit dem Strafrecht durchsetzbar. Welche Wirkung die Strafe aber konkret haben soll, wird aus Theorie und Praxis nicht immer klar. Viel für sich haben die Vereinigungstheorien, die sich je nach persönlicher Schwerpunktsetzung unterscheiden. Gemäss der überzeugendsten Theorie wird die Strafdrohung des Gesetzes durch seine generalpräventive Wirkung gerechtfertigt, die Strafverhängung durch seine Vergeltungswirkung und der Strafvollzug durch die spezialpräventive Wirkung (Resozialisierung).⁶²

Die Wirkung der Strafe hängt aber auch von der Sicht des Opfers ab. Bei Vermögensdelikten dürfte die Wiedergutmachung, insbesondere des Schadens, von

grosser Bedeutung sein.⁶³ Dies zeigt sich auch bei Antragsdelikten, bei denen ein Strafantrag häufig zurückgezogen wird, wenn der Täter den entstandenen Schaden grosszügig ersetzt. Anders sieht es bei Gewaltdelikten aus. Dort stehen Vergeltung und Rache mehr im Zentrum. Wer selber Opfer eines Gewaltverbrechens war, kennt dieses Gefühl. Die Resozialisierung wiederum kann nur dort erfolgreich sein, wo die Bevölkerung an die Besserungsfähigkeit des Täters und damit an den Erfolg der Massnahmen glaubt. Fehlt dieser Glaube, rücken Vergeltung und Rache in den Vordergrund.

Und zum Schluss seien nochmals zwei ernüchternde Feststellungen in Erinnerung gerufen. Erstens sind die Sanktionsarten, abgesehen vom Freiheitsentzug, fast beliebig austauschbar, ohne die Kriminalitätsbelastung massgebend zu beeinflussen. Und zweitens ist die Dunkelziffer der Straftaten, selbst bei schweren Straftaten so hoch, dass potentielle Täter weniger durch das Strafrecht als vielmehr durch Erwartungshaltung «erwischt zu werden» von Straftaten abgehalten werden. – Eine Erkenntnis die den Polizeipraktiker beruhigt, den Staatsmann aber doch eher verunsichert.

63 So auch STRATENWERTH, in: Strafen, ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart (Fn. 5), S. 54.

« Nouvelle pénologie » et pressions sécuritaires sur les prisons

Contexte global et situation en Suisse

par NICOLAS QUELOZ

I. « Société du risque » et « nouvelle pénologie »

A. « Société du risque » et « société assurancielle »

La « *société du risque* », selon l'expression couronnée de succès du sociologue allemand Ulrich Beck¹, caractérise particulièrement nos sociétés riches et vieillissantes, dans lesquelles la tolérance au risque diminue dans le même temps que l'illusion du « *risque zéro* » augmente exagérément. Ceci entraîne des peurs et le refus d'assumer des risques, ainsi qu'une demande croissante d'assurance(s) ou « *d'assurabilité* » face aux risques. L'extension du champ d'application du « *principe de précaution* » dans des domaines toujours plus nombreux de la vie quotidienne contemporaine repousse également la limite entre risques « *admissibles* » et risques « *excessifs* », la sphère des risques « *admissibles* » ayant fortement tendance à se rétrécir et celle des risques « *excessifs* » à s'élargir.

La « *société du risque* » engendre ainsi une société « *assurancielle* » – où tout risque devrait pouvoir être assurable et assuré – et une société « *actuarielle* », qui en est le volet technique, où tout risque devrait pouvoir être pronostiqué et calculé, grâce non seulement aux tables de probabilités, mais également au recours toujours plus poussé aux évaluations d'experts et de scientifiques.

B. Conséquences majeures sur les politiques pénales

La « *société du risque* » et la société « *assurancielle-actuarielle* » ont entraîné des modifications majeures des politiques pénales et pénitentiaires :

- les systèmes de justice pénale sont aujourd'hui toujours plus fortement gouvernés selon les critères de *l'efficacité* et de *la sécurité* comme « valeurs absolues ».
- Cette évolution « *procède ... d'une insatisfaction aussi bien à l'égard du modèle thérapeutique que du modèle rétributif et se concentre sur la dangerosité.* » Avec les expertises de dangerosité dans la perspective de la ges-

1 BECK, Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1986.

tion des risques, on « *entre dans la tyrannie du probable* ». ² Ceci correspond à ce que l'on peut qualifier aujourd'hui de « *retour du délinquant dangereux* », ³ figure emblématique de l'École positiviste italienne de la fin du 19^{ème} siècle.

- Tout cela a eu notamment pour conséquence, en aval de la chaîne pénale, que le système pénitentiaire a subi l'influence toujours plus marquée de ce que Malcolm Feeley et Jonathan Simon ont appelé la « *New Penology* » au début des années 1990 aux USA. ⁴

Les caractéristiques majeures de cette « *nouvelle pénologie* » sont les suivantes :

- elle représente une façon différente d'appréhender la dangerosité ;
- non plus par des jugements moraux (de culpabilité pénale) ni des évaluations cliniques, mais par la *méthode actuarielle* fondée sur des catégories statistiques ainsi que des calculs de probabilités.
- La dangerosité est alors centralement réduite à la notion de *risques de récidive* et, par conséquent, de probabilité de succès ou d'échec de décisions relatives aux condamnés, notamment en matière de libération conditionnelle, qui en a constitué le premier domaine d'expérimentation ; mais le raisonnement s'est étendu aujourd'hui à bien d'autres décisions de la chaîne pénale, comme le choix du type de peine, de l'assortir ou non d'une mesure, d'octroyer ou non le sursis, etc.
- Une telle perspective s'est peu à peu imposée par le travail d'« *entrepreneurs de morale* » dits « *néolibéraux* » (partis politiques, groupes de pression) et elle s'est encore développée sous l'action et les revendications d'une partie de l'opinion publique (notamment les associations de défense de victimes de la délinquance) et des médias.

Quant aux conséquences de cette « *nouvelle pénologie* » :

- elle a conduit à une *classification toujours plus poussée* des populations de justice et de prison ;
- elle s'est accompagnée d'une *sophistication élevée des méthodes* et des *échelles de prédiction des risques* ;
- contrairement aux méthodes cliniques, le but des approches actuarielles n'est pas de traiter, ni de vouloir changer le délinquant, mais surtout de l'identifier et de le catégoriser *afin de pouvoir le maîtriser* pour qu'il représente le moins de risque possible pour la sécurité publique.

2 GARAPON, Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité, Revue Esprit, novembre 1998, p. 98-122, p. 109.

3 MBANZOULOU, Les nouvelles figures de la dangerosité, Paris 2008.

4 FEELEY/SIMON, The New Penology : Notes On The Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, Criminology, 1992 (30), 4, p. 449-474.

- Cette approche a nécessité un *recours accru aux experts* (notamment les psychologues et psychiatres) et autres scientifiques (comme les analystes criminologiques). Et elle a *renforcé le clivage* (voire l'incompréhension) *entre les magistrats* (juristes) *et ces experts*, qui n'ont ni les mêmes cadres de référence, ni le même langage, ni surtout les mêmes compétences. N'oublions pas, en effet, que c'est bien, *in fine*, le juge ou la justice pénale qui doit exercer son pouvoir d'appréciation et de décision.

C. Conséquences majeures dans le monde des prisons

Dans le monde des prisons, cette « nouvelle pénologie » a engendré les conséquences particulières suivantes :

- elle a mené à une *rationalisation poussée* des processus de gestion des populations carcérales, surtout dans le but d'identifier et de tenter de maîtriser les groupes à risque et dangereux ;
- cela a entraîné une *bureaucratisation* et une *technicisation* du système et du séjour pénitentiaires, avec souvent pour effets pervers :
 - une *déresponsabilisation*, des frustrations et des *souffrances des agents de surveillance* ;
 - des difficultés et *souffrances aussi du côté des psychiatres*, sur lesquels la pression sécuritaire est très élevée pour les désigner comme maîtres de la prédiction des risques et de la dangerosité ;
 - et des *souffrances* bien sûr également *chez les détenus*, dont la gestion est focalisée non plus tellement sur la resocialisation et le traitement, mais sur l'étiquette de dangerosité et la réduction des risques de récidive qu'elle suppose.⁵

Episode supplémentaire de la technologisation sécuritaire, la catégorisation, voire l'hyper catégorisation des détenus par profils de risques a abouti à une *forte subdivision des établissements ou des unités de détention*. L'exemple le plus extrême, comme *summum* de l'isolement des détenus dangereux, est la création des « *Supermax* » aux USA ou des unités de détention de sécurité maximale, qui sont conçus pour contenir « *the worst of the worst* »...⁶

5 Cf. par exemple ci-dessous l'affaire KHIDER en France et l'affaire VOGT en Suisse.

6 BOUAGGA, Qui sont les « pires des pires »?, Des usages des classifications en Supermax aux Etats-Unis, *Déviance et Société*, 2010 (vol. 34), 2, p. 201-216.

II. Evolution et illustrations en Suisse

A. Le cadre légal

1. Buts du droit pénal et des peines

Rappelons brièvement cette jurisprudence claire du Tribunal fédéral depuis 1992: «*Das Strafrecht dient in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung ... Deshalb sind Sanktionen, die die Besserung oder Heilung des Täters gewährleisten, zu verhängen und solche, die dem Anliegen der Verbrechensverhütung zuwiderlaufen, möglichst zu vermeiden.*»⁷

Dans un arrêt de 2010, le Tribunal fédéral a ajouté cette remarque bien d'actualité: «*Bei der Strafzumessung wegen Gewaltdelikten auch von noch jungen Straftätern sind gerade in der heutigen Zeit ebenfalls Überlegungen zur Generalprävention nötig.*»⁸

2. Buts de l'exécution des peines privatives de liberté

En ce domaine, c'est l'art. 75 CPS qui joue un rôle central. Selon cette disposition, les deux buts essentiels d'un séjour ordinaire dans une prison suisse sont la *resocialisation* («*améliorer le comportement social du détenu*») et la *prévention de la récidive*.

Pour pouvoir réaliser ces buts, l'art. 75 al. 1 CPS impose à l'Etat et aux autorités pénales les obligations suivantes :

- adapter ou ajuster la vie carcérale aux conditions de vie en liberté ou principe dit de «*normalisation*» des lieux de détention, qui doivent «*correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires*» («*Angleichungsgrundsatz*»);
- «*assurer au détenu l'assistance nécessaire*» en vue de sa resocialisation et réinsertion sociale («*Integrationsgrundsatz*»);
- «*combattre les effets nocifs de la privation de liberté*» («*Entgegenwirkungsgrundsatz*»);
- et «*tenir compte de manière adéquate du besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus*»: c'est le principe de sécurité («*Sicherungsgrundsatz*») dont il faut souligner qu'il ne figure pas en priorité, mais à la fin de l'énumération par l'art. 75 CPS des lignes directrices essentielles d'exécution des peines privatives de liberté.

L'outil ou le guide de base qui doit viser à la réalisation de ces buts et de ces principes, c'est le *plan d'exécution de la peine privative de liberté*, dont l'art. 75 al. 3 CPS prescrit qu'il doit être centré en particulier «*sur les relations avec le monde extérieur et sur la préparation de la libération*»: il s'agit du principe

7 ATF 118 IV 337, 340/JdT 1995 IV p. 38.

8 Tribunal Fédéral, 28.1.2010, 6B_584/2009 (cons. 2.4).

d'ouverture, par étapes, qui caractérise si bien le système suisse dit du « régime progressif » d'exécution de la peine privative de liberté jusqu'à la libération définitive.

En résumé : l'ouverture du monde pénitentiaire à et vers la société environnante est la philosophie voulue par le législateur suisse. Elle a été inscrite dans le code pénal dès 1937 et, il faut le souligner ici, elle a été *précisée et confirmée par la révision récente* de la partie générale du CPS, votée par le Parlement fédéral en décembre 2002 et en vigueur depuis janvier 2007.

3. Les mesures particulières de sécurité

La question des mesures particulières de sécurité, prévue à l'art. 75a CPS est importante, mais elle ne concerne qu'une petite partie de la population carcérale. Ces mesures sécuritaires visent en effet :

- des détenus en cours d'exécution d'une sanction privative de liberté (peine de détention ou mesure de traitement ou d'internement, sauf l'internement à vie : cf. art. 90 al. 4^{bis} et 4^{ter} CPS),
- qui ont commis l'un des crimes mentionnés à l'art. 64 al. 1 CPS (relatif à la mesure d'internement), à savoir toute « *infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de 5 ans au moins, par laquelle (l'auteur) a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui* »,
- au sujet desquels « *l'autorité d'exécution ne peut se prononcer d'une manière catégorique sur le caractère dangereux ... pour la collectivité* » (art. 75a al. 1 lit b CPS),
- et dont il s'agit, soit de leur octroyer des « *allègements dans l'exécution* » de leur sanction⁹, soit de les placer « *dans un établissement ... ouvert* » (art. 75a al. 1 et 90 al. 4^{bis} CPS).

En présence de tels détenus, il faut qu'une *commission de dangerosité*, « *composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie* »,¹⁰

- « *apprécie ... le caractère dangereux du détenu pour la collectivité* » (art. 75a al. 1 CPS);
- ce caractère dangereux doit être admis « *s'il y a lieu de craindre que le détenu ne s'enfuie et ne commette une autre infraction par laquelle il porterait gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui* » (art. 75a al. 3 CPS).

9 Ces « *allègements* » sont définis à l'art. 75a al. 2 CPS comme les congés, les autorisations de travail ou de logement à l'extérieur ou la libération conditionnelle.

10 Selon l'art. 62d al. 2 CPS auquel renvoie l'art. 75a al. 1 CPS.

La notion de « *caractère dangereux d'un détenu pour la collectivité* » est donc ainsi précisée à l'art. 75a CPS et c'est d'ailleurs la seule disposition du code pénal qui la définit.

4. *Limites fondamentales des mesures sécuritaires*

Il y a toutefois, il faut le rappeler des limites fondamentales qui sont posées aux mesures sécuritaires, en particulier dans le monde carcéral :

- avec tout d'abord *l'interdiction de la torture* (par les Conventions de l'ONU¹¹ et du Conseil de l'Europe¹²) *et des peines ou traitements inhumains et dégradants*, par les art. 3 CEDH¹³ et 10 al. 3 Cst. féd¹⁴.

Un bon exemple est fourni par l'arrêt Khider contre France rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 9.07.2009.¹⁵ Dans cette affaire, la France a été condamnée par la Haute Cour de Strasbourg pour avoir soumis le détenu Cyril Khider (inscrit comme « *détenu particulièrement signalé* ») à un régime excessif de sécurité, comportant notamment de très nombreux transfèrements d'un établissement pénitentiaire à l'autre, des séjours prolongés à l'isolement et en quartier disciplinaire, ainsi que des fouilles corporelles systématiques (le plus souvent à nu, avec inspection anale) et des brimades de la part du personnel pénitentiaire (notamment le maintien prolongé de la lumière à l'occasion de rondes nocturnes). De telles mesures, « *par leur effet combiné et répétitif* » ont ainsi représenté, selon la Cour, « *un traitement inhumain et dégradant* » et par conséquent constitué une violation de l'art. 3 CEDH.

- Le code pénal lui-même, à l'art. 74 CPS établit que *le respect de la dignité des personnes privées de leur liberté* ainsi que celui *du principe de la proportionnalité* constituent des critères cardinaux dans l'exécution d'une peine aussi bien que d'une mesure de sûreté en milieu fermé.

À cet égard, le Tribunal fédéral a par exemple considéré que le fait de ne pas autoriser un détenu de religion orthodoxe à participer à la célébration de la fête de Pâques, mais en revanche à admettre qu'il reçoive la visite d'un pope, parce qu'il se trouvait alors en régime d'observation dans l'établissement de Pöschwies et que l'évaluation de sa dangerosité n'avait pas encore pu être établie, constituait une *décision proportionnée*, qui limitait

11 Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10.12.1984, approuvée par l'Assemblée fédérale le 6.10.1986 et entrée en vigueur en Suisse le 26.06.1987 (RS 0.105).

12 Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26.11.1987, approuvée par l'Assemblée fédérale le 5.10.1988 et entrée en vigueur en Suisse le 1.02.1989 (RS 0.106).

13 RS 0.101.

14 RS 101.

15 Requête no 39364/05.

certes l'exercice de la liberté religieuse de ce détenu, mais sans violation de son droit fondamental à la liberté de conscience et de croyance (garanti par l'art. 15 Cst. féd.).¹⁶

B. Les pressions publiques sur les instances pénales et pénitentiaires

Ces vingt dernières années, et particulièrement depuis l'automne 1993 et les tristes affaires du Zollikerberg dans le canton de Zurich et de la forêt de Bremgarten dans le canton de Berne, les *pressions publiques* – d'associations de défense des victimes, de partis politiques et de médias – n'ont fait que croître, en Suisse également, avec des revendications sécuritaires très fortes, exigeant toujours plus de sévérité, la recherche du « risque zéro » et de la « sécurité absolue ».

Le succès des trois initiatives populaires fédérales sur « *l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables* » (2004)¹⁷, sur « *l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères* » (2008)¹⁸, ainsi que « *pour le renvoi des étrangers criminels* » (2010)¹⁹, sont des illustrations marquantes, non seulement des craintes et des exigences sécuritaires dans la population, mais également d'une méfiance croissante à l'égard des autorités, notamment de la justice pénale, parfois clairement accusées de ne pas faire correctement leur travail de « sécurité intérieure » et de défense des braves citoyens, voire d'afficher « *une dangereuse sensibilité pour les malfaiteurs* »²⁰ comme l'affirmait notamment Enrico Ferri à la fin du 19^e siècle.

Des partis politiques ont alors repris et exploité, souvent de manière très opportuniste et populiste, les accusations d'indulgence voire d'irresponsabilité de la justice pénale à l'égard des délinquants – notamment des délinquants sexuels, dangereux ou étrangers – et développé des campagnes et actions de matraquage de l'opinion publique sur le thème de la sécurité. Le domaine de l'exécution des sanctions pénales a, par effet évident de « boule de neige », été fortement concerné, non seulement par les pressions et critiques, mais également par des tours de vis sécuritaires très marqués.²¹

16 ATF 129 I 74 (du 13.1.2003).

17 Acceptée en votation populaire du 8.2.2004: cf. art. 123a Cst. féd. et 64 al. 1^{bis} CPS (entré en vigueur le 1.8.2008).

18 Acceptée en votation populaire du 30.11.2008: cf. art. 123b Cst. féd.

19 Acceptée en votation populaire du 28.11.2010: cf. art. 121 al. 3 à 6 nouveaux Cst. féd.

20 FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris 1923, p. 5 (édition originale en italien: 1892).

21 Un exemple: la motion déposée au Grand Conseil du canton de Berne en janvier 2010 par l'UDC et demandant « *Plus de sécurité – Renonciation à l'exécution des mesures en établissement ouvert dans le canton de Berne* » / « *Mehr Sicherheit – Verzicht auf offenen Massnahmenvollzug im Kanton Bern* » et, par conséquent, que l'institution de St-Jean (au Landeron) devienne exclusivement un établissement fermé.

C. Enseignements de deux enquêtes administratives récentes

1. *Le rapport Werren*

Le rapport Werren (août 2009) a été mandaté par le Conseil d'Etat du canton d'Argovie et concerne l'examen de la procédure de libération conditionnelle et de suivi des personnes libérées²². Ce rapport a fait suite au meurtre de la jeune Lucie Trezzini (le 4.03.2009) par le condamné D.H. qui était alors au bénéfice d'une décision de libération conditionnelle et d'assistance de probation.

Le rapport d'enquête a démontré que, dans le cas d'une situation pénale complexe, ardue et difficile à déchiffrer, l'ensemble des instances et services concernés par la prise en charge du condamné concerné :

- ont révélé de sérieuses défaillances de coordination et de communication entre chaque maillon de la chaîne ;
- n'ont pas clairement détecté les facteurs de risque déterminants, ni évalué convenablement le risque de récidive et, par conséquent, n'ont pas considéré le condamné libéré conditionnellement comme un individu dangereux ;
- ne disposaient ni des instructions, ni de la formation nécessaires pour pouvoir faire face à de telles appréciations ;
- et que les ressources en personnel étaient nettement insuffisantes : compte tenu « *de la problématique de la gestion du risque* », le canton d'Argovie manquait « *cruellement de plusieurs postes* »²³ et nous pouvons imaginer que la majorité des autres cantons suisses sont encore dans cette situation.

2. *Le rapport Rouiller*

Le rapport Rouiller (juin 2010) a été mandaté par le Conseil d'Etat du canton de Vaud et concerne l'enquête administrative dans l'affaire du décès de M. Alexandre (Skander) Vogt²⁴, ce détenu qui avait mis le feu au matelas de sa cellule du quartier de haute sécurité des établissements de la plaine de l'Orbe (à Bochuz, le 11.03.2010).

Le rapport d'enquête a analysé de façon approfondie deux questions dont l'affaire démontre qu'elles ont été étroitement liées : la première, concernant le *régime exceptionnel et le statut de détention extrêmement sévère du détenu décédé*, qui a très fortement influé sur la seconde, à savoir la *succession d'appréciations, de décisions et de comportements des personnels* judiciaire, administratif, pénitentiaire, médical et policier à l'égard de ce détenu, jusqu'à et en

22 Disponible sur le site du canton d'Argovie : www.ag.ch/politdossiers/de/pub/straf_und_massnahmenvollzug.php → fichier en allemand (Bericht) et en français (Rapport).

23 Rapport WERREN, p. 49.

24 Disponible sur le site de l'Etat de Vaud : www.vd.ch/fr/themes/securite/penitentiaire/ → fichier à télécharger : Rapport de l'organe d'enquête.

particulier au cours de la nuit du drame où l'intervention a été trop confuse et trop tardive pour sauver la vie du détenu.

a) Le régime et le statut de détention du détenu décédé

Suite à un jugement pénal de janvier 2001, A. Vogt a été condamné à une peine de 20 mois d'emprisonnement (pour lésions corporelles simples, voies de fait, injures, menaces, vol et dommages à la propriété) et, sur la base d'une expertise psychiatrique, à une mesure d'internement dit « de sécurité » au sens de l'ancien art. 43 ch. 1 al. 2 CPS. De janvier 2001 jusqu'à sa mort en mars 2010, le statut d'« interné de sécurité » d'A. Vogt a été régulièrement confirmé, y compris après l'entrée en vigueur du nouveau droit des sanctions pénales, sous le régime de l'internement du nouvel art. 64 CPS et bien que les infractions sanctionnées par la condamnation de janvier 2001 n'entrent pas dans le champ d'application de cette mesure.

A. Vogt a donc ainsi été placé en internement de sécurité, en quartier de haute sécurité ou en isolement « à titre de sûreté », ce qui correspond à un régime de contention extrêmement dur, ajouté au fait que, en raison de sa « résistance ou rébellion », il a été fréquemment mis en cellule disciplinaire: le rapport d'enquête du Juge Rouiller conclut que ce statut carcéral était « *inapproprié* ». « *Même du point de vue du profane, ce dur régime de contention était de nature à dégrader encore l'équilibre précaire de l'interné et à contribuer à son enfermement dans ses perturbations que l'internement eût dû éliminer, ou atténuer dans la mesure nécessaire à la vie en société* ». ²⁵

b) L'appréciation, les décisions et les comportements des différents acteurs de la chaîne pénale et pénitentiaire

Sans reprendre tous les détails de leur succession pendant près de 10 ans, nous avons relevé que le rapport Rouiller qualifie les décisions et comportements des acteurs judiciaires, administratifs, pénitentiaires, médicaux et policiers à l'égard de l'interné A. Vogt, de « *répétitifs* », « *schématiques* » et finalement d'« *inadéquats* » et « *inappropriés* »: « ... *il est vraisemblable que nombre d'agents publics n'ont pas bien compris que, dans cette affaire, il était ... urgent d'explorer des solutions complètement différentes et de prendre davantage le risque de la liberté...* ». ²⁶

Pour notre part, nous avons été frappé de voir, à travers cette affaire et ce rapport, combien notre système pénal et pénitentiaire peut engendrer, y compris dans un Etat de droit démocratique, des effets *iatrogènes*, c'est-à-dire développant lui-même des maladies et des effets pervers, jusqu'à fabriquer des « ennemis publics » à l'égard desquels la succession des interventions ne mène

25 Rapport ROUILLER, p. 39.

26 Rapport ROUILLER, p. 35.

finalement, comme le dit le rapport Rouiller, qu'à « *un beau gâchis individuel et social* ». ²⁷

3. *Points communs essentiels de ces deux affaires*

Bien que différentes, ces deux affaires et les deux rapports d'enquête permettent de mettre en évidence les points communs frappants suivants :

- L'absence (dans un cas) ou l'erreur d'appréciation (dans le cas Vogt) du statut de « dangerosité » de détenus ou d'internés.
- Des ressources en personnel nettement insuffisantes et l'insuffisance notoire également d'établissements « *appropriés* » exigés par le code pénal pour le placement (thérapeutique et de sécurité) des condamnés aux mesures de sûreté.
- Ces défauts de planification et ces économies se sont faits au détriment, d'abord du personnel pénitentiaire, qui en subit les conséquences de plein fouet (stress, souffrances, « *burn out* », maladies) et, finalement, au détriment de tout le processus et de toutes les phases et instances d'exécution des sanctions normalement exigées par le code pénal dans la perspective de la resocialisation, de la préparation vers la libération et de l'ouverture vers l'extérieur.
- Des défauts de coordination et de communication entre les divers organes et acteurs de décision et d'intervention.
- Les insuffisances de formation et d'instruction des personnels, avec des insuffisances de transmission d'informations, qui peuvent mener (dans le cas Vogt) à la confusion de directives d'intervention d'urgence.

III. **Conclusion : le « tout sécuritaire » est liberticide**

« ... le mythe d'une sécurité totale ... « se fonde sur l'illusion qu'il serait possible de prévoir le futur avec certitude et de le contrôler par anticipation ». Or, tout protéger ... est non seulement impossible ... mais marque ... une rupture philosophique, contraire à l'idée même d'indétermination, donc de liberté individuelle, qui fonde le processus d'humanisation inscrit au cœur de l'Etat de droit ». ²⁸

Les pressions publiques se font insistantes dans nos sociétés et elles préconisent le choix de solutions apparemment simples ou délibérément simplifiées, voire simplistes. Par exemple, face au risque de récurrence d'un délinquant qualifié de « dangereux », la décision de l'enfermer durablement, de ne pas le remettre en liberté ou de l'expulser dans son pays d'origine apparaît comme (évidemment ?) plus sûre (ou moins risquée) que de lui accorder une libération

²⁷ Rapport ROUILLER, p. 35.

²⁸ DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris 2010, p. 30.

conditionnelle ou de prendre des mesures constructives en vue de sa réinsertion sociale.

Face à ces pressions, le risque est grand que les responsables politiques s'orientent vers de mauvaises réponses qui, visant à renforcer la sécurité publique, *aboutissent à élever l'exception au rang de règle générale* – à savoir le condamné « dangereux » comme prototype de tous les détenus – et ainsi à limiter dangereusement, chez les professionnels chargés des « populations dangereuses », les capacités de réflexion et de prise de décision adaptées à des situations individuelles et concrètes et non à des directives et standards rigides de soumission schématique à la sécurité « à tout prix ».

Bien sûr, l'hétérogénéité des populations carcérales, les buts et principes fixés par le cadre légal, et les ressources et infrastructures pénales et pénitentiaires limitées, voire parfois nettement insuffisantes, exigent des professionnels du monde de l'exécution des sanctions *la recherche permanente de très difficiles équilibres*, lorsqu'ils ne mènent pas directement à des tensions, à des conflits ou à des impasses.

*« Aujourd'hui comme hier, l'internement d'un détenu jugé dangereux doit tendre, dans la mesure du possible, à resocialiser l'interné et, partant, à créer les conditions de sa libération ultérieure. Il est donc ordonné tant dans les intérêts convergents du délinquant que de la société ».*²⁹ Sinon, *« l'internement carcéral risque de devenir, par le jeu de décisions répétitives schématiques, une sorte de succédané de la réclusion incompressible, ce qui serait incompatible avec les conceptions humanistes du droit suisse ».*³⁰

En conclusion, le « tout sécuritaire » est une voie liberticide et insupportable. *« Il est grand temps que nous en finissions avec cette conviction absurde qu'il nous faut nous mettre aux normes de surveillance américaines et britanniques si nous ne voulons pas être dépassés. Au contraire, il importe que nous nous en distancions. La compétition dans ce domaine crée une dynamique fatale ... c'est un cercle vicieux liberticide. »*³¹

Notre ami Jonny sera certainement de cet avis. Lui qui, chaque jour, est mobilisé à Mon-Repos par cette devise – *« Toujours agité, jamais abattu »* – et qui a vécu bien d'autres tempêtes, sera certainement à nos côtés pour faire front contre l'ouragan sécuritaire, plus encore lorsque celui-ci est relayé par la vague populiste. Ne nous laissons pas abattre, Cher Jonny, et merci pour tout ton enthousiasme !

29 Rapport ROUILLER, p. 24.

30 Rapport ROUILLER, p. 38.

31 ZEH/TROJANOW, *Atteintes à la liberté. Les dérives de l'obsession sécuritaire*, Arles 2010, p. 152.

Hungerstreik und Zwangsernährung im Freiheitsentzug*

Eine kritische Analyse des Bundesgerichtsurteils vom 26. August 2010
zum Fall Bernard Rappaz (BGE 6B_599/2010)

VON BENJAMIN F. BRÄGGER

«Der Mensch ist frei geschaffen,
ist frei, und würd' er in Ketten geboren!»

Friedrich Schiller

I. Kurze Zusammenfassung des Sachverhaltes

Bernard Rappaz wurde wegen verschiedenen Delikten, darunter der gewerbsmässige Anbau von Hanf mit zu hohem THC-Gehalt, zu 5 Jahren und 8 Monaten Freiheitsentzug verurteilt. Seit seiner Inhaftierung am 20. März 2010 ist er aus Protest gegen das aus seiner Sicht ungerechte Urteil in einen Hungerstreik getreten. Diesen beendete er am 7. Mai 2010, nachdem ihm ein Strafunterbruch gewährt worden war. Nach seiner erneuten Inhaftierung vom 21. Mai 2010 trat er unmittelbar wiederum in den Hungerstreik. Am 10. Juni 2010 wurde er zur weiteren Strafverbüssung in die Gefängnisabteilung des Universitätsspitals von Genf überführt. Sein erneutes Gesuch um Strafunterbruch vom 21. Juni 2010 wurde von der zuständigen Walliser Staatsrätin abgelehnt. Der gegen diese Verfügung eingereichte Rekurs wurde am 8. Juli 2010 von der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Walliser Kantonsgericht abgewiesen. Unter anderem wegen der Verletzung von Art. 92 StGB zog Bernard Rappaz den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid ans Bundesgericht weiter. Im Wesentlichen lud er unser höchstes Gericht ein, den Entscheid des Walliser Kantonsgerichts aufzuheben und ihm einen Strafunterbruch zu gewähren, bis das Walliser Kantonsparlament über sein hängiges Gnadengesuch entschieden habe oder aber bis sein Gesundheitszustand eine weitere Inhaftierung zulasse. Mit Entscheid vom 28. August 2010 hat das Bundesgericht die Beschwerde unter Kostenfolgen

* Häufig vertrat Bundesrichter Dr. h.c. HANS WIPRÄCHTIGER in den letzten Jahren eine *dissenting opinion*; auch im Falle Rappaz während der öffentlichen, mündlichen Verhandlung. Seine kriminalpolitisch liberale und humane Sichtweise war und ist eine Bereicherung für die schweizerische Strafrechtswissenschaft. Liberale Strafrechtler und seine Freunde werden seine Voten in der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vermissen.

abgewiesen. Bernard Rappaz befindet sich seither und zurzeit¹ noch immer in medizinischer Pflege am Universitätsspital von Genf.

Der Einzelrichter am Walliser Kantonsgericht hatte den behandelnden Genfer Arzt am 5. November 2010 zunächst provisorisch, fünf Tage später definitiv dazu verpflichtet, Bernard Rappaz zwangsweise zu ernähren. Im Unterlassungsfall wurde gestützt auf Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) eine Busse angedroht. Der von dieser Verfügung betroffene Mediziner gelangte sowohl gegen den provisorischen als auch gegen den definitiven Entscheid ans Bundesgericht. Auf die erste Beschwerde sind die Richter der strafrechtlichen Abteilung mit der Begründung nicht eingetreten, dass der zweite Entscheid den ersten ersetze, welcher somit keine rechtliche Wirkung mehr entfalten konnte.² In seiner Beschwerde macht der behandelnde Arzt geltend, dass sich das Sterberisiko bei einer Zwangsernährung von Bernard Rappaz auf 60 Prozent erhöhen würde. Zudem müsste dieser mehrere Tage lang fixiert werden, um ihn sodann mit einer Sonde zu ernähren. Dabei könnte sich der Patient verletzen. Ebenfalls sei es abzulehnen, den Hungerstreikenden in ein künstliches Koma zu versetzen, weil diese Massnahme zu einem erhöhten Infektionsrisiko führen könnte.³

Eine erneute Beschwerde gegen die Ablehnung eines wiederholten Gesuchs um Strafunterbruch wies das Bundesgericht mit Urteil vom 16. November 2010 ab. Es verwies dabei auf sein Grundsatzurteil vom 28. August 2010.⁴ Eine wiederholte Beschwerde gegen einen wiederum ablehnenden Entscheid des Walliser Kantongerichtes vom 2. Dezember 2010 lehnt das Bundesgericht auch diesmal ab, mit der Begründung, dass das öffentliche Interesse an einem ununterbrochenen Freiheitsentzug weiterhin überwiege. Zudem sei die Situation von Bernard Rappaz mit einem frei hospitalisierten Patienten vergleichbar, welcher sich in einem ernsten Gesundheitszustand befinde.⁵ Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof wies am 20. Dezember 2010 ein Gesuch von Bernard Rappaz um sofortige Haftentlassung ab. Die Strassburger Richter fordern den Gesuchsteller auf, seinen Hungerstreik, der nun bereits mehr als 110 Tage dauert, für die Dauer des ordentlichen Verfahrens zu unterbrechen.⁶

1 Am 22. Dezember 2010.

2 BGer, StrA, 2.12.2010, 6B_996/2010.

3 Jusletter, 6.12.2010.

4 BGer, StrA, 28.8.2010, 6B_959/2010.

5 BGer, 7.12.2010, 6B_1022/2010.

6 NZZ Online vom 20.12.2010; gemäss Medienberichten vom 24.12.2010 beendete Bernard Rappaz seinen Hungerstreik nach 120 Tagen an Heilig Abend 2010.

II. Kurze Zusammenfassung des BGE 6B_599/2010

In seinem zur Publikation vorgesehenen Grundsatzurteil weist das Bundesgericht zu Beginn darauf hin, dass es in freier Kognition würdige, ob die kantonale Instanz den Begriff «aus wichtigen Gründen» der Bestimmung zum Strafunterbruch (Art. 92 StGB) bundesrechtskonform ausgelegt habe. Dabei anerkenne es jedoch das grosse Entscheidermessen, welches der kantonalen Vollzugsbehörde zustehe, auch wenn diese das Vorliegen eines wichtigen Grundes anerkenne (E. 4). Es unterstreicht, dass die Strafe ihren Zweck nur dann erfüllen könne, wenn diese an einem Stück vollzogen werde. Deshalb müsse die Gewährung eines Strafunterbruchs aus wichtigem Grund die seltene Ausnahme bleiben. Unabhängig des Entstehungsgrundes können schwer wiegende Gesundheitsprobleme zu einem Strafunterbruch führen. Die Beweggründe, welche einen allfälligen Strafunterbruch zu rechtfertigen vermögen, müssten einer konkreten Überprüfung standhalten. Dabei gelte es die konkrete Situation des Gefangenen zu analysieren, insbesondere müsse beurteilt werden, auf welchem Niveau die medizinische Versorgung innerhalb der Vollzugsanstalt gewährleistet, und ob die Krankheit in einer Gefängnisabteilung fachmännisch behandelt werden könne⁷. Der Gesundheitszustand von Bernard Rappaz könne sich in nächster Zeit derart verschlechtern, dass schwere, nicht reversible gesundheitliche Beeinträchtigungen entstehen könnten (namentlich neurologische Schädigungen), welche als «wichtiger Grund» im Sinne des Gesetzes zu bewerten seien, weshalb eine Überprüfung des Gesuches um Haftunterbruch gerechtfertigt sei (E. 5.1).

Ein Strafunterbruch aus gesundheitlichen Gründen rechtfertige sich nur dann, wenn der Gesundheitszustand des Gefangenen nicht mit dem Strafvollzug vereinbar sei. Eine Unvereinbarkeit liege jedoch erst dann vor, wenn die notwendigen medizinischen Massnahmen weder in einer Gefängnisabteilung eines Spitals, noch in einer anderen Einrichtung im Sinne einer abweichenden Vollzugsform gemäss Art. 80 StGB gewährleistet werden können (E. 5.2.1). Somit gelte es zu prüfen, ob die gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers auch während des Strafvollzuges behandelbar seien. Sollte sich dies als möglich herausstellen, wäre die Verweigerung des Strafunterbruchs durch die kantonalen Behörden bundesrechtskonform, unabhängig einer Würdigung der sich widersprechenden öffentlichen und privaten Interessen (E. 5.2.3).

Obwohl es sich beim Hungerstreik von Strafgefangenen um ein in der Gefängnismedizin häufig vorkommendes Phänomen handle,⁸ gebe es keine bundesrechtliche Norm betreffend die Zwangsernährung im Freiheitsentzug.

7 Nur die Universitätsspitäler Bern und Genf verfügen über sog. Gefängnisabteilungen.

8 «Le jeûne de protestation, ou grève de la faim illustre un problème de santé classique de médecine pénitentiaire.» (E. 6 des Entscheids vom 26.8.2010).

Nur gerade drei Kantone hätten eine gesetzliche Regelung im formellen Sinne erlassen.⁹ Zudem habe der Europäische Menschenrechtsgerichtshof entschieden, dass die Zwangsernährung eines Insassen nach einem lange dauernden Hungerstreik nicht gegen die EMRK verstosse (E. 6.1.1).

In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW)¹⁰, namentlich diejenige betreffend die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen vom 28. November 2002 als sog. «soft law» zu qualifizieren sei, welchem keine Gesetzeskraft zugesprochen werden könne (E. 6.2.2).

Schliesslich haben die Lausanner Richter geprüft, ob die Anordnung einer Zwangsernährung, welche sich nicht auf eine formelle gesetzliche Grundlage abstützen kann, im Lichte von Art. 36 BV verfassungskonform sei, obwohl diese Massnahme die persönliche Freiheit (Art. 10 BV) und die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV) des Beschwerdeführers unzweifelhaft stark beeinträchtigen und einschränken würde. Dabei kommen sie zum Schluss, dass sich die kantonale Vollzugsbehörde bei der Anordnung der Zwangsernährung mangels gesetzlicher Grundlage auf die sog. *allgemeine Polizeiklausel* stützen könne. Denn es bestehe ein gewichtiges öffentliches Interesse, den Vollzugsbehörden neben der Alternative Bernard Rappaz entweder im Sinne eines erneuten Strafunterbruches frei oder aber sterben zu lassen, das Recht einzuräumen, das Leben eines Insassen mittels Zwangsernährung zu erhalten. Dies stelle keine unverhältnismässige Einschränkung der persönlichen Freiheit oder der Meinungsäusserungsfreiheit dar. Zudem verletze eine Zwangsernährung, welche in Würde¹¹ und nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werde, das in Art. 3 der EMRK stipulierte Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht (E. 6.3). Somit sei die Ablehnung des Gesuches um Strafunterbruch durch die Walliser Behörden bundesrechtskonform, denn eine schwerwiegende gesundheitliche Schädigung des Beschwerdeführers könne durch eine Zwangsernährung vermieden werden.

III. Aktuelle Organisation des Freiheitsentzuges in der Schweiz

Obwohl das materielle Strafrecht bereits seit dem 1. Januar 1942 und das Strafprozessrecht nunmehr seit dem 1. Januar 2011 bundesrechtlich für die ganze Schweiz gleich geregelt sind, kennt unser Land bis zum heutigen Tag weder ein einheitliches Recht zur Strafvollstreckung noch zum Straf- und Massnahmenvollzug, noch eine Rahmengesetzgebung auf Bundesebene. Dies führt dazu,

9 Es handelt sich dabei um die Kantone Zürich, Bern und Neuenburg.

10 Vgl. dazu www.samw.ch.

11 Es stellt sich jedoch objektiv betrachtet die Frage, ob eine Zwangsernährung wirklich in Würde durchgeführt werden kann, vgl. die Anmerkungen im Kapitel V und in der Fn. 33 und 34.

dass jeder der 26 Kantone eigene rechtliche Regelungen erlassen muss. Somit ist das Strafvollzugsrecht in der Schweiz auf verschiedensten hierarchischen Ebenen nur bruchstückhaft geregelt. Neben den völkerrechtlichen Quellen (insbesondere die EMRK und die sog. UNO-Pakte), finden sich auch Regelungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch, in den Reglementen und Empfehlungen der sog. Konkordate (formelle Zusammenschlüsse mehrerer Kantone im Bereich des Strafvollzuges, mit dem Ziel einer Harmonisierung der Regelungen anzustreben) und schliesslich in den mehr oder weniger einschlägigen rechtlichen Erläuterungen der Kantone. Nur gerade fünf Kantone regeln die Rechte und Pflichten, wie auch die Eingriffe in die Grundrechte der Gefangenen in einem Gesetz im sog. formellen Sinne.¹² Das Recht der Strafvollstreckung und des Strafvollzuges ist somit mehrheitlich auf Reglements- oder Weisungsstufe normiert. Dieser Weisungs-Dschungel der verschiedenen Kantone, Justizvollzugsämter und Anstalten ist nicht überblickbar und in der Regel nur schwer zugänglich.

Angesichts dieser für die Rechtssuchenden unbefriedigende Ausgangslage war es der ausdrückliche Wille des eidgenössischen Gesetzgebers die Grundsätze für den Straf- und Massnahmenvollzug einheitlich im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (StGB) zu regeln und in Einklang mit dem Verfassungs- und Völkerrecht zu bringen,¹³ ohne jedoch die Souveränität der Kantone im Bereich des Freiheitsentzuges all zu stark zu beschränken. Die Umsetzung dieser Grundsätze soll nach wie vor der Gesetzgebung der Kantone überlassen werden. Der Handlungsspielraum der kantonalen Behörden sollte nicht unnötig eingeschränkt werden, weshalb auch kein eigentliches Strafvollzugsgesetz geschaffen wurde. Seit dem 1. Januar 2007 findet sich deshalb im StGB neu ein minimaler bundesrechtlicher Rahmen zum Straf- und Massnahmenvollzug¹⁴ (vgl. dazu Art. 74 ff. und Art. 372 ff. StGB). Gemäss Art. 92 StGB darf demzufolge der Vollzug von Strafen und Massnahmen aus wichtigen Gründen unterbrochen werden. Keine Regelung findet sich jedoch im Strafgesetzbuch zur Frage der Zwangsernährung oder der Zwangsmedikation.

Mit der Annahme der Justizreform¹⁵ und des neuen Finanzausgleichs durch das Volk und die Stände im Jahre 2000 wurden die rechtlichen Grundlagen geschaffen, um den autonomen Spielraum der Kantone im Bereich des Strafvollzuges einschränken zu können. Diese können gemäss Art. 48a Abs. 1 lit. a BV zur Zusammenarbeit und insbesondere auch zur Harmonisierung des geltenden Vollzugsrechts verpflichtet werden. Nicht der Gedanke der Zusammenarbeit ist neu, diese erfolgt bereits seit mehreren Jahrzehnten im Rahmen der drei Straf-

12 Es sind dies die Kantone Graubünden, Zürich, Solothurn, Bern und Neuenburg.

13 Vgl. dazu Botschaft 1998, S. 214 ff.

14 Botschaft 1998, 131.

15 Änderung des Art. 123 BV in der Volksabstimmung vom 12.3.2000 angenommen, in Kraft seit 1.4.2003, BB vom 8.10.1999, BRB vom 17.5.2000, BB vom 24.9.2002 – AS 2002 3148 3147; BBl 1997 I 1, 1999 8633, 2000 2990, 2001 4202.

vollzugskonkordate. Neu ist jedoch die Möglichkeit des Bundes die Zusammenarbeit der Kantone mittels interkantonalen Verträgen (sog. Konkordaten) im Straf- und Massnahmenvollzug auf Antrag eines Kantons als obligatorisch zu erklären.¹⁶ Darüber hinaus räumt der neue Wortlaut von Art. 123 BV dem Bunde ausdrücklich die Kompetenz ein, auf dem Gebiete des Straf- und Massnahmenvollzuges gesetzgeberisch tätig zu werden. Davon hat das eidgenössische Parlament bislang jedoch noch keinen Gebrauch gemacht.¹⁷

IV. Hungerstreik im Freiheitsentzug¹⁸

A. Kurzer geschichtlicher Überblick

Hungerstreik als Protestmittel wurde bereits vor dem 1. Weltkrieg von inhaftierten Frauenrechtlerinnen (sog. Suffragettes) angewendet. Später wurde die Nahrungsverweigerung vorwiegend von politischen Gefangenen als Protest- und Druckmittel eingesetzt. So hungerten sich zwischen 1923 und 1981 mehrere Aktivisten der IRA zu Tode.¹⁹ Während 1970 und 1980 unterzog die Bundesrepublik Deutschland mehrere inhaftierte RAF-Mitglieder²⁰ einer Zwangsernährung, wobei einer verstarb. In der Türkei kamen durch Hungerstreik in den letzten 30 Jahren mehrere Gefangene ums Leben, andere erlitten bleibende gesundheitliche Schäden.

Auch heute noch ist die Nahrungsverweigerung ein häufig auftretendes Phänomen im Freiheitsentzug. Dies gilt ebenfalls für die Schweiz. Selten erreicht diese jedoch das Stadium eines gezielten, lange anhaltenden Protestfastens, welches über mehrere Wochen hinweg geht und politisch motivierte Ziele verfolgt.

16 Vgl. Art. 48a Abs. 1 lit. a BV, angenommen an der Volksabstimmung vom 28.11.2004, BBl 2002 2291, 2003 6591, 2005 951. Die interkantonale Zusammenarbeit nach den Regeln des neuen Finanzausgleiches verfolgt einerseits eine Harmonisierung des Aufgabengebietes, eine genügende Grundversorgung in den Kantonen sowie einen wirtschaftlichen und effizienten Umgang mit den Ressourcen. Die Details sind im Bundesgesetz vom 3.10.2003 über den Finanz- und Lastenausgleich geregelt (SR 613.2).

17 Der Motion SCHMIDT vom 28.9.2010 (NR 10.37029), welche den Bundesrat beauftragen wollte, eine einheitliche bundesrechtliche Bestimmung für den Umgang mit Hungerstreik im Strafvollzug und in der Ausschaffungshaft zu schaffen, erteilte die Landesregierung eine abschlägige Antwort.

18 Vgl. dazu PONT, Ethische Überlegungen zu Hungerstreik und Zwangsernährung, S. 252–258, in: Keppler/Stöver (Hrsg.), Gefängnismedizin, Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen, Stuttgart 2009.

19 IRA = Irisch-Republikanische Armee.

20 RAF = Rote-Armee-Fraktion.

B. Definition

Als Hungerstreik wird die bewusste, im Vollbesitz der psychischen Gesundheit begonnene und beharrliche, vollständige oder teilweise Nahrungsverweigerung von Gefangenen bezeichnet, welche das Ziel verfolgt, gegen etwas zu protestieren oder etwas einzufordern, was mit anderen Mitteln nicht erreichbar zu sein scheint²¹.

Liegt eine fachärztlich begutachtete psychische Erkrankung vor, welche die mentale Fähigkeit des Insassen beschränkt, namentlich eine Beeinträchtigung, einen freien Entscheid zu fällen, kann nicht mehr von einem Hungerstreik gesprochen werden. In diesem Falle benötigt der Betroffene eine forensisch psychiatrische Behandlung, welche zum Selbstschutz auch eine Zwangsernährung beinhalten kann²².

Hungerstreiks verlaufen immer in einem sog. Dreiecksverhältnis zwischen dem streikenden Insassen, den staatlichen Behörden und der Öffentlichkeit. Der Inhaftierte versucht mit seiner Verweigerungshaltung die Sympathie der Öffentlichkeit auf sich zu ziehen und dadurch Druck auf die staatlichen Behörden auszuüben. Mediale Aufmerksamkeit ist somit eine unabdingbare Voraussetzung für den Hungerstreikenden. Dieser ist grundsätzlich nicht selbstmordgefährdet, denn sein Ziel ist es weiterzuleben, nachdem seine Forderungen erfüllt worden sind. Die staatlichen Behörden wiederum sehen sich durch den Streikenden erpresst und genötigt. Zudem fürchten sie die öffentlichen und medialen Folgen eines tödlich endenden Hungerstreiks. Deshalb neigen die zuständigen Justizstellen dazu, die betreffende Person als geisteskrank oder suizidal hinzustellen, um eine Zwangsernährung einfacher anzuordnen und rechtfertigen zu können. Sie gewichten somit regelmässig die staatliche Fürsorgepflicht für Strafgefangene höher, als deren Selbstbestimmungsrecht.

C. Arten und Verlauf

In der Literatur werden drei verschiedene Arten von Hungerstreiks beschrieben. Beim sog. **trockenen Hungerstreik** verweigert der Gefangene jede Art von Flüssigkeits- oder Nahrungsaufnahme. Dieser führt innert weniger Tage zum Tode durch Austrocknung. In der Praxis kommt diese Form sehr selten vor, weil der Zeitraum bis zum Ableben zu kurz ist, um Medien und Öffentlichkeit zu instrumentalisieren.

Totales Fasten bedeutet der absolute Verzicht auf Nahrung. Nur Trinkwasser nimmt die betroffene Person zu sich. Somit werden keine Kalorien, Vitamine oder Spurenelemente aufgenommen. Ohne medizinische Behandlung führt diese rigorose Nahrungsverweigerung nach ca. 6 Wochen zu Bewusstseins-

21 PONT (Fn. 18), 253.

22 PONT (Fn. 18), 256.

beeinträchtigungen. Auch wird ab diesem Zeitpunkt die Zurechnungsfähigkeit des Betroffenen eingeschränkt. Länger als 75 Tage hat dieses eiserne Fasten noch keine Person überlebt²³.

Bei der sog. **partiellen Nahrungsverweigerung** nimmt die streikende Person kein festes Essen zu sich. Flüssige Nährstoffe wie aufgelöster Zucker und Vitamine oder gar Milch und Honig werden jedoch eingenommen. Dadurch kann die Dauer des Hungerstreikes über 7 Wochen hinaus verlängert und der Druck auf die Behörden über einen ausgedehnten Zeitraum aufrechterhalten werden. Ungeachtet dessen treten auch bei dieser Form der Nahrungsverweigerung gesundheitliche Störungen auf, welche schliesslich auch zum Hungertode führen.

Anzumerken bleibt, dass eine erneute Nahrungsaufnahme nach langem Fasten nur unter ärztlicher Kontrolle erfolgen darf. Je länger die Nahrungsverweigerung gedauert hat, desto grösser ist die Gefahr, dass der Abbruch des Hungerstreikes zu lebensbedrohlichen Komplikationen oder gar zum Tode führen kann²⁴.

D. Empfehlungen für die ärztliche Begleitung und Behandlung

Sowohl die von der World Medical Association²⁵ als auch die von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften²⁶ erlassenen medizinisch-ethischen Richtlinien weisen den behandelnden Arzt an, das Selbstbestimmungsrecht des hungernden Gefangenen zu respektieren. Dieser soll angehalten werden, seinen Willen schriftlich niederzulegen, im Sinne einer Patientenverfügung. Darin ist zu bestimmen, welche Massnahmen der Arzt einleiten und durchführen soll sowie welche zu unterlassen sind, wenn die Zurechnungsfähigkeit wegen des Fastens eingeschränkt wird oder später nicht mehr gegeben ist. Der behandelnde Mediziner hat den Gefangenen darauf hin zu weisen, dass er diese Patientenverfügung jederzeit widerrufen kann. Zudem muss der Patient über alle gesundheitlichen Folgen eines Hungerstreikes aufgeklärt werden. Schliesslich soll der Gefangene ab einem Verlust von 10% seines Körpergewichtes in ein Spital eingewiesen werden. Es versteht sich von selbst, dass ihm auch bei einer strikten Nahrungsverweigerung immer Essen und Trinken angeboten wird.

23 PONT (Fn. 18), S. 254; RIEKENBRAUCK, Hungerstreik und Zwangsernährung – Erfahrungen aus der Praxis, S. 259–263, 260 f., in: Keppler/Stöver (Hrsg.), Gefängnismedizin, Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen, Stuttgart 2009.

24 PONT (Fn. 18), S. 254, spricht in diesem Zusammenhang vom sog. Refeeding-Syndrom.

25 Vgl. dazu Declaration on hunger strikers der World Medical Association (WMA) von Malta 1991, revidiert 1992 in Marbella und 2006 in Pilanesberg (www.wma.net).

26 Vgl. dazu Richtlinie der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen vom 28.11.2002 (www.samw.ch).

Aus ärztlicher Sicht ergibt sich folgendes Fazit:

- Hungerstreikende sind grundsätzlich nicht suizidal, sondern wollen Aufmerksamkeit wecken, um ihre Ziele durchzusetzen;²⁷
- Menschen, welche bereit sind, alles zu unternehmen, um zu sterben oder sich zu schädigen, können auf Dauer auch im Freiheitsentzug nicht von ihrem Vorhaben abgehalten werden;²⁸
- kein zurechnungsfähiger Insasse darf gegen seinen Willen gezwungen werden, eine medizinische Intervention zu dulden. Gänzlich abzulehnen ist die Anwendung von unmittelbarem Zwang oder Gewalt ohne das Einverständnis des Patienten, um einen medizinischen Eingriff durchzuführen;²⁹
- schliesslich sei es ethisch geboten, einen überzeugten Hungerstreiker in Würde sterben zu lassen, anstatt ihn mit wiederholten Zwangseingriffen zu quälen, um ihn am Leben zu erhalten.³⁰

V. Zwangsernährung im Freiheitsentzug

Unter **künstlicher Ernährung** versteht man die Nahrungszuführung bei einem Patienten, der nichts essen kann, darf oder will, indem medizinische Hilfsmittel eingesetzt werden. Erfolgt diese Nahrungszuführung gegen den Willen der betroffenen Person, wird von **Zwangsernährung** gesprochen. Diese setzt voraus, dass der Insasse fixiert, d.h. am Bett angebunden oder an das Bett gefesselt wird. Die Ernährung erfolgt sodann mittels einer Magensonde über die Nase und den Rachen in den Magen.³¹ Werden Nährstoffe nicht über den Magen-Darm-Trakt, sondern mit einer Infusion direkt in die Blutbahn verabreicht, wird von einer intravenösen Infusionsernährung gesprochen. Auch in diesem Fall muss die betroffene Person fixiert werden, damit diese die Infusionsschläuche nicht wegreißen kann.

Beide Methoden müssen als äusserst invasiv bezeichnet werden und stellen einen eindeutigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar. Nach der Ansicht der überwiegenden Mehrheit der Ärzte erfüllt dieses Vorgehen gegen den Willen des Patienten die Kriterien einer inhumanen und erniedrigenden Behandlung gemäss Art. 3 der EMRK³² und verstösst zudem gegen die anerkannten medizinisch-ethischen Richtlinien.³³ Diese Sichtweise wurde vom

27 RIEKENBRAUCK (Fn. 23), S. 259.

28 RIEKENBRAUCK (Fn. 23), S. 263.

29 RIEKENBRAUCK (Fn. 23), S. 261.

30 PONT (Fn. 18), S. 258.

31 PONT (Fn. 18), S. 258, die Medizin spricht in diesem Falle von einer sog. naso-gastrischen Sonde.

32 PONT (Fn. 18), S. 258.

33 Vgl. dazu Fn. 25 und 26. Das Bundesgericht erkennt in seinem Urteil vom 26.8.2010, dass die Zwangsernährung eines Insassen erniedrigende Aspekte beinhaltet, welche den Schutzbereich von Art. 3 EMRK verletzen können (vgl. dazu E. 6.1.1).

Europäischen Menschenrechtsgerichtshof gestützt. In zwei Entscheiden erkannte dieser, dass eine Zwangsernährung, welche ohne medizinische Notwendigkeit durchgeführt worden ist, als eine in Art. 3 verbotene Folter zu qualifizieren sei und deshalb eine Konventionsverletzung darstelle.³⁴ Zudem hat derselbe Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 2009 klargestellt, dass der Tod eines Insassen infolge Hungerstreiks keine Verletzung der Menschenrechte darstelle, insofern seine medizinische Betreuung während des Streiks dem sog. Äquivalenzprinzip³⁵ entsprochen habe. Die zuständigen Behörden könnten auch nicht dafür kritisiert werden, dass sie den Willen des Insassen respektiert hätten, welcher sich strikte gegen jeglichen medizinischen Eingriff gewehrt hatte, obwohl sein Gesundheitszustand als lebensbedrohlich zu beurteilen gewesen sei.³⁶

VI. Kritische Würdigung des Entscheides

A. Zur Frage des Strafunterbruchs

Um es vorweg zu nehmen, nur in diesem Punkt kann aus der hier vertretenen Meinung dem Bundesgericht gefolgt werden. Der Staat als Garant der Durchsetzung des Gewaltmonopols darf sich auch im Falle eines Hungerstreiks der tödlich enden könnte, nicht erpressen lassen. Die notwendige medizinische Betreuung von hungernden Insassen kann in jedem Fall unter Achtung der Menschenwürde und des Äquivalenzprinzips in der Gefängnisabteilung der Universitätskliniken von Bern und Genf gewährleistet werden. Es besteht somit weder die Notwendigkeit noch ein ausreichender Grund, einen Haftunterbruch zu bewilligen³⁷. Das Bundesgericht hat das Vorliegen *eines wichtigen Grundes* im Sinne von Art. 92 StGB richtigerweise verneint, denn der einzige offensichtlich erkennbare Grund des Hungerstreikes von Bernard Rappaz liegt darin,

34 Vgl. dazu GUILLOD/SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in: Jusletter, 8.11.2010, S. 5, Rz. 29. Vgl. dazu auch die Entscheide des EGMR i.S. *Nevmerjitski v. Ukraine*, n° 54825/00, 2005, wobei die Zwangsernährung erfolgte, als der Insasse mit Handschellen gefesselt war. Zudem musste der Mund zwangsweise geöffnet werden, um einen Gummischlauch über Nase und Rachen in den Magen einzuführen. Vgl. auch den Entscheid i.S. *Ciorap v. Moldova*, n° 12066/02, 2007.

35 Dieses Prinzip verlangt, dass Inhaftierte Zugang zu denselben medizinischen Leistungen haben, wie frei lebende Personen. Vgl. dazu etwa Art. 2 des Arrêté du 13 mai 2009 du Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel relatif à la santé et aux soins en milieu carcéral, RSN 352.2: «Les personnes privées de liberté doivent bénéficier des soins médicaux et des mesures de prévention et de promotion de la santé équivalents à ceux mis en place pour la population en général (principe d'équivalence)».

36 Fall *Horoz v. Turkey*, n° 1639/03, 2009.

37 BRÄGGER, Zwangsernährung im Strafvollzug – Eine Replik zu «Hungerstreik und Strafvollzug» von Markus Müller, in: Jusletter, 16.8.2010, S. 2 f., Rz. 4; Entscheid des Bundesgerichtes vom 26.8.2010 E. 5.2.2.1 erster Teil.

die rechtsgültige Freiheitsstrafe nicht verbüssen zu müssen. Dem Grundsatz, wonach Freiheitsstrafen in ununterbrochener Weise zu vollziehen sind, kommt in diesem Falle volle Vorrangstellung zu.

B. Zur Frage der Zwangsernährung

Ein Patient bleibt auch im Gefängnis ein Patient.³⁸ Dieser allgemeine Grundsatz erlaubt es urteilsfähigen Insassen in Selbstverantwortung und Achtung ihrer Würde zu entscheiden, ob sie sich einem medizinischen Eingriff unterziehen wollen oder nicht. Dieses rechtsstaatliche Prinzip garantiert, dass inhaftierte Personen nicht zum Objekt der Bestrafung gemacht oder erniedrigt werden.³⁹ Art. 74 StGB ruft uns dies in Wiederholung der gleich lautenden Verfassungsbestimmung in Erinnerung und präzisiert auf Gesetzesstufe, dass auch die Menschenwürde von Gefangenen oder Eingewiesenen zu achten sei. Es gilt somit festzuhalten, dass eine Zwangsernährung von urteilsfähigen Insassen im Einklang mit den internationalen und nationalen medizinisch-ethischen Richtlinien sowie mit der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes abzulehnen ist. Sie ist als unmenschliche und erniedrigende Behandlung zu qualifizieren, welche je nach Eingriffsintensität sogar als Folter bezeichnet und bewertet werden muss. Nach der hier vertretenen Meinung vermag auch eine Zwangsernährung, welche gestützt auf eine gesetzliche Grundalge im formellen Sinne, jedoch gegen den Willen eines urteilsfähigen Insassen angeordnet wird, nicht zu überzeugen und stellt eine Verletzung der persönlichen Freiheit der betroffenen Person dar. Bei urteilsunfähigen Insassen muss gemäss den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ein Vormund bestellt werden, welcher dem behandelnden Arzt den mutmasslichen Willen des Mündels mitteilen wird.⁴⁰ Einer Patientenverfügung, welche vor dem Eintritt der Zurechnungsunfähigkeit verfasst worden ist, sollte vollumfänglich Folge geleistet werden, falls keine eindeutigen Indizien vorliegen, dass die betroffene Person diese widerrufen wollte, bevor sie den Vollbesitz ihrer psychischen Gesundheit verlor. Gegebenenfalls ist eine Zwangsernährung durchzuführen, welche sich auf eine formelle gesetzliche Grundlage abstützen hätte. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche es als zulässig erachtet, die konkreten Haftbedingungen im Einzelnen auf Verordnungsstufe, d.h. in einem Gesetz im materiellen Sinne, zu regeln,⁴¹ ist aus

38 SANDOZ, Ein Patient bleibt auch im Gefängnis ein Patient, Der Wille von Bernard Rappaz im Hungerstreik muss respektiert werden, in: NZZ am Sonntag vom 21.11.2010, S. 22.

39 BRÄGGER (Fn. 37), S. 2 Rz. 2.

40 SANDOZ (Fn. 38), S. 22.

41 BGE 123 I 221, 226 E. 4a.

neuerer grundrechtstheoretischer Sicht klar abzulehnen.⁴² Wichtige rechtsetzende Bestimmungen müssen in einem formellen Gesetz geregelt sein,⁴³ dies umso mehr, wenn wie im Freiheitsentzug die Grund- und Freiheitsrechte der Betroffenen weit über das ausserhalb der Anstalten übliche und rechtlich noch zulässige Mass hinaus eingeschränkt werden sollen.

Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass die Zwangsernährung eines Insassen eine Beschränkung der Freiheitsrechte der Meinungsäusserungsfreiheit und der persönlichen Freiheit darstelle,⁴⁴ rechtfertigt schliesslich jedoch diesen Eingriff unter Bezugnahme auf die allgemeine Polizeiklausel, indem es sich auf eine doch eher akrobatisch anmutende⁴⁵ und juristisch wenig überzeugende Begründung abstützt. Dies geschieht erst recht noch in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung, welche verlangte, dass eine Situation, welche die Anwendung dieser Klausel rechtfertige, *atypisch und unvorhersehbar* sein müsse. Dies trifft im vorliegenden Fall gerade nicht zu, wie das Bundesgericht selbst treffend anführt, indem es erläutert, dass es sich bei Hungerstreiks von Gefangenen um ein in der Gefängnismedizin häufig vorkommendes Phänomen handle.⁴⁶

Es gilt an dieser Stelle nochmals mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Menschenwürde es verbietet, Gefangene zum Objekt der Rechtsordnung oder der Strafe oder der Übelszufügung herabzustufen. Im Gegensatz, diese bleiben auch während des Freiheitsentzuges, insofern sie nicht bevormundet sind, mündige Rechtssubjekte, welche ihr Selbstbestimmungsrecht innerhalb des besonderen Rahmens des Freiheitsentzuges ausüben und zur Geltung bringen dürfen. Diese Maxime verfolgt das schweizerische Strafgesetzbuch, wenn es in Art. 75 Abs. 4 StGB anführt, dass die Gefangenen bei den Resozialisierungsbemühungen und den Entlassungsvorbereitungen aktiv mitzuwirken haben. Unsere Rechtsordnung geht zu Recht davon aus, dass auch Strafgefangene grundsätzlich für ihr weiteres Fortkommen und ihr Leben selbst die Verantwortung tragen.

Dieses Selbstbestimmungsrecht wie auch der Mitgestaltungsanspruch der Gefangenen finden ihre Grenzen, wenn deren Ausübung die Sicherheit für das Personal, für die Mitgefangenen oder für die Allgemeinheit gefährdet oder gefährden kann, oder aber ein geregeltes Zusammenleben in der Anstalt ver-

42 BENJAMIN F. BRÄGGER, Art. 74 N 5 und 8 f., in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007; HÄRRI, Art. 236 N 62, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2010.

43 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 5. Aufl., Zürich 2006, 83 N 393.

44 Entscheid vom 26.8.2010 E. 6.3 am Ende.

45 GUILLOD /SPRUMONT, Fn. 34, 6 Rz. 6.

46 Vgl. dazu Fn. 8.

unmöglichen würde.⁴⁷ Damit solche Einschränkungen der Grundrechte verfassungskonform sind, bedürfen diese auch bei Personen, welche in einem sog. besonderen Rechtsverhältnis stehen, einer gesetzlichen Grundlage.⁴⁸ Schwere Eingriffe müssen gemäss unserer Bundesverfassung in einem Gesetz geregelt sein.⁴⁹ Dies muss insbesondere auch für den Freiheitsentzug gelten.

C. Rechtsstaatlich legitimierter Lösungsansatz

Nur der Gesetzgeber kann das heute bestehende Dilemma zwischen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches und der Fürsorgepflicht des Staates einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht der Gefangenen andererseits in rechtsstaatlich angemessener Art und Weise auflösen, indem er für den Fall eines Hungerstreiks oder einer Zwangsmedikation den rechtlichen Rahmen bestimmt. Leider haben in der Schweiz wegen der kantonalen Zuständigkeit bisher nur ganz wenige Kantone ein Gesetz zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen. Als löbliches Beispiel kann hier der Kanton Neuenburg erwähnt werden, der die Zwangsernährung im kantonalen Gesetz im Sinne einer letzten staatlichen Interventionsmöglichkeit ausdrücklich vorsieht. Darüber hinaus wird in liberaler Tradition folgend das Selbstbestimmungsrecht der Insassen als Ausfluss der Menschenwürde geschützt, indem der Gesetzgeber ausdrücklich vorsieht, dass eine Patientenverfügung auch im Strafvollzug und insbesondere im Falle eines Hungerstreikes zu beachten sei.⁵⁰ In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ein zurechnungsfähiger Gefangener, welcher sich gegen eine Zwangsernährung ausgesprochen hat, in Würde sterben darf. Die Regelung des Kantons Neuenburg verhindert, dass der Staat als Garant des Gewaltmonopols und der Strafdurchsetzung im Falle einer lange andauernden Nahrungsverweigerung erpressbar wird. Zudem schützt sie die Menschenwürde und

47 Vgl. dazu Art. 74 StGB zweiter Satz und Art. 75 Abs. 1 StGB am Ende.

48 Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob das sog. besondere Rechtsverhältnis eine Zwangsernährung rechtfertigen könnte. Aus einem modernen, den rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichteten Rechtsverständnis ist dies klar zu verneinen.

49 Art. 36 Abs. 1 zweiter Satz BV.

50 Vgl. dazu Art. 68 LPMA (Loi neuchâtelaise sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes, du 3 octobre 2007, RSN 351.0). Dieser Gesetzesartikel lautet wie folgt:

Art. 68: Alimentation forcée

¹ En cas de grève de la faim, la direction de l'établissement peut ordonner une alimentation forcée sous la conduite d'un médecin, pour autant que la personne concernée soit en danger de mort ou coure un danger grave.

² La mesure doit pouvoir être raisonnablement exigée des personnes concernées et elle ne doit pas entraîner de danger grave pour la vie et la santé de la personne détenue.

³ Aussi longtemps qu'il est possible d'admettre que la personne concernée agit selon son libre choix, l'établissement n'intervient pas.

⁴ L'établissement doit respecter les directives anticipées qui lui ont été remises.

das Selbstbestimmungsrecht der Strafgefangenen in einer einem Rechtsstaate geziemender Weise.

Zusammenfassend betrachtet, sind die kantonalen Gesetzgeber somit in der Pflicht. Es gilt, eine Regelung zu schaffen, welche einerseits ausschliesst, dass der Staat erpressbar wird, andererseits die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht der Strafgefangenen genügend schützt. Aus der hier vertretenen Sichtweise müssten Fragen von solcher Komplexität und Tragweite in Ausschöpfung der Bundeskompetenz in einem Rahmengesetz zum schweizerischen Freiheitsentzug geregelt werden. Nur so kann eine schweizweit einheitliche Praxis geschaffen werden, welche eine rechtsgleiche Behandlung der Strafgefangenen gewährleisten kann. Nach der Vereinheitlichung des Strafrechts im Jahre 1942 und des Strafprozessrechts ab Januar 2011 stünde es unserem Land gut an, auch das Recht der Vollstreckung und des Vollzuges von freiheitsentziehenden Sanktionen in einem Rahmengesetz auf Bundesebene einheitlich zu regeln.

D. Schlussbetrachtung

Abschliessend betrachtet muss der Entscheid des Bundesgerichtes im Falle Bernard Rappaz als missglückt bezeichnet werden.⁵¹ Er ist juristisch sehr einseitig begründet, klammert wichtige Entscheide des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes aus, übergeht mit formalen Argumenten die internationalen und nationalen medizinisch-ethischen Richtlinien und «entmündigt» mündige Strafgefangene in einer unserer Zeit nicht mehr vertretbaren Art und Weise. Es handelt sich somit eher um ein politisch motiviertes Urteil, welches aus Überlegungen der Staatsraison die Mehrheit der Kantone weiterhin in Schutz nimmt, welche den Vollzug von freiheitsentziehenden Sanktionen noch immer in juristisch und gesetzgeberisch nur ungenügender Art und Weise geregelt haben. Eine Änderung der Rechtsprechung, welche die Kantone verpflichten würde, die wesentlichen Rechte und Pflichten der Insassen sowie die grundrechtsrelevanten Einschränkungen der Gefangenen während des Vollzuges in einem Gesetz im formellen Sinne zu normieren, stünde unserem Land sowohl aus rechtsstaatlicher als auch demokratischer Sicht wohl an.

Letztlich muss kein Mensch müssen.⁵² Diesem ethischen Prinzip folgend muss Bernard Rappaz nicht essen, wenn er nicht will, die behandelnden Ärzte müssen ihn nicht zwangsernähren, wenn sie dies nicht mit ihrer Berufsethik vereinbaren können und die Bundesrichter in Lausanne müssen im Falle des Ablebens von Bernard Rappaz weder die rechtliche noch moralische Verantwortung tragen.

51 Diese Auffassung wird auch von der *plädoyer*-Jury 2010 geteilt, welche den Bundesgerichtsentscheid im Fall Rappaz zum Fehlurteil 2010 kürte und die Urteilsbegründung als besonders stossend qualifizierte, vgl. dazu *plädoyer* 1/11, S. 82.

52 LESSING, Nathan der Weise, 3. Auftritt des 1. Aufzuges.

**Rechtstheoretisches/
Rechtsphilosophie/
Religion**

Inquisizione, inquisiti, inquisitori: spigolature giusletterarie fra Fëdor Dostoevskij, Umberto Eco e Valerio Evangelisti

di ROY GARRÉ

«L'ho fatto per te. Dio solo sa quanto è brutto vivere in un mondo senza avventure, senza fantasia, senza allegria. Dimmi che mi capisci, Corto! ... Ti capisco, Rasputin ...»

(HUGO PRATT, *Corte sconta detta arcana*, Milano 1977).

«L'amore va avanti/tra scritte inquietanti/sui muri/tra le minacce/e l'odio degli inquisitori»

(EDOARDO BENNATO, *In amore*, *Le vie del rock sono infinite*, 2010).

I. Per cominciare

Hans (Jonny) Wiprächtiger non è mai stato un inquisitore. La sua concezione del diritto penale è tutt'altro. Il nostro festeggiato ha sempre amato e ama ricordarci che il diritto penale deve mantenere un volto umano, non deve cadere nel giustizialismo, deve evitare qualsiasi inutile accanimento sul reo, deve insomma restare fedele a quella grande tradizione illuminista che ha avuto fra i suoi più importanti esponenti personaggi come Cesare Beccaria (1738-1794)¹, Francesco Mario Pagano (1748-1799)² e Gaetano Filangieri (1753-1788)³, trovando prima cruciale espressione legislativa nella famosa «Leopoldina», il codice penale promulgato nel 1786 da Pietro Leopoldo d'Asburgo per il Granducato di Toscana.⁴ In questo senso ho pensato di omaggiarlo con un contributo nella lingua di questi grandi pensatori, nonché di detta importante codi-

1 Penso ovviamente alla sua fondamentale e fortunata opera *Dei delitti e delle pene* (1764), di cui esistono moltissime riedizioni fra cui una delle più valide è quella a cura di Franco Venturi, 2a ediz., Torino 1994.

2 V. in particolare le sue *Considerazioni sul processo criminale* (1787), ora ripubblicate con una premessa di Guido Alpa ed introduzione di Marco Stefanelli, Bologna 2010, nonché l'opera postuma *Principj del Codice Penale e Logica de' probabili* (1815), ora ripubblicata con un'introduzione di Roberto Racinaro, Roma 2000.

3 V. in particolare il libro terzo de *La scienza della legislazione* (1780-1785), di cui è ora disponibile un'agile antologia a cura di Renato Bruschi, Napoli 1995.

4 A questo proposito v. adesso SCHLOSSER, *Die «Leopoldina». Toskanisches Strafgesetzbuch vom 30. November 1786*, Berlino 2010.

ficazione, anche se al centro delle mie riflessioni non ci sarà il loro pensiero,⁵ ma in controtuce quelle correnti del diritto penale contro cui Beccaria, Pagano, Filangieri lottarono e che la cronaca recente, da Guantánamo ad Abu Ghraib⁶, mostra non essere mai state completamente estirpate nemmeno in Occidente.⁷ Al contrario si tratta di tendenze sempre in agguato e, anche se in Svizzera non raggiungono fortunatamente simili livelli,⁸ è importante restare all'erta, come Jonny non si stanca mai di fare, anzitutto con la sua attività giudiziaria, ma non esitando, quando è necessario, a partecipare a dibattiti sia scientifici che pubblici come quello recente sul nuovo sistema sanzionatorio.⁹ Ma quali sono le caratteristiche fondamentali di queste concezioni del penale contro cui Wiprächtiger si schiera? Per descriverle ho pensato di prendere spunto dalla letteratura. Il mio non sarà dunque un classico contributo di diritto penale o storia del diritto. Al diritto penale ed alla sua filosofia arriveremo per vie traverse; non ci arriveremo in linea retta, ma attraverso le tortuose vie della fantasia letteraria, e lo faremo partendo da lontano, ovvero da quello che potremmo considerare il prototipo di una concezione liberticida del penale: l'Inquisizione della Chiesa cattolica. Non bisogna del resto dimenticare che è proprio da questa istituzione che derivò, nel bene e nel male, uno dei più significativi impulsi verso il passaggio da un sistema privatistico-accusatorio ad uno pubblicistico-

- 5 Sempre fondamentali in merito D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965 e TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pag. 383 e segg. V. adesso anche CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Milano 2005, pag. 190 e segg.
- 6 V. ad esempio CASSESE, *Il sogno dei diritti umani*, con un'introduzione di Antonio Tabucchi, Milano 2008, pag. 199 e segg.
- 7 Inquadra bene il problema BARBERINI, *Il giudice e il terrorista. Il diritto e le sfide del terrorismo globale*, Torino 2008.
- 8 Inquietante comunque pensare che si sia recentemente creato un comitato di iniziativa per la reintroduzione della pena di morte in Svizzera (v. *Neue Zürcher Zeitung* del 20 agosto 2010, n. 192, pag. 20; FF 2010 pag. 4805 e segg.), il che farebbe arretrare il diritto penale svizzero praticamente di settant'anni, se si pensa che la pena di morte è stata abolita nel 1942 dal Codice penale e che solo in ambito militare era restata in vigore fino al 1992, per tacere del fatto che dovremmo in questo caso disdire sia il Protocollo n. 6 (RS 0.101.06) che il n. 13 (RS 0.101.093) alla CEDU, entrambi relativi all'abolizione della pena di morte. È vero che lo stesso comitato ha poi dichiarato dopo pochi giorni di rinunciare alla raccolta delle firme (v. *Neue Zürcher Zeitung* del 26 agosto 2010, n. 197, pag. 9), fatto sta che posizioni di questo genere sono sempre presenti nella società, per cui, come penalisti, occorre sempre rimanere vigili e fare il possibile per sensibilizzare l'opinione pubblica, tanto più in considerazione degli ampi margini di manovra che la democrazia diretta garantisce in Svizzera (sul problema v. KELLER, *Volksrechte und Menschenrechte in Sachen Todesstrafe*, in *Neue Zürcher Zeitung*, *ibidem*, pag. 21).
- 9 V. ad es. WIPRÄCHTIGER, *Mehr Engagement der Strafjustiz für das revidierte Recht*, in Nadja Capus/Jean-Luc Bacher (curatori), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Berna 2010, pag. 3 e segg.

inquisitorio del processo penale.¹⁰ Istituita all'origine per combattere le eresie,¹¹ segnatamente nel 1231 contro i catari per volontà di papa Gregorio IX (1227-1241), ed affidata nel 1233 agli ordini mendicanti, in particolare domenicani ma non solo,¹² divenne nel corso dei secoli sempre più, oltre che «tribunale della coscienza» secondo la definizione di Adriano Prosperi¹³, tribunale penale *tout court*¹⁴, con competenze sempre più estese, dotato di funzionari con una solida cultura scientifica, irraggiando così le proprie peculiarità procedurali anche sulle altre giurisdizioni. Essa, accanto al tradizionale obiettivo di impedire che i crimini restino impuniti,¹⁵ in quanto strumento per lottare contro «l'eretica

- 10 V. ad es. KÉRY, *Inquisitio-denunciatio-exceptio. Möglichkeiten der Verfahrensleitung im Dekretalenrecht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung 87/2001, pag. 226 e segg.; TRUSEN, *Der Inquisitionsprozess, seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung 74/1988, pag. 168 e segg. Con particolare attenzione all'istituto cardine della querela si vedano adesso i materiali storico-comparativi raccolti da GUTHKE, *Die Herausbildung der Strafklage*, Colonia/Weimar/Vienna 2009.
- 11 In generale sulla legislazione medievale in ambito di eresia v. RAGG, *Ketzer und Recht*, Hannover 2006, nonché l'approfondita recensione di quest'opera a cura di MACERATINI, *Ancora sullo stato giuridico dell'eretico nel diritto romano e medievale*, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung 127/2010, pag. 616 e segg.
- 12 Il fatto che il compito inquisitorio sia stato affidato agli ordini mendicanti riflette in definitiva, da un altro punto di vista, la funzione educativa che fu affidata a tali ordini, i quali, con la loro predicazione orale raggiungevano in maniera capillare ed omogenea il popolo incolto. I Domenicani divennero così i migliori volgarizzatori di testi religiosi del Trecento (v. CARDINI, *I nuovi orizzonti della cultura*, in *Storia della letteratura italiana*, diretta da Enrico Malato, vol. 3, *Il Trecento. L'autunno del medioevo*, Roma 2005, pag. 103 e segg.; nello stesso volume si veda anche BALDASSARRI, *Letteratura devota, edificante e morale*, pag. 211 e segg., 227 e segg.). Sull'attività dei Francescani in ambito inquisitorio v. MERLO, *Inquisitori e Inquisizione del Medioevo*, Bologna 2008, pag. 69 e segg.
- 13 PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, mistici*, 2a ediz., Torino 2009.
- 14 Più ampiamente sul contributo della teologia cattolica e del diritto canonico allo sviluppo del diritto penale statale v. KÉRY, *Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Colonia/Weimar/Vienna, 2006; Idem, *Kirchenrechtliche Grundlagen des öffentlichen Strafrechts*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung 91/2005, pag. 128 e segg. Il discorso andrebbe altresì inserito in un più ampio contesto di rapporti fra potere secolare e potere spirituale in Occidente (v. ad es. fra i più recenti RIZZI, *Cesare e Dio. Potere spirituale e potere secolare in Occidente*, Bologna 2009).
- 15 Secondo il famoso brocardo contenuto nel Liber Extra di Gregorio IX, risalente al 1234, «et publicae utilitatis intersit, ne crimina remaneant impunita» (lib. V tit. XXXIX cap. XXXV). Fondamento giusfilosofico dello *ius puniendi*, presente non solo nelle fonti di diritto canonico ma anche in quelle del diritto penale laico, non può essere disgiunto dal relativo *obbligo* di punire la delinquenza, aspetto poco studiato di cui vi sono già tracce in un parere del grande giurista trecentesco Bartolo da Sassoferrato (v. a questo proposito LEPSIUS, *Darf die Stadt Nocera wegen eines nicht aufgeklärten Totschlags bestraft werden?*, in Michele Luminati/Ulrich Falk/Mathias Schmoekkel (curatori), *Mit den Augen der Rechtsgeschichte: Rechtsfälle – selbstkritisch kommentiert*, Vienna/Zurigo/Berlino 2008, pag. 37 e segg.). Per quanto riguarda il diritto contemporaneo v. infra nota 67.

pravità» porterà al centro del sistema penale l'esigenza teologico-morale della *correctio* del reo¹⁶ con il suo corollario della *poenitentia*¹⁷, le quali non rappresentano ovviamente le premesse ideali per la formazione di un diritto penale laico, autonomo rispetto alle sfere normative della religione e della morale. Non sorprende quindi che l'opera di laicizzazione del penale portata avanti dal giusnaturalismo e dall'Illuminismo giuridico abbia avuto bisogno di molto tempo per imporsi e che sia sempre esposta a rischi concreti di ricadute, nella migliore delle ipotesi sotto forma di strisciante moralismo.¹⁸

II. L'Inquisizione come soggetto letterario

Il tema dell'Inquisizione è molto presente nell'immaginario sia letterario che cinematografico.¹⁹ Nello sterminato repertorio di opere che si confrontano con questa tematica il romanzo di Umberto Eco «Il nome della rosa» (1980) ed il ciclo di romanzi dedicati da Valerio Evangelisti alla figura dell'inquisitore Eyme-

- 16 Come sottolinea COSTA, la Chiesa basso-medievale era impegnata sia nella costruzione del nemico esterno che nell'individuare ed estirpare le deviazioni interne, le scissioni, le eresie: «la costruzione dell'ordinamento e il controllo della devozione richiedono una doppia e complementare definizione di inimicizia: l'infedele all'esterno e l'eretico all'interno. Proprio per questo si moltiplicano, fra il XII e il XIII secolo, gli interventi dei papi e dei concili contro gli eretici e viene curata la messa a punto di strumenti giuridici e coattivi per fronteggiare le crescenti minacce all'unità dell'ordine. Una raffinata cultura giuridica, sostenuta da una forte legittimazione teologica, offre gli strumenti più idonei per costruire un preciso apparato categoriale, ricondurre a esso la variopinta fenomenologia ereticale e giungere infine allo smantellamento dell'identità giuridica del nemico» (I diritti dei nemici: un ossimoro?, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 38/2009, tomo I, pag. 10).
- 17 Bene descriveva PASSAVANTI, predicatore domenicano attivo in Toscana (morto nel 1357), la concezione dominante della penitenza, a prescindere dalla questione penale-inquisitoriale, nel prologo del suo trattato in volgare, lo «Specchio di vera penitenza»: «Secondo che dice il venerabile dottore messer santo Jeronimo, «Poenitentia est secunda tabula post naufragium»: la penitenza è la seconda tavola dopo il pericolo della nave rotta» (cit. da BALDASSARRI, *ibidem*, pag. 240).
- 18 La tardiva adozione di un moderno diritto penale in ambito sessuale, esclusivamente basato sull'autodeterminazione della persona (v. DTF 129 IV 71 consid. 1.3 nonché sentenza del Tribunale federale 6S.17/2004 del 22 luglio 2004, pubblicata in RtiD 2005 I n. 40 pag. 147 e segg.; v. già FF 1985 II pag. 974 e segg.) e non più sulla difesa di una pretesa, quanto oggi come oggi fantasmagorica, moralità pubblica (v. anche DTF 136 III 401 consid. 5.4.2), ne è un ottimo esempio. Lo stesso WIPRÄCHTIGER si è chinato sulla più recente giurisprudenza del Tribunale federale in questo ambito in *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, RPS 125/2007, pag. 280 e segg. Stimolanti riflessioni letterarie, sulla base di un'esperienza giuridica ancora insufficientemente centrata sulla nozione di autodeterminazione sessuale, in CAROFILIO, *Le perfezioni provvisorie*, Palermo 2010, pag. 235 e segg.
- 19 A quest'ultimo proposito si veda l'agile sintesi di DE LA BRETÈQUE, *L'Inquisition au cinéma*, in *Histoire Médiévale*, n. 56, 2004, pag. 40 e segg.

rich (1994-2010)²⁰ assumono un ruolo particolare, offrendo numerosi spunti di riflessione anche alla storiografia giuridica ed alla filosofia del diritto. Interessante è in particolare approfondire l'immaginario del processo penale che scaturisce da queste opere, con i suoi specifici attori, le caratteristiche regole ed istituzioni, il generale orizzonte culturale. Ne emerge un'ulteriore conferma del valore del cosiddetto approccio «giusletterario» (Law and Literature), inaugurato nel 1973 con l'uscita del libro «The Legal Imagination» di James Boyd White²¹, con il quale si vuole sottolineare la stretta interdipendenza esistente fra diritto e letteratura,²² sia nel senso dello studio del diritto *nella* letteratura che in quello del diritto *come* letteratura, come testo letterario interpretabile secondo regole simili a quelle dell'ermeneutica letteraria.²³ Nel presente articolo ci interesseremo esclusivamente del primo tipo di rapporto, nel senso che i personaggi di Umberto Eco e di Valerio Evangelisti si muovono in un universo istituzionale ben preciso (il diritto *nella* letteratura), storicamente lontano da quello in cui oggi viviamo, ma pieno di suggestioni anche per l'uomo contemporaneo, se si considerano i grandi temi che sono in definitiva al centro delle loro storie: la giustizia, la ricerca della verità, l'intolleranza, la lotta contro la devianza. In questo però la distanza ironica di Umberto Eco si distingue chiaramente dall'approccio più sanguigno e sofferto di Valerio Evangelisti. Nella penna di questo scrittore bolognese, la figura dell'inquisitore Nicolas Eymerich, personaggio storico realmente esistito (1320-1399), tra le altre cose autore di un manuale di procedura inquisitoriale (Directorium Inquisitorum) pubblicato per

20 Questi i titoli usciti: Nicolas Eymerich, inquisitore, 1994; Le catene di Eymerich, 1995; Il corpo e il sangue di Eymerich, 1996; Il mistero dell'inquisitore Eymerich, 1996; Cherudek, 1997; Picatrix, la scala per l'inferno, 1998; Metallo urlante, 1998; Il castello di Eymerich, 2001; Mater Terribilis, 2002; La luce di Orione, 2007; Rex tremendae maiestatis, 2010. Da menzionare è comunque, accanto ai romanzi, anche la graphic novel illustrata da MATTIOLI, La furia di Eymerich, Milano 2003, nonché le versioni a fumetti di Nicolas Eymerich, inquisitore e Il corpo e il sangue di Eymerich, a cura di ZENTNER e ZALA (2003-2007). Per una più ampia documentazione si veda lo specifico sito <www.eymerich.com>.

21 Gli esponenti della scuola «Law and Literature» generalmente fanno risalire le origini del loro approccio ad uno scritto del famoso giudice della Corte suprema americana CARDOZO (1870-1938), per la prima volta pubblicato nella Yale Review nel 1924/25 e poi riprodotto in IDEM, Law and Literature and Other Essays and Adresses, New York 1931, pag. 3 e segg.

22 Per l'area germanofona si può comunque già ricordare il pionieristico studio di JACOB GRIMM (1785-1863), Von der Poesie im Recht, apparso per la prima volta nel 1816 e più volte riedito, con cui, secondo le classiche tendenze della corrente germanista della Scuola del diritto, venivano evidenziate le interconnessioni esistenti fra queste differenti manifestazioni dello «spirito popolare» (per un primo orientamento sempre valido WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2a ediz., Göttingen 1967, pag. 405 e segg.).

23 Per un'ottima sintesi v. MINDA, Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, New York/Londra 1995, pag. 149 e segg. V. adesso anche Recht und Literatur. Interdisziplinäre Bezüge, a cura di Bernhard Greiner/Barbara Thums/Wolfgang Graf Vitzthum, Heidelberg 2010 e WEITIN, Recht und Literatur, Münster 2010.

la prima volta ad Avignone nel 1376 e destinato a grande fortuna²⁴, diventa il simbolo della persistenza di una generalizzata cultura dell'intolleranza, che viene rappresentata come una costante dimensione dell'essere umano. La storia di Eymerich ha qualcosa di epico, nel senso del «New Italian Epic» di cui parla ora il collettivo Wu Ming²⁵, non completamente assimilabile alla più sfumata e postmoderna denuncia dell'Inquisizione, che si intravede comunque nell'interazione fra due personaggi di Eco quali il protagonista Guglielmo da Baskerville e il lugubre inquisitore Bernardo Gui; quest'ultimo, come Eymerich, realmente esistito (1261-1331) ed attivo sia nella pratica che nella produzione manualistica. Valerio Evangelisti prospetta più grandi narrazioni di Eco, che si manifestano già di per sé nella forma del ciclo, ideale strumento per dare ampiezza prospettica alla narrazione, e che anche nella sua tipica miscela di generi (romanzo storico, noir, fantasy, fantascienza) e di piani temporali acquisisce un'affascinante valenza epica ed un afflato civile non molto dissimili da quanto si respira ad esempio in *Gomorra* di Roberto Saviano (2006)²⁶, *Romanzo criminale* di Giancarlo De Cataldo (2002)²⁷ o anche nella trilogia di Magdeburg di Alan D. Altieri (2005-2007)²⁸.

III. L'ombra del Grande Inquisitore

Prima di entrare nel merito delle figure inquisitoriali di Umberto Eco e di Valerio Evangelisti non possiamo tuttavia omettere di richiamare quella che è forse

24 Per una traduzione in italiano, sulla base sia dell'edizione trecentesca che di quella romana del 1578 curata da FAUSTO PEÑA, v. *Il manuale dell'inquisitore*, a cura di Louis Sala-Molins, con un'introduzione dello stesso Valerio Evangelisti, Roma 2000.

25 V. MING, *New Italian Epic*, Torino 2008, nonché il dossier sempre aggiornato che si trova in www.carmillaonline.com.

26 Suggestivo notare che una pièce teatrale basata sul romanzo di Saviano è stata interpretata dalla Compagnia del Teatro Stabile di Napoli nel cartellone 2008/2009 del Teatro sociale di Bellinzona proprio nel quadro di una rassegna denominata «Altre Inquisizioni». In questo senso il teatro impegnato può essere strumento di forme di inchiesta e di denuncia, alternative appunto all'Inquisizione, ma in definitiva non completamente estranee alla tensione investigativa di quest'ultima, così spiegando l'eco ossimorica del sintagma. Su Roberto Saviano, notevole adesso l'articolo-intervista di LLOYD, *Le mie prigioni di velluto*, sul *dominico del Sole* 24 ore, 28 novembre 2010, pag. 33 e seg., con riferimento anche allo straordinario successo della trasmissione televisiva *Vieni via con me*, con Fabio Fazio su Rai 3.

27 Importanti divagazioni, in tema di procedura penale e Inquisizione, si trovano in particolare nella terza parte del romanzo, all'interno del capitolo intitolato «Certezza del diritto», dove comunque l'abbandono del processo inquisitorio si esaurisce in un generale scacco della procedura penale intesa come percorso civile di ricostruzione della verità storica.

28 Anche in questa trilogia appare una potente e sinistra, seppur fittizia figura inquisitoriale, Padre Diego Bolanos y Llosa, inquisitore di Turingia durante la Guerra dei Trent'anni (v. in part. *La Furia*, Milano 2005, cap. IV). La generale riflessione di ALTIERI sulla (in)giustizia raggiunge sconvolgente spessore anche nell'apocalittico racconto dal titolo *Tutti al rogo!* contenuto in *Hellgate. Al confine dell'inferno*, Milano 2009, pag. 171 e segg.

la più famosa rappresentazione letteraria di inquisitore, ossia il Grande Inquisitore di Fëdor Dostoevskij (1821-1881)²⁹. Rispetto a Nicolas Eymerich e a Bernardo Gui si tratta certamente di una figura dai contorni storici molto più approssimativi; ma non è il realismo storico-filologico di questo personaggio che ci interessa, bensì la sua potenzialità archetipica e l'ombra che inevitabilmente si allunga sulle figure sviluppate da due coltissimi autori come Eco ed Evangelisti. La narrazione è nota. Dostoevskij, in un capitolo del celebre romanzo «I fratelli Karamazov», pubblicato la prima volta sulle pagine del Messaggero russo nel 1879-1880, immagina il ritorno di Gesù Cristo nella Siviglia del Cinquecento, lasciando raccontare questo ritorno ad uno dei protagonisti del libro, Ivan Karamazov, raffinato intellettuale e teorico dell'ateismo, il quale, durante una tormentata conversazione filosofica in trattoria con il mite fratello Alioscia, ambientata in una piccola città della provincia russa intorno al 1867, dice di aver composto un poema, circa un anno prima, e di averlo tenuto a mente: il poema narra per l'appunto di un ipotetico ritorno di Gesù sulla terra millecinquecento anni dopo la sua morte. Come teatro del suo ritorno Gesù sceglie la città spagnola in uno dei periodi più neri e cruenti dell'Inquisizione cattolica. Con le parole di Ivan «nel periodo più tremendo dell'Inquisizione, quando ogni giorno si accendevano roghi in gloria di Dio». Ma non si tratta dell'avvento «che secondo la sua promessa avrà luogo alla fine dei tempi»: «No. Egli vuole visitare almeno per un istante i suoi figli, e proprio lì dove crepitano i roghi degli eretici». E così Gesù «scende nelle (torride strade) della città meridionale in cui soltanto la vigilia, in (un sontuoso autodafé) alla presenza del re, di cortigiani, cavalieri, cardinali, delle più incantevoli dame della Corte, dell'intera popolazione di Siviglia, il cardinale Grande Inquisitore ha consegnato tutti insieme alle fiamme, *ad maiorem gloriam Dei*, un centinaio d'eretici». È un arrivo silenzioso, ma il popolo lo riconosce, manifestando intenzione di seguirlo. Il Grande Inquisitore, che in quanto ministro della sua Chiesa dovrebbe in teoria fare lo stesso, non può tuttavia tollerare questo fatto, per cui decide di ordinare alle sue guardie di catturarlo e di rinchiuderlo in carcere. Ed è proprio nella tetra oscurità del carcere che si svolge una conversazione – ma in realtà si tratta di un monologo, visto che Gesù resterà tutto il tempo in silenzio –, in cui la contrapposizione dei due pensieri, delle due concezioni del mondo e dell'uomo si manifesteranno con adamantina drammaticità. Come scrive l'ex magistrato di «Mani pulite», Gherardo Colombo, in una sua riflessione intitolata «Il peso della libertà», contenuta in una recente riedizione autonoma del capitolo del Grande Inquisitore, «il tema centrale è quello che da sempre affascina e tor-

29 Come scrivono efficacemente BAIGENT e LEIGH nel loro divulgativo libro sull'Inquisizione (The Inquisition, 1999), «la figura del Grande Inquisitore si è impressa con caratteri di fuoco nella nostra coscienza collettiva, come immagine estrema e incarnazione dell'Inquisizione stessa» (trad. ital. di Anna Maria Cossiga e Gabri Passalacqua, Milano 2004, pag. 14).

menta l'animo degli esseri umani: il libero arbitrio, la libertà, la capacità di scegliere tra il bene e il male»³⁰. Sfiacato dal silenzio amorevole di Cristo, il Grande Inquisitore, che all'origine voleva condannarlo a morte, lo lascerà infine uscire dal carcere per le «buie strade della città», persistendo comunque, nonostante il proprio tormento interiore, nell'idea di essere investito di un mandato superiore ed indiscutibile che lo porta a farsi carico del fardello della libertà individuale, accollandosi addirittura la responsabilità dei peccati³¹ della gran parte degli esseri umani: «Ci affideranno i più penosi segreti della loro coscienza, e noi risolveremo tutto, e accetteranno le nostre decisioni perché li avranno liberati dalla grave preoccupazione e dai terribili tormenti che oggi comporta la libera decisione individuale». Questa in sostanza la giustificazione suprema che il Grande Inquisitore porta per tutti i crimini commessi dall'Inquisizione: le torture, i roghi, gli autodafé. Parlare di Inquisizione, inquisiti, inquisitori nelle opere di Umberto Eco e di Valerio Evangelisti presuppone la consapevolezza di quanto sia potente e pericolosa una simile giustificazione: sia Bernardo Gui che Nicolas Eymerich sono in fondo guidati da questa concezione del mondo; una concezione del mondo che si riverbera inevitabilmente sulla loro concezione della procedura e del diritto penale, visto che difficilmente l'indiziato, l'imputato, il reo beneficeranno di più alta considerazione, se già l'essere umano in sé viene concepito in termini di così bassa stima. Saranno inevitabilmente *oggetti* della procedura penale, *mai soggetti*³²; e se qua e là emergeranno brandelli di diritti processuali, saranno sempre e solo gentili concessioni dall'alto, mai garanzie individuali connaturate all'essere umano in quanto tale.³³ Emerge così dirompente l'abisso che separa questa concezione del penale da quella dei pensatori illuministi che ho citato in ingresso. Questo non significa che non si fossero già prima sollevate critiche ad un simile sistema: fra le più interessanti citerei quelle di un gesuita seicentesco, Friedrich von Spee (1591-1635), autore di un libro che suscitò molto scandalo all'epoca: la «*Cautio criminalis seu de processibus contra sagas*», apparsa anonima nel 1631³⁴. Que-

30 DOSTOEVSKIJ, *Il Grande Inquisitore*, trad. di Serena Vitale, con Il peso della libertà, una riflessione di Gherardo Colombo, Milano 2010, pag. 57.

31 Il tema del peccato, del senso di colpa e della penitenza è del resto uno dei temi centrali dell'intero romanzo, cui FREUD ha dedicato un breve ma intenso saggio, molto stimolante anche in un'ottica criminologica (Dostoevskij e il parricidio, trad. ital., Torino 1978).

32 Importanti riflessioni giuspolitiche e giusfilosofiche sulla soggettività processuale adesso in STEINBERG, *Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit*, Francoforte 2010, passim ed in particolare sulla procedura penale pag. 95 e segg., 149 e segg., 193 e segg.

33 Più ampiamente sull'emergere della nozione di diritti umani, giusnaturalisticamente intesi in quanto diritti indissolubilmente legati alla stessa natura di essere umano (*iura connata*), v. ad esempio FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008, pag. 49 e segg.; HUNT, *Inventing Human Rights. A History*, New York/Londra 2007.

34 V. a questo proposito l'introduzione di RITTER alla sua traduzione in tedesco, 6a ediz., Monaco 2000, pag. VII e segg.

sto ci permette subito di entrare in materia in questa sorta di «fictional crossover» giusletterario, mutuando dalla letteratura di genere la tipica tecnica con cui vengono incrociati in un medesimo plot personaggi provenienti da fiction diverse.³⁵ Friedrich von Spee appare infatti in uno dei più famosi romanzi del ciclo di Eymerich, «Cherudek» (1997), opposto, oltre allo stesso Nicolas Eymerich, a Heinrich Institor Kramer (1430–1505), coautore del più diffuso e temuto manuale usato dall'Inquisizione come modello procedurale nella caccia alle streghe, il «Malleus maleficarum», pubblicato per la prima volta a Strasburgo nel 1486/87.³⁶ Dalla contrapposizione fra questi tre personaggi, realmente esistenti ma in epoche e regioni differenti, tutti e tre a vario titolo profondi conoscitori del processo inquisitoriale, e commisti nella fantasia di Evangelisti in un'unica narrazione dai tratti fortemente onirici, emergono numerosi spunti che possono rivelarsi utili in una riflessione di fondo sul diritto penale e sull'immaginario che da esso promana. La libertà letteraria permette infatti di aprire finestre sulla materia giuridica che altrimenti, con i soli strumenti metodologici della dogmatica giuridica, non riusciremo nemmeno a concepire. Rispetto al Grande Inquisitore di Dostoevskij ci troviamo di fronte a figure inquisitoriali dai contorni meglio definiti. Valerio Evangelisti, storico di formazione, dimostra la sua grande padronanza delle fonti e tratteggia dei caratteri, che se sono non di rado prigionieri della loro potenza archetipica,³⁷ manifestano comunque condotte, pensieri, aspirazioni senz'altro riconducibili alla realtà storica. L'incontro fra i tre avviene in un ipotetico «Tempo zero», che si alterna, secondo la classica tecnica utilizzata da Evangelisti nel ciclo in questione, al tempo storico in cui lo stesso Eymerich visse, il Trecento, e ad un presente atemporale che è quello di un misterioso narratore imprigionato «da secoli, forse da millenni»

35 V. ad es. la recensione a cura di DE LORENZIS di Aqua in bocca di Andrea Camilleri e Carlo Lucarelli, in «www.carmillaonline.com», 9 luglio 2010. Fra i più suggestivi recenti esempi lo splendido fumetto di MOORE e O'NEILL, *The League of Extraordinary Gentlemen*, New York 1999 (v. anche il recente episodio supplementare dal titolo «1910»), da cui nel 2003 è stato tratto l'omonimo film di NORRINGTON con Sean Connery quale protagonista.

36 Si veda adesso la traduzione tedesca a cura di Wolfgang Behringer, Günter Jerouschek e Werner Tschacher, 3a ediz., Monaco 2003, nonché quella italiana a cura di Armando Verdiglione, Milano 2006. Accanto all'adozione della bolla «Summis desiderantes» da parte di papa Innocenzo VIII nel 1484, la pubblicazione del *Malleus maleficarum* costituì il fondamento giuridico della caccia alle streghe in particolare in Germania nel corso dell'età moderna, paradossalmente senza poi distinzione fra principati cattolici e principati protestanti (v. FEHR, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6a ediz., Berlino 1962, pag. 244 e segg.). All'impatto nella storia dell'arte della caccia alle streghe è dedicato un interessante capitolo del catalogo della recente esposizione al Musée d'Orsay dal titolo *Crime & châtement*, a cura di Jean Clair, Parigi 2010, pag. 144 e segg. Rimarchevole anche l'iconografia presente nel volumetto a cura di SALLMANN, *Le streghe. Amanti di Satana*, Parigi/Trieste 1987/1995.

37 Centrale in lui è non a caso il pensiero di C.G. Jung: la più junghiana delle sue opere è *Mater terribilis* (Milano, 2002), come ben spiega SOMIGLI, Valerio Evangelisti, Fiesole 2007, pag. 138 e segg.

nelle pareti di una campana di bronzo. Lo stesso «Tempo zero» non è comunque omogeneo, visto che si scompone in due sequenze temporali tra loro connesse mediante «piani inclinati» e «porte girevoli», attraverso cui i personaggi si muovono secondo modalità che il lettore scoprirà progressivamente, partecipando all'indagine di tre gesuiti, padre Corona, padre Clemente e padre Celeste, i quali agiscono in una città immersa in una nebbia asfissiante, popolata da personaggi dall'identità incerta e vacillante. Senza entrare nel dettaglio della narrazione è qui sufficiente dire che l'indagine permetterà di aprire un varco verso un purgatorio che è una pura proiezione della mente di Eymerich e che viene chiamato Cherudek seguendo la denominazione contenuta nel Vangelo apocrifo di Bartolomeo. In questo purgatorio si tiene tra le altre cose un processo penale contro Friedrich von Spee³⁸, condotto, oltre che da Eymerich anche da Institor. L'accusa è quella di aver difeso le streghe con la sua «Cautio criminalis». Un'accusa dunque contro le idee più che contro i fatti, in pieno stile inquisitoriale. Idee che, oltre a mettere in discussione l'esistenza stessa della stregoneria, preconizzano, più di un secolo prima dei pensatori illuministi da me citati in ingresso, un altro approccio al diritto penale, fondato sul rispetto dell'accusato e sulla conoscenza delle sue ragioni:³⁹ una conoscenza che nella fattispecie portò von Spee a capire che i riti delle presunte streghe «erano gli stessi delle donne pagane votate a divinità notturne e femminili come Artemide, Persefone, Cibele, Abundia e soprattutto Ecate, la regina di tutte le dee di quel tipo» (Cherudek, Tempo zero XI, Il principio femminile). Il von Spee di Evangelisti⁴⁰ anti-

38 Subito successivo ad un processo a carico di JOHANN WEYER (1515-1588), medico personale del duca Guglielmo a Kleve, autore nel 1563 di un libro molto critico nei confronti dei processi alle streghe, dal titolo «De praestigiis daemonum, et incantationibus, ac veneficiis», che provocò la fine di tali processi nel ducato di Kleve-Jülich-Berg ma anche la viva reazione di JEAN BODIN con il libro *De la démonomanie des sorcières* (1580), per il quale quest'ultimo si meritò da parte di Voltaire il titolo di «procuratore generale di Belzebù» (v. WESEL, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3a ediz., Monaco 2006, pag. 405).

39 Sull'importanza di Friedrich von Spee per la storia del diritto v. OESTMANN, *Aus den Akten des Reichskammergerichts. Prozessrechtliche Probleme im Alten Reich*, Amburgo 2004, pag. 105 e segg.

40 Importante precisazione, questa, in quanto nella nostra prospettiva giusletteraria non ci importa di sapere se queste intuizioni corrispondano a quelle del von Spee storico: quello che conta è che l'immaginario letterario attorno a von Spee abbia permesso di formulare simili ipotesi narrative.

cipa qui Bachofen⁴¹, Michelet⁴², Jung⁴³, concludendo apoditticamente di fronte ai suoi carnefici: «Satana non c'entrava nulla» (loc. cit.). Ben diversa la posizione del suo antagonista, Institor, che a differenza di Eymerich, più strategicamente votato ad ascoltare le ragioni del nemico,⁴⁴ ma solo per meglio combattere l'eresia, liquida qualsiasi argomento di von Spee come pura sofisticheria: «La stregoneria non è che una diversa forma d'eresia, come ho dimostrato nel *Malleus maleficarum*. Ma eresia è anche negare che la stregoneria esista, come fa il prigioniero» (op. cit., Tempo zero V, L'udienza). Di fronte a queste argomentazioni von Spee non ha scampo, come non ebbero scampo le decine di migliaia di

- 41 Penso in particolare al suo *Mutterrecht* del 1861. Sull'importanza di **Johann Jakob Bachofen** per la storia del diritto v. GARRÉ, *Fra diritto romano e giustizia popolare*, Francoforte s.M. 1999. L'impatto di Bachofen in ambito psicoanalitico è ben testimoniato in opere come JUNG, *Symbole der Wandlung*, Zurigo 1952; NEUMANN, *Die Grosse Mutter. Eine Phänomenologie der weiblichen Gestaltungen des Unbewussten*, 10a ediz., Soletta/Düsseldorf 1994; FROMM, *Die sozialpsychologische Bedeutung der Mutterrechtstheorie*, ed. orig. 1934, adesso in *Gesamtausgabe*, vol. I, pag. 85 e segg.; REICH, *Der Einbruch der sexuellen Zwangsmoral. Zur Geschichte der sexuellen Ökonomie*, 3a ediz., Colonia 1972. Interessante notare che Wilhelm Reich stesso appare come importante personaggio in un altro episodio del ciclo (*Il mistero dell'inquisitore Eymerich*, Milano 1996), diventando a sua volta vittima sia di Eymerich che della più recente inquisizione dei tribunali americani che lo condannarono al carcere (dove poi morì) negli anni Cinquanta del secolo scorso, essenzialmente per le sue ricerche scientifiche e quindi per le sue idee (v. a questo proposito EVANGELISTI, *Sotto gli occhi di tutti*, Napoli 2004, pag. 35 e segg.; più in generale sul clima di quegli anni dal punto di vista della storia giuridica v. BOLOGNA, *Difendere la costituzione o difendere i suoi nemici? Il caso del maccartismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38/2009, tomo I, pag. 795 e segg.). Il significato psicoanalitico della contrapposizione fra matriarcato e patriarcato nel pensiero di Reich viene ben illustrata da HARRY MULISCH, *Das sexuelle Bollwerk. Sinn und Wahnsinn von Wilhelm Reich*, trad. ted. dall'originale olandese del 1973, Monaco/Vienna 1997, pag. 111 e segg.
- 42 Penso ovviamente a *La sorcière*, Parigi 1862, opera in genere maltrattata dagli storici, ma capolavoro letterario da non sottovalutare come giustamente sottolineava FORTINI nell'introduzione alla traduzione italiana, Milano 1977.
- 43 V. ad esempio i riferimenti in JACOBI, *Die Psychologie von C.G. Jung. Eine Einführung in das Gesamtwerk mit einem Geleitwort von C.G. Jung*, 7a ediz., Olten/Friburgo i.B. 1976, pag. 176 e segg.
- 44 Uso volutamente un termine che alle orecchie del penalista contemporaneo non può non richiamare il pensiero di Günther Jakobs, con la discussione internazionale che vi ruota attorno (una buona sintesi in AMBOS, *Feindstrafrecht*, RPS 124/2006, pag. 1 e segg.), e che COSTA ha giustamente ripreso in relazione alla concezione canonica dell'eresia: «Il nemico è colui che si allontana dalle verità di fede, ma è egualmente nemico chi si oppone al *superior*» (op. cit., pag. 11).

donne e uomini⁴⁵ che furono sterminati in Europa⁴⁶ dal Quattrocento⁴⁷ al 1782, anno in cui fu eseguita in Europa l'ultima condanna per stregoneria, a carico di Anna Göldi, giustiziata nel Canton Glarona e recentemente riabilitata dalle autorità politiche di detto cantone.⁴⁸ E come non hanno scampo gli inquisiti di Bernardo Gui nel «Nome della Rosa», il terzo elemento della triade giusletteraria da cui prende spunto la mia riflessione.

IV. La verità in tasca

Rispetto a Valerio Evangelisti, Umberto Eco si muove in un orizzonte più post-moderno: condanna l'Inquisizione, certamente, ma vi è in lui una distanza ironica che stempera leggermente i toni rispetto ad Evangelisti. Se in Evangelisti Eymerich è il prototipo dell'intolleranza totalitaria⁴⁹ e in questa veste si incarna in numerosi altri personaggi del ciclo, del passato, del presente ma anche di un sinistro futuro, il Bernardo Gui di Eco è in primis uno dei due principali antagonisti *intellettuali* di Guglielmo da Baskerville, il brillante ed autoironico protagonista del «Nome della rosa», amico di Guglielmo di Occam e di Marsilio da Padova, così appropriatamente interpretato da un indimenticabile Sean Connery nell'omonimo film di Jean-Jacques Annaud (1986). La lotta tra i due, prima ancora che lotta fra intolleranza e ragione, è lotta fra due metodologie ermeneutiche. Guglielmo interpreta i segni del mondo, anticipando certo Scher-

45 I più seri studi parlano di circa 60 000 esecuzioni per tutta l'Europa di età moderna (riferimenti in SCHWERHOFF, Hexenverfolgung, in Enzyklopädie der Neuzeit, vol. 5, Stoccarda/Weimar 2007, pag. 433 e segg.).

46 Viene ben descritta la cupa paura che regnava nell'Europa della caccia alle streghe nel finale del romanzo della famosa scrittrice ungherese RAKOVSKY, L'ombra del serpente (trad. ital. Milano 2007, ed. orig. 2002), quando la protagonista, ormai vecchia e additata dai bambini per strada come «strega» teme da un momento all'altro di essere denunciata alle autorità, ma non per questo rinuncia a coltivare quelle sue competenze farmacologiche che così tante persone pagarono con la vita: «Qui al buio, nella solitudine della mia stanza sono pienamente consapevole di tutto questo, ma so anche che svegliandomi al mattino me ne sarò dimenticata, o almeno proverò a dimenticarmene, perché a spingermi fuori casa, in mezzo agli alberi della foresta sarà il desiderio di andare a raccogliere le mie erbe e anche quelle fragoline di bosco di cui una volta, già all'inizio della primavera, ho visto le foglie in una radura circondata da cespugli di lampone, e che ora spero di trovare ormai mature» (pag. 472). La delicata poesia di queste parole risuona come un potente atto d'accusa contro la civiltà dell'intolleranza propagata dai cacciatori di streghe dell'età moderna.

47 Fra i più recenti studi riguardanti il territorio svizzero si veda Inquisition et sorcellerie en Suisse romande, a cura di OSTORERO e UTZ TREMP, Cahiers Lausannois d'histoire Médiévale, 41/2007, pag. 562 e segg.

48 V. ad esempio HAUSER, Der Justizmord an Anna Göldi, Zurigo 2007, nonché NZZ Online, 10 giugno 2008.

49 Su questo aspetto di grande spessore e ampio respiro l'opera di MEREU, Storia dell'intolleranza in Europa, 3a ediz., Milano 2000.

lock Holmes e gli investigatori del poliziesco classico,⁵⁰ ma facendosi anche portatore di una ben precisa semiotica e permettendo a Eco di prodursi nelle sue eruditissime considerazioni, fra storiografia e linguistica.⁵¹ Così facendo gioca con il lettore, o meglio con i lettori: il lettore avveduto, ma anche quello più sprovvisto, che pensa di aver fra le mani un semplice «giallo storico»⁵². E allora proviamo anche noi a giocare con il romanzo, visto che in ogni caso «de te fabula narratur»⁵³, e vediamo cosa ne possiamo trarre sotto il profilo giusfilosofico. Per fare questo è bene partire dalla sequenza più giuridica del libro, quella dedicata al processo condotto da Bernardo Gui contro Remigio da Varagine, il cellario, ritenuto, oltre che eretico, autore degli assassinii che infestano l'abbazia dove si svolge l'intreccio narrativo. Si tratta di un capitolo (Quinto giorno, Nona, «Dove si amministra la giustizia e si ha la imbarazzante impressione che tutti abbiano torto») che descrive il processo inquisitorio in maniera esemplare, filologicamente basato, come è, sul manuale scritto dallo stesso Bernardo Gui (*Practica Inquisitionis Heretice Pravitatis*, 1323-24). Il Bernardo Gui storico è però una cosa, quello di Eco un'altra. È quasi banale dirlo. Ed è quello letterario che qui ci interessa, in modo particolare per come si staglia sia caratterialmente che nelle pratiche giuridiche, per rapporto a Guglielmo. Di quest'ultimo, francescano e non domenicano come Gui, scopriamo che a suo tempo era a sua volta stato inquisitore,⁵⁴ ma che a un certo punto si è allontanato da questa funzione, pentendosi della sua attività. In questo può ricordarci il gesuita von Spee di Evangelisti: anche lui, in quanto confessore delle condannate, profondo conoscitore *dall'interno* delle tecniche inquisitoriali, ma il parallelo

- 50 Brillanti riflessioni sull'odierno successo del poliziesco, nell'agile volumetto di PERISSINOTTO, *La società dell'indagine*, Milano 2008; per una valutazione della letteratura poliziesca dal punto di vista criminologico può essere utile anche la sintetica introduzione di CENTINI, *La criminologia. Comportamenti criminali e tecniche d'indagine*, Milano 2010, pag. 35 e segg.
- 51 Della folta letteratura uscita sul romanzo di Eco si veda in particolare PISCHEDDA, *Come leggere Il nome della rosa* di Umberto Eco, Milano 1994; CAPOZZI, *Lettura, interpretazione e intertestualità: esercizi di commento a Il nome della rosa*, con un saggio di Andrea Bernardelli, Perugia 2001; GIOVANNOLI (curatore), *Saggi su «Il nome della rosa»*, Milano 1999.
- 52 Per un'analisi del romanzo di Eco nel contesto del giallo novecentesco v. adesso SPINAZZOLA, *Misteri d'autore*, Torino 2010. Più ampiamente sul genere «giallo storico» si veda anche KORTE/PALETSCHEK (curatrici), *Geschichte im Krimi*, Colonia/Weimar/Vienna 2009.
- 53 O con le parole di THOMAS MANN in una lettera del 28 aprile 1917: «Wir finden in Büchern immer nur uns selbst» (*Briefe an Otto Grautoff 1894-1901 und Ida Boy-Ed 1903-1928*, a cura di Peter de Mendelssohn, Francoforte s.M. 1975, pag. 186). Sempre fondamentale in proposito dello stesso UMBERTO ECO, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano 1979.
- 54 Sul ruolo dei Francescani nell'ambito dell'Inquisizione v. supra nota 12. In questo senso il movimento francescano non fu soltanto vittima dell'Inquisizione (v. ad es. BAIGENT/LEIGH, op. cit., pag. 72 e segg.), ma anche parte attiva della stessa istituzione.

finisce presto, perché a differenza di von Spee⁵⁵ si guarda bene dal finire nelle grinfie dell'Inquisizione: è molto più cauto, più ironico, più postmoderno, ma non meno pericoloso per l'Inquisizione stessa, visto che ne mette a nudo le inique illogicità con quell'arma tanto temuta dal suo altro antagonista, padre Jorge: il sorriso. Il metodo dell'Inquisizione è ridicolo, *tragicamente* ridicolo, certo, ma pur sempre *ridicolo*: arriva alla verità partendo dall'idea di avercela già in tasca, questa verità; e ciò è *epistemologicamente* ridicolo. Cerca solo quello che vuole già in partenza trovare, ed ovviamente lo trova, ma trova solo quello: se cerca eresia, trova eresia, se cerca stregoni, trova stregoni, se cerca colpevoli, trova colpevoli. Non a caso al centro della sua metodologia non vi era la ricerca degli indizi e la verifica delle prove, tipiche sia dell'attività di Guglielmo da Baskerville che del diritto penale moderno, ma la confessione del reo, cui si arrivava mediante l'uso o la minaccia della tortura, autorizzata dalla Chiesa cattolica a partire dal 1252. Così quando Bernardo Gui inviterà l'imputato Remigio a confessare e quest'ultimo, sfiancato dalle torture e da un interrogatorio martellante, smarrito chiederà: «Ma cosa debbo confessare?», la risposta dell'inquisitore non lascerà spazio a dubbi:

«Due ordini di peccati. Che sei stato della setta di Dolcino, che ne hai condiviso le proposizioni eretiche, e i costumi e le offese alla dignità dei vescovi e dei magistrati cittadini, che impenitente continui a dividerne le menzogne e le illusioni, anche dopo che l'eresiarca è morto e che la setta è stata dispersa, anche se non del tutto debellata e distrutta. E che, corrotto nell'intimo dell'animo tuo dalle pratiche che apprendesti nella setta immonda, sei colpevole dei disordini contro Dio e gli uomini perpetrati in questa abbazia, per ragioni che ancora mi sfuggono ma che non dovranno neppure essere del tutto chiarite, una volta che sia luminosamente dimostrato (come stiamo facendo) che l'eresia di coloro che predicarono e predicano la povertà, contro gli insegnamenti del signor papa e delle sue bolle, non può che portare a opere delittuose. Questo dovranno apprendere i fedeli e questo mi basterà. Confessa.»

55 Intendendo sempre quello letterario non quello storico, il quale non finì fisicamente nelle mani dell'Inquisizione. La libertà letteraria non è comunque puro arbitrio: al contrario ci apre delle imprevedibili finestre sulla realtà, da cui possono scaturire intuizioni che il rigore storiografico non ci permetterebbe nemmeno di abbozzare. In questo senso se Spee fosse vissuto ai tempi di Eymerich o in quelli di Institor il suo destino difficilmente sarebbe stato diverso da quello immaginato da Valerio Evangelisti. Ciò che conferma come abbia ragione VARGAS LLOSA a sottolineare «quanta verità» si nasconda «nelle menzogne dei romanzi» (Il Sole 24 ore, 8 ottobre 2010, pag. 1 e 29).

Il circolo vizioso è perfetto. L'eresia conduce inevitabilmente al delitto:⁵⁶ tu sei eretico, tu sei colpevole anche degli altri reati, poco importa la totale inesistenza di movente e di seri indizi. La giurisdizione⁵⁷ sull'eresia assorbe tutto il resto, e ad ogni modo, come spiega Guglielmo all'abate Abbone durante il processo, «l'inquisitore è sottratto a ogni giurisdizione regolare e non deve seguire le norme del diritto comune. Gode di speciale privilegio e non è neppure tenuto ad ascoltare gli avvocati». Questa la visione del processo penale in definitiva sottesa al modello inquisitorioale.⁵⁸ I talvolta decantati progressi del processo inquisitorioale (superamento dell'ordalia, formazione scientifica del personale, rigoroso legalismo delle procedure, documentazione del processo) sono ben poca cosa in confronto all'indicibile ed arrogante violenza che li accompagna, soprattutto a fronte di un'evidenza che gli storici che parlano di una pretesa «leggenda nera» dell'Inquisizione tendono a scordare:⁵⁹ ogni singolo processo per un reato *inesistente*⁶⁰ è un processo di troppo! L'eresia in sé era semplicemente l'esercizio di quella che noi oggi chiameremmo libertà di coscienza e religione, e il reato stesso di stregoneria,⁶¹ con i suoi fantasiosi corollari demo-

56 Più ampiamente sul rapporto fra colpe occulte e colpe pubbliche in particolare dopo il Concilio Laterano IV del 1215 v. CHIFFOLEAU, *La Chiesa, il segreto e l'obbedienza*, trad. ital., Bologna 2010. L'itinerario storicogiuridico che ha poi portato alla scissione fra sfera della coscienza e sfera del diritto è ampiamente descritto nell'ormai classico PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000.

57 Intesa come «iurisdiction» e quindi tenendo in considerazione le sempre valide riflessioni di COSTA, *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969.

58 V. anche EYMERICH/PEÑA, op. cit., pag. 159 e segg., 217 e segg.

59 In questo condivido l'opinione di EVANGELISTI (v. in particolare l'introduzione a HAVAS, *Storia dell'Inquisizione*, trad. ital., Bologna 2010, pag. 7 e segg., nonché *Distruggere Alphaville*, Napoli 2006, pag. 203 e segg.) nei confronti degli storici che cercano di sfumare i toni della denuncia dell'Inquisizione, elogiandone in particolare la pretesa attenzione verso la legalità e relativizzando il numero di morti ad essa riconducibili.

60 È ovvio che parto da una concezione sostanziale e non meramente formale di reato, i cui vantaggi vengono ben descritti in WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt. Überlegungen zu einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffes*, Francoforte s.M. 2009; ed è altrettanto ovvio che la mia affermazione è anacronistica, nel senso che proietta una concezione sostanziale di reato, legata in primis al principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*), che non corrisponde alle concezioni criminalpolitiche dell'epoca ma presuppone l'adozione di postulati tipici della cultura penale illuminista (v. ad es. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 9a ediz., Roma/Bari 2008, pag. 466 e segg.).

61 Interessante notare che la *Constitutio criminalis carolina* del 1532 prevedeva la pena del rogo soltanto nei casi di stregoneria qualificata dal fatto di aver cagionato un danno alla vittima (art. 109), ma la prassi giudiziaria estese la pena in questione anche alla stregoneria semplice, quindi senza offesa individuale (FEHR, op. cit., pag. 245), ampliando così a dismisura il campo d'azione della fattispecie qualificata. Studi d'archivio dimostrano del resto come Inquisizione e tribunali laici non perseguissero necessariamente gli stessi scopi nel reprimere la stregoneria: se per la prima predominavano ragioni teologiche e demonologiche, per i secondi restava centrale un'idea popolare di stregoneria, fatta appunto di malefici

nologici, era essenzialmente un prodotto della mente degli inquisitori⁶² e della superstizione popolare.⁶³ Ma si sa, come abbiamo visto sopra, per l'autore del «*Malleus maleficarum*», meriterei il rogo già solo per questo...

V. La procedura penale: uno strumento da maneggiare con cura

Questo dunque l'immaginario del penale che troppo spesso fa ancora capolino nella Storia, nonostante i Filangieri, i Beccaria, i von Spee – ma si dovrebbe per lo meno aggiungere anche Christian Thomasius (1655-1728) con il suo decisivo «*De crimine magiae*» (1701)⁶⁴ – e contro cui in quanto penalisti dobbiamo combattere, come Hans Wiprächtiger ci ha insegnato e continua instancabilmente ad insegnarci di fare. Un immaginario che porta facilmente ai processi sommari, alle condanne anticipate sulla stampa scandalistica,⁶⁵ alle degenerazioni poliziesche del G8 di Genova⁶⁶, addirittura alle sofisticate giustificazioni della

ai danni di persone, animali, colture (v. in particolare SIMON, «*Si je veux, il mourra!*». *Maléfices et sorcellerie dans la campagne genevoise (1497-1530)*, in *Cahiers Lausannois d'Histoire Médiévale*, 42/2007, pag. 305 e segg.).

- 62 Che vi sia nell'attualità un effettivo problema criminologico legato al cosiddetto «satanesimo» è un altro discorso, non certo da banalizzare nella sua pericolosità (v. gli inquietanti esempi recenti descritti in CENTINI, op. cit., pag. 105 e segg.), ma da distinguere chiaramente dal contesto e dalle ragioni criminalpolitiche della «caccia alle streghe» medievale e moderna.
- 63 Sulla fusione fra i due filoni culturali, quello intellettuale degli inquisitori e quello folklorico, si veda il classico GINZBURG, *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Torino 1989. Il contesto storico che ha portato all'esacerbazione della caccia alle streghe a partire dalla seconda metà del Cinquecento è ben descritto in KITTSTEINER, *Die Stabilisierungsmoderne. Deutschland und Europa 1618-1715*, Monaco 2010, pag. 137 e segg. Un discorso a parte meriterebbe inoltre la questione della magia negli ambienti scientifici agli inizi dell'età moderna, non soltanto in pensatori come Tommaso Campanella, Giordano Bruno o Paracelso ma anche in padri fondatori delle scienze moderne come Bacon, Descartes, Kepler, Leibniz e Newton (v. in particolare ROSSI, *Il tempo dei maghi*, Milano 2006).
- 64 Per un primo orientamento v. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007, pag. 342 e segg.; RÜPING/JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5a ediz., Monaco 2007, pag. 84; WESEL, *Geschichte des Rechts in Europa*, Monaco 2010, pag. 367.
- 65 Più ampiamente sul problema v. DTF 116 Ia 14, nonché SALMINA, *Il processo come notizia?*, in *Il Codice di diritto processuale penale svizzero*, a cura di Mario Postizzi e Mattia Annovazzi, Lugano/Basilea 2010, pag. 125 e segg., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali. V. anche TPF 2009 12. Comprensibile in tal senso che il lavoro sui media entri addirittura a far parte delle strategie complessive di difesa, come ben spiega JOSITSCH in *Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung*, RPS 122/2004, pag. 115 e segg.; v. adesso anche GULLOTTI/BINZ, *Face au tribunal de l'opinion publique*, in *Anwaltsrevue* 10/2010, pag. 399 e segg. Prototipo storico del ruolo prima negativo e poi positivo della stampa nell'ambito dei procedimenti penali è forse l'affare Dreyfuss, cui proprio Eco nel suo ultimo romanzo, *Il cimitero di Praga* (Milano 2010), ha dedicato delle pagine interessanti. Degno di nota, in area germanofona, anche il caso descritto da HAGNER, *Der Hauslehrer: Die Geschichte eines Kriminalfalls*, Berlino 2010.
- 66 Ottima e sconvolgente la ricostruzione di CARLO LUCARELLI, *G8. Cronaca di una battaglia*, Torino 2009.

tortura da parte di taluni consiglieri giuridici della Casa Bianca⁶⁷. Contro tutto questo, non basta gridare allo scandalo, occorre ogni giorno impegnarci per coltivare una cultura del rispetto, della proporzionalità e della moderazione⁶⁸

- 67 In teoria abolita nei Paesi civili (v. ad es. Convenzione del 10 dicembre 1984 contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, RS 0.105; Convenzione europea del 26 novembre 1987 per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, RS 0.106; il divieto della tortura costituisce altresì una di quelle rare norme consuetudinarie appartenenti al cosiddetto «ius cogens» internazionale, unico limite sostanziale in Svizzera alla libertà delle iniziative popolari, v. art. 139 cpv. 3 Cost. e le stimolanti riflessioni in proposito di THÜRER, *Festungen, Fregatten und «zwingendes» Völkerrecht*, in *NZZ* del 5 novembre 2010, pag. 23), la tortura è purtroppo tornata agli onori della cronaca dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, con giustificazioni e sottigliezze giuridiche molto preoccupanti (v. BARBERINI, *op. cit.*, pag. 127 e segg.; si veda anche l'ultimo rapporto del relatore speciale ONU per la tortura Manfred Nowak, citato in *Neue Zürcher Zeitung* del 20 marzo 2010, pag. 9), in fondo non troppo dissimili dalle ipocrite raffinatezze e cautele dei manuali medievali sul tema (v. ad es. EYMERICH/PEÑA, *op. cit.*, pag. 230 e segg.). Più ampiamente v. MÖHLENBECK, *Das absolute Folterverbot. Seine Grundlagen und die strafrechtlichen sowie strafprozessualen Folgen seiner Verletzung*, Francoforte s.M. 2008. Fra le sentenze più recenti in questo ambito si veda la sentenza 1. giugno 2010 della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Gäfgen c. Germania (richiesta n. 22978/05). Della vasta letteratura storica in materia si vedano soprattutto il classico FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano 1953, nonché SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, Colonia/Weimar/Vienna 2000 e RILEY SCOTT, *A History of Torture*, Londra 1940. Di grandissimo valore letterario oltre che storico infine ALESSANDRO MANZONI, *Storia delle colonne infame* (ed. originale annessa a *I promessi sposi*, 1840-42), adesso pubblicata con prefazione di Giancarlo Vigorelli e con un saggio di Salvatore Veca, Locarno 1999, cui vanno accostate anche le Osservazioni sulla tortura di PIETRO VERRI, scritte nel 1776-77 ma rimaste inedite fino al 1804 (consultabili ad esempio in *Opere varie*, a cura di Nino Valeri, Firenze 1947, pag. 353 e segg.).
- 68 L'insistenza con cui nel rapporto esplicativo dell'avamprogetto di nuova, ennesima riforma della parte generale del Codice penale viene posto l'accento sugli aspetti retributivi della pena, obliterando dalla riflessione le concrete risultanze criminologiche, non lascia comunque ben sperare nella disponibilità del mondo politico a discutere in maniera equilibrata di questi temi. Non è del resto buon segno nemmeno il fatto che il Codice penale sia da decenni un cantiere perenne, ponendo problemi di certezza del diritto non indifferenti visto che comunque nel diritto penale il principio cardine delle norme transitorie è sempre quello della «lex mitior». Per questo motivo, pur riconoscendo l'esistenza di punti critici, mi era già capitato in un'intervista al *Corriere del Ticino* del 16 settembre 2008 («Un Codice penale di manica larga?», a cura di Carlo Manzoni) di sottolineare la necessità di raccogliere esperienze sulla nuova parte generale del Codice penale prima di affrettarsi a riformarla. Nessun indicatore statistico mostra del resto segnali di aumento della criminalità, rispettivamente della recidiva, dopo l'entrata in vigore del nuovo sistema sanzionatorio (v. VAUCHER DUCOMMUN, *L'application du nouveau droit des sanctions et ses effets: que dit la statistique publique?* in Nadja Capus/Jean-Luc Bacher (curatori), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Berna 2010, pag. 53 e segg.). Legiferare in tutta fretta, senza alcun valido sostegno a livello di dati criminologici ma piuttosto sull'onda delle emozioni non è certo il modo migliore per rafforzare nei cittadini quell'afflato civile che deve sempre guidare qualsiasi politica del penale. Non è senza ragione che, sulla base di tendenze legislative simili, SERRANO GÓMEZ parla, riprendendo la terminologia di Zygmunt Bauman, di *Legislación líquida* (*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 12-r3/2010). Inte-

nell'uso di uno strumento dell'azione dello Stato tanto essenziale per il convivere sociale⁶⁹ quanto potentissimo nella sua sostanza coercitiva⁷⁰ e pertanto da maneggiare con la massima diligenza che una tale potenza esige. La legalizzazione della tortura, a partire dal 1252, è andata infatti di pari passo con l'idea che la confessione fosse la regina delle prove, e come tale una comoda quanto illusoria scorciatoia verso la verità, processuale o materiale poco importa. Michel Foucault definisce tortura e confessione due fenomeni gemelli,⁷¹ tutto sommato abbandonati soltanto nella prima parte dell'Ottocento⁷², non da ultimo grazie ai progressi scientifici⁷³ che hanno portato a nuovi procedimenti

ressanti riflessioni giuspolitiche, filosofiche e psicoanalitiche sul recente ritorno di concezioni eminentemente repressive del penale in RODE/KAMMEIER/LEIPERT (curatori), *Neue Lust auf Strafen*, Münster 2005; da un punto di vista storico v. anche CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta*, Milano 2007; relativizza comunque l'effettiva diffusione di queste tendenze MÜLLER, con riferimento ad un recente studio di André Kuhn (*Urteil über Sanktionen «reine Spekulation»*, in: *plädoyer* 5/2010, pag. 12 e seg.); si veda in effetti KUHN, *Répression versus resocialisation – La punivité du public est-elle en phase avec celles des juges?*, in Cornelia Bessler/Benjamin Brägger/Volker Dittmann/Daniel Fink/Silvia Steiner/Fabienne Vogler, *Neue Gewalt oder neue Wahrnehmung?*, Berna 2009, pag. 151 e segg.

69 Sul dovere dello Stato di proteggere i propri cittadini anche con lo strumento penale, obbligo in particolare derivante per quanto riguarda reati gravi come l'omicidio dall'art. 35 Cost. in combinato disposto con l'art. 10 cpv. 1 Cost., v. DTF 135 I 113 nonché il commento a questa sentenza di KÜNZLI, in ZBJV 146/2010 pag. 940. Più ampiamente sulla relazione fra monopolio statale dello *ius puniendi* e relativo obbligo di punire v. GARRÉ, *Il paradigma statale dello ius puniendi*, in Nadja Capus/Jean-Luc Bacher (curatori), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Berna 2010, pag. 11 e segg. Non diversamente da quanto accade per altre importanti attività statali, l'obbligo di proteggere i propri cittadini comporta la necessità di tenere conto anche delle loro paure, nel senso che, come scrive SUNSTEIN, «poiché rispettano la libertà e l'autogoverno, e poiché vogliono migliorare la vita degli uomini, i governi democratici ascoltano attentamente ciò che la gente ha da dire. Ma, per la stessa ragione, stanno bene attenti a fare in modo che le leggi e le politiche riducano, e non replichino, gli errori a cui è esposta la gente che soccombe alla paura» (*Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna 2010, pag. 303; titolo originale *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge 2005). In ambito di politica criminale questo significa tenere presenti le paure diffuse nella popolazione, senza però cedere ai populismi e cercando sempre di portare il discorso giuspolitico sui binari della ragionevolezza e della moderazione.

70 Basti pensare al forte peso costituzionale che viene dato alla pretesa punitiva dello Stato in recenti sentenze del Tribunale federale come le DTF 136 I 87 (si veda in proposito la critica di TSCHENTSCHER in ZBJV 146/2010, pag. 964 e seg.) e 136 IV 97 (caso Rappaz) consid. 5 e 6.

71 V. *La volonté de savoir*, Parigi 1976, pag. 79.

72 V. più ampiamente WEITIN, op. cit., pag. 99 e segg.

73 In questo senso, pur apprezzandone gli importanti spunti di riflessione, non ci sentiamo di condividere appieno il pessimismo di BERKOWITZ espresso in *The Gift of Science*, Cambridge/Londra 2005, sulla pretesa discrasia fra scientificizzazione del diritto e giustizia a partire dal pensiero di Leibniz (v. in part. pag. 17 e segg.). Se si amplia infatti il discorso dall'originario campo del diritto civile a quello del diritto penale, il lascito metodologico di Leibniz può assumere aspetti che non vanno trascurati. Scientificizzare il diritto «more geometrico» permette in effetti un avvicinamento metodologico del diritto alle scienze esatte,

induttivi più simili a quelli di Guglielmo da Baskerville che a quelli di Bernardo Gui. La confessione diventa una prova come un'altra, importante certo,⁷⁴ ma non sufficiente, da sola, per assodare la colpevolezza dell'imputato.⁷⁵ Ben più importante diventa la valutazione d'insieme degli indizi, raccolti grazie all'attenta analisi del luogo del crimine.⁷⁶ Si tratta tuttavia di una via faticosa. Di una via scientifica, fatta di analisi e controanalisi, di ipotesi investigative e di dubbi: quanto più complicati che la semplice via della confessione, «regina probationum»! Ma la nostra procedura penale è centrata sul valore euristico del dubbio.⁷⁷ Il principio «in dubio pro reo» è un'architrave costituzionale (art. 32 cpv. 1 Cost., 6 n. 2 CEDU e 14 n. 2 Patto Onu II), ribadita ora all'art. 10 del nuovo Codice di procedura penale svizzero⁷⁸, che non è una resa di fronte all'ignoto, ma un invito a continuare la propria ricerca, a non arrendersi di fronte all'evidenza, come il memorabile Henry Fonda di «12 Angry Men» di Sidney Lumet

che se per quanto riguarda le derive pandettiste (pag. 137 e segg.) va senz'altro criticato, per quanto concerne invece risvolti meno evidenti, segnatamente in ambito criminalistico, assume un'importanza capitale.

- 74 Delinea bene l'itinerario storico dell'istituto della confessione tra età moderna ed età contemporanea MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994.
- 75 In questo senso la confessione non permette di derogare dal principio del libero apprezzamento delle prove ed dall'esigenza di un intimo convincimento del giudice (sentenza del Tribunale federale 6B_626/2008 dell'11 novembre 2008, consid. 2.1). V. anche DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, *Strafprozessrecht*, Zurigo 2010, pag. 40, nonché lo stesso art. 160 CPP ed il relativo commento di GODENZI in Donatsch/Hansjakob/Lieber (curatori), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010. V. già l'art. 156 della legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934, che prevedeva comunque un alleggerimento dell'onere probatorio se l'accusato confessava in maniera fededegna. Spettava comunque al giudice accertare d'ufficio che la confessione fosse, appunto, degna di fede. Per un inquadramento più ampio della problematica v. anche la presentazione di DULONG al libro da lui curato *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, Parigi 2001, pag. 9 e segg. Sulla portata della confessione in quanto fattore di mitigazione della pena v. la sentenza del Tribunale federale 6B_426/2010 del 22 luglio 2010, riassunta e commentata in *ius.focus* 9/2010, pag. 22 e seg. con ulteriori rinvii.
- 76 V. ad es. PORRET, *Sul luogo del delitto. Pratica penale, inchiesta e perizia giudiziaria a Ginevra nei secoli XVIII-XIX*, trad. ital., Bellinzona 2007 e VEC, *Die Spur des Täters. Methoden der Identifikation in der Kriminalistik 1879-1933*, Baden-Baden 2002.
- 77 Stimolanti riflessioni in proposito in CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*, Palermo 2007. Più ampiamente, sul valore etico ed euristico del dubbio v. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma/Bari 2007.
- 78 V. ad es. WOHLERS, *Commento ad art. 10 CPP*, in Donatsch/Hansjakob/Lieber (curatori), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2010, pag. 76 e segg.; VERNIORY, *Commento ad art. 10 CPP*, in *Commentario romando*, Basilea 2010; PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basilea 2009, pag. 46 e segg.; PIQUEREZ, *Les principes généraux de la procédure pénale selon le Code de procédure pénale suisse* (art. 3-11 CPP): la consécration législative de la constitutionnalisation du procès pénal, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Ginevra/Zurigo/Basilea 2008, pag. 71 e segg.; SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurigo/San Gallo 2009, pag. 82 e segg.

(1957)⁷⁹, un film che sarebbe bello pensare che ogni giudice veda e spesso riveda prima di esercitare il mestiere che Hans Wiprächtiger, per più di trent'anni, ha esercitato con la passione, l'empatia⁸⁰ e l'impegno sociale per i quali gli siamo profondamente riconoscenti.

79 Si veda adesso anche il remake («12») di NIKITA MIKHALKOV (2007).

80 Sulla centralità del valore dell'empatia nel generale processo di civilizzazione v. adesso RIFKIN, *La civiltà dell'empatia*, trad. ital., Milano 2010. Per HUNT (op. cit.) si tratta della condizione essenziale per l'emergere della nozione stessa di diritti umani.

Ungerechtigkeit als Leitlinie für die Definition der Gerechtigkeit

VON MARIO POSTIZZI

I. Einleitende Betrachtungen

Der nachfolgende, dem Bundesrichter Hans Wiprächtiger gewidmete Beitrag, gehört vollumfänglich, wenn auch nicht ausschliesslich, in das Gebiet der Rechtsphilosophie. Diese Themenwahl ist kein Zufall: «Rechtsphilosophie will eine Lehre vom richtigen Recht, eine Lehre von der Gerechtigkeit entwickeln».¹ Um Gerechtigkeit aber hat sich der Jubilar, sei es in seiner Eigenschaft als Richter, sei es als Rechtsgelehrter, immer in besonderem Masse bemüht.²

Juristen haben einen gewissen Widerwillen gegen die Philosophie, wenn sich diese zu sehr mit metaphysischen Auseinandersetzungen befasst.³ Ein bedeutendes Beispiel bildet die Frage der Willensfreiheit. Die Rechtswissenschaft hat sich hier von den Auseinandersetzungen über Determinismus und Indeterminismus zunehmend distanziert und die Sache mit einer Vermutung von Willensfreiheit als notwendiger Bedingung der persönlichen Verantwortung gelöst.⁴ Aus reiner Konvention wird behauptet, dass der Einzelne seine Antriebe mit der Vernunft steuern und sie, wenn er geistig gesund ist, auch unterdrücken kann. Allerdings schließt eine solche pragmatische Lösung philosophische Betrachtungen und Implikationen nicht aus. Denn das Recht ist kein isoliertes Fach, kein autoreferenzielles Universum. Beunruhigende Fragen eröffnen keine bequemen Wege, keine Ausflüchte, keine voraussehbaren Antworten, keine oberflächlichen Untersuchungen im Sinne einer *philosophia pigrorum*. Sich auf der Höhe der Abstraktion zu bewegen, ohne sich dabei mit dem lebenden Recht zu befassen, ist im Rückblick nicht empfehlenswert.

Notwendig werden die Hinwendung zur Rechtsphilosophie und ihre Hilfe aber, sobald man Schicksalsfragen unserer Zeit angeht.⁵ Dann ist «das Philoso-

1 NAUCKE, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, Neuwied/Kriftel 2000, S. V; bereits Fichte hat gesagt, dass die Rechtsphilosophie keine einzige Stunde Wert sei, wenn sie nicht das Problem der Gerechtigkeit und des richtigen Rechts in den Mittelpunkt stellt.

2 WIPRÄCHTIGER, Gericht und Gerechtigkeit am Beispiel der Strafjustiz, in: Gedanken zur Gerechtigkeit, Festschrift für H. Giger zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 77 ff.

3 VILLEY, ein Rechtsphilosoph, fordert ausdrücklich dazu auf, «toute métaphisique brumeuse» zu vermeiden (so sein Préface historique, in: L'utile et le juste, Archives de philosophie du droit, Band 26, Paris 1981, S. 2).

4 Vgl. STRATENWERTH, Willensfreiheit – eine staatsnotwendige Fiktion, ZStrR 1984, S. 225.

5 In diesem Sinne KAUFMANN, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, Heidelberg 1992, S. 45.

phische uns nicht mehr das ferne Projektionsbild der Wirklichkeit, auf das man auch verzichten könnte, sondern es ist für uns der Zugang der Wirklichkeit»⁶. Das Nachdenken über die Gerechtigkeit beginnt gerade beim Bewusstsein der Entfernung zwischen dem verfolgten Zweck und dessen Verwirklichung. Sein Bestreben ist es, diese Entfernung so gut wie möglich zu verringern. Rechtsphilosophie kann man als eine «Provokation» bezeichnen, «das Recht gegen das immerdar lauernde Unrecht zu verteidigen»⁷. Von hier aus kann man die treffende Frage von Kurt Seelmann: «Tut es der Rechtswissenschaft gut, wenn sie mit der Rechtsphilosophie konfrontiert wird?»,⁸ positiv beantworten. Meistens neigt man dabei zu dem Glauben, dass es das Recht ist, das mit vollen Händen von der Philosophie schöpft. Doch ist das insofern nicht richtig, als die Jurisprudenz ihrerseits eine bedeutende Anzahl von philosophischen Begriffen geschaffen hat.⁹ Das beweist gerade das Wort Gerechtigkeit, wenn wir an das enigmatische und lapidare Fragment von Anaximander denken (6. Jh. v. Chr.), das den ältesten Spruch des abendländischen Denkens¹⁰ darstellt: «Woraus aber das Werden ist den seienden Dingen, in das hinein geschieht auch ihr Vergehen nach der Schuldigkeit; denn sie zahlen einander gerechte Strafe für ihre Ungerechtigkeit nach der Zeit Anordnung.»¹¹ Interessanterweise verbindet dieser Spruch juristische und prozessrechtliche Begriffe.¹² Hinsichtlich der Gerechtigkeit beziehen wir uns unmittelbar auf Sokrates, Platon und Aristote-

- 6 SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1950, S. 4; diesbezüglich lautet eine bezeichnende Passage von Romano Guardini: «Es scheint, also ob unser Denken vergessen hätte, dass es vor <Dingen> steht. Als ob es vergessen hätte, dass seine Gegenstände nicht logische Merkmalsgebilde sind, sondern geformte, runde, eben konkrete Wirklichkeiten. Begriff und Abstraktion sind doch nur Mittel, jene eigentlichen Gegenstände denkend zu fassen» (GUARDINI, Der Gegensatz, Versuche zu einer Philosophie des Lebendig-Konkreten, Mainz-Paderborn 1998, S. 162).
- 7 KAUFMANN, Wozu Rechtsphilosophie heute?, in: DERS., Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, Köln/Berlin/Bonn/München 1984, S. 21.
- 8 SEELMANN, Wozu Rechtsphilosophie?, BJM 1997, S. 57.
- 9 ADORNO, Philosophische Terminologie, Band 1, Frankfurt a.M. 1973, Bd. 1, S. 38 und 45.
- 10 HEIDEGGER, Der Spruch des Anaximander (1946), in: Holzwege, Frankfurt a.M. 1994, S. 321.
- 11 Hier folge ich einer der möglichen Übersetzungen in die deutsche Sprache, wie sie von WOLF, Griechisches Rechtsdenken I, Vorsokratiker und frühe Dichter, Frankfurt a.M. 1950, S. 219, vorgeschlagen wurde, wobei ich unterstreiche, dass das Wort <adikia> mit dem Wort <Ungerechtigkeit> übersetzt wird. «Aber ist dieses Wörtliche schon wortgetreu? Achtet das übersetzende Wort auf das, was im Spruch zur Sprache kommt?» Diese Fragen hat HEIDEGGER (Fn. 10), S. 354, so gestellt.
- 12 Unter den verschiedenen Meinungen, die zu diesem Ergebnis führen, beziehe ich mich auf JAEGER, Paideia, Die Formung des Griechischen Menschen, Berlin-New York 1989 (erste Auflage 1933–1947 in drei Bänden), S. 218: «Nicht das Dasein ist eine Schuld, das ist eine ungriechische Auffassung, sondern Anaximander stellt sich leibhaftig vor, dass die Dinge unter sich im Streit liegen wie die Menschen vor Gericht. Wir sehen eine ionische Polis vor uns. Wir sehen den Markt, wo das Recht gesprochen wird, und den Richter, der auf dem Stuhle sitzt und die Busse festsetzt.»

les. Wir müssen aber sehen, dass deren Überlegungen lange vorbereitet wurden und auf jahrhundertelanger Geschichte beruhen.

Der moderne Jurist hat, umgeben von Komplexität, die aufklärerische Sicherheit der Einfachheit des Gesetzes und des Richters als dessen Mund verloren; die absoluten Visionen des Naturrechts, welche die Illusion von unveränderlichen, juristischen Instituten begründen; die unrealistische Anmaßung des Positivismus, jedes Problem oder jede Frage allein durch das Gesetz lösen zu können. Das Szenario der Moderne begünstigt mehr Weltauffassungen, mehr Gesichtspunkte. Dabei wäre es gefährlich, einer zu sehr vom Relativismus geprägten oder extrem funktionalistischen Auffassung zu folgen. Vielmehr wäre es zweckmässig, die ontologische Frage an die äussersten Grenzen des Rechts zu verbannen und stattdessen ein Zusammenwirken von geschichtlichem Recht und übergeschichtlichem Hintergrund für möglich zu erachten, wie dies Arthur Kaufmann in einer wertvollen Synthese vertreten hat.¹³ Solches Denken ist wesentlich für die Prägung des Gerechtigkeitsbegriffs. Dessen Inhalt ist in einer Werteskala begründet und hängt von der Stellung ab, die dem Menschen (in einem bestimmten Zeitpunkt der Geschichte) gegenüber der Staatsgewalt und der ihn umgebenden Welt zuerkannt wird. Das Wort Gerechtigkeit ist das Symbol einer Vielfalt von Darstellungen. Es gibt, mit anderen Worten, keine Idee von Gerechtigkeit, die allseitig annehmbar wäre, und daher ist es unmöglich, eine materielle Definition zu liefern, die allgemein gültig ist. Es gibt nicht einmal einen gemeinsamen Nenner, auf den sich die Potentialität dieses Begriffs so erschöpfend brechen liesse, dass er kulturelle Entwicklungen, politische Konflikte und historische Umwandlungen umfasst. Vielmehr besteht die konkrete Gefahr, dass eine solche Formel in Banalität oder in ein hochtrabendes *passé-partout* degenerieren würde. Dann aber wäre das Gerechtigkeitskonzept nur noch eine leere Formel, die jedermann nach Belieben verwenden oder nach seinem Vorteil ausfüllen könnte.

Die Idee der Gerechtigkeit sitzt in den Begriffen des Gesetzes, als abgekürzte Ausrechnung allgemeiner Interessenbewertungen und daraus folgender Konfliktlösungen, die der Gesetzgeber schon vorweg ins Auge gefasst hat.¹⁴ Das erklärt, weshalb die Rechtsnorm nicht bis ins letzte Detail gehen kann. Würde der Gesetzgeber das Ziel der Präzision verfolgen, könnte dies nur zu Lasten der Gerechtigkeit geschehen. Es könnte die Anwendung des Rechts behindern oder ihr sogar entgegenstehen. Wollte der Gesetzgeber unter allen Umständen auf Gerechtigkeit spekulieren, müsste er es auf Kosten der Bestimmtheit tun. Dem-

13 KAUFMANN, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1976, S. 113. Dieser Zusammenhang ist im Bereich der Interpretation von Bedeutung, in der man nicht vom «geistigen Horizont» und von der «historischen Situation» absehen kann (so MAIHOFER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt a.M. 1967, S. 10).

14 WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, S. 575.

gegenüber kommt es darauf an, Gerechtigkeit unter den konkreten Umständen mit ihren Besonderheiten zu verwirklichen. Also geht es darum, die Bedingungen zu schaffen, die eine korrekte und überzeugende Beurteilung aller in Betracht kommenden Interessen, Werte und Prinzipien ermöglichen. Dies am Ende zu tun, ist die Aufgabe dessen, der das Recht anwendet. Man kann kein Konzept von Gerechtigkeit gestalten, ohne den Menschen als dessen letzten Bezugspunkt zu betrachten und ohne das Verfassungsrecht zu berücksichtigen. Mit Blick auf die geschichtlichen Erfahrungen reduziert sich die Gerechtigkeitsidee auf den fortwährenden Versuch, die großen sozialen Gegensätze auszugleichen, die im Verhältnis Freund und Feind, Arme und Reiche, Herren und Knechte,¹⁵ bestehen. Diese Spur ist noch bis in unsere Tage gegenwärtig. Man denke an die Spannung zwischen Gleichheit und Freiheit: Je freier eine Gesellschaft wird, desto ungleicher wird sie; je gleicher sie ist, desto weniger frei wird sie sein. Die Vision der Gerechtigkeit zielt auf eine Lösung, die sich hauptsächlich an ein mehr oder minder und nicht an ein entweder – oder hält. Sie erfordert nicht nur eine Abwägung, welche die Aufopferung von Interessen oder Werten bedeutet, sondern – im Rahmen des Möglichen – auch deren Ausgleich. Eine Lösung wird als gerecht betrachtet, wenn sie dem Interesse oder dem Wert dessen folgt, was am schutzwürdigsten ist. Hinsichtlich der Entwicklung der verschiedenen Weltanschauungen nimmt die Verfassung im Prinzip eine neutrale Haltung ein. Sie kann aber gegenüber den in ihren Grundprinzipien enthaltenen Werten nicht völlig unempfindlich und gleichgültig sein. Im Wesentlichen hat die Gerechtigkeit eine zweifache Natur: als Gewährleistung oder als Grenzsetzung. Im ersten Fall folgt daraus eine Gestaltungsaufgabe, mit der Notwendigkeit, die Erwartungen und Rechte des Einzelnen zu erweitern oder durchzusetzen. Im zweiten Fall hat sie eine Schutz- und machtbegrenzende Funktion, als erhoffte Reaktion und Notwendigkeit, Ungerechtigkeit wiedergutzumachen.

II. Die Definition von Rechtsbegriffen

Definition ist Bearbeitung, Exposition und Auseinanderlegung eines Begriffs in seine Bestandteile. Es handelt sich um eine beschreibende, begrenzende, verbindende und teilende Tätigkeit, die mittels der Sprache stattfindet. Kant hatte spöttisch behauptet, Juristen seien unfähig, einen Rechtsbegriff zu finden. Javolenus weist mahndend darauf hin, dass Definitionen gefährliche Sprengkörper sind. Niklas Luhmann ist der Meinung, man müsse funktionsgerecht vorgehen, wenn man zu einem konkreten Ergebnis kommen wolle. Man könnte die Aufzählung solcher Meinungen fortsetzen, ohne zu einem gültigen

15 ZAGREBELSKY, Giustizia, Il rifiuto dell'ingiustizia come fondamento minimo, in: Bianchi et al. (Hrsg.), *Lezione Bobbio*, Turin 2006, S. 84, mit besonderem Hinweis auf Norberto Bobbio, der das Argument auf die kantische Idee des Individuums gründet, gesehen also in seiner Eigenschaft als Mensch mit seiner Würde, immer als Ziel und niemals als Mittel.

oder einstimmigen Schluss zu gelangen. Demgegenüber scheint es sinnvoller, einige Methoden zu nennen, die bei der Suche nach einer Definition Verwendung gefunden haben. Etymologisch gesehen beschreibt *de-finire* das Ziel, einen Begriff einzuengen. Dem liegt eine Idee von Begrenzung und Einverleibung zugrunde. Eine gute Regel ist dabei, die Frage zu vermeiden, was ein bestimmter Begriff – zum Beispiel die Gerechtigkeit, das Recht, die Freiheit – eigentlich bedeutet. Denn darauf findet man keine erschöpfende Antwort.¹⁶ Etwas zu definieren, heisst auch zu sagen, was es nicht ist. Jeder Begriff enthält seinen Gegenbegriff. Geht man so vom Gegensatz aus, entspricht man der von Spinoza getroffenen Feststellung: *omnis determinatio negatio*. Diese Weise der Annäherung hat eine leicht einsehbare Logik. Das negative Verfahren ist im Blick auf gewisse Begriffe wenn nicht einfacher, so doch sicherlich weniger mühsam.¹⁷ So sind wir beispielsweise nicht im Stande zu sagen, was das Glück aller ist. Dagegen können wir verstehen, was ein Unglück, eine Krankheit, das Fehlen von Freiheit bedeutet – dies deshalb, weil «Leid, Elend und Ungerechtigkeit vom Menschen ja viel stärker erlebt werden als deren positive Komplemente.»¹⁸ Ausser Diskussion steht, dass man den Inhalt eines Wortes nur anhand von anderen Worten erläutern kann. Aristoteles hat bemerkt, dass man das Problem nicht löst, sondern einfach verschiebt, wenn man Gerechtigkeit als Gleichheit definiert. Und in der Tat lassen sich die Worte, die man zur Erläuterung eines Begriffs benutzt, ihrerseits wiederum anders und neu definieren.

Auch wenn ein Begriff Gegenstand philosophischer Reflexion ist, hat die Rechtswissenschaft die Aufgabe, für ihr Bezugssystem eine selbständige Definition bereitzustellen. Dabei darf sie offensichtlich interdisziplinäre Analysen berücksichtigen. Die Aufgabe kann eigentlich in nichts anderem bestehen, als das «in den Termini, in den Worten geronnene Leben zu erwecken.»¹⁹ Um ein einziges Wort zu erklären, muss man den gesamten Kontext, in dem das bestimmte Wort steht, und seine Beziehung zu den anderen Worten kennen. Diesbezüglich

16 HOFMANN, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 2000, S. 34: «Die Frage, was das Recht an sich (eigentlich) ist, wird damit zwar nicht beantwortet. Aber das ist kein Grund zu philosophischer Beunruhigung. Auch Algebra und Geometrie, Biologie und Medizin, Chemie und Physik lehren nicht, was Zahl und Raum, Leben und Gesundheit, Elemente, Materie und Energie (eigentlich) sind. Würde man mit einem Begriff vor dessen vollständiger Definition gar nichts anfangen können, (so würde es gar schlecht mit allem Philosophieren stehen).»

17 Arthur Kaufmann verwendet den Begriff der negativen Jurisprudenz (KAUFMANN, Rechtsphilosophie, München 1997, S. 178).

18 KAUFMANN, Das Menschenbild im Recht, Rechtsphilosophische Aspekte, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, Köln-Berlin-Bonn-München 1993, S. 422.

19 ADORNO (Fn. 9), S. 18. Daher ist es nicht denkbar, einen Begriff das erste Mal sofort aufzuspiessen (S. 22). Letzterer wird vielmehr aphoristisch als «die verhärtete Narbe eines ungelösten Problems» bezeichnet (in: Philosophische Terminologie, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1973, S. 10 f.).

ist eine Passage von Martin Buber emblematisch: «Die Grundworte sind nicht Einzelworte, sondern Wortpaare.»²⁰ Die Worte verhalten sich zueinander (a) als Differenzierung: Sie beziehen sich aufeinander und, wie man sagen könnte, sie spielen auf demselben Feld; (b) als Kontrast: Die Spezifikation eines Begriffs geht von seinem Gegensatz aus. Für die Gerechtigkeit sind andere Worte von Bedeutung (wie beispielsweise das der Würde) und fällt die semantische Identität des Begriffs auf, obwohl er nicht immer dasselbe bedeutet. Ohne dass sich das Wort als solches verändert, kann die geschichtliche Entwicklung seine Bedeutung verändern. Mit Recht wird gesagt, dass «es in einer lebendigen Sprache keine unveränderlichen Felsblöcke gibt.»²¹ Die Geschichte giesst neuen Wein in alte semantische Fässer. Jede Epoche füllt, mit anderen Worten, die Fässer gemäß ihren eigenen Bedürfnissen mit verschiedenen Inhalten und erneuert auf diese Weise auch ihre Vitalität. Das Wort Gerechtigkeit hat einen besonders emotionalen Appeal. Jedermann fällt es leicht, umstandslos zu sagen, ob ein Verhalten gerecht oder ungerecht ist, gebilligt oder getadelt werden sollte. Aber wir sind nicht imstande, aus dieser ursprünglichen Intuition eine Definition zu entwickeln. Ein Begriff ist im Gegenteil umso weniger definierbar, je offensichtlicher er intuitiv ist.

III. Die Definition von Gerechtigkeit: Eine Sisyphusaufgabe?

Die Hoffnung auf eine endgültige Definition von Gerechtigkeit ist vergeblich. Es handelt sich um einen schwer fassbaren Begriff. Wer das Gegenteil behauptet, ist das Opfer einer sprachlichen Illusion oder übertreibt eine Ideologie. Bestenfalls «sind wir Juristen gleichsam die mitbeteiligten Protokollführer und Archivare der durch die gesamte Menschheitsgeschichte geführten Gerechtigkeitsdefinitionen.»²² Auf diesem Gebiet besteht die Arbeit des Juristen in der Sisyphusaufgabe, einen Felsbrocken ununterbrochen den Hang aufwärts zu rollen, der infolge seines eigenen Gewichts wieder zurückrollt. Von hier aus scheint Walter Benjamins Behauptung verständlich, wenn er sagt, dass der Jurist bei seinen Hauptthemen «die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme»²³ macht. Zumindest kann man sagen, dass das Wort Gerechtigkeit so schwer zu handhaben ist wie eines Messers Schneide.²⁴ Platon hat die schöne Allegorie einer Jagd verwendet: Die Gerechtigkeit sei eine Beute, die sich ständig versteckt und immer wieder

20 BUBER, *Ich und Du*, Heidelberg 1997 (erste Auflage 1923), S. 9.

21 HASSEMER, *Der Menschenwürde ist ein Solitär*, ZRP 2005, S. 101.

22 RÜTHERS, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, Tübingen 2009, S. 73.

23 BENJAMIN, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2.1., Frankfurt a.M. 1977, S. 196. Es ist vielsagend, dass sich Juristen über Basisbegriffe (Gerechtigkeit, Recht, Gesetz) nicht einigen konnten und können (POUND, *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna 1962, S. 225).

24 ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1989, S. 176.

aufzustöbern ist. Sie zeichnet einen Weg vor, sich dem Ziel zu nähern. Aber dieses Ziel ist so entfernt, dass menschlicher Verstand es sich zwar vorstellen, aber es nicht erkennen kann. Einen Weg, den der Mensch nur schwankend und unsicherer²⁵ zu gehen vermag. Wie kann man dieser peinlichen Situation ent-rinnen? Chaïm Perelman hat drei Möglichkeiten genannt:²⁶ (a) Man sollte nicht alles in einem einzigen Begriff zusammenfassen, wenn man sich verschiedenen Situationen gegenüberieht; (b) Es ist denkbar, dem Wort Gerechtigkeit, wenn man es nicht streichen will, nur eine bestimmte Situation zuzuweisen; (c) Man kann zumindest versuchen, zwischen unterschiedlichen Situationen auf ana-lytischem und konstruktivem Wege gemeinsame Bezugspunkte hervorzuheben.

Als erster Schritt muss man versuchen, ein realistisches und nicht ein ideales Profil von Gerechtigkeit zu entwerfen. Mit dieser Option entgeht man metaphysischer Ernüchterung, senkt die Ansprüche und vermeidet, die Gerech-tigkeit zum Extrem zu treiben, mit dem Risiko, sie zu deformieren: «Wer eine bestimmte Wertordnung im Namen der Gerechtigkeit verabsolutiert, miss-braucht den Namen der Gerechtigkeit.»²⁷ Wenn es nicht gelingt, in absoluten Begriffen zu sagen, was Gerechtigkeit ist, kann man Spezifikationen oder ihren Gegensatz hervorheben. Einerseits ist es denkbar, die Gerechtigkeit direkt in Bezug zu anderen Begriffen zu setzen, zum Beispiel zu Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit, um möglicherweise Unterschiede zu erfassen, die sie charak-terisieren. Andererseits ist es denkbar, Lösungen oder Abhilfen zu entwickeln, die Ungerechtigkeiten reduzieren, auch wenn sie sie nicht völlig ausschlies-sen können. Auf solche Weise suchen wir nicht nach dem positiven Gehalt von Gerechtigkeit, sondern stellen fest, was ihren Anforderungen widerspricht. Es geht um eine Kenntnis auf negativem Wege. Ich wähle unter den zahlreichen Versuchen, eine Definition von Gerechtigkeit zu entwickeln, was François Geny vorschlägt. Nach diesem Autor umfasst der Begriff «non pas seulement les pré-ceptes élémentaires de ne faire tort à personne (neminem laedere) et d'attribuer à chacun le sien (suum cuique tribuere), mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essen-tiel au maintien et au progrès de la société humaine.»²⁸ Diese Auffassung hebt

25 EHRlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1989, S. 184.

26 PERELMAN, Justice et raison, Bruxelles 1963, S. 19 f.

27 STRATENWERTH, Verantwortung und Gehorsam, Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, Tübingen 1958, S. 98.

28 GENY, Science et technique en droit privé positif, Bad Feilnbach 2003 (erste Auflage 1914–1924), S. 50; KAUFMANN (Fn. 13), S. 110, führt den Begriff der Gerechtigkeit auf das Gleichheitsprinzip, die Regel des *suum cuique*, das Gebot des «neminem laedere», das Tötungsverbot, das Schuldprinzip sowie den Grossteil der Menschenrechte zurück. Diese Spur verfolgt auch Tammelo (TAMMELO, Zur Philosophie der Gerechtigkeit, Bern 1982, S. 128): «Ein gesichertes Erfassen der Gerechtigkeit gibt es nicht. Die Ideengeschichte liefert nur gewisse konstante Elemente, aus denen man Wesenszüge der Gerechtigkeit gewinnen kann.»

zwei Seiten hervor. Auf der einen erscheint die Gerechtigkeit als ein Kondominium der obersten Werte.²⁹ Sie wird zu einem Ventil⁻³⁰ oder Sammelbegriff, der mehrere Einzelaspekte umfasst. Das führt zu dem Schluss, dass wir es mit einer «*notion primaire, irréductible et indéfinissable*»³¹ zu tun haben. Auf der anderen Seite wird die Gerechtigkeit ein Kriterium zur Bewertung menschlichen Verhaltens. Eine Tatsache ist empirisch überprüfbar, sie ist wahr oder falsch. Das löst aber unter rechtlichen Gesichtspunkten kein Problem. Ein Verhalten muss vielmehr gebilligt oder verworfen werden. Insbesondere diesen Aspekt trifft eine Passage von Hans Kelsen: «Gerechtigkeit ist somit die Eigenschaft eines spezifischen menschlichen Verhaltens, eines Verhaltens, das in der Behandlung anderer Menschen besteht. Das Urteil, dass ein solches Verhalten gerecht oder ungerecht ist, stellt Beurteilung, Bewertung des Verhaltens dar.»³² Diese Bewertung muss das gefällte Urteil begründen.³³ Hier ist Hans Kelsens Auffassung von der Gerechtigkeit ohne Bedeutung. Das Kriterium der Bewertung kann nämlich nach der jeweiligen Auffassung variieren. Das Verständnis von Gerechtigkeit hängt unausweichlich von der konkret angewandten Beurteilungsmethode ab. Daher gibt es von ihr keine umfassende Definition, sondern lassen sich nur bestimmte ihrer Elemente definieren. Dieser Schluss wird durch zwei Überlegungen bekräftigt. Zum ersten ist es in einer pluralistischen Gesellschaft unmöglich, eine Werteskala imperativ festzulegen. Folglich kann es nicht nur ein einziges Bewertungskriterium geben. Zum anderen würde auch ein formales Kriterium kein besseres Ergebnis versprechen. Die Gerechtigkeit verlangt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Darin liegt aber kein konkreter Hinweis darauf, wie Gleichheit und Ungleichheit zu bestimmen sind.³⁴ Neuerdings wird deshalb kein abstraktes Bewertungskriterium vertreten, das auf jede konkrete Situation anwendbar wäre.

29 TAMMELO (Fn. 28), S. 135.

30 Karl Georg Wurzel (WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien 1924, S. 83) hat das Konzept der Ventilbegriffe vorgeschlagen, die unabdingbar sind, um das Rechtssystem an die Zeit und an die geschichtliche Erfahrung anzupassen.

31 GENY (Fn. 28), S. 50.

32 KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit* (erste Auflage 1960), in: *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1976, Anhang (erste Auflage 1934), S. 358. Präziser gesagt, wurde die weit gefasste Arbeit zum Problem der Gerechtigkeit in die zweite Auflage der Reinen Rechtslehre eingefügt (1960). Der Autor betrachtet die Gerechtigkeit als einen Hauptaspekt der Rechtspolitik, obwohl sie, als ein Wertproblem, ausserhalb der Rechtstheorie steht. Letztere beschränkt sich nämlich, immer nach Hans Kelsen, auf eine Analyse des positiven Rechts, gesehen als die Wirklichkeit des Rechts.

33 «Es gibt Anhaltspunkte zur Festlegung, dass etwas gerecht bzw. ungerecht ist. Es gibt aber keine Anhaltspunkte zur Feststellung, d.h. es gibt keinen zureichenden objektiven Grund, etwas für gerecht bzw. ungerecht zu halten. Alles was man erreichen kann, ist eine intersubjektive Vertretbarkeit der bezüglichen Festlegungen» (TAMMELO [Fn. 26], S. 130).

34 SIMMEL hat ausdrücklich von tautologischen Moralprinzipien gesprochen (SIMMEL, *Einführung in die Moralwissenschaft, Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe*, Bd. 1, Stuttgart

IV. Negative Definition der Gerechtigkeit von Peter Noll

In seinem schmerzlich berührenden Tagebuch «Diktate über Sterben & Tod» hat Peter Noll notiert: «Was wir überall sehen und mit Händen greifen, ist die Ungerechtigkeit.»³⁵ Es handelt sich um das ursprüngliche Phänomen, dass Gerechtigkeit im Einzelnen nur in der «Zerstörung von Ungerechtigkeit» beobachtet werden kann. Gerechtigkeit müsste eigentlich präziser «Unungerechtigkeit» heissen. Peter Noll stellt die Ungerechtigkeit direkt der Macht gegenüber. Diese Verknüpfung lässt ihn sagen, dass die Macht der Gegenstand des Rechts und das Recht die Kritik der Macht sei.³⁶ Letztere besteht im Prinzip in der Anerkennung der Fähigkeit, den Adressaten von Normen und Entscheidungen richtige Weisungen zu geben. Sie kann jedoch zu Gewalt und Willkür entarten.³⁷ Ungerechtigkeit wurde schon von angesehenen Vorgängern gebrandmarkt, zum Beispiel von Adam Smith. Für ihn zeigt sich die Gerechtigkeit als die negative Tugend, dem Nächsten keinen Schaden zuzufügen.³⁸ Es handelt sich um eine Konzeption, der viele Juristen gefolgt sind, wie Friedrich von Savigny feststellt: «Viele aber gehen, um den Begriff des Rechts zu finden, von dem entgegengesetzten Standpunkt aus, von dem Begriff des Unrechts. Unrecht ist ihnen Störung der Freiheit durch fremde Freiheit, die der menschlichen Entwicklung hinderlich ist, und daher als ein Übel abgewehrt werden muss.»³⁹ In dieser Sicht

1904, S. 50). Auch KELSEN (Fn. 32), S. 366, bemerkt, dass die Formel des *sum cuique* auf die Tautologie hinausläuft, dass jedem zugeteilt werden soll, was ihm zugeteilt werden soll!

- 35 NOLL, Diktate über Sterben & Tod, Zürich 1984, S. 231 (auch die weiteren Zitate von Peter Noll befinden sich auf der hier genannten Seite).
- 36 NOLL (Fn. 35), S. 23. Ganz sicher muss, gemäss diesem Autor, «das Recht, will es sich bewahren, der Stachel in der Fleischmasse und Fettmasse der Macht sein» (S. 22). Zu Peter Nolls Betrachtungen über die Macht wird auf NOLL/BACHMANN, *Der kleine Machiavelli*, Handbuch der Macht für den alltäglichen Gebrauch, Zürich 1987, verwiesen.
- 37 Für die Perversion der Macht in historischer Perspektive ist RITTER, *Dämonie der Macht*, München 1948, ein Bezugspunkt. Zu diesem Thema in strafrechtlicher Hinsicht: LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssystem*, ZStW 1994, S. 683 ff., und NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt a.M. 1996.
- 38 SMITH, *Theory of Moral Sentiments*, 1759, II. Teil, II. Sekt., I. Kap., I. Band, S. 165. Diese Darstellung findet sich im *Emile* von Jean Jacques Rousseau: «La plus sublime vertu est négative; elle nous instruit de ne jamais faire de mal à personne.» Bereits im griechischen Denken, insbesondere in Heraklits Fragmenten und in Platons und Aristoteles' Gedanken, war die unmittelbarste Erfahrung durch die Situation charakterisiert, ein Unrecht zu ertragen (für einen Hinweis beziehe ich mich auf RICOEUR, *La critique et la conviction*, Paris 1995, S. 183). Zu einer zeitgenössischen Sicht der Gerechtigkeit von der Ungerechtigkeit aus: SHKLAR, *The Faces of Injustice*, Yale 1990; STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Mailand 2006; IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton 2001.
- 39 VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I. Bd., Berlin 1840, S. 332. Diese Richtlinie wird heute noch bekräftigt, wie Paul Kirchhof hervorhebt (KIRCHHOF, *Menschenbild und Freiheitsrecht*, in: Grote et al. (Hrsg.), *Die Ordnung der Freiheit*, Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Tübingen 2007, S. 277): «Der Jurist weiss nur schwer zu sagen, was Gerechtigkeit ist, aber sehr prägnant zu bestimmen, wann jemandem Unrecht

führt die Ungerechtigkeit auf das ehrwürdige Prinzip *neminem laedere* zurück, das ein wichtiges Element zur Verwirklichung von Gerechtigkeit ist. Im Grunde genommen verlangt es vom Menschen etwas Negatives: nicht Unrecht zu tun, keinen Übergriff zu begehen, die fremde Freiheitssphäre nicht zu verletzen, Personen nicht zu schaden.⁴⁰ Die Grundzüge der Gerechtigkeit verwirklichen sich durch Verbote.

Das negative Konzept von Gerechtigkeit ist schnell entworfen. Als erste Intuition meldet sich Gerechtigkeit im Empfinden von Ungerechtigkeit. Man könnte sagen, sie werde *par ricochet* erkannt. Insbesondere offenbart sich Ungerechtigkeit im Urteil der Missbilligung über eine handgreifliche und nachweisbare Tat. Auch wenn wir, mit anderen Worten, nicht wissen, was Gerechtigkeit ist, können wir eine Situation der Ungerechtigkeit erkennen. Das Wesen der Gerechtigkeit zeigt sich im Ungerechtigkeitstest.⁴¹ Das Verfahren ist einfach: Wenn wir keine Formel der Gerechtigkeit haben, über die Einigkeit bestünde, ist es einfacher, einen Konsens darüber zu finden, wann man von Ungerechtigkeit ausgeht. Das Vorhandensein von Unrecht ist ein Umstand, der nach Vorkehrungen ruft, die ihm abhelfen können. So gelangt man vom Bereich der Gerechtigkeitsdefinition zur Erfahrung konkreten Unrechts. Das Zweite beleuchtet das Erste. Diese Sicht ist die bessere, weil das juristische Gewissen am ehesten erwacht, wenn es gestört oder verletzt wird.⁴² Das Recht verdeutlicht sich als Antwort und Reaktion auf den Missbrauch und die Gewalt. Man hat sogar von einer Unrechtsgeschichte⁴³ gesprochen, als einer unendlichen Kette von Menschen erlittener Ungerechtigkeit, wie sie das Konzept *rights from wrongs*⁴⁴ darstellt. Im Ergebnis kann man zustimmend sagen, dass «sich das Problem der Gerechtigkeit doch fast immer erst im Zusammenstoß mit einer Ungerechtigkeit stellt. Es sind die Unwerte, [...] die vom Menschen als immer präzente Grenzsituation erfahren werden.»⁴⁵

zugefügt worden ist.» Für eine allgemeine Erörterung der Tragweite der Negation im Recht kann man auf die treffende Analyse von Karl Engisch verweisen: ENGISCH, *Über Negationen in Recht und Rechtswissenschaft*, in: *Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.M. 1984, S. 220 ff.

40 HARTMANN, *Ethik*, Berlin 1962, S. 421 f. Von diesem engen, negativen Blickwinkel aus gesehen, versteht man, weshalb der Autor die Gerechtigkeit als den niedersten und elementarsten Tugendwert betrachtet (S. 421).

41 VON HAYEK, *Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie*, Tübingen 2003, S. 181 ff., insbesondere 193 ff., wo er ausdrücklich von der Bedeutung des negativen Charakters des Ungerechtigkeitstests spricht.

42 In diesem Kontext, mit besonderer Betonung der Bedeutung von Ungerechtigkeit und dessen Verhältnis zur Gerechtigkeit, siehe TAMMELO (Fn. 28), S. 129.

43 RÜTHERS (Fn. 22), S. 85. In gewisser Weise scheint es nicht übertrieben, von einer strafrechtlichen Vision der Geschichte zu sprechen.

44 DERSHOWITZ, *Rights from wrongs: a secular theory of the origins of rights*, New York 2005.

45 KAUFMANN (Fn. 18), S. 422.

Ich habe daran erinnert, dass die Ungerechtigkeit für Peter Noll das Ursprüngliche ist. Diese Linie des Denkens geht auf Arthur Schopenhauer zurück, für den die Ungerechtigkeit ein positiver und ursprünglicher Begriff ist, während die Gerechtigkeit nichts anderes ist als ein *consecutivum*.⁴⁶ Aber dieser Schluss ist aus den von Giorgio Del Vecchio angeführten Gründen nicht überzeugend.⁴⁷ Nach diesem Autor kann man hier keine logische Priorität vertreten und kann auch nicht von der Ungerechtigkeit her einseitig ein *ius primi occupanti* begründen. Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit sind vielmehr voneinander abhängige und komplementäre Begriffe. Es ist unmöglich, von Unrecht zu sprechen, wenn man ihm nicht ein Recht gegenüber stellt. Wie Karl Engisch mit Recht bemerkt hat, «lässt sich von diesen Begriffen nicht sagen, dass einer für den erkennenden Verstand der frühere sei, denn in dem einen Begriff ist immer der Sinn des anderen mitgegeben.»⁴⁸ Um ein schon benutztes Bild zu gebrauchen, kann man von Worten sprechen, die in einer dichotomischen Situation interagieren. Gerechtigkeit strebt nach der Polarität- Priorität des Guten und setzt gegenseitige Achtung voraus; Ungerechtigkeit führt auf die Polarität- Priorität des Bösen zurück, das sich in Gewalttätigkeit und Zuwiderhandlung äußert. Konkret verfolgt die negative Definition von Gerechtigkeit nicht das höchste Ziel, das heisst die Erreichung des Guten. Ihr Ziel ist weniger ehrgeizig: Es geht um die Wiedergutmachung von Ungerechtigkeit auf eine Weise, durch die sie möglichst gemildert wird.

Wenn man auf äusserste Ungerechtigkeit reagieren muss, kann die Menschenwürde⁴⁹ ins Spiel kommen, als eine Mindestgrenze, die man ohne unerträglichen Verlust von Zivilität nicht unterschreiten kann. Was Menschenwürde heisst, kann in doppelter Weise ausgedrückt werden: als das, was keinem Menschen verweigert werden darf, oder als das, was keinem Menschen zugefügt werden darf. Hier ist nicht der Ort, über dieses Grundprinzip eingehender zu diskutieren oder zu reflektieren. Was Aufmerksamkeit verdient, ist einzig seine

46 SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung* (erste Auflage 1818, obgleich 1819 datiert), § 62; DERS., *Über die Grundlage der Moral* (erste Auflage 1841), §17; DERS., *Parerga und Paralipomena* (erste Auflage 1851), § 121. Dieser Philosoph definiert den Juristen als umgewandten Moralisten und das Recht als umgewandte Moral: «Der Begriff des Unrechts und seiner Negation des Rechts, der ursprünglich Moralisch ist, wird juridisch durch die Verlegung des Ausgangspunktes von der aktiven auf die passive Seite, also durch Umwendung» (SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, § 62).

47 DEL VECCHIO, *La giustizia*, Rom 1951, S. 90 Fn. 2; DEL VECCHIO, *Presupposti, concetto e principio del diritto*, Mailand 1959, S. 149–151. Im selben Sinne weist auch Gustav Rümelin darauf hin, dass «es nur richtig ist, dass uns unser Rechtsgefühl vorzugsweise durch die Erfahrung seiner Verletzung an uns oder Andern zum Bewusstsein kommt und die Rechtspflege nur durch das Unrecht in Action gesetzt wird.»

48 ENGISCH (Fn. 39), S. 233.

49 Andreas Kley unterstreicht, dass man den Begriff der Menschenwürde auf Extremsituationen beschränken sollte (KLEY, *Menschenwürde als Rechtsprinzip?*, in: *Universität im öffentlichen Raum*, Basel 2008, S. 261–262).

Definition und seine Beziehung zur Gerechtigkeit. Was dabei die Definition anbetrifft, so ist die Bedeutung der Menschenwürde einfacher zu verstehen, wenn man zur Diskussion stellt, was sie verbietet. Auch die Menschenwürde entzieht sich einer positiven Umschreibung.⁵⁰ Ihr Konzept lässt sich durch die Beschreibung von schwerstem Unrecht entwickeln: Die Erniedrigung, die Brandmarkung, die Verfolgung, die Folter, die grausame, unmenschliche oder entwürdigende Behandlung. Unsere Weltanschauung geht, was das Recht anbetrifft, von der anthropologischen und kulturellen Prämisse der zentralen Bedeutung des Menschen aus⁵¹ und verlangt seinen Schutz vor schwerem Missbrauch und Gewalt. In den Grenzsituationen zeigt sich das *l'irréductible humain* als der unaufgebbare Ausgangspunkt für Erwartungen und Ansprüche, die sich allein daraus ergeben, dass jemand ein Mensch ist. Die Würde erscheint auf diese Weise als der Wesenskern, die Missbrauchsschranke, das Scharnier zu dem Gebot, einzuhalten, das *ultimum refugium*, als Notbremse und unüberwindliche Bastion zur Verteidigung der Menschlichkeit.

Gerechtigkeit und Menschenwürde haben gemeinsame Eigenschaften. Beide Konzepte entwickeln sich auf juristischem, philosophischem, ethischem und soziologischem Gebiet. Geschichtlich wird auch die Menschenwürde zunächst als Tugend betrachtet, mit besonderer Beachtung der von jemandem bekleideten Rolle und seinem Verdienst, um dann im Laufe der Zeit mit dem Menschsein als solchem verbundener Status zu werden.⁵² Wie die Gerechtigkeit, umschliesst die Menschenwürde eine bemerkenswerte Fülle und Vielfalt von Erscheinungen. Es ist nicht übertrieben, von einem proteischen Begriff zu sprechen.⁵³ Die unabdingbare Beziehung und Verbindung zwischen Gerechtigkeit und Menschenwürde ist besonders klar von Günter Stratenwerth hervorgehoben worden: «Die Wurzel der Gerechtigkeit liegt in der Achtung vor dem Anderen als einer gleichberechtigten Person», so dass sie «in der Menschenwürde [...] ihre Grundlage,

50 MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, S. 4; ENGI, Was heisst Menschenwürde? Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, ZBl 2008, S. 661. Die Schwierigkeit, den Begriff der Menschenwürde positiv zu bestimmen, hat das Bundesgericht ausdrücklich zugestanden: «Der offene Normgehalt kann nicht abschliessend positiv festgelegt werden» (BGE 132 I 49, 55 E. 5.1). Diese Schlussfolgerung ist in dem Umstand begründet, dass die Menschenwürde mehrere Erscheinungsformen ausweist (BGE 127 I 6, 14 E. 5B).

51 Das Bundesgericht sieht sich, mit Verweis auf GIACOMETTI, unzweifelhaft in einer Wertordnung, «die es sich zur Aufgabe macht, die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen» (BGE 97 I 45, 49 E. 3), dies insofern, als es Art. 7 BV als Leitgrundsatz für jegliche Staatstätigkeit betrachtet (BGE 132 I 49 E. 5.1, S. 54; 127 I 6, 14 E. 5B).

52 Das Bundesgericht spricht vom letztlich nicht fassbaren Eigentlichen des Menschen (BGE 132 I 49, 55 E. 5.1). Die Menschenwürde bezieht sich in der Tat auf die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung (BGE 127 I 6, 11 E. 5A).

53 Nachdem die Rechtsprechung den Schutz der Menschenwürde als «Kern und Anknüpfungspunkt anderer Grundrechte» bezeichnet hat, sieht sie darin ein subsidiäres Auffanggrundrecht (BGE 127 I 6, 14 E. 5B).

nicht nur ihre Grenze, findet.»⁵⁴ Das Verhalten des Einzelnen kann nicht einfach ein Ausdruck seiner Ziele sein, sondern muss auch die Interessen anderer respektieren, die sein Verhalten berührt. Durch die Menschenwürde wird das Gebot *neminem laedere* fassbar. Es findet seine tiefste Rechtfertigung im Wert des Menschen und seiner ontologischen Gleichheit. Ohne diese unabdingbare Voraussetzung hätten wir es mit einer Perversion und einer Verdinglichung zu tun, die dem wesentlichen Gehalt der Gerechtigkeit widerspräche: «Als Gerechtigkeitsnorm kann nur eine Norm gelten, die eine bestimmte Behandlung eines Menschen durch einen anderen Menschen, insbesondere die Behandlung der Menschen durch einen Gesetzgeber oder Richter, vorschreibt».⁵⁵ Zusammenfassend kann man sagen, dass die Menschenwürde Gerechtigkeit in Extremsituationen unerlässlich macht, dass sie the last refuge vor dem Scheitern menschlicher Erfahrung ist.

V. Kritische Bemerkungen zu einer negativen Definition von Gerechtigkeit

Wie gesehen, gibt die negative Definition der Gerechtigkeit dem Gebot des *neminem laedere* den Vorrang. Diese Lösung hat den Vorteil eines weiten Konsenses, da sie den Akzent auf einhellig als Ungerechtigkeit empfundene Erscheinungen legt. Mögliche Meinungsverschiedenheiten betreffen allenfalls die Reichweite und die Art und Weise der Reaktion. Dabei fällt sofort in die Augen, dass wir es mit einer abgekürzten Definition⁵⁶ zu tun haben. Wenn wir auf die von Chaïm Perelman (vgl. III.) genannten Möglichkeiten zurückblicken, fällt die negative Definition von Gerechtigkeit in die Variante (b). Der Begriff der Gerechtigkeit würde nur einer Situation des *neminem laedere* zugeordnet, die eine Verletzung voraussetzt.⁵⁷ Diese Lösung hat offensichtlich, um eine gelungene Formulierung zu benutzen, die Beschaffenheit einer argumentativen Machete.⁵⁸ Wenn wir hingegen die Position von François Geny (vgl. III.) betrachten, fehlt bei der negativen Definition ein wesentlicher Aspekt der Gerechtigkeit, d.h. ihre Aufgabe, gegensätzliche Interessen abzuwägen. Dieses Erfordernis ist in einer Gesellschaft, in der mehrere Wertssysteme und verschiedene Weltanschauungen herrschen, von fundamentaler Bedeutung. Man denke an die Probleme der Eutha-

54 STRATENWERTH (Fn. 27), S. 95 und 96.

55 Kelsen (Fn. 32), S. 357.

56 Bezeichnenderweise verweist Georg Jellinek beim Thema der negativen Definition des Rechts ausdrücklich auf das *neminem laedere*-Gebot und führt den Diskurs zur wohl-bekannteren Theorie des ethischen Minimums (JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Hildesheim 1967 [erste Auflage 1878], S. 48).

57 Man sollte nicht übersehen, dass die negative Definition von Gerechtigkeit den Grundsatz des *suum cuique tribuere* einbeziehen könnte, wenn sie, wie erwähnt, auf die ontologische Gleichheit und folglich auf die Menschenwürde zurückgeführt wird.

58 HASSEMER, *Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen*, EuGRZ 2005, S. 300.

nasie, der Abtreibung, der künstlichen Befruchtung, Situationen, in denen das Leben und die Freiheit der Selbstbestimmung zur Debatte stehen. Sicher ist nur, dass es keine Formel gibt, mit deren Hilfe a priori eine Vorzugsordnung oder eine Hierarchie zwischen den zur Diskussion stehenden Werten hergestellt werden könnte. Man kann deshalb ohne Weiteres darin übereinstimmen, dass die Gerechtigkeit «nicht ein harmonisches Gefüge, sondern ein Konglomerat ist, das innere Spannungen und Unvereinbarkeiten aufweist.»⁵⁹

Die These, dass es verschiedene Standpunkte, eine Mehrzahl von Ansichten gibt, erlaubt nicht den Schluss, dass eine Wertung der anderen gleicht. Auch eine Annäherung in der Art «zu opfern, was weniger wert ist und zu verwirklichen, was mehr wert ist», wäre wohl kaum beruhigend. Ausser Frage steht, dass der Hinweis auf Ungerechtigkeit für sich allein genommen nicht immer für Erleuchtung genügt. In manchen Bereichen führt die negative Definition von Gerechtigkeit nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Wie also vorgehen? In einer pluralistischen Gesellschaft kann man, wie schon erwähnt, nicht imperativ entscheiden, welches Wertesystem das Beste ist. Daraus folgt die Notwendigkeit, der prozeduralen Gerechtigkeit besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Da man keinen Konsens erreichen kann, wenn einander widerstrebende Werte oder Interessen im Spiel sind, ist es unabdingbar, die Qualität und Regelhaftigkeit des Verfahrens zu gewährleisten. Es kommt nicht darauf an, zu wissen, was Gerechtigkeit ist, sondern wie sie ermöglicht und verwirklicht werden kann. Daher muss man Übereinstimmung über die Voraussetzungen einer korrekten Bewertung und Beurteilung herbeiführen. Wenn es, mit anderen Worten, nicht möglich oder vertretbar ist, in der Sache einen Konsens über die konkret zur Diskussion stehenden Werte zu finden, muss man zumindest versuchen, eine prozedurale Verständigung über eine legitime Entscheidung herbeizuführen.⁶⁰ Geht man so vor, ist die Gerechtigkeit ebenso wesentlicher Teil des Verfahrens wie Produkt des Rechtsfindungsprozesses.⁶¹ Von hier aus erlangt die Art und Weise, wie Parteien und ihre Argumente prozedural behandelt werden, grundlegende Bedeutung. Die Hauptaufgabe besteht darin, die besten Bedingungen für eine überzeugend begründete Entscheidung zu schaffen, die aus einem fairen Verfahren hervorgeht.

Die negative Definition von Gerechtigkeit erscheint nach dem, was vorstehend gesagt worden ist, zum Beispiel im Bereich der Biotechnologie als unbefriedigend. Sie ist zwar solange annehmbar, wie wir keine klaren gemeinsamen Vorstellungen darüber haben, welche Eingriffe mit der Menschenwürde

59 TAMMELO (Fn. 28), S. 129.

60 Dieses heikle Thema hat insbesondere HASSEMER, Prozedurale Rechtfertigungen, in: Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden 2000, S. 109 ff., in Angriff genommen. Um auf das Thema der Abtreibung zurückzukommen, gehört die Lösung des Gesetzgebers zu dieser Problemstellung (Art. 119 StGB).

61 KAUFMANN (Fn. 17), S. 154–156.

unvereinbar sind. Im Blick auf neue, subtilere und komplexere Fragestellungen ist eine solche Definition jedoch nicht sehr hilfreich.⁶² Im Bereich der Biomedizin und der Biotechnologie geht es nicht um Ungerechtigkeit, sondern um Meinungsverschiedenheiten, die sich aus unterschiedlichen Gesichtspunkten und Bewertungskriterien ergeben. Daher reicht es nicht aus, negativ zu verfahren. Man müsste stattdessen einen positiven Gerechtigkeitstest entwickeln, der einen befriedigenden oder doch annehmbaren Weg zu den Begriffen beispielsweise von Leben, Tod und Person weisen könnte. Manche Autoren meinen, dass eine restriktive Definition von Würde (und das gilt auch für Gerechtigkeit) deren inflationärer Verwendung entgegenwirken und dem Versuch begegnen könnte, mit ihrer Hilfe die Diskussion kritischer Fragen der Gentechnik zu blockieren.⁶³ Letztlich ist es unabweisbar, die Komplexität der Probleme anzuerkennen, die eine Berufung auf das Menschenbild aufwirft.⁶⁴ Dabei wird die negative Definition von Menschenwürde und Gerechtigkeit nicht eingeschränkt und behält ihr grosses Gewicht. Vor allem Ulfrid Neumann hat versucht, eine Lösung für die beunruhigenden Probleme zu finden, die technologische Fortschritt aufwirft: «Man sollte deshalb nur dort auf das Prinzip der Menschenwürde zurückgreifen, wo es um unverträgliche, nach einhelliger Auffassung nicht hinnehmbare Beeinträchtigungen des Menschenbildes geht. Das ist etwa der Fall bei der Produktion von Mischwesen aus Mensch und Tier, sogenannten Chimären. Hier und in vergleichbaren Extremfällen ist der Rückgriff auf das Menschenwürde-Prinzip auch zum Schutz des normativen Selbstbildnisses vom Menschen zulässig.»⁶⁵ Zum Recht gehört mit Blick auf solche Fragen, wie man unabhängig von philosophischen Neigungen sagen kann, ein Moment des Unverfügbaren.⁶⁶ Höhere Bedeutung erlangt es vor allem im Verfassungsrecht. Hier wird anerkannt, dass es gerecht ist, den Wesenskern bestimmter Grundrechte so zu schützen, dass selbst deren Inhaber nicht über sie verfügen kön-

62 SEELMANN, Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Kettner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a.M. 2004, S.66–67. Der Autor zitiert das Beispiel der Forschung mit Embryonen.

63 HOFMANN, Die versprochene Menschenwürde, in: DERS., Verfassungsrechtliche Perspektiven, Tübingen 1995, S. 107. Es ist leicht einzusehen, dass eine negative Definition an und für sich restriktiv ist, da sie die Materie auf leicht erkennbare und kritische Aspekte beschränkt. Auch wenn er in einem anderen Kontext verwendet wird, kann man sagen, dass ein Negationsbegriff zugleich ein Limitationsbegriff ist (ich beziehe mich auf HANS WELZEL, Das deutsche Strafrecht, Berlin 1969, S. 200, hinsichtlich des Begriffs der Unterlassung).

64 Man sollte sich bewusst sein, dass das Menschenbild beim Nachdenken über die Gerechtigkeit Probleme bereiten kann, wenn man, ohne Rücksicht auf die Umwelt und die Rechte künftiger Generationen, von einem entschieden anthropozentrischen Standpunkt ausgeht. Zu diesen schwierigen Fragen die beispielhaften Überlegungen von STRATENWERTH, Wie wichtig ist Gerechtigkeit?, in: Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 353 f.

65 NEUMANN, Die Tyrannei der Würde, ARSP 1998, S. 162.

66 HABERMAS, Morale Diritto Politica, Torino 1992, S. 70; KAUFMANN (Fn. 17), S. 8.

nen.⁶⁷ Die Gerechtigkeit erscheint in diesem spezifischen Zusammenhang gegenüber technologischen Fortschritten, die eine Zeitwende herbeiführen könnten, als das unabdingbare Mass des Rechts. Sie erschöpft sich nicht in Sensibilität für den Lauf der Dinge, den sie intuitiv wahrnimmt, sondern fordert viel mehr, die intellektuelle Erfassung (Wesensschau) des Kerns der universalen Prinzipien und der Werte, die aus ihnen hervorgehen, sich miteinander verbinden, sich überschneiden und sogar einander widerstreiten. Dazu bedarf es keines Juristen mit übermenschlicher Fähigkeit, Ausbildung, Geduld und Scharfsinn, von Ronald Dworkin in sympathischer Weise ein «Herkules» genannt.⁶⁸ Mit diesem Beitrag habe ich vielmehr zu erklären versucht, dass Gerechtigkeit kein unerreichbarer Polarstern ist, sondern eine unausschöpfbare Fülle von Bedeutungen hat, ausgebreitet über die Schicksalsfragen unserer Zeit.

67 Auch die Rechtsphilosophie hat die Frage des Unverfügbaren in ihren Mittelpunkt gestellt. Insbesondere Arthur Kaufmann hat, nicht zuletzt in seiner Rechtsphilosophie (KAUFMANN [Fn. 17]), dieses Thema eingehend und ausführlich behandelt. Für ihn ist heute eine Rückkehr zum Naturrecht und zum Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts undenkbar (KAUFMANN, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen, Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, in: *Rechtstheorie* 1986, S. 257 f.). Diese Einstellung und Schlussfolgerung wird, mit dem Nachdruck auf das Konkrete und Geschichtliche, von HABERMAS (Fn. 66), S. 70, geteilt, der es für richtig hält, dass man die ethischen Grundlagen des positiven Rechts nicht mehr in einem höheren Naturrecht finden kann. Man kann sie jedoch nicht, unter Verzicht auf jedes Äquivalent, einfach beseitigen. Die verfassungsrechtliche Lehre von der Unverfügbarkeit und dem Wesenskern der Grundrechte ist dafür ein unwiderlegbarer Beweis.

68 DWORKIN, *Bürgerrechte ernst genommen*, Frankfurt a.M. 1984, S. 182.

Personalität und Zurechnung von der Aufklärung bis zur Philosophie des Idealismus¹

VON KURT SEELMANN

Die folgenden Überlegungen sind Bundesrichter Hans Wiprächtiger gewidmet, einem der wichtigsten Strafrechtler des Landes, der aber immer, auch in seiner beruflichen Tätigkeit, mehr war als nur Strafrechtler. Fragen nach Legitimation und Zweck staatlicher Strafe bewegen ihn ebenso wie rechts- und kulturvergleichende sowie rechtshistorische Untersuchungen zum Strafrecht. Deshalb darf der Verfasser hoffen, dass auch die hier erörterten ideengeschichtlichen Fragen von Personalität und Zurechnung auf sein Interesse stossen.

Auch wenn im 18. Jahrhundert und an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert noch niemand von Interdisziplinarität gesprochen hat, so befasste sich die gelehrte Welt dieser Zeit durchaus mit thematischen Schnittstellen, an denen sich etwa Juristen, Philosophen und Theologen treffen konnten. Eine solche Schnittstelle war Personalität und Zurechnung – ein Thema, das auch im Zentrum des modernen Strafrechts steht, aber zugleich erlaubt, das Strafrecht als kulturelles Phänomen ideengeschichtlich einzuordnen.

Die Zurechnung von Verantwortung gegenüber einem anderen Menschen, also insbesondere die Zurechnung des Einstehenmüssens für das eigene Handeln oder Unterlassen, wurde implizit schon in Antike und Mittelalter, ausdrücklich aber zum ersten Mal seit der Frühaufklärung mit einem Selbstverhältnis in Verbindung gebracht. Nur wer ein bestimmtes gedankliches Verhältnis zu sich selbst habe, sich in Gedanken auf sich beziehen könne, sei, so sah man die Sache jetzt, verantwortlich – und nur ihm könnten deshalb seine Handlungen und Unterlassungen auch zugerechnet werden. Diese Fähigkeit, zu sich selbst ein gedankliches Verhältnis aufzubauen und damit sich selbst auch kritisch zu sehen und zu steuern, macht in der Philosophie der klassischen Moderne die Person aus. An der Wende vom 18. zum 19. Jahrhunderts, bei Immanuel Kant, erreicht diese Auffassung Ihren Höhepunkt. Person wird jetzt ausdrücklich sogar definiert als ein Gegenstand der Zurechnung. Person, sagt Kant, ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind.

Debattiert wird unter dem Stichwort Verantwortung allerdings spätestens seit Kant auch die Frage nach dem umgekehrten Voraussetzungsverhältnis,

1 Der Beitrag ist während des einjährigen Aufenthalts als Fellow am Lichtenberg-Kolleg der Universität Göttingen 2009/2010 entstanden. Der Verfasser dankt auch an dieser Stelle dem Lichtenberg-Kolleg für die Möglichkeit ungestörter Forschung in einer sehr kreativen Atmosphäre.

nämlich danach, ob nicht die permanent vorgenommene moralische oder rechtliche Zurechnung jenes Selbstverhältnis überhaupt erst schaffe, das wir gewöhnlich mit dem Begriff der Person zu erfassen suchen. Erfährt nicht schon, wie Klaus Oehler wähnt, in den griechischen Tragödien der Schuldige, aus der Gesellschaft Herausfallende, angesichts der existentiellen Infragestellung durch seine eigene Schuld eine bis dahin nicht bekannte Selbständigkeit – ein Selbstbewusstsein aus dem Gewissen?² Ist vielleicht sogar, wie der Strafprozessualist Mirjan Damaska von der Yale University meint, der Verbrecher als Resultat des Auf-sich-zurückgeworfen-Werdens, als Folge des unterstellen Anders-handeln-Könnens, das erste Individuum?³

I. Elemente des Selbstverhältnisses als Voraussetzung von Zurechnung

Betrachten wir zunächst den Weg, den die Verbindung von Personalität und Zurechnung in dem Jahrhundert von John Locke bis Immanuel Kant zurückgelegt hat. Fragen wir danach, welcher Selbstverhältnisse es im Zeitalter der Aufklärung bedarf, damit eine Imputation, wie der seit dem 17. Jahrhundert gebräuchliche Begriff für die Zurechnung lautet, überhaupt stattfinden kann. Aber auch der umgekehrte Vorgang einer Einwirkung der Imputation auf das Selbstverhältnis wird zu berücksichtigen sein. Wenden wir uns dann noch mit einem Blick der idealistischen Philosophie an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert zu und fragen wir auch bei ihr nach dem Verhältnis von Personalität und Zurechnung.

A. Locke und Hobbes

John Lockes Konzept des Selbstverhältnisses im berühmten 1694 erschienenen Kapitel 27 der zweiten Auflage seines «An Essay Concerning Human Understanding», das man nicht selten als «revolutionär» bezeichnet hat,⁴ steht unter der

2 OEHLE, Subjektivität und Selbstbewusstsein in der Antike, in: Fetz/Hagenbüchle/Schulz (Hrsg.), Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität, Bd. 1, Berlin/New York 1998, S. 152–176, 156.

3 So seine These in einem Frankfurter Vortrag, vgl. dazu BAST, Das Individuum als Verbrecher. Zum Auftakt der Vorlesungsreihe «Drei Aufklärungen», Frankfurter Rundschau, 4. Nov. 1997.

4 THIEL, Person und persönliche Identität in der Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Sturma (Hrsg.), Person – Philosophiegeschichte, theoretische Philosophie, Praktische Philosophie, Paderborn 2001, S. 79–101, 79: «Lockes Revolution» und «Lockes Behandlung des Themas wird häufig und zu Recht als revolutionär bezeichnet»; dass Locke «ein revolutionäres Bild der modernen aufgeklärten Person» entwickelt, meint auch LOTTER, Rechtsprechung im Jenseits, ARSP 2006, S. 505. Gemeint ist damit, dass Locke die etwa bei Descartes noch vorhandene Vorstellung einer «res cogitans» aufgibt und das Bewusstsein nicht nach Art eines Dinges für von aussen objektiv betrachtbar hält, sondern der privilegierten Innensicht des Individuums überantwortet. Zurückhaltender Quante, Stichwort «Person»

Überschrift «Of Identity and Diversity». Sie schliesst damit an das fast gleichnamige Kapitel «Of Identity and Difference» in Thomas Hobbes «De corpore» an.⁵

Locke befasst sich in seinem Identitätskapitel, was immer wieder grosse Beachtung gefunden hat, mit dem Begriff der Person und mit der Frage, was einen Menschen überhaupt mit sich selbst identisch macht, also warum wir sagen können, jemand sei zu einem früheren Zeitpunkt derselbe Mensch gewesen, der er jetzt ist. Locke verwendet also den Begriff der Person, um das kenntlich zu machen, was am jeweiligen Menschen über Zeitgrenzen hinaus identisch bleibt. Und er tut dies unter dem Gesichtspunkt eines «forensick term», also eines Rechtsbegriffs oder, noch genauer, eines «gerichtlichen Begriffs». Person ist für Locke ein Selbstverhältnis, das, so muss man zunächst einmal etwas vage sagen, zu tun hat mit der vor Gericht üblichen Zurechnung von Handlungen. Damit steht Locke im Kontext einer im 17. und 18. Jahrhundert verbreiteten Heranziehung von rechtlichen Termini und von Gerichtsmetaphern zur Klärung praktisch-philosophischer Fragestellungen:

«Wherever a man finds what he calls himself, there I think another may say it is the same person. It is a forensick term appropriating actions and their merit; and so belongs only to intelligent agents capable of a law, and happiness and misery.»⁶

Entscheidend für die Frage, welche Handlungen für Locke im Sinne des von ihm genannten «forensick term» einer Person zugerechnet werden, ist das Erfassen dieser Handlungen im (individuellen) Bewusstsein der jeweiligen Person. Ja man könnte, da es sich um Ereignisse in der Vergangenheit handelt, auch sagen, in der individuellen Erinnerung dieser Person.

«This personality extends itself beyond present existence to what is past, only by consciousness, whereby it becomes concerned and accountable, owns and imputes to itself past actions, just upon the same ground, and for the same reason that it does the present.»⁷

in: Gosepath/Hinsch/Rössler (Hrsg.), Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Bd. 2, Berlin/New York 2008, S. 979: «neue Dimension des Personbegriffs».

- 5 HOBBS, De corpore (zuerst erschienen 1655) vol. II, ch. XI, hier benutzt: The English Works, Ed. Molesworth, London 1843, S. 132–138.
- 6 LOCKE, An Essay Concerning Human Understanding (zuerst erschienen 1689, dieses Kapitel allerdings erst in der 2. Aufl. von 1694), hier benutzt: Oxford 1894, Book II, ch. 27, § 26, S. 346.
- 7 LOCKE (Fn. 6), S. 346; vgl. auch a.a.O. § 9, S. 333: «and as far as this consciousness can be extended backwards to any past action or thought, so far reaches the identity of that person; it is the same self now it was then; and it is by the same self with this present one that now reflects on it, that that action was done.»

Der Einzelne vollzieht damit den Zurechnungsakt schon an sich selbst. Aber nicht nur die Zurechnung, auch die Folgen der Zurechnung in Belohnung und Strafe werden auf diese personale Identität zurückgeführt, wobei in diesem Fall weniger das Bewusstsein als solches entscheidend ist und vielmehr die Affekte jenes Selbsts von Bedeutung sind:

«In this personal identity, is founded all the right and justice of reward and punishment; happiness and misery being that for which every one is concerned for himself, ...»⁸

B. Bewusstsein bei Locke hinreichende Bedingung für Person?

Dieser Umstand, dass der Selbstbezug bei Locke nicht nur durch das Bewusstsein, sondern auch durch die Affekte gebildet wird, bedarf noch näherer Betrachtung. Der von Lockes Text vielleicht auf den ersten Blick nahe gelegten Vorstellung, für Locke sei Bewusstsein seiner selbst in der Vergangenheit notwendige aber auch hinreichende Bedingung von personaler Zurechnung, wird neuerdings – etwa von Reinhard Brandt – zu Recht widersprochen. Er hält entgegen, dass bei genauer Lektüre des Lockeschen Textes von sogar zwei weiteren Voraussetzungen ausgegangen werden müsse:

Das Bewusstsein müsse in einem Kontext mit Selbstsorge (concern), Lust und Unlust stehen – Wesen, die «nicht über die Sorge und Lust oder Unlust und damit Angst und Hoffnung verfügen, sind nicht fähig, eine persönliche Identität auszubilden».⁹ Ja selbst schon in Lockes Begriff der «consciousness» (ein Begriff, der als Nomen von Locke selbst jedenfalls in die Philosophie eingeführt und vorher nur von einigen Theologen verwendet worden war) stecke mehr als nur Bewusstsein. Der Begriff der «consciousness» enthält bei Locke ausdrücklich auch körperliche Erinnerungen,¹⁰ wodurch die Bestimmung durch Lust und Unlust bereits in die Erinnerung eingeht.

Und weiter muss nach Brandt, damit aus dem Selbstbewusstsein ein Objekt der Zurechnung werde, «ein Element, das spezifisch christlich und neuzeitlich ist»,¹¹ hinzutreten. Es sei dies das mit Strafandrohungen und Inaussichtstellung von Belohnung motivierende staatliche oder auch göttliche Gesetz mit

8 LOCKE (Fn. 6), § 18, S. 340.

9 BRANDT, John Lockes Konzept der persönlichen Identität, in: Aufklärung – Interdisziplinäres Jahrbuch zur Erforschung des 18. Jahrhunderts und seiner Wirkungsgeschichte, Bd. 18, Jg. 2006, S. 37–54, 42; vgl. auch LOTTER (Fn. 4), S. 511: Es ist «schwer denkbar, wie ein reines Wahrnehmungssubjekt zum Bewusstsein eines endlichen (selbst) gelangen sollte, ohne eine Differenz gegenüber anderen Personen vorauszusetzen, ...».

10 HENNIG, Überblick zum Personbegriff, (www.borishennig.de/texte/seminare/person.pdf). S. 15.

11 BRANDT (Fn. 9), S. 45.

einer gerichtlichen Instanz.¹² Denn «wenn der Mensch unter rein naturalen Bedingungen für sein Glück sorgt, dann bleibt er ein in sich zerrissenes, den jeweiligen Augenblickserwartungen unterworfenes Naturwesen»,¹³ das sich schwer tut, Konsistenz und Kontinuität seines Verhaltens zu garantieren. Der Gedanke des Gesetzes aber binde das Individuum nicht nur in die Interaktion mit anderen ein, sondern stärke zugleich die individuelle Festigkeit.

Es ist in der Tat schwer von der Hand zu weisen, dass Locke in der Beschreibung des personalen Selbstverhältnisses «consciousness», «concern» und «accountability» immer wieder in ihrem Zusammenhang aufzeigt.¹⁴ Damit greift er aber – und darin dürfte seine besondere Bedeutung für die Tradition einer Reflexion des Selbstverhältnisses liegen, drei Elemente dieses Selbstverhältnisses zugleich auf: Es geht um die Subjektivität im Sinne der Reflexion auf sich als ein Kontinuum im (Selbst-)Bewusstsein, um das Wissen also, das man im Prinzip gestern derselbe war, der man heute ist. Zweitens geht es um die Individualität im Sinne einer auch körperlichen Einzigartigkeit und zugleich Kontingenz, so dass man sich von jedem anderen Menschen auch grundlegend unterscheidet. Und schliesslich geht es Locke drittens um die Personalität im Sinne einer wechselseitigen Spiegelung von Selbstbezug und intersubjektiver Beziehung.

C. Kant und die Imputation

Immanuel Kant greift etwa ein Jahrhundert nach Lockes «Essay», im Jahr 1797, den Gedanken eines Zusammenhangs von Selbstverhältnis und Zurechnung von Verantwortung in neuer Weise auf:¹⁵

«Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anders, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (die psychologische aber bloss das Vermögen, sich der Identität seiner selbst in den verschiedenen Zuständen seines Daseins bewusst zu werden), ...»¹⁶

12 BRANDT (Fn. 9), S. 45.

13 BRANDT (Fn. 9), S. 46.

14 Man vergleiche nur den zitierten § 26 (Fn. 6). Zweifelnd an der Möglichkeit eines rein kognitiven Selbstbewusstseins auch LOTTER (Fn. 4), S. 512.

15 Auf diesen Zusammenhang verweist auch STURMA, Philosophie der Person. Die Selbstverhältnisse von Subjektivität und Moralität, Paderborn u.a. 1997, S. 207: «Wie Locke bestimmt auch Kant die Person zunächst als ein Subjekt zurechenbarer Handlungen. Er geht aber in einem entscheidenden Punkt über Locke hinaus und zeigt, dass der Zurechenbarkeitsgedanke noch nicht aus der Identität des Selbstbewusstseins, sondern erst aus der moralischen Selbstgesetzgebung folgt.»

16 KANT, Metaphysik der Sitten, Einleitung, AA VI, S. 223.

Kant bettet den Personbegriff in moral- und rechtsphilosophische Begründungen ein – Person ist für ihn das Zurechnungsobjekt sowohl in der Ethik als auch im Recht.¹⁷ Die von Kant dabei vorgenommene neuartige Aufspaltung der Lockeschen Problematik in einen psychologischen und einen normativen Aspekt ist auch bei ihm nicht selbstverständlich, sondern das Resultat eines längeren Entwicklungsganges seiner praktischen Philosophie.¹⁸ An psychologischen Fragen zeitübergreifender Identität ist Kant, anders als Locke, offenbar wenig interessiert und im Rahmen der Moralphilosophie ist die Identität vom moralischen Gesetz bestimmt.¹⁹ Kant nimmt damit im Personbegriff eine Aufspaltung in eine psychologische und eine moralische Seite vor, die erst in der neueren Philosophie wieder rückgängig gemacht wird.²⁰

Was die Zurechnung angeht, so bewegt Kant sich in der juristischen Terminologie:

«Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird, ...»²¹

Das aber bedeutet, dass bei Kant der für Zurechnung geforderte Selbstbezug über den Willen und dessen Orientierung am selbst gegebenen Gesetz verläuft. Denn eine «causa libera» ist in der über Samuel Pufendorf überkommenen Tradition der Zurechnungslehren die willensgeleitete Ursache. Allerdings muss man bei Kant hinsichtlich der Art des Selbstverhältnisses noch dahingehend unterscheiden, ob es um eine moralische oder um eine rechtliche Zurechnung geht. Die moralische Zurechnung orientiert sich auch und gerade an der mit der Handlung verfolgten inhaltlichen Zwecksetzung und an der Triebfeder, also dem Motiv der Handlung – die Handlung wird eben dem freien Willen zugerechnet. Die rechtliche Zurechnung bezieht sich demgegenüber an sich nur auf äussere Handlungen. Sie muss aber, damit man diese menschliche Handlung von Naturumständen unterscheiden kann, doch immerhin «die Fähigkeit zu Zwecksetzung und Zweckverwirklichung in Raum und Zeit»²² mit einbeziehen. Die moralische Zurechnung stellt folglich auf die Willensfreiheit ab, die der Erfahrung nicht zugänglich ist und deshalb auch nur einem «inneren Gerichtshof» des Gewissens zusteht, die rechtliche Zurechnung dagegen erfolgt durch

17 GEISMANN, *Recht und Moral in der Philosophie Kants*, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik/ Annual Review of Law and Ethics* 14 (2006) 3 ff., S. 50.

18 Georg Mohr hat das im Einzelnen untersucht, vgl. MOHR, *Der Begriff der Person bei Kant, Fichte und Hegel*, in: Sturma (Hrsg.) (Fn. 4), S. 103–141, 103 ff.

19 TEICHERT, *Personen und Identitäten*, Berlin/New York 2000, S. 197 ff., 206.

20 Dazu QUANTE, *Einleitung: Der Begriff der Person im Kontext der theoretischen Philosophie*, in: Sturma (Hrsg.) (Fn. 4), S. 189–196, 189 Fn. 2.

21 KANT (Fn. 16), AA VI S. 227.

22 GEISMANN (Fn. 17), S. 49–55.

staatliche Gerichte, wobei auch diese eben ein bestimmtes Selbstverhältnis beim verantwortlich zu Machenden voraussetzen müssen. Während Pufendorf diese beiden Arten von Imputation nicht unterscheidet und schon für die rechtliche Zurechnung den freien Willen fordert, trennt bereits Christian Thomasius zu Beginn des 18. Jahrhunderts die rechtliche Zurechnung vom Erfordernis des freien Willens – dies ist also nicht erst eine kantische Erkenntnis.²³ Aber verweilen wir noch einen Moment bei Pufendorf und seiner Bedeutung für die Kantische Zurechnungslehre.

D. Kant und Pufendorf

Bereits 24 Jahre vor Lockes zu Beginn zitierter zweiter Auflage des «Essay» veröffentlicht Pufendorf 1672 sein Werk «De Iure Naturae et Gentium libri octo»²⁴ und geht darin ausführlich – wohl als erster in der neuzeitlichen Philosophie²⁵ – auf die Zurechnungslehren ein. Eine zuzurechnende Handlung werde durch zwei Vermögen bestimmt: den Verstand (intellectus),²⁶ der mittels des Gewissens²⁷ die Handlung auf ihre Gesetzmässigkeit hin prüft und den freien Willen (voluntas).²⁸ Gerade in letzterem, im freien Willen als Voraussetzung der Zurechnung, scheint sich Pufendorf deutlich von Lockes Zurechnungslehre zu unterscheiden. Nun wird man Locke aber nicht so verstehen dürfen, dass für die Zurechnung im Gegensatz zur Pufendorfschen Tradition allein ein zeitlich rückwärtsgewandtes kognitives mit Selbstsorge und Anleitung durch Gesetze verbundenes Selbstbewusstsein ausreichen würde. Zwar spricht Locke in der Tat nicht vom freien Willen – er kritisiert diesen Begriff sogar als unpassend. Was aber praktisch dieselbe Funktion erfüllt, ist sein Konzept von der Suspensionskraft²⁹: Aufgrund vernünftiger Überlegungen können wir nach Locke, der darin an Descartes anknüpft, unsere Gedanken und Wünsche suspendieren,³⁰ also auf einer zweiten Willensebene überprüfen – womit das praktische Ergebnis insoweit mit dem von Pufendorf übereinstimmt.

An Pufendorf knüpfte das ganze 18. Jahrhundert über eine intensive Debatte zur Zurechnung an und die gemeinrechtliche, aber auch die philosophische Literatur erarbeiteten die verschiedensten Differenzierungskriterien zu Graden

23 THOMASISUS, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium* (1705), Nachdruck Aalen 1963, I, 7, § L, S. 199. Dazu GEISMANN (Fn. 17).

24 VON PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum 1672.

25 DAZU MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko: Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt a.M. 1993, S. 122 f.

26 PUFENDORF (Fn. 24), Lib. I, cap. 3, §§ 1, 4.

27 PUFENDORF (Fn. 24), Lib. I, cap. 3, §§ 3, 4.

28 PUFENDORF (Fn. 24), Lib. I, cap. 4, §§ 1, 2.

29 DAZU LOTTER (Fn. 4), S. 527.

30 LOCKE (Fn. 6), ch. 21, § 47, S. 263 f.

des Wissens und des Wollens und ihrer Zurechnungsrelevanz.³¹ Kant konnte sich also in seiner Imputationslehre und deren Orientierung am Willen auf eine lange davor von Pufendorf neu angestossene Debatte stützen, aber erst Kant hat damit den ausdrücklichen Selbstbezug im Sinne von Locke verbunden. Damit hat Kant zwei unterschiedliche Traditionen der neuzeitlichen Zurechnungslehre zusammen geführt.

Als Zwischenresultat darf somit festgehalten werden, dass zum Teil, etwa in der Pufendorfschen Tradition, Imputationslehren im engeren Sinn entwickelt werden. Es wird darin für die Zurechnung nach Voraussetzungen in der Selbstwahrnehmung der jeweiligen Handlung (*intellectus* und/oder *voluntas*) gefragt, die vorliegen müssen, damit imputiert werden kann. Einen in der Theorie anderen Weg als Pufendorf und seine Schüler schlagen Locke und seine Nachfolger ein, die in Zusammenhang mit der Imputation nicht nur Handlungstheorien anbieten wollen, sondern Aussagen über den Akteur der Handlung zum Zeitpunkt der Imputation hinzufügen. Sie behandeln so am Beispiel der Erinnerung und des diachronen Bewusstseins die Imputation zugleich als bewusstseinstheoretisches Problem. Kant verbindet beide Traditionen, indem er für die Zurechnungslehre sowohl den Weg über Wissen und Willenssteuerung als auch den der Reflexion über das selbst gegebene Gesetz verfolgt.

II. Zurechnung als Voraussetzung des Selbstverhältnisses

A. Kants Person als Resultat von Selbstgesetzgebung und äusserer Zurechnung mit internen Folgen

Bisher haben wir gefragt, welche Art von Selbstverhältnis die moralische und rechtliche Zurechnung von Verantwortung verlangt. Lenken wir nun aber – zunächst mit Kants Hilfe – den Blick in die Gegenrichtung. Fragen wir also jetzt, ob denn nicht umgekehrt auch die Zurechnung von Verantwortung eine Voraussetzung für bestimmte Typen des Selbstverhältnisses sein könnte. Etwas verkürzt gefragt: Entwickelt man Selbstbewusstsein vielleicht nur, weil andere einem irgendwelche Handlungen zurechnen?

Bei Kant stellt sich diese Frage als eine nach dem Gesetz als Voraussetzung für das Selbstverhältnis, denn Kant erachtet die Person gerade als ein Selbstverhältnis, das sich aus der Selbstgesetzgebung ergibt. Das Selbst ist die Selbstgesetzgebung. Das aber bedeutet, dass der für Zurechnung geforderte Selbstbezug über den Willen und seine Orientierung am selbst gegebenen Gesetz verläuft, weil «*causa libera*» in der von Pufendorf herrührenden Tradition der Zurechnungslehren die willensgeleitete Ursache ist. Diese Erweiterung erkauft

31 Dazu SEELMANN, Gaetano Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe. Imputation und Prävention in der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, ZStW 97 (1985), S. 241–267.

sich Kant allerdings dadurch, dass er, anders noch als Locke, psychologische und die Körperlichkeit betreffende Fragen gänzlich ausblendet, wodurch auch der Aspekt der Individualität als Einzigartigkeit für die Beziehung des Gesetzes zum Selbstverhältnis keine Rolle spielt.

Reinhard Brandt findet, wie erwähnt, bereits bei Locke den Gedanken «Ohne ein konstantes Gesetz kommt das Ich nicht zustande».³² Das würde bedeuten, dass schon bei Locke nicht nur das Selbstverhältnis Voraussetzung für eine gesetzliche Zurechnung, sondern die Existenz des Gesetzes auch die Voraussetzung für das Selbstverhältnis ist.

Primär meint Locke dies aber, anders als Kant, in einem theologischen Sinn, und nur so wird Lockes Position auch schnell einsichtig. Daraus dass Locke in seinem Text von einer Verantwortung jedes Menschen für sein Leben nach dem Tod kraft göttlichen Gesetzes (und angesichts eines letzten Gerichts) ausgeht, ist vieles in seinem Text zu erklären. Wenn Locke so sehr von dem Gedanken beherrscht wird, im Bewusstsein die Garantie der Kontinuität finden zu müssen, dann resultiert dies aus dem für ihn noch ganz zentralen Problem des späteren Lebens nach dem Tod.

Was garantiert uns, so will Locke wissen, dass wir es ganz individuell sind, die später einmal auferweckt werden? Und er gibt sich die Antwort: Unser Bewusstsein, das sich auf unser früheres Leben zurück erstreckt. Ohne dieses Bewusstsein wären wir nach der Auferweckung nicht dieselben. Und Locke ist auch völlig klar, dass eine rein geistige Kontinuität im Bewusstsein allein die Fortführung der an Raum und Zeit gebundenen Individualität nicht garantiert. Das christliche Postulat der «Auferweckung des Leibes» versucht er philosophisch abzusichern. Das ist letztlich das Ausgangsproblem seiner Zurechnungslehre – was wieder einmal zeigt, wie gerade auch die bedeutendsten Aufklärungstheoretiker nicht selten ihre Ausführungen noch um den Kern einer religiösen Problematik gruppieren. In diesem göttlichen Gesetz sieht Locke deshalb auch «die normativen Grundlagen personaler Identität».³³ Es wird sich nicht leugnen lassen, dass eine solche Fortlebens-Erwartung und das («Jüngste») Gericht, von dem ihre Realisierung abhängt, aus Lockes Sicht die Biographie und deren Resultat beeinflusst. Das Entstehen moralischer und rechtlicher Zurechnungslehren knüpft im 17. und 18. Jahrhundert an theologische Fragestellungen an.

32 BRANDT (Fn. 9), S. 45.

33 Dazu LOTTER (Fn. 4), S. 506.

B. Fichte, Hegel

Ein letzter Blick gilt nun noch den Autoren der Jahrhundertwende, für die das bisher Referierte nur die Vorgeschichte abgibt. Dass das Selbstverhältnis Resultat einer Interaktion und nicht nur Voraussetzung für Interaktion ist, dass Zurechnung das Selbstverhältnis auch ermöglicht und nicht nur voraussetzt, ergibt sich im Gefolge Kants auch aus der Philosophie von Fichte und Hegel.³⁴ Gegenüber Kant wird die Aussage ins Soziale gewendet, gegenüber Locke in eine allgemeinere Form gebracht, die über Lockes religiöse Fortlebensproblematik hinausgeht. Beides zeitigt wichtige Konsequenzen, die hier nur kurz angedeutet werden können.

Fichte pflichtet Kant zunächst einmal bei und plädiert für das Verständnis des Selbstverhältnisses unter Ausschluss jeder Substanzmetaphysik – das aber bedeutet, das Ich ist für Fichte nichts anderes als seine (moralisch und rechtlich) zu beurteilende Handlung, Bewusstseinsphilosophie wird zur Moral- und Rechtsphilosophie.³⁵ Gegenüber Kants Personbegriff geht Fichte allerdings in dreierlei Hinsicht hinaus: Zunächst ergänzt er den aus der Selbstgesetzgebung entwickelten Personbegriff durch die Leiblichkeit, die doch für das Verständnis des freien Handelns in Raum und Zeit, so meint Fichte wohl zu recht, unverzichtbar sei. Erst die Leiblichkeit gestatte, so Fichtes weitere Ergänzung, so etwas wie die Individualität. Und schliesslich besteht Fichte auch darauf, dass das Selbstverhältnisse zu sich selbst noch die Intersubjektivität voraussetze, also das Verhältnis des Individuums zu den anderen Individuen.³⁶

Mit der Leiblichkeit wird die Individualität wieder in das Selbstverhältnis eingeführt. Denn ohne Raum und Zeit gibt es keine Besonderheit der einzelnen Menschen, also keine Individualität. Gerade in ihrer Leiblichkeit und nur in ihr aber ist die Person auf andere Personen bezogen – denn auch diese Begegnungen erfordern Raum und Zeit.³⁷ So ermöglicht das Denken der Leiblichkeit auch die Erkenntnis des interaktiven Anteils am Selbstverhältnis. Andere vernünftige Wesen anzunehmen wird dann Bedingung des Selbstbewusstseins. Und will man von ihnen anerkannt sein, muss man sie seinerseits als seinesgleichen anerkennen, in ein Rechtsverhältnis mit ihnen treten. So ist bei Fichte am Ende das Rechtsverhältnis unter Einschluss der wechselseitigen Verantwortungszurechnung auch die Bedingung des Selbstbewusstseins.

34 Für Fichte wie für Hegel ist Subjektivität nicht ohne Intersubjektivität zu haben, Personalität nicht ohne Interpersonalität, vgl. dazu MOHR (Fn. 17), S. 132.

35 FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Sämtliche Werke*, Bd. III, Nachdruck Berlin 1971, S. 22 f. Dazu und zum folgenden MOHR (Fn. 17), S. 115 ff.

36 FICHTE (a.a.O.), S. 59 ff.

37 FICHTE (a.a.O.), S. 61 ff.

Hegel teilt Fichtes Einsicht, dass Subjektivität nur auf der Basis von Inter-subjektivität bestehen kann.³⁸ Erst aus der normativen Perspektive eines generalisierten Anderen, der uns die Anderen als Träger von Rechten anzuerkennen lehrt, können wir uns selber, so Hegel, als Rechtspersonen mit gesicherten Ansprüchen verstehen.³⁹ Die soziale Zuerkennung von Rechten führt zur Steigerung des Vermögens, sich auf sich selber als moralisch zurechenbare Person zu beziehen.⁴⁰

Wie die Zurechnung ein personales Selbstverhältnis allererst ermöglicht, ist so ein wichtiges Thema gleichermaßen für Fichte wie für Hegel. Nach ihrem Verständnis wird durch die rechtliche Anerkennung als verantwortlich Agierender seitens anderer eine positive Selbstbeziehung erst möglich.

Von Locke bis Hegel entwickelt sich so das Konzept der klassischen Moderne zum Thema Personalität und Zurechnung. Wenn dieses Konzept auch heute nicht mehr von allen geteilt wird, so bestimmt es doch noch unsere Debatten. Denn selbst wer z. B. aus Erkenntnissen der modernen Hirnforschung Zweifel an der Möglichkeit von Zurechnung herauslesen möchte, muss sich an diesem traditionellen Konzept abarbeiten. Wer es mit einem zu flüchtigen Blick streift, könnte dabei leicht in falsche Frontstellungen geraten.

38 U.a. in: Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Werke Bd. 3, Ed. Moldenhauer/Michel, Frankfurt a.M. 1970, S. 145 ff.

39 Dazu HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a.M. 1994, S. 174.

40 HONNETH (Fn. 39), S. 192.

Religion und Recht

Spurensuche nach dem Einfluss der Zehn Gebote auf die Schweizer Rechtsordnung

von HANS GIGER

I. Vorbemerkungen

Bundesrichter Dr. iur. h.c. Hans Wiprächtiger ist eine in jeder Hinsicht herausragende Persönlichkeit, die ihre Spuren in vielfältiger Art und Weise in unserer Gesellschaft permanent hinterlässt. Wer seine vielen Veröffentlichungen, Vorträge und anderweitigen Aktivitäten in seinen eigenen Erfahrungsbereich einbaut, erkennt als «roten Faden» eine ausgeprägt menschenfreundliche und positive Einstellung, die auch ein stetes Hinterfragen des Gerechtigkeitsanspruchs in sich einschliesst. Dazu gehört auch seine Absage an die geheime Kabinetttjustiz mit der zwangsläufigen Folge einer verstärkten Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips als demokratisches Element der Transparenz. Letztgenannte – so äusserte sich der Jubilar anlässlich eines Vortrages über «Justiz und Öffentlichkeit» gegen Ende April 2010 – würde das *Vertrauen in die Gerichtsbarkeit* erhöhen.

Anlässlich der Beschäftigung mit der Persönlichkeit des Jubilars begegnete ich unter anderem auch den Aufzeichnungen des Rotariers Beat Ineichen über eine Führung in die Interna der eidgenössischen Bundesrechtspflege, begleitet von interdisziplinäre Kompetenz verratenden Worten von Bundesrichter Dr. Hans Wiprächtiger, der nicht nur den Stellenwert der bundesgerichtlichen Rechtsprechungskompetenz und die Aufgabe der Mitglieder unserer höchsten Instanz verbalisierte, sondern bei seinem Rundgang durch die Gebäulichkeiten des Gerichts auf Historisches, Vergangenes und doch Allgegenwärtiges hinwies. Symbolträchtig blieb wohl die Synthese von Wort und Bild im Hinblick auf die spätromantischen Bilder von Moses im Gedächtnis haften, der auf dem Sinai das «Erste Gesetzbuch der Menschheit»¹ direkt von Gott in Empfang nahm. Auf

1 Gottesrecht – die Zehn Gebote – wird in Form einer apodiktischen Reihe in wenige Zentralgebote zusammengefasst. Sie erheben in ihrer Gesamtheit Anspruch auf individuelle wie kollektive und zeitübergreifende Geltung. Die Zehn Gebote stellen unzweifelhaft eines der ersten Ordnungsprinzipien dar, das menschliches Verhalten überwiegend durch Verbote regulieren will, ohne aber positive Anforderungen an ein bestimmtes Verhalten zu stellen. Die Gesetzestafeln führen in die Zeit des Bündnisses zwischen Gott und Israel (ca. 1225 v.Chr.) zurück und kennen keinen Gebrauchskatalog im Sinne von «wenn-dann-Anordnungen». Vorbilder in solcher Richtung finden sich in der altorientalischen Umgebung Israels. Das berühmteste Beispiel liefert der Codex Hammurabi, als die wohl bekannteste und

zwei Steintafeln sind Zehn Gebote enthalten, die bei kluger Anwendung und Einhaltung noch heute richtungweisend sein können. Aber auch Moses musste – als er den Tanz seiner Mitbürger um das goldene Kalb wahrnahm – erfahren, dass die menschliche Natur es nicht immer zulässt, dass der homo sapiens sich vorschriftskonform verhält.

Der Autor dieser Zeilen gibt unumwunden zu, dass ihn der bundesgerichtliche «Rundgang» des Jubilars dazu inspirierte, auf Spurensuche nach dem Einfluss der Zehn Gebote auf die schweizerische Rechtsordnung zu gehen.

II. Ausgangslage

Wer die Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft² nicht nur punktuell zu einer bestimmten Frage konsultiert, sondern sich zunächst mit der Präambel befasst, erkennt den Hauch der göttlichen Verankerung nach mehr als dreitausend Jahren. Gewiss, der «im Namen Gottes des Allmächtigen» ausgesprochene Wille des Schweizer Volks und der Kantone, sich die nachfolgende Verfassung zu geben und sich ihr zu unterwerfen, kann für sich allein keine Rechtsverbindlichkeit ableiten. Sie gilt als Aufruf und Mahnung, bei der Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung stets «in der Verantwortung gegenüber der Schöpfung, im Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, *Unabhängigkeit* (Hervorhebung durch Verf.) und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken, im Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben, im Bewusstsein der gemeinsamen Errungenschaften und der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen, gewiss, dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen».³

Was – so wird sich der interessierte Leser fragen – sind denn etwa die Berührungspunkte zwischen der Präambel und den Zehn Geboten? Gibt es identische Formulierungen oder Ausdrücke? Wortgleichheiten sind selbstverständlich nicht auszumachen. Indessen geht es aber ganz klar um die Erkenntnis,

umfangreichste Kodifikation babylonischen Rechts, rückführbar auf entsprechende Aktivitäten des Königs von Babylonien (1810–1750 v.Chr.), die ihrerseits auf ältere Sammlungen von Rechtssätzen aus dem Gebiet der Keilschriftsprachen anknüpft. Noch weiter in die Vergangenheit zurück führt das ägyptische Totenbuch ab 2500 v.Chr., das eine Art negative Tugendliste enthält. Beide werden allerdings nicht ausdrücklich als göttliche Offenbarung bezeichnet, auch fehlt ihnen die apodiktische Form.

2 Fassung vom 18.4.1999, Stand am 7.3.2010; angenommen in der Volksabstimmung vom 18.4.1999 (BB vom 18. Dezember 1998; BRB vom 11. August 1999; AS 1999 2556; BBl 1997 I 1, 1999 162 5986).

3 Dazu EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zur Präambel N 1 ff.; vgl. Botschaft VE 1996, BBl 1997 I 1, S. 122: «Die Präambel stellt eine feierliche, würdevolle Einleitung zur Verfassung dar. Ihr Gehalt ist symbolischer Art. Sie lässt in konzentrierter Form den «Geist der Verfassung» zu Wort kommen und ... bekräftigt den Willen zur *Staatlichkeit*» (Hervorhebung durch Verf.).

dass beide Wertordnungen von gleichem Sinn und Geist getragen sind: Es sind dies Aufforderungen mit Grundsätzlichkeitscharakter zur Lebensgestaltung im Sinne eines Verhaltenskodexes nach Massgabe von Moral und Ethik.⁴ Insoweit haben die Zehn Gebote im 21. Jahrhundert weder Bedeutung noch Wert und somit Einfluss auf unsere Werteordnung verloren, obwohl die Umsetzung der grundgedanklichen Direktiven innerhalb der Interpretationsfreiräume noch keine entsprechende Nachachtung gefunden hat. Gegen Ende des ausgehenden Jahres 2010 hat sich die Wissenschaft simultan in diversen Untersuchungsbereichen mit der Rolle des Glaubens in unserer Gesellschaft auseinandergesetzt:⁵ Die Rolle von religiösen Bewegungen und Sekten hat sich radikal verändert. Trotzdem: Die Religionen dieser Welt wurden schon oft totgesagt, aber sie sind immer noch von grosser Bedeutung: Sie geben Menschen Sinn und Halt. Die verschiedenen Abhandlungen widmen sich vorab dem Zusammenspiel von Religion und Gesellschaft und zeigen auf, dass eine Veränderung nur im Sinne der Individualisierung feststellbar ist. Allerdings schafft der säkulare Staat neue Gegensätze zwischen den Glaubensrichtungen. Eine Analyse bemüht sich zu demonstrieren, wie die Integration der Muslime gelingen könnte. Alsdann wird aber auch dargetan, wie die Medien das Bild der Muslime in der Schweiz prägen. In der Folge zeigt der Religionsphilosoph Ingolf U. Dalferth den Sinn des Glaubens auf und eine Theologin lässt uns an ihren erfolgreichen Bemühungen um Gläubige teilhaben. Demgegenüber veranschaulicht ein weiterer Autor die Tatsache, dass die Weltreligionen immer noch ein zwiespältiges Verhältnis «zum religiösen Bild» demonstrieren. All diese unterschiedlichen Sichtweisen sollen Anlass zu einer Standortbestimmung bieten: Wie geht die Gesellschaft mit der Religion um? Heute – so ein Aspekt – hat sich das Verhältnis zur Religion – im Gegensatz zu früher – individualisiert. Dies führt dazu, dass die religiösen Angebote «vielfältiger und unverbindlicher» geworden sind. Auch die wissenschaftliche Zeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur (Schweizer Monatshefte) hat die Novembernummer 2010 dem Thema «Ungläubig. Die neue

- 4 Dazu GIGER, Ethik als grenzenlos erweiterte Verantwortung. Gedanken zur Bedeutung der Ethik als Ordnungsprinzip und seine Verwirklichung im Recht (erweiterte Fassung der Rede anlässlich des Festaktes), in: Ethik als Handlungsmaxime, Festschrift für Hans Giger, Bern 2000, S. 159 ff., vorab S. 169 ff.; vgl. ferner die grundsätzlichen Überlegungen, in: Kaluza/Penz/Strimitzer/Weiss (Hrsg.), Recht – Glaube – Staat, Festgabe für Herbert Schambeck, 4. Aufl., Wien 1997, vorab S. 45 ff., 83 ff., 137 ff. und 138 ff.
- 5 Magazin. Die Zeitschrift der Universität Zürich, 19. Jhg., Nr. 4, Zürich, Dezember 2010: «Was wir glauben. Religion und Theologie heute, S. 24 ff.; VON DÄNIKEN, Zeitalter der Erleuchtung, S. 27 f.; GULL/NICKL, Islam ist keine fremde Religion mehr, S. 32 ff.; LANFRANCONI, Gemeinsam feiern: Blühende Kirchen, S. 43 f.; MÜLLER, Im Visier der Quotenjäger, S. 37; NICKL/GULL, Glaube und Wissenschaft ergänzen sich, S. 38 ff.; WERNER, Politisierte Religion, S. 31 sowie ZEHNDER REGULA, Bilderstreit: Ikonenverehrer und Bilderstürmer, S. 47.

Religion» gewidmet.⁶ Atheisten – das ist der rote Faden der zitierten Ausführungen – sind in der heutigen Zeit im Vormarsch. Die Verbote nehmen zu (Kruzifixe im Schulzimmer usw.) und erhalten höchstrichterliche Rückendeckung: «Unglaube wird zur neuen Religion». Die unterschiedlichen Zeitzeugen sollen uns anregen, den Wahrheitsgehalt anhand der geistigen Hinterlassenschaft der Zehn Gebote in der schweizerischen Rechtsordnung zu prüfen.

III. Spuren der Zehn Gebote in der schweizerischen Rechtsordnung

A. Zehn Gebote im Lichte der schweizerischen Rechtsordnung

Eine wissenschaftliche Aufarbeitung dieser Thematik erscheint in vorliegendem Zusammenhang anmassend. Es bedürfte eines Forschungsteams, um die erzielten Ergebnisse in einer Bandserie dem Forum der Öffentlichkeit zu unterbreiten. Indessen geht es vorliegend in einem Beitrag zu einer Festschrift darum, mit entsprechenden Gedanken an die Türe von Forschungswilligen zu klopfen. Die nachfolgenden Ausführungen mögen in diesem Sinn als Anregung verstanden werden.

Eine kursorische Prüfung der bestehenden interdisziplinären Literatur hat ergeben, dass sich naturgemäss vorab auch Theologen dieser Forschungsrichtung angenommen haben.⁷ Grundsätzlich muss festgehalten werden, dass mit

- 6 Schweizer Monatshefte, Nr. 981, Zürich, November 2010, S. 23 ff: HOFFMANN, Wenig Change, wenig Hope, S. 12 ff.; LUTHIGER, Sind grüne Marktphantasien nachhaltig? S. 16 f.; KAPPELER, Allianz der ewigen Europäer, S. 17 ff.; RAGER, Ökologie oder wenn andere zahlen, S. 14 ff.; SCHEU, Über Realitätsverweigerung, S. 8 f.; SCHULARICK, Weltwährungs(un)ordnung, S. 9 ff.; sowie SUTTER, Ein Lehrermord ist bühnentauglich! S. 20 ff.
- 7 ALBERTZ, Die Zehn Gebote. Eine Reihe mit Gedanken und Texten, 10 Bde., Stuttgart 1987; BRÄUMER, Das Tor zur Freiheit. Die Zehn Gebote, für heute ausgelegt, Hänssler Verlag 2000; CRÜSEMANN, Bewahrung der Freiheit. Das Thema des Dekalogs in sozialgeschichtlicher Perspektive, München 1983; DANIS, Die «Zehn Worte», Ed. Psychosymbolik, 1987; DEUSER, Die Zehn Gebote. Kleine Einführung in die theologische Ethik, Stuttgart 2002; FREVEL u.a. (Hrsg.), Die Zehn Worte. Der Dekalog als Testfall der Pentateuchkritik, Freiburg im Breisgau 2005; GESE, Der Dekalog als Ganzheit betrachtet, in: Vom Sinai zum Zion. Alttestamentliche Beiträge zur biblischen Theologie, München 1974, S. 63 ff.; GIESEN, Handle so, und du wirst leben. Die Zehn Gebote, Düsseldorf 2002; REVENTLOW HENNING (Hrsg.), Weisheit, Ethos und Gebot. Weisheits- und Dekalogtraditionen in der Bibel und im frühen Judentum, Neukirchen-Vluyn 2001; GRONEMEYER REIMER, Eiszeit der Ethik. Die Zehn Gebote als Grenzpfähle für eine humane Gesellschaft, Würzburg 2003; HIMBAZA, Le décalogue et l'histoire du texte. Etudes des formes textuelles du Décalogue et leurs implications dans l'histoire du texte de l'Ancien Testament, Göttingen 2004; HOSSFELD, «Du sollst nicht töten!», Das fünfte Dekaloggebot im Kontext alttestamentlicher Ethik. Beiträge zur Friedensethik 26, Stuttgart 2003; KOCH, Zehn Gebote für die Freiheit. Eine kleine Ethik, Tübingen 1995; KÖCKERT, Die Zehn Gebote, München 2007; JOAS, Die Zehn Gebote: Ein widersprüchliches Erbe? Böhlau/Wien 2006; PÖHLMANN/STERN, Die Zehn Gebote im jüdisch-christlichen Dialog. Ihr Sinn und ihre Bedeutung heute. Eine kleine Ethik, Frankfurt am Main 2000; ROBINSON, Die Zehn Gebote. Hitlers Krieg gegen die Moral, Fischer Taschenbuch 1988; SCHMIDT (Hrsg.), Anstösse zum

Bezug auf die Beurteilung und Bedeutung der Zehn Gebote in unserer neuzeitlichen Gesetzgebungstätigkeit unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. Was sich allerdings nicht bestreiten lässt, ist die Tatsache, dass der moralische wie ethische Grundgehalt der Zehn Gebote im europäischen Bereich deutliche Spuren hinterlassen⁸ und die Prinzipien in Form von punktuellen Aussagen in den einzelnen Geboten ihren Niederschlag, wenn auch in modifizierter Art und Weise, Eingang in unsere Rechtsordnungen gefunden hat.

Im Wesentlichen gewährleistet der Staat gemäss Art. 15 der schweizerischen Bundesverfassung unter dem Titel der «Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit» nichts anderes als die Freiheit des Bürgers, innerhalb der bestehenden Möglichkeiten ohne Zwang und nach seiner eigenen Überzeugung die ihm zusagende religiöse Ausrichtung zu wählen, individuell oder kollektiv in einer Gemeinschaft auszuüben und/oder sich in irgendeiner Richtung auszubilden.⁹ Die Aufgabe des Soveräns ist folglich passiv und darin zu erblicken, die Religionsfreiheit zu garantieren. Es geht auch nicht darum, «sich in einer ideologisch verbrämten (religiösen Neutralität) zu üben, die es gar nicht gibt.» In dieser Hinsicht bezeichnet René Scheu in einer Vorbemerkung die Entscheide unserer höchsten Instanz wie des Europäischen Gerichtshofs «aus dieser Perspektive als tendenziös».

1. *Rechtliche Relevanz des Ausschliesslichkeitsanspruchs Gottes*

a) Gedanken zum Ersten Gebot

Das Erste Gebot – *«Du sollst keine anderen Götter neben mir haben»* – gilt als generelle Voraussetzung und Ausgangspunkt wie Ziel aller übrigen Gebote. Ein derartiger Anspruch auf Exklusivität passt nicht mehr in unsere moderne auf Mitsprache und Mitgestaltung ausgerichtete Grundsatzideologie.¹⁰ Der

Glücklichsein – Was die Zehn Gebote heute bedeuten können, Schwabenverlag 2000; SIVAN, *Between Woman, Man and God, A New Interpretation of the Ten Commandments*, London 2004; SUTTNER, *Die 10 Gebote: Eine Ethik für den Alltag im 21. Jahrhundert*, Mankau 2007; WICKLER, *Die Biologie der Zehn Gebote: warum die Natur für uns kein Vorbild ist*, München 1991; WOLF/DROBINSKI, *Regeln zum Leben: Die Zehn Gebote – Provokation und Orientierung für heute*, 2. Aufl., Freiburg 2008.

8 NICKL/GULL (Fn. 5), *Glaube und Wissenschaft ergänzen sich*, in: *Magazin. Die Zeitschrift der Universität Zürich*, Nr. 4, 19. Jhg., Zürich, Dezember 2010, S. 38 zur Frage an DALFERTH, Professor für systematische Theologie, Symbolik und Religionsphilosophie an der Universität Zürich: *Was glauben Sie? Wörtlich: «Ich glaube an ein Leben in der Gegenwart Gottes, ohne die nichts ist, was sein kann. Glaube hat nicht so sehr mit konkreten Inhalten und Überzeugungen zu tun, sondern mit einer Einstellung zum Leben, einer bestimmten Lebensorientierung. Der Glaube gibt uns einen Rahmen, in dem wir Dinge und Ereignisse wahrnehmen, in dem wir unsere Umwelt und unsere Mitmenschen verstehen können.»*

9 Vgl. ausführlich CAVELT/KLEY, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar*, Art. 15 N 6 ff.

10 Deshalb ist sein Beachtungsgrad in der praktischen Wirklichkeit gesunken.

Anspruch auf «Alleinbestimmung», auf Unterwerfung verletzt unsere Empfinden auf Gleichwertigkeit. Andererseits muss man davon ausgehen, dass Beliebbarkeit von Glaubensinhalten auch nicht richtig sein kann; würde dies doch die Gleichgültigkeit gegenüber jeder Form von Religionen und religiösen Anordnungen fördern.¹¹

Was ist nun richtig? Die Antwort kann nur durch Korrektur eines falsch verstandenen Hierarchieverständnisses erfolgen: Wenn wir Gott an die erste Stelle setzen, geht es nicht um weltliche Ansprüche, sondern um Direktiven, die im Sinn von absoluten ethischen Richtlinien das Böse bekämpfen und das Gute anstreben und wünschen. Konkret bedeutet dies, das eigene Leben nach den Massstäben leben, die sich aus den Geboten als Essenz und auch konkret ableiten lassen.

b) Einfluss auf unser Recht

Auf das Recht übertragen, erhält Gottes Ausschliesslichkeitsanspruch grundsätzlich die Bedeutung einer vorbehaltlosen Bejahung der **Gerechtigkeit** als Richtschnur, als Massstab aller rechtlichen Dinge. Gott *ist* Gerechtigkeit. Nur die gerechte Ordnung ist eine humane, Gott verpflichtete Ordnung. Der *Rechtsstaat* kommt dem Ideal einer wirklich menschlichen Gesellschaft am nächsten. Es genügt aber nicht, ihn zu proklamieren und installieren; denn von tausend menschlichen Unzulänglichkeiten wird er stetsfort in Frage gestellt. Daher bildet er immer auch ein anzustrebendes Ideal, keine vollendete Tatsache; ein tägliches Bemühen erheischende Aufgabe. Dankbarkeit für das Erreichte soll nie in satte Zufriedenheit – süchtig machendes Schlafmittel des Gewissens – ausarten.

Unter rechtsstaatlichem Aspekt hat grundsätzlich der Einzelne das Primat. Die im Rechtsstaat zu verwirklichende Gerechtigkeit will ja seine persönliche Entfaltung in grösstmöglicher Freiheit gewährleisten. Kein Wunder, dass dort, wo das erste Gebot der individuellen Gerechtigkeit vor dem Kollektivinteresse zu weichen hat, *Gott vom Götzen der staatlichen Allmacht*, für die der Mensch vielfach fälschlicherweise Mittel, nicht Zweck ist, verdrängt wird.

2. *Rechtliche Relevanz der Verantwortung vor Gott*

a) Gedanken zum Zweiten Gebot

Aus der Distanz von mehreren tausend Jahren wird verständlich, dass das Gebot *«Du sollst den Namen des Herrn nicht missbrauchen»* ein «Schattendasein» fristet; dies, obwohl die bekannte Warnung¹² das Gewicht dieser Worte mehr als nur unterstreicht. Eine Verletzung dieses Grundsatzes ergibt sich

11 Dazu BOLZ, Die frommen Atheisten, in: Schweizer Monatshefte Nr. 981, S. 24 ff. Danach ist auch der Atheismus selbst ein Glaube – «nämlich der Glaube an den Unglauben».

12 Der Herr wird den nicht ungestraft lassen, der seinen Namen missbraucht.

wohl in erster Linie aus der Tatsache, dass sich sehr wenige darüber Gedanken machen, was unter «Missbrauch von Gottesnamen» verstanden werden muss. Im Wesentlichen ergibt sich aus dem Kleinen Katechismus von Martin Luther,¹³ dessen Aussagen sich zusammenfassend auf das Prinzip reduzieren lässt, das wir den Namen Gottes nur in *positiver Weise* gebrauchen sollen.

b) Einfluss auf unser Recht

aa) Kein direktes Verbot der Gotteslästerung: Selbstverantwortung des Individuums

Die Frage, ob das Zweite Gebot in unserer Rechtsordnung verankert ist, muss ich verneinen. Die Bundesverfassung führt in ihrem Katalog der Freiheitsrechte unter anderem die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Kultusfreiheit auf, wozu namentlich auch das Recht des Bürgers gegenüber dem Staat auf freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen gehört; sie verweist ihn dabei lediglich in die Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung.¹⁴ Wegen Glaubensansichten – mithin ebenfalls wegen fehlenden oder abwegigen Glaubens – darf er nicht bestraft werden.¹⁵ Ergo schützt unsere Verfassung, deren christliche Grundhaltung durch die Präambel festgelegt wird¹⁶ und deren freiheitliche Tendenzen vor allem im Christentum wurzeln, den Irregeleiteten, der gegen das Verbot der Gott notwendigerweise schmälernenden bzw. gar verulkenden Abbildung und ihrer Anbetung verstösst;¹⁷ es sei denn, er stelle ein öffentliches Ärgernis dar oder verletze sonstwie die religiösen Gefühle anderer.

13 «Wir sollen Gott fürchten und lieben, dass wir bei seinem Namen nicht fluchen, schwören, zaubern, lügen oder trügen, sondern denselben in allen Nöten anrufen, beten, loben und danken.»

14 In der vor der Annahme der neuen Bundesverfassung am 18.4.1999 gültigen Vorschrift von Art. 50 Abs. 1 BV wurde die Schranke der freien Ausübung gottesdienstlicher Handlungen ausdrücklich in der Formulierung «innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung» ausgesprochen. Die neue Bundesverfassung begnügt sich damit, in Art. 15 Abs. 1 BV lediglich zu statuieren, dass die «Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet» ist. Trotzdem gilt auch unter dem Regime des neuen Rechts die Einschränkung, dass jeder Eingriff in die religiösen Freiheitsrechte durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein muss (ausführlich dazu CAVELTI/KLEY [Fn. 9], Art. 15 N 29 ff.; vgl. ferner BGE 118 Ia 46, 61 E. 5b; 118 Ia 305, 310 E. 2a; BGE 119 Ia 118, 183 E. 3b; 122 I 360, 363 E. 5b/bb).

15 Im alten Recht hatte Art. 49 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert, dass niemand «wegen Glaubensansichten mit Strafe irgendwelcher Art belegt werden» darf. Die nun gültige Bundesverfassung spricht die «Straflosigkeit» in Art. 15 BV nicht mehr wörtlich an. Sie ergibt sich indessen indirekt aus der Gewährleistungsformulierung und ist in Doktrin und Praxis in den Schutzbereich eingeschlossen (dazu CAVELTI/KLEY (Fn. 9), Art. 15 N 6 ff., vgl. ebenfalls das Verhältnis zu anderen Grundrechten N 22 f.).

16 «Im Namen Gottes des Allmächtigen».

17 SCHEU, in: Schweizer Monatshefte, Nr. 981, S. 27 ff. Unter dem Titel «Sie nennen es Gotteslästerung – ich nenne es Aufklärung!» verteidigte der promovierte Philosoph den «Glauben an den Unglauben» als Ausdruck unserer Zeit: «Der christliche Glaube ist im Rückzug. Die

Einen Widerspruch kann hierin nur derjenige erblicken, der verkennt, dass solche dem Zweiten Gebot zuwiderlaufende Toleranz logische Folge gerade unseres staatlichen Bekenntnisses zur Freiheit ist: Sie auferlegt dem Staat grösste Zurückhaltung vor Eingriffen in die Privatsphäre. Wo daher das Verpönte sich innerhalb des privaten Bereichs abspielt, hat der Staat nichts zu suchen. Hier kommt es nur mehr auf die *Selbstverantwortung* des Einzelnen an, die ja für den Gläubigen eine Verantwortung vor Gott ist.

bb) Keine Sippenhaftung

Die in archaischen Zeiten oft anzutreffende rächende Verfolgung der Nachkommen des Sündigen heisst, in der Rechtsprache übersetzt, Sippenhaftung.¹⁸ Von ihr hat sich der Rechtsstaat aber längst losgesagt; denn aus der das Individuum bejahenden und fördernden Staatsidee fliesst auch das *Prinzip der Höchstpersönlichkeit von Schuld und Sühne*. Unser Strafgesetzbuch konnte somit ohne weiteres darauf verzichten, den Vollzug der Freiheitsstrafe am Erben des nach der Aburteilung Verstorbenen oder die Bezahlung der Busse durch ihn auszu-schliessen. In anderen weniger eklatanten Fällen, in denen die durch ein missbilligtes Verhalten ausgelösten Rechtsfolgen die unbeteiligten Nachkommen des Gemassregelten treffen müssten, nimmt sie das Gesetz ausdrücklich davon aus. Beispielsweise behalten die Nachkommen des Enterbten ihr Pflichtteilsrecht, wie wenn der Enterbte den Erbfall nicht erlebt hätte.¹⁹ Ferner gelten, wenn eine Ehe für ungültig erklärt wird, die Kinder gleichwohl als ehelich, ohne Rücksicht auf den guten und bösen Glauben ihrer Eltern.²⁰ Diese individuelle Betrachtungsweise ist allerdings der Diktatur wesensmässig fremd. Im Namen des Volkes entlädt etwa der Unrechtsstaat seinen Zorn über die unschuldigen Angehörigen des politischen Flüchtlings oder sonst Abtrünnigen, sich durch Vermögenskonfiskationen und Verbannung auch an ihnen schadlos haltend. In der Antike konnte man bei den Griechen und Römern ein analoges Verhaltensmuster feststellen.

cc) Strafbarkeit der qualifizierten Gotteslästerung

Üble Nachrede, Verleumdung und Beschimpfung sind nur auf Antrag strafbar.²¹ Dem Fluchenden steht kein Antragsteller gegenüber; er geht straffrei aus. «Gott

Kirchenbänke sind leer, selbst die Pfarrer reden nicht mehr so, als würden sie tatsächlich glauben, was sie predigen.»

18 Wörtlich: «Denn ich, der Herr, dein Gott, bin ein eifersüchtiger Gott: bei denen, die mir feind sind, verfolge ich die Schuld der Väter an den Söhnen, an der dritten und vierten Generation.»

19 Art. 478 Abs. 3 aZGB.

20 Art. 133 Abs. 1 aZGB.

21 Art. 173 ff. StGB.

selbst bedarf nicht des strafrechtlichen Schutzes durch schwache Menschen».²² Wie der Gottesleugner, kann sich ja auch der Gotteslästerer auf die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit des Glaubens *und* des Unglaubens berufen. Tritt er aber vor das *Forum der Allgemeinheit*, so riskiert er den Verlust dieses Schutzes. Sein Tun geht dann nicht mehr allein ihn selbst an, wenn er öffentlich einen religiösen Glauben herabwürdigt und sich dabei in der Wahl der Mittel vergreift. So sieht unsere Strafrechtsordnung die Bestrafung desjenigen vor, der öffentlich und in gemeiner Weise die Überzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet oder Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt.²³ Nicht der Gesinnungstäter, der sachliche Kritik anbringt, soll zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden, sondern der, welcher dabei ein böswilliges Verhalten an den Tag legt. Diese äussere – von der Gesinnung abstrahierende – Voraussetzung bedingt eine gewisse Schwere der Verletzung. Die Glaubensbeschimpfung muss eine grobe sein.²⁴

3. *Rechtliche Relevanz der Sonntagsruhe*

a) Gedanken zum Dritten Gebot

Das menschliche Leben ist nicht auf Ewigkeit eingestellt. Es ist befristet und das Erkennen dieses Faktums zwingt ihn, die Zeit als kostbares, nicht vermehrbares Gut sorgsam zu verwalten. Er muss früh lernen, nach einem Kalendarium zu leben, seine Zeit nach einem ausgewogenen Rhythmus einzuteilen. Der Mensch ist aber keine Maschine, die stereotype Aufgaben zu lösen hat. Sein Leben untersteht einem steten Wechsel unterschiedlicher Beschäftigungen, damit aber auch – vorab in unserem Zeitalter ständiger beruflicher Anspannung, verbunden mit der Alltagshetze – dem biologischen oft auch dem psychologisch begründbaren Zwang gehorchend – der *Entspannung*. Hier greift das Dritte Gebot «*Du sollst den Feiertag heiligen. Am siebten Tag sollst du ruhen*».²⁵ Dies bedeutet Würdigung des Sonntags als Ruhetag. Der mit dem Dritten Gebot ausgesprochene Wechsel zwischen Anspannung und Entspannung ist als Konzession an die menschliche Natur zu werten; gewissermassen als Geschenk.

b) Einfluss auf unser Recht

Die Einhaltung des Gebots der *Sonntagsheiligung* ist wiederum grundsätzlich dem Einzelnen aus Respekt vor seiner Glaubens- und Gewissensfreiheit anheimgestellt. Unsere Verfassung schafft nur die Möglichkeit der Nachach-

22 HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Berlin 1943, S. 462.

23 Art. 261 Abs. 1 StGB; vgl. FIOŁKA, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 261 N 5.

24 Statt vieler vgl. BGE 84 IV 23 f.

25 Die Formulierungen sind je nach Epoche und Religionsrichtung unterschiedlich, etwa auch: «Sechs Tage sollst du arbeiten, am Siebten Tag ruhen».

tung; denn indem sie die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen garantiert, stempelt sie allfällige Bestrebungen zur Aufhebung der Gottesdienste zum vorne herein als schlechthin verfassungswidrig. Dabei konnte es aber nicht sein Bewenden haben. Die unerlässliche Ergänzung der bundesverfassungsrechtlich garantierten Glaubens- und Gewissensfreiheit bildet nun aber die Strafrechtsnorm Art. 231 Abs. 2, die mit Gefängnis oder Busse bedroht, wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert, stört oder öffentlich verspottet; die Tat stellt ein Vergehen dar.

Im Dritten Gebot ist auch die Pflicht zur *Sonntagsruhe* enthalten. Einzig aus sozialen Gründen – die religiöse Motivierung hat hier, wenn überhaupt, untergeordnete Bedeutung – und solchen der öffentlichen Ordnung wird dem göttlichen Gebot rechtliche Verbindlichkeit zuerkannt. So hat das *Arbeitsrecht* im weitesten Sinn Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer aufgestellt, die sich zumeist mit den Problemzonen über Zeitarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit befassen, dann aber auch mit Freizeit, Ferien und Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit.²⁶ Intensiver beschäftigen sich aber vor allem Normen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts mit diesem auf Ruhe und Erholung fokussierten, an den Arbeitgeber gerichteten Gebot. Im Vordergrund fällt der Schutz dieser partikularen Interessen in die sachliche Kompetenz des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel.²⁷ Insbesondere die Vorschriften über die *Ruhezeit* gemäss Art. 15 ArG befassen sich vermittels akribischem Katalog mit der Befreiung des Arbeitnehmers von allzu grossen Arbeitslasten. Nur stichwortartig sei die normative Regelung aufgezählt: Pausen, tägliche Ruhezeiten, Verbot der Nacharbeit, Sonntagsarbeitsverbot, Verbot der Abgeltung der Ruhezeit u.a.m.

Im übrigen muss man aber berücksichtigen, dass die Verordnung des Eidgenössischen Volksdepartements EVD über die *Ausnahmen vom Verbot* von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung,²⁸ die sich ihrerseits auf Art. 14 der Jugendarbeitsschutzverordnung vom 28. September 2007²⁹ stützt, eine detaillierte Ordnung über die Befreiung bestimmter Berufe von der Bewilligungspflicht im Sinne der Entgegennahme von Verbot der Nacht- oder Sonntagsarbeit aufstellt. Zudem wird die «Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit» in Art. 28 ArGV 1³⁰ ausführlich und grundsätzlich geregelt.³¹ Es geht bei diesen Ausführungen lediglich darum, im Hinblick auf die

26 Vgl. etwa die Bestimmungen Art. 329 ff. OR.

27 Sog. Arbeitsgesetz (ArG) vom 13.3.1964 (Stand am 1.8.2008; AS 2008 2903 2904; BBl 2007 4261 4269).

28 ArGV vom 29.5.2008, Stand am 1.5.2010.

29 SR 822.115.

30 Arbeitsgesetzverordnung Nr. 1 zum Arbeitsgesetz.

31 Vgl. dazu die Wegleitung von Seco zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom November 2007: Hier werden drei Gruppen von Unentbehrlichkeiten unterschieden: eine technische,

Verwirklichung des Dritten Gebotes in unserer Rechtsordnung die Komplexität aufzuzeigen, die eine schlichte Aussage im Dritten Gebot im Laufe der Zeit durch ein ganzes Netz von Normen – Verbotsklauseln, Ausnahmen, Differenzierungen nach Alter, Branchen, Geschlecht u.a.m. – eine Unübersichtlichkeit geschaffen hat, die ein einheitliches Urteil über den Vergleichszustand zwischen Gestern und Heute nicht mehr zulässt.³²

Schliesslich begegnet man auch kantonalen Regelungen in Kantonsverfassungen, Gesetzen, Verordnungen und Reglementen. Selbst die Strassenverkehrssetzung kümmert sich um genügende Ruhezeiten, vorab für den berufsmässigen Motorfahrzeugverkehr. Die Motivierung für diese rechtlichen Anordnungen erfolgt aber nur in geringem Ausmass auf Grund religiös motivierter Absichten. Vielmehr besteht die *ratio legis* im Bedürfnis nach Sozialschutz. Nicht zuletzt belegt dies auch die Tatsache, dass auch das *Bedürfnis* nach Ruhe und Freizeit im obligationenrechtlichen Arbeitsvertragsrecht gewissermassen als *Generalschutzklausel* enthalten ist. Es handelt sich dabei um eine gesetzgeberische Anordnung, die den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers ganz grundsätzlich anpeilt; geht es doch um den Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität.³³ Das Dritte Gebot richtet sich aber nicht nur an den Arbeitnehmer, sondern betrifft alle Menschen. Eine letzte Bemerkung: Die Verletzung der Sonntagsruhe unter dem Aspekt der Verletzung religiöser Gefühle *anderer* ist das geringere Übel als die *eigene* Entheiligung des Sonntags und wird daher verschiedenerorts nur als Übertretung ins Recht gefasst.

4. *Rechtliche Relevanz des Appells an die Moral*

a) Gedanken zum Vierten Gebot

Mit dem Vierten Gebot «*Du sollst deinen Vater und deine Mutter ehren*» wird wohl auch aus praktischen Gründen im Sinne der Durchführbarkeit Unterschiedliches ausgesprochen: Der Appell an den *Gehorsam* im engeren Sinn³⁴ richtet sich an die minderjährigen Kinder, die noch im Elternhaus leben. Bei den erwachsenen Kindern wird der eigentliche Kerngedanke in der Formulierung

eine wirtschaftliche sowie – im Sinne der Gleichstellung – die besonderen Konsumbedürfnisse.

32 Dabei sind die kantonalen Vorschriften in gleicher Materie nicht einmal berücksichtigt. Statt vieler sei etwa auf das Ruhetags- und Ladenöffnungsgesuch des Kantons Zürich vom 26.6.2000 (1.7.04-45) sowie den Beschluss des Regierungsrats über die Inkonvenienzen-schädigung für Pikett-, Präsenz-, Nacht- und Wochenenddienste der Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte vom 21.6.2000 sowie auf die Richtlinien für die Bewilligung der Öffnungs- und Verkaufszeiten gewerblicher Ausstellungen des Detailhandels vom 17.3.2004 verweisen.

33 Art. 328 OR.

34 Apostel Paulus: «Seid gehorsam euren Eltern in dem Herrn.»

auf eine Haltung der Wertschätzung und Achtung konzentriert. Der Ökonom und Sozialphilosoph Friedrich A. von Hayek hat u.a. auch die hohe Wertschätzung der Familie als universelle Bedingung für das Entstehen und Bestehen freier Gesellschaften betont.³⁵

b) Einfluss auf unser Recht

Auch das Vierte Gebot appelliert zunächst an die Moral. Es findet aber seinen Niederschlag im Recht nicht erst in ausgesuchten Bereichen, wo die Missachtung eine besonders gravierende Gemeinschaftswidrigkeit darstellen würde. Vielmehr wird die Moralnorm *als solche* zur Rechtsnorm, wo sich das schweizerische Zivilgesetzbuch mit der Regelung des Kind-/Elternverhältnisses befasst. In früheren Zeiten hatte der Gesetzgeber in Art. 275 Abs. 1 ZGB ausdrücklich angeordnet, dass die Kinder «den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig» sind. Im Laufe der Zeit hat allerdings ein erheblicher Wandel im Hierarchiedenken vorab auch im Familienbereich eingesetzt. In der mitmenschlichen Beziehung besteht Gleichbehandlungsanspruch: Die Bestimmung fiel weg und die *gegenseitige* Achtung vor der Persönlichkeit des Anderen hat ihren Niederschlag in der Regelung der Gemeinschaft der Eltern und Kinder gefunden. In diesem Zusammenhang regelt Art. 272 ZGB³⁶ unter dem Marginaltext «Beistand und Gemeinschaft» in abgewandeltem Sinn und Geist des Vierten Gebots die Kind-/Elternbeziehung mit einer Formulierung genereller Ausrichtung: «Eltern und Kinder sind einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert». Der einzige Vorbehalt ergibt sich hier mithin aus der Anknüpfung der umfassenden Beistands- und Rücksichtspflicht an das Bestehen einer räumlichen Gemeinschaft. Aus dieser Verpflichtung sind indessen die Kinder nach der Trennung vom Elternhaus nicht völlig entlassen: Sie wird von Gesetzes wegen auf eine materielle Unterstützungspflicht bei Bedürftigkeit reduziert³⁷. Eine Nachwirkung ist ebenfalls das Pflichtteilsrecht der Eltern³⁸. Auch diese verlängerten Beistandspflichten stehen, wie ihr chronologischer Ausgangspunkt³⁹, unter der Voraussetzung strikter Gegenseitigkeit: Würden die Nachkommen sonst aber in Not geraten, haben sie Unterstützungsansprüche bei den Eltern und allenfalls Geschwistern anzumelden; sie sind ferner ihrerseits den Eltern gegenüber pflichtteilsberechtigt. Im Abschnitt über

35 BAADER, Du sollst produktiv sein! Über die christlichen Wurzeln der Marktwirtschaft, in: Schweizer Monatshefte, Nr. 981, Zürich, November 2010, S. 42 ff.

36 Fassung gemäss Ziff. I 1 des Bundesgesetzes vom 25.6.1976, in Kraft seit 1.1.1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

37 Art. 328 Abs. 1 ZGB.

38 Art. 471 ZGB.

39 Art. 272 ZGB:

die elterliche *Sorge*⁴⁰ überwiegen die Pflichten der Eltern die ihrer Kinder weit aus. Das hängt mit der Emanzipation des Kindes in der heutigen Welt zusammen, damit also, dass es aus der Geborgenheit des engsten sozialen Milieus, die auch *Verborgenheit* bedeutete, in das Tageslicht der Gesellschaftskontrolle getreten ist.

5. *Rechtliche Relevanz des Lebensschutzes: Tötungsverbot*

a) Gedanken zum Fünften Gebot

Jeder human gesinnte Mensch ist für die Hochachtung vor dem Leben auf die Unantastbarkeit von dessen Würde. In der Erklärung des Parlaments der Weltreligionen in Chicago 1993 zu einem Weltethos⁴¹ wird ein Abschnitt über die Verpflichtung auf eine Kultur der Gewaltlosigkeit und der Ehrfrucht vor allem Leben ausgeführt: «Aus den grossen alten religiösen und ethischen Traditionen der Menschheit aber vernehmen wir die Weisung: Du sollst nicht töten! oder positiv: Hab Ehrfurcht vor dem Leben! Besinnen wir uns also neu auf die Konsequenzen dieser uralten Weisung: Jeder Mensch hat das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte Anderer verletzt. Kein Mensch hat das Recht, einen anderen Menschen physisch oder psychisch zu quälen, zu verletzen, oder gar zu töten. Und kein Volk, kein Staat, keine Rasse, keine Religion hat das Recht, eine andersartige oder andersgläubige Minderheit zu diskriminieren, zu «säubern», zu exilieren, gar zu liquidieren». Das alles ist rückhaltlos zu bejahen. Diese Worte sind nichts anderes als die formelle und inhaltliche Aussage in den Tafeln Moses zum Fünften Gebot «*Du sollst nicht töten*». Diese Worte benötigen in keiner Art und Weise einer Auslegung. Leben und Sterben sind in mehrfacher Hinsicht Fixpunkte im menschlichen Dasein. Beide signalisieren Begriffsinhalte, die zunächst einmal für jedermann alltäglichen Charakter besitzen. Und doch verbirgt sich dahinter ein Mysterium, das für Viele Tabubereiche darstellt, die zu ergründen ohnedies ein an das Unmögliche grenzendes Unterfangen bildet. Das «Leben» vereinnahmt uns mit all den vermeidbaren wie unvermeidbaren innerlichen wie nach aussen gerichteten Beschäftigungen, und diese lassen uns kaum die Musse, über die Endlichkeit unserer weltlichen Präsenz nachzudenken. Die uns zur Verfügung gestellte Zeit läuft allmählich ab. Zumeist häufen sich sukzessive die Signale, die uns u.a. an entwicklungsbedingte Veränderungen im psychischen wie physischen Wohlbefinden erinnern. Früher oder später und mit unterschiedlicher individueller Ausrichtung steuern wir jenen Zustand an, der jenseits der Grenze lebenswerten Lebens angesiedelt scheint. Kein

40 Art. 296–317 ZGB über «die elterliche Sorge» (Fassung gemäss Ziff. I 4 des Bundesgesetzes vom 26.6.1998, in Kraft seit 1.1.2000 (AS 1999 1118 1144; BBl 1996 I 1); früher noch «elterliche Gewalt» (Art. 273–289 a ZGB).

41 Gründer und Präsident ist Prof. Dr. theol., Dr. h.c. mult. Hans Küng.

Mensch ist aber Herrscher über Leben und Tod. Deshalb hat vor allem die Dritteinwirkung überall und zu allen Zeiten die Missbilligung des Rechts gefunden.

b) Einfluss auf unser Recht

Das Tötungsverbot ist in den verschiedenen Abwandlungen gesetzlich verwirklicht worden. Unser Strafrecht unterscheidet neben Mord als schwerster Missetat überhaupt zwischen vorsätzlicher Tötung, Totschlag, Tötung auf Verlangen, Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord, Kindestötung und fahrlässiger Tötung;⁴² es stuft die Strafanrohungen je nach der Schwere dieser Handlungen ab. Mit der Beseitigung der Todesstrafe⁴³ zog der schweizerische Gesetzgeber seine Konsequenzen aus der zu einem guten Teil religiöse Bedenken äussernden Volksmeinung, die im staatlich gebilligten und durch staatliche Organe begangenen Verstoss gegen das Fünfte Gebot einen unerträglichen Widerspruch christlichen Verhaltens sah. Die Todesstrafe ist seither auf das Militärstrafrecht in Krisenzeiten beschränkt und gibt dort jedenfalls zu nicht abreissenden Meinungsverschiedenheiten Anlass. Es ist aber gerade der Heeresdienst, die «Ausbildung zum Töten», welche die Diskussion um das Problem nicht verstummen lässt.⁴⁴

Die Kürze und Schlichtheit der Formulierung des Fünften Gebotes «Du sollst nicht töten» richtet sich mit Rücksicht auf die Absolutheit des Aussagegehalts an alle. Leben und Sterben sind – wie oben erwähnt – in mehrfacher Hinsicht Fixpunkte im menschlichen Dasein. Daher muss man wohl davon ausgehen, dass die Tötungsformen aus eigenem Willensentschluss und eigener Entscheidung – wie etwa Selbstmord, Tötung auf Verlangen, Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord, inklusive der modernen Variante «Sterbetourismus» – unter dem Regime der Zehntafelgesetzgebung unterschiedslos eingeschlossen waren. In neuester Zeit hat hier ein ganz erhebliches Umdenken stattgefunden: Grundsätzlich muss und kann darüber nur der Betroffene selbst befinden. Wenn immer wir heute mit Fragen der Sterbehilfe konfrontiert werden, steht deshalb die Willensautonomie, die Entscheidungsfreiheit über das eigene Schicksal im Vordergrund. Trotz der im *Ethischen* wurzelnden Maximen entstehen im Zusammenhang mit dem Grenzerlebnis des Todes Fragen über Fragen, auf deren Antwort wir heute noch warten, und dies mit der hintergründigen Gewissheit, dass es keine endgültige Antwort, sondern nur Antworten gibt: Ist es mit der Würde und Achtung vor dem menschlichen Leben vereinbar, die Bitte etwa eines unheilbar Kranken

42 Art. 111–117 StGB.

43 Für politische Delikte durch Art. 65 Abs. 1 aBV; für bürgerliche Verbrechen durch das die kantonalen Gesetzgebungen im Jahre 1942 ablösende Strafgesetzbuch.

44 Dazu vorab SCHWARZENEGGER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Vor Art. 111–117 N 1 ff.

um Erlösung von seinen Leiden zu erfüllen, indem ihm bei seinem Abschied aus dem Leben Hilfe angeboten wird?⁴⁵

6. *Rechtliche Relevanz des Schutzes der Ehe: Verbot des Ehebruchs*

a) Gedanken zum Sechsten Gebot

Das Institut der ehelichen Verbindung von Mann und Frau zu einer Gemeinschaft galt und gilt auch heute noch grundgedanklich als Resultat eines sakralen Aktes. Die eheliche Gemeinschaft war stets nicht nur eine individuelle Angelegenheit, sondern – je nach Kulturkreis und Zeitepoche – ein «Institut», mit dem verschiedene Funktionen, auch öffentlich relevanter Natur, verbunden sind: Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, Erziehungs- und Sorggemeinschaft wie auch ein «Gesamthandverhältnis», eine innere Einheit, die nach aussen kommuniziert, handelt und sich zu verantworten hat. An der Wahrung und Aufrechterhaltung einer ehelichen Gemeinschaft ist der Staat, die Öffentlichkeit – nicht nur im Sinne ihrer Eigenschaft als Erziehungsgemeinschaft – interessiert. Die entsprechende Botschaft von Moses korrespondiert in gewissem Sinn mit den Bedürfnissen und Erfordernissen des Kollektivs. Das hört man nicht zuletzt auch aus religiösen Kreisen, dass gemäss dem hebräischen Grundtext die Worte des Sechsten Gebots «*Du sollst nicht ehebrechen*» auch mit «Du wirst die Ehe nicht brechen» übersetzt werden können, somit grundgedanklich reduziert auf eine blosses *Versprechen*.

b) Einfluss auf unser Recht

Der Ehebruch als ehemals grösste Sünde wider die Ehe und die ihr zu haltende Treue wurde allerdings durch zivilrechtliche Sanktionen mehr denn durch das Strafrecht geahndet. Als sogenannter absoluter Scheidungsgrund entband er den betroffenen Partner von der Pflicht, dem Richter die Unzumutbarkeit eines weiteren Zusammenlebens darzutun.⁴⁶ Sprach das Gericht die Scheidung so ohne Prüfung der Frage, ob die Ehe noch zu retten wäre, aus, war dem schuldigen Teil für die Dauer von ein bis drei Jahren ein Eheverbot auferlegt worden.⁴⁷ Davon nahm die Gerichtspraxis freilich vielfach Umgang. Der Ehebruch verlor die Eigenschaft eines absoluten Scheidungsgrundes, wenn der Betrogene ihm zugestimmt oder dem Betrüger verziehen hatte;⁴⁸ letzteres galt als unwiderlegbare Vermutung, wenn der verletzte Ehepartner sechs Monate nach Kennt-

45 Statt vieler GIGER, Reflexionen über Tod und Recht. Sterbehilfe im Fokus von Wissenschaft und Praxis, Zürich 2000 und die dort erwähnte Doktrin und Rechtsprechung. In diesem Zusammenhang sei auch auf eine in diesem Frühjahr erscheinende Publikation von NÄF HOFMANN/NÄF, Palliative Care – Ethik und Recht, Zürich 2011, hingewiesen.

46 Sog. absoluter Scheidungsgrund gemäss Art. 137 ZGB.

47 aArt. 150 Abs. 1 ZGB.

48 Art. 137 Abs. 3 aZGB.

nis vom ehebrecherischen Verhalten noch keine Scheidungsklage einreichte⁴⁹. Gleichwohl wirkte sich der Ehebruch dann allenfalls als Ursache bzw. Mitursache einer unheilbaren ehelichen Zerrüttung aus.⁵⁰ Sah der Richter in den Umständen, die zur Scheidung geführt hatten, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, konnte er ihm eine Geldsumme als Genugtuung zubilligen und damit über die Begründung des Scheidungsurteils hinaus ein Unwerturteil über den Ehebrecher fällen⁵¹. Mit dem Verbot der Anerkennung eines im Ehebruch gezeugten Kindes durch den Erzeuger stellte der Gesetzgeber eine Ausnahme vom ungeschriebenen Prinzip auf, dass die Kinder die böse Tat ihrer Eltern nicht zu entgelten haben, weil ihm hier das gegenteilige Interesse, nämlich die Unantastbarkeit der Ehe, das Wichtigere zu sein schien.

Der Versuch, alte Anschauungen vom Ehebruch als eine strafwürdige Handlung in einer modernen Rechtsordnung zu verankern, schlug fehl: Das Antragsrecht des beleidigten Ehegatten, dessen Ehe wegen Ehebruchs geschieden oder getrennt wurde, auf Bestrafung des Anderen und seines Mitschuldigen,⁵² führte stets ein obskures Dasein. Nur zögernd wurde davon Gebrauch gemacht; die Zurückhaltung der Gerichte war diesbezüglich noch grösser. Es haftete ihm das Odium des unchristlichen Grundsatzes Auge um Auge an.

Die Liberalisierung der Denkweise in unserer Gesellschaft und nicht auch zuletzt die Einsicht, dass das Glück des Individuums nicht von kollektiven und religiösen Gründen in Ketten gelegt werden darf, hatte sich auch auf unsere Gesetzgebung ausgewirkt: Beinahe alle der angeführten Bestimmungen sind aufgegeben⁵³ oder durch andere Formulierungen ersetzt worden⁵⁴.

7. *Rechtliche Relevanz des Eigentumsschutzes*

a) Gedanken zum Siebten Gebot

In allen Gemeinschaften, in denen Eigentum individuell- und nicht kollektivbezogen aufgeführt wird, wo zwischen Mein und Dein unterschieden wird, kann nur eine strikte Einhaltung der Zugehörigkeitsordnung Konflikte jeder Stufe verhindern. «*Du sollst nicht stehlen*» als Siebtes Gebot enthält die Aufforderung, die Grenze zwischen Mein und Dein zu achten und einzuhalten. In der zivilisierten Welt ist mit Bezug auf das Eigentum das Gefühl für das eigene Reich der Güterzuordnung zum allein funktionierenden System geworden und dies nicht

49 Art. 137 Abs. 2 aZGB.

50 Art. 142 aZGB.

51 Art. 151 Abs. 2 aZGB

52 Art. 214 aStGB (später aufgehoben).

53 So Art. 137 aZGB, Art. 150 Abs. 1 aZGB, Art. 151 Abs. 2 aZGB sowie die Strafrechtsnorm Art. 214 aStGB.

54 Die Scheidung infolge unheilbarer Zerrüttung von Art. 142 aZGB ist durch die Bestimmungen Art. 111–116, insb. Art. 115 ZGB ersetzt worden.

nur unter dem Regime von ordnungspolitischen Rücksichten, sondern im übereinstimmenden Einverständnis darüber, dass Besitz und Eigentum zum Leben, ja zur Lebensfreude gehören. Auch die Unantastbarkeit des Eigentums gehört zu den drei wichtigsten Institutionen einer freien Gesellschaft.⁵⁵

b) Einfluss auf unser Recht

Das Siebte Gebot fand unmittelbare rechtliche Verwirklichung im Sinne einer vollkommenen Identität zwischen Moral- und Rechtsnorm: StGB Art. 137 behandelt den Diebstahl als Verbrechen gegen das Eigentum. Dem noch undifferenzierten Rechtsdenken der Frühzeit erschienen freilich alle möglichen Varianten der Vermögensschädigung einheitlich als Diebstahl, wie etwa die Hehlelei. Ja, der flüchtende Sklave wurde als Dieb betrachtet, weil er sich selbst dem Herrn stahl. Wir werden daher Ursprung und Sinn des Siebten Gebots nur dann gerecht, wenn wir es als umfassende Aufforderung, als ein allgemeines Tabu auslegen: Verpönt ist jede irgendwie geartete unrechtmässige Bereicherung auf Kosten des Nächsten. Die ganze Skala der Vermögensdelikte wie überhaupt sämtliche Tatbestände des Zivilrechts, in denen die Unehrllichkeit in materiellen Belangen – beispielsweise die mangelhafte Vertragserfüllung – erfasst wird, lassen sich deshalb als gesetzliche Verstärkung des Gebots anführen.

8. *Rechtliche Relevanz des Zeugnissschutzes*

a) Gedanken zum Achten Gebot

Mit den Worten *«Du sollst nicht falsch Zeugnis reden wider deinen Nächsten»* hat das Achte Gebot einen Grundsatz aufgestellt, der im Laufe der Zeit eine alles überstrahlende, übertreffende Bedeutung erlangt hat. Zugegeben: Information ist das Zauberwort, welches qualitativ und quantitativ den Stellenwert im Koordinatensystem mitmenschlicher Kontakte ausmacht; bestimmt sie doch wesentlich Erziehungs- und Bildungsprogramm und damit indirekt die Formung der Persönlichkeit. Sie ist für Selbst- und Umweltbild des Menschen verantwortlich und bestimmt ebenfalls seine Meinungsbildung – ein Faktor von weitreichenden Konsequenzen. Heute stellt die Information die eigentliche Achse dar, um die sich unsere Welt dreht. Wer sie beherrscht, kann Macht ausüben. Mit der Informationsverbreitung sind aber zwangsläufig auch Schattenseiten verbunden: Eine Nachricht, eine Mitteilung geht von Mund zu Mund, von Sender zu Adressaten. Auf diesem Weg der Informationsvermittlung ereignen sich – unbewusst oder bewusst – Veränderungen des Inhalts, der Wahrheit. Wie leicht und locker neigen wir doch zu Übertreibungen.⁵⁶ Damit ist aber gerade in unserem Zeitalter der elektronischen Übermittlungen und der Informationsver-

55 Dazu BAADER (Fn. 35), S. 42 ff.

56 Die Zunge ist so schnell und das schlechte Gewissen so träge!

arbeitung von Massenmedien grösseres Schadenspotential verbunden.⁵⁷ «Die Lüge ist durch die blossе Form ein Verbrechen des Menschen an seiner eigenen Person und eine Nichtswürdigkeit, die den Menschen in seinen eigenen Augen verächtlich machen muss». Diese Worte hat vor mehr als zweihundert Jahren ein Mann⁵⁸ warnend ausgesprochen, der die Rechtskultur unserer Zivilisation besonders auch durch seine Lehre vom kategorischen Imperativ grundsätzlich und nachhaltig beeinflusste. Sich selbst so zu verhalten, wie man sich das Verhalten der Umwelt wünscht, die objektiv abverlangte Maxime zur eigenen zu machen – das ist ein ewig gültiger Massstab; ein Massstab auch für den Richter, wenn ein konkreter Fall nur durch Rückgriff auf eine auslegungsbedürftige Generalklausel entschieden werden kann. Wer die Grenzen des Persönlichkeits-schutzes im Einflussbereich von Massenmedien abzustecken sucht, befindet sich ebenfalls in einer solchen Situation. Dieser Ehrlichkeitsanspruch gehört ebenfalls zur Säule der kulturell-ökonomischen Entwicklung des Abendlandes.⁵⁹

b) Einfluss auf unser Recht

Auch bezüglich diesem Achten Gebot möchte man vorerst an eine totale Übereinstimmung zwischen dem Inhalt der göttlichen und der von Menschen gesetzten Verhaltensvorschriften glauben: Falsches Zeugnis wird zwar nach Art. 307 Abs. 1 StGB als Verbrechen mit Strafe bedroht. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung besitzt aber falsches Zeugnis nur dann strafrechtlich erhebliche Bedeutung, wenn es in einem Gerichtsverfahren abgelegt wird – eine Einschränkung, die dem Achten Gebot ganz offensichtlich fehlt, ja fehlen soll: Sein Sinn konnte danach doch wohl nur der sein, dass *jede* unwahre Äusserung, durch die jemand seinen Nächsten in den Augen der Anderen herabsetzt, vom Gebot erfasst sein will. Das Strafgesetzbuch hat die schwerwiegendsten Verstösse als Vergehen gegen die Ehre pönalisiert.⁶⁰ Was nicht darunter fällt, ist allein einer höheren Instanz gegenüber zu verantworten.

Warum – so wird man sich zu fragen haben – werden dann die wohl schwerwiegendsten Verstösse gegen die menschliche Existenz⁶¹ von den Gesetzen und deren Anwendern so rücksichtslos milde bestraft oder gar nicht erfasst? Diese

57 Papst Paul der VI., 1967: «Man kann die Gefahr und den Schaden nicht verkennen, den die Massenkommunikationsmittel, wie edel sie in sich auch sein mögen, dem Einzelnen und der Gesellschaft bringen können, wenn sie nicht von Menschen mit Verantwortungsbewusstsein, mit ehrlichen Absichten und in Übereinstimmung mit den Richtlinien einer objektiven Moral eingesetzt werden».

58 Emanuel Kant, deutscher Philosoph.

59 BAADER, (Fn. 35), S. 42 ff.

60 Art. 137–177 StGB.

61 «Rufmord» ist Mord; was stirbt, ist das in jedem menschlichen Leben schlummernde Entwicklungspotential, das durch die Lüge und oft durch ihre Sanktionierung in Prozessen (Beweisnotstand u.a.m.) mutwillig oder gedankenlos zerstört wird.

Frage wird wohl unbeantwortet bleiben müssen, weil die Verbreitung der Dif-famierung mit den heute zur Verfügung stehenden Verbreitungsmitteln einen Grad erreicht hat, der zum eigentlichen Automatismus wurde und gegen den der Betroffene machtlos ist.

9. *Rechtliche Relevanz der Begehrlichkeit*

a) Gedanken zum Neunten und Zehnten Gebot

Die beiden letzten Gebote *«Du sollst nicht begehren deines Nächsten Haus»*⁶² sowie *«Du sollst nicht begehren deines Nächsten Weib»* peilen ein gemeinsames Grundsatzproblem an: die *Begierde*. Einmal ist ihr Ziel ein irdisches Gut, das Haus, dann aber wird auch im zweiten Gebot das *«Weib»* anvisiert. Die Wurzel des Übels ist immer im gleichen Ursprung zu finden: Der davon betroffene Mensch ist unzufrieden, weil er im Vergleich mit seiner Umwelt entdeckt oder zu entdecken glaubt, dass der Andere mit erheblich mehr Gütern⁶³ und Glück gesegnet ist. Die Verführung zur Unzufriedenheit vollzieht sich stets über den *Vergleich*. Letztgenannter weckt leicht Missgunst, Neid; dann aber auch Machtgier, Geldgier und sexuelle Gier. Dadurch wird das gemeinschaftliche Zusammenspiel zwischen menschlichen Beziehungen zerstört und im schlechtesten Fall ist der davon Besessene auf dem Weg zu seiner eigenen Vernichtung.⁶⁴

b) Einfluss auf unser Recht

Die in den Geboten Neun und Zehn in den Gebotskatalog aufgenommene, negative Eigenschaft der Begierde, auf wen und was sie auch immer ausgerichtet sei, muss das Internum der eigenen Gedanken- und Vorstellungswelt verlassen, um rechtlich überhaupt erfassbar zu werden. Sie bedarf einer Sichtbarmachung durch die Tat. *«Fürs Denken kann man niemanden henken»*, lautet ein altes Rechtssprichwort. Als Auslösefaktor und Motiv der Tat bildet die Begierde notwendigen Bestandteil der Erwägungen zum Strafmass; misst doch der Richter nach Massgabe von Art. 47 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen hat. Auch im Zivilrecht kann die Begierde eine rechtlich erhebliche Rolle spielen, etwa dann, wenn ihm den Charakter eines Grundlagenirrtums zugebilligt wird.⁶⁵ Das Neunte und Zehnte Gebot meinen das von Neid genährte Begehren, welches positiv das Habenwol-

62 Auch im Neunten Gebot erblickt BAADER ROLAND, «neben der werteszpezifischen Relevanz der christlichen Glaubensinhalte» ebenfalls eine «funktionelle Dimension des Christentums» – und von Religionen ganz allgemein – «eine wichtige Rolle für die Entwicklung der westlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen».

63 Haus, Autos u.a.m.

64 Dies durch Überschuldung und schliesslich in letzter Konsequenz zur Vernichtung seiner Existenz und seiner Persönlichkeit.

65 Art. 23 OR.

len, negativ das Nichtgönnen impliziert. Letzteres macht den Verstoß gegen die Nächstenliebe aus. Hieraus lassen sich aber keine Rechtsfolgen ableiten.

B. Niederschlag des grundgedanklichen Ideenguts der Zehn Gebote in der schweizerischen Rechtsordnung

1. Vorbemerkungen

Gewissermassen im Sinne eines Rückblicks auf die Spurensuche nach «Anwendungsgrundsätzen» der Zehn Gebote in der schweizerischen Rechtsordnung müssen wir uns die beinahe noch wichtigere Frage stellen, ob nicht vielmehr auch der *grundgedankliche Sinn und Geist des schlichten Ordnungssystems der Tafelgesetzgebung Moses'* Eingang in unser rechtliches Denkmuster gefunden hat. Die psychischen wie auch die geistig-ethischen und darauf beruhend normativen Werte bedürfen der Protektion, wobei man nicht ausser acht lassen sollte, dass jede Verletzung der geistig-moralischen Integrität des Menschen unvermeidlich auch zur Beeinträchtigung des physischen Wohlbefindens führt. Damit schliesst sich der Kreis: Der Mensch in seinem Anspruch auf «Mensch sein», seiner blossen Existenz, der Gesamtheit seiner Wünsche und Entfaltungsmöglichkeiten ist Schutzobjekt, gleichzeitig aber auch – in der Eigenschaft als präsumtiver Verletzter gleicher Rechtsgüter anderer – Adressat entsprechender Gebots- und Verbotsnormen. Die Persönlichkeitssphäre umfasst Körper, Seele und Geist. *Jeder* nicht gewünschte Eingriff in den Fremdbereich tangiert unmittelbar oder mittelbar das Rechtsgut des Wohlbefindens, ja der Gesundheit selbst, und erfüllt folglich den Erwartungsspielraum, der uns mit den vielen Ordnungssystemen im Laufe der Zeit als Heilsbotschaft präsentiert wurde. Damit sind wir nun eigentlich wiederum am Ausgangspunkt angelangt: Die konkrete Beeinträchtigung trifft zwar jeweils nur das Individuum. Dieses ist aber Glied eines Kollektivs. Das führt zur Abwehrreaktion auf eingriffstypisches Verhalten von Gruppenangehörigen. Eingriff und Abwehr lösen sich ab, sich in Ausmass und an Intensität stetig steigernd – ein verhängnisvoller, nie abreisender *circulus vitiosus*. Die Eskalation der Eingriffe verunmöglicht zwar nicht nur die Verwirklichung einer Einzelpersonlichkeit, einer grossen Anzahl von Einzelpersonlichkeiten, sondern im theoretischen Extremfall der gesamten menschlichen Gesellschaft. Das Total dieser Beeinträchtigungen ist bekanntlich auch ein qualitatives und nicht nur ein quantitatives Problem, das Ganze demnach mehr als die Summe seiner Teile.

Was ich damit sagen will, ist die Vermittlung der Überzeugung, dass allein ein kasuistisches Erfassen einzelner Tatbestände niemals genügt, um die Vielfalt der Probleme bewältigen zu können. Das gesetzliche Instrumentarium bedarf vielmehr auch der Grundsätze, die allfällige Lücken im Anwendungspotential einzelner Vorschriften schliesst und im übrigen den Geist, die Gesinnung vermittelt, von der jede Überlegung und Entscheidung beherrscht sein sollte. Die Zehn

Gebote verfügen keineswegs nur – wie es den Anschein haben könnte – über konkrete Anweisungen. Sie sind vielmehr eingebettet in die spezifische Mentalität und den Geist jener Zeit, die der ihr inhärenten Zeitepoche und dem ortsgebundenen moralischen wie auch ethischen Gehalt die rechtliche Durchsetzungskraft verleiht. Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsorgane vergessen bei der ihnen übertragenen Aufgabe eines möglichst integralen Schutzes oft ein Blick auf die Vorbilder aus ferner Vergangenheit. Nicht nur die Zehn Gebote, sondern – etwas später – ebenfalls das römische Recht hatte mit wenigen einprägsamen Worten die generelle Lösungsformel für eine unbestimmte Anzahl von Interessenkollisionen geschaffen: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*. Dieses von Ulpian aufgestellte grundlegende Ordnungsprinzip regelt menschliches Zusammenleben durch negative wie positive Umschreibung des gegenseitigen Verhaltens in Verbindung mit einer die kollektive Wirklichkeit berücksichtigenden, jedoch individuumgerechten Güterverteilung; eine Kollisionsordnung, welche die Grenzen zwischen den einzelnen Bereichen rechtlich geschützter Interessen zieht. Der ethische Pluralismus verlangt allerdings – soll die Ethik auch einen praktikablen Nutzen bringen – sowohl mit Bezug auf das System⁶⁶ wie auch hinsichtlich Inhalt⁶⁷ eine klare Standortbestimmung⁶⁸. Kant hat wohl als einer der ersten begriffen, dass nur ein theoretisches Modell praktisch einsetzbar sein kann, das nebst einem objektiven Massstab lediglich eine Maxime von genereller Ausrichtung mit Unabdingbarkeitscharakter gelten lässt. Seine Bausteine liegen zunächst im selbständigen Eigenwert des in der Gesinnung⁶⁹ liegenden «sittlich Guten» sowie in der völligen Unbedingtheit der sittlichen Forderung. Die Praktikabilisierung erfolgte über seine Lehre «Kritik der praktischen Vernunft». Die gedankliche Verbindung mit der Sittenlehre im Sinne der Ethik führte zur Ableitung des freien Willens aus dem «moralischen Gesetz», dessen sittliche Grundregel als *kategorischer Imperativ* bekannt ist.⁷⁰ Wer folglich die Maxime seines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten lassen kann, handelt danach wohl ethisch. *Damit ist aber die freie Willensbildung und Willensbetätigung zum ethischen Prinzip erhoben*. Die Zehn Gebote peilen allerdings durch ihre imperative Darstellung, auch mit der daraus ableitbaren Grundsätzlichkeit, ein strengeres Ziel an. Auch die Entwicklung hat gezeigt, dass von jedermann schrankenlos ausgeübte Freiheit sich wiederum aufhebt. Das Primat des Willens bedarf somit

66 Das gilt vorab mit Bezug auf den Absolutheitsanspruch eines objektiven Massstabes.

67 Moralität, Sittlichkeit, das sittlich Gute, die Gesinnung, die Vernunft.

68 Selbstverständlich masst sich der Autor in keiner Weise an, hier das Ei des Kolumbus zu finden.

69 Nicht klar ist, ob er die individuelle oder objektiv kollektive Gesinnung im Sinne der Moralität meint.

70 KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Königsberg 1797) XXV: «... Handle nach einer Maxime, welche zugleich als ein allgemeines Gesetz gelten kann.»

einer Korrektur zum eigenen Schutz. Schon im römischen Recht ist dies mit dem Grundsatz «*neminem laedere*» anerkannt worden.

Alle Versuche, das Phänomen «Ethik» in Definitionen festzulegen, deren Sinngehalt in einer unanfechtbaren Formulierung ein für allemal zu fixieren und ihren Standort wie Stellenwert im Koordinatennetz bestehender Grundsätze, Regeln sowie Ordnungssysteme zu bestimmen, sind weitgehend Ansichten geblieben, die weiterhin der Kritik unterliegen und Anlass zu wissenschaftlichen wie anderweitigen Auseinandersetzungen geben werden. Im vorliegenden Zusammenhang mag es genügen, darauf hinzuweisen, dass die christliche Theologie und kirchliche Rechtslehre schon früh mit dem naturrechtlichen Gedankengut sich beschäftigt hatten, wonach Ethik als göttliche Vernunft und Voraussicht aufgefasst werden sollte.⁷¹ Es war nicht verwunderlich, dass die Naturrechtsschule (Oldendorp u.a.m.) – von der theologischen Tradition beeinflusst – anfänglich den göttlichen Willen als Urquell allen Rechts betrachtete und ihre Lehren an den *Zehn Geboten* orientierte. So entwickelte Domat⁷² in seinem «*Traité des loix*» ein System des Rechts aus dem christlichen Liebesgebot. Die Säkularisierung des Naturrechts wurde durch Grotius' Werk «*De iure belli ac pacis*» eingeleitet. Materiell erwies sich nun das Naturrecht als eine philosophische Rechtswissenschaft, die – anders als das positive Recht, das eine durch Willenserklärung vernünftigerweise festgelegte Ordnung bildet – aus der *freien Natur des Menschen* notwendig sich ergebende Rechtssätze zum Gegenstand hat.⁷³ Die Konkretisierungsversuche schöpften zwar alle aus dieser zentralen Idee, aber dennoch führten die Variationsmöglichkeiten zu zahllosen Theorien, welche jede einen anderen Teilaspekt aus der menschlichen Natur zum Dogma wählte: die natürliche Neigung des Menschen zur Geselligkeit (vorab bei Grotius), die für Selbsterhaltung und Wohlbefinden des Menschen erforderliche Notwendigkeit eines geselligen Lebens,⁷⁴ die egozentrische Natur des Menschen im Sinne seiner eigenen Empfindlichkeit als Massstab für das Verhalten aller Mitmenschen,⁷⁵ die Triebstruktur des Menschen,⁷⁶ seine «*Imbecillitas*», der Verstand, die der menschlichen Natur immanente Gliederung in Zwangsrechte und Zwangspflichten, hauptsächlich unter dem Aspekt der Pflichten,⁷⁷ die «fort-

71 Dazu COING HELMUT, Naturrecht als wissenschaftliches Problem, in: Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a.M., 3 Nr. 1, Wiesbaden 1965, S. 6.

72 DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 3 tomes, Seconde Edition Paris 1695, S. 3689–1694.

73 GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 6. Aufl., Stuttgart/Tübingen 1841, S. 13 ff., vorab § 42.

74 PUFENDORF, *Prämisse allen Rechts*.

75 THOMASIIUS: Was du nicht willst, das man dir tu', das füg' auch keinem and'ren zu».

76 Selbsterhaltungstrieb, Lust- und Unlustgefühl, Gemeinschaftstrieb.

77 Pflicht, sich zu erhalten, zu vervollkommen, seine Glückseligkeit zu fördern u.a.m.

dauernde Ableitung des Rechts aus der Pflicht des berechtigten Subjects»,⁷⁸ ferner besonders im Zuständigkeitsbereich des englischen Rechts die Idee von der natürlichen Gerechtigkeit, Billigkeit und Praktikabilität sowie das Nützlichkeitsprinzip,⁷⁹ dann namentlich die zugkräftige, von Kant in seinem Werk über «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre» niedergelegte Überzeugung von der praktischen Vernunft als Gesetzgebung der Freiheit – sie alle sind Ausdrucksformen des geistigen Engagements der damaligen Epoche.

In all diesen zeitlichen Phasen der Suche nach dem richtigen Recht zeigt sich das Bestreben, *inhaltlich* eine Synthese zwischen Ethik und Recht zu verwirklichen. Das geistige Erbe vergangener Epochen demonstriert, dass nicht ausschliesslich in konkreten Normen ausformulierte Imperative das menschliche Zusammenleben regeln sollten, sondern die von der göttlichen bzw. menschlichen Vernunft gelenkte Gesinnung als mit dem «sittlich Guten» identischer Eigenwert einer im Kern unabdingbaren Verhaltensmaxime.

Ein Blick in die Gegenwart offenbart nun aber eine Wirklichkeit, die mit dem vergangenheitsträchtigen Gewicht der im «Göttlichen» wurzelnden Leitgedanken wie Moral und Ethik vorab im Rechtsalltag nur noch entfernte Verwandtschaft aufweist: Je öfters man sich auf diese Grundpfeiler der menschlichen Ordnung beruft, desto mehr entfernt man sich vom ursprünglich gültigen Aussagegehalt und Ideal: Der Begriff «Ethik» ist tatsächlich gewissermassen zum Allgemeingut, zum Konsumgut geworden. Ethik definiert sich vorab in unserer saturierten Gesellschaft nicht mehr als eine übergeordnete, objektive Maxime, sondern wird durch jedermann von Fall zu Fall als *Rechtfertigungsmodell für das eigene Tun und Lassen* in Anspruch genommen: Die Ethik des Einen ist folglich nicht mehr die Ethik des Anderen. Oft wissen diejenigen, die sich darauf berufen, nur noch, dass damit ein positiv wirkendes Signal verbunden ist. Das Essentielle verschwindet so im Meer zahlloser Vorstellungen, die in ihrer Gesamtheit aber kein einheitliches Bild abgeben und sich daher zwangsläufig der Manipulation zu eigenen Gunsten anbieten.

2. Einfluss der Ethik auf die Normgestaltung

Ein unmittelbare Zementierung ethischer Grundsätze finden wir vor allem im Bereich der Einleitungsbestimmungen des Zivilgesetzbuches: Treu und Glauben, Sittenkonformität, Billigkeit und wichtiger Grund sind die Stichworte, die eine zum Teil auch konkrete Realisierung im Obligationenrecht gefunden haben: Wer unsere Gesetzgebung unter dem Fokus von Treu und Glauben prüft, erkennt unschwer, dass dieser Grundsatz eine allgegenwärtige Bedeutung

78 KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* XII.

79 BENTHAM: *Utility welfare*.

beansprucht.⁸⁰ Weit zurückhaltender verhält sich der Gesetzgeber bezüglich seiner Verweise auf die «guten Sitten» sowie die «Sittenwidrigkeit».⁸¹ In elf seiner Vorschriften benützt er also diese Wortwahl, um ethische Wertmassstäbe zu verwirklichen und ihre Ausdeutung dem Richter zu überlassen. Wenn immer der Gesetzgeber aber auf die «Billigkeit» hinweist,⁸² will er damit einem nicht an das formelle Recht gebundenen *Wertungsmassstab* normative Bedeutung verleihen. Die auf «Billigkeit» beruhende Entscheidung muss sich innerhalb der Bandbreite *ethischer Wertungssysteme* halten; geht es hier doch im wesentlichen darum, durch die formelle Strenge der Gesetze geschaffene Ungerechtigkeiten auszugleichen und/oder Härtefälle zu vermeiden. Als *gutgläubig* gilt jeder Handelnde, dem bei Vorliegen eines Rechtsmangels das entsprechende Unrechtsbewusstsein in entschuldbarer Weise fehlt.⁸³ Hierbei handelt es sich in einem gewissen Sinn um eine *Grundsatznorm*. Der gute Glaube wird vermutet. Die normative Verweisung auf den «wichtigen Grund» als Entscheidungsgrundlage bedeutet angesichts des Blankettcharakters die klare Delegation einer konkretisierenden Rechtssetzungsbefugnis an den Richter. Damit ist ein erheblicher Ermessensspielraum entstanden, den der Richter aber nur nach Massgabe bestimmter Leitgedanken und Regeln gestalten darf. Der Gesetzgeber hat sich über zwanzig Mal auf den «wichtigen Grund» berufen und so das Schicksal der Entscheidung von Überlegungen abhängig gemacht, die sich innerhalb der Grenzen des *ethisch Verantwortbaren* zu bewegen haben. Schliesslich hält denn auch der Grundsatz ethischer Ausrichtung im normativen Hinweis auf das *Ermessen* Einzug in die Skala der von ethischen Vorstellungen getragenen Prinzipien. Es geht im vorliegenden Rahmen nicht um Vollständigkeit, aber es sei trotzdem an die gelegentlich in unserer Rechtsordnung anzutreffenden *Delegationen an Ersatzordnungen* erinnert: So verweist der Gesetzgeber auf Übungen, Gebräuche, Konventionen, Verkehrssitte, Usancen, Ortsgebrauch, den marktüblichen Verkehr sowie die Natur des Geschäfts. Das alles sind Einfalls-

80 BECK, Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht, in: Festschrift August Simonius, Basel 1955, S. 9 ff.; BÜRGI, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Zivilrecht, in: ZSR 157, Bern 1939, S. 161 ff.; MEYER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip bei Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948, S. 12 ff.; MERZ, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsfindung, in: ZSR 80 I, Basel 1961, S. 335 ff.; Berner Kommentar-MERZ, Art. 2 ZGB N 9 ff.; MERZ, Zur Auslegung von Rechtsgeschäften nach dem Vertrauensprinzip, in: ZBJV 99 1963, S. 332 f.; ZELLER, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Diss. Zürich 1981, S. 18 ff. sowie verschiedene grundlegende Entscheide des Bundesgerichts: BGE 84 II 158 E. 2; 91 II 275 ff.; 105 II 16 ff.; 105 II 23 ff.; 110 II 360 ff.; 116 II 431; 120 II 331 ff.

81 Es sind dies die Bestimmungen Art. 19 Abs. 2, Art. 20, 41 Abs. 2, Art. 63, 66, 157, 230, 239 Abs. 3, Art. 328 Abs. 1, Art. 346 Abs. 2b, Art. 420 Abs. 2 OR.

82 Als Grundnorm muss vorab Art. 4 ZGB gelten, der den Richter bei normativen Verweisen auf dessen Ermessen, die Würdigung der Umstände der wichtige Gründe dazu verpflichtet, die Entscheidung nach «Recht und Billigkeit» zu treffen.

83 Art. 3 Abs. 2 ZGB.

tore für die bereits in den Zehn Geboten verborgenen ethischen Maßstäben, die einen erheblichen Stellenwert in unserer Rechtsordnung einnehmen sollten.

IV. Fazit

Die Zehntafelgesetzgebung Moses' erfasst zwar im Fall sklavischer Beurteilung der Texte quantitativ nur einen relativ eng begrenzten Teil unseres Rechts. Was sie aber auszeichnet und auch für die Neuzeit als Orientierungshilfe in der Flut des normativen Instrumentariums tauglich macht, ist die qualitative Verankerung in ihrer auf Gott rückführbaren Ursprünglichkeit und ihr – hinsichtlich der aus einem tieferen Sinn zu destillierenden Grundsätzlichkeit – ewig gültiger Aussagegehalt wie auch ihre Ausrichtung auf den absoluten Geltungsanspruch ethischer Werte. Der bekannte Wirtschaftstheoretiker und Philosoph Prof. Dr. Willy Linder hatte vor Jahren folgende «ewigen Werte» in tief sinnige Worte geprägt: «Ethik? Die Philosophen des Altertums, allen voran natürlich Sokrates, brachten das tugendhafte Verhalten mit Wissen in Verbindung. Aus diesem Grunde glaubten sie an die Lernbarkeit von ethischen Verhaltensweisen. Das «Gute» klettert in den Rang einer Weisheit, das «Schlechte» dagegen ist Ausdruck von Unwissenheit und Ignoranz. Seit dieser Zeit ist relativ viel Wasser den Rhein hinuntergeflossen. Die Auseinandersetzungen darüber, was sittlich als «gut» oder «schlecht» zu beurteilen ist, hat seit dem Denken des Altertums kein Ende gefunden. Und sie kann – und soll – auch kein Ende finden können, weil es sich um eine Geschichte handelt, die in die Zukunft hinein offen ist und sich auf dem Boden eines freiheitlichen Ordnungsansatzes unablässig der Konkurrenz des Neuen und des möglicherweise Besseren stellen muss. Der Strom der philosophischen Gedanken, von dem die Ethik ein Teil ist, fließt ufer- und endlos durch die Jahrhunderte».

Grund- und Menschenrechte religiöser Minderheiten

VON GIUSEP NAY

Diesen einleitenden Beitrag zur Zürcher Migrationskonferenz 2009 unter dem Titel «Religion und ihre räumliche Repräsentation» widme ich Jonny Wiprächtinger dem Freund und Kollegen aus der innovativen und nachhaltigen gemeinsamen Tätigkeit am alten Kassationshof für Strafsachen am Schweizerischen Bundesgericht zwischen 1990 und 1996; die dickeren BGE-Bände IV aus dieser Zeit zeugen noch immer davon. Die Beantwortung der höchst aktuellen Fragen, die ich hier behandle, verlangen nach einer gleich aufgeschlossenen und innovativen Rechtsprechung wie damals, wenn auch in einem anderen Bereich.

Am Verfassen des geplanten Rückblicks auf die erwähnte Strafrechtsrechtsprechung und Ausblicks angesichts der neuesten sich anbahnenden politischen Entwicklungen im Strafrecht war ich leider ganz unvorhergesehen gehindert. Möge der mit einer verdienten Festschrift anlässlich seines Übertritts in den Ruhestand Geehrte, diesen auch so nicht zuletzt in Erinnerung an die gemeinsame Zeit am Kassationshof und seine auch später grosse Standhaftigkeit in seiner Treue zu einem liberalen und menschlichen Strafrecht geniessen.

Der Titel des Beitrages birgt eine grundsätzliche Frage, nämlich ob religiöse Minderheiten denn besondere Grund- und Menschenrechte besitzen?

I. Gleichheit und Freiheit

Vor dem Gesetz sind alle Menschen gleich; das steht auch so in unserer Bundesverfassung. Im Rechtsstaat sind gleichzeitig aber auch alle frei, und Grund- und Menschenrechte sind vorab Freiheitsrechte, d.h. Abwehrrechte des Einzelnen gegen Eingriffe des Staates in seine persönliche Freiheit, Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit usw. Das Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit macht sich besonders in einer multikulturellen und multireligiösen Gesellschaft bemerkbar.

II. Minderheitenschutz

Im Verfassungsrecht sind Rechte zugunsten von Minderheiten mehr auf traditionelle Minderheiten eigener Staatsbürger zugeschnitten, wie in der Schweiz namentlich die sprachlichen Minderheiten, nicht aber so sehr auf die neuen Minderheiten der Migranten und Migrantinnen.

Anders verhält es sich mit Art. 27 des UNO-Paktes II über bürgerliche und politische Rechte, dem auch die Schweiz 1992 beigetreten ist.¹ Die Bestimmung lautet:

«In Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.»

Diese Bestimmung enthält keine Beschränkung auf eigene Staatsangehörige. Nach Art. 2 Abs. 1 dieses UNO-Paktes II müssen die Vertragsstaaten denn auch die Menschenrechte allen Personen auf ihrem Gebiet ohne Unterschied der nationalen Herkunft gewähren. Migrantinnen und Migranten mit ständigem Aufenthalt, die eine religiöse Minderheit bilden, geniessen daher den Minderheitenschutz des Art. 27 des zitierten UNO-Menschenrechtspaktes.

Wie Walter Kälin in seinem sehr empfehlenswerten und auch für juristische Laien sehr gut lesbaren Buch «Grundrechte im Kulturkonflikt»² festhält, sind die Konzepte des Minderheitenschutzes allerdings noch zu wenig ausgereift, um als Leitlinie für den Umgang mit den Phänomenen kultureller Pluralität in Einwanderungsgesellschaften dienen zu können. Er führt dann aber weiter aus, dass Minderheitenschutz mehr sei als die Summe der Verwirklichung individueller Grund- und Menschenrechte. Kollektive Rechte zugunsten von Minderheiten seien je nach Gruppe in differenzierter Weise zu handhaben, um ihre Angehörigen in ihrer kulturellen Identität zu schützen. In diesem Sinne besitzt nach Kälin, dem ich beipflichte, vor allem auch die Religionsfreiheit eine eminent minoritätsbezogene Dimension.

Der Minderheitenschutz des Art. 27 UNO-Pakt II erlangt so – immer auch nach Kälin – besondere Bedeutung, einerseits als Verbot der kulturellen Assimilierung gegen den Willen der Betroffenen, andererseits als Auslegungsrichtlinie bei der Anwendung von Rechten wie namentlich die aus der Religionsfreiheit fließenden.

III. Rechtsprechung

Wie sind nun insbesondere die bekannten und viel diskutierten Bundesgerichtsentscheide zu Rechten religiöser Minderheiten unter diesem Aspekt zu beurteilen. Dass sie zu grossen Diskussionen Anlass geben, sollte nicht erstauen. Es gilt bei Fragen

1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16.12.1996, in Kraft in der Schweiz seit dem 18.9.1992, SR 0.103.2.

2 WALTER KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000, S. 66.

- des Dispenses vom schulischen Schwimmunterricht aus religiösen Gründen,
- des Kopftuchtragens,
- von ausgesonderten Grabfeldern für muslimische Gemeinschaften
- oder des Baus von Minaretten

angemessene Lösungen zwischen dem Verbot eines Assimilierungszwangs und einem überbordenden Multikulturalismus zu finden. Zwischen diesen beiden Extremen liegt der Weg einer die Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt fördernden Grund- und Menschenrechtspraxis, welcher sich aber vielfach als eine Gratwanderung erweist.

IV. Dispens vom Schwimmunterricht

In einem Entscheid aus dem Jahre 1993 fand das Bundesgericht, es sei ein unzulässiger Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit eines türkischen Mädchens, wenn es sich im koedukativen Schwimmunterricht an der Primarschule in Dietikon in einer Weise Knaben zeigen müsse, die einer strenggläubigen Auffassung des Islam über die koranischen Kleidungs Vorschriften widerspreche. Die Schule musste diesem Mädchen daher, wie es deren Vater verlangte, Dispens vom Schwimmunterricht erteilen.

2008 entschied das Bundesgericht nun aber, das Gesuch eines tunesischen Vaters, seine beiden Söhne seien in der Primarschule in Schaffhausen vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht zu dispensieren, sei zu Recht abgelehnt worden. Hier gehe es darum, dass die beiden Knaben beim Besuch des obligatorischen Schwimmunterrichts gezwungen seien, «bestimmte Teile des weiblichen Körpers im Bereich vom Bauchnabel bis zu den Knien» zu sehen. Es liege auf der Hand, dass sich solche Anblicke für die Knaben beim gemeinsamen Schwimmunterricht mit Mitschülerinnen in Badekostümen nicht vermeiden lassen. Dies gelte indessen in der Schweiz für viele Bereiche des alltäglichen Lebens. Die hier in Frage stehende Glaubensregel, nicht an gemischtgeschlechtlichem Baden teilzunehmen, könne nicht mit den für die Mädchen islamischen Glaubens selber geltenden Bekleidungs Vorschriften gleichgestellt werden, denn hier würde es um die Bekleidung aller Mädchen als Dritte gehen.

Die Anerkennung eines Rechts, muslimische Kinder generell vom kollektiven Schwimmunterricht zu befreien – so das Bundesgericht weiter –, würde den vielfältigen Bestrebungen zur Integration dieser Bevölkerungsgruppe zuwiderlaufen. Namentlich würde damit den betroffenen Kindern erheblich erschwert, sich an das in der hiesigen Gesellschaft übliche natürliche Zusammensein mit dem anderen Geschlecht zu gewöhnen. Wenn daher die Behörden des Kantons Schaffhausen die bisherige Dispensationspraxis nicht weiterführten, sondern den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht – «verbunden mit flankierenden Massnahmen (eigene körperbedeckende Badebekleidung, getrenntes

Umziehen und Duschen)» – auch für muslimische Kinder vorschreiben wollten, könne darin kein unzulässiger Eingriff in die Religionsfreiheit erblickt werden.

Es verwirrt etwas, dass das Bundesgericht im zweiten Entscheid von einer Praxisänderung gegenüber dem Entscheid von 1993 spricht, gleichzeitig aber erklärt, die beiden Fälle könnten nicht gleichgesetzt werden. Was gilt nun für Mädchen, wenn ihr Fall nicht der gleiche ist?

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass das Bundesgericht der Förderung der Integration neu mehr Gewicht beimessen will. Es betrachtet das als notwendig, weil die Zahl der Musliminnen und Muslime in unserem Land stark zugenommen habe. Wenn es am Schluss der Urteilsbegründung die neue schaffhausische Praxis, muslimischen Kindern – also Knaben und Mädchen – keinen Dispens vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht in der Primarschule zu erteilen, als mit der Religionsfreiheit vereinbar erklärt, wenn damit flankierende Massnahmen wie körperbedeckende Badebekleidung verbunden sind, so scheint es den muslimischen Mädchen zuzumuten, mit einem Ganzkörperbadeanzug den koranischen Kleidervorschriften nachzukommen und sich nicht in ihrer Glaubensfreiheit verletzt fühlen zu können.

Die beiden Entscheide veranschaulichen gut, um welche Gratwanderung es sich in dieser Rechtsprechung handelt. Ob mit dieser dem angesprochenen besonderen Schutz für religiöse Minderheiten Genüge getan ist, kann und sollte indessen nicht anhand dieser einzelnen Fragestellung beurteilt werden. Davon allein kann es nicht abhängen, ob eine Minderheit ihre kulturelle und religiöse Identität im Einwanderungsland weiter leben und bewahren kann.

V. Kopftuch

Die Frage des Kopftuchtragens z.B. erscheint mir von grösserer Bedeutung. Das Bundesgericht hat einer Primarlehrerin in Genf verwehrt, sich auf die Religionsfreiheit zu berufen, um in der Schule das Kopftuch tragen zu können. Es hat hier mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse an einem neutralen Schulunterricht argumentiert. Fälle des Tragens eines Kopftuchs durch Schülerinnen hatte es noch nicht zu entscheiden. Ein überwiegendes öffentliches Interesse, dass für die Zulässigkeit eines jeden Grundrechtseingriffs erforderlich ist, für ein solches Verbot ist nach meiner Auffassung kaum zu finden, ausser es würde sich etwa um das Tragen einer Burka handeln.

VI. Grabfelder

Bei den abgesonderten Grabfeldern auf einem öffentlichen Friedhof für die muslimischen Religionsgemeinschaften hat das Bundesgericht in einem Entscheid angedeutet, dafür könnten sich Musliminnen und Muslime nicht auf die Religionsfreiheit berufen. Das Urteil wurde in der Literatur zu Recht stark kritisiert. Die alte bundesgerichtliche Rechtsprechung, die die Bestattung in Reih

und Glied aller Gemeindemitglieder auf dem gleichen öffentlichen Friedhof als allein rechtsgleich betrachtete, war richtig als es um Konflikte zwischen den christlichen Konfessionen ging, die keine unterschiedlichen Glaubensregeln geltend machen, die bei der Bestattung zu beachten wären.

Anders verhält es sich in dieser Hinsicht für Muslime und Musliminnen. Gesonderte muslimische Grabfelder sind nach meiner Überzeugung ein Gebot der Gewährung der Religionsfreiheit auch diesen Mitbürgerinnen und Mitbürgern gegenüber. Erfreulicherweise kann festgestellt werden, dass die Politik und offenbar die Zivilgesellschaft dies in diesem Sinne sieht, so dass muslimische Grabfelder realisiert werden, ohne die Gerichte zu bemühen.

VII. Minarettverbot

Noch klarer scheint die Frage beim nunmehr in der Bundesverfassung festgeschriebenen generellen und absoluten Verbot des Baus von Minaretten.

Wenn Angehörige einer islamischen Religionsgemeinschaft ihren Glauben mit dem Bau eines Minaretts bei ihrer Moschee oder ihrem Gebetsraum bekunden wollen, so können sie sich dafür gleich wie Christinnen und Christen für Kirchturm und Glocken auf das Grund- und Menschenrecht der Religionsfreiheit berufen. Es ist grundsätzlich Sache der Religionsgemeinschaft zu bestimmen, welche ihre Glaubenszeichen sind, und nicht des Staates. Die Initianten missachten dies und verletzen die Religionsfreiheit, wenn sie behaupten, das Minarett sei kein Ausdruck des Glaubens, sondern eines Machtanspruchs. Eine Bewertung der Glaubenshaltung oder eine Interpretation der einschlägigen Stellen heiliger Schriften bleibt dem Staat jedenfalls so lange verwehrt, als nicht ein offener Rechtsmissbrauch vorliegt.

In einem Einzelfall können die Voraussetzungen für eine Einschränkung der Religionsfreiheit und damit für ein Verbot eines Minaretts erfüllt sein, namentlich aus baupolizeilichen Gründen. Auch könnte die Ablehnung des Baus eines Minaretts im extremsten, kaum denkbaren Fall als eine Massnahme zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften begründet sein, die Bund und Kantone gemäss Art. 72 Abs. 2 der Bundesverfassung treffen können.

Ein generelles Verbot, wie es die Initiative will, verletzte hingegen klarerweise die Religionsfreiheit von Musliminnen und Muslimen und es würde diese religiöse Minderheit zudem in unzulässiger Weise diskriminieren. Jemanden aus religiösen Gründen herab- und hintanzusetzen, verletzt zudem das in unserer Bundesverfassung wie in den internationalen Menschenrechtskonventionen festgeschriebene und für das friedliche gesellschaftliche Zusammenleben wichtige Diskriminierungsverbot.

VIII. Es geht um Rechte, nicht um Privilegien

Das Diskriminierungsverbot zusammen mit dem Minderheitenschutz des UNO-Paktes II verschafft den religiösen Rechten von Minderheiten besonderes Gewicht. Sie haben – um die am Anfang gestellte Frage zum Schluss kurz zu beantworten – damit aber keine besonderen Rechte, sondern nur die, die ihnen in ihrer besonderen Lage aus der Religionsfreiheit zukommen. Die Grund- und Menschenrechte haben ihren besonderen Sinn im Schutz der Schwachen und damit der Minderheiten, weshalb diese Rechte nicht, wie das allzu oft geschieht, als Privilegien angesehen werden dürfen.

Es wäre zu wünschen, dass dieser Aspekt der Grundrechte im Allgemeinen und des Diskriminierungsverbots wie des Minderheitenschutzes im Besonderen in der Rechtsprechung zu Rechten religiöser Minderheiten und im Bewusstsein von Bürgerinnen und Bürgern vermehrt zum Tragen käme.

Verschiedenes

Das Wirtshausverbot im Strafgesetzbuch

VON STEFAN KELLER

I. Einleitung

A. «Für» Jonny

Die Tätigkeit als Gerichtsschreiber von Jonny bringt es mit sich – nomen est omen – zu schreiben. Und obwohl ich dadurch (beinahe) täglich «für» Jonny schreibe, hebt sich der folgende Beitrag in der vorliegenden Festschrift vom alltäglichen Referat ab. Ich verfasse diesen Artikel zwar auch «für» Jonny; allerdings – und das ist das besondere – für ihn persönlich; nicht für ihn als Referenten eines bestimmten Falles.

Der Leser mag sich fragen, weshalb ich die Thematik des Wirtshausverbots gewählt habe, hätten sich doch Themen wie «die bedingte Geldstrafe als wegweisende Sanktion», «die lebenslange Verwahrung – ein Rückfall ins 19. Jahrhundert» oder gar «von der Kuscheljustiz verschont...» aufgedrängt. Diese Themen wären allerdings «freudlos» oder gar «trotzlos» gewesen – wohl die beiden härtesten Prädikate, die Jonny für Referate der Gerichtsschreiber, Bücher und juristische Beiträge, aber auch für Personen zu vergeben hat.

Dieser Beitrag befasst sich mit einer die Jahrhunderte überdauerten Institution, die per 1. Januar 2007 sang- und klanglos aus dem Strafgesetzbuch verschwand. Er soll weder trost- noch freudlos sein – wobei die Beurteilung freilich bei Jonny liegt. Die Nebenstrafe, deren Verständnis sich im Laufe der Zeit von der Strafe zur Massnahme wandelte:¹ Das *Wirtshausverbot*. Diese als «rustikal-folkloristisch»² oder gar «im Grunde lebensfremd»³ bezeichnete «Ehrenstrafe von zweifelhaftem Wert»⁴ verdient eine genauere Analyse, nicht zuletzt, um den gesellschaftlichen (Werte-) Wandel in der Schweiz aufzuzeigen.

1 Hierzu sogleich.

2 TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 56 StGB N 1.

3 So bereits HAFTER, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, S. 307; anders noch in der 1. Aufl. von 1926, S. 304, wo er betonte, dass sich die Beibehaltung empfehle.

4 In diesem Sinne BLOCHER, Die Behandlung der Alkoholverbrechen im zukünftigen schweizerischen Strafrechte, ZStrR 22 (1909), S. 22 ff., 23.

B. Inhaltsübersicht

In der folgenden Abhandlung soll nach einem kurzen historischen Abriss über die Entstehung des Wirtshausverbots im 16. Jahrhundert (nachfolgend II.) die Verbreitung dieser Norm in den früheren kantonalen Strafgesetzbüchern folgen (III.). Schwerpunkt­mässig wird anschliessend die Frage nach der Motivation des Gesetzgebers, dieses Verbot in das Schweizerische Strafgesetzbuch aufzunehmen, beleuchtet (IV.), bevor nach einer Umschreibung des Inhalts des Wirtshausverbots im Strafgesetzbuch (V.) nach der praktischen Bedeutung dieser Norm während ihres Inkraftstehens (VI.) sowie den Gründen ihrer Aufhebung im Zuge des revidierten AT StGB gefragt werden soll (VII.). Eine knappe Schlussbetrachtung bildet den Abschluss der Untersuchungen (VIII.).⁵

II. Die Entstehung des Wirtshausverbots

Das Wirtshausverbot stellt eine alte Strafsanktion dar, die sich bereits im 16. Jahrhundert auf dem Gebiet der damaligen Schweiz unter Einfluss der peinlichen Gerichtsordnung Karls des Fünften einzubürgern begann.⁶ Nicht nur das Alter des Wirtshausverbots gilt es hervorzuheben, sondern auch den Umstand, dass es von Anbeginn (und bis heute) eine schweizerische Ausnahmererscheinung geblieben ist und im Ausland keinen Niederschlag gefunden hat.⁷ Warum? Bendiner begründet dies in seiner Dissertation über das Wirtshausverbot mit den kleinräumlichen, landwirtschaftlichen und damit überblickbaren Verhältnissen der Schweiz, während im Ausland bereits ein reger Handelsverkehr geherrscht habe, welcher die Bevölkerung von Land zu Land reisen liess.⁸ Diese Begründung kann nicht vollständig überzeugen, zumal in der damaligen Zeit auch im übrigen Europa der primäre Sektor stark dominiert und die grosse Mehrheit der Bevölkerung die «heimische Scholle» kaum je verlassen hat. Vielmehr scheint die Kleinräumigkeit in Bezug auf die Staatsgewalt die entscheidende Rolle gespielt zu haben: Die damalige Schweiz bestand aus 16 kleinen Kantonen mit mehr oder weniger demokratischen Strukturen, die Nachbar-

5 Eine Darstellung der in aArt. 295 StGB geregelten Übertretung des Wirtshaus- und Alkoholverbots muss im vorliegenden Beitrag unterbleiben. Die Bestimmung wies folgenden Wortlaut auf: «Wer ein durch gerichtliches Urteil erlassenes Wirtshausverbot übertritt, wer als Wirt geistige Getränke jemandem verabreicht oder verabreichen lässt, von dem er weiss oder wissen muss, dass ihm der Besuch der Wirtschaften durch Verfügung einer zuständigen Behörde verboten ist, wird mit Haft oder mit Busse bestraft».

6 BENDINER, Das Wirtshausverbot. Eine schweizerische Strafe und Verwaltungsmassregel, Diss. Zürich 1917, S. 7.

7 Ausnahmen bildeten das ehemalige – an die Schweiz angrenzende – Grossherzogtum Baden sowie die österreichischen Gebiete Galizien und Bukowina, vgl. hierzu BENDINER (Fn. 6), S. 61 ff.

8 BENDINER (Fn. 6), S. 7.

länder kannten jedoch zentralisierte monarchistische Strukturen (Frankreich, Österreich) oder wesentlich grössere Fürstentümer (Deutschland, Italien).

Nicht minder ungewöhnlich erscheint ausserdem der im Laufe der Zeit eingetretene Wandel des Strafgedankens des Wirtshausverbots. Lange Zeit stellte dieses eine Ehrenstrafe dar⁹ und war nicht etwa ein Vorbeugungsmittel gegen den Alkoholismus.¹⁰ Eine Beschränkung des Wirtshausverbots auf Delikte, die im Zusammenhang mit dem Alkoholkonsum standen, fand deshalb nicht statt,¹¹ vielmehr konnte es bei fast allen Gemeinverbrechen verhängt werden.¹² Zu erklären ist dieser differierende Strafinhalt mit der gegenüber heute abweichenden Funktion, welche dem Wirtshaus in der Vergangenheit zukam. Neben seiner Hauptfunktion als Wirts- und Schankstätte spielte sich das gesellschaftliche Leben ab; ausserdem wurden sehr oft die Handelsgeschäfte unter Produzenten, Zwischenhändlern und Verbrauchern im Wirtshaus abgewickelt.¹³ Der mit einem Wirtshausverbot Sanktionierte wurde deshalb nicht nur wirtschaftlich, sondern auch gesellschaftlich (und damit in seiner Ehre)

9 So auch noch BLOCHER (Fn. 4), S. 23, im Jahre 1909.

10 BENDINER (Fn. 6), S. 8.

11 Hiezu diene das sog. Trinkverbot, wo dem Verurteilten nicht nur der Besuch des Wirtshauses, sondern der Alkoholkonsum an sich verboten wurde.

12 BENDINER (Fn. 6), S. 8.

13 BENDINER (Fn. 6), S. 7 f. und 13. Sehr anschaulich schildert dies auch die Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung vom 20.11.1884, betreffend die auf die Alkoholfrage bezüglichen Postulate und Petitionen, BBl 1884 IV, S. 369 ff. (zit. Botschaft Alkoholfrage), S. 401: «Geistige Getränke sind auch das Vehikel der geselligen Unterhaltung, der Konversation. Man kann freilich auch ohne Getränke oder auch bei bloßem Kaffee oder Thee alle möglichen Fragen diskutieren; es ist aber Erfahrungsthatsache, daß Derjenige, welcher bereits einen Vormittag oder einen ganzen Tag ermüdender Arbeit obgelegen, von beruflichen Verdrießlichkeiten oder Sorgen niedergedrückt ist, der Gesellschaft, in welcher er Erholung, Belehrung, Aufmunterung empfangen und mitbewirken soll, oft nicht die geeignetste Stimmung entgegenbringen dürfte, wenn nicht ein erfrischendes Glas Wein oder Bier rechtzeitig die Spuren der werktägigen Mühen hinwegspülen und die Seele zur Mittheilung öffnen würde. Wer kann die Nothwendigkeit solcher Vereinigungen für unsere geistige Entfaltung und Charakterbildung, sowie für die Entwicklung unseres öffentlichen Lebens in Abrede stellen? Wer kann bestreiten, daß in vielen Ortschaften und für viele Leute das Vereinsleben und die gesellige Unterhaltung und Belehrung an das Wirtshaus gebunden ist? daß die vielen neuen Vereine zur Erörterung und Wahrung beruflicher Interessen, daß die Erweiterung der Volksrechte und die Vermehrung der Zeitungen die Kundschaft des Wirtshauses vermehrt? Wie lebhaft wir auch nicht nur die damit sich etwa verbindenden Trinkexzesse, sondern auch den vielfach unnützen Zeitverlust mit Schönrednerei, Kannegießerei und geisttödtendem Kartenspiel verurtheilen und die damit verbundenen ökonomischen Schädigungen beklagen, so dürfen wir doch weder die wohlthätigen Anregungen für den Einzelnen, noch die guten Früchte für das allgemeine Wohl, welche aus solchen Vereinigungen entstehen können, außer Acht lassen. Wie sehr wir Diejenigen beklagen, welche durch übermäßigen Alkoholgenuß dem Irrsinn, dem Verbrechen oder dem Selbstmord zugeführt werden, so dürfen wir doch auch nicht vergessen, daß das gesellige Leben gegen Einseitigkeit und Ueberspannung, Menschenhaß und Menschenscheu, Hypochondrie und Selbstüberschätzung ein wirksames Heilmittel ist».

empfindlich getroffen.¹⁴ Der Strafzweck lag dabei primär in der Abschreckung, in seltenen Fällen auch in der Besserung des Täters; dies insbesondere, wo dieser infolge Trunksucht oder Liederlichkeit verurteilt worden war.¹⁵ Häufig wurde das Wirtshausverbot als verwaltungsrechtliche Massnahme¹⁶ auch zum Schutz der Familien vor dem wirtschaftlichen Ruin eingesetzt, um unnötige Ausgaben für Alkohol zu unterbinden,¹⁷ obwohl der Bundesrat – im Rahmen seiner Ausführungen zur Alkoholbekämpfung im Jahre 1884 – die Ursache des Alkoholismus, zumal bei der ländlichen Bevölkerung sowie bei den Arbeitnehmern, nicht primär bei den Wirtshäusern sah.¹⁸ Geradezu visionär führte der Bundesrat zudem aus: «Den Hang zum Trunke besiegt man mit bloßen Repressivmaßregeln noch nicht. Die Verbote und Strafen müssen ihre Ergänzung finden in positiv wirkenden Kräften; eine intellektuelle sowohl als auch

14 BENDINER (Fn. 6), S. 13.

15 BENDINER (Fn. 6), S. 14.

16 Hiezu ausführlich BENDINER (Fn. 6), S. 67 ff.; zum Verhältnis des Wirtshausverbots im Strafgesetzbuch zu den verwaltungsrechtlichen Massnahmen der Kantone vgl. ferner GOEFFERT, Das Wirtshausverbot als Nebenstrafe und das Alkoholverbot als Weisung bei bedingtem Strafvollzug und bei der bedingten Entlassung nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1956, S. 45.

17 BENDINER (Fn. 6), S. 29. Vgl. hierzu auch GOEFFERT (Fn. 16), S. 145, der ausführte: «Die Hauptaufgabe des Wirtshausverbots ist die Bekämpfung der Wirkungen des Alkoholismus auf die Kriminalität. Es verfolgt aber auch den Zweck, die sozialen Folgen des Alkoholismus zu unterdrücken».

18 «Wir haben gesehen, daß bei der landwirthschaftlichen Bevölkerung der Ursprung des Branntweintrinkens nicht im Wirthshaus, sondern in der Haussitte zu suchen ist; der Branntwein ist ein integrierender Bestandtheil des täglichen Brodes. Das werden wir auf dem Wege der Gesetzgebung nicht ändern, am allerwenigsten mit gesetzlichen Experimenten am Wirthshaus. Wohl aber kann, wie wir sehen werden, durch Maßnahmen der Gesetzgebung nachgeholfen werden, wenn inmitten der landwirthschaftlichen Bevölkerung selbst der Wunsch einer Reform vorhanden ist» (Fundstelle: Botschaft Alkoholfrage [Fn. 13], S. 458).

Zu den Arbeitnehmern führte der Bundesrat aus, daß «helle geräumige, sonnige oder billig heizbare Arbeiterwohnungen bereits dazu beitragen würden, den Mann in seinen Freistunden zu Hause zu halten; stünden ihm noch Bücher, Zeitungen und Musik zur Verfügung wie dem Reichen, so würde er einen großen Theil der ihm nothwendigen Unterhaltung zu Hause finden, ein gebildetes Familienleben würde ihm auch viel Anregung bieten, aber bedürfen nicht Diejenigen, welche das alles haben, noch gesellschaftlicher Vereinigung mit Ihregleichen? Könnten solche Vereinigungen anderswo als im Wirthshaus organisiert werden, so wäre damit den Arbeitern ein großer Dienst geleistet (...). Wie viel könnten also die (obern Zehntausend) ohne etwas Anderes als Zeit zu opfern, dazu beitragen, den Arbeiter von geistigen Getränken abzuleiten, wenn sie seinen Durst nach Menschen, nach Wissen, nach Spiel und gemüthlicher Erholung befriedigen hälften. Mancher, der keinen andern Genuß nach schwerer Arbeit kennt, als den, sich einen Rausch zu trinken, und dem nicht der beim Schnaps sehr kurze Weg zum Rausch, sondern der Rausch selbst, die Flucht aus der kalten, öden Wirklichkeit, das Hauptziel ist, würde auch beim Anhören eines interessanten Vortrages, einer schönen Musik, eines rührenden Dramas seine Sehnsucht befriedigt fühlen und geistig und physisch weit mehr erneut und gestärkt zur Arbeit zurückkehren.» (Fundstelle: a.a.O., S. 463 f.).

religiös-sittliche Bildung muß dem Menschen höhere Pflichten und Genüsse zeigen. Wirksamere Disziplinar Mittel als Verbote und Strafen sind – nicht bloß für die Jugend, sondern auch für die Erwachsenen – Erziehung, und Gewöhnung zu den individuellen Anlagen entsprechender nützlicher Thätigkeit und in den notwendigen Mußestunden Gewährung einer den Geist oder den Körper bildenden anständigen Unterhaltung».¹⁹

III. Die Wirtshausverbote der Kantone vor der Strafrechtsvereinheitlichung

Der Bundesrat hat mit Beschluss vom 29. Dezember 1887 die vergleichende Darstellung der kantonalen strafrechtlichen Gesetzgebungen als Hauptaufgabe der Vorarbeiten zur Vereinheitlichung des Strafrechts auf eidgenössischer Ebene bezeichnet.²⁰ Carl Stooss wurde in der Folge beauftragt, diese rechtsvergleichende Arbeit vorzunehmen.²¹ Seinen Angaben zufolge kannten im Jahre 1890 zwölf Kantone ein Wirtshausverbot, 1917 bereits 15. Die Detailausgestaltung dieser Verbote variierte allerdings beträchtlich.²² Am weitesten ging dabei der Kanton Obwalden, der in Art. 4 des damaligen Polizeistrafgesetzes zum einen ein zeitlich bestimmtes, aber auch unbestimmtes «Verbot des Wirtshausbesuches» androhte und zum anderen, wenn der Täter (oder wer «ihm dazu behülflich» war) «anderweitiger Trinkgelage oder überhaupt überflüssigen oder wiederholten Konsums geistiger Getränke überwiesen wird», eine Gefängnis- oder Geldstrafe androhte. Die anderen Kantone kannten demgegenüber durchgehend befristete Verbote für den Besuch von Gastwirtschaften: die Kantone Thurgau, Glarus, Zug, Appenzell Ausserrhoden und Neuenburg eine Höchstdauer von drei, die Kantone Bern und Solothurn von zwei Jahren. Dem Kanton Waadt genügte es, dass ein endliches Verbot («pour un temps déterminé») ausgesprochen werden musste, während der Kanton Schaffhausen die Dauer auf die Länge der ausgefallten Hauptstrafe begrenzte. Der Kanton Freiburg schliesslich sah eine grosse Zeitspanne der Dauer des Wirtshausverbots von ein bis acht Jahren vor.²³

19 Botschaft Alkoholfrage (Fn. 13), S. 465 f.

20 STOOSS, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung, Basel 1890 (zit. Vergleichung), S. X (sic!).

21 Zur Vorgeschichte der Ausarbeitung eines ersten Vorentwurfs eines gesamtschweizerischen Strafgesetzbuches CARL STOOSS, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Basel/Genf 1893 (zit. Motive 1893), S. 3 ff. Da die Kantone Uri, Nidwalden und Appenzell Innerrhoden zu dieser Zeit kein förmliches geschriebenes Strafrecht kannten, liess STOOSS diese Rechtsquellen ausser Betracht (vgl. STOOSS, Vergleichung [Fn. 20], S. XIII).

22 Die folgenden Angaben sind STOOSS, Vergleichung (Fn. 20), S. 163 f. entnommen; vgl. ferner GOEFFERT (Fn. 16), S. 13 ff. sowie BENDINER (Fn. 6), S. 23 ff.

23 Ab 1924 betrug diese Frist im Kanton Freiburg zwischen einem Jahr und fünf Jahren, vgl. GOEFFERT (Fn. 16), S. 17.

Genauere Ausführungen über den Inhalt des Wirtshausverbots enthalten neben dem bereits erwähnten Kanton Obwalden nur die Bestimmungen der Kantone Schaffhausen, Bern und Solothurn. In Schaffhausen mussten die vom Wirtshausverbot betroffenen Personen in allen «Wirths- und Schenkhäusern des betreffenden Gebiets (...) während der Dauer der Strafe an einer besonderen Tafel angeschlagen werden». Bern setzte für die Ausfällung des Wirtshausverbots ein Vergehen oder eine «Übertretung, wie Schlägerei, Misshandlung, Ehrenverletzung u. dgl., [die] mit einem Wirthshausauftritt oder mit unmässigem Genuss von Wein oder anderer geistiger Getränke in Verbindung steht», voraus. In ähnlicher Weise verlangte dagegen Solothurn Vergehen, die «mit einem Wirtshausauftritt oder mit unmässigem Genuss von Wein oder andern geistigen Getränken in Verbindung stehen».

Formell sahen die Kantone das Wirtshausverbot teilweise als Haupt- oder Nebenstrafe²⁴ vor, entsprechend der geahndeten Delikte.²⁵ Daneben existierte das Wirtshausverbot auch als «Nebenwirkung» einer anderen Haupt- oder Nebenstrafe, wie etwa bei Verlust der bürgerlichen Ehre durch ein ausgefalltes Kriminalstrafurteil.²⁶

IV. Die Aufnahme des Wirtshausverbots ins Schweizerische Strafgesetzbuch

A. Die Vorentwürfe 1893/1894/1896

1893 veröffentlichte Carl Stooss einen ersten Vorentwurf zu einem vereinheitlichten Schweizerischen Strafgesetzbuch.²⁷ In Art. 25 des damaligen Entwurfs wurde das Wirtshausverbot geregelt.²⁸ Stooss bezeichnete diese Strafe als Eigentümlichkeit – allerdings eine berechnete – des kantonalen Strafrechts, obwohl «es in grössern Städten nicht möglich sein [wird], das Wirtshausverbot durchzuführen», so dass [d]ie Richter in Zürich, Genf, Basel [...] von dem Wirtshausverbot kaum Gebrauch machen [werden] (...).²⁹ Die Berechtigung des

24 Zum Charakter der Nebenstrafen vgl. unten V.A.

25 Als Hauptstrafe wurde das Wirtshausverbot grundsätzlich bei reinen Trunkenheitsdelikten oder – ausserhalb des Strafrechts – bei der Vernachlässigung der Familie durch übermässigen Alkoholkonsum ausgesprochen, während bei Delikten, die *aufgrund* des Alkoholkonsums verübt worden waren, häufig das Wirtshausverbot als Nebenstrafe verhängt wurde; vgl. BENDINER (Fn. 6), S. 25 f.

26 Vgl. die Ausführungen über die entsprechende Regelung im Kanton Luzern bei BENDINER (Fn. 6), S. 26.

27 Vgl. STOOSS, Motive 1893 (Fn. 21), S. 3 ff.

28 Art. 25 hatte folgenden Wortlaut: «Ist das Verbrechen auf übermässigem Genuss von geistigen Getränken zurückzuführen, so kann der Richter dem Schuldigen den Besuch der Wirtshäuser für die Zeit von 1 bis 5 Jahren verbieten».

29 STOOSS, Motive 1893 (Fn. 21), S. 57 f.

Wirtshausverbots erblickte Stooss in der vorbeugenden Wirkung³⁰ «in einzelnen Fällen» auf dem Lande für den «Raufbold, der in angetrunkenem Zustand das Bedürfnis fühlt, Händel anzufangen» oder den «Unhold, der in der Trunkenheit seinen Geschlechtstrieb nicht zu bezähmen vermag», weil diese Täter der Entzug, ein Wirtshaus zu besuchen, im Gegensatz zu Geld- oder kurzen Freiheitsstrafen, empfindlich treffe und sie sich beraubt sähen in «mancher Gelegenheit, [ihrem] trunkenem Übermut die Zügel schiessen zu lassen».³¹ Stooss war somit von Anbeginn klar, dass die Anwendung des Wirtshausverbots nicht generell wirksam vonstatten gehen konnte.

Der Wortlaut des von Stooss vorgeschlagenen Art. 25 wich noch erheblich von der endgültigen Fassung ab. Die Einschränkung, dass das Wirtshausverbot nur bei einem Verbrechen ausgefällt werden kann, ist allerdings *cum grano salis* zu verstehen, zumal Stooss damals noch nicht zwischen Verbrechen und Vergehen unterschied. Die mögliche Dauer der Sanktion (ein bis fünf Jahre) war gegenüber der in aArt. 56 StGB (sechs Monate bis zwei Jahre) merklich länger; ausserdem fehlten die Absätze 2 und 3 betreffend öffentliche Publikation und zeitliche Wirksamkeit³² des Verbots.³³ Im Unterschied zu aArt. 56 StGB war das vorgeschlagene Wirtshausverbot auch nicht als Nebenstrafe, sondern gemäss Goepfert «als Freiheitsstrafe mit stark infamierendem Charakter» konzipiert³⁴.

Vom 19. September bis 7. Oktober 1893 fanden die ersten Beratungen der vom Eidgenössischen Justizdepartement eingesetzten Expertenkommission für das neue Strafgesetz statt. Am 4. Oktober 1893 stand die von Stooss vorgeschlagene Aufnahme des Wirtshausverbots ins Strafgesetzbuch zur Diskussion.³⁵ Eine eigentliche Debatte fand allerdings nicht statt: Stooss, der Mitglied dieser Expertenkommission war, legte seine bereits angeführten Argumente für das Wirtshausverbot dar, nicht ohne zu betonen, dass diese Straftat in grösseren Städten undurchführbar sei und in Deutschland belächelt werde³⁶. Dieser Anwendungseinschränkung begegnete Stooss allerdings mit einer Kann-Formulierung, so dass der Richter durch die fakultative Form des Verbots je nach den Umständen entscheiden konnte, ob er ein Wirtshausverbot aussprechen wollte oder nicht. Die Kommissionsmitglieder Gabuzzi und Cornaz erkundigten sich einzig nach der Sanktion einer Übertretung des Verbots für den Täter bzw.

30 Die von STOOSS angeführte vorbeugende Wirkung ist wohl allerdings – wie dies BENDINER (Fn. 6), S. 85 vermutet – eher als Abschreckung und Sühne zu verstehen.

31 STOOSS, Motive 1893 (Fn. 21), S. 57 f.

32 Hierzu unten V.B.

33 Der Wortlaut von aArt. 56 StGB findet sich in Fn. 108.

34 GOEPFERT (Fn. 16), S. 18.

35 Vgl. die veröffentlichten Kommissionsprotokolle in Schweizerisches Strafrecht/Droit Pénal Suisse, Verhandlungen der vom Eidg. Justizdepartement einberufenen Expertenkommission/Délibérations de la Commission d'Experts convoquée par le Département Fédéral de Justice, 1. Teil, September und Oktober 1893, Bern 1894 (zit. Kommissionsprotokoll 1893).

36 Kommissionsprotokoll 1893 (Fn. 35), S. 281.

den Wirt, welcher die ausgesprochene Sanktion gegen den Gast nicht beachtet, während Correvon eine genauere Umschreibung, wann die Sanktion ausgesprochen werden kann, anregte.³⁷ Stooss versprach, die Übertretung des Verbots im besonderen Teil zu regeln, wollte aber bei der offenen Umschreibung des vorgeschlagenen Tatbestandes bleiben. Mangels Streichungs- oder Abänderungsantrag wurde das Wirtshausverbot in der Folge stillschweigend und ohne Änderung in den Vorentwurf aufgenommen.³⁸

Im Vorentwurf von 1894 findet sich denn auch die unveränderte Strafnorm des Wirtshausverbots; Stooss fasste jedoch die Art. 25 (Wirtshausverbot) und 26 (Heilanstalt für Trinker) aus dem Vorentwurf 1893 – ohne dass sich dies aus den Kommissionsverhandlungen ergeben hätte – in einem einzigen Artikel 25 zusammen.³⁹ Bereits im nächsten Vorentwurf, datierend von 1896,⁴⁰ wurde dieser Artikel wieder getrennt und das Wirtshausverbot ohne Veränderung des Wortlauts in Art. 27 geregelt.

B. Die Vorentwürfe 1899/1903

1899 erschien ein weiterer Bericht über einen neuen Vorentwurf desselben Jahres, welcher sich aufgrund des zwischenzeitlich angenommenen Verfassungsartikels 64^{bis} aBV aufdrängte, hat dieser doch die Vereinheitlichung des Strafrechts zwar ermöglicht, ihr dabei aber auch bestimmte Grenzen gesetzt.⁴¹ Der Wortlaut des Wirtshausverbots hat sich hiebei – wie auch in Art. 34⁴² im nächsten Vorentwurf von 1903⁴³ – erwartungsgemäss kaum verändert. Neu wurde immerhin aufgrund eines Beschlusses der sogenannten «Kleinen Expertenkommission» die Präzisierung aufgenommen, dass das Wirtshausverbot *neben* der Strafe ausgesprochen werden kann.⁴⁴ Das in den bisherigen Vorentwürfen vorgesehene Wirtshausverbot als Hauptstrafe wurde somit erstmals als Neben-

37 Kommissionsprotokoll 1893 (Fn. 35), S. 281 f.

38 Kommissionsprotokoll 1893 (Fn. 35), S. 282.

39 Vgl. Stooss, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven 1894, Bern 1894, S. 133 f.

40 Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission/Avant-Projet de Code Pénal Suisse modifié d'après les décisions de la commission d'experts, Bern 1896.

41 Stooss, Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1899 (zit. Bericht 1899), S. 3 ff.

42 Wortlaut: «Ist ein Verbrechen auf übermässigen Genuss geistiger Getränke zurückzuführen, so kann der Richter dem Schuldigen, neben der Strafe, den Besuch der Wirtshäuser für die Zeit von einem bis zu fünf Jahren verbieten».

43 Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1903, Bern 1903.

44 Vgl. Protokoll I über die Verhandlungen der Expertenkommission vom 12. bis 15. August 1901, S. 15; Fundort: Bundesarchiv, E 4110 (A), -/42, 29, (Kleine Expertenkommission 1901–1903, Protokolle über die Verhandlungen, Aktenzeichen A.2.06-1937).

strafe ausgestaltet, was insofern sinnvoll erscheint, als mit dem Verbot nur eine Begleiterscheinung des begangenen Verbrechens – das übermässige Trinken – sanktioniert werden sollte und nicht die Haupttat an sich.⁴⁵ Der Bericht umschreibt das Verbot u.a. als «echt schweizerische Strafe, die allerdings in ländlichen Bezirken besser durchführbar ist, als in städtischen».⁴⁶

C. Der Vorentwurf 1908

1908 erschien ein weiterer Vorentwurf zum neuen Strafgesetzbuch, der nach Ansicht des Justiz- und Polizeidepartements notwendig wurde, weil einerseits die Reformen im Jugendstrafrecht im steten Fluss waren, andererseits die deutsche Strafrechtsreform seither weiter vorangeschritten ist. Ausserdem löste der Vorentwurf 1903 bei vielen Experten mannigfaltige Reaktionen aus, so dass sich «ein sehr reichhaltiges, beachtenswertes Material» ergab, das es zu verarbeiten galt.⁴⁷

Die Neufassung des Artikels über das Wirtshausverbot führte zu einer starken Reduktion der möglichen Fristen, für welche das Verbot ausgesprochen werden konnte. Statt der Minimaldauer von einem und einer Höchstdauer von fünf Jahren des Entwurfs von 1903⁴⁸ bewegte sich die Dauer nunmehr zwischen sechs Monaten und zwei Jahren – analog der in aArt. 56 StGB schliesslich umgesetzten Regelung.⁴⁹ Weshalb diese Reduktion vorgenommen wurde, ist aus den Kommissionsprotokollen nicht ersichtlich: Die von Stoss vorgelegte «Neuredaktion» des Vorentwurfes als Arbeitsgrundlage für die Expertenkommission sah eine vollständige Neuformulierung⁵⁰ – mit den verkürzten Fristen – vor, welche die Kommission jedoch verwarf. Die Kommission wollte vielmehr bei der

45 So auch BENDINER (Fn. 6), S. 85.

46 STOSS, Bericht 1899 (Fn. 41), S. 53.

47 Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Neue Fassung der Expertenkommission von 1908, Bern 1909, S. 3; als Beispiele zum Wirtshausverbot seien erwähnt SPIRA, Zum Wirtshausverbote nach dem schweizerischen Vorentwurfe zu einem Strafgesetzbuche, ZStR 18 (1905), S. 190 ff.; LÖFFLER, Die Körperverletzung. In vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil 5, Berlin 1905, S. 205 ff., der a.a.O., S. 381, zum Wirtshausverbot bemerkte: «Die Bestimmung ist geeignet, Rückfälle zu verhüten, sie hat auch insofern einen allgemein volkserziehenden Wert, als der Gesetzgeber durch diese Massregel autoritativ auf die Quelle des Übels hindeutet; bereits vor den aktuellen Entwürfen äusserte sich GAUTIER, La lutte contre le crime dans le Projet de Code pénal suisse, ZStR 13 (1900), S. 289 ff.

48 Vgl. Art. 34 VE 1903.

49 Vgl. Art. 45 VE 1908: «Ist ein Verbrechen auf übermässigen Genuss geistiger Getränke zurückzuführen, so kann der Richter dem Schuldigen neben der Strafe den Besuch der Wirtshäuser für mindestens sechs Monate und längstens zwei Jahre verbieten».

50 Art. 46 der Neuredaktion lautete: «Hat der Täter ein Verbrechen unter der Einwirkung geistiger Getränke begangen, so kann ihm der Richter, neben der Strafe, den Besuch des Wirtshauses für mindestens sechs Monate und längstens zwei Jahre verbieten.»; Fundstelle: StG Vorentwurf 1903 AT/Neuredaktion STOSS 1907; Fundort: Bundesarchiv, E 4110 (A), -/42, 32,

Fassung von 1903 bleiben.⁵¹ Bendiner vermutet, dass die Kürzung der Fristen primär psychologische Gründe gehabt habe, da die Gefahr einer Übertretung und die dadurch fehlende Wirkung des Verbots mit zunehmender Dauer grösser geworden wäre.⁵²

Auch in den veröffentlichten Erläuterungen zum Vorentwurf 1908 wurden diese Änderungen nicht begründet, ja nicht einmal thematisiert. Nicht unerwähnt blieb dagegen die erstmalige Zusammenfassung der Landesverweisung, des Berufs- und Wirtshausverbots, der Entziehung der elterlichen Gewalt, der Einstellung der bürgerlichen Ehrenfähigkeit sowie der Amtsenthebung unter den Begriff der sogenannten «Nebenstrafen». Ihnen sei die Beschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gemein, wobei das Wirtshausverbot «in erster Linie den Schutz des Täters vor seiner eigenen Schwäche und damit allerdings auch Gesellschaftsschutz zum Zwecke hat».⁵³ Dabei genüge es vollkommen, «wenn es [das Wirtshausverbot] nur im Bezirke des Wohnorts des Bestraften gehandhabt wird».⁵⁴

Daneben wird erneut auf den neuerlichen «Aufschwung» des Wirtshausverbots in den kantonalen Strafgesetzbüchern durch die sogenannte Anti-alkoholbewegung hingewiesen sowie auf die Durchführungsschwierigkeiten des Verbots. Diese Bewegung gegen den Alkohol entstand in der Schweiz im Jahre 1877 mit der Gründung des Schweizerischen Mässigkeitsvereins in Genf (dem heutigen Blauen Kreuz), der sehr rasch an Sektionen und Mitgliedern gewann – 1885 bestand er aus 86 Sektionen mit 2178 Mitgliedern.⁵⁵ Die Hauptaufgabe des Blauen Kreuzes bestand darin «mit der Hülfe Gottes und seines Wortes an der Rettung der Opfer der Trunksucht und des Wirtshauslebens zu arbeiten».⁵⁶ 1887 konstituierte sich der «Verein zur Bekämpfung des Alkoholgenusses», später «Internationaler Alkoholgegnerbund», in demselben Jahr die Schweizerische katholische Abstinentenliga, 1892 die «Helvetia» (Totalenthaltensverein der schweizerischen Mittelschulen) sowie die schweizerische

(Kleine Expertenkommission 1907–1908, 2. VE, Allgemeiner Teil, Neuredaktion Stooss von 1907, Aktenzeichen A.2.06-1937).

51 Im betreffenden Kommissionsprotokoll heisst es einzig: «Dem Art. 46 der Neuvorlage wird die Fassung des Entwurfes 1903 (Art. 34) vorgezogen», vgl. Protokoll über die Verhandlungen der Expertenkommission für die Revision des Stoss'schen Vorentwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Session vom 1.–7. September 1907; Fundort: Bundesarchiv, E 4110 (A), -/42, 32, (Kleine Expertenkommission 1907–1908, 3. Protokoll über die Verhandlungen in Rapperswil, v. 1.–7.IX.07, Aktenzeichen A.2.06-1937).

52 BENDINER (Fn. 6), S. 85; ebenso GOEPFERT (Fn. 16), S. 21 f.

53 ZÜRCHER, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1909 (zit. Vorentwurf), S. 89 f.

54 ZÜRCHER, Vorentwurf, (Fn. 53), S. 94 f.

55 MARTHALER, Die Wirkungen der bisherigen Alkoholgesetzgebung und der privaten Bestrebungen gegen den Alkoholismus, in: Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, Organ der Schweizerischen gemeinnützigen Gesellschaft, 28. Jg., Heft 3, S. 344.

56 Vgl. dieses Zitat bei MARTHALER (Fn. 55), S. 345.

Loge des Guttemplerordens. Daneben bildeten sich beispielsweise eine Landesgruppe abstinenten Ärzte, ein Verein schweizerischer abstinenten Lehrer sowie eine Anzahl sozialistischer Abstinentervereine.⁵⁷ Der Verein zur Bekämpfung des Alkoholgenusses schliesslich organisierte in regelmässigen Abständen Vortragsreihen zum Thema Alkohol.⁵⁸ Ein vom Zürcher Oberrichter Otto Lang 1892 in Zürich gehaltener Vortrag war dem Thema «Alkoholgenuss und Verbrechen» gewidmet.⁵⁹ Dabei kam er zum Schluss, dass «der Anfang mancher Verbrech-erlaubbahn wie manches Verbrechen im Wirtshause zu suchen ist» aufgrund der grossen «Bedeutung des Alkoholgenusses für alles widerrechtliche Handeln».⁶⁰ Die Begründung dieser Aussage findet er in der Prämisse, dass die Erziehung des Kindes dieses zu einem vernünftigen Menschen machen soll, welcher fähig ist, seine Triebe – wie etwa Jähzorn – zu unterdrücken, wobei der «Alkoholgenuss in einer einzigen Stunde» dies bereits verunmögliche.⁶¹ Die statistische Untermuerung blieb nicht aus, wies Lang doch nach, dass sowohl der Alkoholkonsum als auch die strafrechtlich relevanten Delikte sehr ungleich auf die einzelnen Wochentage verteilt sind, nämlich mit einer signifikanten Häufung an Samstagen, Sonntagen und Montagen, an deren Vorabenden die Wirtshäuser hauptsächlich aufgesucht würden.⁶²

D. Der Vorentwurf 1912

Im Jahre 1912 befasste sich eine weitere (die sogenannte zweite) Expertenkommission mit dem aktuellen Vorentwurf für das Schweizerische Strafgesetzbuch. Hierbei kam bei der Beratung des in Art. 45 vorgesehenen Wirtshausverbots erstmals Opposition gegen diese Bestimmung auf, stellte derselbe Lang, welcher 1892 in seinem oben erwähnten Vortrag einen signifikanten Zusammenhang

57 MARTHALER (Fn. 55), S. 347 f.

58 Neben der Antialkoholbewegung entstanden – aus heutiger Sicht – auch ziemlich skurril bezeichnete Bewegungen: So wurde am 3. und 4. Juni 1889 in Zürich die erste schweizerische Konferenz für das Idiotenwesen abgehalten. «Es hatte sich ein Komitee von sieben Mitgliedern, alle in Zürich, gebildet in der Absicht, die Sache der Idioten in der Schweiz mehr, als bis anhin geschehen, zu fördern. Es war kein Zweifel: auf diesem Gebiete war die Schweiz gegenüber anderen Ländern zurückgeblieben» (Fundstelle: Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, Organ der Schweizerischen gemeinnützigen Gesellschaft, 28. Jg., Heft 4, S. 476).

59 LANG, Alkoholgenuss und Verbrechen, in: Verein zur Bekämpfung des Alkoholgenusses (Hrsg.), Bremerhaven/Leipzig 1892.

60 LANG (Fn. 59) S. 7.

61 LANG (Fn. 59), S. 10 f.

62 LANG (Fn. 59), S. 21 ff.; dass der Kanton Zürich bereits zur damaligen Zeit hinreichend Gelegenheit bot, Wirtshäuser zu besuchen, beweist der Umstand, dass pro 124 Einwohner eine Wirtschaft existierte (a.a.O., S. 11). Dabei vertrat der Bundesrat in der Botschaft Alkoholfrage [Fn. 13], S. 458, freilich eine andere Meinung. Vgl. hierzu die abgedruckten Ausführungen in Fn. 18.

zwischen Wirtshausbesuch und ausgeübten Verbrechen bzw. Vergehen nachgewiesen hatte, doch den Antrag auf deren ersatzlose Streichung, eventuell auf die Untersagung des Alkoholkonsums statt des Wirtshausbesuchs. Kronauer⁶³ dagegen wollte das Verbot auf Gasthöfe, in denen Alkohol ausgeschenkt wird, eingrenzen, als Hauptstrafe jedoch ein Vergehen (statt wie bis anhin ein Verbrechen) genügen lassen.⁶⁴ Lang begründete seinen Antrag einerseits mit der fehlenden Wirksamkeit eines Alkoholverbots, das sich auf Gaststätten beschränke, andererseits sei der Verurteilte in erheblichem Masse von einem wichtigen Ort des gesellschaftlichen und politischen Lebens, «ausserdem auch von manchen Bildungsgelegenheiten» ausgeschlossen.⁶⁵ Bolli bezeichnete diese Strafe als antiquiert, zumal sie in kleinräumigen Verhältnissen «viel zu stark infamierend», in dicht bevölkerten Gegenden aber «nicht durchgeführt» werde.⁶⁶ Wettstein wollte – wenn die Bestimmung nicht gestrichen werden sollte – zumindest die Regelung den Kantonen überlassen, während Gautier sich als Anhänger der Antialkoholbewegung bezeichnete, jedoch bei der Durchsetzbarkeit des Wirtshausverbots von der «grand inconvenient» sprach.⁶⁷ Thormann befürwortete das Wirtshausverbot, wollte es allerdings nicht als Kampfmittel gegen den Alkohol, sondern als Ehrenstrafe verstanden wissen, weshalb er den Antrag auf «Veröffentlichung des Wirtshausverbots in einem amtlichen Blatte» stellte.⁶⁸ Am Ende der Diskussion wurde knapp beschlossen, am Vorentwurf festzuhalten, worauf in der Folge auch ein Rückkommensantrag abgelehnt wurde.⁶⁹

Die Beschlüsse der Expertenkommission führten demnach zu folgendem Wortlaut des Wirtshausverbots: «Ist ein Vergehen auf übermässigen Genuss

63 OTTO KRONAUER, Bundesanwalt in Bern; die weiteren, im folgenden erwähnten Personen sind: HEINRICH BOLLI, Ständerat und Rechtsanwalt in Schaffhausen; OSKAR WETTSTEIN, Redaktor in Zürich; PHILIPP THORMANN, Professor an der Universität Bern; ALFRED VON PLANTA, Nationalrat und Rechtsanwalt in Reichenau; ALBERT CALAME, Staatsrat in Neuenburg; ALFRED GAUTIER, Professor an der Universität Genf.

64 Vgl. Protokoll der zweiten Expertenkommission zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I, 1912 (zit. Protokoll zweite Expertenkommission I), S. 328.

65 Protokoll zweite Expertenkommission I (Fn. 64), S. 330. Kritisch gegenüber dieser Argumentation äusserte sich später BENDINER (Fn. 6), S. 87, weil in den Städten «die Geselligkeit eine viel entwickeltere ist als auf dem Lande» und dort ohnehin kaum je ein Verbot ausgesprochen werden würde. Auch die Bildungsmöglichkeiten sowie allfällige Gewerkschaftsversammlungen bildeten, zumal auf dem Land, keine genügend stichhaltige Argumentation zur Abschaffung des Wirtshausverbots.

66 Protokoll zweite Expertenkommission I (Fn. 64), S. 331; in diesem Sinne auch GAUTIER (Fn. 47), S. 298: «Das Verbot kann auf dem Lande wirksam sein, in der Stadt versagt es, weil die Kontrolle unmöglich ist».

67 Protokoll zweite Expertenkommission I (Fn. 64), S. 329 f.

68 Dieser Antrag wurde mit 12:9 Stimmen angenommen (Protokoll zweite Expertenkommission I [Fn. 64], S. 332).

69 Die Resultate lauteten 13:9 (Festhalten gegenüber Antrag LANG) bzw. 9:11 (Rückkommensantrag); zuvor wurde der Antrag KRONAUER angenommen, jedoch zuvor das Wort «Gasthöfe» gestrichen (vgl. Protokoll zweite Expertenkommission I [Fn. 64], S. 332).

geistiger Getränke zurückzuführen, so kann der Richter dem Schuldigen neben der Strafe den Besuch von Wirtschaftsräumen, in denen alkoholhaltige Getränke verabreicht werden, für sechs Monate bis zwei Jahre verbieten».

Anlässlich der zweiten Lesung des Allgemeinen Teils der zweiten Expertenkommission wurde über das Wirtshausverbot erneut kontrovers diskutiert. Namentlich von Planta zeigte sich nicht einverstanden, dass die «rein polizeiliche Massnahme» des Wirtshausverbots ins Strafgesetzbuch aufgenommen wird, vielmehr sollte «der Richter den Beschuldigten der Polizeibehörde überweisen»⁷⁰. Wettstein wollte dagegen – wie schon in der ersten Lesung – die Regelung des Wirtshausverbots den Kantonen überlassen, während Calame auf die guten Vollzugsmöglichkeiten in einem Grossteil der Schweiz, mit Ausnahme der grossen Städte, hinwies.⁷¹ Die Kommission beschloss schliesslich jedoch, auf ihren Entscheid zurückzukommen und kippte mit 11:10 Stimmen das Wirtshausverbot aus dem Vorentwurf.⁷² Das hatte zur Folge, dass das Wirtshausverbot in den folgenden Vorentwürfen von 1913 und 1916 nicht mehr enthalten war.

E. Botschaft des Bundesrates

Die Botschaft zum Schweizerischen Strafgesetzbuch erschien im Juli 1918⁷³, wobei erstaunlicherweise das Wirtshausverbot nach dessen Streichung im Jahre 1912 erneut Aufnahme in den Entwurf des Bundesrates fand. Art. 53 des Botschaftsentwurfes entsprach *tale quale* den Beschlüssen in erster Lesung der Expertenkommission von 1912. Weshalb dieses Umdenken gegenüber der Ansicht der Expertenkommission stattgefunden hatte, verrät die Botschaft freilich nicht. Nicht ohne Einfluss dürfte jedoch die bereits mehrfach erwähnte Dissertation von Bendiner über das Wirtshausverbot gewesen sein, die auf Antrag von Hafter⁷⁴, Mitglied der vorberatenden nationalrätlichen Expertenkommission, im Jahre 1917 veröffentlicht wurde.⁷⁵ Bendiner widmete darin der «Rechtfertigung des Wirtshausverbots» einen eigenen Paragraphen. Sein Hauptargument lag bei der «Gefährlichkeit des Wirtshausaufenthaltes» und führte etwa den Rückgang von Trunkenheitsdelikten um mehr als 75% in Schottland nach

70 Protokoll der zweiten Expertenkommission zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band II, 1913 (zit. Protokoll zweite Expertenkommission II), S. 106.

71 Protokoll zweite Expertenkommission II (Fn. 70), S. 106.

72 Protokoll zweite Expertenkommission II (Fn. 70), S. 107.

73 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 23.7.1918 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch (BB1 1918 IV 1 ff.; zit. Botschaft 1918).

74 ERNST HAFTER, Professor an der Universität Zürich.

75 Diese Ansicht vertritt auch GOEFFERT (Fn. 16), S. 24.

Einführung des «Sunday Closing» der Pubs ins Feld.⁷⁶ Gleichzeitig erblickte er im Wirtshausverbot einen wichtigen Beitrag für die sogenannte Trinkerbewährung bei einer bedingten Verurteilung.⁷⁷ Abschliessend führte er die unterschiedlichen Massnahmemöglichkeiten für Gewohnheits- und Gelegenheitsrinker an: Während erstere in eine Trinkerheilstätte eingeliefert werden könnten, fehle aufgrund der Streichung des Wirtshausverbots durch die zweite Expertenkommission im Jahre 1912 jegliche Massnahmemöglichkeit für die Gelegenheitsrinker, obwohl von beiden Tätergruppen die gleiche Gefahr ausgehe.⁷⁸

Der Bundesrat äusserte sich nur sehr kurz zu Art. 53 des Botschaftsentwurfes, in welchem das Wirtshausverbot geregelt wurde. Er führte unter anderem aus, dass dieses früher in den kantonalen Gesetzbüchern grosse Verbreitung hatte, dann aber dessen Durchführung «im Getriebe des modernen Lebens, insbesondere in den grössern Städten, sehr erschwert wurde». Der zunehmende Alkoholismus gegen Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts führte offenbar zu einem Umdenken, so dass mehrere Kantone in der (teilweise erneuten) Aufnahme eines Wirtshausverbots ein Mittel zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs erblickten.⁷⁹ Auch der Bund sah in einer Ergänzung von 1901 zum Bundesgesetz über den Militärpflichtersatz von 1878 ein Wirtshausverbot vor.⁸⁰

F. Beratungen der Parlamentskommission

1. Nationalrat

Die nationalrätliche Parlamentskommission nahm ihre Tätigkeit im März 1921 auf. Im Vorfeld hatte Emil Zürcher⁸¹ im Auftrag des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements eine Bibliographie und kritische Materialien zu den Entwürfen des Strafgesetzbuches zuhanden der Nationalratskommission ausgearbeitet⁸². Hinsichtlich des Wirtshausverbots äusserten sich neben Bendiner mit

76 BENDINER (Fn. 6), S. 93 f., wo er betonte, dass «die Eliminierung der Hauptbedingung für das Zustandekommen eines Rauschdeliktes, des Wirtshauses, präventiv diese Art von Verbrechen fast ganz illusorisch macht».

77 Hiebei gibt der Verurteilte dem Richter das Versprechen ab, während einer gewissen Zeit – ähnlich einer Friedensbürgschaft – den Alkoholgenuss zu unterlassen, vgl. BENDINER (Fn. 6), S. 95.

78 BENDINER (Fn. 6), S. 96.

79 Vgl. die angeführten Beispiele in der Botschaft 1918 (Fn. 73), S. 22. Zur Entwicklung der Antialkoholbewegung vgl. MARTHALER (Fn. 55), S. 313 ff. und oben IV.C.

80 Bundesgesetz vom 29.3.1901 betreffend die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1878 über den Militärpflichtersatz (BS 5, S. 162 ff. und BS 5, S. 167 ff.).

81 EMIL ZÜRCHER, Professor an der Universität Zürich.

82 ZÜRCHER, Bibliographie und kritische Materialien zu den Entwürfen eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Vierte Fortsetzung, 1912–1920, II. Teil: Materialien. (Über Art. 1–97), Vorläufige Abzüge zuhanden der Kommission des Nationalrates, Bern 1921 (zit. Bibliographie); die definitive Fassung erschien 1924, wobei sich zum Wirtshausverbot keine Änderungen ergaben.

seiner bereits zitierten Dissertation einzig der Verband solothurnischer Abstinente, welcher das Verbot für unzureichend einstufte, weil «geistige Getränke an zahlreichen Kleinverkaufsstellen und auch vom Wirt selber ohne Betreten der Wirtschaft» erworben werden könnten, sowie die sozialdemokratische Partei, welche die gleichen Argumente anführte und zudem auf die mangelnde Durchsetzbarkeit des Verbots in grösseren Städten hinwies.⁸³

Die Beratungen zum Wirtshausverbot anlässlich der Plenarsitzung der Kommission vom 5. September 1921 dauerten nur kurz, wobei das Protokoll die Motivation der einzelnen – eher geringfügigen – Änderungsbegehren leider nicht wiedergibt. Nationalrat Willemin wollte Ziff. 1 wie folgt ändern: «Lorsqu'un délit provient de l'usage habituel immodéré...»; Zürcher beantragte demgegenüber – ebenfalls in Ziff. 1 – die Worte «neben der Strafe» zu streichen. Bundesrat Häberlin schlug schliesslich die Streichung des Wortes «endgültig» in Ziff. 3 vor. In den Abstimmungen wurden der Antrag Willemin abgelehnt und derjenige von Zürcher angenommen,⁸⁴ während der Antrag Häberlin an die Subkommission zu näherer Beratung überwiesen wurde.⁸⁵ Das Begehren von Nationalrat Johannes Huber auf Streichung des gesamten Artikels wurde ohne Diskussion deutlich abgelehnt.⁸⁶ Im Jahre 1927 führte die Kommission weitere Sitzungen durch, die das Wirtshausverbot thematisierten. Nationalrat Huber 1927 erläuterte dabei, dass dem [...] Wirtshausverbot zwei ganz verschiedene Gedanken zugrunde [liegen]: einerseits die Abhaltung vom Genuss geistiger Getränke, andererseits die Ächtung»,⁸⁷ während Bundesrat Häberlin den Zweck darin sah, dass «der mit Wirtshausverbot Belegte [...] nicht der Gefahr weitem übermässigen Alkoholenusses und neuen Delinquierens ausgesetzt werden [soll]».⁸⁸

83 ZÜRCHER, Bibliographie (Fn. 82), S. 24.

84 Erstaunlicherweise – und ohne jede Begründung – wurde dieser Beschluss allerdings nie umgesetzt, vgl. etwa das Fehlen dieser Änderung bei Art. 53 in den Anträgen der Plenarkommission zuhanden der Frühjahrsession des Nationalrates 1922; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 107, 1893–1927, Aktenzeichen A.2.f-1937.

85 Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, II. Session, 28.8. bis 6.9.1921, IX. Sitzung vom 5.9.1921 (zit. Verhandlungen Nationalratskommission 1921), S. 136 f.; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 63, 1921–1929, Aktenzeichen A.2.14-1937).

Die Plenarkommission beschloss im folgenden Jahr, dem Antrag HÄBERLIN nicht zu entsprechen, hingegen Abs. 3 folgenden Satz beizufügen: «Bewährt er sich bei bedingter Entlassung während der Probezeit, so wird die Dauer des Verbots vom Tage der bedingten Entlassung an gerechnet» (Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, III. Session, 30.4. bis 6.5.1921, V. Sitzung vom 5.5.1921, S. 267; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 60, 1921–1929, Aktenzeichen A.2.14-1937).

86 Verhandlungen Nationalratskommission 1921 (Fn. 85), S. 2.

87 Votum Nationalrat HUBER (Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, VII. Session, 16.–20. Mai 1927, Erste Sitzung vom 16.5.1927 (zit. Verhandlungen Nationalratskommission 1927), S. 192; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 63, 1921–1929, Aktenzeichen A.2.14-1937).

88 Votum Bundesrat HÄBERLIN, Verhandlungen Nationalratskommission 1927 (Fn. 87), S. 192.

2. Ständerat

Die Kommission des Ständerates beriet erstmals am 11. Juli 1929 über das vom Bundesrat vorgeschlagene Wirtshausverbot. Mit Ausnahme von Ständerat Dind, der allerdings auf einen entsprechenden Änderungsantrag verzichtete, stellte niemand das Wirtshausverbot in Frage.⁸⁹ Eine lebhafte Diskussion entbrannte einzig betreffend Ziff. 2 von Art. 53 des bundesrätlichen Entwurfes, welcher vorsah, das Verbot in einem amtlichen Blatte zu veröffentlichen. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder wollte die Publikation den Kantonen,⁹⁰ eine Minderheit hingegen dem Bund überlassen⁹¹ oder gänzlich darauf verzichten.⁹² In Ziff. 1 wurde die von Ständerat Schöpfer vorgeschlagene Ergänzung diskussionslos aufgenommen, wonach «[b]ei besonderen Verhältnissen [...] die Wirksamkeit des Verbots auf ein bestimmt umschriebenes Gebiet beschränkt werden [kann]».⁹³

G. Plenumsberatungen

1. Detailberatung im National- und Ständerat

Nachdem der Bundesrat im Juli 1918 die Botschaft für das vereinheitlichte Schweizerische Strafgesetzbuch veröffentlicht hatte, verstrichen fast zehn Jahre bis der Nationalrat als Erstrat mit den parlamentarischen Beratungen in der Frühjahrssession 1928 beginnen konnte, was auf die langwierige Kommissionsarbeit zurückzuführen war.

Nach dem Votum des Kommissionsberichterstatters Seiler waren keine weiteren Wortmeldungen zu verzeichnen. Dieser hob zwar hervor, dass in die Wirksamkeit des Verbots «trotz der öffentlichen Bekanntmachung Zweifel gesetzt werden», zumal die Kontrolle schwierig sei und die Massregel leicht umgangen werden könne, dennoch sei «der Grundsatz [des Verbots in der Kommission] unangefochten»⁹⁴. Der Nationalratspräsident stellte hierauf fest, dass Art. 53 (Wirtshausverbot) in der Fassung der Kommission angenommen sei.⁹⁵

89 Vgl. die entsprechende Äusserung von DIND in den Verhandlungen der Kommission des Ständerates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, III. Session, 8.–12.7.1929, Vierte Sitzung vom 11.7.1929 (zit. Verhandlungen Ständeratskommission 1929), S. 72; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 69, 1929–1932, Aktenzeichen A.2.18-1937.

90 Vgl. die Voten der Ständeräte BAUMANN, WETTSTEIN, EVÉQUOZ, SUTER sowie von Bundesrat HÄBERLIN, Verhandlungen Ständeratskommission 1929 (Fn. 89), S. 72.

91 Votum Ständerat CHARMILLOT, Verhandlungen Ständeratskommission 1929 (Fn. 89), S. 72.

92 Votum Ständeräte SIGRIST und SAVOY, Verhandlungen Ständeratskommission 1929 (Fn. 89), S. 71.

93 Vgl. den Vorschlag SCHÖPFER, Verhandlungen Ständeratskommission 1929 (Fn. 89), S. 71; ebenso gutgeheissen wurde der von SCHÖPFER vorgeschlagene Zusatz (Fundstelle: a.a.O.) in Abs. 3: «Der Richter kann nach bestandener Probezeit das Wirtshausverbot aufheben».

94 Sten. Bull. NR 1928, S. 949.

95 Sten. Bull. NR 1928, S. 960.

Auch im Ständerat, welcher die Vorlage in der Frühjahrsession 1931 behandelte, fand keine Plenumsdiskussion über das Wirtshausverbot statt. Ähnlich wie der nationalrätliche Berichterstatter stellte Ständerat Baumann in derselben Funktion der ständerätlichen Kommission fest, dass die Durchführung des Wirtshausverbots auf Schwierigkeiten stossen werde, vertrat aber die Auffassung, dass ein «mangelhaftes Verbot besser sei als gar keines» und sprach ihm überdies in ländlichen Gegenden «eine heilsame Wirkung» zu⁹⁶. Im Gegensatz zum Nationalrat und dem bundesrätlichen Entwurf räumte die Kommission dem Richter die Kompetenz ein, das Verbot territorial beschränken zu können, damit sich die Sanktion nicht zwangsläufig auf die ganze Schweiz zu erstrecken hat. Diese Möglichkeit hatte Bendiner bereits 1917 infolge der besseren Kontrollmöglichkeit angeregt.⁹⁷ Weiter sollte der Richter das Verbot bei bedingt Entlassenen nach Ablauf der Probezeit im Falle von Wohlverhalten aufheben können.⁹⁸ In diesem Sinne wurde die Bestimmung oppositionslos angenommen.⁹⁹

2. Differenzvereinbarungen

Die zwischen den beiden Räten bestehenden Differenzen räumte der Nationalrat in der Sommersession 1934 bis auf die vom Ständerat eingebrachte Möglichkeit, das Wirtshausverbot territorial beschränken zu können, aus.¹⁰⁰ Hinsichtlich dieser Frage folgte er nämlich nicht dem Stände- und dem Bundesrat, sondern seiner vorberatenden Kommission.¹⁰¹

Die von Kommissionspräsident Seiler im Nationalrat angeführte Begründung für seine ablehnende Haltung – die grosse Schwierigkeit, das Wirtshausverbot auf ein bestimmtes Gebiet zu beschränken – erstaunte, zumal er gleichzeitig betonte, dass die Kontrolle «um so schwieriger [wird], je grösser das Gebiet ist, für welches das Verbot verhängt wird».¹⁰² Die ständerätliche Kommission konterte diese Argumentation, indem ihr Sprecher Wettstein feststellte, dass es ja

96 Sten. Bull. StR 1931, S. 329.

97 BENDINER (Fn. 6), S. 86, wobei nach dessen Auffassung Vereinbarungen und Konkordate zwischen einzelnen Kantonen dieser Beschränkung nicht entgegengestanden wären.

98 Sten. Bull. StR 1931, S. 329.

99 Sten. Bull. StR 1931, S. 329.

100 Sten. Bull. NR 1934, S. 249 f., wobei es der Kommissionspräsident SEILER nicht unterliess, den Sinn des Wirtshausverbots überhaupt anzuzweifeln: «Die Wirksamkeit des Wirtshausverbots ist von jeher zweifelhaft gewesen.» (Fundstelle: a.a.O., S. 250).

101 Das Resultat lautete 43:36 Stimmen (Sten. Bull. NR 1934, S. 250). Die Kommission hatte 1932 auf Antrag von Nationalrat AB YBERG beschlossen, den ständerätlichen Zusatz in Abs. 1 betreffend die richterliche Möglichkeit einer Einschränkung des Wirtshausverbots auf ein bestimmtes Gebiet zu streichen (Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, XV. Session, 8.–11. August 1932, Dritte Sitzung vom 10. August 1932, S. 23; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 75, 1932–1937, Aktenzeichen A.2.25.2-1937).

102 Votum SEILER (Sten. Bull. NR 1934, S. 250).

dem Richter überlassen sei, im Einzelfall die Zweckmässigkeit einer Gebietsbeschränkung zu beurteilen.¹⁰³ Dieser Argumentation schloss sich der Ständerat oppositionslos an und hielt damit an seinem früheren Beschluss fest¹⁰⁴. Damit musste sich der Nationalrat (und ihm vorgelagert dessen vorberatende Kommission) erneut mit dieser Bestimmung befassen. Die Begeisterung für den ständerätlichen Zusatz hielt sich weiterhin in engen Grenzen:¹⁰⁵ Während Hafter als Experte für Zustimmung plädierte, «weil die ganze Bestimmung bei den heutigen Verkehrsverhältnissen nicht von grosser praktischer Bedeutung ist», fragte sich Experte Logoz, ob man nicht das Wirtshausverbot überhaupt streichen sollte, wobei Nationalrat Canova sogar einen diesbezüglichen Antrag stellte, der jedoch abgelehnt wurde. Einzig Bundesrat Baumann verteidigte das Verbot und den Beschluss des Ständerates, dem sich die Kommission letztlich anschloss.¹⁰⁶ Dies tat in der Folge auch der Nationalrat und beseitigte damit die letzte Differenz zum Ständerat.¹⁰⁷ Das Wirtshausverbot fand schliesslich als Art. 56 Aufnahme ins Strafgesetzbuch.¹⁰⁸

103 Der entsprechende Festhaltensbeschluss wurde in der Kommission am 4. Februar 1935 getroffen (Verhandlungen der Kommission des Ständerates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, XIII. Session, 4./5 Februar 1935, Erste Sitzung vom 4. Februar 1935, S. 187; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 75, 1932–1937). Aktenzeichen A.2.25.2-1937).

104 Sten. Bull. StR 1935, S. 200 f.

105 Vgl. die Diskussion in Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, Differenzberatung, 21./22. August 1935, 2. Sitzung vom 21. August 1935 (zit. Differenzberatung Nationalratskommission), S. 245; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 75, 1932–1937, Aktenzeichen A.2.25.2-1937).

106 BAUMANN wies darauf hin, «dass trotz der Leichtigkeiten des modernen Verkehrs ein Verbot, wenigstens ein lokales, doch auch in der Gegenwart noch von wohlthätiger Wirkung sein kann. Es ist dabei nicht nur an städtische Verhältnisse zu denken, sondern auch an Ortschaften, wo nur wenig Wirtschaften bestehen; es ist nicht jedermann möglich, zu jedem Wirtshausbesuch in eine andere Ortschaft zu reisen» (Fundstelle: Differenzberatung Nationalratskommission (Fn. 105), S. 245).

107 Sten. Bull. NR 1935, S. 508 ff.

108 AS 54 (1938), S. 757 ff.; S. 773.

aArt. 56 StGB wies folgenden Wortlaut auf:

«Abs. 1: Ist ein Verbrechen oder Vergehen auf übermässigen Genuss geistiger Getränke zurückzuführen, so kann der Richter dem Schuldigen, neben der Strafe, den Besuch von Wirtschaftsräumen, in denen alkoholhaltige Getränke verabreicht werden, für sechs Monate bis zu zwei Jahren verbieten. Bei besonderen Verhältnissen kann die Wirksamkeit des Verbotes auf ein bestimmt umschriebenes Gebiet beschränkt werden.

Abs. 2: Die Kantone treffen die Anordnungen über die Bekanntgabe des Wirtshausverbotes.

Abs. 3: Das Verbot wird mit der Rechtskraft des Urteils wirksam. Lautet das Urteil auf Freiheitsstrafe, so wird die Dauer des Verbotes von dem Tag an gerechnet, an dem die Freiheitsstrafe verbüsst oder erlassen ist. Hat sich ein bedingt Entlassener während der Probezeit bewährt, so wird die Dauer des Verbotes vom Tage der bedingten Entlassung an gerechnet. Der Richter kann nach bestandener Probezeit das Wirtshausverbot aufheben».

V. Inhalt des Wirtshausverbots im Strafgesetzbuch

A. Eigenschaften der Nebenstrafe

Das Wirtshausverbot war im III. Titel (Strafen, sichernde und andere Massnahmen), Erster Abschnitt (Die einzelnen Strafen und Massnahmen) des Allgemeinen Teils unter dem Punkt «5. Nebenstrafen» in aArt. 56 StGB geregelt. Die Nebenstrafen, die mit der Revision des AT StGB per 1. Januar 2007 abgeschafft wurden, sind freilich nicht zu verwechseln mit dem sogenannten *Nebenstrafrecht*, welches strafrechtliche Normen ausserhalb des Strafgesetzbuches – in anderen Bundeserlassen – aufstellt.¹⁰⁹

Der Begriff der Nebenstrafe ist unklar. Nach Bendiner lag der Zweck der Nebenstrafe darin, «der besonderen Art des Verbrechens, der die Hauptstrafe nicht ganz gerecht werden kann, durch eine besonders für diese Verhältnisse zugeschnittene zweite Strafe eine gleichwertige Reaktion gegenüberzustellen»¹¹⁰. Sondert man das Wort «Nebenstrafe» in seine Bestandteile, so erhellt, dass die als Nebenstrafe geltenden Sanktionen, Strafen neben einer anderen Strafe sein sollen. Dabei stellt sich die Frage, wie der Wortbestandteil «neben» zu verstehen ist. In der Lehre war man sich einig, dass die Nebenstrafen rein tatsächlich *neben* einer anderen Strafe für dasselbe begangene Delikt auszufällen waren¹¹¹. Das ergab sich beim Wirtshausverbot auch sehr schön aus dem Gesetzestext, wonach der Richter dem Schuldigen *neben* der Strafe den Besuch von Wirtschaftsräumen verbieten konnte.

Mit dieser Feststellung bleibt allerdings ungeklärt, welcher Sanktionsart – Strafe oder Massnahme – die «Nebenstrafen» zuzuordnen sind. Der Unterscheidung zwischen Strafe und Massnahme kam insofern Bedeutung zu, als etwa der bedingte Strafvollzug bei Massnahmen nicht möglich ist. Weiter spielte diese Qualifikation eine Rolle für diejenigen Täter, welche sich bis zum Verlust der Zurechnungsfähigkeit betrunken haben. Sofern keine *actio libera in causa* vorlag, fehlte es diesfalls beim Täter an der – nur für Strafen notwendigen – Schuldfähigkeit. Ein als Strafe betrachtetes Wirtshausverbot hätte diesfalls nicht ausgesprochen werden dürfen, während eine Massnahme unabhängig der Schuldfähigkeit des Täters hätte ausgefällt werden können.¹¹²

109 RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich et al. 2007, § 2 N 29 ff.

110 BENDINER (Fn. 6), S. 26.

111 So RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 2. Aufl., Zürich et al. 2002, § 1 N 8; ZEHNTNER/ZÜBLIN, Kommentar zu Vor Art. 51, Art. 57 und 61 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, Basel 2003, Vor Art. 51 N 2; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 1. Aufl., Bern 1989, § 1 N 22.

112 Vgl. die Quellenangaben bei ZEHNTNER (Fn. 111), Art. 56 N 5; vgl. auch GOEFFERT (Fn. 16), S. 26.

Vor allem im älteren Schrifttum¹¹³ wurden die Nebenstrafen (und damit auch das Wirtshausverbot) den Freiheitsstrafen zugerechnet, da dem Verurteilten der Besuch der Wirtshäuser untersagt und damit seine Bewegungsfreiheit gehemmt wird.¹¹⁴ Auch das Bundesgericht ging 1951 von einer Strafe aus.¹¹⁵ Bereits ein Jahr zuvor hatte es eine *formale gesetzliche Qualifikation* vorgenommen, indem es die Nebenstrafe «Amtsentsetzung» kraft systematischer Auslegung als Strafe einstuftete. Das Bundesgericht ging dabei wohl eher vom Wortlaut *Nebenstrafe* aus, statt sich von inhaltsbestimmenden Erwägungen leiten zu lassen.¹¹⁶

In der jüngeren Literatur wurden die Nebenstrafen dagegen eher als Massnahmen betrachtet, da sie darauf abzielen, «die Wiederholung bestimmter strafbarer Handlungen zu erschweren oder zu verhindern oder die Schweiz vor bestimmten Tätern zu sichern».¹¹⁷ Während sich die Strafen damit an einer Tat in der Vergangenheit und der Schuld des Täters orientieren, wobei das Schuld-element die Grundlage für die Strafzumessung darstellt,¹¹⁸ erfolgt bei Massnahmen «eine Orientierung am Täter und dessen Sozialgefährlichkeit», somit an einem künftigen Sachverhalt.¹¹⁹

113 Vgl. jedoch bereits die Aussage von Bundesrat HÄBERLIN während der Beratungen der Nationalratskommission 1927 «(...) der mit Wirtshausverbot Belegte soll nicht der Gefahr weitem übermässigen Alkoholgenusses und neuen Delinquierens ausgesetzt werden. Es handelt sich mehr um eine Massnahme als um eine Strafe» (Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. das schweiz. Strafgesetzbuch, VII. Session, 16.–20. Mai 1927, Erste Sitzung vom 16. Mai 1927, S. 192; Fundort: Bundesarchiv E 4110 (A), -/42, 63, 1921–1929, Aktenzeichen A.2.14-1937).

114 So THORMANN/VON OVERBECK, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–110 StGB, Zürich 1940, S. 202; mit der gleichen Begründung HAFTER (Fn. 3), S. 306, auf S. 317 freilich wieder relativierend; deutlich für die Ausgestaltung des Wirtshausverbots als Massnahme ist HAFTER noch in der 1. Aufl. seines Buches (Fn. 3), S. 304, wo er feststellte, dass «entgegen der noch im eidg. Entwurf befolgten Systematik, der Strafcharakter abzulehnen [ist]. Es ist richtiger, das Wirtshausverbot als sichernde fürsorgende Massnahme zu gestalten».

115 BGE 78 IV 67 E. 1 i.f.: «Es [Das Wirtshausverbot] ist eine Strafe, die den Verurteilten ganz allgemein dahin beeinflussen soll, nicht mehr durch den Besuch von Wirtshäusern, in denen alkoholische Getränke verabreicht werden, sich zu irgendwelchen strafbaren Handlungen verleiten zu lassen».

116 Vgl. BGE 77 IV 143 E. 1: «Das StGB reiht die Amtsentsetzung unter die «Nebenstrafen» ein (vgl. Randtitel zu Art. 51 ff.). Ihr Vollzug kann daher gemäss Art. 41 Ziff. 1 (...) StGB unter den in dieser Bestimmung umschriebenen Voraussetzungen bedingt aufgeschoben werden».

117 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987, S. 107; ebenso STRATENWERTH (Fn. 111), § 1 N 22.

118 RIKLIN (Fn. 109), § 1 N 9.

119 HEER, Kommentar zu Vor Art. 56, Art. 56–65, Art. 75a und Art. 90 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, Basel et al. 2007, Vor Art. 56 N 2.

B. Inhalt des Wirtshausverbots

Art. 56 Abs. 1 StGB legt fest, dass der Richter ein Verbot aussprechen kann, Gaststätten zu besuchen, die Alkohol ausschenken, wenn er gleichzeitig eine Strafe wegen eines Verbrechens oder Vergehens, welches aufgrund übermässigen Konsums alkoholhaltiger Getränke begangen wurde, ausgefällt hat. Das Bundesgericht hat – soweit ersichtlich – im einzigen in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid zum Wirtshausverbot im Schweizerischen Strafgesetzbuch dessen Anwendung auch auf eine Übertretung des damaligen Gesetzes über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr¹²⁰ zugelassen¹²¹.

Voraussetzung für das Aussprechen eines Wirtshausverbots war, dass der Täter seine Straftat adäquat-kausal zum übermässigen Konsum alkoholischer Getränke verübt hatte. Dieser Konsum musste ausserdem zu einer spürbaren Trunkenheit des Täters führen, so dass seine Selbstkontrolle oder Handlungsfähigkeit bei Ausübung der Tat eingeschränkt war¹²². Blosser Angetrunkenheit oder alkoholbedingte Heiterkeit reichten nicht¹²³. Der Alkoholkonsum und die Trunkenheit an sich wurden durch das Wirtshausverbot allerdings nicht verboten, nur der Besuch von Gaststätten, die Alkohol ausschenken.¹²⁴ Dieses Verbot galt umgekehrt auch beim Besuch dieser Lokale, wenn kein Alkohol konsumiert wurde, während Cafés ohne Alkoholausschank vom Verbot nicht erfasst wurden.¹²⁵

Damit wird der beschränkte Anwendungsbereich des Wirtshausverbots erkennbar: Der für die begangene Tat adäquat-kausale übermässige Alkoholkonsum konnte bzw. sollte durch das ausgesprochene Wirtshausverbot nicht unterbunden werden, sondern letztlich – wie es das Bundesgericht ausgeführt hat – den Verurteilten beeinflussen, «nicht mehr durch den Besuch von Wirtshäusern, in denen alkoholische Getränke verabreicht werden, sich zu irgendwelchen strafbaren Handlungen verleiten zu lassen».¹²⁶ Für den Gesetzgeber (und das Bundesgericht) spielte somit der übermässige Alkoholkonsum nicht die entscheidende Rolle zur Verhängung eines Wirtshausverbots. Ausschlaggebend war vielmehr, die betreffende Person vom negativen Umfeld eines

120 Bundesgesetz vom 15. März 1932 über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (BS 7, S. 595 und die seitherigen Änderungen [hiezuh die Fussnote zu Art. 107 Abs. 3 SVG des amtlichen Gesetzestextes]).

121 Vgl. BGE 78 IV 67 E. 1.

122 ZEHNTNER (Fn. 111), Art. 56 N 5; STRATENWERTH (Fn. 111), § 6 N 57, je mit Hinweisen.

123 TRECHSEL (Fn. 2), Art. 56 N 2.

124 Bei chronischem Alkoholmissbrauch ist jedoch allenfalls Art. 44 StGB (Behandlung von Trunk- und Rauschgiftsüchtigen) zu prüfen.

125 Vgl. etwa STRATENWERTH (Fn. 111), § 6 N 59, mit zahlreichen Hinweisen auf die übrigen Lehrmeinungen und die Rechtsprechung.

126 BGE 78 IV 67 E. 1 i.f.

Schankbetriebes fernzuhalten, welches zu einem Verbrechen, Vergehen oder – gemäss Bundesgericht – einer Übertretung animieren kann.

aArt. 56 Abs. 2 StGB wies die Kantone an, Anordnungen über die Bekanntgabe des Wirtshausverbots zu treffen, was zumeist mittels Veröffentlichung in den kantonalen Amtsblättern geschah. Diese Vorschrift ist auf dessen ehrenmindernde Zwecksetzung, die dem Wirtshausverbot ursprünglich zugrundelag,¹²⁷ zurückzuführen.

aArt. 56 Abs. 3 StGB befasste sich mit den zeitlichen Modalitäten des Vollzugs. Die Bestimmung hielt hiebei fest, dass das Wirtshausverbot mit der Rechtskraft des Urteils wirksam wird. Dieser Zeitpunkt wurde in den kantonalen Prozessgesetzen unterschiedlich festgelegt. Schon relativ kurze Zeit nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches machte sich dies ein «Schlaumeier»¹²⁸ zunutze, indem er gegen das erstinstanzlich verhängte Wirtshausverbot beim Obergericht des Kantons Bern appellierte und nach Ablauf des in casu sechsmonatigen Wirtshausverbots seine Appellation zurückzog. Aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Appellation wurde das Verbot nicht vollzogen; gleichwohl war die sechsmonatige Verbotsdauer abgelaufen, da die Rechtskraft rückwirkend auf das Datum des angefochtenen Urteils bezogen wurde.¹²⁹ Die Dauer des Verbots wurde als Reaktion auf diesen Fall so ausgelegt, dass statt «Rechtskraft» die «Vollstreckbarkeit» zu verstehen ist.¹³⁰

VI. Praktische Bedeutung des Wirtshausverbots

Das Wirtshausverbot im Strafgesetzbuch stand vom 1. Januar 1942 bis zum 31. Dezember 2006 in Kraft. Die praktische Bedeutung war gemäss verfügbarer Statistik von Anbeginn¹³¹ eher bescheiden, wobei der Höhepunkt im Jahre 1948 mit 170 verhängten Wirtshausverboten erreicht wurde.¹³² Später lagen die Zahlen etwas tiefer und schwankten zwischen 159 (1952) und 113 (1957); 1964 wurden jedoch immer noch 145 Wirtshausverbote ausgesprochen und 1967 immerhin 127. Ein erster Einbruch war 1968 mit lediglich 70 Verurteilungen zu verzeichnen, wobei eine Begründung hiefür nicht geliefert werden kann. Ob dieser Einbruch mit der damaligen sogenannten «68er-Bewegung» im Zusammenhang stand, muss daher spekulativ bleiben. Der Rückgang verlief in den Folgejahren kontinuierlich (1971: 56 Verurteilungen; 1973: 34 Verurteilungen); lediglich 1974 wurden nochmals 50 Verurteilungen ausgesprochen. 1979 waren

127 Hierzu oben II. und IV.D.

128 So die Ausdrucksweise bei TRECHSEL (Fn. 2), Art. 56 N 4.

129 Vgl. KURT, Auslegungsfragen zum schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 62 (1947), S. 64 ff.

130 TRECHSEL (Fn. 2), Art. 56 N 4.

131 Diese deckt den Zeitraum von 1946–2006 ab.

132 Die Daten stammen vom Bundesamt für Statistik, Neuenburg.

es noch 18, 1980 14 und 1981 lediglich 9 Verurteilungen. Danach bewegten sich die Verurteilungen zwischen 6 (1982 und 1995) und 1 (1986, 1990, 1996, 1997 und 2000). Im Jahre 2001 blieben die Verurteilungen erstmals gänzlich aus. Das letzte Wirtshausverbot wurde im Jahre 2002 ausgesprochen; die letzten Übertretungen des Wirtshaus- und Alkoholverbots wurden gemäss Statistik allerdings noch 2005 und 2006 sanktioniert. Interessanterweise verhängte seit den 90er-Jahren nur noch der Kanton Neuenburg Wirtshausverbote.¹³³

VII. Die Aufhebung des Wirtshausverbots im Zuge des revidierten AT StGB

Seit den 70er-Jahren hatten verschiedene Expertenkommissionen unter dem Vorsitz von Hans Schultz¹³⁴ die Bestimmungen des besonderen Teils des Strafgesetzbuches zu überprüfen und allenfalls Vorschläge für die Neufassung dieser Bestimmungen auszuarbeiten.¹³⁵ In ihrem Abschlussbericht empfahl die Kommission, ebenfalls den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches zu revidieren. 1983 erhielt Hans Schultz den Auftrag, als Einzelexperte einen Vorentwurf für die Revision des Allgemeinen Teils und des dritten Buches des Strafgesetzbuches zu verfassen.¹³⁶ Dieser 1985 abgeschlossene und veröffentlichte Bericht und Vorentwurf widmete dem Wirtshausverbot vier Zeilen, wobei Schultz die ersatzlose Aufhebung empfahl: «Das kaum mehr ausgesprochene (...) und zur Beeinflussung von Alkoholikern kaum geeignete Wirtshausverbot ist zu streichen. Zur Einwirkung auf Alkoholiker stellen (*recte*: stehen) in Art. 43 und 44¹³⁷ bessere Möglichkeiten zur Verfügung».¹³⁸

Die 1987 eingesetzte Expertenkommission, die den Auftrag erhielt, auf der Grundlage des Vorentwurfs Schultz sowie unter Berücksichtigung von Praxis, Lehre und Rechtsvergleichung die geltenden allgemeinen Bestimmungen des StGB¹³⁹ auf ihre Reformbedürftigkeit hin zu überprüfen, schloss ihre Tätig-

133 Auskunft Bundesamt für Statistik, Neuenburg. Ob ein Zusammenhang besteht zwischen dem ländlichen Charakter von Teilen des Kantons Neuenburg und der ausgeprägten Produktion gebrannter Wasser, wie sie etwa im Val de Travers besteht, muss offenbleiben, zumal auch andere Kantone, die in jüngerer Zeit keine Wirtshausverbote mehr verhängten, vergleichbare Charakteristiken aufweisen.

134 HANS SCHULTZ war damals Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, strafrechtliche Hilfswissenschaften und Rechtsphilosophie an der Universität Bern.

135 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987, Vorwort von Bundesrätin ELISABETH KOPP, S. XIII.

136 SCHULTZ, Vorentwurf (Fn. 134), S. XIV.

137 Diese Bestimmungen betrafen die Massnahmen an geistig Abnormen (Art. 43 StGB) sowie die Behandlung von Trunk- und Rauschgiftsüchtigen (Art. 44 StGB).

138 SCHULTZ, Vorentwurf (Fn. 134), S. 195. Auf solche Alternativen wies bereits BLOCHER (Fn. 4), S. 23, im Jahre 1909 hin.

139 Der Auftrag umfasste auch das Jugendstrafrecht auf der Grundlage des Vorentwurfs von Prof. MARTIN STETTLER sowie das dritte Buch des Strafgesetzbuches.

keit mit einem Schlussbericht im November 1992 ab.¹⁴⁰ Wie schon der Vorentwurf Schultz betonte auch dieser Bericht die geringe praktische Bedeutung des Wirtshausverbots sowie die Möglichkeit, dieses ohne Folgen leicht zu über-treten, weshalb die Massnahme nicht geeignet sei, die Alkoholiker zu beein-flussen.¹⁴¹

In der Botschaft zur Revision des Allgemeinen Teils¹⁴² führte der Bundesrat mit Bezug auf den Vorentwurf Schultz – auf sechs Zeilen – ebenfalls aus, dass gegen das kaum mehr ausgesprochene Wirtshausverbot leicht verstossen werden könne und die Massnahme nicht geeignet erscheine, Alkoholiker zu beein-flussen. Zur Einwirkung auf Alkoholabhängige stünden mit Art. 60 und 63¹⁴³ des Vorentwurfs bessere Möglichkeiten zur Verfügung. Die Aufhebung des Wirts-hausverbots sei denn auch in der Vernehmlassung unbestritten geblieben,¹⁴⁴ was im übrigen auch für das Schrifttum galt.¹⁴⁵

In den parlamentarischen Beratungen führte der damalige Kommissions-berichterstatte Hans-Rudolf Merz im Ständerat als Erstrat aus, dass auf «die meisten Nebenstrafen, namentlich die Amtsunfähigkeit, den Entzug der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft sowie das Wirtshausverbot, (...) im neuen Strafgesetzbuch grosszügig verzichtet» werde. Der Rat stimmte diesem Antrag in der Wintersession 1999 diskussionslos zu.¹⁴⁶ Der Nationalrat folgte dem Ständerat in der Sommersession 2001 ebenfalls diskussionslos.¹⁴⁷ Damit war die Aufhebung des Wirtshausverbots besiegelt.

140 Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Bern 1993 (zit. Bericht Revision).

141 Bericht Revision (Fn. 140), S. 91.

142 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmun-gen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl 1999 1979 ff. (zit. Bot-schaft Revision AT).

143 Diese Bestimmungen thematisierten die stationäre und ambulante Behandlung von Alko-hol-, Betäubungsmittel- und Arzneimittelabhängigkeit.

144 Botschaft Revision AT (Fn. 142), S. 2102.

145 Vgl. ZEHNTNER (Fn. 112), Art. 56 N 10.

146 AB S 1999, S. 1125.

147 AB N 2001, S. 582.

VIII. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen zeigten neben der Entwicklungsgeschichte und der Motivation zur Aufnahme des Wirtshausverbots in das Schweizerische Strafgesetzbuch vor allem das wandelnde Verständnis für diese Strafe – oder doch eher Massnahme? – auf. Ursprünglich eine Ehrenstrafe, konnte es in früherer Zeit nicht nur wegen Delikten im Zusammenhang mit Alkoholkonsum, sondern wegen der meisten Gemeinverbrechen ausgesprochen werden. Mit der ändernden Bedeutung der Wirts- und Schankstätten in unserer Gesellschaft wandelten sich zwangsläufig auch Sinn- und Zweck des Wirtshausverbots. Dieses diente in der Folge unter anderem zur Unterdrückung der sozialen Folgen des Alkoholismus, vor allem dem Schutz der Familienangehörigen vor dem wirtschaftlichen Ruin. Erst später – gegen Ende des 19. Jahrhunderts – wurde (so namentlich von Stooss) eine Konnexität zwischen übermässigem Alkoholkonsum und verübten Straftaten vorausgesetzt. Eine entscheidende Rolle für diese Umdeutung spielte die in dieser Zeit stark an Einfluss gewinnende Antialkoholbewegung, die sich in der Gründung zahlreicher Organisationen und Vereine äusserte.

Die Undurchführbarkeit des Wirtshausverbots in grösseren Städten aufgrund der dort herrschenden Anonymität war Stooss und später den eidgenössischen Räten durchaus bewusst, wie sich aus den ausgewerteten Protokollen der vorberatenden Kommissionen ergibt. Beinahe wäre denn auch eine Aufnahme des Wirtshausverbots in das Schweizerische Strafgesetzbuch unterblieben, fehlte dieses doch in den Vorentwürfen aus den Jahren 1913 und 1916. Massgeblich zur Kehrtwende trugen Ernst Hafer, als Mitglied der vorberatenden nationalrätlichen Expertenkommission sowie sein Dissertand, Hermann Bendiner, bei, welche die Notwendigkeit des Wirtshausverbots wissenschaftlich rechtfertigten. Der Bundesrat nahm das Verbot 1918 in seine Botschaft zum Schweizerischen Strafgesetzbuch auf. Nicht zu Unrecht wies Bendiner auf die damals fehlenden Massnahmemöglichkeiten für Gelegenheitstrinker hin, da man diese nicht in Trinkerverheerungen einliefern konnte. Hieraus wird ersichtlich, dass er das Wirtshausverbot bereits damals als Massnahme und nicht als Strafe verstand. Die Einordnung unter die im Schweizerischen Strafgesetzbuch neu geschaffene Kategorie der «Nebenstrafen» förderte später freilich nicht gerade die Klärung der Rechtsnatur des Verbots.

Das zunehmend mangelnde Verständnis dieser Massnahme durch den gesellschaftlichen Wandel, vor allem aber die stark steigende Mobilität und Anonymisierung in den letzten Jahrzehnten trugen zum «Niedergang» des Wirtshausverbots bei. Die namentlich von Hans Schultz geäusserte und in den Folgejahren gebetsmühlenartig wiederholte Argumentation zu dessen Abschaffung vermag allerdings nicht zu überzeugen: Die Einwirkung auf Alkoholiker, die nach Schultz mit dem Wirtshausverbot nicht zu erreichen sei, war weder dessen Ziel noch Anspruch.

Dank den vielfältigen und zum Teil neu geschaffenen Massnahmen im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches bestehen nun immerhin valable und für die heutige Zeit gegenüber dem Wirtshausverbot geeignetere Alternativen. Mit diesem Massnahmenrecht – ein Steckenpferd von Jonny – wird er sich künftig zweifellos weiter auseinandersetzen. Dabei ist ihm bewusst, was in der heutigen Zeit zunehmend selten geworden ist, «dass die Verbote und Strafen ihre Ergänzung finden müssen in positiv wirkenden Kräften».¹⁴⁸ Ansonsten werden Freud- und Trostlosigkeit weiter um sich greifen.

148 Diese Aussage in der Botschaft Alkoholfrage (Fn. 13), S. 465 f., aus dem Jahre 1884 (!), vgl. bereits oben II., kann nicht genug Erwähnung finden.

La femme est-elle véritablement l'égale de l'homme ?

par ANDRÉ KUHN/JOËLLE VUILLE

Les femmes jouent souvent en dehors du foyer un rôle utile. Toutefois, il ne faudrait pas, que sous prétexte d'une égalité, d'ailleurs chimérique et contre nature, elles s'immiscent partout à la place des hommes.
(Gérard Bessette, 1920-2005)

I. Introduction

Posez la question à un juge fédéral siégeant à la Cour de droit pénal, il vous le confirmera : la majorité de ses « clients » sont des hommes. Eh oui, la disparité entre les sexes est la plus grande constante du monde criminologique : les hommes sont plus délinquants que les femmes, quels que soient les pays, quelles que soient les époques et quel que soit le crime considéré.¹

A l'inverse, la femme délinquante est une étrangeté, une espèce tellement rare que l'on peut s'étonner qu'elle ne se soit pas encore éteinte. Comme certaines grenouilles découvertes récemment au fin fond des forêts amazoniennes,² la femme délinquante n'a été étudiée que depuis peu, bon nombre de criminologues ayant ignoré son existence jusqu'à ce qu'un explorateur courageux ne l'ait placée sous les feux de la rampe.³

- 1 A une exception près toutefois, puisqu'en Suisse il est une infraction commise plus souvent par des femmes que par des hommes : l'enlèvement de mineur au sens de l'art. 220 CP. A ce propos, voir les divers communiqués de presse publiés par l'Office fédéral de la Justice, par exemple le Communiqué de presse du 26 janvier 2010, selon lequel l'enlèvement international d'enfant est dans 66% des cas le fait de la mère. A noter également que la violation du droit de visite (c'est-à-dire le fait d'empêcher ou d'entraver son exercice) est le fait de la mère dans 90% des cas. La tendance est similaire en France, où les femmes représentent le 76% des auteurs de non-présentation d'enfant (Ministère de la Justice, Statistiques de condamnations, 2006).
- 2 Par exemple, une sous-espèce de grenouille *Atelopus* fluorescente, découverte au Suriname en 2007 et dont les femelles sont plus grandes que les mâles.
- 3 L'un des pionniers dans le domaine fut l'italien Cesare Lombroso, qui, dans son ouvrage paru en 1896, *La femme criminelle et la prostituée* (v. n. 32), écrit : « *La criminelle-née est pour ainsi dire une exception à double titre, comme criminelle et comme femme (...). Elle doit donc, comme double exception, être plus monstrueuse* ». Voilà qui allait donner le ton de bon nombre de publications parues par la suite. Le sujet fut ensuite presque abandonné jusque dans les années 1970, lorsque les mouvements féministes initièrent un réel corpus de recherche sur les femmes et le crime (aussi bien du point de vue de la délinquance que

Et les feux de la rampe, la femme criminelle les connaît bien. Elle apparaît souvent comme une créature diabolique, mystifiée en veuve noire ou en prostituée vengeresse, un ange de la mort dont les actes sont en totale contradiction avec la « nature féminine », douce, maternelle et protectrice que l'on attribue habituellement aux personnes de sexe féminin. Que ce soient Véronique Courjault, auteure de trois infanticides et ayant conservé les corps de ses victimes dans le congélateur familial, Teresa Lewis, récemment exécutée dans l'Etat américain de Virginie, condamnée pour avoir commandité le meurtre de son mari et soupçonnée d'avoir offert sa fille comme objet sexuel aux hommes de mains qu'elle avait engagés, ou encore Lynndie England, soldate tortionnaire à la prison irakienne d'Abou Ghraib, elles horrifient le public, déchaînent les médias, et soulèvent régulièrement la même interrogation : une femme peut-elle vraiment faire cela ?

Au-delà des stéréotypes, ces femmes sont-elles réellement représentatives de la délinquance au féminin ? Que sait-on des femmes criminelles ? Sont-elles les égales des délinquants hommes ?

II. Ce que nous disent les indicateurs de la délinquance

Appeler les femmes « le sexe faible » est une diffamation ; c'est l'injustice de l'homme envers la femme. Si la non-violence est la loi de l'humanité, l'avenir appartient aux femmes. (Gandhi, 1869-1948)

La criminologie a développé plusieurs outils visant à mesurer l'amplitude et la nature de la délinquance : ce sont les statistiques et les sondages. Ceux-ci nous enseignent que les femmes sont sous-représentées dans la population délinquante, non seulement en Suisse, mais partout dans le monde occidental⁴ et de façon constante depuis des décennies.

A. Statistiques policières

Les statistiques policières comptabilisent le nombre de personnes dénoncées pour la commission d'une infraction. En 2009, les femmes représentaient le 22% des personnes dénoncées en Suisse pour une infraction au Code pénal, alors qu'elles constituent le 50.6% de la population résidente. La répartition des femmes dans les différents types de délits est toutefois variable. Ainsi, on trouve 27% de femmes parmi les personnes arrêtées pour violation de la Loi sur les étrangers (LEtr), alors qu'elles ne sont que le 11% des personnes dénoncées

de la victimisation d'ailleurs). Pour une synthèse actuelle, v. JAQUIER/VUILLE, Les femmes : jamais criminelles, toujours victimes ?, Charmey, 2008.

4 Si des données existent pour d'autres régions du monde, elles sont peu accessibles pour des chercheurs (comme nous) dont les connaissances linguistiques les plus exotiques sont... le suisse allemand.

pour infraction à la Loi sur les stupéfiants.⁵ Pour ce qui est des homicides, 90% des suspects sont des hommes⁶ et cette proportion augmente encore pour les vols à l'arraché.⁷

B. Statistiques de condamnations

Selon les statistiques de condamnation publiées par l'Office fédéral de la statistique, les femmes représentaient 15% des personnes condamnées en 2008, tous délits confondus. Ce chiffre est stable depuis 1984 (date des premières statistiques fédérales dans le domaine). Les femmes commettent donc globalement moins de délits que les hommes. Mais au-delà de la question de la *quantité*, se pose également la question du *type* de délinquance à laquelle elles participent. Sur ce point, il existe un consensus : les femmes commettent surtout des délits peu graves. Elles sont donc sous-représentées dans toutes les formes de criminalité, mais le sont d'autant plus pour les infractions graves. C'est ainsi qu'en 2006, les femmes étaient représentées parmi les auteurs d'abus de confiance à raison de 24%, contre 22% pour l'escroquerie et 18.5% pour le vol simple. Mentionnons par ailleurs que les femmes sont également largement moins impliquées que les hommes dans tous les délits liés à la circulation routière.⁸

De surcroît, les femmes commettent également moins de délits violents que les hommes. C'est ainsi que les taux d'implication féminine les plus bas sont justement observés pour les infractions de violence ; il en va ainsi de l'assassinat, des lésions corporelles graves et du brigandage. Les connaissances sur les femmes violentes et meurtrières sont toutefois fragmentaires : on a longtemps cru la femme incapable de violence physique ou psychologique dans un contexte autre que celui de la légitime défense face à un partenaire abusif, ce qui explique en partie le manque d'intérêt pour ces criminelles et le peu de recherches qui leur ont été consacrées.

Les données statistiques nous montrent toutefois que le phénomène n'est pas inexistant : en Suisse, environ 15% des personnes condamnées pour homicide intentionnel en 2006 sont des femmes. Cette proportion se situe d'ail-

5 Ces chiffres sont tous tirés des données publiées par l'Office fédéral de la statistique (www.bfs.admin.ch).

6 Données datant de 2008.

7 92% d'hommes en 2008.

8 Pour la Suisse, en 2006, les femmes constituaient le 13.2% des contrevenants à la Loi sur la circulation routière (Office fédéral de la statistique). Si certains auteurs expliquent ce respect accru du code de la route par le simple fait que les femmes parcourent moins de kilomètres que les hommes, et que leurs « opportunités » de commettre des délits routiers sont donc moins grandes, il est à relever que, même si l'on contrôle le nombre de kilomètres parcourus, les femmes restent moins criminelles que les hommes. A ce propos, voir KILLIAS, Précis de criminologie, Berne 2001, p. 193, ainsi que KUHN, Sommes-nous tous des criminels ?, Charmey 2010 (3^{ème} éd.), p. 30.

leurs dans la moyenne européenne et ne diffère pas des chiffres relevés aux Etats-Unis. Pourtant, même si les femmes sont largement sous-représentées dans le domaine des délits de violence, il arrive qu'elles soient aussi « performantes » que les hommes dans la brutalité avec laquelle elles passent à l'acte et dans le nombre de victimes qu'elles laissent derrière elles. Aux Etats-Unis, on dénombre une trentaine de tueuses en série depuis les années 1900. L'Australie, quant à elle, n'a connu qu'une tueuse en série (reconnue comme telle) entre 1989 et 2006. Quant aux éventuelles tueuses en série suisses, elles semblent avoir été trop malignes pour se faire prendre, car on n'en dénombre aucune⁹...

C. Statistiques pénitentiaires

En 2009, les femmes représentaient le 6% des personnes incarcérées en Suisse. Elles se différencient des hommes par plusieurs aspects.¹⁰ Tout d'abord, comme nous l'avons vu, les femmes emprisonnées n'ont pas commis les mêmes délits que les hommes. De plus, elles présentent, plus souvent que les hommes, des problèmes d'addiction, des antécédents d'abus sexuels et de maltraitance grave durant l'enfance.¹¹ Elles consomment davantage de tranquillisants que les hommes et, plus souvent qu'eux, elles sont sujettes à la dépression et commettent des actes d'automutilation, pouvant parfois aller jusqu'au suicide.

Les deux genres se retrouvent toutefois sur certains aspects : comme les détenus masculins, les femmes proviennent plus souvent de milieux socio-économiques défavorisés et, comme les premiers, elles souffrent de problèmes de santé typiques au milieu carcéral, dermatologiques, dentaires et ophtalmiques.

D. Sondage de victimisation

Lorsque l'on interroge les victimes sur le sexe de leur agresseur en recourant à des sondages de victimisation,¹² il ressort également que les femmes sont moins délinquantes que les hommes : en Occident, elles représentent généralement, aux dires des victimes, 10% à 20% des auteurs de délits violents.

9 V. GOETTING, Patterns of homicide among women, *Journal of Interpersonal Violence*, 3/1 (1988), pp. 3-20; KEENEY/HEIDE, Gender differences in serial murderers, *Journal of Interpersonal Violence*, 9/3 (1994), pp. 383-398.

10 V. BELKNAP, The invisible woman, *Gender, crime and justice*, Belmont 2001; POLLOCK, Women, prison and crime, Belmont 2002.

11 BELKNAP (n. 10), p. 63 et les références citées.

12 Sondage par lequel on demande à une personne si elle a déjà été victime d'un délit donné ; dans l'affirmative, différentes questions sont posées aux interrogés, dont certaines peuvent concerner l'auteur du délit, notamment son sexe.

E. Sondage de délinquance auto-reportée

Au contraire de ce qui a été exposé jusqu'à présent, les sondages de délinquance auto-reportée,¹³ principalement utilisés auprès d'adolescents (les adultes étant trop méfiants face aux questions intrusives), semblent parfois indiquer que les filles commettent autant de délits que les garçons. Néanmoins, lorsqu'on se réfère aux dernières données suisses sur la délinquance auto-reportée des jeunes,¹⁴ on observe que la consommation de substances est toujours plus courante parmi les garçons que parmi les filles, même si la différence est plus marquée en matière de consommation de cannabis qu'en matière de consommation d'alcool. D'autre part, à l'exception du vol à l'étalage, les filles sont également moins souvent impliquées dans la commission de délits que les garçons. En d'autres termes, si les différences entre filles et garçons sont marquées pour les délits de violence et les délits contre la propriété, elles sont moindres, voire parfois nulles, pour les délits mineurs. Ainsi, à mesure que la gravité du délit augmente, l'implication des filles diminue.

Si bon nombre de sondages de délinquance auto-reportée semblent indiquer une égalité entre garçons et filles en matière de criminalité, cela est lié au fait que ce type de sondage s'intéresse avant tout à des délits « bagatelles » (tels que école buissonnière et consommation d'alcool), délits dans lesquels les jeunes filles sont justement moins sous-représentées que dans la « véritable » criminalité. La généralisation des données récoltées auprès de jeunes filles dans le but de cerner les contours de la criminalité des femmes adultes ne peut donc que conduire à des interprétations erronées.

III. Les femmes ont-elles toujours été minoritaires dans la population délinquante ?

Tout homme est un criminel qui s'ignore.

(Albert Camus, 1913-1960)

Le droit pénal n'est pas fait de normes physiquement données ; il est le résultat d'une construction sociale. Cela signifie que la définition des infractions varie dans le temps et l'espace, et que c'est donc le regard que porte une certaine société sur un comportement qui rend celui-ci criminel ou conforme. Cette variabilité du droit pénal à travers le temps et l'espace est le facteur clé de l'explication de l'évolution de la délinquance des femmes dans le temps. En effet, nous l'avons vu, les femmes représentent actuellement environ un sixième des personnes condamnées (tous délits confondus), alors qu'aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, elles représentaient en Europe et en Amérique du Nord entre 30% et 50%

13 Sondage par lequel on demande à la personne interrogée si elle a déjà *commis* tel ou tel délit.

14 International Self-Reported Delinquency Survey II, réalisé en Suisse en 2007.

des délinquants condamnés.¹⁵ On ne peut toutefois pas conclure de ces chiffres que les femmes d'aujourd'hui commettent moins de délits que leurs ancêtres ; en effet, il se pourrait tout aussi bien que le regard que la société porte sur elles ait changé.

C'est ainsi que de nombreuses femmes considérées naguère comme des criminelles ne le sont plus aujourd'hui. La plus célèbre de ces criminelles d'autrefois est probablement la sorcière. On estime que les bûchers ont fait en Europe entre 50 000 et 100 000 morts¹⁶ en deux siècles, dont 80% étaient des femmes. La répression de la sorcellerie a donc touché en grande majorité des femmes, mais elle était surtout un instrument de répression à l'encontre de personnes dont on voulait se débarrasser, répression qui se justifiait par le comportement « satanique » des soi-disant sorcières.¹⁷ C'est donc bien la société de l'époque qui a « construit » un délit à partir de ses valeurs et du regard qu'elle portait sur certains individus.¹⁸

Dans les années 1970, on a souvent dit que le taux de criminalité des femmes augmentait beaucoup plus rapidement que celui des hommes et que les femmes devenaient de plus en plus violentes. On en faisait alors porter la faute au mouvement féministe qui, en réclamant l'égalité économique, juridique et sociale entre les genres, avait également entraîné une égalité dans le domaine de la criminalité, les femmes rattrapant alors les hommes sur ce plan également. A l'appui de cette théorie, des recherches américaines montrent que les taux d'arrestation des femmes pour les délits de violence et les délits contre les biens ont augmenté depuis les années 1960. Mais, en réalité, le taux de délinquance des femmes a suivi la même courbe que celle des hommes, augmentant et diminuant aux mêmes périodes et dans les mêmes proportions, si bien que le ratio entre les deux sexes est demeuré constant.¹⁹ Les seules exceptions à cette règle proviennent des formes de criminalité auxquelles les femmes n'avaient pas accès et qui, lorsqu'elle se sont ouvertes à elles, ont engendré un accroissement des actes criminels commis pas les femmes. Il en va ainsi par exemple de

15 LEVY, Femmes et délinquance : la situation aux Etats-Unis, *Déviance et Société*, 24/1 (2000), pp. 69-86.

16 Ce qui est considérable au vu de la population de l'époque (LE BRAS-CHOPARD, Les putains du Diable, Le procès en sorcellerie des femmes, Paris 2006).

17 Auxquelles on reprochait d'entretenir des relations sexuelles avec le diable, de rendre les hommes impuissants et les animaux stériles. Notons, pour la petite histoire, que les biens des sorcières, après leur avoir été confisqués, étaient partagés entre le juge et l'accusateur...

18 La dernière sorcière de Suisse fut Anna Göldin, exécutée en 1782 pour avoir prétendument ensorcelé un des enfants du médecin chez lequel elle officiait comme servante.

19 STEFFENSMEIER/ZHONG/ACKERMAN/SCHWARZ/AGHA, Gender Gap Trends for Violent Crimes, 1980 to 2003 : A UCR-NCVS Comparison, *Feminist Criminology* 2006 1:72.

l'accès des femmes au volant,²⁰ aux stupéfiants, à l'alcool, etc., comportements largement réservés à la gente masculine avant mai 1968.

Si l'on replace l'évolution de la délinquance des femmes dans une perspective historique plus large, on constate que les temps modernes ont vu de nombreux comportements typiquement féminins être décriminalisés ou devenir sans objet. Ce mouvement a principalement été nourri par deux phénomènes distincts. D'une part, la société a modifié son regard sur certaines pratiques ; c'est ainsi que l'adultère ne constitue plus une infraction pénale, alors qu'il était en son temps durement réprimé lorsqu'il était le fait de l'épouse ; de son côté, l'avortement, devenu rare après l'invention de la pilule contraceptive, a finalement été largement décriminalisé lorsque l'évolution des mœurs a reconnu à la femme la libre disposition de son corps ; finalement, la prostitution ne constitue plus un délit dans bon nombre de pays, ce qui a eu pour conséquence de faire disparaître une part importante de « délinquantes » des statistiques criminelles. D'autre part, les développements scientifiques ont parfois eu pour conséquence une diminution du nombre de femmes criminelles. Il en va ainsi, par exemple, de l'infanticide, qui a connu un important recul, parce que le fait d'avoir un enfant hors mariage n'est aujourd'hui plus aussi mal considéré par la société qu'auparavant, ainsi en raison de l'avènement de la contraception, qui a pratiquement rendu inutile le recours à ce crime. Enfin, l'amélioration des conditions de vie dans nos sociétés occidentales a également joué un rôle dans l'évolution de la criminalité, la nécessité de voler, par exemple pour nourrir sa famille, ayant fortement diminué, notamment grâce à l'aide sociale.

IV. Les causes de la différence

Comment l'homme et la femme pourraient-ils se comprendre ? Car en fait tous deux souhaitent des choses différentes : l'homme, la femme et la femme, l'homme. (Frigyes Karinthy, 1887-1938)

Comme nous avons pu le constater ci-dessus, il y a donc bel et bien une différence importante d'implication de la part des femmes et des hommes dans la criminalité telle que définie aujourd'hui. La question qui reste dès lors à traiter est celle des facteurs permettant d'expliquer cette différence. Nous tenterons de déterminer si les facteurs biologiques et/ou sociologiques permettent d'expliquer une partie de la différence, avant de nous pencher sur l'hypothèse postulant qu'il pourrait y avoir un traitement de faveur de la part du système judiciaire au profit des femmes.

20 Cette augmentation ne remet en rien en cause le constat que les femmes commettent, à kilomètres parcourus équivalents, moins d'infractions routières que les hommes ; v. note 8.

A. L'hypothèse biologique

Les hommes très mâles sont toujours flairés par des femmes très femmes.
(Hector Talvart, 1880-1959)

Selon certains chercheurs, la plus grande conformité des femmes aux normes pénales et sociales découlerait en partie de particularités physiques (elles seraient moins aptes à la confrontation physique du fait d'une taille et d'une force moindres), mais également de traits psychologiques, comme un esprit de compétitivité moins développé, une ambition et une agressivité moins grandes et une moindre inclination à prendre des risques.²¹ De plus, durant l'enfance, les femmes créeraient des liens plus étroits et plus durables avec leur entourage, qu'il s'agisse d'amis ou de camarades, d'instituteurs ou de leurs parents, ce qui pourrait agir, selon certains, comme un inhibiteur des comportements déviants. D'autres recherches ont également montré que, soumis à un stress intense (divorce, deuil, difficultés financières ou professionnelles), hommes et femmes réagissent de façon différente. Alors que les premiers tendent à évacuer la tension en dirigeant leur agressivité vers des tiers ou en consommant des substances psychoactives, les femmes la retournent contre elles-mêmes et développent plus souvent de l'anxiété, de la dépression et des phobies.²²

Dans une perspective d'évolution de l'espèce, certains auteurs expliquent que l'agressivité des mâles est une conséquence des préférences des femelles lorsqu'il s'agit de trouver un partenaire pour se reproduire: comme elle recherche un géniteur fort capable de protéger l'ensemble du groupe familial et de pourvoir à ses besoins, elle choisira en premier lieu un mâle dominant (soit agressif avec ses congénères). L'individu mâle s'est donc développé dans l'agressivité car il s'agit justement du type de comportement qui lui donnait le plus de chance de se reproduire. De surcroît, la présence d'androgènes (non générique pour les hormones mâles) modifierait le cerveau mâle à plusieurs niveaux: l'homme serait ainsi moins sensible que la femme aux conséquences

21 L'idée que les cerveaux masculins et féminins sont différents date du XIX^{ème} siècle, lorsqu'il a été postulé que les femmes devaient être moins intelligentes que les hommes puisque leur cerveau était moins grand. Ce à quoi il a été rétorqué que, dans ce cas, un éléphant devait être plus intelligent qu'un homme. Curieusement, cet argument n'a pas suffi à éteindre le débat, puisqu'il a ensuite été postulé que c'était le poids relatif du cerveau par rapport au reste du corps qui était déterminant. Mais cette hypothèse a été rapidement enterrée lorsqu'on s'est rendu compte que, mesurées de la sorte, les femmes étaient plus intelligentes que les hommes... (RENZETTI/CURRAN, *Women, men and society*, 4^{ème} éd., Boston 1999, p. 43).

22 KUDIELKA/KIRSCHBAUM, Sex différences in HPA axis responses to stress: a review, *Biological Psychology*, 69, pp. 113-132, 2005 et les références citées. Mentionnons par ailleurs qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui a des fondements biologiques et ce qui découlerait des interactions sociales et qui devrait dès lors plutôt figurer dans le paragraphe consacré à l'hypothèse sociologique.

négatives de ses actions ; de plus, il serait plus susceptible et réagirait plus violemment aux émotions négatives ; et finalement il éprouverait moins de compassion pour ses pairs²³.

Ces différences de comportements entre hommes et femmes ne se limitent d'ailleurs pas à la criminologie, mais ont également été constatées dans le domaine de la santé ; ainsi, les femmes prennent davantage soin d'elles-mêmes (contrôles médicaux réguliers, dépistages de certaines maladies, consommation importante de fruits et de légumes) et adoptent moins de comportement à risque pour leur santé (cigarettes, alcool, conduite sans attacher sa ceinture de sécurité ou en état d'ébriété) que les hommes.²⁴

B. L'hypothèse sociologique

Emanciper les femmes, c'est les corrompre.

(Honoré de Balzac, 1799-1850)

Pendant longtemps, on a pensé que les femmes commettaient moins de délits que les hommes simplement parce qu'elles passaient une grande partie de leur temps à la maison et que moins d'opportunités s'offraient ainsi à elles. « *L'occasion faisant le larron* », les femmes deviendraient ainsi les égales des hommes en termes de criminalité le jour où elles auraient la même place qu'eux dans la société.

Pour d'autres auteurs, cette moindre délinquance féminine était la conséquence logique d'une éducation axée, depuis des siècles, sur la soumission, en contrôlant davantage leurs sorties, en leur imposant par exemple des couvre-feux, laissant ainsi aux jeunes filles une moins grande autonomie qu'aux garçons.²⁵ Or, dans les sociétés occidentales, les femmes sont plus libres qu'auparavant et moins – voire plus du tout – surveillées par leur famille, elles ont accès à tous les lieux publics et sont présentes dans toutes les sphères professionnelles. C'est ainsi que les femmes ont aujourd'hui les mêmes opportunités de commettre des délits que les hommes ; et pourtant les temps modernes n'ont pas vu la délinquance des femmes exploser. Cela provient peut-être du fait que garçons et filles divergent dans leurs activités durant l'enfance : les premiers passent davantage de temps dehors, sur un territoire plus étendu, ont un cercle

23 ELLIS, A theory explaining biological correlates of criminality, *European Journal of Criminology*, 2, pp. 287-315, 2005. Cette théorie est vivement critiquée par certains, car elle réduirait les femmes à des êtres soumis dont le seul but est d'attirer l'attention des hommes, et insulterait les hommes en sous-entendant qu'ils sont entièrement à la merci de leurs pulsions (BELKNAP, n. 10, p. 57).

24 V. par exemple LIANG/SHEDIAC-RIZKALLAH/CELENTANO/RHODE, A population-based study of age and gender differences in patterns of health-related behaviors, *American Journal of Preventive Medicine*, 17/1, pp. 8-17, 1999.

25 Entre autres par peur des parents que leur fille tombe enceinte ; BELKNAP (n. 10), p. 44.

d'amis plus large, ont de plus nombreuses activités – celles-ci étant de surcroît moins encadrées que celles de leurs sœurs et amies –, et arrivent plus facilement à échapper aux responsabilités que leur confient leurs parents.²⁶

C. L'hypothèse du traitement de faveur

Jusqu'au jour où les maris pourront, eux aussi, gagner les faveurs du juge en croisant haut les jambes, pas d'égalité des sexes !

(Maurice Dekobra, 1885-1973)

Que les femmes apparaissent beaucoup moins que les hommes dans les statistiques de la délinquance ne traduit pas forcément une différence dans leur comportement ; en effet, on pourrait également faire l'hypothèse que cet indicateur se heurte à un problème de détection, les femmes délinquantes passant « sous le radar ». Certains criminologues ont ainsi pensé expliquer la faible représentation des femmes dans les statistiques officielles de la criminalité par un traitement de faveur dont elles profiteraient de la part des représentants des forces de l'ordre (policiers et juges). La clémence de ceux-ci s'expliquerait par le fait qu'ils sont séduits par les criminelles et convaincus par elles de les traiter avec indulgence, ou alors qu'ils auraient simplement pitié d'elles et rechigneraient à les punir trop durement.

De nombreuses recherches criminologiques se sont penchées sur le phénomène appelé « *judicial chivalry* » ou « *judicial paternalism* ». Il a en effet été constaté que la police arrête moins les femmes auteurs de délits que les hommes,²⁷ que les juges les condamnent moins souvent et, en cas de condamnation, les envoient moins souvent en prison (privilégiant des peines alternatives telles que l'amende ou le travail d'intérêt général) ou pour une durée moins longue. Il faut toutefois se demander si les femmes sont traitées plus favorablement *toutes choses étant égales par ailleurs*. En d'autres termes, les femmes bénéficient-elles d'un traitement de faveur lorsqu'elles agissent comme les délinquants masculins ou n'agissent-elles simplement *pas* comme les délinquants masculins, ce qui justifie un traitement différencié ? En réalité, lorsque les antécédents sont pris en considération, on observe que la justice traite les femmes de la même façon que les hommes, c'est-à-dire qu'à antécédents égaux et crime commis similaire, la sanction est identique.

Or, les femmes récidivent moins²⁸ que les hommes et leurs carrières criminelles sont moins longues. Elles commettent également moins de délits en

26 BELKNAP (n. 10), pp. 49-50.

27 Non pas parce qu'elles seraient plus malignes et cacheraient mieux leurs méfaits, mais par clémence accordée en toute connaissance de cause.

28 En 2004, 16% des femmes avaient récidivé, contre 24% d'hommes. Sont ici considérées comme récidivistes toutes les personnes qui, suite à une condamnation ou à une libération

concourent et des délits moins graves que leurs homologues masculins, c'est-à-dire des délits qui sont sanctionnés moins sévèrement par les autorités, voire qui ne sont pas poursuivis du tout, en application du principe de l'opportunité des poursuites. Il est en effet logique que la justice soit plus clémentine envers les personnes qui commettent des délits moins graves et qui ont moins d'antécédents criminels. Et ces personnes se trouvent plus souvent être des femmes que des hommes.

Une dimension supplémentaire entrant en jeu ici et à laquelle les juges sont sensibles est la situation familiale des personnes poursuivies.²⁹ En effet, lorsque l'accusé a la charge d'un enfant, la question du sort de ce dernier en cas de condamnation se doit d'être considérée par le juge, ce qui peut exercer une influence favorable à l'accusé, notamment lorsqu'il risque une peine privative de liberté. Or, la répartition traditionnelle des tâches au foyer a, pendant longtemps – et les choses n'ont pas véritablement changé aujourd'hui –, vu la femme s'occuper des enfants au quotidien ; c'est ainsi que, aujourd'hui encore, lors d'un divorce, la garde des enfants est, dans la plupart des cas, accordée à la mère.³⁰ Cependant, si cet élément entraîne une certaine clémence du juge, alors il devrait également bénéficier aux accusés hommes, dès le moment où ils ont une famille à charge...

Enfin, selon certaines recherches, les femmes profiteraient du manque chronique de temps que chaque juge peut accorder aux dossiers qu'il traite et des préjugés que la société entretient à leur égard. Il semblerait ainsi que, lorsque le juge ne dispose pas de toutes les informations sur l'accusé qu'il a en face de lui, il y substitue inconsciemment des préjugés parfois infondés.³¹ Ces éléments viennent « remplacer » les informations manquantes, attribuant alors certaines qualités à tous les représentants d'un groupe, notamment sur la base de leur sexe. L'ensemble des femmes étant perçues comme étant moins violentes et moins sujettes à récidive, une femme en particulier profiterait de cette image même si elle-même n'y correspond pas.

En résumé, si les femmes profitent parfois d'une certaine clémence de la part des autorités pénales, celle-ci est, la plupart du temps, justifiée par le fait qu'elles ne commettent pas les mêmes crimes que les hommes. D'autre part, il se pourrait qu'elles profitent aussi parfois de préjugés que la société entretient

d'une exécution de peine, commettent, dans un intervalle de trois ans, un crime ou un délit menant à une nouvelle condamnation.

29 DALY, Rethinking judicial paternalism : gender, work-family relations and sentencing, *Gender and Society*, 3/1 (1989), 9-36.

30 Selon le site web divorce.ch, en 2003, l'autorité parentale était attribuée à la mère dans 68% des cas.

31 C'est ce que l'on appelle la « focal concerns theory » (RODRIGUEZ/CURRY/LEE, Gender differences in criminal sentencing: do effects vary across violent, property and drug offenses?, *Social Science Quarterly*, 87/2 [2006], 318-339).

à leur égard, société qui voit encore les femmes comme des êtres généralement moins violents et moins « mauvais » que les hommes.

V. Les femmes délinquantes sont-elles plus malignes que les hommes criminels ?

Toutes les tendances égoïstes qu'on trouve chez les hommes, le culte de soi et le mépris des autres, prennent leur source dans l'organisation actuelle des relations entre les hommes et les femmes.

(John Stuart Mill, 1806-1873)

Selon certains criminologues, si les femmes apparaissent moins dans les statistiques de la criminalité, ce n'est pas parce qu'elles sont moins délinquantes, mais parce qu'elles commettent des crimes qui sont *par nature* indétectables. Ainsi, la criminalité féminine serait-elle avant tout une criminalité cachée,³² car indirecte : les femmes pousseraient les hommes à commettre des délits dont elles seraient par la suite amenées à profiter, par exemple en poussant leur compagnon à braquer une banque afin de profiter ensuite de la belle vie avec lui. Un exemple récent nous est fourni par l'affaire Flactif, du nom de cette famille assassinée au Grand-Bornand en 2003. Le fait que le principal suspect, un homme, ait agi sur sa propre initiative avait été remis en cause, certains voyant dans sa compagne le cerveau de l'opération, car « *le meurtre était si horrible qu'il y fallait la perversité d'une femme* ». ³³ John Edgar Hoover, directeur du FBI pendant près d'un demi-siècle (1924-1972), avait également pour coutume de dire : « *Si un crime demande de l'intelligence, vous pouvez d'emblée exclure qu'il s'agisse d'un nègre. S'il demande de la perversité, du vice et une violence froide, alors vous saurez que le coupable ne peut pas être un homme* ».

Mais il est vrai que, pendant longtemps, la place de la femme dans la société la cantonnait surtout à un rôle de mère aimante et soignante, avec la conséquence que ses crimes étaient effectivement difficilement détectables. Ainsi, la mère de famille qui, en cuisinant, empoisonnait les repas de la famille ou la femme qui, alors qu'elle les veillait, « euthanasiait » les membres malades de son entourage, pouvaient-elles sévir longtemps avant d'être soupçonnées.

32 LOMBROSO/FERRERO, *La femme criminelle et la prostituée*, Paris 1896 ; POLLACK, *The criminality of women*, Philadelphia 1950. A noter que ces théories sont encore véhiculées par quelques rares criminologues actuels ; v. notamment GUÉDAH, *De la violence conjugale à la violence juvénile*, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, 60/1 (2007), pp. 31-40.

33 Propos rapportés par l'avocat de la dame en question dans l'émission « Faites entrer l'accusé » consacrée à l'affaire (présentée par Christophe Hondelatte et diffusée la première fois le 14 octobre 2008 sur France 2).

VI. Faut-il féminiser le Tribunal fédéral ?

L'homme et la femme sont deux êtres inégaux dont aucun n'est supérieur à l'autre. (Robert Sabatier, 1923-)

Si les femmes délinquantes représentent une minorité parmi les auteurs d'infractions, la disproportion entre les genres touche également celles qui leur font face au jour de leur procès (quoique dans une moindre mesure). En Suisse, par exemple, seuls 27% des juges officiant dans le domaine pénal sont des femmes,³⁴ proportion qui ne diffère pas grandement de celle du Tribunal fédéral lui-même, puisque aujourd'hui 11 des 38 juges portent une jupe sous leur robe, tout comme 5 juges sur les 18 que compte le Tribunal pénal fédéral.

Mais les femmes ayant embrassé la carrière de magistrat ne sont pas à l'abri des préjugés. On les imagine tour à tour indulgentes et maternelles ou carriéristes et impitoyables. La société entretient des attentes spécifiques à leur égard : les juges de sexe féminin devraient être empathiques et sont censées trancher en faveur des femmes et des enfants, alors que les juges masculins sont vus comme étant plus objectifs, sévères et autoritaires. Il ressort d'ailleurs d'une recherche de Weislehner et Ludewig³⁵ que, interrogées sur les éventuelles différences à un niveau professionnel (façon de juger, relations avec les collègues, difficultés professionnelles rencontrées), les juges de sexe féminin elles-mêmes pensent beaucoup plus souvent qu'il existe des différences inhérentes au sexe du magistrat que leurs collègues masculins.

La promotion des femmes à des postes de juges se justifierait donc parce que, tout comme les membres de minorités ethniques ou religieuses, elles enrichiraient les débats en suggérant des perspectives nouvelles sur les cas qui sont soumis à la cour. De surcroît, elles donneraient à la justice une plus grande légitimité démocratique en la diversifiant. Une part importante de femmes juges pensent d'ailleurs qu'elles amènent une expérience et des valeurs qui diffèrent de celles des hommes.

Pourtant, une femme juge exerce-t-elle son métier d'une façon différente parce qu'elle est une femme ou est-elle surtout le « produit » de son milieu, de son éducation et de ses études ? Auquel cas elle se fondrait dans le moule de la magistrature comme ses collègues masculins. En matière pénale, certaines études ont montré que les femmes ne se distinguent pas des hommes lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la durée d'une peine à infliger à un délinquant.³⁶

34 Sans que l'on sache toutefois quelle proportion officie comme juge titulaire ou, au contraire, comme suppléante ; le taux d'activité de chacun est également inconnu.

35 WEISLEHNER/LUDEWIG, *Selbstbilder und Fremdbilder von Richterinnen und Richtern : eine Geschlechter vergleichende Analyse*, in : HEER (éd.), *Der Richter und sein Bild/Le juge et son image*, Berne 2008.

36 En effet, lorsque la punitivité se mesure notamment en soumettant à un échantillon de juges des cas fictifs mettant en scène des délinquants (chauffard, cambrioleur, violeur ou

Contrairement aux préjugés, les femmes juges ne manifestent donc pas une plus grande indulgence que les hommes et elles ne punissent pas les auteurs d'agressions sexuelles de façon disproportionnée. De nombreuses recherches américaines sont arrivées à la même conclusion et l'une d'elle a relevé que le parcours professionnel influence les unes et les autres de la même manière.³⁷ Ainsi, qu'ils soient hommes ou femmes, les juges les plus sévères sont ceux qui ont exercé la charge de procureur, alors que les plus cléments sont ceux qui exercent depuis plus longtemps leur fonction. La socialisation des personnes au sein du corps judiciaire est ainsi plus forte que les différences de genres : la femme juge est un juge avant d'être une femme. Les études ayant révélé des attitudes punitives différentes entre magistrats hommes et femmes³⁸ ont également relevé de plus grandes variations entre les décisions judiciaires de plusieurs femmes qu'entre celles des hommes par rapport à celle des femmes... Rien ne permet dès lors d'affirmer qu'il existe une différence significative entre les hommes et les femmes dans leur manière de juger.

Le vécu des femmes juges est par ailleurs très similaires aux expériences rapportées par leurs collègues masculins : interrogés sur les difficultés rencontrées dans leur profession, ils disent tous souffrir du manque de temps pour réaliser leurs tâches, et ils évoquent tous les difficultés à prendre certaines décisions, les relations avec les parties et avec les collègues.³⁹

VII. Conclusion

Une femme qui se croit intelligente réclame les mêmes droits que l'homme. Une femme intelligente y renonce. (Colette, 1873-1954)

On conclura de ce qui précède que, dans le domaine de la criminalité du moins, la femme n'est pas l'égal de l'homme : elle est bien meilleure. Toutefois, on peut s'interroger sur la pertinence d'adopter une perspective homme/femme pour étudier les problématiques liées à la délinquance et à la justice pénale. Être du même sexe ne signifie pas avoir le même vécu et les mêmes buts,

encore criminel en col blanc) et en leur demandant de se prononcer sur la peine à infliger au condamné, les peines prononcées ne sont pas différentes selon le sexe du juge (KUHN/VILLETAZ/WILLI-JAYET/WILLI, Opinion publique et sévérité des juges, *Revue suisse de criminologie*, 1 [2004], 23-27; KUHN/VUILLE, La justice pénale : Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique, Lausanne 2010).

37 STEFFENSMEIER/HEBERT, Women and men policymakers : does the judge's gender affect the sentencing of criminal defendants ?, *Social Forces*, 77/3, pp. 1163-1196, sp. 1179.

38 Il a en effet parfois été constaté que les femmes sont plus sévères que les hommes, et cela autant pour le prononcé de la culpabilité qu'au stade de la fixation de la peine, c'est-à-dire qu'elles ont plus souvent que les hommes recours à des peines privatives de liberté (plutôt qu'à d'autres peines), ces différences ne provenant pas du fait qu'elles jugent des affaires plus graves (STEFFENSMEIER/HEBERT, n. 37).

39 WEISLEHNER/LUDEWIG, n. 35.

partager les mêmes opinions et les mêmes valeurs. Une femme vivant dans des conditions psychosociales précaires n'a-t-elle pas plus en commun avec son frère qu'avec une femme de la haute bourgeoisie ? Pourquoi une femme juge serait-elle plus apte à rendre un jugement équitable dans un cas de viol ou de harcèlement sexuel qu'un juge orthodoxe, un juge aveugle ou un juge migrant ?

Selon certains, la femme est la pire créature sur terre et inciterait l'homme à commettre des infractions – n'est-ce d'ailleurs pas elle qui a fait manger la pomme à Adam ? –. Pour d'autres, elle serait son égale dans l'émancipation et donc dans tous ses comportements. La présente contribution a permis de démontrer que tout cela ne fait pas de sens, que la femme n'est ni pire ni l'égale de l'homme, mais bien un être « meilleur » et mieux adapté à la vie en société. Le temps des chevaliers protégeant le château par la force est bien révolu. Aujourd'hui, nous avons besoin de personnes raisonnables et maîtresses d'elles-mêmes pour gérer notre société. Il n'est en effet point nécessaire d'être extrémiste pour admettre qu'avant de livrer la guerre, on doit faire appel aux diplomates et leur donner le temps et les moyens d'obtenir un règlement du conflit qui satisfasse les parties. Les hommes ont montré leurs limites à réaliser ce but. Pourquoi ne pas laisser les femmes nous montrer qu'elles en sont capables ?

Gérard Bessette⁴⁰ peut donc reposer en paix : il est un domaine dans lequel les femmes ne s'immisceront pas. Si le passé sert de prologue à l'avenir, il est à parier qu'elles laisseront encore pour longtemps à ces messieurs le triste privilège d'alimenter le système judiciaire... et donc de légitimer la profession de juge fédéral !

40 Cité en exergue.

Jonny, der Fussball und das Bundesgericht – ein Saunabericht¹

VON PETER UEBERSAX/NILS STOHNER

Prolog

Jonny war von jung an «rüdig»² an Sport interessiert, und zwar sowohl aktiv als auch passiv. Als Jugendlicher stand er einmal als Zweiter auf dem Podest der Schweizer Juniorenmeisterschaften im Dreihundertmeterlauf im Letzigrundstadion in Zürich, wo er für den Bürger Turnverein Luzern³ startete. In der Folge widmete er sich dem Basketball, nach eigenen Angaben wenig erfolgreich als Spieler (für die NBA hat es jedenfalls nicht gereicht), ziemlich erfolgreich als Schiedsrichter bis hin zu Spielen der Nationalliga B. Kopftuchtragende Spielerinnen gab es damals selbst in Luzern noch nicht, so dass ihm entsprechende Rechtsfragen⁴ erspart blieben und er sich ausschliesslich auf die Spielregeln konzentrieren konnte. Seinen ersten intensiven Kontakt mit dem Spitzenfussball erlebte Jonny als junger Werkstudent, als er, angestellt und im Auftrag der Securitas, zu einem Stundenlohn von 2.75 Franken die Eingangskontrolle zu den Spielen des FC Luzern vornahm und dabei – nach eigenen Angaben – hin und wieder auch Freunde von ihm zu Vorzugsbedingungen eingelassen haben soll. Am 13. Dezember 1989 wurde H. E. W.⁵ Wiprächtiger, kurz eben Jonny, für

- 1 Dieser Text kam ohne Hand Gottes und ohne Kopf von Maradona, wohl aber unter Verwendung technischer Hilfsmittel zustande; der Videobeweis dafür sowie für sämtliche inhaltliche Angaben bleibt jedoch ausgeschlossen. Im Übrigen gibt der Beitrag nur die persönliche Meinung der Verfasser wieder. Unser Dank geht an folgende Kollegen, die uns zu verschiedenen Aspekten der Arbeit mit Rat und Witz sowie mit rechtlichem und fussballerischem Weitblick unterstützt haben, nämlich an die Bundesgerichtsschreiber (in alphabetischer Reihenfolge) Christoph Errass, Thomas Hugi Yar, Matthias Leemann, Gerold Steinmann, Andreas Traub und Joachim Wyssmann sowie an unseren früheren Kollegen Marc Thommen. Und noch eine letzte Vorbemerkung: Jonny selbst schreibt seinen Spitznamen ohne «h», weshalb wir uns hier anpassen.
- 2 Auch von Jonny regelmässig benutztes, schwer zu definierendes Allerweltswort aus dem luzernischen Dialekt, meist im Sinne von «sehr», «ausserordentlich», «völlig».
- 3 Diese Vereinszugehörigkeit zeigt, dass sich Jonny angesichts seiner politisch linken Ausrichtung schon damals durch besondere Offenheit auszeichnete.
- 4 Dazu etwa WÜEST, Schranken der Verbandsgewalt gegenüber Sportlern am Beispiel des Kopftuchverbots im Basketball, in: Jusletter vom 25.10.2010.
- 5 Gemeint ist hier nicht «hoher eminenter Wissenschaftler», «hoffnungslos erbärmlicher Winkeladvokat», «hoch effizienter Werkarbeiter» oder «höchst erfolgreicher Wirtschaftsjurist». Die Wahrheit ist wie so oft viel banaler: es handelt sich lediglich um die Initialen der eindrucklichen Vornamenreihe von Jonny, nämlich «Hans Eduard Walter».

die Sozialdemokratische Partei der Schweiz ans Bundesgericht gewählt mit Arbeitsantritt am 1. April 1990, und zwar auf einem etwas sonderlichen Richterstuhl.⁶ Seine sportliche Betätigung führte Jonny am Bundesgericht auf verschiedenen Ebenen fort. Sein Hauptbeitrag blieb dabei die Organisation eines Matches des FC Bundesgericht gegen eine gemischte Mannschaft aus der Region Luzern, in welcher der ehemalige Stürmer der schweizerischen Fussball-Nationalmannschaft Kudi Müller mitwirkte, der prompt das Spiel entschied. Jonny war dabei übrigens auf Seiten des Siegesteams «unter Freunden» im Einsatz, wo er im Ruf stand, ein begnadeter Fussballer zu sein, weil er die Gnade hatte, sich jeweils sofort zu Spielbeginn anstandslos auf die Ersatzbank zu begeben. Weitere Höhepunkte in der Amtszeit von Jonny bildeten ein Spiel im alten (und altehrwürdigen) Wankdorf-Stadion⁷ in Bern gegen das Justizdepartement des dortigen Kantons sowie ein Match gegen den FC Nationalrat anlässlich der Eröffnung des neuen Flügels des Bundesgerichtsgebäudes, an dem sich alte Ressentiments zwischen den zwei Staatsgewalten spielerisch ausleben liessen. Während vielen Jahren amtierte Jonny erneut als Schiedsrichter beim Basketballspielen des Bundesgerichtsteams sowie bei den mit viel Einsatz und jeweils unbändigem Siegeswillen auf beiden Seiten ausgetragenen Matches zwischen dem Bundesgericht und dem früheren Eidgenössischen Versicherungsgericht. Und wohl noch mehr als in alten Zeiten musste er zu seinen Entscheiden etliche Kommentare, Gesten und böse Blicke über sich ergehen lassen. Aber das war er sich ja bereits von seiner Mitwirkung an der Rechtsprechung her gewohnt. Juristen sind eben – egal in welcher Lebenslage – unerbittlich...

Jonny betreibt nicht nur aktiv Sport, sondern ist als Kulturinteressierter auch ein grosser Sportkonsument, jedenfalls vor der Mattscheibe, weniger auf dem Sportplatz oder in der Halle.⁸ Am liebsten verfolgt er den Biathlon ... hmm, da sind wir etwas vom Weg abgekommen, denn eigentlich würde er es vorziehen, die Biathleten müssten nicht auf Zielscheiben, sondern gegenseitig auf ihre Konkurrenten schiessen, damit die Sportart sich selbst erledigen würde.⁹ Auch Skirennen sagen ihm nicht so zu, vor allem weil sie ihn an den von ihm nicht so geliebten Winter mahnen und obwohl er an guten Ergebnissen von Schweizern Freude hat (da gibt es bisher immerhin einen Unterschied zum Biathlon ...). Nein, natürlich steht der Fussball im Vordergrund, und dabei insbesondere – wen wundert's – der FC Luzern – jedenfalls solange dessen Leistungen stim-

6 Als fünfter Nachfolger von Blocher, nämlich von Bundesrichter Eugen Blocher, im Amt von 1929–1952, der ebenfalls der Sozialdemokratischen Partei angehörte.

7 Heute: Stade de Suisse.

8 Vielleicht liesse sich Jonny zum Besuch des neuen Luzerner Stadions motivieren, wenn darin eine VIP-Lounge mit Sauna eingerichtet würde, die durch eine entsprechende (von aussen undurchsichtige) Scheibe den Blick auf das Spielfeld ermöglicht, wie dies in finnischen Eishockeyarenen vorkommen soll.

9 Frei nach einer ähnlichen Pointe des deutschen Kabarettisten Dieter Hildebrandt.

men – und gleich danach die deutsche Bundesliga und dann lange nichts mehr. Die Fernsehberichterstattung über die Bundesliga am Wochenende ist offenbar ein absolutes Must; da darf der Jonny nicht gestört werden, und entsprechend sind die Weekend-Aktivitäten zu planen! Den Fachjargon beherrscht er, selbst wenn dieser diskutabel erscheint. Beispiele gefällig? «Der Ball ist rund».¹⁰ Wie so oft trägt der Schein! Fussbälle sind in der Regel aus vielen kleinen mehr-eckigen Teilen zusammengesetzt, die insgesamt einer runden Form zwar nahe kommen, genau genommen aber ein dreidimensionales Vieleck bilden. Aber darüber könnte man ja noch hinwegsehen. Viel krasser ist die nächste Fussballer-Weisheit: «Ein Spiel dauert 90 Minuten».¹¹ Völlig falsch! Ein Fussballspiel dauert bis zum Abpfiff, so dass es selbst noch nach der 90. Minute zu entscheidenden Toren kommen kann, was auch Jonnys FC Luzern schon erfahren musste. Juristen, die bekanntlich für alles Argumente haben, würden nun natürlich behaupten, das sei alles nicht wörtlich gemeint, sondern reichlich auslegungsbedürftig. Dass es aber auch klare fussballerische Leitsätze gibt, belegt die folgende Definition: «Fussball ist, wenn 22 Männer einem Ball nachrennen, und am Ende gewinnt Deutschland».¹² Stimmt!¹³

Jonny war nie ein «Hans Guck' in die Luft»¹⁴, sondern immer sehr konkret bei der Sache. Nahe beim Ball und eng am Gegner, sozusagen. Daher mag es nicht sonderlich erstaunen, dass Jonny als «Hans Dampf in allen Gassen»¹⁵ über sämtliche möglichen (und unmöglichen) Mann- und Meisterschaften mitreden und fachsimpeln kann, so etwa am Bundesgericht über den FC Basel (mit Christian, Peter und Beat) oder die Berner Young Boys (mit Jürg, Res und Nils), den FC Aarau (mit Theo), Neuchâtel Xamax (mit Daniel und Bertrand), den FC Lausanne Sports (mit Jean und Alain) oder international über die AS Roma (mit Andrea, Lorenzo und Giuseppe) sowie im Fitnessclub (mit Dave¹⁶) über den FC Chelsea oder – dann wieder ganz lokal – den FC Le Mont; nur zu einem Zürcher Club mag sich niemand so richtig bekennen (mit Ausnahme vielleicht ein bisschen, aber nicht allzu öffentlich, des Bundesrichters X¹⁷). Die Spiele der Schweizer Nati schaut sich Jonny hingegen nicht gerne an, angeblich nicht wegen der biedereren Qualität, sondern weil er dabei zu sehr leide (meist wohl zu Recht, hin und wieder aber auch zu Unrecht). Und vom SC Kriens (Männer) hält

10 Sepp Herberger dixit.

11 Siehe Fn. 10.

12 Frei nach Gary Lineker.

13 Wenigstens aus Sicht der Deutschschweizer – und offenbar der Engländer; die Romands würden dasselbe wohl über die Franzosen und die Tessiner über die Italiener behaupten. Kurz: Letztlich handelt es sich vermutlich lediglich um eine besondere Form des Minderwertigkeitskomplexes ...

14 Nach HOFFMANN, Der Struwelpeter, 1844.

15 Nach ZSCHOKKE, Hans Dampf in allen Gassen, 1814.

16 Siehe Epilog.

17 Name den Verfassern bekannt.

er nicht viel, dabei wohnt er doch am selben Ort. Und berücksichtigt er dabei, dass der SC Kriens im Damenfussball (derzeit) eine recht erfolgreiche Spitzenfrauschaft¹⁸ unterhält? Gemessen am heutigen Trend, alles an erfolgreicher Integration zu messen, stellt sich da unweigerlich die Frage, ob denn jemand als integriert gelten kann, der nur halbherzig hinter dem Fussballclub des eigenen Wohnortes steht? Jonny ist aber sicherlich kein Integrationsverweigerer. Denn immerhin ist er doch recht stolz auf die lokalen Persönlichkeiten aus seiner Wohnheimat, wie eine Miss Schweiz mit englisch klingendem Nachnamen und dubiosem Studium (sind eigentlich alle Krienser so schön und gescheit?) oder – wir kommen zurück zu seinem Lieblingsthema – wie einen Fussballer der Nati mit lokaler Herkunft aus dem Umkreis von Kriens oder wie einen weit über die deutschschweizerische Grenze hinaus bekannten Kabarettisten, der nicht nur als Schweizermacher Erfolge feierte. Das spricht dann doch für eine gewisse Identifizierung und Verankerung mit seinem Wohnort bzw. seiner Region, dort wo er sich eben auch im Kreise seiner Familie, seiner lieben Ehefrau Dulcinea¹⁹ sowie seinen beiden erwachsenen Zwillingssöhnen, die offenbar noch recht regelmässig zuhause auftauchen, besonders wohl fühlt.

Ein Ordnungsfanatiker ist Jonny nicht, was sich einem meist nur schon mit einem kurzen Blick in sein Büro erschliesst. Den Richter am US-Supreme Court Justice Antonin Scalia veranlasste die grosse Unordnung aus gehäuften Schriftstücken, Dossiers, Büchern und sonstigem Papier auf Jonnys Pult bei einem Besuch am Bundesgericht zur spontanen wohlmeinenden Bemerkung: «Empty desk, empty mind». Einen leeren Kopf kann man Jonny fürwahr nicht vorwerfen! Indessen pflegt Jonny – als ehemaliger Ministrant, der zwar die katholische Kirche, nicht aber die katholische Lebenslust hinter sich gelassen hat – nicht nur seinen Geist. Aufgrund seiner klassischen Bildung (mit Matur des damaligen Typs A: Latinum und Graecum) huldigt er dem antiken Grundsatz «mens

18 Das Wort «Mannschaft» auf ein Frauenteam anzuwenden, ist aus Gender-Sicht problematisch, selbst mit dem Hinweis, der Wortteil «Mann» im Gesamtbegriff (immerhin mit weiblichem Genus) werde feminin verstanden. Das hier verwendete – wenigstens gemäss Online-Duden (in der Fassung vom 12.10.2010) nunmehr anerkannte – Wort «Frauschaft» hat sich freilich noch nicht wirklich durchgesetzt; vorgeschlagen wird im Online-Duden überdies «Frauenmannschaft», wobei es sich nicht um eine gemischte Equipe, sondern um ein ausschliesslich aus Frauen gebildetes Team handeln soll (der Gegenbegriff, dem ursprünglichen Wort «Mannschaft» entsprechend, hiesse dann wohl «Männerfrauschaft»). Als Vorschlag für eine deutschsprachige (Team und Equipe sind halt nun einmal nicht genuin deutsch) geschlechtsneutrale oder auf gemischtgeschlechtliche Gruppierungen anwendbare Formulierung käme künftig «Sporttreibendenschaft» bzw. modulierbar der jeweiligen Sportart angepasst «Fussballspielendenschaft» (oder «Bogenschiessendenschaft») oder «Vielseitigkeitsreitendenschaft» (oder die Verwendung des Wortes «Gemeinschaft» (z.B. «Fussballgemeinschaft», «Bogenschiessengemeinschaft» oder «Vielseitigkeitsreitengemeinschaft») in Frage, was aber beides noch gewöhnungsbedürftig erscheint.

19 Vgl. DE CERVANTES, Don Quixote de la Mancha, Bd. I 1605 und Bd. II 1615.

sana in corpore sano»²⁰ und widmet sich regelmässig auch seinem Körper. Und das tut er heute noch. Zusammen mit seinem treuen Begleiter Sancho Pansa²¹ besucht er regelmässig einen Fitnessclub, was tatsächlich mit einem Kampf gegen Windmühlen²² vergleichbar ist!²³ Auf dem Weg dorthin reitet er zwar nicht auf der Rosinante²⁴; er lässt sich aber regelmässig – von ebendiesem Sancho Pansa, der sich insoweit von seinem notorischen Zuspätkommen unheilbar zeigt – in einer aktuellen vierrädrigen Motorkutsche chauffieren, was irgendwie den Widersprüchen der Moderne entspricht. Einmal angekommen, glänzt Jonny weniger beim ihm nicht ganz «geheuren» Gruppenturnen als, unterbrochen von etlichen Schwatzpausen, an den Kraftmaschinen; mangels protestantischer Askese und Disziplin hat dies freilich keinen ersichtlich bleibenden Eindruck im Körperbau hinterlassen, dürfte aber immerhin wohl dem Allgemeinbefinden sowie den so langsam ins Alter gekommenen Gelenken und Muskeln grundsätzlich gut tun. Der Clubbesuch wird gemeinhin beendet mit einem Saunagang, einem Dampfbad und einer kurzen Ruhepause im Liegeraum. Und entgegen einigen kursierenden Gerüchten, die aus einschlägigen beruflichen Erfahrungen der Strafrechtler unter Einschluss von Jonny mit Saunas und ähnlichen Einrichtungen alimentiert werden²⁵, geht es dort geschlechtergetrennt völlig gesittet (sittlich!) zu und her, nicht zuletzt zum Vorteil von allen. Denn dieser Vorgang der Entspannung bringt in mannigfacher Hinsicht einen Gewinn mit sich. Was für den Körper offensichtlich ist, gilt, für manche vielleicht etwas überraschend, ebenfalls für den Geist. Im Dämmerlicht des Abschaltens kommt einem so manche Idee und fällt einem mitunter die Lösung von vorher unüberwindlich erschienenen Problemen ein, einfach so, ohne langes Nachdenken. Ja, es lässt sich sagen, dass Jonny die Antwort zu vielen Rechtsfragen in der Sauna gefunden und er eben dort so manches Dossier erledigt hat! Mit der beginnenden Entspannung schweifen die Gedanken nämlich regelmässig ab und aus den Ideenwolken bilden sich Muster, die sich mit der Zeit zu einem Bild formen. So

20 Die lateinische Redewendung ist ein verkürztes Zitat aus den Satiren des römischen Dichters JUVENAL aus dem 2. Jahrhundert nach Christus, nämlich Satiren 10, S. 356: «orandum est, ut sit mens sana in corpore sano» oder in deutscher Übersetzung: «beten sollte man darum, dass in einem gesunden Körper ein gesunder Geist sei» (nach «Wikipedia»). Der religiöse Bezug spielt bei Jonny allerdings, soweit ersichtlich, eine untergeordnete Rolle. Vom gleichen Schriftsteller stammt übrigens der Satz: «difficile est satiram non scribere», zu Deutsch: «es ist schwierig, keine Satire zu schreiben», was den Autoren dieses Beitrags nicht völlig fremd erscheint ...

21 Siehe Fn. 19.

22 Vulgo: Bauchfalten.

23 Siehe Fn. 19.

24 Siehe Fn. 19.

25 Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa die folgenden Urteile, an denen Jonny als Richter mitgewirkt hat: BGer, 10.6.2011, 6B_39/2011 (zur Publikation in den BGE bestimmt); BGE 131 IV 174 = Pra 2002 Nr. 136, S. 743; 126 IV 76; 118 IV 57; BGer, 4.5.2007, 6S.102/2007.

zum Beispiel die Vorstellung, der Fussball als schönste Nebensache der Welt gelte als rechtsfreier Raum; er reguliere sich am liebsten selbst, ohne Eingriff von aussen und schon gar nicht unter Einfluss rechtlicher Normen. Das mag lange so gewesen sein, aber wieweit stimmt es auch heute noch? Überhaupt nicht mehr! Mit der Kommerzialisierung des Fussballs kam auch das Recht. Unausweichlich! Und nun beginnt das Bild Formen anzunehmen, und im halb-schlafenen Dämmerzustand schweifen die Gedanken und Erinnerungen ab zu all den Fällen, gegliedert nach Rechtsgebieten, mit denen das Bundesgericht während der Amtszeit von Jonny als Bundesrichter von 1990–2011 mit Fussball zu tun hatte; na ja, genau genommen nicht zu allen Entscheidungen, sondern nur zu einer Auswahl derselben, die aber schon ein erstaunlich breites Spektrum des Rechts abdeckt ...

I. Öffentliches Recht

A. Bau- und Planungsrecht, Lärmschutz

Der Bau von Fussballstadien und -plätzen gibt immer wieder Anlass zu Rechtsstreitigkeiten. Erwähnung verdient vorab ein Fall aus dem Kanton Aargau, bei welchem sich Nachbarn gegen die Errichtung eines Kinderspielplatzes (inkl. eines Handballtors) zur Wehr setzten.²⁶ Das Bundesgericht führte eingangs aus: «Die Immissionen, welche Anlass zur Beschwerde geben, werden vor allem durch das Abprallen von Fussbällen am Ballfangzaun und am Handballgoal sowie durch das Schreien, Lachen, Schimpfen usw. der Fussballspieler erzeugt». Da für diese Art von Immissionen aus einem kleinen Spielplatz keine Belastungsgrenzwerte bestünde, seien die Immissionen direkt aufgrund des Umweltschutzgesetzes²⁷ zu beurteilen. Demnach sind die Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen so festzulegen, dass – nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung – Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Zum Charakter des Lärms machten die Nachbarn geltend, besonders störend sei das Abprallgeräusch der Bälle am Zaun, die Häufigkeit der Aufschläge, die Zurufe der Mitspieler und das Überfallartige des Lärms. Das Bundesgericht erwog hierzu, es sei «zwar nicht zu bestreiten, dass etwa lang anhaltendes Ballspiel gegen ein Metallgitter einen nervenaufreibenden Charakter aufweisen» könne, indessen sei zu beachten, dass die Häufigkeit dieser Lärmereignisse wesentlich kleiner sei, als die beschwerdeführenden Nachbarn behaupteten. Weiter prüfte das Bundesgericht, ob die Emissionen durch vorsorgliche Massnahmen begrenzt werden könnten. Nach eingehender Abwägung folgt es der Auffassung des Ver-

26 BGer, 4.3.2002, 1A.73/2001.

27 Art. 15 des Bundesgesetzes vom 7.10.1983 über den Umweltschutz, Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01.

waltungsgerichts des Kantons Aargau im angefochtenen Entscheid: «Mit dem Verwaltungsgericht ist die ersatzlose Entfernung des Goals als unverhältnismässige Massnahme auszuschliessen. Sie würde in direktem Widerspruch zum Zweck des Spielplatzes stehen». Es ist damit höchststrichterlich festgestellt, dass Tore bzw. Torgehäuse dem Zweck des Fussballs dienlich sind.

Juristisch interessanter ist ein Fall aus dem Jahr 2004.²⁸ In der Sache ging es um eine Beschwerde des Verkehrsclubs der Schweiz (VCS) gegen den Bau eines Fussballstadions mit Einkaufs- und Kongresszentrum in Zürich und konkret um die Vereinbarkeit des Fahrtenmodells – das heisst der Mehrfachnutzung von Parkplätzen mit Fahrtenzahlbeschränkung – mit den eidgenössischen und kantonalen Luftreinhalte-Vorschriften sowie mit der stadtzürcherischen Parkplatzverordnung. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die im Rahmen eines Fahrtenmodells angeordnete Beschränkung der Anzahl Fahrten grundsätzlich als Emissionsbegrenzung im Sinne des Umweltschutzgesetzes²⁹ gelten könne. Fahrtenkontingentierungen vermöchten zur Verringerung der Emissionen an der Quelle beizutragen und seien wirksamer als Beschränkungen der Parkplatzzahl, denn sie führten zur direkten Begrenzung der Fahrten und des damit verbundenen Schadstoffausstosses, während bei blosser Beschränkung des angebotenen Parkraums letztlich offen bleibe, ob die angestrebte Verminderung der Schadstoffbelastung im Einzelfall auch tatsächlich erreicht werde. Fahrtenmodelle seien relativ flexibel und könnten an veränderte Verhältnisse angepasst werden. Würden die festgelegten Limiten nicht eingehalten, so könnten Korrekturmassnahmen ergriffen werden. Erstreckte sich das mit einem Parkleitsystem kombinierte Fahrtenmodell über ein grösseres Gebiet, erlaube es eine über ein Einzelprojekt hinausgehende Erschliessungsplanung und ermögliche zudem eine Verminderung des Suchverkehrs. Andererseits sei einzuräumen, dass das Angebot frei verfügbarer Parkplätze zusätzlichen Verkehr anziehen und länger dauernde Spitzenbelastungen zur Folge haben könne, weshalb dem Aufbau der Betriebs- und Kontrollorganisation grosse Aufmerksamkeit zu schenken sei. Ebenso sei die Wahl des Standorts der verkehrserzeugenden Anlage von wesentlicher Bedeutung. Nach diesen grundsätzlichen Erwägungen prüfte das Bundesgericht, ob die konkrete Bemessung der Fahrtenlimiten anhand von Parkplatzzahlen und sog. spezifischen Verkehrspotenzialen (definiert als Anzahl Fahrten pro Parkplatz und Tag) durch die Vorinstanzen vor Bundesrecht standhält. Das Bundesgericht kam zum Schluss, die Wahl der anwendbaren spezifischen Verkehrspotenziale könne vorliegend nicht präzise ermittelt werden, so dass auch keine Kontrollrechnung angestellt werden könne, die direkt Aufschluss über die Bundesrechtmässigkeit geben würde. Im Ergebnis hob das Bundesgericht das angefochtene Urteil deshalb auf. Der Ent-

28 BGE 131 II 81.

29 Art. 11 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 lit. c USG.

scheid macht deutlich, dass die Popularität des Spitzensfußballs und das sich hieraus ergebende grosse Besucheraufkommen zu Verkehrsproblemen führt bzw. führen kann.

Hinzuweisen ist ferner auf einen Entscheid aus dem Jahr 2007, ebenfalls zum Thema Lärmschutz beim Betrieb einer Sportanlage.³⁰ Das Bundesgericht erwog, bei der Beurteilung der Lärmemissionen seien alle Geräusche in die Betrachtung miteinzubeziehen, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage verursacht würden. Über den technischen Eigenlärm hinaus sei einer Sportanlage also derjenige Lärm zuzurechnen, der von ihren Benützern bei bestimmungsgemässer Nutzung innerhalb und ausserhalb der Anlage erzeugt werde. Dazu gehöre der bei der Sportausübung selber erzeugte Lärm. Auch der Schall von Lautsprecheranlagen und ähnlichen Einrichtungen sei zum Betriebslärm zu rechnen, genauso wie der von Trainern, Sportlern und Zuschauern durch Rufe, Schreie und Pfiffe etc. verursachte Lärm. Die Lärmschutzverordnung³¹ enthalte jedoch nicht für alle Lärmarten Belastungsgrenzwerte. Solche fehlten insbesondere für sog. «untechnischen» Alltagslärm, wie er Sportanlagen immanent sei. Während der Schall als physikalische Grösse exakt messbar sei, sei dessen unerwünschte Auswirkung – der Lärm – nicht messbar, sondern werde nach den Reaktionen der Betroffenen beurteilt. Abzustellen sei dabei auf die durchschnittliche Reaktion normal lärmempfindlicher Personen. Unter Umständen könnten fachlich genügend abgestützte ausländische bzw. private Richtlinien eine Entscheidungshilfe bieten. Zu denken sei insbesondere an die deutsche Sportanlagenlärmschutzverordnung, wobei insoweit gewisse Unterschiede zur schweizerischen Regelung bestünden. Im Ergebnis kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass sich die Bundesrechtskonformität des Projekts angesichts der zur Diskussion stehenden Betriebszeiten und verschiedenen vorgeschlagenen Lärmschutzmassnahmen nicht abschliessend beurteilen lasse. Die Vorinstanz habe bei ihrem neuen Entscheid darzulegen, ob und inwiefern es bei der Beurteilung auf die Regelung des deutschen Rechts abstelle. Der Entscheid bzw. die Lärmproblematik bei Fussballspielen verdeutlicht, dass der Fussball als schönste Nebensache der Welt bei allen Beteiligten (Trainern, Sportlern und Zuschauern) viele Emotionen weckt, die sich dann in Form von Rufen, Schreien und Pfiffen sowie von Gesang und neuerdings von «Vuvuzela-Getröte»³² entladen, soweit dies dann nicht wieder verbandsrechtlich verboten wird, was neue Rechtsfragen aufwerfen könnte...

30 BGE 133 II 292.

31 Lärmschutzverordnung vom 15.12.1986, LSV, SR 814.41.

32 Die Vuvuzela ist ein Blasinstrument und gilt als ein Symbol des südafrikanischen Fussballs, das an der Fussballweltmeisterschaft 2010 in Südafrika weltweit bekannt wurde. Aufgrund ihrer Tonerzeugung gehört die Vuvuzela zu den Blechblasinstrumenten. Mit Vuvuzelas können in einem Abstand von einem Meter Schalldruckpegel von 120 dB(A) und direkt am Schalltrichter sogar bis zu 131 dB(A) erreicht werden. Einige auf dem europäischen

B. Innere Sicherheit

In jüngster Zeit hatte sich das Bundesgericht mehrmals mit dem Thema Gewalt an Sportveranstaltungen zu beschäftigen:

Das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)³³ wurde mit Vorkehrungen zur Vorbeugung von Gewalt an Sportveranstaltungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2007 ergänzt.³⁴ Die Änderungen sahen unter anderem Rayonverbote, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam vor, mit dem Ziel, das Sicherheitsdispositiv für die Durchführung der Fussballeuropameisterschaft EURO 2008 in der Schweiz und in Österreich im Speziellen und von Sportveranstaltungen im Allgemeinen zu ergänzen. Diese Massnahmen waren wegen der fragwürdigen Zuständigkeit des Bundes zeitlich begrenzt. Sie wurden auf Ende 2009 ausser Kraft gesetzt.³⁵ Wegen der Befristung der bundesrechtlichen Massnahmen beschloss die Frühjahrsversammlung 2007 der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), zur Weiterführung der erforderlichen Massnahmen ein entsprechendes Konkordat zu schaffen. Am 15. November 2007 verabschiedete die Konferenz das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, welches im Wesentlichen die befristete Regelung des BWIS und der entsprechenden Verordnung übernimmt. Diverse Kantone traten dem Konkordat bei. In den Kantonen Zürich, Basel-Landschaft und Luzern wurde der Beitritt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht angefochten.³⁶ Im Urteil betreffend den Kanton Zürich³⁷ führte das Bundesgericht

Markt vertriebene dreiteilige Vuvuzelas sind mit einem Schalldämpfer versehen, der den Schalldruckpegel reduziert. Das Überblasen auf höhere Naturtöne ist grundsätzlich möglich, wird jedoch durch die Mensur von Röhre und Mundstück erschwert. Daher lassen sich in der Regel nur wenige Töne auf dem Instrument spielen, die zudem nicht immer gleich bleibend intonieren. Wird auf der Vuvuzela der Grundton gespielt, ähnelt deren Klang dem Trompetenlaut eines Elefanten. Vielfach in Stadien eingesetzt, klingen sie dagegen wie ein Hornissen-Schwarm. Die Herkunft des Namens ist umstritten. Er könnte aus der Bantusprache stammen und «Krach machen» bedeuten oder von dem Klang «vuvu», der erzeugt wird, oder aus einem Slang der Townships, wo er vom Wort für «Dusche» – hier im Sinne von «jemanden in Musik duschen» beziehungsweise wegen der Duschkopf-Form der Instrumente – abgeleitet wäre (nach «Wikipedia»).

33 Bundesgesetz vom 21.3.1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit, BWIS, SR 120.

34 AS 2006 3703.

35 Änderung des BWIS vom 3.10.2008, AS 2009 5091. Zum BWIS vgl. insbesondere BGE 134 I 125. Zum Thema Rayonverbote im Speziellen vgl. auch BGer, 12.1.2010, 1C_453/2009, wo das Bundesgericht festhielt, dass für die Anordnung eines Rayonverbots nach Art. 24b BWIS (in der bis Ende 2009 gültigen Fassung) in erster Linie die Behörde des Wohnsitzkantons und in zweiter Linie die Behörde desjenigen Kantons zuständig ist, in dem sich die betroffene Person an einer Gewalttätigkeit beteiligt hat; über diese Frage müsste Beweis erhoben werden.

36 Vgl. die BGer, 13.10.2010, 1C_428/2009 (Kanton Zürich); BGer, 16.11.2010, 1C_278/2009 (Kanton Luzern) und BGer, 16.11.2010, 1C_16/2010 (Kanton Basel-Landschaft).

37 BGE 137 I 31.

aus, das Konkordat stelle spezielles Polizeirecht dar. Die im Konkordat vorgesehenen Massnahmen (Rayonverbot, Meldeauflage und Polizeigewahrsam) seien polizeilicher Natur und hielten vor der Unschuldsvermutung stand. Die Massnahmen beeinträchtigten die persönliche Freiheit und die Versammlungsfreiheit. Das Konkordat stelle eine hinreichende Grundlage für die Grundrechtseingriffe dar (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit). In Bezug auf die umstrittene Verhältnismässigkeit der polizeilichen Massnahmen hielt das Bundesgericht namentlich fest, die im Konkordat vorgesehenen Massnahmen wiesen ein kaskadenartiges Konzept auf. Das Rayonverbot bilde die mildeste Massnahme zur Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen. Die Meldeauflage greife stärker in die Grundrechte ein und werde nur angeordnet, soweit ein Rayonverbot missachtet worden sei. Die schärfste Massnahme und damit «ultima ratio» sei der Polizeigewahrsam. Voraussetzung hierfür sei, dass der Gewahrsam als einzige Möglichkeit erscheine, die betroffene Person von der Beteiligung an Gewalttätigkeiten abzuhalten. Der Polizeigewahrsam dürfe mithin nur angeordnet werden, wenn ein Rayonverbot vorausgegangen sei und dieses sich als nicht wirksam herausgestellt habe. Das Rayonverbot stelle eine durch eine Verfügung konkretisierte gesetzliche Verpflichtung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. b letzter Satzteil EMRK³⁸ dar. In Form des Polizeigewahrsams ohne Strafcharakter werde einer bestimmten Person die Freiheit entzogen, um ein ihr gegenüber konkret und bestimmt ausgesprochenes Rayonverbot umzusetzen. Diese Auslegung des Konkordats erlaube es, den Polizeigewahrsam unter die Bestimmung von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK zu subsumieren. Im Ergebnis weist das Bundesgericht die Beschwerden ab.

Ob die verabschiedeten Massnahmen – Rayonverbot, Meldeauflage und Polizeigewahrsam – Wirkung zeigen, wird erst die Zukunft weisen.

C. Tragung von Sicherheitskosten

Im Jahr 2008 erliess der Kanton Neuenburg eine Verordnung, wonach Sportvereine 80 Prozent der Kosten für Sondereinsätze der Polizei bei drohenden Ausschreitungen von Hooligans zu übernehmen haben. Der Tarif kann gemäss Verordnung auf 60 Prozent reduziert werden, wenn der Verein selber Massnahmen gegen gewalttätige Aktionen von Fans ergreift. Gegen diese Regelung führte namentlich der Fussballverein Neuenburg Xamax Beschwerde ans Bun-

38 Nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b der Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK, SR 0.101, hat jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: b) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung.

desgericht und rügte eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, des Rechtsgleichheitsgebots und des Gesetzmässigkeitsprinzips.

Das Bundesgericht verneinte einen Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV³⁹.⁴⁰ In Analogie zur Regelung bei kantonalen Gewerbesteuern sei entscheidend, dass die Verwaltungsgebühr (als Unterform einer Kausalabgabe) nicht prohibitiv ausgestaltet sei, das heisst die Erzielung eines angemessenen Geschäftsgewinns nicht verunmögliche und die Ausübung des Gewerbes nicht erheblich erschwere bzw. in Frage stelle. Die zu beurteilende Abgabe habe keinen prohibitiven Charakter, da durch die Pflicht zur Kostenbeteiligung die Existenz der Sportvereine nicht gefährdet werde und im Übrigen auch andere Kantone bzw. Gemeinden bereits seit einigen Jahren entsprechende Forderungen an Sportvereine stellen würden. Nach Ansicht des Bundesgerichts führen die angefochtenen Regelungen in der Verordnung auch nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung. Ein Erlass verletzt das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dem Gesetz- und Verordnungsgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze insbesondere bei der Erhebung öffentlicher Abgaben und bei der Verteilung der Last auf die Abgabepflichtigen ein weiter Spielraum der Gestaltung. Im zu beurteilenden Fall betonte das Bundesgericht, zum einen könnten auch den Veranstaltern anderer Anlässe (zum Beispiel Musikfestivals) gestützt auf das kantonale Polizeigesetz⁴¹ Kosten auferlegt werden. Zum andern rechtfertige sich die Sonderregelung für Sportvereine, sprich die Überbindung von 60–80% der Kosten, durch die bekannten und besonderen Risiken beim Aufeinandertreffen von Hooligans an den fraglichen Anlässen. Die Ungleichbehandlung beruhe mithin auf einem vernünftigen Grund. Schliesslich stufte das Bundesgericht das Gesetzmässigkeitsprinzip nicht als verletzt ein. Nach Art. 127 Abs. 1 BV bedürfen Steuern wie auch Kausalabgaben einer Grundlage in einem formellen Gesetz. Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur Festlegung der Abgabe an den Verordnungsgeber, so hat es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe selber festzulegen. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Delegationsnorm im kantonalen Polizeigesetz hinreichend bestimmt. Das Bundesgericht hob abschliessend hervor, da den Vereinen einzig ein Teil der effektiven Kosten der Polizeieinsätze

39 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101.

40 BGE 135 I 130.

41 Kantonales Polizeigesetz vom 20.2.2007, LPol RSN 561.1.

überbunden werden könnten, könne die Regelung dem Kanton Neuenburg auch nicht dazu dienen, zusätzliche Einnahmen zu generieren.

Angesichts der stetig zunehmenden Kosten für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit bei Fussballspielen dürfte das Thema auch zukünftig Gegenstand von öffentlichen Diskussionen bilden und wohl auch die Rechtsprechung noch weiter beschäftigen.⁴²

D. Steuerrecht

Fussballer, Fussballvereine und diese im Profibereich unterstützenden Aktiengesellschaften unterliegen, nach den jeweiligen rechtlichen Vorgaben, auch der Pflicht zur Leistung von direkten und indirekten Steuern.

1995 hatte das Bundesgericht über die Steuerpflicht eines ehemaligen ausländischen Berufsfussballspielers bei der Einkommens- und Vermögenssteuer zu urteilen.⁴³ Es hielt dazu fest, es könne ohne Willkür angenommen werden, dass ein Steuerpflichtiger, der in der Schweiz ein Domizil begründete, sich vorbehaltlos einschätzen und die Veranlagungen in Rechtskraft erwachsen liess, sich widersprüchlich verhalte, wenn er in einem späteren Nach- und Strafsteuerverfahren seine Steuerpflicht bestreite. Hingegen könne er sich noch im Nach- und Strafsteuerverfahren auf das Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland⁴⁴ berufen, da dieser Staat die Steuerhoheit erst nachträglich in Anspruch genommen habe. Das Bundesgericht bejahte die Ansässigkeit in der Schweiz nach diesem Abkommen, da der Steuerpflichtige in der Schweiz Wohnsitz begründet hatte und hier verschiedene Firmen betrieb, obwohl er sich aufgrund seiner Anstellung bei einem deutschen Fussballclub vermehrt in Deutschland aufhielt. Dabei verwies das Bundesgericht unter anderem darauf, dass sich Deutschland im Abkommen das Recht vorbehalten habe, eine Person auch bei Ansässigkeit in der Schweiz für gewisse Einkünfte zu besteuern, sofern diese Person in Deutschland über eine ständige Wohnstätte verfügt oder dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt von mindestens sechs Monaten im Kalenderjahr hat. Zu entscheiden war allerdings nur, wie die Einkünfte aus rein sportlicher, konkret fussballerischer, Tätigkeit zu behandeln waren. Einkünfte aus der ins-

42 Dazu etwa WYSS, Sicherheitskosten bei Fussball- und Eishockeyspielen, eine Studie zu den Kostentragungspflichten am Beispiel der Stadt Bern, in: BVR 2011, H. 2, S. 49 ff. Im Übrigen wirft auch schon der grundsätzliche Aspekt der Zutrittskontrollen Rechtsfragen auf; vgl. etwa BURGER-MITTNER, Zulässigkeit von sicherheitsbezogenen Zutrittskontrollen in Sportstadien, in: Sicherheit & Recht 2010, S. 82 ff.; MOHLER, Sicherheitsbezogene Zutrittskontrollen zu Stadien, Möglichkeiten und Grenzen, auch des Einsatzes privater Sicherheitsdienste, in: Sicherheit & Recht 2010, S. 72 ff.

43 BGer, 17.5.1995, 2P.43/1993.

44 Abkommen vom 11.8.1971 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (mit Briefwechsel), DBA-D, SR 0.672.913.62.

gesamt sportlerischen Tätigkeit können indessen aus verschiedenen Quellen (Einkommen aus Arbeitsvertrag, Lizenzeinnahmen, Preis- und Antrittsgelder usw.) stammen, wozu sich das Urteil nicht äussert. Ergiebiger ist insoweit ein anderes Urteil aus dem Jahr 2008⁴⁵, das diese Fragen unter dem Aspekt des internationalen Steuerrechts bei einem Profi-Radrennfahrer umfassend behandelt. Dieses Urteil enthält insbesondere weiterführende Hinweise zum Arbeitsortprinzip und zur Ausscheidung des Lohneinkommens eines im Inland ansässigen Sportlers bei Tätigkeit für einen Arbeitgeber im Ausland, zum Anwendungsbereich der Künstler- und Sportlerklausel im Doppelbesteuerungsrecht sowie zur Behandlung von Siegerprämien, Preisgeldern und anderen Einkommensbestandteilen.⁴⁶

Im Jahre 2002 hatte das Bundesgericht in zwei parallelen Urteilen über die mehrwertsteuerrechtliche Behandlung von Sponsoringleistungen sowie der unentgeltlichen Übertragung von Transferrechten zu entscheiden.⁴⁷ Im ersten Fall⁴⁸ ging es um das Verhältnis eines Fussballvereins zu einer diesen unterstützenden Aktiengesellschaft, die den Verein in erster Linie vom wirtschaftlichen Risiko im Zusammenhang mit Rechten an Spielern befreit, indem sie diese Rechte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erwirbt, sie dem Verein aber unentgeltlich zur Verfügung stellt. Konkret strittig waren die Vorsteuerabzüge auf dem Erwerb der entsprechenden Transferrechte. Das Bundesgericht hielt dazu fest, eine Dienstleistung nach dem Recht der Mehrwertsteuer liege an sich auch vor, wenn immaterielle Werte oder Rechte überlassen würden. Die Zulässigkeit des Vorsteuerabzugs setze jedoch voraus, dass diese Werte oder Rechte für einen steuerbaren Umsatz verwendet würden. Daran fehle es bei der unentgeltlichen Übertragung der Transferrechte. Entscheidend sei dabei die tatsächliche Verwendung und nicht das Motiv, weshalb es nicht darauf ankomme, dass die Transferrechte auch erworben worden seien, um sie eventuell später wieder gewinnverbringend weiterzueräussern. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht mithin das Recht auf einen Vorsteuerabzug. Im zweiten Fall⁴⁹ war die mehrwertsteuerliche Erfassung von Sponsoringleistungen umstritten. Das Bundesgericht entschied, diese seien steuerbar, wenn damit ein Leistungsaustausch verbunden sei, wobei sie insbesondere von den Spenden unterschieden

45 BGer, 6.5.2008, 2C_276/2007, in: StE 2008 A 32 Nr. 10 und RDAF 2008 II, S. 374.

46 Hier rechtfertigt sich daher der Verweis auf ein nicht «fussballerisches» Urteil, zumal auch Radsportler Saunas besuchen – wofür eine unumstössliche Vermutung spricht – und in der olympischen Kapitale Lausanne herumkurven. Vgl. sodann zur spezifischen Frage der Steuerbefreiung von Sportvereinigungen (hier: des Schweizerischen Verbands für Pferdesport) BGer, 28.12.2010, 2C_383/2010, in: StE 2011, B 71.63 Nr. 26.

47 Anwendbar war in beiden Fällen noch die altrechtliche Mehrwertsteuerverordnung vom 22.6.1994, AS 1994 1464.

48 BGer, 23.12.2002, 2A.174/2002, in: StR 58/2003, S. 542 sowie ASA 75, S. 587.

49 BGer, 23.12.2002, 2A.175/2002, in: StR 58/2003, S. 542 sowie ASA 76, S. 165.

werden müssten. Mit der namentlichen Nennung eines kommerziell tätigen Unternehmens als Sponsor, etwa in einer Sponsorenliste oder einem Programm, erbringe der gesponserte Verein eine Bekanntmachungs- oder Werbeleistung, die als Gegenleistung im Austauschverhältnis zu beurteilen sei. Eine rechtliche Verpflichtung zur Nennung des Sponsors sei dabei nicht erforderlich. Damit unterlägen solche Sponsoringleistungen der Mehrwertsteuer. Im gleichen Entscheid beurteilte das Bundesgericht auch die Kürzung des Vorsteuerabzuges im Zusammenhang mit dem Erwerb von Transferrechten an Spielern als rechtmässig. Es begründete dies im Wesentlichen damit, die Transferrechte dienten nicht nur als gewinnbringende Wertanlage, sondern die Spieler würden auch regelmässig bei Sportveranstaltungen eingesetzt, wobei die dabei erzielten Umsätze als dem Publikum im Rahmen von sportlichen Anlässen erbrachte Dienstleistungen von der Mehrwertsteuer ausgenommen seien. Diese sog. gemischte Verwendung der fraglichen Dienstleistungen rechtfertige eine anteilmässige Kürzung beim Vorsteuerabzug.

Schliesslich warf im Jahre 2002 auch die rechtliche Behandlung von Sport-Toto-Gewinnen im Zusammenhang mit dem Wechsel der zeitlichen Bemessung (Änderung der Bemessungsmethode) bei der Erhebung der direkten Bundessteuer⁵⁰ Fragen auf. Da Sport-Toto-Gewinne regelmässig auf den Ergebnissen von Fussballspielen beruhen, rechtfertigt es sich, das entsprechende Urteil des Bundesgerichts hier kurz zu erwähnen.⁵¹ Dieses entschied, dass solche Gewinne zu den Einkünften aus lotterieähnlichen Veranstaltungen bzw. zu den Lotteriegewinnen zu zählen seien, weshalb sie auch beim Wechsel der zeitlichen Bemessung einer vollen Jahressteuer unterliegen würden.

Insgesamt zeigt die Rechtsprechung keine besondere Bereitschaft, Fussballern und den diesen Sport tragenden juristischen Personen ohne weiteres steuerliche Erleichterungen zuzuerkennen. Das ist auch nicht zu beanstanden, denn wenn schon, dann obliegt es dem Gesetzgeber, entsprechende Privilegien – in der Regel für alle Sportarten überhaupt – zuzusprechen, was er vereinzelt ja auch getan hat.⁵²

E. Medienrecht

Mehrfach hatte sich das Bundesgericht in jüngerer Zeit mit rundfunkrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Fussballveranstaltungen zu befassen.

Im Jahre 2000 befand das Bundesgericht über die Zuständigkeit zur Prüfung der Rundfunkrechtskonformität einer Werbung für alkoholfreies Bier an

50 In Anwendung des Bundesgesetzes vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer, DBG, SR 642.11.

51 BGer, 11.7.2002, 2A.108/2002, in: StE 2002 B 65.4 Nr. 10 sowie ASA 73, S. 140.

52 Vgl. etwa Art. 10 Abs. 2 lit. c und Art. 21 Abs. 2 Ziff. 13, 15 und 17 des Bundesgesetzes vom 12.6.2009 über die Mehrwertsteuer, MWSTG, SR 641.20.

der Fussballweltmeisterschaft 1998.⁵³ Es entschied, dass die Frage, ob ein Produkt trotz Werbeverbots bzw. in Umgehung eines solchen unzulässigerweise beworben und der Zuschauer dadurch getäuscht worden sei, in der Regel sowie im zu beurteilenden Fall von der konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörde und nicht von der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen zu behandeln sei.

Bis zum Ende der Fussball- und Eishockeysaison 2006/2007 regelten die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) und die verschiedenen regionalen Fernsehsender das Kurzberichterstattungsrecht (in der Regel maximal dreiminütige Berichte) in Sportlizenzverträgen. 2006 teilte die SRG den regionalen Anbietern mit, weiterhin gegen Entgelt Kurzberichte im bisherigen Rahmen zu liefern, jedoch keine Drehgenehmigungen für eigene Spielbilder in den Sportstätten mehr zu erteilen, womit die regionalen Veranstalter selbst nur noch allenfalls Stimmungsbilder, nicht aber Berichte über den eigentlichen sportlichen Wettkampf hätten produzieren können. Auf Antrag verschiedener regionaler Privat-Fernsehveranstalter hin verfügte das Bundesamt für Kommunikation, die SRG sei verpflichtet, den fraglichen Regionalsendern im Rahmen ihres Kurzberichterstattungsrechts physischen Zugang zu Fussball- und Eishockeyspielen mit eigenen Bild- und Tonaufnahmegeräten, inklusive Drehgenehmigungen für eigene Spielbilder, zu gewähren, solange und soweit die SRG über Exklusivrechte (gegenüber den Veranstaltern bzw. den veranstaltenden Verbänden) verfüge. Das Bundesgericht schützte im Jahre 2009⁵⁴ diese Sichtweise.⁵⁵ Es hielt fest, das Rundfunkrecht erteile den regionalen Anbietern (im Rahmen des sog. «Physical Access») die Befugnis, gemäss den technischen und räumlichen Möglichkeiten vor Ort auch eigene Spielbilder drehen zu dürfen. Eine Abgeltung der Exklusivrechte sei zwar an sich ausgeschlossen; im Rahmen einer angemessenen Pauschalisierung sei aber die Abdeckung von mit technischen und administrativen Vorleistungen verbundenen Kosten des Erstveranstalters zulässig.

Im Vorfeld der Fussball-Europameisterschaften 2008 (in der Schweiz und in Österreich) genehmigte die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten einen Tarif («Gemeinsamen Tarif 3c») über die Abgeltung dieser Rechte beim Empfang von Fernseh-

53 BGE 126 II 21; vgl. die Kritik an diesem Urteil von DAVID in: AJP 2000, 882 f. Vgl. sodann den nicht direkt einen Fussballanlass, sondern das Tennisturnier «Swiss Indoors» in Basel betreffenden BGE 137 II 40 zur Tragweite des Werbeverbots von Tabakwaren bei Fernsehübertragungen, wenn der Sponsor des Sportanlasses ein Unternehmen ist, das mit solchen Artikeln handelt, wobei das Bundesgericht die Legitimation des Popularbeschwerdeführers zur Beschwerdeerhebung an das Bundesgericht grundsätzlich verneinte und nur am Rande auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit einging.

54 BGE 135 II 224; vgl. dazu die Anmerkungen von SIDLER, in: Medialex 2009, S. 106 f.

55 In Anwendung des Bundesgesetzes vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen, RTVG, SR 784.40.

sendungen auf Grossbildschirmen (sog. «Public Viewing»), der vor allem bei der Übertragung von Fussballgrossveranstaltungen üblich ist. Dabei hielt sie unter anderem fest, dass der Europäische Fussballverband (UEFA) und die SRG als allfällige Rechtsinhaber durch die Verwertungsgesellschaften vertreten seien und deshalb nicht selbständig am Verfahren teilnehmen könnten. Das Bundesgericht entschied dazu im Jahre 2009⁵⁶ letztinstanzlich⁵⁷, die grundsätzliche Vertretung der Rechtsinhaber durch die Verwertungsgesellschaften schliesse nicht aus, dass einzelne von ihnen – wie die SRG und die UEFA hinsichtlich des «Public Viewings» – ausnahmsweise ein eigenständiges schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung des Genehmigungsentscheides hätten. Dass neben dem verwaltungs- auch ein zivilrechtlicher Entscheid erwirkt werden könne, lasse das schutzwürdige Interesse an der Überprüfung der Tarifgenehmigung für sich allein nicht dahinfallen.⁵⁸

Mit der Mediatisierung von Sportanlässen und insbesondere des Fussballs geht ein zunehmend auch wirtschaftlicher Kampf zwischen den verschiedenen Medien und ihren Trägern um Marktanteile einher. Damit verbunden sind teils heikle Rechtsfragen mit auch für die Öffentlichkeit recht grosser Tragweite. Die Rechtsentwicklung dürfte hier noch lange nicht abgeschlossen sein.

F. Schulrecht

Fussball wird vereinzelt auch schulrechtlich zum Thema. So musste sich das Bundesgericht im Jahre 2003⁵⁹ mit der Frage des Besuchs einer Fussballklasse befassen.⁶⁰ Die Stadt Bern führt im Rahmen eines Projekts zur Förderung von talentierten Fussballjunioren und –juniorinnen aus der Region eine spezielle Fussballklasse in den oberen Schuljahren der obligatorischen Schulzeit. Diese Klasse ist der öffentlichen Schule der Gemeinde Bern angegliedert, wird aber von Schülern aus der ganzen Region besucht. Als einzige von damals 14 Berner Gemeinden, die von eintrittswilligen Schülern um Zulassung zu dieser Spezialklasse ersucht worden waren, verweigerte Münsingen einem Schüler die Über-

56 BGE 135 II 172; vgl. die zustimmenden Bemerkungen von GILLIÉRON, in: *Medialex* 2009, S. 115.

57 In hauptsächlicher Anwendung des Bundesgesetzes vom 9.10.1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, URG, SR 231.1.

58 Vgl. zum «Public Viewing» auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21.2.2011, wonach der Europäische Fussballverband UEFA die Veranstalter von «Public Viewing» in der Schweiz nicht belasten darf, sondern dieses einzig der Kollektivverwertung unterliege, für welche die Urheberrechtsgesellschaft SUISA zuständig ist.

59 BGer, 16.9.2003, 2P.150/2003, in: ZBl 105/2004, S. 276.

60 Zur rechtlichen Behandlung von Sportklassen vgl. auch (ohne Bezug zum Fussball) BGer, 27.4.2007, 2C_638/2007. Solche Sportsonderklassen werden im Übrigen vom Bund über Swiss Olympic unterstützt; dazu ZEN-RUFFINEN, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 2. Aufl., 2008, Art. 68 BV N 4.

nahme des Schulkostenbeitrags und damit den Schulwechsel, und zwar aus präjudiziellen und nicht aus individuellen Gründen, insbesondere um nicht Aktive anderer Sportarten zu benachteiligen. Das Bundesgericht entschied, die Erziehungsdirektion des Kantons Bern, welche diesen ablehnenden Entscheid schützte, habe weder gegen das Willkürverbot noch gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstossen, obwohl dieselbe Direktion als Aufsichtsbehörde auch die gegenteilige Praxis der übrigen Gemeinden tolerierte. Spezifische Grundrechte wie insbesondere das Recht auf ausreichenden unentgeltlichen Grundschulunterricht seien ebenfalls nicht verletzt. Diese Beurteilung mag verfassungsrechtlich vertretbar sein, die damals von der Gemeinde Münsingen angerufenen grundsätzlichen Einwände erscheinen aber kleinlich und fragwürdig. Insbesondere das Rechtsgleichheitsargument überzeugt nicht wirklich, setzt der Besuch einer Sportklasse doch die Zusammenarbeit zwischen den Schulbehörden und dem jeweiligen Sportverband voraus. Dass hier in der Aufbauphase nur ein beschränktes Angebot bestehen kann, ist offensichtlich. Das Bundesgericht versuchte denn auch, einen Ausweg aus der unbefriedigenden Situation aufzuzeigen, indem es festhielt, die Eltern hätten zwar im hängigen Verfahren zu spät ihre Bereitschaft bekundet, den Schulkostenbeitrag selbst zu übernehmen, die Gemeinde hätte dies aber im Rahmen eines modifizierten Gesuchs als wesentliche Änderung der Sachlage zu berücksichtigen. Im Übrigen wurde das Angebot in Bern in Zusammenarbeit mit weiteren Sportverbänden inzwischen ausgeweitet, womit das Gleichbehandlungsargument zunehmend an Gewicht verliert.

Üblich ist, dass Schüler auf dem Schulareal und insbesondere dem Pausenhof Fussball spielen. Schon manche Lehrperson hat sich darüber aufgehalten, und der entsprechende Ärger vieler Hauswarte ist Legion. Da passt es ins Bild, dass das Bundesgericht im Jahre 2008⁶¹ eine Disziplinarmassnahme gegen einen Schüler überprüfen musste, der bereits früher ein Verweis vorangegangen war, welcher wiederum unter anderem auf «Fussballspielen mit einer Plastikflasche» beruhte. Es lässt sich also über die rechtliche Tragweite von Fussball als Störfaktor des Schulunterrichts bzw. der schulischen Disziplinarordnung reflektieren!

II. Zivilrecht

A. ZGB und OR

In privatrechtlicher Hinsicht stechen für den hier untersuchten Zeitraum drei jüngere Urteile heraus: In einem Fall aus dem Jahr 2007 hatte sich das Bundesgericht mit einer Transferklausel bei einem professionellen Fussballspieler X

61 Vgl. BGE 134 I 153 Sachverhalt S. 154.

zu befassen.⁶² Dieser wechselte im Sommer 2004 innerhalb der Schweiz vom Fussballclub A zum Fussballclub B. Der Club A erhielt im Rahmen des Spielertransfers vom Club B eine Zahlung von 150 000 Franken. X beanspruchte die Hälfte dieses Betrags aufgrund einer Vereinbarung bezüglich Transferzahlungen, die er am 31. Januar 2003 mit dem Club A abgeschlossen hatte. Diese lautet (auszugsweise): «Transfermodalitäten. (...). Transfermöglichkeit bis 01.07.04. Minimale Vertragsauskaufssumme CHF 150 000.–. Aufteilung 50 % Spieler 50 % FC A.» Das Bundesgericht folgte, die Vereinbarung mit dem Fussballspieler bezüglich einer Beteiligung an der Transfersumme sei als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag und nicht als selbständiger Gesellschaftsvertrag zu qualifizieren und die fristlose Kündigung des Fussballspielers habe auf die vereinbarte Beteiligung an der Transfersumme keine Auswirkungen. Es sei nämlich unbestritten, dass der Club A die Transferzahlung erhalten habe, wie wenn das Arbeitsverhältnis nicht fristlos, sondern durch einen Aufhebungsvertrag aufgelöst worden wäre. Habe der Arbeitgeber aber die sich aus einer vertragskonformen Auflösung ergebenden Leistungen erhalten, so sei nicht einzusehen, warum diese Leistungen wegen der fristlosen Vertragsauflösung nicht gleich abgerechnet werden müssten, wie wenn der Vertrag im gegenseitigen Einverständnis aufgehoben worden wäre. Im Ergebnis wurde der Club A verpflichtet, dem Spieler X CHF 75 000 zu bezahlen.

Vor Kurzem hatte sich das Bundesgericht mit der Auslegung eines im März 2002 abgeschlossenen Vertrags zwischen dem FC Aarau und einer Beratungsfirma zu befassen.⁶³ Gemäss dieser Vereinbarung erwarb die Beratungsfirma die Transferrechte sämtlicher Spieler, inklusive dem Nachwuchs, per 31. Dezember 2001. Insgesamt bezahlte die Beratungsfirma hierfür CHF 2 Mio. Weiter vereinbarten die Parteien insbesondere, dass der FC Aarau wieder im Besitz sämtlicher Transferrechte sei, sobald gesamthaft CHF 2.5 Mio. (zuzüglich Zinsen) an die Beratungsfirma zurückgeflossen seien. In der Folge entzündete sich zwischen den Parteien ein Streit über die Rückzahlung des von der Beratungsfirma geleisteten Betrags von CHF 2 Mio. Die Beratungsfirma stellte sich auf den Standpunkt, dass sie dem FC Aarau den Betrag lediglich als Darlehen überwiesen und die Transferrechte als Kreditsicherheit erhalten habe. Sie könne den Vertrag kündigen und den Darlehensbetrag zurückfordern, was sie auch tat. Demgegenüber hielt der FC Aarau dafür, dass es sich bei dem ihm überwiesenen Betrag von CHF 2 Mio. um einen Kaufpreis handelte, den die Beratungsfirma für die ihr abgetretenen Transferrechte bezahlte. Eine unbedingte Verpflichtung, die Transferrechte zurückzukaufen, bestehe nicht. Das kantonale Obergericht kam zum Schluss, dass aufgrund einer subjektiven Auslegung ein Vertragsinhalt feststehe, der von einem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen

62 BGer, 17.7.2007, 4A_59/2007.

63 BGer, 7.4.2011, 4A_105/2011.

getragen sei: Danach hätten die Parteien entgegen dem juristisch-technischen Sinn der in der Vereinbarung verwendeten Begriffe des Kaufs und des Rückkaufs von Transferrechten keinen Kaufvertrag, sondern einen Darlehensvertrag inklusive Sicherungsübereignung der Transferrechte an die Beratungsfirma vereinbart. Nachdem die Beratungsfirma diesen Darlehensvertrag gestützt auf Art. 318 OR gekündigt habe, stehe ihr ein Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta von CHF 2 Mio. (abzüglich eines vom FC Aarau geleisteten Betrags von CHF 295 714) zu. Mit Urteil vom 7. April 2011 schützte das Bundesgericht diesen Entscheid. Im Nachgang zu diesem Bundesgerichtsurteil einigten sich der FC Aarau und die Beratungsfirma dank der FC Aarau-Sponsorengruppe «Club 100» auf einen Vergleich. Dieser sieht vor, dass die Gönnervereinigung «Club 100» über die nächsten sechs Jahre hinweg für die auf CHF 1,5 Mio. reduzierte Schuld aufkommt. Als Folge davon wurde dem FC Aarau von der Rekursinstanz der Swiss Football League die in erster Instanz verweigerte Lizenz für die Saison 2011/2012 erteilt.

Jüngst hatte das Bundesgericht eine arbeitsrechtliche Streitigkeit zwischen dem FC Neuenburg Xamax und dem ehemaligen Spieler X des Clubs zu beurteilen.⁶⁴ Dem Rechtsstreit lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Im Februar 2006 kam es bei einem Meisterschaftsspiel von Xamax zu einem Eklat, nachdem sich X in der Halbzeitpause der Forderung des Trainers widersetzt hatte, bei Freistossen konsequent die Abseitsfalle zu stellen. Der Trainer wechselte X aus und verbannte ihn unwiderruflich aus der ersten Mannschaft. In der Presse stellte der Trainer X als «Verräter und Idioten» dar, wofür der Trainer zu einer Busse von CHF 300 verurteilt wurde. Ende März 2006 kündigte X seinen Arbeitsvertrag bei Xamax fristlos und verlangte vom Club eine «Lohnnachzahlung» von CHF 39 627 und die Ausrichtung einer Genugtuung von CHF 49 063.50 wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung (Art. 49 OR in Verbindung mit Art. 328 OR). Das Neuenburger Kantonsgericht verurteilte Xamax am 9. Dezember 2010 zur Zahlung einer Entschädigung in der Höhe von CHF 28 978.20 und zur Leistung einer Genugtuung von CHF 15 000 an X. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid nun mit Urteil vom 28. April 2011 bestätigt und die Beschwerde von Xamax abgewiesen. Das Gericht stellte zunächst fest, der einmalige Ungehorsam von X anlässlich des Meisterschaftsspiels wiege nicht allzu schwer. Die fristlose Kündigung von X wegen des unwiderruflichen Ausschlusses aus der ersten Mannschaft sei als gerechtfertigt einzustufen, denn um seinen Wert auf dem Arbeitsmarkt zu behalten, müsse es einem professionellen Fussballspieler der ersten Liga möglich sein, auch mit der ersten Mannschaft zu spielen und zu trainieren. Hinzu komme die vom Trainer via Presse begangene Persönlichkeitsverletzung. Die Situation bei Xamax sei für X unzumutbar geworden, so dass man von ihm nicht mehr habe verlangen können, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

64 BGer, 28.4.2011, 4A_53/2011.

Insgesamt erstaunt die geringe Anzahl von zivilrechtlichen Streitfällen im Zusammenhang mit dem Fussball, die vor staatlichen Gerichten bis zum Bundesgericht ausgefochten wurden. Das erklärt sich allerdings teilweise durch die weitgehende schiedsgerichtliche Behandlung von Rechtsstreiten.

B. Schiedsgerichtsbarkeit

Während sich das Bundesgericht in den Bereichen ZGB und OR eher selten mit dem Thema Fussball zu befassen hatte, ergingen in den letzten Jahren relativ viele Schiedsurteile mit fussballerischem Einschlag.⁶⁵

Schiedsentscheide des Tribunal Arbitral du Sport/Court of arbitration for sport (TAS/CAS) mit Sitz in Lausanne können gemäss dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht weitergezogen werden.⁶⁶ Ein Schiedsgerichtsurteil kann mit der Begründung angefochten werden, es sei mit dem *Ordre public* unvereinbar.⁶⁷ Die Unvereinbarkeit mit dem *Ordre public* kann sich sowohl auf formelle wie auf materielle Fragen beziehen. Nachdem sich der internationale Fussballverband FIFA für verbandsrechtliche Streitigkeiten seit einiger Zeit der Schiedsgerichtsbarkeit des TAS/CAS unterstellt, werden viele solche Rechtsstreite auf diesem Weg ausgefochten.⁶⁸

Anhand einiger weniger Beispiele aus der Fülle der bundesgerichtlichen Entscheide soll hier aufgezeigt werden, wie eingeschränkt die Kontrollmöglichkeiten des Bundesgerichts in solchen Fällen sind.⁶⁹

Ein Verstoss gegen den verfahrensrechtlichen *Ordre public* liegt vor bei einer Verletzung von fundamentalen und allgemein anerkannten Verfahrensgrundsätzen, deren Nichtbeachtung zum Rechtsempfinden in einem unerträglichen Widerspruch steht, so dass die Entscheidung als mit der in einem Rechtsstaat geltenden Rechts- und Wertordnung schlechterdings unvereinbar erscheint. Zu denken ist etwa an die Nichtbeachtung der fehlenden Schiedsfähigkeit einer

65 Vgl. etwa BGE 136 III 345; 127 III 429; BGer, 23.6.2009, 4A_62/2009; BGer, 9.2.2009, 4A_400/2008, in: AJP 2009, S. 1054; BGer, 9.1.2009, 2A_460/2008.

66 Siehe Art. 77 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17.6.2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, in Verbindung mit Art. 190–192 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987, IPRG, SR 291. Dazu etwa NETZLE, Die Beschwerde gegen Schiedssprüche des CAS, in: SpuRt 18/2011, H. 1, S. 2 ff.

67 Vgl. Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG.

68 Zur Unterwerfung von Sportlern unter das Verbands- und Schiedsrecht vgl. etwa STEINER, La soumission des athlètes aux sanctions sportives, 2010, insbesondere S. 123 ff.

69 Vgl. auch im Zusammenhang mit anderen Sportarten – häufig im Zusammenhang mit der Problematik des Dopings – etwa BGE 136 III 605 (Radrennfahrer); 133 III 235 (Tennispieler); 129 III 445 (Skilangläuferinnen); 119 II 271 (Hindernisreiter); Urteile des Bundesgerichts vom 3.1.2011, 4A_386/2010 (Radrennfahrer); vom 10.2.2010, 4A_612/2009 (Eisschnellläuferin), vom 6.11.2009, 4A_358/2009 (Eishockeyspieler); vom 10.1.2007, 4P.148/2006 (Radrennfahrer); vom 7.2.2001, 4P.230/2000 (Basketballer).

Streitsache, die fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Experten oder die Nichtberücksichtigung der Rechtskraft. Das Schiedsgericht verletzt mithin den verfahrensrechtlichen *Ordre public*, wenn es bei seinem Entscheid die materielle Rechtskraft eines früheren Entscheids unbeachtet lässt oder wenn es in seinem Endentscheid von der Auffassung abweicht, die es in einem Vorentscheid hinsichtlich einer materiellen Vorfrage geäussert hat. In einem Urteil aus dem Jahr 2010⁷⁰ gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der Schiedsentscheid, mit dem das TAS/CAS dem Fussballclub A gestützt auf das FIFA-Transferreglement 1997, in Missachtung der materiellen Rechtskraft eines Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich aus dem Jahr 2004, eine Ausbildungs- und Förderungsentschädigung von 400 000 Euro für den Spieler X auferlegt hatte, den verfahrensrechtlichen *Ordre public* missachtet.⁷¹

Materiell verletzt ein Schiedsgerichtsurteil den *Ordre public*, wenn es fundamentale Rechtsgrundsätze verkennt und daher mit der wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte. Zu diesen Grundsätzen gehören die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*), das Rechtsmissbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung, das Diskriminierungsverbot und der Schutz von Handlungsunfähigen. Zur Aufhebung des angefochtenen Schiedsentscheids kommt es nur, wenn dieser nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis dem *Ordre public* widerspricht.⁷² Hingegen verstösst eine willkürliche Beweiswürdigung nicht gegen den *Ordre public*.⁷³ In einem aktuellen Fall, der eine Streitigkeit zwischen zwei Fussballclubs betraf, folgerte das Bundesgericht insbesondere, dass ein innerer Widerspruch in der Begründung des angefochtenen Schiedsentscheids keine Verletzung des *Ordre public* darstellt.⁷⁴ Des Weiteren überzeuge der unter Berufung auf das Persönlichkeitsrecht⁷⁵ erhobene Vorwurf der übermässigen Bindung des Spielers nicht. Die Verletzung dieser Bestimmung bedeute nicht per se einen Verstoss gegen den *Ordre public*; vielmehr sei ein solcher nur im Falle einer offensichtlichen und schwerwiegenden Grundrechtsverletzung denkbar. Zu beachten sei, dass eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit nur dann als übermässig betrachtet werde, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefern, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebe oder in einem Masse einschränke,

70 BGE 136 III 345, 352 E. 2.2.4.

71 Zu den Ausbildungsentschädigungen vgl. DERUNGS, Ausbildungsentschädigung im Fussball und Eishockey, 2011.

72 BGE 132 III 389, 392 ff. E. 2.2.

73 Vgl. KLETT, Art. 77 BGG N 13, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

74 BGer, 2.6.2010, 4A_320/2009, E. 4.3.

75 Vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB.

dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet seien. Eine derartige vertragliche Beschränkung liege im zu beurteilenden Fall nicht vor. Der professionelle Fussballspieler X habe sich gegen ein hohes Salär für eine Dauer von fünf Jahren zur Arbeitsleistung im Dienste des Fussballclubs X verpflichtet. Eine solche mehrjährige Bindung sei unter dem Gesichtswinkel des Persönlichkeitsschutzes jedoch keineswegs unzulässig. Ebenso wenig lasse sich eine übermässige Bindung damit begründen, dass der Fussballspieler infolge einer Vertragsverletzung für den eingetretenen Schaden aufzukommen habe, entspreche eine solche Sanktion doch anerkannten Grundsätzen vertraglicher Haftung.⁷⁶

Die beschränkte Überprüfungsmöglichkeit des Bundesgerichts führt dazu, dass Anfechtungen von Schiedsgerichtsentscheiden in der Regel nur wenig Chancen auf Erfolg haben. Dies zeigt sich auch am bislang aktuellsten Fall in diesem Gebiet⁷⁷: Im Februar 2008 wurde ein professioneller ägyptischer Fussballspieler, welcher noch bei einem ägyptischen Fussballclub unter Vertrag stand, vom FC Sion als Torhüter verpflichtet. Der ägyptische Fussballclub erachtete dies als Vertragsverletzung und beantragte der FIFA, finanzielle und sportliche Sanktionen gegen den Fussballspieler sowie den Walliser Fussballclub zu verhängen. Mit Entscheid vom 16. April 2009 verurteilte das zuständige Organ der FIFA diese solidarisch zur Zahlung von 900 000 Euro an den ägyptischen Club. Es sperrte den Spieler zudem für vier Monate und verbot dem FC Sion, während der folgenden zwei Anmeldeperioden neue Spieler zu rekrutieren. Der Fussballspieler und die FC Sion Association fochten diesen Entscheid je mit Berufung beim TAS/CAS an. Das TAS/CAS vereinigte die beiden Verfahren, reduzierte die vom ägyptischen Fussballspieler seinem ehemaligen Club zu entrichtende Entschädigung mit Schiedsspruch vom 1. Juni 2010 auf 796 500 US \$ und bestätigte die verhängte Spielsperre. Auf die Berufung der FC Sion Association trat das TAS/CAS nicht ein mit der Begründung, dieser Sportverein, der im Bereich des Amateurfussballs aktiv ist, sei nicht zur Anfechtung des Entscheids vom 16. April 2009 legitimiert. Dieser Entscheid, in dem vom «FC Sion» die Rede war, richtete sich an eine andere juristische Person, nämlich die Olympique des Alpes SA (OLA), eine Aktiengesellschaft, die Trägerin des Walliser Profi-Fussballclubs ist, der in der obersten Schweizer Liga spielt. Diese Aktiengesellschaft hatte jedoch den erwähnten Entscheid nicht angefochten. Das Bundesgericht wies die von der FC Sion Association sowie dem ägyptischen Fussballspieler gegen den Entscheid des TAS/CAS erhobenen Beschwerden ab, soweit es auf diese eintrat. Es wies auf seine äusserst eingeschränkte Prüfungsbefugnis im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hin und erwog, der angefochtene Entscheid verletze weder den Anspruch auf rechtliches Gehör noch

76 BGer, 2.6.2010, 4A_320/2009, E. 4.4.

77 BGer, 12.1.2011, 4A_392/2010 und 4A_394/2010.

den Ordre public. Das Bundesgericht hob insbesondere hervor, sämtliche Vorbringen der FC Sion Association beruhten auf der – unzutreffenden – Annahme, dass dieser Verein (und nicht die OLA) von der FIFA zur Schadenersatzzahlung an den ägyptischen Club verurteilt worden sei.

III. Sozialversicherungsrecht

In der sozialversicherungsrechtlichen Praxis des Bundesgerichts⁷⁸ taucht der Fussball unter verschiedensten Aspekten auf. Auch hier spielt teilweise die Professionalisierung des Sports eine wesentliche Rolle. Aber Amateur- und reine Gelegenheitsfussballer beschäftigen die Sozialversicherungsgerichte ebenfalls von Zeit zu Zeit.

A. Alters- und Hinterlassenenversicherung

1996⁷⁹ entschied das Bundesgericht, dass der einem Fussballspieler beim Wechsel zu einem anderen Verein gestützt auf eine arbeitsvertragliche Verpflichtung ausbezahlte Anteil am Transfererlös massgeblicher Lohn darstellt, welcher der Beitragspflicht der Alters- und Hinterlassenenversicherung unterliegt. In analoger Weise beurteilte das Bundesgericht im Jahre 2000⁸⁰ den von einem Fussballclub seinem Trainer aufgrund einer Transfer-Beteiligungsvereinbarung ausbezahlten Anteil an der Transfersumme beim Wechsel eines Spielers zu einem anderen Verein als Provision und damit ebenfalls als massgebenden beitragspflichtigen Lohn. Dagegen ist nichts einzuwenden.⁸¹

B. Invalidenversicherung

1997⁸² hatte das Bundesgericht über die Invaliditätsbemessung bei einem Berufsfussballer zu befinden. Hierzu wird grundsätzlich das noch anrechenbare Einkommen mit dem hypothetischen Einkommen ohne Gesundheitsschaden (Valideneinkommen) verglichen. Das Bundesgericht hielt fest, es erscheine fraglich, ob bei der Festsetzung des Erwerbseinkommens im bezahlten Sport überhaupt von einer Karriereplanung und einer für das Valideneinkommen zu berücksichtigenden hypothetischen Einkommenssteigerung gesprochen wer-

78 Dazu wird hier auch das früher organisatorisch selbständige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) gezählt, das heute in das Bundesgericht integriert ist.

79 BGer, 14.10.1996, H 112/96, in: Pra 1997 Nr. 46, S. 244 sowie ZBJV 134/1998, S. 74.

80 BGer, 18.4.2000, H 22/00.

81 Vgl. sodann BGer, 11.12.2006, H 47/06, in: Anwaltsrevue 2007, H. 4, S. 166, wo das Bundesgericht über die Haftung der Vorstandsmitglieder eines Fussballclubs in Nachlassstundung für die Arbeitgeberbeiträge an die Alters- und Hinterlassenen- sowie die Invalidenversicherung zu entscheiden hatte. Analog bei einem Eishockeyclub vgl. BGer, 2.2.2005, H 86/02, in: SVR 2005, AHV Nr. 18, S. 59.

82 BGer, 28.8.1997, I 287/95, in: AHJ 1998, S. 166 sowie SVR 1998 IV Nr. 5, S. 19.

den könne, da ein berufliches Weiterkommen in dieser Tätigkeit vorwiegend von Faktoren abhängt, die ausserhalb des Einflussbereichs des Versicherten lägen. Den entsprechenden Annahmen der Vorinstanz, die diesen Zusammenhang verkannte, vermochte das Bundesgericht daher nicht zu folgen. Zu entscheiden war sodann über die Zulässigkeit einer Befristung der Invalidenrente auf einen, ausgehend von der Verfügungsanordnung, zukünftigen Zeitpunkt (sog. antizipierte Invaliditätsschätzung), weil das hohe Valideneinkommen im Zeitpunkt des im Gesundheitsfall zu erwartenden Rücktritts ausser Betracht fiel. Das Bundesgericht beurteilte eine solche Befristung als rechtswidrig; stattdessen sei eine Rente regelmässig zu überprüfen. Obwohl das Bundesgericht demzufolge die Frage nach dem massgeblichen Rücktrittsalter offen liess, verwies es darauf, es könne jedenfalls nicht darauf ankommen, wie viele oder wie wenige Spieler nach dem Alter von 33 Jahren noch aktiv seien, sondern vielmehr sei auf das durchschnittliche Rücktrittsalter abzustellen. Der Entscheid nimmt auf die besonderen Verhältnisse im Fussball Rücksicht und wird insofern der zu beurteilenden Problematik gerecht.

C. Arbeitslosenversicherung

1992⁸³ hatte das Bundesgericht über die arbeitslosenversicherungsrechtliche Vermittlungsfähigkeit eines Berufsfussballers zu entscheiden. Es befand, gemeint sei nicht die objektiv arbeitsmarktabhängige Vermittelbarkeit. Massgeblich sei vielmehr, ob der Stellensuchende berechtigt und fähig sei, Arbeit zu leisten, die auf dem für ihn in Betracht fallenden Arbeitsmarkt verwertet werden könne (sog. objektive Vermittlungsfähigkeit, die durchaus auch von subjektiven persönlichen Eigenschaften der versicherten Person abhängen kann). Im Jahre 2006⁸⁴ bejahte das Bundesgericht die subjektive Vermittlungsfähigkeit (Vermittlungsbereitschaft) eines Profifussballers, der einzig Anstellungen als Fussballer suchte, bis zum Ende der ersten Transferperiode. Selbst spezielle Berufe mit kleinem Stellenangebot seien nicht von Anfang an vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Vielmehr sei auch Arbeitnehmenden mit solchen Berufen bei Eintritt der Arbeitslosigkeit zunächst die Gelegenheit einzuräumen, Tätigkeiten im erlernten Beruf oder in der bisherigen Tätigkeit zu suchen. Diese Rechtsprechung wirkt sachgerecht.

Im Jahre 2001⁸⁵ hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob einem arbeitslosen Berufsfussballer mit vormals hohem Einkommen (von rund 120 000 Franken) eine gänzlich andere Arbeit zugemutet werden kann, deren Entlohnung weniger als 70% des versicherten Verdienstes beträgt, oder ob es

83 BGer, 30.1.1992, C 34/91, in: ARV 1992 Nr. 3, S. 77 sowie CGSS (Cahiers Genevois de sécurité sociale) 1994 13, S. 174.

84 BGer, 22.11.2006, C 244/05, in: SVR 2007 AlV Nr. 6, S. 19.

85 BGer, 7.2.2001, C 377/00, in: ARV 2001, S. 232.

sich dabei – wie im Regelfall – lediglich um einen Zwischenverdienst handelt, der mit Kompensationszahlungen der Arbeitslosenversicherung ergänzt wird. Gemäss dem Bundesgericht besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Arbeitslosigkeit auch bei einem Einkommen unterhalb der erwähnten Schwelle für beendet zu erklären, wenn anzunehmen ist, dass die versicherte Person keine vergleichbare Tätigkeit mit entsprechend hohem Einkommen mehr ausüben kann. Im konkreten Fall konnte die Frage aber offen bleiben, da die Anspruchsberechtigung schon an der subjektiven Vermittlungsfähigkeit scheiterte.

2005⁸⁶ hatte das Bundesgericht bei einem Berufsfussballer über die Bemessung des versicherten Verdienstes für die Arbeitslosenversicherung zu befinden, wobei als Besonderheit die Tragweite der Nichtauszahlung von vertraglich vereinbarten Lohnbestandteilen zu beurteilen war. Unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse im Spitzensport erachtete es die Voraussetzungen eines begründeten Ausnahmefalles als erfüllt, unter denen nicht vom tatsächlich bezogenen Entgelt, sondern von den vertraglich vereinbarten Bezügen mit samt den variablen, erfolgsabhängigen Lohnbestandteilen auszugehen ist. Das Bundesgericht entschied überdies, trotz einer neuen Vereinbarung zu veränderten Konditionen für die verbleibende Vertragsdauer könnten bei der Bestimmung des Bemessungszeitraumes im Rahmen der Festlegung des versicherten Verdienstes auch Zeiten berücksichtigt werden, für welche die ursprünglichen Bedingungen anwendbar waren, zumal sich das Eingehen eines neuen, für den Versicherten ungünstigeren Vertrages aus Sicht der Arbeitslosenversicherung als schadenminderndes Verhalten deuten lasse. Das Urteil ist wohl vor den besonderen Umständen des Einzelfalles zu verstehen und trug diesen angemessen Rechnung.

D. Unfallversicherung

Bei der Unfallversicherung beschäftigte im Zusammenhang mit dem Fussballspiel vor allem die Frage des Unfallbegriffs das Bundesgericht regelmässig. Die reichhaltige Rechtsprechung kann wie folgt zusammengefasst werden⁸⁷: Sportverletzungen infolge mechanischer Einwirkung eines äusseren Faktors auf den Körper wie Sturz oder Zusammenstoss erfüllen in der Regel den unfallversicherungsrechtlich massgeblichen Unfallbegriff. Ohne solche Einwirkung kommt es auf die Programmwidrigkeit des Bewegungsablaufs, hingegen nach heutiger Praxis im Unterschied zu früher nicht mehr auf die sportliche Erfahrung an.⁸⁸

86 BGer, 29.7.2005, C 161/04.

87 Vgl. insbes. BGer, 19.9.2006, U 505/05, in: HAVE 2006, S. 364 sowie BGer, 15.6.2007, U 71/07, in: SVR 2008 UV Nr. 12, S. 38 E. 4.1 mit vielen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

88 Vgl. BGE 134 V 72, 79 E. 4.2.3 mit Hinweisen (ausnahmsweise muss hier auf ein Urteil ohne direkten Bezug zum Fussball bzw. zum Sport generell verwiesen werden, denn die Benutzung einer Auto-Scooter-Anlage dient zwar der Freizeitbeschäftigung und dem Plausch,

Der ungewöhnliche äussere Faktor kann in einer unkoordinierten Bewegung liegen. Bei Körperbewegungen gilt dabei der Grundsatz, dass das Erfordernis der äusseren Einwirkung lediglich dann erfüllt ist, wenn ein in der Aussenwelt begründeter Umstand den natürlichen Ablauf einer Körperbewegung gleichsam programmwidrig beeinflusst hat. Hingegen ist bei einer Sportverletzung ohne besonderes Vorkommnis das Merkmal der Ungewöhnlichkeit und damit das Vorliegen eines Unfalls zu verneinen. Ob eine schiedsrichterliche Massregelung eines allenfalls die Verletzung verursachenden Gegenspielers erfolgte, ist nicht entscheidend; umgekehrt kann die Ungewöhnlichkeit des Vorfalles nicht mit Hinweis auf die im Fussball verbreiteten Regelverstösse verneint werden.⁸⁹ Ein ungewöhnlicher äusserer Faktor ist bei einem oder mehreren Schlägen eines Dritten ins Bein auf der Höhe des Knies zu bejahren⁹⁰, ebenso wenn einem angreifenden Fussballer von hinten in die Beine gegrätscht wird, wobei sich das Knie verdreht.⁹¹ Ist nicht erstellt, dass der Fussballer beim Treten eines Flankenballs mit dem Fuss am Boden hängen geblieben ist, liegt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors kein Unfall vor; wenigstens ist aber ein unfallversicherungsrechtlich ebenfalls wesentliches unfallähnliches Ereignis gegeben, wenn sich der Fussballer diesfalls durch Änderungen der Körperlage beim Ballschuss eine Knieverletzung zuzieht.⁹² Die entsprechenden Rechtsgrundlagen und die darauf beruhende Rechtsprechung erscheinen reichlich kompliziert und undurchsichtig und tragen der Häufigkeit von Sportverletzungen nur bedingt Rechnung. Immerhin scheint das Bundesgericht seine zwischenzeitlich sehr zurückhaltende Praxis bei der Anerkennung eines massgeblichen Unfalls eher wieder etwas zu lockern, bleibt dabei aber in einer teilweise auch von den anwendbaren Rechtssätzen vorgegebenen, nicht immer leicht verständlichen Dogmatik verhängen. Es fragt sich, ob sich die Problematik nicht auch durch einfacher zugängliche Rechtsregeln lösen liesse.

Zu entscheiden hatte das Bundesgericht sodann im Jahre 1994⁹³ über die unfallversicherungsrechtliche Arbeitsfähigkeit eines Berufsfussballers. Als massgeblich für die Beurteilung derselben legte es dabei in der Regel jenen Zeitpunkt fest, in dem der Fussballer wieder das volle Trainingsprogramm bewältigen kann; nicht entscheidend ist hingegen, wann er das erste Mal wieder ein Spiel absolviert, hängt doch der Einsatz eines Fussballers in einem Meisterschaftsspiel von verschiedenen Komponenten ab, die mit dem Gesundheits-

es handelt sich aber nicht eigentlich um Körperertüchtigung) sowie MEYER, Probleme des Unfallbegriffs bei sportlichen Betätigungen, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Sport und Versicherung, 2007, S. 39 ff.; vgl. auch BGE 130 V 117 (Unfall beim Eishockey).

89 BGer, 22.12.1992, U 23/92, in: RKUV 1993 Nr. U 165, S. 58.

90 BGer, 19.9.2006, U 505/05, in: HAVE 2006, S. 364.

91 BGer, 22.12.1992, U 23/92, in: RKUV 1993 Nr. U 165, S. 58.

92 BGer, 15.6.2007, U 71/07, in: SVR 2008 UV Nr. 12, S. 38.

93 BGer, 4.7.1994, U 70/93, in: RKUV 1994 Nr. U 204, S. 317 sowie ZBJV 132/1996, S. 494.

zustand in keinem Zusammenhang stehen. Dieses Urteil stellt auf die tatsächlichen Gegebenheiten im Fussballbetrieb ab und wird diesen durchaus gerecht.

Schliesslich verneinte das Bundesgericht im Jahre 1992⁹⁴ die adäquate Kausalität zwischen dem Unfall eines Sportlehrers beim Fussballspiel und der zeitlich daran anschliessenden Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit aus psychischen Gründen. Ursache des Unfalls sei ein banaler Sturz gewesen, was sehr häufig vorkomme und in der Regel keine schweren Verletzungen zu verursachen vermöge. Da dies auch im zu beurteilenden Fall so gewesen sei, könne der Unfall nicht als für die psychische Erkrankung kausal gelten. Auch dieser Entscheid leuchtet ein.

IV. Strafrecht

Obwohl die Ausführungen zum Thema Sicherheit bei Fussballspielen⁹⁵ anderes vermuten lassen, so sind Fussballer und Fussballfans doch grundsätzlich ein friedliebendes Volk. Oder wie anders liesse sich erklären, dass sich das Bundesgericht in den letzten 20 Jahren im strafrechtlichen Bereich kaum mit dem Thema Fussball befassen musste bzw. durfte?⁹⁶ Eine Handvoll Fälle gibt es trotzdem – teils durchaus mit Unterhaltungswert.

So hatte sich das Bundesgericht etwa mit folgendem Sachverhalt zu befassen: Am 1. November 1995 griff X im Stadion Hardturm in Zürich während der Pause des Fussballspiels Grasshopper Club Zürich gegen Ajax Amsterdam⁹⁷ einem unbekanntem Jugendlichen mit Diebstahlsabsicht in die Gesässtasche. Es blieb beim Versuch, da der Jugendliche in der Gesässtasche weder Portemonnaie noch Bargeld mit sich trug und X durch einen Sicherheitsbeamten, der den Vorfall beobachtet hatte, unverzüglich festgenommen werden konnte. Das kantonale Obergericht verurteilte X zweitinstanzlich wegen versuchten Diebstahls. Das Bundesgericht erwog, ob der Vorsatz auf einen geringen Vermögenswert gerichtet gewesen sei, sei eine Beweisfrage, die im Verfahren vor Bundesgericht nicht zur Diskussion gestellt werden könne. Im Ergebnis schützte das Bundesgericht den vorinstanzlichen Schuldspruch und wies die Beschwerde insoweit ab.⁹⁸

Nur ein Jahr später hatte sich das Bundesgericht erneut mit einem Vermögensdelikt im Umfeld des Fussballs zu beschäftigen.⁹⁹ Ein ehemaliger Präsident

94 BGer, 31.7.1992, U 101/91, in: RAMA 1992 Nr. U 154, S. 246.

95 Vgl. die Ausführungen unter 1. B. «Innere Sicherheit» und 1. C. «Tragung von Sicherheitskosten» hiavor.

96 Eine andere – höchst plausible – Interpretation dieser Fussball-Fallarmut im Strafrecht ist, dass die Strafverteidiger im Wissen um den hohen fussballerischen Sachverstand von Jonny von einer Beschwerdeführung ans Bundesgericht absahen.

97 Ja, das waren noch Zeiten, als GC noch auf internationalem Parkett auftrat.

98 BGE 123 IV 155.

99 BGer, 25.11.1998, 6S.597/1998.

Y eines Fussballclubs gab trotz Aufforderungen des Schweizerischen Fussballverbands 37 Spielerpässe nicht an den Verein zurück. Y wurde deswegen kantonal letztinstanzlich wegen Sachentziehung verurteilt. Jonny stellte als mitbeteiligter Richter seinen grossen fussballerischen Sachverstand unter Beweis. So folgte das Bundesgericht, Y habe durchs Vorenthalten der Spielerpässe für den Verein insoweit einen wesentlichen Nachteil bewirkt, als nicht habe gespielt werden können.¹⁰⁰ Im Ergebnis weist es die Beschwerde von Y ab.

Wird fussballerischer Sachverstand richtig eingesetzt, so lässt sich damit durchaus auch ausserhalb des Spielfeldes Geld verdienen, indem auf die korrekten Fussballresultate getippt bzw. gewettet wird. Das kann allerdings unter Umständen schiefgehen oder zumindest heikel werden, wie zwei Fälle zeigen, in denen das Bundesgericht Widerhandlungen gegen das Lotteriegelgesetz¹⁰¹ zu beurteilen hatte¹⁰²:

Einerseits stellte sich die Frage, ob das Wettsystem «sporttip» als verbotene Wette zu qualifizieren ist.¹⁰³ Das Bundesgericht liess offen, ob «sporttip» objektiv die Merkmale einer lotterieverähnlichen Unternehmung oder die Merkmale einer verbotenen Wette erfüllt, und ob Widerhandlungen gegen das Lotteriegelgesetz nur bei Vorsatz oder auch bei Fahrlässigkeit strafbar sind. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht Vorsatz und Fahrlässigkeit mit Rücksicht darauf, dass «sporttip» von den zuständigen Behörden aller Kantone rechtskräftig bewilligt worden war.

Auch in einem weiteren Fall hatte sich das Bundesgericht mit dem Lotteriegelgesetz auseinanderzusetzen.¹⁰⁴ In sachverhaltlicher Hinsicht ging es um den Betrieb von Internet-Wettautomaten in Gaststätten. Unter Einsatz dieser Wettautomaten konnten die in den Lokalen verkehrenden Gäste Sportwetten (im Wesentlichen über ausländische Fussball-Meisterschaftsspiele) abschliessen. Das Bundesgericht bestätigte den kantonal letztinstanzlichen

100 Ob Jonny zum gleichen Ergebnis gekommen wäre, wenn es sich beim betroffenen Fussballclub um den FC Basel gehandelt hätte, bleibt sein Geheimnis. Für den FC Luzern wäre es jedenfalls durchaus von Vorteil, wenn der FC Basel nicht spielen könnte (dies ist die Sichtweise des einen Autors als YB-Anhänger; der andere hält uneingeschränkt zum FCB!).

101 Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8.6.1923, LG, SR 935.51. Nein, es ist kein Verschreiber – und ja, das Gesetz ist noch immer in Kraft.

102 BGer, 26.10.2005, 6S.50/2005 und BGer, 22.1.2008, 6B_422/2007 (wobei Jonny nur an Ersterem mitwirkte).

103 BGer, 26.10.2005, 6S.50/2005. Vgl. insoweit Art. 33 LG. Die Bestimmung lautet: «Untersagt sind: die gewerbsmässige Anbietung, Vermittlung und Eingehung von Wetten auf Pferderennen, Bootsrennen, Fussballkämpfe und ähnliche Veranstaltungen; der Betrieb eines solchen Wettunternehmens.» Fussball als Kampfsport! Unverständlicherweise hat das Wort «Fussballkämpfe» keinen Eingang in den Duden gefunden. Zu bedauern ist, dass trotz des bundesgerichtlichen Entscheids unklar bleibt, ob auch zweikampfarme Fussballspiele unter den Begriff der «Fussballkämpfe» zu subsumieren sind.

104 BGer, 22.1.2008, 6B_422/2007.

Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Lotterriegesetz¹⁰⁵ und kam zum Schluss, Widerhandlungen betreffend verbotene gewerbsmässige Wetten seien als Übertretungen zu qualifizieren. Die im Gesetz neben Haft und Busse bis zu CHF 10 000 nach dem Wortlaut formal noch angedrohte Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten werde daher gemäss neuem Recht nicht durch eine Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen ersetzt. Für solche Widerhandlungen werde neurechtlich vielmehr einzig Busse bis zu CHF 10 000 angedroht.

Bei Fussballwetten ist somit Vorsicht am Platz, da die Grenze zur Illegalität fließend ist. Leicht überraschend hatte sich das Bundesgericht hingegen, soweit ersichtlich, noch nicht mit den rechtlichen (insbesondere strafrechtlichen) Fragen der Korruption und Geldwäscherei aus dem Dunstkreis des Fussballs zu befassen¹⁰⁶ ...

Epilog

... Uff!, so langsam wird es – nicht nur thematisch – zu heiss und das Bild löst sich wieder auf. Es ist Zeit, den Saunagang zu beenden und wieder ins Hier und Jetzt zurückzukehren, beschleunigt durch eine – auch die Gedanken – abkühlende kalte Dusche, bevor es ein erfrischendes Getränk gibt, nein, als Sportler natürlich nicht ein Bier, aber auch nicht einen solch seltsamen Sportler-Energydrink und schon gar nicht eine Proteinbombe, sondern immer und ausschliesslich Ice Tea Zero! Und das jeweils, bis Flasche leer!¹⁰⁷

Im Verlauf der Zeit hat sich Jonny im Fitnessclub einen Bekanntenkreis aufgebaut, der sich sehen lässt. Nur schon die Empfangsleute, Vorturnerinnen und Fitnesslehrer, bei denen er mit seiner ihm eigenen jovialen Art gut ankommt: so etwa bei der eher strengen, aber doch zuvorkommenden Soraya (die den Club leider aus eigenem Antrieb verlassen hat) oder bei den jüngeren Trainerinnen wie der jugendlich-feschen Alexandra oder der charmanten Natacha; auch mit den diversen Herren kommt er gut aus: den beiden lebenswürdigen Muskelpaketen Gen und Steve, dem eher pädagogisch-intellektuell wirkenden Manu, dem stets aufgestellten Italo-Brasilianer Wendell oder den an Roberto Carlos mahenden immer fröhlichen Momo; und unvergesslich bleibt der lebenswürdige Kraftapparat Zino, der eines Tages einfach verschwunden war, angeblich, wie

105 Art. 33 i.V.m. Art. 42 LG.

106 Vgl. dazu etwa BOSSART, Sportwetten und Spielmanipulationen, in: Juchli/Würmli/Haunreiter (Hrsg.), Sport zwischen Recht, Wirtschaftlichkeit und Kultur, 2007, S. 21 ff.; GAFNER/DE PREUX, La responsabilité pénale de l'association – Principes et risques d'exposition du secteur sportif et du football en particulier, in: Jusletter vom 8.11.2010; GFELLER, Spielmanipulationen als Privatbestechung, Voraussetzungen und Folgen, in: Riedo/Fiolka/Gfeller (Hrsg.), Von Lemuren, Igeln und anderen strafrechtlichen Themen, Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, 2010, S. 119 ff.; PIETH, Stehen internationale Sportverbände über dem Recht?, in: Jusletter vom 14.3.2011.

107 Frei nach Giovanni Trapattoni.

die Gerüchteküche behauptete, für einen Aufenthalt in einem Untersuchungsgefängnis ... Auch mit den Stammkunden kennt sich Jonny inzwischen aus: Die etwas spröde Valentine, mit der er mitunter gerne parlierte, erschien zwar eines Tages (ohne weitere gerüchteweise Anhaltspunkte) nicht mehr im Club, womit sich die gemeinsamen Gespräche von selbst erledigten. Regelmässige Unterhaltungen gibt es aber weiterhin mit dem pensionierten Juwelier Max, mit der älteren, eleganten und gesprächigen (bisweilen in ihrer Redseligkeit kaum zu bremsenden) Sigrid, mit Constant, dem lokalen Unikum, mit dem sich so schön blödeln lässt und den Jonny Tino nennt, mit dem eisern trainierenden, smarten Anwalt Philippe und last, but not least, mit Dave, dem englischen Ex-Bankier im Unruhestand, der anscheinend als Praktiker an der London School of Economics contract law lehrte, ohne über eine eigentliche juristische Ausbildung zu verfügen, und der (bis hin zum Regelbuch) alles über Fussball weiss, was es nur zu wissen gibt.

Nun ja, das Verständnis der Fussballregeln stellt in der Tat hohe intellektuelle Anforderungen, was sich regelmässig auf den verschiedenen Fussballplätzen dieser Welt feststellen und an der Berichterstattung und den Kommentaren in den Medien sowie an den Diskussionen an den Stammtischen ablesen lässt. Diesen Anforderungen stellt sich auch Jonny tapfer und selbstbewusst. Zwar kennt er die Regeln nicht in allen Details auswendig; er verfügt aber immerhin über entsprechende Grundkenntnisse und meint, wie so viele andere auch, insbesondere zu wissen, was ein Offside ist. Dabei ist Jonny meist geradlinig, doch bisweilen setzt sich der Jurist in ihm durch und die Regeln werden etwas eigenwillig interpretiert. Aber Hand aufs Herz: Wer verhält sich denn insofern immer ganz konsequent? Dabei sollten diese Regeln doch überall und für alle gleich sein, egal ob in der Savanne¹⁰⁸, in der Tundra¹⁰⁹, in der Wüste¹¹⁰, am Strand¹¹¹ oder in der Allmend¹¹²! Doch eben, über Auslegung, Ermessen und entsprechende Spielräume können Juristen ja dicke Bücher schreiben. Weshalb soll das bei Fussballregeln denn ganz anders sein? Letztlich obsiegt jedoch auch bei Jonny immer die Sportlichkeit und Fairness! Wer hätte denn angesichts seiner menschlichen Qualitäten etwas anderes erwartet?¹¹³

Unbestritten sind Jonnys Bereitschaft sowie die besondere Fähigkeit, sein insbesondere juristisches Wissen und die Erfahrungen als Richter mit anderen zu teilen. Das geschieht nicht nur im direkten Gespräch, sondern häufig auch

108 Z.B. in Südafrika (WM 2010).

109 So insbesondere in Russland (WM 2018).

110 Etwa in der katarischen (WM 2022, so es dabei bleibt).

111 Z.B. in Rio de Janeiro (WM 2014).

112 Keine WM, aber Spielort des FC Luzern.

113 Ein recht treffender und trefflicher Beschrieb der Persönlichkeit von Jonny findet sich bei WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral, Comprendre son fonctionnement, agir devant les juges*, Zürich 2011, S. 54..

durch vielfältige und weitherum beliebte Auftritte als Referent oder durch regelmässige eindruckliche Schriffterzeugnisse. Dabei besticht er durch eine besondere Lebendigkeit und Verständlichkeit. Mit Grund wurde er für diesen Einsatz fürs Recht mit dem Doktor h.c.¹¹⁴ der Universität Fribourg ausgezeichnet. Nun warten wir alle gespannt darauf, dass er rechtliche und fussballerische Aspekte vereinigt und sich dereinst etwa zu Themen wie den folgenden äussert: «Die aberratio ictus im Fussball – wenn der Befreiungsschlag im eigenen oder der indirekte Freistoss direkt im gegnerischen Tor landet!», «Der Eventualvorsatz beim Handspiel im Strafraum – Penalty oder nicht?» oder «In dubio pro reo und die Verhältnismässigkeit im Fussball – unter welchen Voraussetzungen geht Gelb Rot vor?». Es ist sehr zu hoffen, dass er damit das Leben der Schiedsrichter künftig deutlich vereinfacht und dass auch die sonstigen Fussballinteressierten dank seiner Erläuterungen besser erkennen würden, was Sache ist. Nicht verboten sind alsdann eher sozialwissenschaftliche oder gar belletristische Themen mit fussballerischem und unter Umständen sogar autobiographischem Bezug wie etwa «Von Petar Alexandrov zu Hakan Yakin – der Einfluss des Balkans auf den Erfolg des FC Luzern»¹¹⁵, «Was, wenn Paul sich irrt – zur rechtlichen und sozialen Tragweite von Voraussagen im Fussball»¹¹⁶ oder «Emil und der Wolf – Steinberger, Wolfisberg und andere Luzerner Persönlichkeiten, geschildert von einem Zeitzeugen» und, nicht zuletzt, natürlich «Der Fussball und das Bundesgericht aus eigener Sicht – eine Entgegnung».

Wenig versteht Jonny, aber das entspricht eigentlich seiner politischen Couleur, von Golf und Polo (wir sprechen hier von Sportarten, nicht von Automodellen einer deutschen Marke!), auch nicht sehr viel vom Tennis, obschon er

114 Üblicherweise wird dieser Titel für einen persönlichen Beitrag an die Wissenschaft ausserhalb eines ordentlichen Doktorstudienganges vergeben, wobei unter «h.c.» das lateinische «honoris causa» (ehrenhalber) verstanden wird. Es gibt aber durchaus Alternativen, z.B. «horroris cuique» (terroristischer Ansatz), «Huus u Chuchi» (häuslicher – auch: heimeliger – Ansatz), «helveticae confoederationis» (patriotischer Ansatz), «Heineken & Coca-Cola» (kommerzieller Ansatz), «hermeneutischer Civilistik» (rechtshistorischer Ansatz), «horse and cat» (tierischer Ansatz), «Herz und Courage» (Boulevard-Ansatz oder, in etwas gehobenerem Neudeutsch, «people approach»), «hominis computerensis» (anthropologisch-technischer Ansatz) «heiter und chaotisch» (psycho-analytischer Ansatz), «home cinema» (kultureller Ansatz) oder «harakiri calcio» (fussballerischer Ansatz) und natürlich «Handball Club» oder «Hockey Club» (alternativer Ansatz). Zutreffendes oder, je nach Neigung, Gewünschtes bitte ankreuzen.

115 Weiter östliche, etwa ägyptische, Einflüsse werden hier wegen noch bestehender Unsicherheiten ausgeklammert.

116 Während der Fussball-Weltmeisterschaft 2010 in Südafrika wurde der Krake Paul im Sea Life Centre in Oberhausen (Deutschland) acht Mal zur Voraussage eines Spielausganges eingesetzt, indem ihm vor einem bestimmten Match das Futter jeweils in zwei Töpfen offeriert wurde, die je mit der Flagge einer der beiden Mannschaften versehen waren, die gegeneinander antraten. Paul frass stets zuerst aus jenem Topf, deren Equipe in der Folge das Spiel gewann, und wurde damit sozusagen zum «Okrakel».

die Ergebnisse der Schweizer Cracks, insbesondere eines in steuergünstigere Gefilde ausgewanderten Baselbieters, mit Interesse verfolgt, so wie früher diejenigen einer Ostschweizerin, deren vorübergehend erfolgreiche Karriere wenig glänzend zu Ende ging und die sich inzwischen offenbar besser mit Waschmaschinen und angeblich auch mit Pferden versteht. Die Zählweise im Tennis hat Jonny freilich nicht so recht intus, aber das ist angesichts der Komplexität der Regeln bei all denjenigen, die diesen Sport nicht selbst betreiben, irgendwie auch verständlich. Und im Übrigen ist das eigentlich egal und braucht sich auch nicht mehr zu ändern: Denn erstens muss selbst Jonny nicht alles wissen, und zweitens heisst es ja so schön: «Was Hänschen nicht lernt, lernt Hans nimmermehr!»¹¹⁷ Wie auch immer: Jedenfalls bleibt der Fussball für Jonny die wichtigste Nebensache! Er verhält sich da nicht anders als eine Grosszahl, wenn nicht die Mehrheit, des männlichen – und offenbar zunehmend auch des weiblichen – Teils der Menschheit. Welche Zeitungs- und Internetseiten (vielleicht einmal abgesehen von hier nicht interessierenden erotischen¹¹⁸ Darstellungen) werden denn von Männern am meisten konsultiert? Eben! Und mitreden kann eh jeder! Übereinstimmend, konträr oder auch – eher selten – neutral-distanziert. Nur die Gerechtigkeit, die wird auch im Fussball regelmässig beschworen und angefleht, immer mal wieder, je nach Standpunkt, aber auch als inexistent verflucht. Unklare Regeln, falsche oder diskutable Entscheide von Schiedsrichtern oder von Verbandsorganen, übersehene oder gepfiffene grobe oder ungeschickte Fouls oder Penaltys und vieles mehr, das gibt zu reden. Da echauffiert sich manchmal selbst ein Bundesrichter und muss es doch nehmen, wie es ist! Und wie auch immer, sehr bald wird er jeweils wieder zum gewohnt «lachenden Hans»¹¹⁹! Denn so oder so: Von Amtes wegen eingreifen, das kann und darf auch ein Bundesrichter nicht, selbst wenn er noch so möchte. Da bleiben dem Recht und dem Richter Grenzen gesetzt!

117 Redensart; Volksweisheit.

118 Vgl. immerhin aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Erotik etwa BGE 135 II 296; 134 III 341; BGer, C_426/2008, in: StR 64/2009, S. 605; BGer, 2C_694/2007, in: StR 64/2009, S. 38 und BGer, 2C_518/2007, in: StR 63/2008, S. 708, sowie die folgenden Urteile, an denen Jonny als Richter mitgewirkt hat: BGE 129 IV 71 und 177; zur Abgrenzung von der Pornographie vgl. aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa BGE 133 II 136 sowie die folgenden Urteile, an denen Jonny ebenfalls als Richter mitgewirkt hat: BGE 133 IV 31; 131 IV 16 und 64 sowie 128 IV 201 und 260.

119 Lachender Hans, auch Jägerliest oder Kookaburra (*dacelo novaeguinae*): Zur Familie der Eisvögel (*alcedinidae*) gehörendes Federvieh mit Hauptverbreitungsgebiet im Osten und Südosten von Australien. Gibt regelmässig lachende Töne von sich. In der Schweiz in freier Wildbahn ein einziges Exemplar (*unicum*) mit Hauptterritorium in Kriens (Chrientes), aber kaum sesshaft, so von Vogel- und anderen Fachkundigen etwa regelmässig gesichtet im Raum Lausanne (Losanna). Trotz Einmaligkeit kontaktfreudig. Ernährung: von fest bis flüssig alles Mögliche; besonders interessiert an geistiger Nahrung. Umtrieb, rastlos und ständig aktiv. Gesang – abgesehen vom Lachen – und Balzverhalten – abgesehen insbesondere von einer Insiderin – bisher wenig erforscht (frei nach «Wikipedia»).

Trotzdem bleibt festzuhalten: Der Fussball wird – auf den Spielfeldern und in den Stadien sowie abseits (offside!) davon – zunehmend verrechtlicht. Unser gemeinsamer Saunagang hat Hinweise gegeben zur Verflechtung von Fussball und Recht und hat auch offenbart, dass selbst das Bundesgericht sich zunehmend mit Rechtsproblemen im Zusammenhang mit dem Fussball befassen muss. Und das unter den verschiedensten Aspekten! Früher wurde der Fussball vor allem im Verbandsrecht geregelt und beschäftigte insoweit nur ausnahmsweise die ordentlichen Gerichte.¹²⁰ Mit der Professionalisierung kamen arbeitsvertragsrechtliche Streitigkeiten hinzu.¹²¹ Inzwischen ist der Fussball nun aber zum Querschnittsthema in vielfältigen Rechtsbereichen geworden. Durch die im Sport verbreitet üblich gewordenen Schiedsklauseln mit Einsetzung des TAS/CAS kommen verbandsrechtliche Streitigkeiten auch im Fussball kaum mehr vor die staatlichen Gerichte, mit Ausnahme auf dem Weg der Schiedsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, die jedoch, wie gesehen, nur zu einer eingeschränkten Rechtskontrolle führt.¹²² Die sich stellenden Rechtsprobleme beschränken sich indessen schon lange nicht mehr auf das Verbandsrecht. Das Verhältnis von Fussball und Recht wird – wie das Sportrecht schlechthin¹²³ – vielmehr auch in anderen Rechtsbereichen immer spannender und beschäftigt zunehmend die Juristen in den Vereinen, den Verbänden, an den Universitäten und in den Gerichten bis hin zum Bundesgericht.

So wird die schönste Neben- zur Haupt- und mitunter zur Rechtsache, und Sport- und Gerichtsberichterstattung lassen sich manchmal kaum mehr unterscheiden. Diese Verschmelzung von beruflicher Tätigkeit und freizeittlicher Musse (mit der damit verbundenen Hingabe) erlebt nicht zuletzt auch Jonny. Ganz egal, wie lange und wieweit ihn die Rechtsfragen und deren Behandlung noch interessieren werden, eines kann ihm auch künftig niemand nehmen: Den Fussball miterleben als Sport und Spiel und vor allem als Freizeiterlebnis! Mitreden, mitdiskutieren, mitfiebern! Jovial, freundschaftlich, fachkundig, begeis-

120 Vgl. z.B. BGE 108 II 15 (FC Zürich c. Nationalliga), ergangen vor der Ära von Jonny.

121 So z.B. BGE 102 II 211 (FC Servette c. Perroud), ergangen vor der Ära von Jonny.

122 Vgl. vorne II. B.

123 So finden sich inzwischen vielfältige Publikationen zum Sportrecht, die sich unter anderem auch ausdrücklich zum Fussball äussern oder dafür implizit anwendbare rechtliche Überlegungen wiedergeben. Vgl. etwa das schweizerische Standardwerk SCHERRER/MURESAN/LUDWIG/KAISER, *Sportrecht*, 2. Aufl., 2010; sodann auch OSWALD, *Associations, fondations et autres formes de personnes morales au service du sport*, 2010; KAISER, *Sportrecht: Vom (Spannungs-)Verhältnis von Sport und Recht*, in: *AJP* 2011, S. 192 ff. Auch gibt es in der Schweiz mindestens zwei Periodika zum Sportrecht: *SpuRt*, Zeitschrift für Sport und Recht, München/Frankfurt a.M./Bern, sowie *Causa Sport*, Die Sport-Zeitschrift für nationales und internationales Recht sowie für Wirtschaft, Zürich. Ein schweizerisches Standardwerk oder eine schweizerische Fachzeitschrift spezifisch zum Fussballrecht fehlt hingegen (noch), soweit die Autoren insofern den Überblick haben. Vielleicht eröffnet sich hier ein künftiges Betätigungsfeld für Jonny ...

tert und ansteckend, mal optimistisch, mal eher zweifelnd, bisweilen verärgert oder im Gegenteil hoch erfreut, oft auch humorvoll, spitz oder ironisch, nie aber böseartig! So soll es bleiben. Wir wünschen es Dir und uns noch lange, Jonny. Erfreue uns alle weiterhin «rüdig»¹²⁴ als «Hans im Glück»¹²⁵! Und damit kommen wir ausgeschwitzt zum Schluss: Wir haben fertig, Jonny!¹²⁶

124 Siehe Fn. 2.

125 Nach JAKOB UND WILHELM GRIMM, *Kinder- und Hausmärchen*, 2. Aufl., 1819, KHM 83.

126 Siehe Fn. 107.

Das Volk hat immer recht ...

Strafrechtsrevisionen und -entwicklungen im zeitlichen Überblick

von DANIEL FINK

I. Einleitung

Die sozialgeschichtliche Erforschung der Strafrechtsnormen und -revisionen in der Schweiz ist über einzelne Aufsätze und Arbeiten noch nicht hinausgekommen. Zu denken ist an das kleine Büchlein von Louis Carlen zur Rechtsgeschichte der Schweiz oder die umfangreiche und umfassende Dissertation zur Geschichte der bedingten Freiheitsstrafe von Mark Pieth; zu verweisen ist auf die grundlegenden Arbeiten von Lukas Gschwend – darunter zur Abschaffung der Folter in der Schweiz – und die fundiert recherchierten Aufsätze von Urs Germann zur Verwahrung, zum Massnahmenrecht oder zu den nie gebauten Einrichtungen für den Verwahrungsvollzug. In diesem Beitrag soll ein weiterer Aspekt dieses Themenkomplexes behandelt werden, nämlich einige entscheidende Momente der Revisionen des Strafrechtes in der Schweiz.

An Hand einer sozialgeschichtlichen Betrachtung einiger Reformvorhaben, die das Strafrecht in den letzten 200 Jahren betrafen, soll gezeigt werden, dass die Gestalter des Strafrechts, und mit diesen meist auch das Parlament, dem Volk und konservativen Gruppen immer eine Weglänge voraus waren – und wahrscheinlich auch in Zukunft noch sein werden. Die im Strafrecht umgesetzten Vorstellungen der Verfassungsgestalter und der Strafrechtsredaktoren stimmten mit denen des abstimmenden Volkes in Strafsachen nur ganz selten überein. Die immer wieder zu beobachtenden Rückschritte in der Ausgestaltung und Revision des schweizerischen Strafrechts wurden mit der Zeit alle wieder wettgemacht. Rückschritte waren dabei meist Ausdruck von Referenden oder Petitionen sowie von restaurativen Initiativbegehren aus konservativen Kreisen. Sie hatten allerdings nie Bestand, so dass sich gesamthaft gesehen, in der *longue durée*, ein zunehmend humaneres Strafrecht durchsetzen konnte, das in der systematischen Zurückdrängung der Folter, der Körper-, Todes- und heute der Freiheitsstrafe besteht. Es ist davon auszugehen, dass sich diese Humanisierung des Strafrechts, der Sanktionsformen und der Vollzugsmodalitäten von Sanktionen, in den von Norbert Elias beschriebenen, ungeplant sich vollziehenden Zivilisationsprozess einfügen.

Die eben angedeutete, etwas abstrakte These soll im Folgenden anhand von vier exemplarischen Entwicklungen illustriert werden. Dabei ist einzugestehen, dass verschiedene Detailspekte noch kaum Gegenstand von Forschungen waren und Entwicklungen nur ungenügend nachgezeichnet werden können.

Trotzdem belegen die hier behandelten Aspekte die oben angedeutete Entwicklungslogik des Strafrechts. Diesen Beispielen kommt umso mehr Bedeutung zu, als das am 1. Januar 2007 in Kraft gesetzte Revisionsvorhaben zur Modernisierung des Sanktionenrechts mit Berufung auf das Volk wieder rückgängig gemacht werden soll. Es soll rückgängig gemacht werden, obwohl ein Blick in die Geschichte das Verständnis für die historische Entwicklungslogik freimacht und davon ausgegangen werden kann, dass ein temporärer Rückschritt ins Sanktionenrecht des 20. Jahrhunderts durch den weiteren Gang der Geschichte wieder eingefordert wird. So eindeutig Folter, Körper- und Todesstrafe, Kerker und Verliese der Geschichte angehören, Instrumente eines überholten Sanktionenregimes darstellen, so unvermeidbar werden auch Freiheitsstrafe, Gefängnisse und Vollzugsanstalten mit der Zeit durch neue Kontrollinstrumente ersetzt werden. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass letztere letztlich humaner sind und den vielfältigen Strafzielen nichtsdestotrotz entsprechen. Verschiedene Entwicklungen legen die Interpretation nahe, dass das Sanktionenregime des Industriezeitalters, das von externer Disziplinierung gekennzeichnet ist, durch ein Sanktionenregime des Kommunikationszeitalters, in dem die fremdbestimmte Selbstdisziplinierung im Zentrum steht, ersetzt werden wird. Wann dem so sein wird, ist sicherlich ungewiss; dass dem so sein wird, soll hiernach dokumentiert werden.

II. Vier Reformen

A. Die Abschaffung der Folter als Verhörmethode – Rechtsstaatlichkeit in der Untersuchung

Im Jahre 1788 wurde in Carouge, einem damals unabhängigen Städtchen in der Nähe der Stadt Genf – Carouge und Genf unterstanden zu diesem Zeitpunkt der savoyischen Krone –, der Bau eines neuen Gefängnisses fertiggestellt. Der Baubeginn war mangels Ressourcen 10 Jahre aufgeschoben worden, wobei die Baukonzeption vom Turiner Architekt Givoanni Battista Ferrogio stammte. Das Gebäude wurde vom savoyischen Staat finanziert. Es wurde in der Mitte des Städtchens gebaut, bestand aus einem zweistöckigen Gebäude mit Innenhof, in dem neben einem Confortario, einem Trösträumchen für zum Tode Verurteilte, einem Galgen im Hof, auch Böcke zum Vollzug von Körperstrafen zu finden waren. Es enthielt 10 Zellen. Von Bedeutung ist, dass in dieser Einrichtung, die auch als Untersuchungsgefängnis zu dienen hatte, im 1. Stockwerk noch ein eigener Raum für die Folter («Sito della Tortura») eingerichtet worden war.¹ Ähnliche Räumlichkeiten zur gewaltsamen Hervorbringung der «Wahrheit» in Kriminalangelegenheiten gab es in vielen Städten in der Schweiz, so

1 ZURBUCHEN, Prisons de Genève, Etat de Genève, Genève 1977.

z.B. im bernischen, später waadtländischen «Staatsgefängnis», dem Château de Chillon, in den verschiedenen Türmen in Fribourg², oder im Wellenberg-turm in Zürich, neben vielen anderen. Kaum ein Jahr darnach war die Folter als menschenunwürdige Untersuchungsmethode in Frankreich und 1798 in der Helvetischen Republik, noch vor der Annahme des Peinlichen Helvetischen Gesetzbuches abgeschafft worden. Nachdem Carouge und Genf in die nachhelvetische Schweiz (1816) integriert worden waren, wurde dieses Gebäude, gebaut im Geiste eines nun überholten Untersuchungs- und Sanktionenregimes, kaum 20 Jahre alt, abgerissen und an dessen Stelle eine Schule gebaut, eigentliches Wahrzeichen der neuen Zeit. In vielen Kantonen wurden die Folterörtlichkeiten im Zeichen der Modernisierung des Strafrechts geschlossen.

Die bürgerlichen Konzeptionen des Rechtsstaates, der Bruch mit dem bisherigen Straf- und Strafprozessrecht und der Praxis der Caroline sowie die Forderungen nach Umsetzung aufklärerischer Prinzipien der Menschlichkeit führten dazu, dass bereits im ersten Jahr der Existenz der helvetischen Republik die Folter abgeschafft wurde. Das Gesetz vom 12. Mai 1798 verfügte, «dass von jetzt an in ganz Helvetien die Tortur abgeschafft seie.»³ Gleichzeitig ging das Justizdepartement der Helvetischen Republik daran, die Durchführung von Untersuchungen und Untersuchungshaft, wenn nicht gesetzlich zu regeln, so doch gewissen Regeln zu unterstellen und eine zentralstaatliche Aufsicht einzurichten.

So versandte am 11. Oktober 1798 der Justizminister ein Zirkularschreiben an die Regierungsstatthalter, in dem er mitteilte, dass die Regierung über die Inhaftierung der Bürger und Bürgerinnen Helvetiens laufend zu unterrichten sei. Sie wollte ihre Aufmerksamkeit auf diejenigen richten, «die in den Gefängnissen sich befinden, da es ihre Pflicht ist, zu finden, dass Unschuldige darin nicht lange schmachten mögen, und dagegen über Schuldige nicht zu langwierige Gefangenschaften eine Grausamkeit ausgeübt wird, die die Gesetze nicht erlauben. So wünschte das Direktorium eine vollkommene Kenntnis über die Anzahl der gegenwärtig sich in dem Gefängnis befindenden Bürgern zu erhalten, die Anzeige ihres Vergehens, die Art ihrer gefänglichen Anhaltung, den Tag ihres Verhafts oder Gefangennehmung, die Tage, an welchen sie verhört wurden und endlich einen kurzen Bericht über das Vorgefundene.»⁴ Zweck der Berichterstattung war die Aufsicht über die Anwendung der Untersuchungshaft und die «Überprüfung der Arbeitsweise der Gerichte». Gleichzeitig ging es, wie der Einleitungssatz zeigt, um die Zurückdrängung von Willkür in der Einschrän-

2 SCHOENENWEID, L'abolition de la torture et de la peine de mort dans le canton de Fribourg, in RFJ/FZR 2008, S. 256.

3 ZWICKY, Das Gefängniswesen zur Zeit der Helvetik, Zürich 1982, 3. Kap., B.1.

4 ZWICKY (Fn. 3), 3. Kap., B.1; Die Begrifflichkeiten und die Schreibweise der zitierten Textteile aus den Originaldokumenten wurden beibehalten.

kung der persönlichen Freiheit durch unangemessene Inhaftierung. Der Regierung waren nach Distrikten und Kanton geordnete «Gefangenschaftstabellen» zuzusenden. Obwohl anfänglich einige Disziplin in der regelmässig Zusendung der Tabellen bewiesen wurde, deutet alles darauf hin, dass diese ab 1801 nicht eingingen.

Bereits kurze Zeit später wurde auf mehr administrativem Wege versucht, Informationen über die Durchführung von Untersuchungen und die eingesetzten Einrichtungen zu erlangen. Am 3. April 1800 erliess das Justizdepartement ein provisorisches Reglement für die Verhalts- und Gefängnishäuser, dessen Präambel lautete: «In Erwägung des dringenden Bedürfnisses von einem provisorischen Reglement für die Verhalts- und Gefängnishäuser, und bei dem Wunsche zur Vereinigung dessen, was man der öffentlichen Sicherheit schuldig ist, mit demjenigen was die Menschlichkeit fordert,...».⁵ Reglementiert wurde die Aufsicht über die Verhalts- und Gefängnishäuser, die wirtschaftliche Verwaltung derselben, die Aufgaben von Polizei, Wärtern und Kerkermeistern. Letztere hatten die Gefangenen nicht nur mit «Sanftmut und Menschlichkeit» zu behandeln, sondern waren auch dafür verantwortlich, dass die Gefangenenzellen «sauber, gesund und ordentlich gehalten» und die Insassen genügend ernährt würden. Auferlegt wurde dem Personal eine rigorose Berichterstattung zu Ein- und Austritten, zu den Gründen der Inhaftierung, neben vielen anderen Aspekten, wie z.B. zu den Entweichungen. Die täglichen Berichte zur Lage in den Haftanstalten waren über die Munizipalbeamten an die Unterstatthalter zu richten, die ihrerseits das Justizministerium über den Regierungsstaathalter zu informieren hatten. Dass es damit nicht zum besten bestellt war, kann daran erkannt werden, dass bereits am 28. Mai 1800 der Justizminister per Zirkular sich darüber beklagte, dass noch aus keinem Kanton Berichte eingegangen waren, wie dies das Reglement vom 3. April 1800 verlangt hatte. «Der zweckmässige und für den Staat der wenigst kostspielige Unterhalt der Gefangenen ist eine meiner ersten Sorgen, und ich bedarf daher der genauesten Aufschlüsse über diesen Gegenstand, welche ich von Euch Bürger Verwalter zu erwarten berechtigt bin».⁶

Der Durchsetzung von Rechtsstaatlichkeit in Untersuchungsangelegenheiten waren Grenzen gesetzt, insofern die geplante helvetische Strafprozessordnung nie geschrieben wurde und in der kurzen Zeit der Existenz der Helvetischen Republik die Interventionsmöglichkeiten begrenzt waren. Die beschriebenen Massnahmen belegen jedoch die Anstrengungen der Helvetischen Regierung und ihres Justizministers zur Abschaffung der Folter, zur Beschränkung von Willkür in Untersuchung und Inhaftierung und zur Wahrung der Rechte des Angeklagten. An dieser Stelle muss ein vom 1. Justizministers B. F. Kuhn 1802

5 ZWICKY (Fn. 3), 3. Kap., A.1.

6 Idem.

verfasstes Gutachten zur Organisation der Staatssekretariate und des Departements der Rechtspflege und Polizei zitiert werden, da es den Geist aus der damaligen Zeit wie kein anderes Dokument wiedergibt. Zu den Verhaftshäusern und zur Untersuchung meint er: «Wenn ich sage, dass die meisten Verhaftshäuser in der Schweiz und ihre Einrichtungen aus einem Zeitalter herrühren, wo dieselben auf das Axiom berechnet wurden, dass jeder Angeklagte des ihm beigemessenen Verbrechens schuldig sei; wenn es richtig ist, dass viele unserer Zeitgenossen diesen schrecklichen Begriff aus dem ehemaligen Zustand in die neue Ordnung der Dinge und auf ihre Richterstühle herübergebracht und auf die Behandlung der Gefangenen angewendet haben; wenn endlich nicht geläugnet werden kann, dass die gänzliche Erschöpfung der Hilfsquellen der Republik auch in Rücksicht dieser Anstalten sich auf eine oft schreckliche Art geäußert hat, so wird man die Nothwendigkeit einer allgemeinen und durchgreifenden Massregel und einer fortdauernden Oberaufsicht nicht in Zweifel ziehen. – Wenn man von dem Grundsatz ausgeht, dass jeder Angeschuldigte ungeacht des ihm beigemessenen Verbrechens und der gegen ihn erhaltenen Anzeige unschuldig sein könne, und man das Verfahren gegen den Beklagten auf diese Voraussetzung bauen will (...), so folgt daraus, dass der Staat kein weiteres Recht über einen Verhafteten habe als das, sich seiner Person (so) zu versichern, dass er sich der über ihn verhängten Untersuchung nicht entziehen könne. Die Entwicklung dieses Grundsatzes gehört in ein künftiges Criminalgesetzbuch.»⁷ Trotz der Massnahmen der Helvetischen Republik und den programmatischen Schriften ihrer aktivsten Vertreter waren bis zur endgültigen Abschaffung der Folter, die allerdings nach 1800 nur noch selten angewandt wurde, weitere 70 Jahre notwendig, wie Gschwend und Winiger⁸ in ihrer Schrift zur endgültigen Abschaffung der Folter nachweisen. Die wegweisenden Entscheidungen waren jedoch 1798 gelegt worden.

B. Die Abschaffung der Körperstrafe – die Aufgabe antiquierter Sanktionsformen

In der Zwischenzeit war das Peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Republik (HPG) am 4. Mai 1799 angenommen worden. Im Zentrum stand eine Hierarchie der Strafen, welche neu proportional zu den begangenen Straftaten definiert war, die ihrerseits in Bezug auf ihre Schwere in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen unterteilt wurden. In der Hierarchie zuoberst platziert war die Todesstrafe, die mit dem Schwert zu vollziehen war und nur für Mord und Totschlag sowie schwerste Verbrechen gegen den Staat vorgesehen war. Es folgten

7 KUHN, Gutachten über die Organisation der Staatssekretariate überhaupt und über diejenigen des Departements der Rechtspflege und Polizei insbesondere, o.D. (Ende August), Akten der Helvetischen Republik, Juli und August 1802, S. 547.

8 GSCHWEND/WINIGER, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2008.

die Kettenstrafen, die Stockhausstrafe und die einfache Einsperrung, die alle mit Pranger und weiteren Nebenstrafen kombiniert werden konnten. Im HPG stellte die Körperstrafe insofern keine vorgesehene Sanktionsform mehr dar. Die Graduierung der Freiheitsstrafe führte zur Bestimmung, dass Zucht-, Stock- und Einsperrungshäuser zu errichten seien.⁹

In gleich rapider Weise vollzog sich in der Helvetischen Republik der Wandel im Vollzug der damals immer nur unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen. Ausgehend von der Feststellung, dass im Jahre 1800 noch kaum Einrichtungen für den Vollzug bestanden, ging das helvetische Justizministerium daran, verteilt auf die Kantone, bestehende Einrichtungen zum Vollzug von Freiheitsstrafen zu requirieren bzw. neue aufzubauen. Als erste (und schliesslich einzige) ging die helvetische Zentralzuchtanstalt in Baden in die Geschichte ein. Obwohl noch einige Jahre bis zum vollständigen Durchbruch des Systems des modernen Strafrechts und der neuen Sanktionen notwendig waren, bereits 1799 war das neue Sanktionenregime definiert und in den Bestimmungen des Strafgesetzbuches festgelegt.

Ebenso schnell wie diese Neuerungen eingeführt worden waren, wurden sie allerdings – vorläufig – durch die Mediationsakte von 1803 wieder in Frage gestellt. Die wieder erlangte Hoheit der Kantone in Gesetzgebungsfragen von Polizei, Justiz und Freiheitsentzug führte dazu, dass das absolute Verbot der Folter in einzelnen Kantonen wieder aufgehoben wurde. Auch Körperstrafen und weitere mittelalterliche Sanktionsformen wurden hier und da wieder eingeführt. Diese Wiedereinführung wurde dabei immer wieder mit dem Wunsch des Volkes nach grösserer Sicherheit und harten Sanktionen gerechtfertigt.

Den aufgeklärten Kreisen waren diese Sanktionsformen ein Dorn im Auge, die sie allerdings nur durch eine Zentralisierung des Strafrechts im neu gegründeten Bundesstaat gesamtschweizerisch bekämpfen konnten. Diese wurde zwar an der konstituierenden Tagsatzung von 1848 beantragt, war jedoch nicht mehrheitsfähig. In der ersten Revision der Bundesverfassung von 1866 war vorgesehen, dem Bundesrat die Kompetenz zur Abschaffung einzelner Strafarten zu übertragen, insbesondere der Prügel- und allenfalls der Todesstrafe. Im Abstimmungskampf um das obligatorische Referendum, in dem in der öffentlichen Debatte vor allem die Prügelstrafe thematisiert wurde, fiel das Anliegen mit 34% Jastimmen zu 66% Neinstimmen durch.¹⁰ Nach dem Scheitern der Totalrevision von 1866 und der Teilrevision von 1872 wurde schliesslich eine überarbeitete Totalrevision der Bundesverfassung 1874 angenommen. In dieser

9 HELVETISCHES PEINLICHES GESETZBUCH, Luzern, 1799, Art. 12 HPG: «Ein besonderes Gesetz wird bestimmen, in welcher Anzahl und an welchen Orten dergleichen Häuser angelegt werden sollen». Mit gleichem Wortlauf: Art. 18 und 27 HPG.

10 LINDER/BOLLIGER/RIELLE (Hrsg.), Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007, Bern 2010.

wurden, neben vielen anderen Innovationen, die Körperstrafen, die Schuldhaft und die Todesstrafe abgeschafft. Während die Abschaffung der Körperstrafen den Widerstand aus den konservativen Kreisen überstand, konnte die Abschaffung der Todesstrafe nicht aufrechterhalten werden.

C. Die Abschaffung der Todesstrafe – heftige Verteidigung einer nicht mehr angewandten Sanktion

Im Peinlichen Gesetzbuch der Helvetischen Republik wurden 28 Straftaten mit der Todesstrafe sanktioniert. Es handelte sich insbesondere um die im ersten Titel des zweiten Teils aufgeführten, stark differenzierten Verbrechen gegen das Gemeinwesen und dann um einzelne, im zweiten Titel aufgeführte Verbrechen wie Totschlag oder Kastration. Rädern, Vierteilen und weitere Marterformen mit dem Ziel des Vollzugs der Todesstrafe gehörten der Vergangenheit an. Auf die strikte «Beraubung des Lebens» ausgerichtet, konnte sie nun nur noch als Enthauptung ausgeführt werden.

Die Mediationsakte brachte auch hier einen Rückschritt, insofern die Kantone nicht mehr an die Sanktionsformen aus der Helvetik gebunden waren und einzelne Kantone tatsächlich zu vorhelvetischen Formen zurückfanden. Gleichzeitig ist jedoch festzuhalten, dass erste Kantone schon kurze Zeit später die Todesstrafe abschafften und an deren Stelle die lebenslange Inhaftierung setzten, so in Fribourg, wo die Todesstrafe 1835 ausgedient hatte (auch wenn sie später für kurze Zeit wieder eingeführt wurde), so in Neuchâtel 1846.

Auf Bundesebene wurde die Todesstrafe für die Sanktionierung von politischen Verbrechen bereits vor 1848 verboten, dies im starken Gegensatz zum Peinlichen Gesetzbuch. In der Bundesverfassung von 1848 wurde dieses Verbot in Art. 54 BV (1848) bestätigt: «Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurtheil gefällt werden». Die liberalen Kreise waren von allem Anfang an für eine Ausdehnung dieses Verbots auf alle Straftaten, kamen jedoch weder 1848 noch bei den Referenden für die Revisionen der Bundesverfassung von 1866 und 1872 durch. Neben der Abschaffung der Körperstrafen und der Schuldhaft sollte mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 auch die Todesstrafe abgeschafft werden. Dieser Totalrevision stimmten schliesslich Volk und Stände massiv zu (63% Ja- und 37% Neinstimmen). Konservative Kräfte gaben jedoch in dieser Frage nicht nach und forderten mittels einer Petition, die 31 000 Unterschriften enthielt, die Wiedereinführung der Todesstrafe.¹¹ Gegen die ablehnende Haltung des Bundesrates trat die Bundesversammlung dafür ein, den Kantonen die Wiedereinführung der Todesstrafe zu erlauben. Im obligatorischen Referendum wurde die Vorlage mit 52% zu 47% angenommen.¹² Der

11 Idem.

12 Idem.

Art. 65 BV (1879) lautete nun neu: Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden. Körperliche Strafen sind untersagt.» Damit wurde den Kantonen erlaubt, die Todesstrafe auf ihrem Gebiet für nicht politische Verbrechen wieder einzuführen. In den drauffolgenden Jahren geschah dies in einigen Kantonen, nämlich 1880 Uri, Obwalden und Appenzell Inner-Rhoden, 1881 Schwyz, 1882 Zug und St. Gallen, 1883 Luzern und Wallis, 1893 Schaffhausen, 1894 Fribourg. Um 1900 war diese Strafe in 8 Kantonen und 2 Halbkantonen noch in Kraft. Zusammen zählten diese Kantone etwas über 900 000 Einwohner bei einer Gesamtbevölkerung von 3,5 Millionen Einwohnern.¹³

Dass die Todesstrafe allerdings bereits ausgedient hatte, zeigt sich daran, dass diese Sanktion zwischen 1874 und der Vorlage des Vorentwurfes des Strafgesetzbuches 1893 nur ein Mal vollstreckt worden war.¹⁴ Neben grundsätzlichen Erwägungen war es denn auch der absolute Bedeutungsverlust der Todesstrafe der dazu führte, dass Carl Stooss als Redaktor des Vorentwurfes eines schweizerischen Strafgesetzbuches die Todesstrafe nicht mehr ins Sanktionensystem aufnahm.

Nach langwierigen Überarbeitungen in Expertengruppen, Kommissionen und in den Räten, die viele Elemente der modernen Konzeption des Sanktionenrechts von C. Stooss wieder rückgängig machten, wurde das Schweizerische Strafgesetzbuch am 21. Dezember 1937 in den Räten verabschiedet. Der damit gefällte Entscheid für die Abschaffung der Todesstrafe führte wiederum konservative Kräfte dazu, das Referendum zu ergreifen. «Inhaltlich richtet sich der Widerstand vor allem gegen den fehlenden Vergeltungscharakter des neuen Strafrechts und die Abschaffung der Todesstrafe. Das Strafgesetzbuch kenne, werfen die Gegner vor, die Begriffe von Schuld und Sühne kaum mehr, die «als ewige Gesetze und für die Erhaltung einer wahren Volksmoral nötig» (TA 13.6.1938) seien. Stattdessen zeige es «nur noch Verständnis für den Rechtsbrecher», was einer «weichlichen Humanitätsduselei und einer Schwäche» gleichkomme (ebd.).»¹⁵ In der Abstimmung vom 3. Juli 1938 wurden das Strafgesetzbuch und die Abschaffung der Todesstrafe in zivilen Strafsachen angenommen.

13 **Zu Frage der Abschaffung, Wiedereinführung und Anwendung der Todesstrafe im 19. Jahrhundert:** GUILLAUME: L'état actuel de question de la peine de mort en Suisse, in: Zeitschrift für Schweizerische Statistik, XXI. Jhg., 1885, S. 23 ff. und Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918, Schweiz. Bundesblatt vom 7.8.1918, S. 12/13.

14 **STOOSS, Motive zum Vorentwurf für ein schweizerisches Strafgesetzbuch,** Basel und Genf 1893, S. 36.

15 **LINDER/BOLLIGER/RIELLE (Fn. 10).**

D. Die Zurückdrängung der Freiheitsstrafe – vom fehlenden Widerstand zur wilden Opposition

Im Peinlichen Gesetzbuch der Helvetischen Republik waren die Strafandrohungen absolute. Für jede Straftat wurde eine Straftat – Ketten-, Stockhaus- und Einsperrungsstrafe – definiert, wobei deren fixe Dauer mit einer einfachen Jahreszahl angegeben war. Auf Totschlag (Art. 133 HPG) standen 20 Jahre Kettenstrafe, auf falsches Zeugnis in bürgerlichen Rechtssachen (Art. 203 HPG) 6 Jahre Stockhausstrafe und auf Verwundung an Armen, Beinen, Schenkel oder Füßen (Art. 147 HPG) 3 Jahre einfache Einsperrung. Damit möglichst viele Situationen der Strafbegehung abgedeckt werden konnten, wurden die Straftaten nach vielen verschiedenen Vorgehensweisen mit entsprechender fixer Strafe abgestuft. Noch zur Zeit der Helvetischen Republik wurden diese Bestimmungen aufgeweicht und dem Richter gewisse Kompetenzen übertragen, die Strafe an die Schwere des Verschuldens anzupassen. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde das System der Strafandrohungen flexibilisiert und in den kantonalen Strafgesetzbüchern eingeführt. Im Vorentwurf für ein schweizerisches Strafgesetzbuch von C. Stooss wurde dann bereits ein komplexes System von Strafandrohungen umgesetzt. Nicht nur wurden nun die verschiedenen Sanktionen untereinander abgestuft, sondern auch die Strafandrohungen für jede Straftat differenziert und in Form von Strafraumen festgehalten. Im Vordergrund stand nun zudem die allgemeine Bestimmung, in der Strafzumessung die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen (Art. 36 VE StGB 1893). Zudem galten Gründe für Strafmilderung bzw. für die Strafschärfung (Art. 37 und 39 VE StGB 1893). Schliesslich wurden Bestimmungen zum Vollzug, zur Unwandlung und Anrechnung von Strafen oder Teilen von Strafen festgelegt.

Im Entwurf unterschied C. Stooss die Freiheitsstrafen und die Vermögensstrafen. Unter ersteren verstand er die Zuchthausstrafe (lebenslänglich oder von 1 bis 15 Jahre) und die Gefängnisstrafe (von 8 Tagen bis 1 Jahr). Bei Übertretungen war neben der Busse Haft vorgesehen (Art. 19 und 20 VE StGB 1893). Im Weiteren sah er die Einführung von Massnahmen für «Liederliche und Arbeitsscheue» in Arbeitserziehungshäusern vor und für rückfällige schwere Verbrecher die Einweisung in eine Verwahranstalt (Art. 23 und 24 VE StGB 1893). Zentral war in diesem modernisierten Sanktionen- und Vollzugssystem die Bestätigung der in vielen Kantonen bereits eingeführten bedingten Entlassung (Art. 22 VE StGB 1893) als feste 3. Stufe des Progressivsystems und die Einführung der Möglichkeit, den Strafvollzug (Art. 46 VE StGB 1893) einzustellen. Während die bedingte Entlassung nur für Freiheitsstrafen von über einem Jahr vorgesehen war, war die Einstellung des Strafvollzugs bei Gefängnisstrafen von höchstens 6 Monaten Dauer vorgesehen. Unter den Vermögensstrafen verstand C. Stooss die Geldstrafe, welche den Verhältnissen des Schuldigen angepasst

werden sollte, denn «Geld kann nur Dem entzogen werden, der Geld besitzt; daher kann auch nur Dem zur Strafe Geld entzogen werden, der welches hat. Wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren.» (Art. 27 VE StGB 1893). Vorgesehen war die Einführung der Möglichkeit, «freie Arbeit» an Stelle der Bezahlung einer Geldstrafe zu leisten. Nur diejenigen, die «böswillig» weder Geldstrafe noch Arbeit erbringen würden, würden schliesslich auf richterliche Verfügung hin zur Leistung einer Arbeit in einer Strafanstalt eingewiesen werden.

Im Strafgesetzbuch, das dann 1942 eingeführt wurde, waren diese resolut modernen Sanktions- und Vollzugsvorstellungen zum Teil rückgängig gemacht worden, andere waren der Zeit angepasst worden. Es vergingen 30 Jahre bis anfangs der 1970er Jahre die Sanktionsformen und Vollzugsmodalitäten erneut modernisiert werden mussten, ohne dass diesmal bedeutender Widerstand geweckt worden wäre. Bedingt durch die heftige Kritik an den psychiatrischen Institutionen wurde 1971 im Massnahmenrecht die Möglichkeit eingeführt, die Massnahmen ambulant durchzuführen, wobei die gleichzeitig ausgesprochene Freiheitsstrafe aufgeschoben würde. Bei Erfolg würde auf deren Vollzug verzichtet werden. Der Vollzug von Freiheitsstrafen wurde weiter durch die Einführung der Halbgefängenschaft und Halbfreiheit im Jahre 1974 gelockert; gleichzeitig kamen die ersten Formen des Hafturlaubs auf. Die Humanisierung des Vollzugs von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen wurde schliesslich abgeschlossen, indem die Einführung der gemeinnützigen Arbeit als Vollzugsform von unbedingten kurzen Freiheitsstrafen (von 1990 bis 1995 bis 1 Monat, von 1996 bis 2006 bis 3 Monate) deren Vollzug in Anstalten zum Teil ersetzte. Ab 2000 wurde rund ein Viertel bis ein Drittel der kurzen unbedingten Freiheitsstrafen nicht mehr in Anstalten vollzogen. Zusammen mit den in Form der Halbgefängenschaft vollzogenen Strafen war rund die Hälfte der Verurteilten mit unbedingt zu vollziehenden Strafen nicht mehr im Vollzug. Diese Lage wurde 1999 nochmals verändert, indem kurze Freiheitsstrafen oder Teile von längeren Freiheitsstrafen unter elektronischer Überwachung vollzogen werden konnten. Obwohl noch schwach entwickelt, weil nur in 6, später in 7 Kantonen umgesetzt, belegt die Einführung dieser Vollzugsform den Übergang von der eisernen Kettenstrafe des Industriezeitalters – wie sie im Helvetischen Gesetzbuch vorgesehen war – zur elektronischen Fussfessel des Kommunikationszeitalters.

Parallel zu diesen Entwicklungen, die einzelne einzuführende Bestimmungen vorwegnahmen, wurde die Revision des Strafgesetzbuches auf Grundlage des Revisionsentwurfes von Professor H. Schultz vorangetrieben. In einem seiner Überblicksartikel zur Beurteilung des schweizerischen Strafrechts 30 Jahre nach Einführung des StGB stellte er zum Vorentwurf von C. Stooss fest: «Wie weit Carl Stooss seiner Zeit voraus gewesen war, geht ferner daraus hervor, dass beinahe achtzig Jahre später die Schweiz noch immer mit dem von ihm entworfenen Strafrecht lebt und gleichwohl ein einigermaßen modernes Straf-

recht ihr eigen nennt. Denn im Vorentwurf von 1893 finden sich, wenigstens in den Grundzügen vorgezeichnet, alle die Einrichtungen, welche ein Strafrecht des ausgehenden 20. Jahrhunderts als zeitgemäss aufweisen.»¹⁶ Zu den modernen Bestimmungen zählt er u.a. die Einführung des bedingten Vollzugs von Freiheitsstrafen, die bedingte Entlassung, die Einführung der Massnahmen. Zentrales Anliegen der von H. Schultz vorbereiteten Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches war die resolute Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe. Kurze Freiheitsstrafen sollten grundsätzlich durch Geldstrafen und gemeinnützige Arbeit ersetzt werden. Nach erneuten lang andauernden Überarbeitungen und Debatten in Expertengruppen, Kommissionen und im Parlament wurde das Kernstück der Revision in Bezug auf die Freiheitsstrafe in der Bundesversammlung am 13. Dezember 2002 angenommen.

Kaum verabschiedet und noch vor dessen Umsetzung ab 1. Januar 2007 wurde das hauptsächliche Anliegen der Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches mit dem Argument der Umsetzung einer «Kuscheljustiz» aus konservativen Kreisen, die sich vor allem unter den Strafverfolgungsbehörden rekrutierten, angeschossen. Noch bevor empirische Befunde einer Evaluation der Umsetzung des revidierten Strafrechts vorlagen, gingen diese Kreise davon aus, dass die general- und spezialpräventive Wirkung des Strafrechts verloren gegangen sei – ein Argument, wie es bereits anlässlich der Abschaffung der Körper- und später der Todesstrafe vorgebracht worden war. Mit Rückgriff auf eine angerufene Volksmeinung vertreten diese Kreise, die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe sei unumgänglich, sollten Kriminalitätsaufkommen und Rückfälligkeit im Griff behalten werden. Trotz einer Sondersession des Nationalrates zur Revision des Strafrechts im Juni 2009, an der widersprüchliche Vorstösse angenommen wurden, trotz eines darauf in aller Schnelle ausgearbeiteten Vorschlages zur Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe ist dieses Vorhaben noch nicht über Vorarbeiten hinausgekommen. Welches auch immer die Bestimmungen zur Freiheitsstrafe sein werden, aus der hier kurz nachgezeichneten Entwicklungslogik der Freiheitsstrafe und der früher eingesetzten Sanktionsweisen geht hervor, dass sie mittel- oder langfristig zurückgedrängt und andere Sanktionsmittel an deren Stelle treten werden.¹⁷

16 SCHULTZ, Dreissig Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, ZStrR 1972, S. 4.

17 Für einen statistisch unterlegten Überblick über die Anwendung der Freiheitsstrafe und ihre Zukunft, siehe Überwachen statt Einsperren, BFS, Neuchâtel 2009.

III. Schluss

Beschränkt auf vier Aspekte der Modernisierung des Strafrechts – die Abschaffung von Folter, Körper- und Todesstrafe sowie die Zurückdrängung der Freiheitsstrafe – wurde hier versucht, einige Hinweise zur Entwicklungslogik des Sanktionenrechts in der Langzeit zu geben. Dabei beschränkte sich diese Darstellung auf wenige ausgewählte historische Momente, in denen die Entwicklung richtungsweisend entschieden wurde, wobei auf die eine oder andere Verzögerung und den einen oder anderen Rückschritt verwiesen wurde. Es handelte sich dabei um Widerstand, der aus einer konservativen Ecke kam, um die Verteidigung von Strafvorstellungen aus alten Zeiten, welche mit den empirischen Erkenntnissen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie nicht mehr übereinstimmten bzw. übereinstimmen. Indem die Redaktoren der Vorentwürfe der gesamtschweizerischen Strafgesetzbücher vom fortgeschrittensten Stand des Wissens ausgingen, legten sie jeweils die Grundlagen für ein fortschrittliches Strafrecht der Schweiz. Historisch interpretiert mobilisieren konservative Kräfte immer mittels bereits überholter Sanktionsvorstellungen gegen die dem Strafrecht inhärente Entwicklungslogik. Dass sie bei diesem Unterfangen letztlich von der Geschichte überholt werden, war oder ist sicherlich vielen bewusst. Zu wünschen wäre eine allgemein verbesserte Aufklärung von Volk und Volksvertretern über längerfristige Entwicklungslogiken des Strafrechts, da deren Kenntnis einen Beitrag zur Dämpfung emotionaler und exzessiver Sanktionswünsche und zur Korrektur irrationaler und absurder Strafvorstellungen leisten könnte. Das Volk hat zwar verschiedentlich Neuerungen im Strafrecht kurzfristig abgewendet und somit recht behalten, verhindert wurden die ursprünglich vorgeschlagenen Neuerungen im Strafrecht jedoch nicht.

Vom Beijinger Seidenmarkt zum chinesischen Kulturgüterexport

Die rechtliche Regelung der Ausfuhr von Kulturgütern aus der Volksrepublik China (VR China)

VON HARRO VON SENGER

Vorbemerkungen

- 1) Sämtliche im Folgenden wiedergegebenen Informationen einschliesslich aller Hinweise auf chinesische Weltnetz-Seiten beruhen auf dem Kenntnisstand vom 19. Dezember 2010.
- 2) Nummern in runden Klammern hinter den in Fussnoten erwähnten Rechts-erlassen oder amtlichen Dokumenten verweisen auf die Nummerierung derselben hinten im «Anhang».
- 3) In der vorliegenden Abhandlung wird auf sinologisches Beiwerk in Form von chinesischen Schriftzeichen verzichtet. Diese werden lediglich in der allgemein verbreiteten Pinyin-Umschrift wiedergegeben.
- 4) Was in der vorliegenden Abhandlung dargeboten wird, ist lediglich ein allgemeiner Überblick ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Zwei Mal hatte ich im neuen Jahrtausend die grosse Ehre und das aussergewöhnliche Vergnügen, zusammen mit Hans «Jonny» Wiprächtiger Teilnehmer je einer aus Schweizer Juristinnen und Juristen zusammengesetzten Delegation zu sein, die auf Einladung des chinesischen Justizministeriums das Reich der Mitte besuchte. Die beiden juristischen Inspektionsreisen fanden in den Jahren 2002 und 2004 statt. Zu den Höhepunkten gehörten die Besuche des Autonomen Gebiets Ningxia der Hui-Volksgruppe und des Autonomen Gebiets Xinjiang der Volksgruppe der Uighuren.¹ Beide Reisen fanden unter der Ägide von Professor Thomas Fleiner vom Föderalismus-Institut der Universität Freiburg i.Ue. statt, dem an dieser Stelle für seine Initiative und seine sorgfältige, von Herrn Dr. Matthias Messmer kompetent umgesetzte Organisation herzlich gedankt sei.

1 Über die zweite Reise s.: Strategiemeindrücke während einer China-Reise als Mitglied einer Schweizer Juristendelegation (21.9.–12.10.2004), in: VON SENGER: Supraplanung – Unerkannte Denkhorizonte aus dem Reich der Mitte, München 2008, S. 163 ff.



Bild 1: Jonny auf einem Bankett in Beijing am 23.10.2002

Soweit ich mich erinnere, suchten Jonny und ich beim Zwischenhalt in Beijing jeweils gemeinsam den zu jener Zeit unter Nichtchinesen populären Beijinger «Seidenmarkt» an der Xiushui-Strasse (Strasse am Hübschen Wasser) auf. Die unter Chinesen als «Xiushui Shichang» (Markt am Hübschen Wasser) bekannte Ansammlung von Verkaufsständen entstand 1980, als einige Händler aus Beijing spontan damit begannen, dort Kleider und Kurzwaren zu verkaufen. 1985 genehmigte die Beijinger Stadtregierung offiziell die Einrichtung des Marktes am hübschen Wasser. Einzelne Händler begannen mit dem Verkauf von Seidenprodukten und Kunstgewerbeartikeln. Die Verkaufsstände an beiden Seiten der engen Gasse nahmen stetig zu, doch kamen die Händler nun verstärkt aus anderen Gebieten Chinas. Ausländische Touristen entdeckten den an das Botschaftsviertel angrenzenden Markt und gaben ihm Namen wie «Silk Alley (Seidenallee)» oder «Silk Market (Seidenmarkt)». Mitte der 1990er Jahre zogen sich zahlreiche Verkaufsstandbesitzer zurück. An ihre Stelle traten Händler aus anderen Regionen Chinas, die gefälschte Produkte verkauften. Es waren in der Regel qualitativ gute² Fälschungen von bekannten ausländischen Markenartikeln, darunter

2 Lü Juan, Zhao Xiaoqi: Xiushui Jie, shoujiazhe yu xiaofeizhe tong le ([Wie] die Strasse am hübschen Wasser gleichzeitig die Verkäufer von Fälschungen und die Konsumenten erfreut), in: Falü Yu Shenghuo (Gesetz und Leben), Shanghai, Nr. 234/2003, S. 2.

Armbanduhren. Schlussendlich zählte man über 400 Stände³, davon verkauften 80 % Bekleidung. «Marken»textilienartikel aller Art wurden zu, diplomatisch gesagt, «erschwinglichen Preisen» feilgeboten. Das Wandern durch die über 100 Meter lange enge Gasse, die durch die von links und rechts sich aneinander reihenden Verkaufsstände gebildet wurden, das Gedränge, durch das man sich winden und wenden musste, die Verkäuferinnen und Verkäufer, deren man sich zu erwehren hatte oder deren gigantischen Preisangebote man gestützt auf eigene Strategiemkompetenz auf ein Minimum herunterzuhandeln vermochte, das alles und noch mehr bilden den Stoff unvergesslicher Erinnerungen.

Anhand der Entwicklung der Seidenstrasse kann man übrigens im Ansatz die für die VR China für gewisse Bereiche typische schrittweise Entwicklung von «Laisser faire» zu vergleichsweise geordneten Verhältnissen studieren. Als Jonny und ich den «Seidenmarkt» besuchten, war das dortige Warenangebot zumindest teilweise rechtlich fragwürdig. Offenbar hatte die Beijinger Stadtregierung andere, vordringlichere Sorgen und liess dem Ganzen zeitweise seinen Lauf. Nicht lange nach unserem letzten Besuch des «Seidenmarktes» im Herbst 2004 wurde dieser am Rande oder mitten in der Illegalität wirtschaftende Markt im Geiste von Rechtsstaat und Markenschutz geschlossen und durch ein nunmehr in legalem Raum agierendes Kaufhaus ersetzt⁴, das wie auf Bild 2 gezeigt aussieht.

Wenn mich meine Erinnerung nicht trügt, so fehlte auf dem «Seidenmarkt» eine Warenkategorie gänzlich, nämlich Kulturgüter oder Kulturgutimitate. Derlei konnte man aber schon immer beispielsweise im Beijinger «Freundschaftsladen» kaufen. Ich stelle mir nun vor, dass Jonny bei einer seiner künftigen Chi-nareisen in Begleitung seiner charmanten Frau Yvonne urplötzlich von einem brennenden Interesse an Kulturgütern gepackt werden könnte. Um ihn für diesen wenn auch vielleicht unwahrscheinlichen Fall mit dem nötigen Wissen auszurüsten, steuere ich zu dieser Festschrift einen Beitrag über die Ausfuhr von Kulturgütern aus der VR China bei.

3 Xiushui Jie. Lishi (Die Strasse am hübschen Wasser. Geschichte), in: Weiji Baike (Enzyklopädie Wikipedia), (<http://zh.wikipedia.org/zh/%E7%A7%80%E6%B0%B4%E8%A1%97%E5.8E.86.E5.8F.B2>).

4 In der Anfangszeit des neuen «Seidenmarktes» gab es Kommentare, die den Anschein erwecken, als ob auch im neuen Seidenmarkt gefälschte Produkte verkauft werden, s. zum Beispiel: BERNHARD BARTSCH: Auf dem Seidenmarkt werden Träume wahr, Berliner Zeitung, 4.6.2005, s. (<http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2005/0704/wirtschaft/0007/index.html>).



Bild 2: Das neue Kaufhaus anstelle der alten «Seidenmarkt»-Stände⁵

I. Definition des Ausdrucks «Kulturgut» und Kategorien von «Kulturgütern»

In der VR China genießen die folgenden Kulturgüter von historischem, künstlerischem oder wissenschaftlichem Wert staatlichen Schutz⁶:

- a) Historisch, künstlerisch oder wissenschaftlich wertvolle Ruinen aus alten Kulturen, alte Grabstätten, alte Gebäude, alte Felshöhletempel sowie alte Steinschnitzereien und Wandmalereien;
- b) Wichtige historische Stätten, materielle Gegenstände oder repräsentative Bauten mit einem Bezug zu wichtigen historischen Ereignissen, revolutionären Bewegungen oder berühmten Persönlichkeiten und mit einem bedeutenden Erinnerungs-, pädagogischen oder historischen Wert;
- c) Wertvolle Kunstgegenstände sowie kunstgewerbliche Gegenstände aus allen historischen Epochen;

5 Hierzu: Beijing Xiushui shichang zhengshi guanbi. Lao shanghu jinru xin Xiushui you youhui (Der Markt am Hübschen Wasser wurde [am 20.12.2004] offiziell geschlossen. Die alten Ladeninhaber genießen beim Einzug in die neue [Markthalle am] Hübschen Wasser eine Vorzugsbehandlung), <http://news.sina.com.cn/c/2004-12-21/01364579048s.shtml>.

6 «Kulturgüterschutzgesetz der VRCh» (8) vom 25.12.2007, Art. 2 Abs. 1.

- d) Wichtiges revolutionäres Dokumentationsmaterial und historisch, künstlerisch oder wissenschaftlich wertvolle Handschriften sowie Druckerzeugnisse usw.
- e) Repräsentative materielle Gegenstände, welche das Gesellschaftssystem, die gesellschaftliche Produktion und das soziale Leben in allen historischen Perioden und bei allen Volksgruppen Chinas widerspiegeln;
- f) Wissenschaftlich wertvolle Wirbeltierfossilien sowie fossilisierte Menschenteile (Fossils of paleovertebrates and paleoanthropoids) erhalten den gleichen staatlichen Schutz wie Kulturgüter.⁷

Bewegliche Kulturgüter wie wichtige materielle Gegenstände, Kunstwerke, Dokumente, Manuskripte, Bücher, Materialien und typische Gegenstände aus unterschiedlichen historischen Perioden werden unterteilt in «wertvolle Kulturgüter» und «gewöhnliche Kulturgüter». Die «wertvollen Kulturgüter» werden in Kulturgüter des 1., 2. und 3. Grades unterteilt.⁸ Repräsentative Kulturgüter von besonders wichtigem historischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert sind Kulturgüter 1. Grades. Kulturgüter von bedeutendem historischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert sind Kulturgüter 2. Grades. Kulturgüter von recht bedeutendem historischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert sind Kulturgüter 3. Grades.⁹ «Gewöhnliche Kulturgüter (yiban wenwu)» sind einen bestimmten Wert verkörpernde Kulturgüter, welche «die Produktivkräfte und Produktionsbeziehungen sowie die Wirtschafts- und politischen Institutionen einer der historischen Epochen Chinas widerspiegeln, oder die einen Bezug auf die historische Entwicklung der Gesellschaft aufweisen».¹⁰

Welcher Kategorie ein Kulturgut angehört, entscheidet allein die zuständige chinesische Behörde und nicht die Person, die ein Kulturgut ins Ausland bringen will. Unter dem Gesichtspunkt der Kulturgüterausfuhr ist zwischen drei Kategorien von Kulturgütern zu unterscheiden:

- 1) Kulturgüter, deren Ausfuhr verboten ist. Verboten ist die Ausfuhr von «wertvollem Kulturgut» und von «anderweitigem Kulturgut, dessen Transfer ins Ausland verboten ist» (wie etwa ein Kulturgut, welches der Ehre des Staates abträglich ist, die Solidarität unter den Volksgruppen beeinträchtigt oder einen ungunstigen politischen Einfluss ausübt). Kulturgüter, deren Ausfuhr verboten ist, dürfen nicht an Ausländer übertragen, ausgeliehen oder verpfändet werden.¹¹ Im Einzelnen gilt:

7 A.a.O. (8), Art. 2 Abs. 3.

8 A.a.O. (8), Art. 3 Abs. 2.

9 Kriterien für die Festsetzung des Grades von [...] Kulturgut-Sammelobjekten (29) vom 13.5.2003.

10 A.a.O. (29), von 2003.

11 «Kulturgüterschutzgesetz der VRCh» (8) vom 29.12. 2007, Art. 52 Ziff. 3.

- a) Verboten ist die Ausfuhr von staatseigenen Kulturgütern, von nicht im Staatseigentum befindlichen wertvollen Kulturgütern und von anderen Kulturgütern, deren Ausfuhr gemäss den staatlichen Bestimmungen verboten ist. Eine Ausnahme besteht für Kulturgüter, die gemäss den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu Ausstellungszwecken infolge besonderer Notwendigkeit mit Zustimmung des Staatsrates ausser Landes gebracht werden.¹²
- b) Alle Kulturgüter, die den Interessen des Staates und der Nation schaden oder die möglicherweise auf die Gesellschaft einen ungunstigen Einfluss ausüben, dürfen, ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit, ausnahmslos nicht ausgeführt werden.¹³
- c) Kulturgüter, die Staatsgeheimnisse offenbaren, dürfen nicht ausgeführt werden.¹⁴
- d) Kulturgüter von Minderheiten aus der Zeit vor 1966 von repräsentativem Charakter dürfen ausnahmslos nicht ausgeführt werden.¹⁵
- e) Bestandteile alter chinesischer Gebäude und andere mit alten Gebäuden zusammenhängende unbewegliche Kulturgüter¹⁶ wie Skulpturen oder Wandmalereien dürfen nicht ausgeführt werden.¹⁷ Sämtliche Kulturgüterein- und -ausfuhrbegutachtungsstellen¹⁸ (Wenwu jin-chujing shenhe jigou, wörtlich «Kulturgüterein- und -ausfuhrbegutachtungsbehörde», im Folgenden, da es im vorliegenden Aufsatz um den Kulturgüterexport geht, der Einfachheit halber mit «Kulturgüterausfuhrbegutachtungs-

12 A.a.O. (8), Art. 60.

13 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Punkt 6.

14 «Versuchsweise in Kraft gesetzte Massregeln zur Kontrolle der Kulturgüterexportsondergenehmigung» (24) vom 31.7.1979, Ziff. 2.

15 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Punkt 4.

16 Eine nähere Erläuterung von «unbeweglichem Kulturgut» findet sich im «Kulturgüter-schutzgesetz der VRCh» (8) vom 29.12.2007, Art. 5 Abs. 2.

17 «Mitteilung betr. die Verstärkung des Schutzes von alten Gebäuden und das Verbot der Ausfuhr von Bestandteilen alter Gebäude» (13) von 2001, Punkte 4 und 5.

18 «Ein- und Ausfuhr von Kulturgütern» wird im Chinesischen teils mit «wenwu jin-chujing [wörtlich in etwa: Ein- und Ausreise von Kulturgütern]», teils mit «wenwu jin-chukou [wörtlich: Im- und Export von Kulturgütern]» wiedergegeben. Die chinesischen Wörter für «Ausfuhr» und «Export» werden im vorliegenden Zusammenhang offenbar wechselseitig verwendet. Während im Schweizerischen Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20.6.2003 in Artikel 1 nicht nur von «Ein- und Ausfuhr», sondern auch von «Durchfuhr» von Kulturgut die Rede ist (s. Andrea F.G. Raschèr et al.: *Cultural Property Transfer/Transfer des biens culturels/Trasferimento dei beni culturali/Kulturgütertransfer*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 337), kommt, soweit bekannt, in keinem chinesischen Rechtserlass das chinesische Wort für «Durchfuhr» vor. Vermutlich würde eine «Durchfuhr» in den Kategorien «vorübergehende Einfuhr mit darauffolgender Wiederausfuhr» geregelt.

stelle» wiedergegeben) stellen demnach das Verfahren zur Ausfuhrbegutachtung solcher Gebäudeteile ein.¹⁹

- f) Einzelstücke und leicht zu beschädigende Exemplare von Kulturgütern ersten Grades dürfen nicht zu Ausstellungszwecken ausgeführt werden.²⁰
- g) Kulturgüter, deren Echtheit bei der Begutachtung der Ausfuhr einstweilen schwer festzustellen ist oder bei denen die diesbezüglichen Meinungen auseinander gehen, dürfen einstweilen ausnahmslos nicht ausgeführt werden. So soll verhindert werden, dass infolge von Achtlosigkeit ein wichtiges Kulturgut ins Ausland abfließt.²¹
- h) Anderweitigen Kulturgütern von hohem geschichtlichen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert kann ebenfalls ein Ausfuhrverbot auferlegt werden.²²

Für Detailangaben über Kulturgüter, deren Ausfuhr verboten ist, siehe u.a.:

- «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (20) vom 6. Mai 2007;
- «Versuchsweise in Kraft gesetzte Massregeln zur Kontrolle der Kulturgüterexportsonderegenehmigung» (24) vom 31. Juli 1979;
- «Mitteilung zur Bekanntgabe der Kriterien für Ausfuhrbeschränkungen von Werken von (nach dem Jahre 1949 verstorbenen berühmten Kalligraphen und Malern) sowie von (berühmten Kalligraphen und Malern aus der Zeitspanne 1795-1949)» (27) vom 15. November 2001.

- 2) Kulturgüter, deren Ausfuhr beschränkt ist. Beschränkt ist die Ausfuhr von gewöhnlichen Kulturgütern.²³ Dabei handelt es sich um Kulturgut, das nicht als «wertvolles Kulturgut» und «anderweitiges Kulturgut, dessen Verbringung ins Ausland verboten ist», qualifiziert ist.
- 3) Kulturgüter, deren Ausfuhr grundsätzlich gestattet ist. Solche Kulturgüter müssen vor der Ausfuhr auf jeden Fall einer Kulturgüterausfuhrbegutachtung unterzogen werden. Es handelt sich dabei im wesentlichen um Kulturgüter, die 1) von einem staatlich anerkannten Kulturgüterladen ins Ausland verkauft werden oder die 2) eine Einzelperson ausführt oder die 3) vorübergehend ausgeführt werden. Folgende Kulturgüter müssen vor ihrer Ausfuhr begutachtet (shenhe) werden:

19 «Mitteilung betr. die Verstärkung des Schutzes von alten Gebäuden und das Verbot der Ausfuhr von Bestandteilen alter Gebäude» (13) von 2001, Ziff. 5.

20 «Kulturgüterschutzgesetz der VRCh» (8) vom 29.12. 2007, Art. 62 Abs. 2.

21 «Versuchsweise in Kraft gesetzte Massregeln zur Kontrolle der Kulturgüterexportsonderegenehmigung» (24) vom 31.7. 1979, Ziff. 3 (4).

22 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Punkt 7.

23 «Liste der VR China von Gütern, deren Ein- bzw. Ausfuhr beschränkt ist» (6) in Kraft seit 1.3.1993, Ziff. 6.

- a) Kunstwerke und kunstgewerbliche Werke aus der Zeit vor 1949 (unter Einschluss des Jahres 1949);
- b) Schriftliche Entwürfe, Dokumente und Materialien sowie Bücher aus der Zeit vor 1949 (unter Einschluss des Jahres 1949);
- c) Das Gesellschaftssystem, die gesellschaftliche Produktion und das soziale Leben der [in der VR China lebenden] Volksgruppen betreffende Gegenstände aus der Zeit vor 1949 (unter Einschluss des Jahres 1949);
- d) Wichtige Ereignisse oder berühmte Persönlichkeiten betreffende repräsentative Gegenstände aus der Zeit nach 1949;
- e) Die Produktionsaktivitäten, Lebensgewohnheiten, Kultur und Kunst sowie den religiösen Glauben der [in der VR China lebenden] Volksgruppen widerspiegelnde repräsentative Gegenstände aus der Zeit nach 1949;
- f) Werke bereits verstorbener zeitgenössischer berühmter Kalligraphen, Kunstgewerbler und Künstler, mit Bezug auf welche das Staatliche Kulturgüteramt eine Ausfuhrbeschränkung verkündet hat;
- g) Paläontologische Versteinerungen von Affen und Menschen sowie von zu menschlichen Aktivitäten einen Bezug aufweisenden Versteinerungen von Wirbeltieren aus dem Quartär.²⁴

Sämtliche vor der Gründung der VR China im Jahre 1949 in China oder im Ausland hergestellten, produzierten oder veröffentlichten Porzellanartikel, Gold- und Silberartikel, Kupferartikel und andere aus Metall gefertigten Artikel, Jadesteinartikel, Lackartikel, Glasgefäße, Schnitzarbeiten aus Materialien aller Art, Bildhauerwerke, Möbel, Kalligraphien und Malereien, Steinabdrucke, Abreibungen, Bücher, Dokumente und Unterlagen, Webe- und Stickereiartikel, Schreibwaren, Briefmarken, Geld, Utensilien, kunstgewerbliche Gegenstände u.a. sowie alle aus der Zeit nach 1949 stammende Werke verstorbener berühmter neuzeitlicher oder zeitgenössischer Kalligraphen, Maler und Kunstgewerbler u.a. sowie alle Wirbeltierfossilien und fossilisierten Menschenteile müssen ausnahmslos einer Kulturgüterausfuhrbegutachtung unterzogen werden.²⁵ Unter anderem die folgenden Kategorien von Kulturgütern können grundsätzlich ausgeführt werden:

- 1) Kulturgüter, für die eine mit dem Kulturgüterverkauf befasste Einheit die Ausfuhrgenehmigung beschafft hat. Neben mit Kulturgütern handelnden Auktionshäusern²⁶, dem vom Staatlichen Kulturgüteramt überwachten pri-

24 «Massregeln betr. die Kontrolle über die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr» (21) vom 13.7.2007, Art. 8.

25 Ziff. I (1) der «Mitteilung des Staatlichen Kulturgüteramtes zur erneuten Bekräftigung der einschlägigen Bestimmungen betr. die Kontrolle der Kulturgüterein- und -ausfuhr» (26) vom 3.5.1998.

26 «Einstweilige Bestimmungen zur Kontrolle von Kulturgüterauktionen» vom 19.6.2003 (31), Art. 4, 8, 10.

vaten Antiquitätenmarkt, auf dem Kulturgüter gekauft werden können, und dem Kulturgüterverkauf im Verantwortungsbereich des Aussenhandelsministeriums²⁷ gibt es besondere staatlich anerkannte Kulturgüterläden. Es handelt sich um Einheiten, die mit der Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde auf Provinzebene und des Staatlichen Kulturgüteramtes Kulturgüter vertreiben. Gesetzliche Grundlage für die Einrichtung von Kulturgüterläden ist das Kulturgüterschutzgesetz (8) von 2007 (Art. 53).

- 2) Kulturgüter, die eine chinesische Einheit einer ausländischen zu Besuch in der VR China weilenden Person schenkt und für welche die betreffende Einheit eine Ausfuhrgenehmigung eingeholt hat.
- 3) Kulturgüter, die eine Privatperson bei sich aufbewahrt und zu eigen besitzt, sofern die zuständige Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle nach vollzogener Begutachtung die Ausfuhr genehmigt hat. Es handelt sich um von früheren Generationen hinterlassene Kulturgüter²⁸, die Bürger der VR China, Landsleute aus Hongkong, Macau oder Taiwan, Auslandchinesen sowie in China wohnende Ausländer zu eigen besitzen sowie um durch Kauf, Tausch oder Schenkung in das Eigentum einer Privatperson übergegangene Kulturgüter, die die betreffende Person aus dem Gebiet der VR China durch Mitnahme oder auf dem Transport- oder Postweg auszuführen gedenkt.²⁹
- 4) Vorübergehend aus oder nach China eingeführte Kulturgüter.³⁰ Es handelt sich um Kulturgüter, die vorübergehend aus China ausgeführt und dann wieder nach China eingeführt werden bzw. um Kulturgüter, die vorübergehend nach China gebracht und dann wieder aus China ausgeführt werden, z.B.:
 - Kulturgüter, die das Personal von im Ausland residierenden Organen der VR China oder zu einem Besuch ins Ausland reisendes Personal mit Billigung des chinesischen Staates zum Zwecke des Kulturaustauschs, der Ausstellung im Ausland oder der gemeinsam mit Ausländern betriebenen Forschung oder aus anderen Bedürfnissen für die zeitweilige Ausfuhr bei der Ausreise mitnimmt oder auf dem Transport- oder Postweg ausführt;

27 «Versuchsweise in Kraft gesetzte Massregeln zur Kontrolle der Kulturgüterexportsondergenehmigung» (24) vom 31.7.1979, Ziff. 5.

28 Falls ein Bürger der VR China ein derartiges über die Generationen an ihn überkommenes wertvolles Kulturgut verkaufen will, hat der Staat ein Vorkaufsrecht, «Mitteilung des Staatsrates betreffend die Verstärkung und Verbesserung der Arbeiten [im Bereich] der Kulturgüter» (10) vom 30.3.1997, Punkt 4, letzter Satz. Ein Vorkaufsrecht hat der Staat auch bei «wertvollen Kulturgütern», die von einem Auktionshaus versteigert werden. «Einstweilige Bestimmungen zur Kontrolle von Kulturgüterauktionen» (31) vom 19.6.2003, Art. 16 Abs. 1.

29 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Art. 9.

30 A.a.O. (20) vom 6.5.2007, Art. 12–14.

- Kulturgüter, die durch Mitnahme oder auf dem Transport- oder Postweg zeitweilig nach China ein- oder ausgeführt werden;
 - Wenn ein/eine Botschafts- und Konsularangehörige(r) Kulturgüter nach China bringt, deren Ein- und Ausfuhr die chinesische Regierung verboten oder beschränkt hat, dann hat er/sie bei der zuständigen Stelle um eine diesbezügliche Erlaubnis nachzusuchen und das erforderliche Verfahren zu durchlaufen.³¹
- 5) Kulturgüter mit einer Kulturgüterexportsondergenehmigung.³²
 - 6) Werke von bereits verstorbenen zeitgenössischen berühmten Kalligraphen und Malern, sofern die zuständige Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle nach vollzogener Begutachtung die Ausfuhr genehmigt hat.
 - 7) Gewöhnliche zeitgenössische Kalligraphien und Malereien, sofern sie dem Eigengebrauch dienen und hinsichtlich ihrer Menge ein vernünftiges Mass gewahrt wird.

II. Für die Ausfuhr von Kulturgütern zuständige Behörden

Mit der Kulturgüterausfuhr sind in der zeitlichen Abfolge nacheinander zwei Verwaltungsbereiche befasst, nämlich die Kulturgüter- und die Zollverwaltung. Beide Bereiche unterstehen der Zentralen Volksregierung der VR China (The Central People's Government of the People's Republic of China), genannt «Staatsrat (Guowuyuan)», beziehungsweise einem Unterorgan des Staatsrates. Unmittelbar dem Staatsrat untersteht das Zentrale Zollamt (Haiguan Zongshu, «General Administration of Customs»³³, «Zollhauptamt»³⁴). Dem Kulturministerium untersteht das Staatliche Kulturgüteramt (Guojia Wenwu Ju).³⁵ Die in der VR China benutzte – ungenaue – deutsche Bezeichnung für das Staatliche Kulturgüteramt lautet «Amt für Kulturerbe»³⁶, die in der VR China übliche –

31 «Bestimmungen des Zolls der VR China zur Überwachung und Kontrolle der Ein- und Ausfuhr von Gütern durch in China stationierte ausländische Botschaften und Botschaftsangehörige» (3) vom 5.6.2008.

32 «Versuchsweise in Kraft gesetzte Massregeln zur Kontrolle der Kulturgüterexportsondergenehmigung» (24) vom 31.7.1979, Ziff. 3.

33 China's State Organizational Structure, www.cecc.gov/pages/virtualAcad/gov/statestruct.php, Abruf vom 20.11.2010.

34 Staatliche Organe, Organisationen und Verbände, in: german.china.org.cn/german/77195.htm.

35 Zhonghua Renmin Gongheguo Wenwu Ju (Das Kulturgüteramt der Volksrepublik China), www.hudong.com/wiki/%E5%9B%BD%E5%AE%B6%E6%96%87%E7%89%A9%E5%B1%80.

36 Staatliche Organe, Organisationen und Verbände, in: german.china.org.cn/german/77195.htm.

ungenau – englische Bezeichnung lautet «State Administration of Cultural Heritage»³⁷.

Wichtige, die Kulturgüterausfuhr betreffende Entscheide trifft der Staatsrat, z.B. den Entscheid über die Ausfuhr einer die vom Staatsrat festgesetzte Limite übersteigenden Anzahl von Kulturgütern ersten Grades zum Zwecke der Ausstellung im Ausland.³⁸ Auch das Kulturministerium kann mit Kulturgütern befasst sein.

Das Staatliche Kulturgüteramt ist u.a. letztzuständig für archäologische Betätigungen wie Ausgrabungen etc. von Ausländern in der VR China, für die Einrichtung von Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstellen³⁹, für die Bestimmung der Orte, an denen Kulturgüter aus der VR China ausgeführt werden dürfen⁴⁰, für die Versendung von Kulturgütern ins Ausland zum Zwecke ihrer chemischen oder technischen Begutachtung, für die Genehmigung der Errichtung von Kulturgüterläden, für das Ausstellen von Kulturgüterausfuhrgenehmigungen, für die Genehmigung der Ausfuhr von Kulturgütern zu Ausstellungszwecken etc.

Dem Staatlichen Kulturgüteramt sind sechs Abteilungen (si) unmittelbar unterstellt. Im Hinblick auf die Kulturgüterausfuhr von Bedeutung sind die Abteilung für Politnormen und Rechtserlasse (Zhengce Fagui Si) die Abteilung für den Kulturgüterschutz und Archäologie (Wenwu Baohu Yu Kaogu Si) und die dieser unterstehende Unterabteilung für Kulturgüter (Wenwu Chu).⁴¹

Letztzuständig für sämtliche gesamtstaatlichen die Kulturgüterausfuhr betreffenden konzeptionellen, organisatorischen, die Belange der Begutachtung und die Ausbildung von Fachpersonal (beispielsweise solches für die Kulturgüterausfuhrbegutachtung) betreffenden Angelegenheiten ist die Unterabteilung für die [in der] Gesellschaft [verstreuten] Kulturgüter (Shehui Wenwu Chu)⁴². Sie untersteht der Abteilung für Museen und [in der] Gesellschaft [verstreute] Kulturgüter (Bowuguan Yu Shehui Wenwu Si).⁴³

In den einzelnen Gebietskörperschaften auf Provinzstufe gibt es lokale Behörden für Kulturgüter, die verschiedene Namen tragen, wie «Kulturgüteramt (Wenwu Ju), «Kulturgüterabteilung» (Wenwu Chu) oder «Kulturgüterkon-

37 China's State Organizational Structure, in: www.cecc.gov/pages/virtualAcad/gov/state-struct.php bzw. www.sach.gov.cn/.

38 «Kulturgüterschutzgesetz der VRCh» (8) vom 29.12. 2007, Art. 62 Abs. 1.

39 A.a.O. (8), Art. 61 Abs. 1.

40 A.a.O. (8), Art. 61 Abs. 1.

41 Zhonghua Renmin Gongheguo Wenwu Ju-Guojia Wenwu Ju, www.sach.gov.cn/tabid/127/Default.aspx.

42 Zhonghua Renmin Gongheguo Wenwu Ju-Shehui Wenwu Chu, www.sach.gov.cn/tabid/72/InfoID/40/Default.aspx.

43 Zhonghua Renmin Gongheguo Wenwu Ju-Ju jiguan, www.sach.gov.cn/tabid/127/Default.aspx.

trollausschuss» (Wenwu Guanli Weiyuanhui)⁴⁴ u.a. Im Einzelnen sind mit der Kulturgüterausfuhr befasst (in der zeitlichen Reihenfolge):

- 1) die vom Staatlichen Kulturgüteramt und den zuständigen Volksregierungen der Gebietskörperschaften auf Provinzebene eingerichteten⁴⁵ Überprüfungs- und Verifizierungsstellen für die Kulturgüterein- und -ausfuhr;
- 2) die zuständigen Zollstellen.

17 staatliche Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstellen befinden sich in den Regierungsunmittelbaren Städten Beijing, Tianjin sowie Shanghai und in den Provinzen Hebei, Jiangsu, Zhejiang, Anhui, Fujian, Shandong, Henan, Hubei, Guangdong, Liaoning, Sichuan, Yunnan, Shanxi und Shaanxi.⁴⁶ Wer Kulturgüter aus der VR China ausführen will, muss nach eingeholter Ausfuhrgenehmigung die zuständige Zollstelle einer dieser Orte passieren.

III. Genehmigungsmodalitäten für die Ausfuhr von Kulturgütern

Unter dem Gesichtspunkt der Ausfuhrformalitäten gibt es zwei Arten von Kulturgütern:

- 1) Kulturgüter, welche die Einzelperson ohne weitere Formalitäten ausführen kann: Will eine Privatperson ein in einem staatlich anerkannten Kulturgüterladen gekauftes Kulturgut durch Mitnahme oder auf dem Transport- oder Postweg ausführen, kann sie damit ohne weitere Formalitäten den Zoll passieren, wenn sie das Kulturgut deklariert. Dabei hat sie die Quittung (Invoice of cultural relics and antiques) vorzuweisen und das an dem Kulturgut angebrachte Signet, das die Ausfuhrgenehmigung bestätigt (s. unten), zu zeigen.
- 2) Kulturgüter, welche die Einzelperson nur nach Erfüllung bestimmter Formalitäten ausführen kann: Will eine Einzelperson ein auf andere Weise erworbenes Kulturgut ausführen, muss sie erst eine Kulturgüterausfuhrbegutachtung seitens der zuständigen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsbehörde durchführen lassen, und zwar bei einem der derzeit (November 2010) für Einzelpersonen eingerichteten oben erwähnten Kulturgüterausfuhrbegutachtungssämtern.

44 Zhonghua Renmin Gongheguo Wenwu Ju-Ge di jigou, <www.sach.gov.cn/tabid/129/Default.aspx>.

45 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Art. 3.

46 «Mitteilung des Staatlichen Kulturgüteramtes betr. die Überprüfung und die Bestätigung der Qualifikation der mit der Kulturgüterausfuhr betrauten Organe und Verbände» (19) vom 4.8.1994.

文物古玩出口统一发票 ×××文物商店

INVOICE OF CULTURAL RELICS AND ANTIQUES 0000000000

购货人: _____ 日期: _____ 年 月 日 No. 00000000

货号 Number	商品名称 Commodity	年代 Dynasty	数量 Quantity	单价 Unit Price	金额 Sum					
					十	分	角	分		
	票 样									
合计人民币(大写) _____					拾	万	仟	元	角	分

请注意: 本发票和火漆印以各海关检验
Please keep this invoice and the sealing wax
mark for verification by the custom office 经营商店 经办人
盖 章 经手人

成品规格: 190 × 130 = 32K

第二联: 购货人收执
 第三联: 存根
 第四联: 存根

Bild 3⁴⁷

IV. Bei der Kulturgüterausfuhr zu beachtende Formalitäten (Formulare, etc.)

Die Person hat ein Kulturgut vor dessen Ausfuhr auf dem Transport- oder Postweg oder durch Mitnahme der zuständigen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle zur Ausfuhrbegutachtung vorzulegen. Dabei hat die betreffende Person ein Antragsformular für die Kulturgüterausfuhrbegutachtung (Wenwu chujing shenhe shenqingbiao) einzureichen.⁴⁸ Der positive oder negative Entscheid der Begutachtungsstelle ist endgültig⁴⁹. Ein abschlägiger Entscheid kann allenfalls dadurch umgangen werden, dass man baldmöglichst bei einer anderen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle sein Glück noch einmal versucht. Es besteht zwar ein regelmässiger Informationsaustausch zwischen den für die Kulturgüterausfuhr von Einzelpersonen zuständigen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstellen, aber dieser Austausch geschieht in grösseren zeitlichen Intervallen und nicht kontinuierlich. Daher ist es theoretisch möglich, unmittelbar nach dem Misserfolg bei einer Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle bei einer anderen durchzukommen, bevor allfällige Informationen über die Ablehnung

47 Guojia Shuiwu Ju [State Administration of Taxation] – Wenwu guji waixiao tongzhi fapiao; siehe ferner «Customs Regulations on Clearance of Entering and Exiting Passengers of People's Republic of China, Ziff. IV Supervision of the Customs on the cultural relics»; www.infj.cn/KindNews_Read.aspx?cty=Work&id=15.

48 Erwähnt in der «Öffentlichen Bekanntmachung [des Staatlichen Kulturgüteramtes vom 30.4.2009] betreffend die [ab 1.7.2009] zu benutzenden Dokumente [in der Fassung vom] Jahre 2009 betr. die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr und betr. den [ab 1.7.2009 anstelle des alten Siegellackstempels zu benutzenden neuen] Siegellackstempel (22) vom 30.4.2009, Punkt 1 sowie Anhang.

49 Auskunft eines Verantwortlichen der Kulturgüterbegutachtungsstelle der Provinz Guangdong, telephonische Anfrage von Frau Xi Jing, Assistentin am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, vom 13.3.2006.

von der vorher konsultierten Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle an die anderen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstellen weitergeleitet worden sind.⁵⁰

Die Person oder Organisation, die ein Kulturgut ausführen will, hat die Kulturgüterausfuhrbegutachtungsbehörde ihren Ausweis, Belege, die beweisen, dass sie das Kulturgut legal erworben hat, sowie das Kulturgut und allfällige diesbezügliche Unterlagen einzureichen.⁵¹ Die Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle hat innert 15 Tagen nach Erhalt des Ausfuhrantrags einen positiven oder negativen Entscheid über die Ausfuhrgenehmigung zu fällen.⁵² Bei einem positiven Entscheid wird der Person eine «Kulturausfuhrgenehmigungsbescheinigung (wenwu chujing xukezheng)»⁵³, bei einem negativen Entscheid ein «Kulturgutausfuhrverbotsregistrierformular (Wenwu jinzhi chujing dengjibiao)» ausgehändigt.⁵⁴ Handelt es sich um ein Kulturgut-Imitat, kann die Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle auf die Bitte der Zollstelle oder der betreffenden Person eine Kulturgutimitat-Bescheinigung (Wenwu fufang zhipin zhengming) ausstellen.⁵⁵ Die Kulturgutausfuhrgenehmigungsbescheinigung und die Kulturgutimitat-Bescheinigung sind, vom Tag der Ausstellung an gerechnet, drei Monate gültig.⁵⁶ Die Begutachtung muss von mindestens drei Fachleuten, von denen mindestens zwei besonders qualifiziert sein müssen, durchgeführt werden.⁵⁷ Die Gutachtermeinungen sind von allen Begutachtern gemeinsam zu unterschreiben. Nur wenn sich die Gutachter einig sind, darf die Begutachtungsstelle die Kulturgutausfuhr genehmigen.⁵⁸ Falls eine Kulturgutausfuhrgenehmigungsbescheinigung ausgestellt wird, wird auf dem Kulturgut ein die Ausfuhrerlaubnis bestätigendes Kulturgüterausfuhrkennzeichen (wenwu chujing biaoshi) angebracht.⁵⁹ Auf der «Kulturgutausfuhr-

50 Auskunft eines Verantwortlichen der Kulturgüterbegutachtungsstelle der Provinz Guangdong, telefonische Anfrage von Frau Xi Jing, Assistentin am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, vom 13.3.2006.

51 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterein- und -ausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Art. 9 Abs. 2.

52 «Vollzugsvorschriften zum Kulturgüterschutzgesetz» (9) vom 18.5.2003, Art. 45 Abs. 1.

53 «Kulturgüterschutzgesetz» (8) vom 29.12.2007, Art. 61 Abs. 1: «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterein- und -ausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Art. 11. Das entsprechende Formular kann heruntergeladen werden aus dem Anhang von: Öffentliche Bekanntmachung [des Staatlichen Kulturgüteramtes] betr. die [ab 1.7.2009] zu benutzenden Dokumente [in der Fassung vom] Jahre 2009 betr. die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr und betr. den [ab 1.7.2009 anstelle des alten Siegellackstempels zu benutzenden neuen] Siegellackstempel» (22) vom 30.4.2009

54 Das entsprechende Formular kann heruntergeladen werden aus dem Anhang von: A.a.O.

55 Das entsprechende Formular kann heruntergeladen werden aus dem Anhang von: A.a.O.

56 «Öffentliche Bekanntmachung [des Staatlichen Kulturgüteramtes] betr. die [ab 1.7.2009] zu benutzenden Dokumente [in der Fassung vom] Jahre 2009 betr. die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr und betr. den [ab 1.7.2009 anstelle des alten Siegellackstempels zu benutzenden neuen] Siegellackstempel» (22) vom 30.4.2009, Ziff. 1, dritter Absatz.

57 «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterein- und -ausfuhr» (20) vom 6.5.2007, Art. 10 Abs. 1.

58 A.a.O. (20), Art. 10 Abs. 2.

59 A.a.O. (20), Art. 11 Abs. 1.

genehmigungsbescheinigung» werden die Bezeichnung des Kulturgutes, dessen Entstehungsjahr und Besonderheiten vermerkt. Das auf dem Kulturgut angebrachte, die Ausfuhrerlaubnis bestätigende Kulturgüterausfuhrkennzeichen (biaoshi) besteht aus einem etwa fingerkuppengrossen⁶⁰ Siegellacksignet⁶¹, das vom Staatlichen Kulturgüteramt einheitlich vorgeschrieben wird. Es gibt drei Typen von Siegellacksignet⁶²:

- 1) Siegellacksignet mit der Initiale A: damit wird die Ausfuhrgenehmigung für ein Kulturgut bestätigt, das in einem staatlich anerkannten Kulturgüterladen für den Verkauf ins Ausland bestimmt ist. Dieses Signet hat folgendes Aussehen:



Bild 4⁶³

- 60 Auskunft eines Verantwortlichen der Station der Provinz Guangdong für die Kulturgüterbegutachtung, Telephonische Anfrage von Frau Xi Jing, Assistentin am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, vom 13.3.2006.
- 61 «Öffentliche Bekanntmachung [des Staatlichen Kulturgüteramtes vom 30.4.2009] betr. die [ab 1.7.2009] zu benutzenden Dokumente [in der Fassung vom] Jahre 2009 betr. die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr und betr. den [ab 1.7.2009 anstelle des alten Siegellackstempels zu benutzenden neuen] Siegellackstempel» (22), Ziff. 2.
- 62 «Mitteilung des Staatlichen Kulturgüteramtes zur erneuten Bekräftigung der einschlägigen Bestimmungen betreffend die Kontrolle der Kulturgüterein- und ausfuhr» (26) vom 3.5.1998, Ziff. 3. Ferner: Haiguan dui chujing wenwu you he guiding (Welche Zollbestimmungen gibt es für die Kulturgüterausfuhr?), <http://archives.cnd.org/HXWK/column/Info-Exchange/cm9605d-11.gb.html>.
- 63 Dai huoqi yin de Qing dai Hetian yu guapei (Mit einem Siegellackstempel versehener Gürtelhänger aus Hetian-Jade) <http://image.baidu.com/i?tn=baiduimage&ct=201326592&>

- 2) Siegellacksignet mit der Initiale B: damit wird die Ausfuhrgenehmigung für ein von einer Einzelperson bei sich zu Hause aufbewahrtes Kulturgut bestätigt;
- 3) Siegellacksignet mit der Initiale C: damit wird die Ausfuhrgenehmigung für ein zuvor (vielleicht zum Zwecke der Begutachtung, Renovierung, Bearbeitung oder Versteigerung) vorübergehend in die VR China gebrachtes Kulturgut bestätigt.

Zu den drei Initialbuchstaben treten auf jedem Siegellacksignet noch die Genehmigungsabfolgennummer sowie das Kennzeichen der betreffenden Kulturgüterausfuhrgenehmigungsstelle.⁶⁴ Niemand darf ein Siegellacksignet willkürlich entfernen, ersetzen, zweckentfremden oder beschädigen.⁶⁵

Ein Kulturgut, dessen Ausfuhr erlaubt wird, muss an einer von der jeweiligen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle bestimmten⁶⁶ Zollstation ausgeführt werden. Die Kulturgüterausfuhr ist beim Zoll zu deklarieren, wobei das Siegellacksignet, die Kaufquittung (Invoice of cultural relics and antiques) oder die Kulturgüterausfuhrgenehmigungsbescheinigung vorzuzeigen sind.⁶⁷ Die Zollbehörde überprüft und verifiziert gestützt auf diese Beweisurkunde das auf dem Kulturgut angebrachte Begutachtungssignet und lässt, wenn alles in Ordnung ist, den Reisenden mitsamt seinen Kulturgütern passieren. In Bezug auf ein Kulturgut, dessen Ausfuhr von einer Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle genehmigt wird, können seitens der Zollstelle gleichwohl Ausfuhrbeschränkungen geltend gemacht werden, und zwar solche, die sich aus Bestimmungen aus anderen Verwaltungsbereichen (wie aus dem Bereich der öffentlichen Sicherheit, aus der Post- und Telekommunikation und des Aussenhandels) ergeben.

Beim Passieren des Zolls wird das Siegellacksignet von der Zollbehörde zerstört, und es werden auch die sonstigen vorgelegten Kulturgüterausfuhrdokumente annulliert, indem auf ihnen der Vermerk «bereits den Zoll durchlaufen» (yi chuguan) angebracht wird.⁶⁸ Es ist der Zollbehörde verboten zuzulassen, dass

cl=2&lm=-1&fr=6&fmq=8pv=8ic=0&z=0&se=1&showtab=0&fb=0&width=8&height=8&face=0&word=%A3%AE%A1%B0B%A1%B1%D7%D6%CD%B7%BB%F0%C6%E1&s=0#width=8&height=8&z=0&fb=0&ic=0&lm=-1&face=0).

64 Telefonische Auskunft eines Verantwortlichen der Kulturgüterbegutachtungsstelle der Provinz Guangdong, telefonische Anfrage von Frau Xi Jing, Assistentin am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, vom 13.3.2006.

65 «Vollzugsvorschriften zum Kulturgüterschutzgesetz» (9) vom 18.5.2003, Art. 53.

66 «Kulturgüterschutzgesetz» (8) von 2002, Art. 61.

67 «Bestimmungen des Zolls der VR China betreffend die Kontrolle über den Export von Kulturgütern, die von Reisenden mitgenommen oder von Einzelpersonen per Post verschickt werden» (2) von 1989, Art. 2.

68 «Mitteilung des Staatlichen Kulturgüteramtes zur erneuten Bekräftigung der einschlägigen Bestimmungen betr. die Kontrolle der Kulturgüterein- und -ausfuhr» (26) vom 3.5.1998, Ziff. 7.

eine ausreisende Person das Lacksignet und das Kulturgüterausfuhrdokument unversehrt mitnimmt.⁶⁹ Ausschliesslich nur die genannten Siegellacksignete – zusammen mit der erforderlichen Bescheinigung – ermöglichen beim Zoll die problemlose Kulturgüterausfuhr. Andere Signete wie z.B. «wen jian» («geprüftes Kulturgut») berechtigen nicht zur Kulturgüterausfuhr.⁷⁰ Verboten ist ferner die Kulturgüterausfuhr mit einer Quittung, die zur Verschleierung der wahren Natur des Kulturgutes fälschlicherweise auf ein «Imitat (fangpin)» (eher bei Texten) oder eine «Reproduktion (fuzhipin)» (eher bei Gegenständen) ausgestellt wird.⁷¹

Die Quittungen, die auf einem Antiquitätenmarkt beim Kauf eines Kulturguts oder von einem Auktionshaus oder von anderen staatlich nicht anerkannten mit dem Kulturgütervertrieb befassten Einheiten ausgestellt werden, berechtigen nicht zur Ausfuhr des betreffenden Kulturgutes. Will man ein auf diese Weise erstandenes Kulturgut ausführen, muss man es zunächst einer Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle zur Begutachtung vorlegen.⁷²

Will eine Person Kulturgüter – beispielsweise zum Zwecke der Ausstellung, des Verkaufs, der Renovation oder der Versteigerung⁷³ – zunächst in die VR China einführen, um sie später wieder aus dem Gebiet der VR China auszuführen, dann sollte sie die mitgebrachten Kulturgüter bei der Einreise in die VR China der Zollbehörde gegenüber schriftlich detailliert deklarieren.⁷⁴ Inhaltlich umfasst die Deklaration Angaben über die Bezeichnung, die Menge, die Entstehungszeit, die Beschaffenheit, den Stil u.a der mitgebrachten Kulturgüter. Der Zoll versiegelt die Kulturgüter, worauf sie der zuständigen Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle zur Überprüfung und Registrierung übergeben werden, die jedes Kulturgut mit einem die vorübergehende Kulturguteinfuhr bestätigenden Signet versieht und es registriert und fotografiert.⁷⁵ Will die betreffende Person die Kulturgüter später wieder ausführen, hat sie die ursprüngliche Kulturgüterausfuhrbegutachtungsstelle einzuschalten, welche die Kulturgüter anhand der bei der Einfuhr erstellten Dokumente, Fotos und Signete überprüft, um dann an jedem Kulturgut ein Kulturgutausfuhrsignet anzubringen und für jedes Kulturgut eine Kulturgutausfuhrgenehmigungsbescheinigung auszustellen.⁷⁶ Die Zollbehörde führt – gestützt auf den bei der Einreise gestellten Antrag und die seinerzeit angefertigte Registrierungsakte –

69 A.a.O. (26), Ziff. 7.

70 A.a.O. (26), Ziff. 3 (4).

71 A.a.O. (26), Ziff. 3 (5).

72 A.a.O. (26), Ziff. 3 (4) (6).

73 «Bestimmungen über die Kontrolle von Kulturgütern, die nach einer zeitweiligen Einfuhr wieder ausgeführt werden» (25) vom 20.4.1995, Art. 2.

74 A.a.O. (25), Art. 3.

75 «Vollzugsvorschriften zum Kulturgüterschutzgesetz» (9) vom 18.5.2003, Art. 52 Abs. 1.

76 A.a.O. (9), Art. 52 Abs. 2.

eine Überprüfung durch und lässt den Reisenden im Falle der Unbedenklichkeit mit seinen Kulturgütern passieren. Wenn ein vorübergehend in die VR China eingeführtes Kulturgut nicht gemäss dem oben beschriebenen Verfahren ordnungsgemäss registriert worden ist, gelten für dessen Ausfuhr die üblichen für die Kulturgüterausfuhr massgeblichen gesetzlichen Regelungen.⁷⁷

Deklariert man ein Kulturgut gegenüber einer Zollbehörde, kann man dieser aber keine Bescheinigung der Kulturgutausfuhrgenehmigungsbehörde und kein Siegellacksignet vorzeigen, wird die Ausfuhr nicht gestattet. Das Kulturgut sollte von der Zollbehörde an den Besitzer zurückgegeben werden. Innerhalb von drei Monaten (bei Ein- und Ausreise in Hongkong oder Macau: innerhalb von einem Monat) ist der Gegenstand von der betreffenden Person oder deren Stellvertreter abzuholen. Mit den nicht abgeholtten Gegenständen verfährt die Zollbehörde nach den einschlägigen Bestimmungen.

Führt man im Reisegepäck ein Kulturgut aus oder versendet man es postalisch, ohne dass man dies bei der zuständigen Zollbehörde deklariert, dann gilt dies ohne Rücksicht darauf, ob das Kulturgut besonders versteckt oder relativ offen mitgeführt oder verschickt wird, als Schmuggel und wird gemäss den einschlägigen Rechtserlassen administrativ (Strafenskala: Verwarnung, Konfiskation, Busse) oder strafrechtlich (Strafenskala: Busse, Konfiskation, befristete Freiheitsstrafe, unbefristete Freiheitsstrafe, Todesstrafe) geahndet.

Anhang

Vorschriften auf nationaler Ebene

- (1) «Zollgesetz der VR China» (Zhonghua Renmin Gongheguo haiguan fa) vom 8. Juli 2000.
- (2) «Bestimmungen des Zolls der VR China betreffend die Kontrolle über den Export von Kulturgütern, die von Reisenden mitgenommen oder von Einzelpersonen per Post verschickt werden» (Zhonghua Renmin Gongheguo haiguan dui lüke xieyun he geren youji wenwu chukou de guanli guiding) vom 3. Mai 1998.
- (3) «Bestimmungen des Zolls der VR China zur Überwachung und Kontrolle der Ein- und Ausfuhr von Gütern durch in China stationierte ausländische Botschaften und Botschaftsangehörige» (Zhonghua Renmin Gongheguo Haiguan Zongshu guanyu waiguo zhu Zhongguo shiguan he shiguan ren yuan jin-chujing wupin de guiding) vom 5. Juni 2008.
- (4) «Massregeln des Zolls der VR China zur Überprüfung und Kontrolle der Gegenstände im Gepäck von ein- und ausreisenden Personen» (Zhonghua

77 A.a.O. (9), Art. 52 Abs. 3.

- Renmin Gongheguo haiguan dui jin- chujing lüke xingli wupin jianguan banfa) vom 1. November 1989.
- (5) «Bestimmungen des Zolls der VR China betreffend das Passieren des Zolls durch ein- und ausreisende Personen» (Zhonghua Renmin Gongheguo haiguan guanyu jin-chujing lüke tongguan de guiding), in Kraft seit 1. Januar 1996.
 - (6) «Liste der VR China von Gütern, deren Ein- bzw. Ausfuhr verboten ist» und «Liste der VR China von Gütern, deren Ein- bzw. Ausfuhr beschränkt ist» (Zhonghua Renmin Gongheguo jinzhi jin-chujing wupin biao und Zhonghua Renmin Gongheguo xianzhi jin-chujing wupin biao), in Kraft seit 1. März 1993.
 - (7) «Vollzugsvorschriften der VR China betreffend Zollverwaltungsstrafen» (Zhonghua Renmin Gongheguo haiguan xingzheng chufa shishi tiaoli) vom 19. September 2004.
 - (8) «Kulturgüterschutzgesetz der VR China» (Zhonghua Renmin Gongheguo wenwu baohu fa) vom 19. November 1982, revidiert am 29. Juni 1991, 28. Oktober 2002 und am 29. Dezember 2007⁷⁸.
 - (9) «Vollzugsvorschriften zum Kulturgüterschutzgesetz der VR China» (Zhonghua Renmin Gongheguo wenwu baohu fa shishi tiaoli) vom 18. Mai 2003.
 - (10) «Mitteilung des Staatsrates betreffend die Verstärkung und Verbesserung der Arbeiten [im Bereich] der Kulturgüter» (Guowuyuan guanyu jiaqiang he gaishan wenwu gongzuo de tongzhi) vom 30. März 1997.
 - (11) «Vom Staatsrat genehmigte und weitergeleitete Mitteilung betreffend die Ansichten des Aussenhandelsministeriums, des Handelsministeriums und des Kulturgüteramtes betreffend die Verstärkung der Kontrolle über den Kulturgüterhandel und über die Durchsetzung und Vollstreckung der Politnormen betreffend den Kulturgüterschutz» (Guowuyuan pizhuan Waimao Bu, Shangye Bu, Wenwu Ju guanyu jiaqiang wenwu shangye guanli he guanche zhixing wenwu baohu zhengce de yijian de tongzhi) vom 16. Dezember 1974.
 - (12) «Vorschriften der VR China betreffend die Kontrolle des Schutzes von Unterwasser-Kulturgütern» (Zhonghua Renmin Gongheguo shuixia wenwu baohu guanli tiaoli) vom 20. Oktober 1989.
 - (13) «Mitteilung betreffend die Verstärkung des Schutzes von alten Gebäuden und das Verbot der Ausfuhr von Bestandteilen alter Gebäude» (Guanyu jiaqiang gu jianzhuwu baohu he jinzhi gu jianzhu goujian chujing de tongzhi) von 2001.
 - (14) «Vorschriften zum Schutz der Grossen Mauer» (Changcheng baohu tiaoli), in Kraft seit dem 1. Dezember 2006.

78 Zhonghua Renmin Gongheguo wenwu baohu fa, s. http://cn.chinagate.cn/law/2008-01/03/content_9473135.htm.

- (15) «Massregeln zur Kontrolle von paläontologischen Fossilien» (Gu shengwu huashi guanli banfa) vom 29. Juli 2002.
- (16) «Kontrollmassnahmen zum Schutze von paläontologischen Versteinerungen von Menschen und von Wirbeltieren» (Gu renlei huashi he gu jizhui dongwu huashi baohu guanli banfa) in Kraft seit dem 7. August 2006.
- (17) «Einstweilige Massregeln betreffend die Kontrolle über die Anerkennung [eines Gegenstandes seitens der Kulturgüterverwaltung] als Kulturgut» (Wenwu rending guanli zanxing banfa), in Kraft seit dem 1. Oktober 2009.
- (18) «Einige Ansichten betreffend die Kriterien bei der Kulturgüterexportbegutachtung» (Guanyu wenwu chukou jiangding biao zhun de ji dian yijian) vom 12. Juli 1960.
- (19) «Mitteilung des Staatlichen Kulturgüteramtes betreffend die Überprüfung und Bestätigung der Qualifikation der mit der Kulturgüterausfuhr [betrauten] Organe und Verbände» (Guojia Wenwu Ju guanyu shending wenwu chujing jiangding jigou tuanti zige de tongzhi) vom 4. August 1994.
- (20) «Überprüfungskriterien für die Kulturgüterausfuhr» (Wenwu chujing shenhe biao zhun) vom 6. Mai 2007.
- (21) «Massregeln betreffend die Kontrolle über die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr» (Wenwu jin-chujing shenhe guanli banfa) vom 13. Juli 2007.
- (22) «Öffentliche Bekanntmachung [des Staatlichen Kulturgüteramtes] betreffend die [ab 1. Juli 2009 an] zu benutzenden Dokumente [in der Fassung vom] Jahre 2009 betreffend die Überprüfung der Kulturgüterein- und -ausfuhr und betreffend den [ab 1. Juli 2009 anstelle des alten Siegellackstempels zu benutzenden neuen] Siegellackstempel» (Guanyu qiyong 2009 ban wenwu jin-chujing shenhe wenjian he huoqi yin zhang de gonggao) vom 30. April 2009.
- (23) «Bestimmungen über die Kontrolle der Kulturgüterausfuhr zu Ausstellung[szwecken]» (Wenwu chujing zhanlan guanli guiding) vom 27. Mai 2005.
- (24) «Versuchsweise in Kraft gesetzte Massregeln zur Kontrolle der Kulturgüterexportsondergenehmigung» (Wenwu texu chukou guanli shixing banfa) vom 31. Juli 1979.
- (25) «Bestimmungen über die Kontrolle von Kulturgütern, die nach einer zeitweiligen Einfuhr wieder ausgeführt werden» (Zanshi rujing wenwu fu chujing guanli guiding) vom 20. April 1995.
- (26) «Mitteilung des Staatlichen Kulturgüteramtes zur erneuten Bekräftigung der einschlägigen Bestimmungen betreffend die Kontrolle der Kulturgüterein- und ausfuhr» (Guojia Wenwu Ju guanyu chongshen wenwu churujing guanli youguan guiding de tongzhi) vom 3. Mai 1998.
- (27) «Mitteilung zur Bekanntgabe der Kriterien für Ausfuhrbeschränkungen von Werken von (nach dem Jahre 1949 verstorbenen berühmten Kalligra-

- phen und Malern» sowie von «berühmten Kalligraphen und Malern aus der Zeitspanne 1795-1949» (Guanyu banfa «1949 nian hou yi gu zhuming shuhua-jia» he «1795 zhi 1949 nian jian zhuming shuhua-jia» zuopin xianzhi chujing jianding biao zhun de tongzhi) vom 15. November 2001.
- (28) «Kriterien für die Festsetzung des Grades von Kulturgut-Sammelobjekten» (Wenwu cangpin dingji biao zhun) von 2001.
- (29) «Kriterien für die Festsetzung des Grades von neuzeitlichen und zeitgenössischen Kulturgut-Sammelobjekten des ersten Grades (versuchsweise in Kraft gesetzt)» (Jin-xiandai yi ji wenwu cangpin dingji biao zhun [shixing] vom 13. Mai 2003.
- (30) «[Zum Zwecke des] Nachschlagens [umrissene] Bereiche für das Einsammeln von Kulturgütern der Gegenwart und Neuzeit» (Jin-xiandai wenwu zhengji cankao fanwei) vom 28. Oktober 2007.
- (31) «Einstweilige Bestimmungen zur Kontrolle von Kulturgüterauktionen» (Wenwu paimai zanzing guiding) vom 19. Juni 2003.
- (32) «Die Genehmigung der Errichtung von Kulturgüterläden» (Wenwu shangdian sheli xuke) vom 30. Juni 2004.
- (33) «Einstweilige Bestimmungen über das Verfahren bei Verwaltungsstrafen betreffend Kulturgüter» (Wenwu xingzheng chufa chengxu zhanxing guiding) vom 16. Dezember 2004.
- (34) «Strafgesetz der VR China» (Zhonghua Renmin Gongheguo xingfa) vom 14. März 1997.
- (35) «Erläuterungen der Ständigen Kommission des Nationalen Volkskongresses, wonach die Bestimmungen des Strafgesetzes [der VR China] betreffend Kulturgüter auch auf wissenschaftlich wertvolle Wirbeltierfossilien sowie fossilisierte Menschenteile anzuwenden seien» (Quanguo Renmin Daibiao Dahui Changwu Weiyuanhui guanyu «Zhonghua Renmin Gongheguo xingfa» youguan wenwu de guiding shiyong yu you kexue jiazhi de gu jizhui dongwu huashi, gu renlei huashi de jieshi) vom 29. Dezember 2005.
- (36) «Von dem mit der Kulturgüterarbeit befassten Personal einzuhaltende Regeln» (Wenwu gongzuo renyuan shouze) vom 28. April 1981.
- (37) «Bestimmungen betreffend die Kontrolle über die staatlichen Kulturgüterbegutachtungskomitees» (Guojia wenwu jianding weiyuanhui guanli guiding), in Kraft seit dem 12. Januar 2006.
- (38) «Erläuterungen des Staatlichen Kulturgüteramtes betreffend die einer administrativen Genehmigung [bedürftigen] Materien» (Guojia Wenwu Ju xingzheng xuke xiangmu shuoming) vom 18. Mai 2004.
- (39) Massregeln des Staatlichen Kulturgüteramtes betreffend die Kontrolle über administrative Genehmigungen» (Guojia Wenwu Ju xingzheng xuke guanli banfa) vom 18. Mai 2004.

- (40) «Massregeln betreffend die Kontrolle über die Kennzeichnung von chinesischem kulturellen Erbe» (Zhongguo wenhua yichan biao zhi guan li ban fa), in Kraft seit dem 6. Februar 2006.
- (41) «Bestimmungen betreffend das Personal von Behörden des Staatlichen Kulturgüteramtes, die sich zur Durchführung amtlicher Belange nach auswärts begeben» (einstweilen in Kraft gesetzt) (Guojia Wenwu Ju jiguan gongzuo renyuan waichu zhixing gongwu de guiding (zanxing) vom 25. November 2004.
- (42) «Regeln betreffend die Arbeiten der Parteizellen der Kommunistischen Partei Chinas im Staatlichen Kulturgüteramt» (Zhong Gong Guojia Wenwu Ju dangzu gongzuo guize) vom 18. Mai 2005.
- (43) «Regeln betreffend die Arbeiten des Staatlichen Kulturgüteramtes» (Guojia Wenwu Ju gongzuo guize) vom 12. Mai 2008.
- (44) «Vom Kulturgüterarbeitspersonal einzuhaltende Regeln» (Wenwu gongzuo renyuan shouze) vom 28. April 1981.
- (45) «Arbeitsmoralregeln für chinesische Kulturgut- und Museumsbeschäftigte» (Zhongguo wenwu, bowuguan gongzuozhe daode zhunze) vom 10. Dezember 2001.
- (46) «Einstweilige Vorschriften betreffend die Kontrolle über reizvolle Landschaftsareale» (Fengjing mingsheng qu guanli zanxing tiaoli) vom 23. März 2004.
- (47) «Bestimmungen des Staatlichen Kulturgüteramtes betreffend das Verschenken und die Entgegennahme von Geschenken im Rahmen von nach aussen gerichteten amtlichen Aktivitäten» (Guojia Wenwu Ju guanyu zai duiwai gongwu huodong zhong zengsong he jieshou lipin de guiding) vom 28. Oktober 2007.
- (48) «Einstweilige Bestimmungen des Staatlichen Kulturgüteramtes betreffend behördliche Empfänge, Verköstigungen und Arbeitsmahlzeiten kleinen Massstabs» (Guojia Wenwu Ju jiguan jiedai yongcan he xiaoxing gongzuocan zanxing guiding) vom 20. April 2005.
- (49) «Vom Personal mit Auslandsbezug [zu beachtende] Regeln» (Shewai renyuan shouze), vom 9. Februar 1992.

Vorschriften auf regionaler Ebene

Zum Beispiel: «Massregeln der Stadt Shanghai betreffend die Kontrolle des Kulturgütermarkts» (Shanghai Shi wenwu shichang guanli banfa) vom 14. Dezember 1997.

In der VR China geltende einschlägige internationale Abkommen

- 1) Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954

- 2) UNESCO-Übereinkommen über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut
14. November 1970
- 3) UNESCO- Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt (*Welterbekonvention der UNESCO*) vom 16. November 1972
- 4) Unidroit-Konvention über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter vom 24. Juni 1995
- 5) UNESCO-Übereinkommen zur Erhaltung des immateriellen Erbes vom 17. Oktober 2003
- 6) UNESCO-Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 20. Oktober 2005

Bilaterale Abkommen

Bis Ende 2010⁷⁹ hat die Volksrepublik China elf zweiseitige Abkommen zur Bekämpfung von Kulturgüterschmuggel und dergleichen abgeschlossen, und zwar mit Äthiopien, Chile, Cypern, Griechenland, Italien, Indien, Peru, den Philippinen, der Türkei, den USA und Venezuela.

79 Tabelle wichtiger 2009 zwischen China und ausländischen Staaten geschlossener zweiseitiger Verträge (Erlinglingjiu nian Zhongguo he waiguo qianding de zhuyao shuangbian tiaoyue yi lanbiao (www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/tytj/t705517.html) und entsprechende Tabellen aus früheren Jahren sowie (http://search.npc.gov.cn:7000/was40/search?channelid=13334&templet=outline_cms_cwhgb.jsp).

