

Stephan Bernard

INSISTIEREN AUF DER SPRENGKRAFT DES RECHTS

Neunzehn Interventionen
in die Strafjustiz

weblaw

Stephan Bernard

**INSISTIEREN AUF DER SPRENGKRAFT
DES RECHTS**

Neunzehn Interventionen in die Strafjustiz

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-227-7 (Print)

Umschlaggestaltung: Heidi Bernard

© Editions Weblaw, Bern 2024

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Für Heidi, Merlin und Henry

VORWORT

Die Strafjustiz limitiert bisweilen Macht mit Recht. Sie legitimiert und zementiert Macht aber mindestens ebenso oft. Dabei greift die Strafjustiz stets schwerwiegend in Grundrechte ein. Recht und Strafjustiz entziehen sich zudem durch eine abstrakte, schwer verständliche Sprache und eine hermetisch abgeschirmte, systemische Eigenlogik immer wieder öffentlicher Kontrolle und Kritik. Jurist:innen unternehmen in aller Regel sehr wenig, um alldem entgegen zu wirken. Eine sowohl kritische als auch gemeinverständliche Reflexion jenseits des scheinbar Selbstverständlichen ist zwingend nötig, sollen Recht und Strafjustiz mehr sein, beziehungsweise werden, als eine inhaltlich beliebige Sozialdisziplinierung. Meine Interventionen setzen exakt hier an. Sie gehen von der gelebten Strafjustiz aus und legen den Finger auf deren wunde Punkte. Damit insistieren sie – vielfach gänzlich kontrafaktisch – auf der Sprengkraft des Rechts.

Die vorliegenden neunzehn Texte wurden in den letzten zwölf Jahren in Fach- und Publikumsmedien veröffentlicht. Bei allen Interventionen ist jeweils in einer initialen Fussnote das ursprüngliche Publikationsorgan angegeben. Dabei habe ich teilweise noch einige Sätze zum Erscheinungskontext angeführt. Die Essays wurden geringfügig bereinigt und in der Zitierung und Formatierung vereinheitlicht. Ansonsten wurden die Texte bewusst unverändert abgedruckt; gerade, weil ich manches heute anders schriebe, einiges zeitgebunden ist, sich durchaus Akzente verschoben haben und damit Widersprüche sichtbar werden. Auch hinsichtlich einer gendergerechten Sprache änderte ich die ursprünglichen Fassungen nicht. Insgesamt sollen damit in jeder Hinsicht sämtliche meiner Suchbewegungen der letzten Jahre sichtbar bleiben.

Dank schulde ich vielen für vieles. Meinem gesamten beruflichen Umfeld bin ich für den regen Austausch in all den Jahren verbunden, der sämtliche meiner Veröffentlichungen geprägt hat. Rafael Studer danke ich ganz besonders, für das frühere Lektorat zahlreicher dieser Essays sowie die wiederholte Diskussion über die Gestaltung und den Inhalt des vorliegenden Sammelbands, alles stets mit seiner ihm eigenen Hartnäckigkeit.

Widmen möchte ich das Buch Heidi, Merlin und Henry. Sämtliche Essays sind in der Kleinkinder- und Kinderphase in unserem Zuhause vorwiegend nach 21.00 Uhr entstanden. Ich schrieb sie damit nah bei ihnen und doch blieben sie gleichzeitig in

unserem Zusammensein nahezu gänzlich aussen vor. Die Sammlung erlaubt, falls dies für Heidi, Merlin oder Henry je von Relevanz wäre, einen Einblick, wer ich in dem Lebensabschnitt auch noch war.

Zürich, im Februar 2024

INHALT

Vorwort	V
Intro	1
1. Justiz- und Rechtskritik von lechts und rinks	5
Rechtsgleichheit in der Rechtswirklichkeit	9
2. Munterer Kuhhandel um Gerechtigkeit	11
3. Der Mythos der Rechtsgleichheit	13
4. In der Schweiz haben nicht alle den gleichen Zugang zum Recht	17
Justitia und Justiz	19
5. Lebensferne Justiz?	21
6. Hotzenplotz 3 und die Unschuldsvermutung	23
7. Unschuldig Verurteilte	26
8. Materielle Wahrheit im Strafprozess – eine Fata Morgana	29
Zwischen Rechtsstaat und Ausnahmezustand	33
9. Verfahren betreffend therapeutische Massnahmen und die Verwahrung: Ein Wunschkonzert an die dritte Gewalt	35
10. Gefährdung der Grundrechte durch strafrechtliche Veränderungen	41
11. Nach dem Fall Ruppertswil	50
12. Warum sich «Carlos» gegen seine Inhaftierung wehrt	54
Strafverteidigung zwischen Gegenmacht und Ohnmacht	57
13. Unabhängige Strafverteidigung als zwingender Baustein des Rechtsstaates ...	59
14. Wahrung fremder Interessen, nicht eigener	68
15. Grenzen der Verteidigung bleiben strittig	73
16. Verteidigung als uneingelöstes Versprechen?	81

Perspektiven der Strafjustizkritik	91
17. Rechtstatsächliche Diskriminierungsforschung – ein Denkanstoss	93
18. Abolitionismus als Wegweiser eines liberalen Strafrechtsdenkens	103
Outro	109
19. Insistieren auf der Sprengkraft des Rechts	111

Intro

lichtung

manche meinen
lechts und rinks
kann man nicht
velwechsern.
werch ein illtum!

Ernst Jandl, Dichter

1. JUSTIZ- UND RECHTSKRITIK VON LECHTS UND RINKS*

Sie kam beinahe stets von links, die bissige Rechts- und Justizkritik. Die neue Linke hinterfragte von den 60er- bis weit in die 90er-Jahre des 20. Jahrhunderts Recht und Justiz oft gekonnt, jedenfalls immer gründlich. Linke Angeschuldigte und ihre AnwältInnen versuchten, in Gerichtssälen den Spiess umzudrehen und der Justiz den Prozess zu machen, um aufzuzeigen, dass der Rechtsstaat gar keiner sei. Die linke Öffentlichkeit begleitete dieses Wirken und sympathisierte damit. Teils trieb dies auch seltsame Blüten: Walter Stürm, ein simpler, letztlich unpolitischer Dieb und Ausbrecherkönig mit Witz («Bin beim Ostereier suchen, Stürm») wurde in den 80er-Jahren über Wochen von der WOZ und der unruhigen Jugend gefeiert und tatsachenwidrig zu einer Mischung zwischen Che Guevara und Robin Hood hochstilisiert. Aber schon viel früher hatte Justiz- und Rechtskritik von links eine durchaus ernst zu nehmende, hochstehende Tradition: Kurt Tucholsky oder Anatole France beispielsweise waren Meister literarischer Justiz- und Rechtskritik und ihre Gerichtsbeschreibungen gehören zu ihren besten Werken. Beide verfassten diese von einem pointierten Standpunkt aus. Ersterer prägte 1930 das Bonmot, er habe nichts gegen Klassenjustiz, ihm gefalle nur die Klasse nicht, die sie mache.¹ Letzterer hielt Ende des 19. Jahrhunderts sarkastisch fest, dass das Recht in seiner majestätischen Gleichheit den Armen und Reichen gleichermaßen verbiete unter Brücken zu schlafen, auf den Strassen zu betteln und Brot zu stehlen.² Und niemand anderes als Karl Marx legte 1842 einen wichtigen Grundstein seines Œuvre als Reporter der Rheinischen Zeitung in den «Debatten über das Holzdiebstahlgesezt». Er wies darin eine Instrumentalisierung des Rechts nach, weil der Staat bei der Gesetzgebung ein Gewohnheitsrecht der Armen unter Strafe stellte und damit die Interessen der Grossgrundbesitzer gegen die wenig vermögende Schicht vertrat.³

In den letzten 15 bis 20 Jahren verstummte die Justiz- und Rechtskritik von links immer mehr. Dafür drosch die Rechte zunehmend munter auf die Justiz ein. Ihr Narrativ ist

* Erschienen in Dislike, Magazin für Unmutsbekundung, 2016, S. 100 ff.

¹ Kurt Tucholsky, Politische Justiz, Hamburg 1970, S. 91.

² Anatole France, *Le Lys rouge*, Paris 1894, 118; Übersetzung Fanny Gräfin zu Reventlow, *Die rote Lilie*, München 1925, S. 116.

³ Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. 1, Berlin/DDR 1976, S. 109 ff.

simpel: Ob das Bundesgericht, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oder die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) – kein Zweig der Judikative ist davor gefeit, dass ihm nicht undemokratische Lebensfeme, ein Piesacken des rechtschaffenen helvetischen Mittelstandes und ein Kuschneln mit frech gewordenen Scheininvaliden oder schauspielernden ScheinasylantInnen, überall lauernden SexualdelinquentInnen oder omnipräsenten KriminaltouristInnen vorgeworfen wird. Ein Tsunami an Volksinitiativen soll hier angeblich Remedur schaffen.

Die eingemittete Linke dagegen verteidigt immer beflissener das nach wie vor bürgerliche Recht, die nach wie vor bürgerliche Justiz und die letztlich bürgerlichen Er rungenschaften wie die Rechtsstaatlichkeit sowie die grundlegende Einhaltung von Grund- und Menschenrechten – was glänzend zu ihrem heutigen Auftreten passt. Es ist ohnehin links etwas bieder geworden. Das linke Personal ist, von einigen Ausnahmen abgesehen, wenig inspirierend: Adrette Lieblingsschwiegertöchter insistieren auf Anstand und bauen Brücken. Sie lösen die bissigen, klugen linken Frauen ab. Politisch korrekte Sympathieträger ergehen sich in staatsmännischem Strebertum. Sie folgten auf streitbare, links-intellektuelle Alphantiere. Rebellion kommt heute meist von rechts. Bissigen Linken bleibt letztlich meist wenig anderes als der Exodus aus der Realpolitik übrig, in die oft ebenso humorfreie wie politisch irrelevante Zone Linksaussen, ins Urban Gardening, in die politische Einsamkeit oder in den Poetry Slam. Oder es erfolgt aus lauter Langeweile die Konversion nach rechts. Sichtbare, streitbare Linke muss man heute in die Liste der vom Aussterben bedrohten Spezies aufnehmen.

Die Rechte würde nun einwenden, dies läge daran, dass die Linke gar nichts mehr am Recht und der Justiz zu kritisieren habe. Denn beides sei von links unterwandert worden. In Tat und Wahrheit ist das Gegenteil richtig: Je vehementer die Rechte auf die Justiz und das Recht einprügelte, desto mehr hat sich gerade hier das Koordinatensystem nach rechts verschoben und es gäbe mannigfaltige Anlässe für eine Kritik von links. Die Prozesskostenvorschüsse in Zivilverfahren beispielsweise sind seit Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung im Jahre 2011 derart hoch, dass sich Normalverdienende die Rechtsdurchsetzung vor Gericht oder schon nur die Einleitung eines Gerichtsverfahrens zwei Mal überlegen müssen. Für die Wirtschaft ökonomisch bedeutungsvolle Zivilrechtsstreitigkeiten werden ohnehin vor privatisierten Schiedsgerichten geregelt, sodass für sie eine funktionierende staatliche Gerichtsbarkeit abnehmende Bedeutung

hat. An den gesellschaftlichen Rändern wird überdies etwa im Migrationsrecht, im Straf- und vor allem im Strafvollzugsrecht, im Sozialhilfe- und teils auch im Sozialversicherungsrecht immer mehr machtpolitisiertes Ausnahmerecht geschaffen, in welchen fundamentale rechtsstaatliche Prinzipien und Grundrechte offensiv in Frage gestellt und teils ausser Kraft gesetzt werden. Man mag mit der VIII. geschichtsphilosophischen These von Walter Benjamin dies nun als die Tradition der Unterdrückten ansehen, die uns belehre, diesen «Ausnahmestand» nicht als Ausnahme, sondern als Regel zu verstehen;⁴ oder man mag diesen Bezug für eine unzulässige Zuspitzung halten. Jedenfalls müsste genau hier eine sich selbst ernst nehmende Linke den Finger definitiv auf den wunden Punkt legen. Zumindest wenn sie noch eine minimale Ambition hegt, Jean Baudrillards bereits rund vierzigjähriges Verdikt zu widerlegen, dass wir in einer Welt der Simulation mit austauschbaren Zeichen leben, in der ehemals sich widersprechende oder dialektisch entgegengesetzte Begriffe wie beispielsweise die politische Linke und die politische Rechte ihre Bedeutung verloren haben.⁵

Doch was wäre nun, wenn die Linke tatsächlich den abgerissenen Faden aufnähme und wieder Rechts- und Justizkritik übe? Vielleicht stürzte dies das Recht und die Justiz vollends in eine Legitimationskrise, würden sie dann doch von rechts und links attackiert. Möglicherweise gewänne die Linke aber rasch an Deutungshoheit und die Rechte verteidigte plötzlich wieder das Recht und die Justiz: die Gravitationskräfte verschöben sich da nach links. Ein Versuch wärs wert.

⁴ Walter Benjamin, *Geschichtsphilosophische Thesen. Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a. M. 1978, S. 84.

⁵ Jean Baudrillard, *Der symbolische Tausch und der Tod*, München 1982, S. 20 f.

Rechtsgleichheit in der Rechtswirklichkeit

2. MUNTERER KUHHADEL UM GERECHTIGKEIT*

Früher ging es Staatsanwalt Hubert Handel nur dann gut, wenn sein Fussballclub YB gewann. Seit dem 1. Januar 2011 ist er stets leicht beschwingt. Denn er darf neu mit der Verteidigung im abgekürzten Verfahren um Gerechtigkeit feilschen.

Nach 25 langweiligen Berufsjahren mit Hinweisen auf pflichtgemässe Übersetzung, mit lügenden Beschuldigten und langwierigem Abhören von dümmlichen Telefonaten bringt das endlich etwas Farbe in die Hütte. Besonders gern hat er das spielerische Märten mit Verteidiger Simon Schlau, den er zum Dank viel als amtlichen Verteidiger einsetzt. Denn auch diese Kompetenz hat Hubert Handel neu von Bundesbern bekommen. Bern bietet doch mehr als die Verliererromantik von YB, denkt er sich und schmunzelt über den telefonischen Kuhhandel mit Simon Schlau:

S: «Hoi Hubert. Du, machen wir bei dem Kleindealer wieder mal ein Abgekürztes?»

H: «Hoi Simon. Welcher Dealer? Ich habe dir ja so viele zugeschantzt.»

S: «Den kleinen Dicken mit den Tattoos.»

H: «Deeer! Was hast du dieses Mal zu bieten?»

S: «Ein Geständnis in den drei Nebenpunkten. Aber den Hauptpunkt mit den vier Kilo Coci lassen wir dafür fallen.»

H: «Na gut. Um den Hauptpunkt zu beweisen, müssten wir ja 213 Stunden Telefonüberwachung auswerten. Vier Jahre Chischte müssen es aber schon sein.»

S: «Das ist viel zu viel. Der ist ja nun geständig, hatte eine schwierige Jugend und so. Er hat auch eine kranke, fast blinde Grossmutter, für die er sorgen muss. Um die hat er sich immer echt rührend gekümmert. Zweieinhalb Jahre, davon zwei Jahre bedingt. Mehr nicht.»

H: «Du hast mich überschnurret. Gerade die Grossmutter habe ich viel zu wenig berücksichtigt. Drei Jahre, davon ein Jahr abhocken sind okay.»

S: «Top.»

H: «Top. Und ruf mich doch morgen an wegen der Dominikanerin. Dort kommst du mir aber nicht so billig weg.»

* Erschienen in plädoyer 2/2012, S. 82. Ein gutes Jahr vorher trat die erste gesamtschweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft.

S: «Oder wollen wir da auch gleich den Deckel zumachen? Du hast so einen guten Tag.»

H: «Ich habe die Akten gerade nicht so präsent. Aber was stellst du dir vor?»

S: «Sie ist ja eine Ersttäterin: zwei Jahre bedingt.»

H: «Tönt nicht so schlecht. Ich rufe dich morgen zurück, um dir definitiv grünes Licht zu geben. Tschüss.»

S: «Bis morgen.»

Zufrieden sind sie alle: Hubert Handel, Simon Schlau und ihre Kühe, pardon: die Beschuldigten. Und das Gericht genehmigt am Ende beide Händel «trotz erheblicher Bedenken». Nur Hubert Handels Kollege Ede Ernsthaft im Büro nebenan passt dieses muntere Treiben nicht. Er sieht im abgekürzten Verfahren den Untergang des Abendlandes. Er untersucht alles weiterhin bis in die subtilste Verästelung und klagt prinzipiell am Untersuchungsende scharf an. Denn auch das erlaubt die StPO. Dafür schaut er weiterhin amtsschimmelig in die Welt.

3. DER MYTHOS DER RECHTSGLEICHHEIT*

Das Phänomen des Racial Profiling macht in der Schweiz seit einigen Jahren von sich reden. Dabei kommt ein Thema zur Sprache, das von der kritischen Kriminologie schon seit den sechziger Jahren untersucht wird: die unterschiedliche Reaktion der Strafjustiz auf das jeweils gleiche Verhalten je nach gesellschaftlicher Stellung der Betroffenen.

In der hiesigen Debatte noch nicht angekommen scheint dagegen die Frage, ob nicht bereits die Gesetzgebung – und nicht erst die Rechtsanwendung – systematische Ungleichbehandlungen anlegt. Während hierzulande zahlreiche BürgerInnen, aber auch die allermeisten JuristInnen und SozialwissenschaftlerInnen noch davon ausgehen, Strafgesetze sanktionierten abweichendes Verhalten rechtsgleich, ziehen das kritische KriminologInnen im angelsächsischen Raum in Zweifel. Ihrer Ansicht nach findet nicht nur ein Aus-, sondern auch ein Umbau des Strafrechts statt. Dabei komme diesem zunehmend die Funktion zu, präventiv zu kontrollieren – es richte sich bereits in der gesetzlichen Anlage gegen ökonomisch Unterprivilegierte und gesellschaftliche Randgruppen.

I. TENDENZ ZUR ETHNISIERUNG

Ähnliche Tendenzen lassen sich auch in der Schweiz ausmachen. Unter Wahrung der formalen Rechtsgleichheit werden massive Strafen ausgesprochen, die sich vor allem für ökonomisch Unterprivilegierte, Bildungsferne und MigrantInnen nachteilig auswirken. Hintergrund dazu ist zum einen eine Politisierung des Strafrechts im letzten Jahrzehnt. Zunehmende Forderungen der Sicherheits- und Kontrollgesellschaft sowie eine Tendenz zur Ethnisierung von Kriminalität prägen den gesellschaftlichen Diskurs hierzulande jedoch bereits seit rund einem Vierteljahrhundert. Dies geht mit der Entwicklung zu mehr ökonomischer Ungleichheit einher und wirkt sich auf die strafrechtliche und strafrechtsähnliche Gesetzgebung aus. Nicht erst die Rechtsanwendung,

* Erschienen in der WOZ vom 11. Januar 2018, S. 5. Der Artikel basiert wesentlich auf einer längeren wissenschaftlichen Publikation von mir: Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2017, S. 117 ff.

sondern bereits die Gesetzgebung führt damit – trotz scheinbar gewahrter formaler Rechtsgleichheit – zu faktischen Ungleichheiten.

Beispielhaft dafür sind die gesetzliche Umsetzung der Ausschaffungsinitiative oder die laufend verschärften migrationsrechtlichen Erlasse mit faktisch strafendem Charakter (wie etwa in der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft). All diese Normen treffen keine SchweizerInnen – sie zielen direkt auf MigrantInnen, insbesondere auf solche aus sogenannten Drittstaaten ausserhalb von Europa.

Im Kernstrafrecht hängt die effektive Wahrnehmung von Verteidigungsrechten zunehmend von kulturellen, sprachlichen und sozioökonomischen Ressourcen ab. Aus staatsrechtlicher Perspektive problematisch ist etwa, dass seit 2011 Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten nicht mehr in ordentlichen mündlichen und unmittelbaren Gerichtsverfahren durch die Judikative, sondern durch StaatsanwältInnen ausgesprochen werden. Als Teil der Exekutive strafen sie schriftlich in sogenannten Strafbefehlsverfahren. Personen, die der Amtssprache oder des Lesens unkundig sind, stossen bei der Suche nach einer professionellen Verteidigung ohnehin auf erhöhte Barrieren. In solchen Verfahren jedoch haben sie es noch schwerer, sich überhaupt zur Wehr zu setzen. Justizirrtümer zum Nachteil von Menschen aus bildungsfernen Schichten sind damit geradezu gesetzlich angelegt. Grundrechte schützende strafprozessuale Formen wie das mündliche unmittelbare Gerichtsverfahren werden damit weitgehend durch Schnellverfahren ersetzt, die von einer ökonomischen Logik geprägt sind.

II. SICHERHEIT UND KONTROLLE

Das Strafrecht knüpft zudem immer weniger an die Tat und vermehrt an Merkmale von TäterInnengruppen an. Es findet ein partieller Umbau des reaktiven Strafrechts in ein strafendes Präventionsrecht statt. Stationäre psychiatrische Massnahmen nach Artikel 59 StGB (die sogenannte kleine Verwahrung) gewinnen seit rund einem Jahrzehnt markant an Bedeutung. Sie können ad infinitum verlängert werden und verdrängen klassische, zeitlich begrenzte Sanktionen. Über den Verbleib in der Massnahme entscheidet nicht primär die Tat, sondern das Profil der (vermeintlichen) TäterInnen. Der Präventionsgedanke hat eine neue Dimension an Eingriffstiefe erhalten. Möglich geworden ist das durch das Fehlen von griffigen Schranken, die dem Freiheitsentzug

im Weg stehen. Obwohl die Strafrechtstradition der Aufklärung an sich nach wie vor eine offizielle Leitlinie der Straf-, Strafprozess- und auch Strafvollzugsgesetze bleibt, findet ein Paradigmenwechsel von der rechtsstaatlichen Grammatik der Freiheit zu einer Sicherheits- und Kontrolllogik statt.

Dadurch nistete sich im scheinbar gleichbleibenden Rahmen des herkömmlichen Sanktionssystems eine Art gesetzlich gewährter, permanenter Ausnahmezustand von der bisherigen Rechtstradition ein. Dieser droht sich innerhalb der straf-, strafprozess- und strafvollzugsrechtlichen Normen auszudehnen. Die Bedeutung dessen für das gesamte Strafrecht, ja für die ganze Rechtskultur darf keinesfalls unterschätzt werden. Denn Rechtsstaatlichkeit bemisst sich nach dem Umgang mit den gravierendsten Fällen und dem kategorischen Insistieren auf Grundprinzipien.

III. IMMER MEHR EINFALLSTORE

Doch nicht nur mit SexualstraftäterInnen, ausländischen SozialhilfebezügerInnen, Hooligans oder TerroristInnen werden systematisch strafrechtliche Feindbilder aufgebaut und Verschärfungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung legitimiert. Zugleich werden durch Verhandlungsmöglichkeiten zunehmend grosszügige gesetzliche Entkriminalisierungsspielräume für ökonomisch Privilegierte gewährt. In dieser akzentuierten Form wurden diese erst mit dem Strafgesetzbuch von 2007 und der Strafprozessordnung von 2011 eingeführt. Dieser Befund reiht sich in eine empirische Metastudie von Richard Wilkinson und Kate Pickett aus dem Jahr 2009 ein: Je ungleicher in einer Gesellschaft die faktische Macht und die Ressourcen verteilt sind, umso härter wird bestraft – und umso mehr schleichen sich Vorteile für Privilegierte und Nachteile für Randgruppen in die Strafjustiz ein.¹

Die Gesetzesrevisionen aus jüngerer Vergangenheit gehen Hand in Hand mit aufwendigen Gesetzgebungsverfahren, die bereits vor der Politisierung des Strafrechts in der eidgenössischen Strafprozessordnung und im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs angelegt wurden. In trauter Eintracht stossen sie bestehende Einfallstore für faktische

¹ Richard G. Wilkinson/Kate Pickett, Gleichheit ist Glück. Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, Berlin 2009, S. 171 f.

Ungleichbehandlungen auf und schaffen weitere. Neben dem Aus- und Umbau strafender Reaktionen gegen gesellschaftlich wenig Privilegierte findet gleichzeitig auch ein Abbau des rechtsstaatlich begründeten Strafprozessrechts und Strafrechts statt. Dieser wirkt sich faktisch ebenfalls je nach sozialer Stellung unterschiedlich aus. Strafgesetze sind daher auch hierzulande nicht interessenneutral. Und je mehr die ökonomische Schere aufgeht, umso mehr spielt auch die soziale Position der Beschuldigten eine entscheidende Rolle.

4. IN DER SCHWEIZ HABEN NICHT ALLE DEN GLEICHEN ZUGANG ZUM RECHT*

Sobald die Strafrichterin ihr Urteil spricht, endet das Mandat des Pflichtverteidigers. Im Strafvollzug stehen dann die Häftlinge ohne Rechtsbeistand einer totalen Institution gegenüber. Dort können sie sich selbst bei weitreichenden Fehlentscheidungen oder Schikanen schlecht zur Wehr setzen.

Aus dem Gefängnis heraus lässt sich kaum kundige Hilfe organisieren, zumal es nur wenige Anwältinnen gibt, die im Strafvollzugsrecht spezialisiert sind: Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen sind ein schwer durchschaubares Konglomerat aus Konkordaten, kantonalen Erlassen und Hausordnungen; der Anwalt bleibt meist unbezahlt, da die Betroffenen kein Geld haben, und ihnen die unentgeltliche Rechtspflege vielfach verweigert wird.

Befindet sich der Gefangene in einer stationären psychiatrischen Massnahme, ist seine Ausgangslage noch prekärer. Er sieht sich dort – zusammen mit seiner allfälligen Anwältin – mit psychiatrischem Fachwissen konfrontiert, das sich kaum überprüfen lässt. Ähnliche Probleme stellen sich auch bei Fürsorgerischen Unterbringungen oder im Invalidenversicherungsrecht. Gerade bei der Invalidenversicherung ritzt beispielsweise die Nähe der amtlichen medizinischen Sachverständigen zu den staatlichen Versicherungen seit Jahren die Fairness des Verfahrens. Auf den Punkt gebracht, geht es um Folgendes: Die medizinischen Gutachter sind wirtschaftlich von der Sozialversicherung abhängig, die ihnen den Auftrag gegeben hat. Ihre Expertisen sind zudem kaum überprüfbar; zur Kontrolle wären teure Privatgutachten nötig, die gerade für eine IV-Bezügerin meist unerschwinglich bleiben. Die Entscheidungsgrundlagen der Versicherung werden damit fragwürdig, der Rechtsschutz der Betroffenen wegen deren begrenzter Mittel eingeschränkt.

Ganz ähnlich ist das Problem für Leute, die auf Sozialhilfe angewiesen sind: Diese haben grundsätzlich keine Mittel, um einen Anwalt zu zahlen, und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand wird selten gewährt. Überrascht es da irgendjemanden, dass es kaum Advokaturen gibt, die sich dem Sozialhilferecht verschreiben? Kundige Rechtsberatung lässt sich hier nicht marktförmig organisieren. Und die Unabhängige Fachstelle für

* Erschienen in der NZZ am Sonntag vom 2. Februar 2020, S. 17 (Der externe Standpunkt).

Sozialhilferecht, die da unentgeltlich Rechtshilfe gewährleistet, ist ständig überlastet; die von ihr veröffentlichten Zahlen und Fallvignetten zeigen jedenfalls eindrücklich, dass gerade in diesem Rechtsgebiet oft krass rechtswidrig entschieden wird.

Ein Gegenbeispiel dazu könnte das neue Asylrecht sein, denkt man. Hier scheint sich die Lage seit der letzten Gesetzesrevision etwas entschärft zu haben; neu ist zwingend ein unentgeltlicher Rechtsbeistand vorgeschrieben. Dabei handelt es sich allerdings nicht um unabhängige Rechtsanwälte, und mit den gewährten Fallpauschalen von teils bloss rund 500 (!) Schweizer Franken ist eine seriöse Vertretung in diesen komplexen Verfahren mit hochtraumatisierten Klienten verunmöglich; der Weiterzug ans Bundesgericht ist in Asylverfahren ohnehin abgeschnitten.

Es ist kein Zufall, in welchen Gebieten sich die hier skizzierten Missstände beobachten lassen. Im Kern geht es immer um gesellschaftliche Gruppen mit wenig sozioökonomischen Ressourcen; sie haben nicht nur politisch einen schweren Stand, sondern auch rechtlich. Die Interessen von Mietern, Arbeitnehmerinnen oder Konsumentinnen sind da noch nicht einmal gemeint. Sie sind zwar im Direktvergleich mit den Vermieterinnen, den Arbeitgebern oder den Unternehmen ökonomisch ebenfalls weniger privilegiert. Ihre Interessen lassen sich aber politisch und juristisch noch einigermaßen bündeln und vertreten. Denn ihre Anliegen betreffen eine stattliche Anzahl von Menschen, die hinsichtlich ihres ökonomischen, sozialen oder kulturellen Kapitals teils ebenfalls gutsituiert sind.

Die Interessen der Asylsuchenden, der Zwangspsychiatrisierten, der Sozialhilfebezüglerinnen, Invaliden oder Strafgefangenen haben dagegen einen noch viel schwereren Stand. Denn es handelt sich um jeweils weniger Betroffene mit – und darauf kommt es entscheidend an – meist sehr eingeschränkten sozioökonomischen Ressourcen und geringen Gestaltungsräumen in ihrer gesamten Lebensführung.

Sie stehen deshalb im Ergebnis vielfach allein am Rand, weil sie nur auf die Solidarität der Mehrheitsgesellschaft hoffen, aber keine schlagkräftige Lobby bilden können. Es entspricht somit fast einer unausweichlichen Logik, dass Letztere wenige Fürsprecher in der Politik und der Justiz haben, dass sie kaum Anwälte finden und ihnen daher der Zugang zum Recht regelmässig versperrt bleibt.

Der Ausnahmezustand für Marginalisierte ist somit auch in den liberalen Rechtsstaat systemisch eingeschrieben; der Rechtsschutz versagt just dort, wo es besonders auf ihn ankäme.

Justitia und Justiz

5. LEBENSFERNE JUSTIZ?*

Nachdem der Zürcher Kantonsrat die Abschaffung des Laienrichtertums an Bezirksgerichten beschlossen hatte, ergriff die SVP das Referendum; darüber wird am 5. Juni 2016 abgestimmt. Analog zur Kritik gegen die KESB oder den EGMR wird auch da einer rein professionellen Justiz vorgehalten, es fehle ihr an Lebensnähe und gesundem Menschenverstand. Liberale und linke Kräfte entgegnen meist, in einer ausdifferenzierten Gesellschaft seien die Lebens- und Rechtsverhältnisse komplexer geworden. Eine rechtsstaatliche, professionelle Justiz sei unabdingbar. Häufig wird dies auch mit der Forderung nach einer ausgedehnten Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden. Es erstaunt nicht, dass diese Diskussion jetzt geführt wird: Auch wenn im 20. Jahrhundert die Justiz sukzessive professionalisiert wurde, blieben Laien bis vor kurzem prominent vertreten, etwa in Zürich am Geschworenengericht, in ländlichen Vormundschaftsbehörden oder an Bezirksgerichten. Der gesetzliche Paradigmenwechsel hin zur Professionalisierung erfolgt erst seit ein paar Jahren. Die konservative Argumentation ist dennoch anachronistisch. Denn sie lässt unberücksichtigt, dass diesen Gesetzesänderungen eine veränderte (Rechts-)Wirklichkeit vorausgegangen ist. Sie bemüht das Leitbild der bodennahen Justiz in dörflicher Idylle, was wenig mit der Realität zu tun hat; und sie operiert mit Versatzstücken einer ohnehin idealisierten Vergangenheit. Denn das Teilmilizsystem führte nicht zwangsläufig zu lebensnaher Sachgerechtigkeit. Mangelnde professionelle Distanz kann in der Judikative auch zu gravierenden Fehlbeurteilungen führen.

Aber die Befürworter der umfassenden Professionalisierung machen es sich ebenfalls etwas einfach. Es trifft zwar zu, dass ein komplexer Zivilprozess meist von Richtern mit abgeschlossenem Jusstudium besser bewältigt wird als von Laien. Und zweifellos sind rechtsstaatliche Minimalstandards nicht auf einem direktdemokratischen Altar zu opfern. Vergessen geht allerdings, dass das gekonnte Zusammenspiel von Fachkräften mit Laien die hiesige Rechtskultur in mancher Hinsicht positiv geprägt hat. Beispielsweise hatte Eugen Huber beim Verfassen des Zivilgesetzbuches (ZGB) Anfang des 20. Jahrhunderts Milizbehörden vor Augen. Interessanterweise fand das «volkstümliche»

* Erschienen in der NZZ vom 18. Mai 2016 (Tribüne), S. 9.

ZGB damals auch und gerade in der internationalen Rechtswissenschaft weit mehr Zuspruch als das nahezu gleichzeitig in Kraft gesetzte, «wissenschaftliche» deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Die Gesetzesredaktion durch einen brillanten Rechtswissenschaftler für ein Laienpublikum erwies sich als glückliche Fügung. Aber auch etwa die Arbeit des Zürcher Geschworenengerichts war einer sorgfältigen und gut akzeptierten Strafjustiz – u. a. wegen der unmittelbaren Beweisaufnahme – eher zu- als abträglich.

Mit der Professionalisierung werden sich die Laufbahnen in den Judikativen auch bei den Berufsrichtern immer mehr ähneln. Nebenberufliche Richter aus Rechtswissenschaft oder Advokatur, wie sie selbst am Zürcher Kassations- und Verwaltungsgericht und erst recht in ländlichen Gegenden gang und gäbe waren, werden selten. Auch Quereinsteiger in richterliche Hauptämter aus der Staatsanwaltschaft, der Wissenschaft oder der Anwaltschaft gibt es immer weniger. In der Judikative arbeiten immer mehr Juristen, die ausschliesslich am Gericht tätig waren. Der Verlust an unterschiedlichen Sichtweisen könnte einer fachlich breit abgestützten Rechtsprechung abträglich sein, was auch aus liberaler oder linker Sicht nicht zu begrüssen ist. Gerade die interdisziplinäre Zusammensetzung der stark kritisierten KESB ist da eine löbliche Ausnahme, denn hier urteilen nicht nur Juristen.

Die Feindebatte über die Ausrichtung der Justiz erweist sich daher als komplexer, als die derzeitige Diskussion vermuten lässt. Sie müsste mit Fragen statt mit Antworten beginnen. Exemplarisch: Welche Perspektiven sollen in die Justiz einfliessen? Brauchen wir interdisziplinäre Fachgerichte, oder führen diese zu fachlichen Scheuklappen? Benötigen wir zum Schutz des Rechtsstaats und der Grundrechte eine Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, oder führt dies zu richterlicher Rechtspolitik? Wie lassen sich Rechtsstaatlichkeit und Bürgernähe in Einklang bringen? Welche belebenden Elemente der Miliztradition könnten in eine zeitgemässe Rechtsstaatlichkeit integriert werden? Wie sind die Strukturen der Justiz auszugestalten, damit die professionellen Mitarbeitenden eine möglichst breite fachliche Palette einbringen?

6. HOTZENPLOTZ 3 UND DIE UNSCHULDSVERMUTUNG*

Nachdem der Räuber Hotzenplotz in den ersten beiden Bänden der bekannten Kinderbuchserie mit Raub, Erpressung und Freiheitsberaubung gleich eine ganze Reihe von happigen Straftatbeständen erfüllt hat, wird er zu Beginn des dritten Bandes wegen guter Führung vorzeitig aus der Haft entlassen. Er beschliesst, die Räuberei an den Nagel zu hängen. Der Pfad der Tugend zu beschreiten, erweist sich allerdings als gar nicht so einfach. Oberwachtmeister Dimpfelmoser ordnet unverzüglich eine präventive Dauerüberwachung mittels der Kristallkugel der Witwe Schlotterbeck an. Auch Kasperl und Seppl misstrauen Hotzenplotz zuerst fundamental. Erst als er in ihrer Anwesenheit sein gesamtes Schiesspulver und seine Waffen vernichtet, lassen sich von seiner Läuterung überzeugen. In der Folge wird Hotzenplotz für allerlei Delikte verdächtigt, die er gar nicht begangen hat. Am Ende kann er dank der Hilfe von Kasperl und Seppl seine Unschuld beweisen.

Otfried Preusslers Hotzenplotz ist nicht bloss ein origineller Lese- und Vorlesestoff für Kindergärtler oder Erstklässlerinnen; der 1973 erschienene dritte Band ist darüber hinaus eine lebenskluge rechtsphilosophische Meditation. Entgegen üblicher Krimis für Kinder und Erwachsene verkehrt Preussler hier den klassischen Plot in sein Gegenteil: Ein Unbescholtener muss sich vom Strafverfolgungsapparat verstecken, obwohl er unschuldig ist. Seine Resozialisierung droht zu misslingen, weil er zu Unrecht verdächtigt wird. Der dritte Band erreicht damit eine geradezu subversive Tiefe. Er sollte deshalb nicht nur uns Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, sondern viel mehr auch alle Bürgerinnen und Bürger zum Nachdenken anregen: Wie steht es eigentlich bei uns mit den faktischen Resozialisierungschancen für ehemalige Straftäter? Ist nicht beispielsweise die nahezu flächendeckende Dauerspeicherung von DNA-Profilen eine Art gesteigerte Kristallkugel der Witwe Schlotterbeck? Wäre der notorische Gewaltverbrecher Hotzenplotz bei uns nicht längst in einer kleinen Verwahrung gelandet? Entlassen wir überhaupt noch die weit überwiegende Anzahl von Strafgefangenen wegen guter Führung nach zwei Dritteln der Strafe, wie es das Gesetz als Regelfall vorschreibt?

* Erschienen in BE N'ius, Heft 22 – Juli 2018, S. 19 f.

Erfolgen Strafuntersuchungen gegen Vorbestrafte bei uns mit der nötigen Unvoreingenommenheit? Müssen sie nicht auch bei Lichte betrachtet ihre Unschuld positiv beweisen, damit sie eine Chance auf Freispruch haben? Auf den Punkt gebracht: Gilt für Vorbestrafte bei neuerlichen Untersuchungen tatsächlich die Unschuldsvermutung und im Strafvollzug eine Art Ungefährlichkeitsvermutung?

Strafvollzugsbehörden, Strafgerichte und Strafverfolgungsbehörden haben zweifellos einen gesetzlichen Auftrag Straftaten zu verhindern bzw. diese zu untersuchen. Ein hartnäckiges Nachfragen, ein gewisses Misstrauen gehören dabei zum Jobprofil. Indessen verpflichte sie Gesetz und Verfassung auch und gerade darauf, gestrauchelten Straftätern eine zweite Chance zu geben und in neuerlichen Strafuntersuchungen entlastenden Momenten ebenso wie belastenden nachzugehen. Dies war nie leicht einzulösen, droht indessen in der derzeitigen punitiven Grundstimmung der Sicherheits- und Kontrollgesellschaft gänzlich aus dem Blickfeld zu geraten. Wer diese grundrechtlichen Postulate in der Justiz ernst nimmt und sich um Empathie gegenüber Straftätern mit ihren oftmals sehr deprimierenden Lebensläufen bemüht, hat keinen leichten Stand. Es mutet deshalb beinahe schon wie ein Zeugnis aus einer abgelaufenen Epoche an, wenn man bei Trechsel/Noll liest, zu selbstgerechter Überheblichkeit gegen über Verurteilten bestehe kein Anlass. Vorbildlich sei der englische Richter, der einem soeben Verurteilten nachblickend gesagt habe, nur dank der Gnade Gottes sei nicht er es, der dort gehe.¹

Anderes noch bei Preussler vor rund 50 Jahren: Am Ende des dritten Bandes versöhnen sich die Kontrahenten Dimpfelmoser, mithin der Repräsentant der strafverfolgenden Gesellschaft, und der geläuterte Delinquent Hotzenplotz bei einem gemeinsamen Festessen. Auch die einst beraubte Grossmutter und die früheren Entführungsoffer Kasperl und Seppel sind mit von der Partie. Sie verlieren just damit Ihre Angst vor dem ehemaligen Peiniger und können die Erlebnisse verarbeiten: posttraumatische Belastungsstörungen werden so vermieden. Dies stellt ein Sinnbild für gelebte «restorative justice» dar mit all den positiven Folgen für Opfer, Täter und die Gesellschaft. Dementsprechend gelingt es Hotzenplotz schliesslich auch, sich einem neuen Beruf zu widmen und sich damit effektiv zu resozialisieren: Er eröffnet im Waid das Restaurant «Zur Räuberhöhle».

¹ Stefan Trechsel/Peter Noll, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich u.a. 2004, S. 148.

Von einer solch versöhnlichen, allseits integrativen und heilenden Praxis sind wir heute weit entfernt; weshalb sich wohl auch kein Kinderbuchautor mehr eine solche Utopie zu entwerfen getraute.

Unseren Straftätern werden nach der Verurteilung ganz andere Steine in den Weg gelegt: Die Opfer werden letztlich verängstigt mit ihren Anliegen zurückgelassen und wirklich beachtet nur dann, um sie für den weiteren Ausbau des Feindstrafrechts politisch zu instrumentalisieren. Und selbst wenn es einem Vorbestraften trotz dieser Hürden für einmal gelänge, ein Restaurant zu eröffnen, gäbe es immer noch zwei diametral entgegengesetzte Reaktionsweisen von Mitarbeitenden der Justiz: Die rechtsstaatlich grundierte Staatsanwältin, die auch bei Vorbestraften gleichermaßen entlastende wie belastende Tatsachen gewichtet, und der menschenfreundliche Strafvollzugsbeamte freuten sich sehr über die gelungene Resozialisierung. Sie gingen mit ihren Partnern am Hochzeitstag oder nach der bestandenen Lehrabschlussprüfung ihrer Kinder in diesem Restaurant essen. Indessen – auch wenn ich es gern anders sähe – befürchte ich, dass die beiden derzeit in der Minderheit sind. Der griesgrämige Staatsanwalt dagegen, der sich ausschliesslich als kompromissloser Strafverfolger sieht, und für welche entlastende Tatsachen bloss ein Ausdruck degenerierter Kuscheljustiz sind, und die sicherheitsfanatisierende Vollzugsbeamtin würden ständig delinquentes Gras wachsen hören und vergebliche Untersuchungen wegen Verstössen gegen die Lebensmittelverordnung einleiten; die Rückversetzung in den Strafvollzug würde ohnehin ständig überdacht. Und sie würden sich selbst nach der vierten eingestellten Untersuchung und trotz Deliktisfreiheit des früheren Straftäters, denken, das Restaurant sei sowieso nur eine Verlängerung der ohnehin gänzlich gescheiterten Existenz. Denn: Wer nichts wird, wird Wirt.

7. UNSCHULDIG VERURTEILTE*

Zwischen 1985 und 2010 wurden in den USA 250 rechtskräftig Verurteilte nachträglich freigesprochen oder begnadigt, weil durch DNA-Analysen ihre Unschuld bewiesen wurde. Der Rechtsprofessor Brandon L. Garrett untersuchte die Fehlerquelle dieser Fälle in seiner lesenswerten Untersuchung «Convicting the Innocent».¹ Er vermutet, dass es weit mehr unschuldig Verurteilte gibt, deren Unschuld sich aber nicht einfach mittels DNA-Analysen nachweisen lasse. Weil eine ähnlich umfassende helvetische Studie fehlt, ist die Auseinandersetzung mit der Umsetzung der Unschuldsvermutung hierzulande notgedrungen thesenartig: Sie basiert auf den spärlichen (schweizerischen und deutschen) rechtstatsächlichen Untersuchungen und auf der kritischen Betrachtung struktureller Anlagen des schweizerischen Strafverfahrens.

I. DIE BELASTUNGSPERSPEKTIVE

Nach der hiesigen gesetzlichen Konzeption hat die Staatsanwaltschaft während der Untersuchung belastenden und entlastenden Tatsachen gleichermaßen nachzugehen. Die Struktur des Strafprozesses erschwert dies. Zu Beginn liegt ein Anfangsverdacht als Hypothese vor, sonst wird kein Verfahren eröffnet. Die darauffolgenden Untersuchungshandlungen stehen in einem Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung, das hingenommen werden muss. Aufgrund des Bestätigungsfehlers, wonach man nur hört und sieht, was dem eigenen Vorverständnis entspricht, wird die Staatsanwaltschaft auch darüber hinaus belastende Tatsachen stärker gewichten als entlastende. Zumal sie im Zweifelsfall am Ende der Untersuchung einen Strafbefehl zu erlassen oder anzuklagen, im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens über Schuld- und Strafpunkt zu verhandeln, nicht aber einzustellen hat.

Ausserdem vertritt die Staatsanwaltschaft nach Abschluss des Vorverfahrens die Anklage als Partei vor Gericht. Weil sie dies von Anfang an weiss, legt sie die Untersuchung

* Erschienen in der NZZ vom 10. Oktober 2013 (Rubrik «Meinung & Debatte»), S. 21. Der Essay basiert wesentlich auf meiner wissenschaftlichen Publikation *In dubio pro reo?*, *forumpoenale* 2013, S. 112 ff.

¹ Brandon L. Garrett, *Convicting the innocent*, Harvard 2011.

tendenziell darauf an, die Belastung zu untermauern. Die staatsanwaltschaftliche Doppelrolle Untersuchungsrichter/Ankläger mit Parteistatus steht somit in einem gewissen Widerspruch und führt dazu, dass bereits der Untersuchungsrichter als (potenzieller) Ankläger und nicht bloss als neutraler Beweissammler agiert. Es kommen weitere staatsanwaltschaftliche Rollen dazu, zum einen als Verhandlungspartei im abgekürzten Verfahren bei gleichzeitiger Verhandlungsleitung und zum anderen diejenige des Einzelrichters mit mittlerweile beträchtlicher Urteilskompetenz im Strafbefehlsverfahren. Auch diese Aufgaben sind der Gewichtung entlastender Tatsachen nicht zuträglich. Denn Verhandlungen im abgekürzten Verfahren führen oder die Redaktion eines Strafbefehls bzw. einer Anklage sind effizienter als das Verfassen einer Einstellungsverfügung. Überdies wird die Staatsanwaltschaft in der Öffentlichkeit, vermittelt durch Medien und Film, ohnehin als einseitige Anklägerin wahrgenommen; nur eine Verurteilung der beschuldigten Person wird als Erfolg angesehen. Auch dies färbt auf das berufliche Selbstverständnis ab.

An sich könnte die (gesetzeswidrige) Belastungsperspektive der Staatsanwaltschaft einigermassen verkräftet werden, wenn wenigstens strikt nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» gerichtet würde. Die Anwendung der Unschuldsvermutung ist indessen auch für die Gerichte nicht leicht umsetzbar: Es besteht eine Tendenz, Anklagen als bestehende Untersuchungshypothese und gesetzten Anker zu bestätigen (Bestätigungs- und Ankereffekt). Aufgrund des sogenannten Rückschaufehlers wird auch häufig die Vorhersehbarkeit überschätzt sowie die Ex-ante- und Ex-post-Betrachtung vermengt. Richter überschätzen die Anklage bestätigende Informationen genauso systematisch, wie sie die Anklage widerlegende Informationen unterschätzen. Gerichte neigen ferner dazu, nicht bereits dann freizusprechen, wenn die Anklage nicht plausibel ist, sondern erst dann, wenn sich aus dem Prozessstoff eine mindestens gleich plausible oder eine plausiblere Alternativgeschichte ergibt – was der Unschuldsvermutung zuwiderläuft. Dazu kommt die präjudizierende Wirkung der Untersuchungshaft, wobei diese im internationalen Vergleich in der Schweiz häufig angeordnet wird.

Der Grundsatz, im Zweifel für den Beschuldigten zu richten, läuft auch emotionalen Impulsen tendenziell zuwider. Juristen pflegen in ihrem Selbstbild häufig eine naive Wertungsabstinenz. Indessen dürfen Emotionen und die psychische Konstitution von

Richtern für die Urteilsfindung keinesfalls unterschätzt werden. Kommt dazu, dass bei einem Geständnis ohnehin kaum je noch eine eigentliche Beweiswürdigung erfolgt; und aufgrund des hohen Geständnisdrucks im schweizerischen Strafverfahren ist die beschuldigte Person versucht, auch ein falsches Geständnis abzulegen. Insgesamt erstaunt daher nicht, dass vollständige Freisprüche nach erfolgter Anklage im tiefen Prozentbereich liegen. Der Grundsatz «in dubio pro reo» droht unterlaufen zu werden, weil auch das hiesige Strafverfahren strukturell auf einen Schuldspruch angelegt ist. Demnach kommt es wohl auch hierzulande öfters zu Fehlurteilen zuungunsten der beschuldigten Person.

II. BEGRENZTE WIRKUNG DER VERTEIDIGUNG

Wo bleibt bei dieser Argumentation die Verteidigung? Auch wenn hier dezidiert eine engagierte Verteidigung befürwortet wird, tut diese aus psychohygienischen Gründen gut daran, ihren Spielraum nicht zu überschätzen und sich – ohne zu resignieren oder zynisch zu werden – mit ihren begrenzten Mitteln ein Stück weit abzufinden. Oben erwähnte kognitive Täuschungen können sogar dann spielen, wenn das Gericht darum weiss und von der Verteidigung explizit darauf hingewiesen wird. Die matchentscheidende Beeinflussung des richterlichen Entscheids über Schuld oder Unschuld dürfte deshalb eher die Ausnahme sein, welche die Regel der begrenzten Wirkungskraft der Verteidigung bestätigt.

8. MATERIELLE WAHRHEIT IM STRAFPROZESS – EINE FATA MORGANA*

Welche Tatsachen werden im schweizerischen Strafverfahren gesucht? Im Gesetzgebungsprozess zur 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Strafprozessordnung ging man davon aus, dass die Rekonstruktion der materiellen Wahrheit, also der historischen Wahrheit, das prinzipielle Ziel des Strafverfahrens sei. Diese Wahrheitssuche hat im Rahmen eines rechtsförmigen Verfahrens zu erfolgen, welches sie kanalisiert. Indessen fehlte es an einer konsistenten Vermessung strafprozessrechtlicher Grundlagen.

Das schweizerische Strafprozessrecht basiert damit, sowohl mit Blick auf seinen Wahrheitsbegriff und seine Wahrheitssuche als auch auf das Verhältnis seiner Institute zueinander, nicht auf einer theoretisch fundierten Konzeption. Es ist vielmehr das Ergebnis eines pragmatischen Gesetzgebungsvorgangs und einer ebenso pragmatischen Rechtsanwendung seit 2011.

Dieser Pragmatismus hat Pferdefüsse. Die Strafprozessordnung zerfällt in verschiedene Substrafprozessordnungen. Eine zwingende Prozessstruktur mit einem Vorverfahren und einem öffentlichen Hauptverfahren für alle Strafprozesse besteht nicht, obwohl die Strafprozessordnung prima vista so eingerichtet erscheint.

Der grösste Teil der Fälle wird am Ende des Vorverfahrens mit Einstellungsverfügung oder Strafbefehl erledigt. Dabei geht es regelmässig auch um Strafverfahren von erheblicher Tragweite. Es ist nicht abschliessend geklärt, inwiefern das Prozessziel der materiellen Wahrheit beim Strafbefehlsverfahren normativ und faktisch wegleitend ist.

Von den wenigen verbliebenen Hauptverfahren wird eine stattliche Anzahl in abgekürzten Verfahren erledigt. Das Entscheidende geschieht dabei im Aushandlungsprozess zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person respektive ihrer Verteidigung im Vorverfahren. Damit wurde ein konsensual orientiertes Verfahren mit einem formellen

* Erschienen in plädoyer 5/2023, S. 30 f. Der Essay basiert wesentlich auf meiner Dissertation «Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche», Basel 2023, namentlich S. 47–129.

Wahrheitsbegriff eingeführt. Es steht als Fremdkörper neben dem auf Wahrheitsuntersuchung orientierten Normalverfahren und ist mit diesem inkompatibel.

Der teilweise Umbau des Strafrechts in ein pönales Präventionsrecht zeitigt ebenfalls Wirkung auf die strafprozessrechtliche Wahrheitssuche. Den Sachverständigen kommt in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Artikel 56 ff. StGB ein geradezu determinierendes Gewicht zu. Dies geht zulasten der kontradiktorischen Verfahrensanlage. Oft wird das Verfahren bei Anordnung von Massnahmen nicht mehr in einem gerichtlichen Hauptverfahren rechtskräftig abgeschlossen, sondern in einem Nachverfahren fortgesetzt. Dort erhalten in einem verwaltungsrechtlichen Vollzugsverfahren erhobene Beweise entscheidendes Gewicht.

I. KEIN EINDEUTIGER WAHRHEITSBEGRIFF

Dem heutigen Strafprozess liegt somit kein durchgehend konzipierter Wahrheitsbegriff und keine für alle Verfahren einheitliche Wahrheitssuche zugrunde. Dieser Umstand ist bereits in der Gesetzgebung angelegt und wird durch die Praxis akzentuiert. Es fehlt eine eindeutige, die ganze Prozessordnung umfassende Konzeption, wie die strafprozessrechtlichen Institute zusammenspielen sollten, um eine strafprozessuale Wahrheitssuche mit einem einzigen strafprozessualen Wahrheitsbegriff zu befördern.

Das Strafprozessrecht gibt die Vorstellung der materiellen Wahrheit zwar (noch) nicht preis. Der Gesetzgebung liegt die materielle Wahrheit als Verfahrensziel zugrunde und auch die strafprozessuale Literatur hält daran fest. Der Versuch wäre allerdings verfehlt, aus der Zielgrösse der materiellen Wahrheit direkt Lösungen für dogmatische Probleme abzuleiten.

Dies scheitert aus gleich mehreren Gründen. Der Begriff der materiellen Wahrheit bleibt im Strafprozess ungeklärt und auch andere Wissenschaften halten keine konsistenten Lösungen bereit, die sich in das Strafprozessrecht inkorporieren liessen.

Die Leitidee einer Rekonstruktion der materiellen Wahrheit ungeachtet des Ressourcenbedarfs wird sich mit Sicherheit beim abgekürzten Verfahren, wohl aber auch beim Strafbefehlsverfahren bereits in der normativen Anlage nicht verwirklichen lassen. Überdies führt der Zerfall der Strafprozessordnungen in mehrere Subprozessordnungen insgesamt zu einer schwindenden Konsistenz des Prozessrechts und damit einhergehend der strafprozessualen Wahrheitssuche und des strafprozessualen Wahrheitsbegriffs.

Die strafprozessuale Wahrheitssuche ist überdies im Vergleich zu einer historischen Wahrheitssuche zusätzlichen Einflussfaktoren ausgesetzt. Zu denken ist an das selektive, auf einen Tatverdacht ausgerichtete Erkenntnisinteresse und an den Erkenntnisvorgang strukturierende prozessuale Normen, die eine strafrechtliche Rekonstruktion der Vergangenheit prinzipiell anders prägen als bei einem geschichtswissenschaftlichen Forschungsvorhaben. Dazu kommen faktische Einflüsse wie das Interesse der beteiligten Parteien am Verfahrensausgang, die dominante hybride Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafprozess und kognitive Verzerrungen vor Gericht.

Die Bedeutung der materiellen Wahrheit als sinnvolle strafprozessrechtliche Orientierungsgröße verliert deshalb an Relevanz. Der Begriff materielle Wahrheit ist als strafprozessuale Zielsetzung zwar weiterhin vorhanden und geistert durch das Strafprozessrecht. Zugleich ist die materielle Wahrheit aber – einer Fata Morgana gleich – weder erreichbar noch greifbar.

Bei Lichte betrachtet handelt es sich deshalb bei der Bezugnahme auf materielle Wahrheit in aller Regel eher um einen rhetorischen Kampfbegriff als um ein sachliches Argument zur Lösung einer dogmatischen Einzelfrage. Denn die strafprozessuale Verpflichtung auf die materielle Wahrheit wird meist gegen Formvorschriften, Beschuldigtenrechte oder Elemente der kontradiktorischen Wahrheitssuche ins Feld geführt.

Es ist deshalb problematisch, wenn formale Regeln als Gegenspieler zur Verpflichtung auf eine strafprozessuale Wahrheitsfindung aufgefasst werden. Damit wird verkannt, dass die Rechtsform des Verfahrens einen zentralen Wert an sich darstellt, bereits in der EMRK und im Verfassungsrecht verankert und damit tief in die Rechtsordnung eingeschrieben ist und deshalb entscheidend zur Legitimität jeder strafprozessualen Wahrheitssuche beiträgt.

II. WAHR IST, WAS IM PROZESS ALS WAHR FESTGESTELLT WIRD

Die innere Verbindung von prozeduraler und materieller Gerechtigkeit ist letztlich auf die Überlegung zurückzuführen, dass ein kontradiktorisches Ringen um die am besten vertretbare Lösung die Chance auf eine auch inhaltlich «richtige» Lösung erhöht. Wahrheitssuche hat im Einklang mit den Ergebnissen der Erkenntnistheorie auch im

Strafprozessrecht wegen der Standortgebundenheit jedes Wahrheitssuchenden und der fehlenden absoluten Bestimmbarkeit von Wahrheit stets im Widerstreit zu erfolgen.

Wegen dieser grundlegenden Vorbehalte wäre zur Sicherstellung einer einheitlichen strafprozessualen Wahrheitssuche zu begrüßen, wenn die normative gesetzliche Anlage im Strafprozessrecht künftig kohärenter würde. Der Zerfall der Strafprozessordnung in mehrere Subprozessordnungen mit jeweils unterschiedlicher Eigenlogik ist einer einheitlichen strafrechtlichen Rechtsanwendung abträglich.

Die materielle Wahrheit bleibt insgesamt weiterhin ein grundsätzliches, wenn auch nicht konsequent durchgehaltenes Ziel des Strafprozesses. Suggestiert wird damit, dass im Strafprozess einer Korrespondenztheorie der Wahrheit nachgelebt wird. Effektiv sind aber strafprozessuale Wahrheitssuche und Wahrheitsrekonstruktion pragmatisch und konkret auf die jeweils im Einzelfall angewandte Verfahrensart bezogen.

Strafprozessual wahr ist am Ende eines konkreten Verfahrens, was rechtskräftig als wahr festgestellt wird. Wenn überhaupt die Einordnung der strafprozessualen Wahrheitssuche in philosophische Kategorien sinnvoll ist, so käme sie der Vorstellung pragmatischer Wahrheitstheorien am nächsten. Und von dieser Erkenntnis ist der Weg zu der folgenden, pointierten Bestandsaufnahme des Rechts nicht mehr weit: «Denn dem Recht – das wissen Juristen genau – geht es letztlich nicht um Gerechtigkeit. Und schon gar nicht um Wahrheit», schreibt der italienische Philosoph Giorgio Agamben. «Dem Recht geht es ausschliesslich um das Urteil, unabhängig von Wahrheit und Gerechtigkeit.»¹

¹ Giorgio Agamben, Was von Auschwitz bleibt. Das Archiv und der Zeuge (Homo sacer III), Frankfurt a. M. 2003, S. 15 f.

Zwischen Rechtsstaat und Ausnahmezustand

9. VERFAHREN BETREFFEND THERAPEUTISCHE MASSNAHMEN UND DIE VERWAHRUNG: EIN WUNSCHKONZERT AN DIE DRITTE GEWALT*

I. ENKLAVE DES AUSNAHMEZUSTANDES?

Bereits 1978 hielt der französische Philosoph Michel Foucault fest, es gäbe praktisch keinen Straftäter mehr oder es werde bald keinen Menschen mehr geben, der nicht bei einem Strafverfahren durch die Hände von Spezialisten aus dem Bereich der Medizin, Psychiatrie oder Psychologie ginge. Wir lebten in einer Gesellschaft, in der das Verbrechen nicht mehr nur bzw. vor allem eine Gesetzesübertretung darstelle, sondern in allererster Linie eine Abweichung von der Norm.¹

Man mag nun einwenden, diese Diagnose sei damals wie heute übertrieben und der Exzentrik des französischen akademischen Diskurses geschuldet. In Abrede stellen lässt sich aber nicht, dass die Bedeutung psychiatrischer Begutachtungen und strafrechtlicher Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB in der Strafjustiz in den letzten Jahrzehnten enorm zunahm. Der Anstieg lässt sich besonders bei den freiheitsentziehenden stationären therapeutischen Massnahmen nach Art. 59 StGB beobachten, die oft jahrelang und meist weit länger als die schuldangemessene Strafe dauern.

Daraus ergeben sich nicht nur akademische, sondern handfeste rechtsstaatliche Probleme. Im Kern geht es darum, dass eine weitgehende Verantwortungsdelegation von der Justiz an, in der Regel, einen einzelnen psychiatrischen Sachverständigen stattfindet. Dieser droht in wesentlichen Verfahrenspunkten zur faktischen Staatsanwaltschaft und zum faktischen Einzelgericht zu werden. Gleichzeitig werden Verteidigungsrechte marginalisiert. Die tradierte kontradiktorische Verfahrensanlage wird weitgehend entkernt. Im Rahmen des herkömmlichen Strafverfahrens entsteht, pointiert ausgedrückt, eine Art Substrafverfahren. In Kombination mit der Aufweichung der Rechtskraft durch die

* Erschienen in der Richtzeitung 1/2023. Der Essay basiert auf einem Vortrag am Richtertag vom 18. November 2022.

¹ Michel Foucault, Die Maschen der Macht, in Daniel Defert/François Ewald (Hrsg.), Michel Foucault Bd. IV, S. 242.

Flexibilisierung der Sanktion nach dem Urteilsspruch, mithin der Möglichkeit auch nach Abschluss des ordentlichen Strafverfahrens Strafen in Massnahmen oder Massnahmen in andere, strengere Massnahmen umzuwandeln, drohen Verfahren jenseits des festen Bodens des Rechtsstaates, eine Enklave des Ausnahmezustandes.

Der Judikative obliegt es, diese Verfahren nach tradierten rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu limitieren und zu domestizieren. Nur mit dieser richterlichen Rückeroberung der Verfahrenskontrolle können die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen und damit der Rechtsstaat sichergestellt werden. Diese Aufgabe ist nicht leicht einzulösen: Gerade im Kontext von freiheitsentziehenden Massnahmen ist der Druck der Öffentlichkeit auf die Judikative hoch. Bei ihren Entscheiden kann die dritte Gewalt sich als zusätzliche Erschwernis nicht auf klare gesetzliche Grundlagen berufen. Der richterliche Ermessensspielraum ist ungemein gross und unbestimmt. Die Gerichte finden in der Rechtsanwendung keine klaren Vorgaben der Legislative vor, sondern werden auf das vage Prinzip der Verhältnismässigkeit zurückgeworfen und somit kaum entlastet. Dem Ethos der Gerichte kommt dadurch eine hohe, ich glaube zu hohe Bedeutung zu. Das Gewicht, welches der Judikative von der Legislative überbürdet wird, wiegt zu schwer und ist eines Rechtsstaates mit Blick auf die Gewaltenteilung nicht würdig.

II. KONKRETER ABLAUF VON MASSNAHMENVERFAHREN NACH ART. 56 FF. STGB

Verlässt man das Terrain dieser eher abstrakten Ausführungen und vergegenwärtigt sich den konkreten Ablauf eines Massnahmenverfahrens, werden die rechtsstaatlichen Bedenken nicht kleiner, sondern wachsen noch an.

Die zentrale Weichenstellung des Vorverfahrens liegt darin, ob die Staatsanwaltschaft eine psychiatrische Begutachtung anordnet oder nicht. Ihr Ermessen ist dabei mit Ausnahme von klaren Fällen sehr gross. Je nach subjektiver Einschätzung der Staatsanwaltschaft wird daher in analogen Konstellationen begutachtet oder auch nicht. Ohnehin weckt die Vergabe der Expertise durch die Staatsanwaltschaft mit Blick auf Art. 6 EMRK Bedenken. Die Staatsanwaltschaft als künftige Anklägerin dürfte kaum genügend unabhängig sein. Deshalb droht auch eher eine unzulässige Einflussnahme auf den Sachverständigen als bei einer richterlichen Einsetzung.

Problematisch sind zudem die sogenannten Vorabstellungen, die zunehmend zur Prüfung der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr im Kontext der Frage nach Fortsetzung von Untersuchungshaft eingeholt werden. Wirkt die beschuldigte Person nicht mit, wird ihr kaum ein psychiatrischer Experte den nötigen Persilschein ausstellen. Die Betroffene bleibt dann ziemlich sicher in Haft. Der so entstehende faktische Zwang zur Mitwirkung an einer Expertise höhlt indessen ein zentrales Grund- und Menschenrecht aus: das Recht die Aussage zu verweigern.

Bei nicht geständigen Personen droht überdies eine Art Belastungszirkelschluss: Im Vorverfahren gibt die Staatsanwaltschaft auf der Basis eines maximalen Deliktsverdachts, der in dem Zeitpunkt gerichtlich just noch nicht erstellt ist, ein Gutachten in Auftrag. Der Sachverständige arbeitet mit dieser maximal belastenden Verdachtsgrundlage. Wenn die Gerichte diese Expertise würdigen, droht die Unschuldsvermutung faktisch unterminiert zu werden, was zu einem richterlichen Fehlschluss vom Gutachten auf die Erstellung des Sachverhalts führt. Denn wenn ein Sachverständiger eine solch hohe Gefährlichkeit attestiert, muss die beschuldigte Person den an sich noch nicht erstellten Sachverhalt ja fast begangen haben – so der juristisch zwar falsche, aber emotional verständliche Kurzschluss.

Bei Freispruchverteidigungen von nicht geständigen Personen gibt es weitere Schwierigkeiten. Der betroffenen Person bleibt vor dem Urteilsspruch nichts anderes übrig, als die Mitwirkung bei der Exploration zu verweigern, um sich nicht in Widerspruch zur Grundstrategie zu setzen. Dieses Schweigen kann allerdings wiederum die Chancen auf eine adäquate gutachterliche Beurteilung markant beeinträchtigen.

Weitgehend behoben werden könnten diese Problematiken mit einem sogenannten Tatinterlokt: Die Staatsanwaltschaft würde im Vorverfahren den Sachverhalt untersuchen, aber keine psychiatrische Expertise in Auftrag geben und mit der Anklage den Fall dem Gericht überweisen. Erst wenn das Gericht den Sachverhalt erstellt hat, würde ein psychiatrisches Gutachten in Auftrag gegeben – oder gerade nicht.

Sowohl der Staatsanwaltschaft als auch den Gerichten und der Anwaltschaft, damit allen juristischen Akteuren, ist zumindest derzeit die Kontrolle der Genese der Expertise entzogen. Nach der aktuellen Praxis ist der Verteidigung, abgesehen von Ausnahmefällen, grundsätzlich verwehrt, an Explorationsgesprächen der Psychiaterin mit der

beschuldigten Person teilzunehmen; und audiovisuell aufgezeichnet oder nach strafprozessualen Standards protokolliert werden diese ebenfalls nicht. Ohnehin ungelöst bleibt die Frage, wie psychiatrische Gutachten durch Juristinnen und Juristen inhaltlich solid geprüft werden sollen. Der Appell an Fortbildung ist sicher richtig, löst aber die Problematik nicht abschliessend. Auch vermehrte mündliche Vernehmungen vor Schranken des Gerichts von Gutachterinnen wären zu begrüssen, führen aber noch nicht zu einer für eine wirklich freie richterliche Beweiswürdigung nötige Abbildung der psychiatrischen Meinungsvielfalt als Tatsachengrundlage. Im Ergebnis müsste bei gewichtigen Fällen aufgrund von Art. 6 EMRK stets in Erwägung gezogen werden, dass zwei unabhängige Expertisen erstellt würden, welche sich während der Ausarbeitung nicht absprechen dürften. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Weitere Implikationen aus den Grundsätzen des kontradiktorischen Verfahrens sind noch zu entwickeln. Das rechtsstaatliche Terrain wird noch zu vermessen sein.

Mit Rechtskraft des Urteils sind Massnahmenverfahren nach Art. 56 ff. StGB nicht abgeschlossen und es kommen weitere rechtsstaatliche Grundsatzfragen dazu: Die Aufweichung der Rechtskraft durch die Möglichkeit der nachträglichen Sanktionsänderung wurde bereits erwähnt, ist allerdings nicht die einzige Problematik. Ebenso ins Gewicht fällt, dass nach Abschluss des Strafverfahrens im Vollzugsstadium Akten produziert werden. Das Vollzugsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren. Dabei befinden sich die Betroffenen vielfach in freiheitsentziehenden Massnahmen oder im Freiheitsentzug, das heisst soziologisch gesprochen in sogenannten totalen Institutionen. Verwaltungs- und Strafrecht, repressive und präventive Logiken werden verzahnt, was einen Bruch mit bewährten Rechtsgrundsätzen darstellt. Die Akten drohen gerade im Vollzug ein Eigenleben zu entfalten: Psychiatrische Expertisen, Therapie- und Sozialberichte, Risikoeinschätzungen sowie Empfehlungen von Fachkommissionen führen immer wieder zu starren, selbstreferentiellen und normativ aufgeladenen Narrativen zum Nachteil der Betroffenen. Und weil nach dem derzeitigen Stand im Massnahmen- und Strafvollzug nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung bestellt wird, entfällt auch oft das dringend nötige Korrektiv durch die Advokatur.

Immerhin bedarf es für die Umwandlung und Verlängerung von Massnahmen gerichtlicher Nachverfahren vor ordentlichen Gerichten. Zwar lässt sich nicht in Abrede stellen, dass es äusserst heikel ist, wenn die Entscheidungsgrundlage des Strafgerichts

aus dem verwaltungsrechtlich geprägten Vollzugsstadium stammt. Zumindest gelten hier aufgrund der bundesgerichtlichen Vorgaben strafprozessuale Grundsätze.

III. WÜNSCHE AN DIE JUDIKATIVE

Lasse ich die Überlegungen Revue passieren und versuche ich, diese in Wünsche an die dritte Gewalt zu bündeln, komme ich zu Folgendem.

Mir schiene es zunächst als citizen nicht nur legitim, sondern wünschenswert, wenn eine selbstbewusste Judikative die Legislative unmissverständlich darauf aufmerksam macht, dass die Gesetzgebung hinsichtlich des staatsrechtlichen Eckpfeilers der Gewaltenteilung grundlegend und zunehmend widersprüchlich ist: Einerseits wird beispielsweise bei Tätigkeitsverboten oder Landesverweisen sämtliches, an sich zwingend notwendiges richterliches Ermessen fundamental beschnitten. Andererseits wird bei Freiheitsentzügen im Massnahmenkontext, damit dem massivsten Eingriff in die Rechtssphäre der Bürgerinnen und Bürger, die ganze Entscheidungsgewalt der Rechtsanwendung überbürdet und auf belastbare Normen zum Schutz der Betroffenen verzichtet.

In der konkreten Rechtsanwendung wäre es wünschenswert, dass die Judikative ihr richterliches Heft dezidiert in die Hand nimmt und einer rechtsstaatlichen Kontrolle, damit auch den Grund- und Menschenrechten der Betroffenen, entschieden zum Durchbruch verhilft. Konkret wäre unter anderem indiziert: voneinander unabhängige Doppelbegutachtung als Voraussetzung sämtlicher freiheitsentziehenden Massnahmen; Teilnahmerechte der Verteidigung an Explorationsgesprächen und deren audiovisuelle Aufzeichnung; und keine Gutachtensvergaben mehr im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft, sondern stets durch die Gerichte, nach Erstellung des massgeblichen Sachverhalts (Tatinterlokut).

Diese verfahrensrechtlichen Aspekte reichen indessen nicht aus. Es bedarf last, but not least der mutigen Kontrolle gutachterlicher Inhalte und Empfehlungen durch uns Juristinnen und Juristen, was stetige Fortbildung voraussetzt. Hinterfragen sollten wir daher auch und gerade, ob stationäre psychiatrische Massnahmen weiterhin derart häufig anzuordnen sind. Oder wäre eine reine Strafe, ein sozialarbeiterisches Casemanagement, beispielsweise mit der Möglichkeit zur Berufsausbildung im Vollzug oder eine

Strafe mit einer vollzugsbegleitenden ambulanten Massnahme öfters nicht ausreichend, ja vielfach sogar weit nützlicher? Die Erhöhung der Therapiedosis ist jedenfalls kein Allheilmittel. In Erwägung zu ziehen wäre deshalb vermehrt auch, dem Wunsch oder der Verweigerung der Betroffenen hinsichtlich Ausgestaltung ihres konkreten Massnahmen- oder Strafvollzugs ein deutlich höheres Gewicht für die Entscheidungsfindung zukommen zu lassen als derzeit. Denn niemand anderes als sogar der weltbekannte Psychiater Jordan Paterson - der nun wirklich nicht für linke oder liberale, sondern im Gegenteil für dezidiert konservative Positionen steht - setzt ein bedenkenswertes Fragezeichen hinter den Nutzen solcher gerichtlich angeordneten Zwangstherapien:

«Überzeugen kann man den Klienten *während* der Therapie jedenfalls nicht, denn der Wunsch nach Veränderung ist *Voraussetzung* für eine Therapie. In meiner Praxis waren schon Leute, die vom Gericht zu einer Therapie verdonnert wurden. Sie wollten meine Hilfe gar nicht, sondern sassen nur gezwungenermassen vor mir. Es hat auch nicht funktioniert, es war reines Affentheater.»²

² Jordan Paterson, 12 Rules for Life, 9. Aufl., München 2019, S. 148.

10. **GEFÄHRDUNG DER GRUNDRECHTE DURCH STRAFRECHTLICHE VERÄNDERUNGEN***

Im letzten Vierteljahrhundert hat sich das kriminalpolitische Klima in der Schweiz verändert. Das Strafrecht wurde stark politisiert. Innert kurzer Zeit wurden drei strafrechtliche Volksinitiativen hoch emotional diskutiert und schliesslich angenommen: Die Verwahrungsinitiative, die Ausschaffungsinitiative, die Pädophilen-Initiative. Die Leitvorstellung der Strafrechtspolitik wird heute von der politischen Rechten geprägt und besteht in der Aufrüstung der Sicherheit. Die dahinter wirkende Emotion ist die geschürte Angst vor Kriminalität. Die rechte Kampfformel ist «Kuscheljustiz». Sowohl die juristische Fachliteratur als auch die Medien orten den kriminalpolitischen Wendepunkt in der Ermordung einer jungen Frau, Pasquale Brumann, durch Erich Hauert auf dem Zollikerberg im Jahre 1993. Eine sozialhistorische oder politische Perspektive misst allerdings einem solchen Einzelereignis keine solch zentrale Bedeutung zu, sondern bemüht sich um eine Einordnung in einen grösseren Zusammenhang. Werden hierfür die internationalen Sozialwissenschaften gesichtet, stehen verschiedene Diagnosen im Raum. Die Rede ist beispielsweise von der Sicherheitsgesellschaft¹, von einer Kultur der Kontrolle², dem Ende des Rechtsstaates³ oder dem Ausbau der rechten Hand des Staates (Polizei, Strafjustiz) bei gleichzeitigem Abbau seiner linken Hand, das heisst des Sozialstaates⁴. Gemeinsam ist diesen Erklärungen die Feststellung, dass das Strafrecht sich auf Kosten der Freiheitsrechte von Individuen verschärft.

* Erschienen im Widerspruch 73, Zürich 2019, S. 81 ff. Der Text basiert teilweise auf folgenden wissenschaftlichen Aufsätzen von mir: Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2017, S. 117 ff.: Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts? in André Kuhn/Christian Schwarzenegger/Joëlle Vuille (Hrsg.): Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Bd. 35: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen. Bern, S. 139 ff.

¹ So unter anderem Tobias Singelstein/Peer Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, Wiesbaden 2012.

² David Garland, Kultur der Kontrolle, Frankfurt a. M. 2008.

³ Jean-Claude Paye, Das Ende des Rechtsstaates. Demokratie im Ausnahmezustand, Zürich 2005.

⁴ Loïc Wacquant, Elend hinter Gittern, Konstanz 2000; Loïc Wacquant, Bestrafen der Armen, 2. Aufl., Opladen/Berlin/Toronto 2013.

I. STRAFRECHTLICHE UNGLEICHHEIT

Jenseits dieser theoretischen Erklärungen ist international mit einer grossangelegten Metastudie empirisch belegt:⁵ Je ungleicher eine Gesellschaft bezüglich der faktischen Machtverhältnisse und der Ressourcenverteilung ist, desto härter wird strafrechtlich vorgegangen. Gleichzeitig schleichen sich Vorteile für Privilegierte in die Strafjustiz ein. Gesellschaften mit grossen Einkommens- und Vermögensunterschieden strafen bei identischen Kriminalitätsraten strenger, verhängen häufiger die Todesstrafe und weisen härtere Verhältnisse in Gefängnissen auf als egalitäre Gesellschaften. Ungleiche Gesellschaften geben mehr Geld für die Justiz und den Strafvollzug und weniger Geld für Bildung und Sozialfürsorge aus. In ungleichen Gesellschaften hängt das Risiko, bestraft zu werden, stärker mit sozialer Schicht und Ethnie zusammen. In egalitären Gesellschaften kommen Verbrechensfurcht und Misstrauen weniger vor und die Bereitschaft ist signifikant kleiner, sich sogenannter krimineller Elemente durch Bestrafung zu entledigen. Ein scharfes Strafrecht und gesellschaftliche Ungleichheit korrelieren daher ebenso wie ein liberales Strafrecht und eine egalitäre Gesellschaft.

Auch für die Schweiz lässt sich belegen, dass Rechtsgleichheit im strafrechtlichen Kontext immer mehr zum Mythos wird. Unter Wahrung der formalen Rechtsgleichheit werden von der Öffentlichkeit oft wenig beachtet gesetzliche Lösungen getroffen, die sich vor allem gegenüber ökonomisch Unterprivilegierten, Bildungsfernen und MigrantInnen nachteilig auswirken. Ein offenkundiges Beispiel ist die Ausschaffungsinitiative und ihre gesetzliche Umsetzung. Diese trifft keine Schweizerinnen, sondern zielt direkt auf primär mittellose MigrantInnen, insbesondere aus sogenannten Drittstaaten ausserhalb von Europa. Dies ist vor dem Hintergrund der eingangs skizzierten Politisierung des Strafrechts in den letzten fünfzehn Jahren zu verstehen. Zunehmende Forderungen der Sicherheits- und Kontrollgesellschaft sowie eine Tendenz zur «Ethnisierung» von Kriminalität prägen den gesellschaftlichen Diskurs hierzulande allerdings bereits seit rund einem Vierteljahrhundert. Dies geht mit der Entwicklung zu mehr ökonomischer Ungleichheit einher.

⁵ Richard G. Wilkinson/Kate Pickett, Gleichheit ist Glück. Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, Berlin 2009, S. 171 f.

Wenig bekannt ist dagegen, dass zum anderen auch die effektive Inanspruchnahme von Verteidigungsrechten im Strafrecht zunehmend von sozioökonomischen Ressourcen abhängt: Seit 2011 können StaatsanwältInnen mit sogenannten Strafbefehlen Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten aussprechen, und diese Verurteilungen erfolgen nicht länger zwingend in ordentlichen mündlichen und unmittelbaren Gerichtsverfahren durch die Judikative. Die Staatsanwaltschaft, als Teil der Exekutive, untersucht und klagt vor Gericht in diesen Verfahren nicht nur an, sondern urteilt den Fall auch selber ab, was an der Gewaltenteilung ritzt. StaatsanwältInnen strafen oftmals schriftlich, ohne Anhörung der Beschuldigten. Personen, die der Amtssprache oder des Lesens unkundig sind, stossen bei der Suche nach einer engagierten und kundigen Verteidigung ohnehin auf Barrieren. In solchen Verfahren haben sie es noch schwerer, sich zur Wehr zu setzen. Denn vielfach werden sie nicht einmal zu mündlichen Vernehmungen bei der Staatsanwaltschaft vorgeladen, sondern erhalten – basierend auf polizeilichen Ermittlungen oder einem Polizeirapport – einen Strafbefehl per Post zugestellt. Die Einsprachefrist gegen den Strafbefehl ist mit zehn Tagen für Menschen mit wenig sozioökonomischen Ressourcen sehr kurz bemessen; zumal sie in diesen Konstellationen nicht einmal obligatorisch verteidigt sind. Justizirrtümer zum Nachteil von Armutsbetroffenen oder Bildungsfernen sind damit geradezu gesetzlich angelegt und haben erhebliche Auswirkungen auf deren Grundrechte. Strafprozessuale Grundsätze wie das mündliche, unmittelbare Gerichtsverfahren werden durch Schnellverfahren ersetzt, die von einer ökonomischen Sparlogik geprägt sind.

Zugleich werden mittels Verhandlungsmöglichkeiten grosszügige gesetzliche Entkriminalisierungsspielräume primär für ökonomisch Privilegierte gewährt. Über sogenannte «Wiedergutmachungen» können beispielsweise Verfahren eingestellt werden, wenn die beschuldigte Person den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das Unrecht auszugleichen. Oder es kann, in sogenannten abgekürzten Verfahren, über die Anklage und deren Umfang direkt mit der Staatsanwaltschaft verhandelt werden und das Gericht genehmigt sie nur noch. Solche Erledigungsarten benötigen faktisch das Einverständnis der geschädigten Privatklägerschaft. In der Praxis setzt dies die Anerkennung und Zahlung des geltend gemachten Schadens und gutes Verhandlungsgeschick mit der Privatklägerschaft, aber auch im Umgang mit der Staatsanwaltschaft voraus. Die Möglichkeit, diesen Weg zu beschreiten, hängt von der klugen

Wahrnehmung der Verteidigungsmöglichkeiten und damit von sozioökonomischen Ressourcen ab. Diese ungleichen Möglichkeiten wurden erst mit dem Strafgesetzbuch von 2007 und der Strafprozessordnung von 2011 eingeführt.

In Wirklichkeit sind Strafgesetze somit nicht interessenneutral und wirken sich je nach sozialer Stellung unterschiedlich aus. Der Einwand liegt allerdings nahe – und trifft auch zu –, dass eine solche Ungleichbehandlung nichts grundsätzlich Neues sei. Bereits Ernst Bloch hielt fest: Ein «schlecht Gekleideter tut allemal gut daran, dem Schutzmann auszuweichen».⁶ Und niemand anders als Karl Marx legte 1842 einen Grundstein seines Œuvre als Reporter der Rheinischen Zeitung mit den «Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz». Er wies darin eine Instrumentalisierung des Rechts nach, weil der Staat bei der Gesetzgebung das Holzsammeln, ein Gewohnheitsrecht der Armen, unter Strafe stelle und damit die Interessen der Grossgrundbesitzerinnen gegen die wenig vermögende Schicht vertrete.⁷ Karl Liebknecht prägte Anfang des 20. Jahrhunderts die Formel der Klassenjustiz.⁸ Und vom Schriftsteller Kurt Tucholsky, der sowohl promovierter Jurist als auch Gerichtsberichterstatter war, stammt das Bonmot, er habe nichts gegen Klassenjustiz, ihm gefalle nur die Klasse nicht, die sie ausübe.⁹ Zusammenfassend lässt sich deshalb festhalten, dass sich die tatsächliche Ungleichbehandlung durch das Strafrecht und die Strafjustiz im letzten Vierteljahrhundert akzentuiert hat, aber offenkundig nichts grundsätzlich Neues darstellt. Ihr Ausmass hängt letztlich von den gesellschaftspolitischen Kräfteverhältnissen und den ungleich verteilten Ressourcen ab.

II. HYBRIDE FORMEN VON ÜBERWACHEN UND STRAFEN

Verändert hat sich allerdings die Wahrnehmung des Strafrechts: Wer heute als GerichtsreporterIn eine wirkungsmächtige, gut sichtbare Justizkritik dezidiert von links – wie beispielsweise diejenige von Tucholsky – sucht, wird kaum fündig. Auch die (Straf-)

⁶ Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt a. M. 1980, S. 206.

⁷ Karl Marx/Friedrich Engels, *Werke*. Bd. 1. Berlin/DDR. 1976, S. 109 ff.

⁸ Karl Liebknecht, *Rechtsstaat und Klassenjustiz*. Gesammelte Reden und Schriften, Bd. 2, Berlin/DDR 1958, S. 17 ff.

⁹ Kurt Tucholsky, *Politische Justiz*, Hamburg 1970, S. 91.

Rechtskritik, wie sie die hiesige neue Linke zwischen den 1960er und 1990er-Jahren übte, ist weitgehend verstummt; was umso problematischer ist, als sich zeitgleich die strafrechtliche Situation für Mittellose und MigrantInnen noch verschärft hat. Justizkritik kommt meist von rechts: Im Zentrum steht vielfach die angebliche (straf)rechtliche Milde und nicht die Kritik am (Straf-) Recht als Macht- oder gar Klasseninstrument. Damit zeichnet sich im Selbst- wie im Fremdverständnis des Strafrechts als Ordnungsmacht eine neuartige Entwicklung ab: Der Diskurs ist zunehmend davon geprägt, dass Taten bei gebührender Sorgfalt der Behörden hätten verhindert werden können und müssen. Damit wird das Strafrecht nicht mehr zentral als Instrument zur Vergeltung verstanden, sondern zunehmend als absicherndes Präventionsrecht.

Diese Verschiebung in der öffentlichen Debatte korrespondiert mit tatsächlichen Veränderungen in der Strafrechtspraxis. Es findet ganz real ein Umbau des reaktiven Strafrechts in ein strafendes Präventionsrecht statt. Zum Beispiel gewinnen stationäre psychiatrische Massnahmen nach Artikel 59 des Strafgesetzbuchs, wie etwa die Anordnung einer Therapie, seit einem Jahrzehnt markant an Bedeutung. Solche Massnahmen können auf grundsätzlich unbestimmte Zeit verlängert werden und dauern oft länger als die schuldangemessene Strafe, da nun der «Therapieerfolg» über die Freilassung entscheidet. Die Massnahmen werden sehr oft nicht in spezialisierten Therapiezentren, sondern in Hochsicherheitsgefängnissen vollzogen und stellen damit aus Sicht der Betroffenen keinen Unterschied zu herkömmlichen Strafen dar. Über den Verbleib in der Massnahme entscheidet nicht primär die Tat, sondern das Profil der TäterInnen. Diese Massnahmen verdrängen klassische, zeitlich begrenzte Sanktionen und werden deshalb auch «kleine Verwahrung» genannt.

Möglich geworden ist dieser Umbau durch das Fehlen von Schranken, die diesem Freiheitsentzug Grenzen setzen. Obwohl die Strafrechtstradition der Aufklärung an sich nach wie vor die entscheidende menschen- und verfassungsrechtliche Leitlinie der Straf-, Strafprozess- und Strafvollzugsgesetze wäre, findet gleichsam hinter den Kulissen, bzw. innerhalb einer auf den ersten Blick gleichbleibenden normativen Grundlage ein Paradigmenwechsel statt. Er führt von der rechtsstaatlichen Grammatik der Freiheit zu einer Sicherheits- und Kontrolllogik. Dadurch hat sich im scheinbar gleichbleibenden Strafrechtssystem eine Art gesetzlich gewährter, permanenter Ausnahmezustand von der bisherigen Rechtstradition eingestiftet. Dieser Ausnahmezustand droht sich innerhalb

der strafrechtlichen, strafprozess- und strafvollzugsrechtlichen Normen auszudehnen und die Grundprinzipien der Aufklärung hinsichtlich ihrer effektiven Auswirkung zu verdrängen. Die Bedeutung dieses Ausnahmezustandes für das gesamte Strafrecht, ja für die Rechtskultur, darf keinesfalls unterschätzt werden, denn Rechtsstaatlichkeit bemisst sich auch und gerade am Umgang mit den gravierendsten Fällen und dem kategorischen Insistieren auf rechtskulturellen Leitlinien, unabhängig von der Schwere der Taten.

Insgesamt lässt sich also eine Tendenz zu Überwachung und Verhinderung potenzieller Taten statt zur Aufarbeitung vergangener Delinquenz feststellen. Strafrechtspolitik wird zu Überwachungspolitik; die Angst vor künftig Möglichem ersetzt die Vergeltung für Vergangenes. Aber nicht nur die inhaltliche Stossrichtung, sondern auch die ganze Verfahrensstruktur verändert sich: Bereits bei der Anordnung stationärer Massnahmen durch das Gericht kommt psychiatrischen Sachverständigen eine Schlüsselrolle zu. Die RichterInnen bleiben formal zwar EntscheidungsträgerInnen, stützen sich aber wesentlich auf ExpertInnen ab. Die ExpertInnen werden damit faktisch zu «RichterInnen in Weiss».

Stationäre psychiatrische Massnahmen können aber auch nachträglich, basierend auf Erkenntnissen während des Strafvollzugs, ausgesprochen oder verlängert werden, wodurch die Bedeutung der Rechtskraft eines gerichtlichen Urteils stark relativiert wird. Für die Verurteilten nehmen Rechtssicherheit und Berechenbarkeit ab. Im Nachgang zum ursprünglichen Urteil ist es nämlich möglich, den Freiheitsentzug in späteren Gerichtsverfahren zu verändern oder zu verlängern, ohne dass ein neues Delikt zur Anklage gebracht wird. In solchen Umwandlungs- oder im Massnahmenverlängerungsverfahren geht es nicht mehr primär darum, was in der Vergangenheit vorgefallen ist; im Zentrum steht vielmehr die Frage, ob künftige Delinquenz erwartet wird. Dabei kommt ExpertInnenberichten eine zentrale Rolle zu. Diese Berichte werden im Strafvollzug von TherapeutInnen, SozialarbeiterInnen, sogenannten Fachkommissionen oder Sachverständigen in nicht kontradiktorischen Verfahren hergestellt. Im Unterschied zu einem Gerichtsverfahren können solche Beweisgrundlagen im Strafvollzug aber nicht oder nur sehr erschwert hinterfragt werden. Genau diese Expertisen liefern später jedoch die tatsächlichen Grundlagen für einen Gerichtsentscheid, da sie vom Gericht oft weitgehend übernommen werden. Die Beweise für die Anordnung von strafrechtlichen Massnahmen werden somit vielfach fern von strafprozessualen Grundsätzen

im Strafvollzug erhoben, also in einer totalen Institution. Auf diese Weise werden Beschuldigtenrechte und die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens, das heisst die Möglichkeit, Beweisgrundlagen kritisch zu hinterfragen und zu überprüfen, weitgehend ausgehebelt.

Der Strafvollzug ist staatsrechtlich in die Exekutive und nicht in die Judikative einzuordnen. Er ist damit deutlich politisierter, weshalb die Angst dominiert: Sowohl für die behandelnden TherapeutInnen als auch für die im Strafvollzug beigezogenen Sachverständigen sowie die Vollzugsbehörden ist handlungs- und wegleitend, was im öffentlichen Diskurs passieren könnte, wenn InsassInnen nach der Entlassung rückfällig würden. Die richterliche Unabhängigkeit wiederum wird dann geritzt, wenn Akten aus dem Strafvollzug die Grundlage für den Entscheid über eine nachträgliche Anordnung oder Verlängerung einer Massnahme darstellen. Denn auch das richterliche Bild wird unweigerlich von der Sicht dieser Akten geprägt. Insgesamt wird damit das fundamentale rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung angekratzt und die Judikative faktisch entmachtet. Das Strafrecht, der Prüfstein jeder Rechtsstaatlichkeit, wird stattdessen zunehmend geprägt durch eine Expertokratie mit einer mechanistisch-bürokratischen Sicherheitslogik.

Der parlamentarische Vorstoss von Natalie Rickli auf Haftung des Gemeinwesens bei Rückfällen im Rahmen von bedingten Entlassungen und Strafvollzugslockerungen ist zwar (noch) nicht geltendes Recht. Die dahinterstehende Logik wirkt sich aber längst aus: Auch nach Aburteilung des Vergehens wird im Zweifelsfall eine Massnahme, basierend auf Erkenntnissen im Strafvollzug, nachträglich angeordnet oder es wird, aufgrund einer bereits bestehenden Massnahme, weiter therapiert. Damit werden die InsassInnen in Haft behalten, selbst nach Verbüsung der schuldangemessenen und im Urteil gesprochenen Strafe. In Fachkreisen ist unumstritten, dass der grösste Teil der mittels Massnahmen Weggesperrten in Freiheit nicht mehr rückfällig würde, also fälschlicherweise als gefährlich taxiert wird («false positives»). Es ist aber ausser in Extremfällen unmöglich, sicher zu prognostizieren, wer sich bewähren würde und wer nicht. Die Angst vor Rückfällen hält den Strafvollzug und die Strafjustiz bei ihren Entscheidungen indessen längst in Geiselhaft: Es dominiert eine Gefährlichkeitsvermutung gegenüber dem oder der einmal Verurteilten. Ein Pendant zur Unschuldvermutung in Form einer Ungefährlichkeitsvermutung ist nicht in Sicht. Die zahlreichen «false positives» und die massive Verletzung von deren Grundrechten wird in Kauf genommen. Das technokratische Sachzwangdenken führt auch hier Regie.

Parallel zu diesem Präventionsstrafrecht entsteht zunehmend ein Verwaltungsrecht mit strafendem bzw. überwachendem Charakter. Unerwünschte MigrantInnen können mittels Eingrenzungen und Rayonverboten in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden. Zudem können sie unter dem Titel Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft bis zu achtzehn Monaten im Gefängnis inhaftiert werden, allein deshalb, weil eine Ausschaffung in ihr Herkunftsland nicht sofort möglich ist. In Erlassen wie dem Hooligan-Konkordat vermischen sich strafende und überwachende Massnahmen. Nachrichtendienstliche Befugnisse wurden stark ausgedehnt. Mit dem Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus soll nun zudem eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, mit Meldepflichten, Ausreiseverboten oder Eingrenzungen gegen potenziell gefährliche Personen vorzugehen. Auch das Sozialrecht ist zunehmend von stark invasiven Sanktionen und Überwachungen durchsetzt; exemplarisch seien hier Observationen und scharfe verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen bei Missachtung von staatlichen Auflagen, z.B. in der Sozialhilfe, genannt. Selbst an sich begrüssenswerte Entwicklungen wie das Zürcher Gewaltschutzgesetz, das sich gegen häusliche Gewalt richtet, sind unter diesem staatsrechtlichen und rechtsstaatlichen Blickwinkel nicht unbedenklich: Der Polizei wurde die judikative, also richterliche, Befugnis erteilt, mögliche GefährderInnen zwei Wochen aus ihrem Domizil zu verweisen und für denselben Zeitraum Kontakt- und Rayonverbote auszusprechen.

Insgesamt entstehen hybride Formen von Straf- und Verwaltungsrecht. Schuld oder angemessen gerechte Strafen als Bezugsrahmen für die Rechtsprechung verlieren an Bedeutung und vermischen sich mit Überwachung und Kontrolle. Die Grenzen von Straf- und Verwaltungsrecht werden verwischt; die Freiheitssphäre gerade von wenig Privilegierten, MigrantInnen und Marginalisierten wird zunehmend eingeschränkt.

III. DEUTUNGSHOHEIT ÜBER FREIHEIT UND SICHERHEIT ZURÜCKERLANGEN

Bei all diesen Entwicklungen beruft sich die als Katalysator wirkende Rechte auf die Sicherheit. Die Linke wirkt dagegen oftmals hilflos. Es obläge indessen der Linken, diesem letztlich totalitären Sicherheits- und Überwachungsdenken dezidiert entgegenzutreten und sich auf die Grundrechte oder – emphatischer – auf die Freiheit zu berufen. Sie

müsste fundierte Gegenpositionen entwickeln. Die Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass die Linke ihren emotionalen und intellektuellen Zugang zur Freiheit und zur Privatsphäre der Individuen zuerst wieder freischaufeln müsste. Ausserhalb der in ihrer politischen Bedeutung marginalisierten staatskritischen Linken war Freiheit in den letzten Jahrzehnten kein linker Kernbegriff. Sowohl in der sozialdemokratischen wie in der orthodox-marxistischen Tradition wurde Freiheit als Bezugspunkt vernachlässigt, zumindest in der Nachkriegszeit des 20. Jahrhunderts und im 21. Jahrhundert. Die Rechte berief sich dagegen vor allem seit dem Aufkommen des Neoliberalismus gebetsmühlenartig auf Freiheit. Sie ist nun dabei, auch die Bedeutung von Sicherheit zu besetzen und sie von sozialer und ökonomischer Sicherheit zu Sicherheit durch Überwachung umzudefinieren. Für die Linke geht es deshalb darum, auf Sicherheit als sozialer und ökonomischer Sicherheit zu bestehen und sie an die Stelle einer scheinbaren Sicherheit durch Überwachen und Strafen zu setzen. Auch diese droht letztlich in eine existenzielle Unsicherheit umzuschlagen, wenn die Willkür von strafenden und überwachenden Behörden nicht ausreichend durch eine von Grundrechten getragene Rechtsstaatlichkeit begrenzt wird. Gleichzeitig ist die Vorstellung von Freiheit aus der rechten Umklammerung zu befreien und gegen ein rechtes, Räume kontrollierendes und Freiheit liquidierendes präventives Sicherheitsdispositiv in der Straf- und Überwachungspolitik in Stellung zu bringen.

11. NACH DEM FALL RUPPERSWIL*

I. ANGRIFF AUF DIE VERTEIDIGUNG

Der Fall Ruppertswil stellt in vielerlei Hinsicht ein Novum der jüngeren Strafprozessrechtsgeschichte dar. Ab der Hauptverhandlung sah sich die Verteidigerin von Thomas N. ungewohnt massiven Herabsetzungen der Medien ausgesetzt. In zahlreichen Onlineforen lief eine regelrechte Hetzkampagne. Auch der bekannte Strafverteidiger Valentin Landmann sparte im Blick und Privatfernsehen nicht mit markiger Kritik an seiner Kollegin. Infrage gestellt wurden sowohl die inhaltliche Verteidigungsarbeit als auch der geleistete Aufwand der Fachanwältin für Strafrecht. Die Website der Verteidigung wurde gehackt. Den Tiefpunkt stellte schliesslich das Aufschalten einer Website dar, welche die Verteidigerin persönlich verunglimpft. Besonders problematisch dabei ist, dass die Adresse dieser Website nahezu wörtlich mit jener der offiziellen Kanzlei Website übereinstimmt. Seit Monaten rangiert die so gefälschte Site bei Google weiter vorne als die eigentliche Website der Rechtsanwältin.

Auch die zuständigen Gerichte haben zur Diskreditierung der Verteidigungsarbeit im Fall Ruppertswil ihren Beitrag geleistet: Das erstinstanzliche Gericht kritisierte die Verteidigerin äusserst medienwirksam und ungewöhnlich harsch an der Urteilsöffnung. Wäre das Gericht tatsächlich der Meinung gewesen, die Anwältin habe ungenügend verteidigt, so hätte es sie aus dem Mandat entlassen müssen. Dies geböte die richterliche Fürsorgepflicht. Kommt das Gericht indessen nicht zu diesem Schluss, ist ein richterlicher Tadel an der Verteidigungsarbeit in dieser Form verfehlt. Damit unterminiert das Gericht nicht nur das Vertrauen des Klienten in seine Anwältin, sondern auch das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in grundlegende Verteidigungsrechte.

Sowohl die erste als auch die zweite Instanz mischten sich zudem durch öffentliche Missbilligung einzelner Aufwandpositionen der Honorarnote übermässig in die Ver-

* Erschienen in der Anwaltsrevue 2019, S. 163 ff.

teidigungsarbeit ein und entwerteten diese. Man kann sich dabei nicht des Eindrucks erwehren, die Prüfung der Honorarnote sei kleinlich ausgefallen. Beispielsweise kürzte das Gericht die bezahlten Klientengespräche auf ein Niveau, das allenfalls bei einem standardmässigen Betäubungsmittelhandelsfall, nicht aber in einem solch komplexen Fall adäquat ist. Um ihre Berufspflichten in einem solchen Fall wahrzunehmen und effektiv zu verteidigen, muss sich die Verteidigerin intensiv mit dem Beschuldigten und dem Fall beschäftigen können. Die Verteidigerin von Thomas N. stand damit in der Öffentlichkeit nicht nur als schlechte Rechtsanwältin da, sondern zu Unrecht auch als übersetzte Rechnungsstellerin. Der echauffierte öffentliche Diskurs übersah dabei, dass die Verteidigungskosten in einer echten Vollkostenrechnung bloss einem Tropfen auf den heissen Stein gleichen. Ohnehin muss sich ein Rechtsstaat zum Schutz der Beschuldigten einen angemessenen Verteidigungsaufwand leisten. Dabei geht es nicht primär um einen fairen Verdienst für die Anwältin, sondern um einen fairen Prozess für den Beschuldigten. Der Beschuldigte besitzt einen menschenrechtlichen Anspruch auf ein Verfahren mit eingehaltenen Verteidigungsrechten und einer professionellen Verteidigung.

Es liegt auf der Hand, dass der Fall Rapperswil auch auf die berufliche und persönliche Situation der betroffenen Berufskollegin Folgen zeitigt. Das Recht auf parteiische, konsequente Verteidigung unabhängig vom Tatvorwurf ist eine der zentralen rechtskulturellen Errungenschaften der Moderne. Sie wird gefährdet, wenn eine Verteidigerin so an den öffentlichen Pranger gestellt wird. Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass künftig in solchen Fällen keine qualifizierte, engagierte Verteidigung gefunden wird, was die rechtsstaatliche Qualität der Verfahren grundlegend infrage stellen würde.

II. FERNDIAGNOSTIKER IN WEISS

Indessen wurde nicht nur die Arbeit der Verteidigerin Renate Senn, sondern auch diejenige der Gutachter Josef Sachs und Elmar Habermeyer diskreditiert. Der bekannte forensische Psychiater Frank Urbaniok, der seit Jahren offen eine rechtspolitische Agenda verfolgt, die sich nicht mit dem Schuldstrafrecht in Einklang bringen lässt, meldete sich wenige Tage vor der Berufungsverhandlung gewohnt pointiert und mit dem ihm ureigenen Gespür für die öffentliche Diskursheftigkeit zu Wort. Per Ferndiagnose und entgegen der beiden erfahrenen und renommierten, offiziellen Gerichtsgutachter forderte

er ohne Aktenkenntnis und ohne konkrete Auseinandersetzung mit dem Einzelfall eine lebenslängliche Verwahrung. Es sei dahingestellt, ob solche Ferndiagnosen dem Ruf der forensischen Psychiatrie zuträglich sind. Kurz vor der Verhandlung sandte Frank Urbaniok zudem dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und den Gutachtern medienwirksam einen Fachartikel zu, der erst nach der Verhandlung hätte publiziert werden sollen. Die Verteidigung wurde mit keiner Kopie bedient. Es ging eindeutig und letztlich auch transparent deklariert darum, sozusagen aus den Zuschauerrängen der Anklage einen Steilpass in das strafprozessuale Spielfeld hinein zu spielen – mit der Zielsetzung, eine Praxisänderung bei der lebenslänglichen Verwahrung zu erwirken.

III. VOM GERICHTSHOF DER JUSTIZ ZUM ÖFFENTLICHEN GERICHTSHOF

Insgesamt scheint sich im Fall Rapperswil ein Trend der letzten Jahre zu akzentuieren: Publikumswirksame Straffälle werden nicht mehr nur im Gerichtsgebäude der Justiz abgewickelt, während die Öffentlichkeit darüber mehr oder weniger sachlich informiert wird. Vielmehr scheint sich eine Art öffentlicher Gerichtshof zu etablieren: Hier treten mit den Experten, Anklägerinnen, Richter des traditionellen Gerichts zusätzlich auch selbsternannte und medial in Stellung gebrachte Experten, Anklägerinnen und Richter in einen unstrukturierten Diskurs. In den herkömmlichen und sozialen Medien scheinen alle zeitgleich in die Fallbearbeitung involviert zu sein. Die Urteilsfindung ist nicht mehr Sache der Justiz allein, sondern mutiert zur öffentlichen Angelegenheit. Dieser Gerichtshof der Öffentlichkeit gehorcht anderen Regeln als die traditionelle Justiz: Die Aufmerksamkeitsökonomie ersetzt die schützenden Formen des Strafprozessrechts.

Die Unabhängigkeit der Justiz bei der Urteilsfällung droht daher in medial aufgeladenen Fällen unterlaufen zu werden. Es gibt dabei unterschiedliche Mechanismen. In manchen öffentlich diskutierten Verfahren bleibt der Schwerpunkt auf der juristischen Auseinandersetzung; die öffentliche Beteiligung und das Ausmass der Berichterstattung erreichen aber ein ungewöhnlich hohes Mass. Bereits dies wirkt potenziell auf die Justiz zurück, wie sowohl der Fall Carlos als auch der Fall Spiess-Hegglin gezeigt haben. In anderen Fällen wie etwa dem Fall Rapperswil finden sich Akteure des Prozesses, wie die Verteidigung und die psychiatrischen Experten, im Gerichtsprozess nicht mehr nur in ihrer professionellen Rolle vor, sondern sie sitzen von einem Moment auf den

anderen gleichsam auf der öffentlichen Anklagebank. Und die Justiz liess gerade in dem Fall den Verdacht aufkommen, wenn auch nicht hinsichtlich des Ergebnisses, so aber zumindest hinsichtlich der öffentlichen Verlautbarungen, in ein Doppelpassspiel mit der öffentlichen Meinung, also mit Akteuren ausserhalb des strafprozessualen Spielfelds, geraten zu sein.

Andere öffentliche Prozesse schliesslich werden gar ohne Einleitung eines Strafverfahrens geführt. Sämtliche Zeugen bleiben fern von Konfrontationsrechten anonymisiert, während die Untersuchungsrichterin und Anklägerin in Personalunion mit der Richterin und Henkerin verschmilzt. So zu beobachten bei Michèle Binswanger im Fall von Werner De Schepper: Die Journalistin erhob im Tagesanzeiger vom 19. Dezember 2017 seitenfüllend, zuzüglich Kommentar auf der Titelseite, öffentliche Anklage gegen den ehemaligen Blick-Chefredaktor. Im Stil einer rächenden Nemesis und fern grundlegendster strafprozessrechtlicher Verteidigungsrechte verurteilte und bestrafte sie ihn auch gleich selbst öffentlich wegen sexueller Belästigung.

IV. AUSBLICK

Kurz vor der Jahrtausendwende hielt der Berner Troubadour und Zürcher Rechtsanwalt Jacob Stichelberger fest: Das Öffentlichkeitsprinzip im Strafverfahren möge einmal ein Segen für den Angeklagten gewesen sein, und habe nach wie vor seine Berechtigung, es sei aber drauf und dran, zum Fluch zu werden.¹ Diese Worte haben sich bewahrheitet und wirken angesichts der derzeitigen Situation fast prophetisch. Sie regen auch deshalb zum Denken an, weil sie mittlerweile bereits überholt scheinen: Die Öffentlichkeit diskutiert nicht nur über Verfahren der Justiz, sondern sie droht selbst zur Gerichtsinstanz zu werden. In der erhitzten öffentlich geprägten Diskussion über echte und vermeintliche Kriminalfälle drohen grundlegende Rechtsprinzipien wie die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, das Recht auf Verteidigung, in dubio pro reo und die Justizförmigkeit entkernt zu werden. Stattdessen scheint zentraler Massstab zur Fallbearbeitung eine kollektive Erregung zu werden.

¹ Jacob Stichelberger, Tabuverteidigung, in Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.), *Ungeliebte Diener des Rechts. Beiträge zur Strafverteidigung in der Schweiz*. Baden-Baden/Zürich 1999, S. 68.

12. **WARUM SICH «CARLOS» GEGEN SEINE INHAFTIERUNG WEHRT***

Die öffentliche Diskussion über Form und Kosten des Jugendstrafvollzugs ist legitim. Allerdings kann sie nicht anhand von anekdotischen Beobachtungen in Einzelfällen geführt werden, da dies Verzerrungen ergibt.

In der Diskussion zum «Fall Carlos» kam beispielsweise deutlich zu kurz, dass der jugendliche Straftäter vor seiner Placierung in Baselland während langer Zeit einem äusserst strengen Regime unterworfen war. Unter anderem war er während fast zehn Monaten im Gefängnis Limmattal bzw. in geschlossenen Psychatrien inhaftiert. Im Rahmen des schweizerischen Jugendstrafrechts ist eine solche Haftdauer für einen 15-Jährigen, der «Carlos» damals war, ungewöhnlich lang – nahe an der Maximalstrafe von einem Jahr. Eine Inhaftierung lässt sich bei Jugendlichen nicht auf die Dauer aufrechterhalten; ausser man träte für eine Verwahrung von Minderjährigen ein, was indessen der seit Jahrzehnten erprobten und wissenschaftlich verifizierten pädagogischen Orientierung des Jugendstrafrechts grundlegend widerspräche.

Eine Öffnung des Settings war deshalb unumgänglich: Nachdem sich unzählige andere Formen als nicht zielführend erwiesen hatten, hat der fallführende Jugendanwalt Hansueli Gürber die zur Diskussion stehende Placierung initiiert und konzipiert – in enger Absprache mit der Oberjugendankwaltschaft und zahlreichen weiteren Fachleuten. Der «Fall Carlos» ist in jeder Hinsicht kein Sonderfall, weshalb ungewöhnliche Wege beschritten werden mussten.

In den letzten Monaten in Baselland wurden «Carlos» von allen Fachkräften erhebliche positive persönliche, soziale und kognitive Entwicklungen attestiert. Aus Sicht sämtlicher zuständiger Behörden und Institutionen erwies sich die Placierung als sehr effektiv; und dies wurde «Carlos» gegenüber auch wiederholt mitgeteilt. Das Zürcher Jugendgericht hat sich in Kenntnis der Details zur Placierung intensiv mit dem Fall befasst und die Massnahme anordnet. Demnach haben nicht nur die Jugendanwalt-

* Erschienen in der NZZ am Sonntag vom 8. September 2013 (Der externe Standpunkt), S. 18. Als Verteidiger von Brian Keller sah ich mich kurz nach der völlig abrupten Beendigung des sogenannten Sondersettings veranlasst, der zunächst sehr einseitigen Medienberichterstattung öffentlich entgegen zu treten.

schaft und zahlreiche Experten, sondern auch drei in Fachkreisen sehr angesehene Jugendrichter den Fall beurteilt.

Der Bericht der Oberjugendanwaltschaft zeigt: Die Kosten der Placierung im «Fall Carlos» sind wohl aus dem Ruder gelaufen. Allerdings kann dies «Carlos» nun nicht zum Nachteil gereichen; denn weder er noch seine gesetzliche Vertretung oder Verteidigung kannten das Budget oder tragen die Verantwortung dafür. Und trotzdem: Bei Lichte betrachtet war die Placierung mutmasslich wirtschaftlich effizient. Die Kosten dürften für den Steuerzahler nicht höher sein als jene, die bei einer Inhaftierung in einer geschlossenen Psychiatrie anfallen oder in einer auf Jugendliche spezialisierten Gefängnisabteilung – nicht in einer kurz- und noch viel weniger in einer langfristigen Vollkostenrechnung. Aufgrund der positiven Entwicklung bei «Carlos» erschien ein Abbau der intensiven Betreuung seit kurzem auch in diesem Fall durchaus absehbar. Die Kosten wären deshalb wahrscheinlich bald deutlich gesunken.

Doch nun hat der Dokumentarfilm «Der Jugendanwalt – Die eigenen Wege des Hansueli Gürber» des Schweizer Fernsehens ein gewaltiges mediales Echo ausgelöst und den Fall in eine andere Richtung gelenkt. In einen Grossteil der ausgestrahlten Aufnahmen haben weder die gesetzliche Vertretung noch die Verteidigung von «Carlos» eingewilligt. Im Vorfeld des Films war stets von einem Porträt über den fallführenden Jugendanwalt die Rede, bei vollständiger Anonymisierung des Einzelfalls «Carlos». Der Ausstrahlung eines Films, der dies nicht gewährleistet, haben weder «Carlos» selbst noch seine gesetzliche Vertretung, noch die Verteidigung zugestimmt.

Aufgrund der durch den Film ausgelösten angeheizten medialen Stimmung hat die Zürcher Jugendanwaltschaft die bisher stets als sehr positiv beurteilte Placierung abgebrochen und «Carlos» ins Gefängnis Limmattal überführt, obwohl er seine Haftstrafe längst abgesessen und sich in den letzten Monaten an sämtliche Vorgaben dieser Behörde gehalten hat. «Carlos» muss daher den Eindruck gewinnen, ab sofort führe bei seiner Placierung die öffentliche Meinung Regie – und nicht mehr rechtsstaatliche oder pädagogische Erwägungen.

Ob diese abrupte Änderung der Placierung rechtlich korrekt und pädagogisch sinnvoll ist, wird ein Gericht zu beurteilen haben. Beim Zürcher Obergericht ist eine Beschwerde hängig; das Bundesgericht hat sich mit der Frage zu befassen, ob dieser Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist.

**Strafverteidigung
zwischen Gegenmacht und
Ohnmacht**

13. UNABHÄNGIGE STRAFVERTEIDIGUNG ALS ZWINGENDER BAUSTEIN DES RECHTSSTAATES*

I. WESHALB STRAFVERTEIDIGUNG?

Weshalb Strafverteidigung? «Den hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Strafverteidigers»,¹ antwortete Max Alsberg auf diese Frage vor fast 100 Jahren. Der wohl bekannteste Strafverteidiger des Frühlingserwachens der Strafverteidigung im deutschsprachigen Raum² genießt bis heute beinahe Kultstatus in der deutschen Strafverteidigungsszene. Das zitierte Bonmot zielt Advokaturwebsites wie Publikationen. In der Schweiz ist es dagegen weniger bekannt, weshalb es diesen Beitrag zur Gegenwart der Strafverteidigung einleitet.

Positivrechtlich verankert ist die Strafverteidigung in der Schweiz in Art. 6 Abs. 3 Europäischen Menschenrechtskonvention, Art. 29 ff. Bundesverfassung, Art. 128 ff. Strafprozessordnung, dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Rechtsanwälte und dem im Obligationenrecht enthaltenden Auftragsrecht. Aus dem Zusammenspiel dieser Normen lässt sich ableiten, dass die Verteidigung im Rahmen der Rechtsordnung allein der beschuldigten Person verpflichtet ist, deren Subjektstellung absichert und damit zur Realisierung der Unschuldsvermutung beiträgt. Die Einnahme der einseitigen Entlastungsperspektive führt zum effektiven Widerstreit der Argumente. Diese kontradiktorische gerichtliche Wahrheitssuche ist tief in die abendländische Rechtskultur eingeschrieben; dies zeigt sich allein daran, dass wenige Rechtsprüche

* Erschienen in recht 2022, S. 115 ff. Der vorliegende Essay entspricht weitgehend dem Referat Unabhängige Strafverteidigung als zwingender Bestandteil des Rechtsstaates an der 99. Jahrestagung der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft (2021).

¹ Max Alsberg. Die Philosophie der Verteidigung (1930), erneut abgedruckt, in Jürgen Taschke (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 554.

² Vgl. zu den zahlreichen Einführungen in die Biografie und das Wirken von Max Alsberg etwa Klaus-Detlev Godau-Schüttke, Max Alsberg. Starverteidiger der Weimarer Republik und homme de lettres, in Holger Schlüter (Hrsg.), Zwischen Recht und Unrecht: Lebensläufe deutscher Juristen, Düsseldorf 2004, S. 34 ff.; oder Alexander Ignor, Max Alsberg (1877-1933) – «Unter den wissenschaftlich arbeitenden Praktikern weitaus an erster Stelle» (2010), erneut abgedruckt, in Jürgen Taschke (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 149 ff.

derart bekannt sind wie *audiatur et altera pars*. Die kontradiktorische Verfahrensanlage korrespondiert mit der zeitgemässen Wahrheits- und Erkenntnistheorie, wonach Wahrheitssuche stets ein intersubjektives Prozessgeschehen ist. Entgegen eines weitverbreiteten Irrtums – unter Laien, aber auch teilweise unter Strafverfolgern – ist die Verteidigung daher konstitutive Akteurin und nicht Hindernis der rechtsstaatlichen strafprozessualen Wahrheitssuche.

Bei der Umsetzung ihres Auftrags hat die Verteidigung nach einem zeitgemässen Verständnis die Interessen der beschuldigten Person nicht paternalistisch, sondern in enger Absprache partnerschaftlich zu wahren. Diese Haltung bedingt der intensiven Auseinandersetzung mit der eigenen Klientin im Innenverhältnis. Erst diese Grundlage ermöglicht, ihre Vorgaben im Aussenverhältnis effektiv einzubringen.³ Aufgrund der Dynamik von Strafverfahren sind die internen Absprachen zwar strategisch in ein sinniges Vorgehen zu bündeln; indessen bedarf es immer wieder Anpassungen: Die Planung ist rollend.⁴

Als Zwischenfazit lässt sich festmachen, dass der Rechtsstaat mit der Verteidigung die Kontrolle seiner selbst, ein Stück Gegenmacht zur Macht der Strafjustiz, institutionalisiert. Der Rechtsstaat garantiert die Überprüfung seiner eigenen Rechtsanwendung im Einzelfall. Darüber hinaus ermöglicht er mit dem Institut der Verteidigung Macht und Herrschaftskritik über den Einzelfall hinaus. Der deutsche Strafverteidiger Gerhard Jungfer hielt daher fest, die Verteidigung sei die Speerspitze der Demokratie.⁵ Diese Formulierung ist zwar durchaus martialisch, trifft aber im Kern deshalb zu.

Das Ethos und die Rolle der Verteidigung fordern eine konsequent einseitige Interessenwahrung bis exakt an die Grenze des rechtlich Zulässigen. Für moralische Tabus im Rahmen des Legalen besteht demnach kein Raum.⁶ Just in dieser pointierten Einseitig-

³ Grundlegend Wolfgang Wohlers, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, S. 55 ff.

⁴ Hierzu Stephan Bernard. Was ist Strafverteidigung?, 2. Aufl., Zürich 2021. S. 43 ff.

⁵ Gerhard Jungfer, Strafverteidigung. Annäherung an einen Beruf, Berlin 2016, S. 183 ff.

⁶ Immer noch prägnant: Barbara Hug. Moral und Verteidigung, in Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.). Ungeliebte Diener des Rechts, Baden-Baden/Zürich 1999, S. 57 ff.; Jacob Stickelberger, Tabuverteidigung, in Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.). Ungeliebte Diener des Rechts, Baden-Baden/Zürich 1999, S. 64 ff.

keit liegt der Dienst der Verteidigung am Recht. Die Verteidigung ist nicht Dienerin des Rechts im Sinne einer objektiven Rechtsfindung, sondern trägt durch ihre markante Subjektivität zur kontradiktorischen Wahrheitssuche und damit zum Rechtsstaat bei. Auch wenn sie dadurch zur ungeliebten Dienerin des Rechts wird,⁷ ist ihre Aufgabe rechtsethisch nicht nur zentral, sondern hochwertig.

In der konkreten Ausübung bedingt die Verteidigung Kreativität und zielgerichtete, instrumentelle Vernunft. Die konsequente Verteidigung setzt eine innere Haltung voraus, die in dem traditionellen gymnasialen und rechtswissenschaftlichen Bildungs-Curriculum kaum geschult wird und lediglich begrenzt justiziabel ist. Prägnant wie kein anderer auf den Punkt gebracht hat dieses Erfordernis der Hamburger Strafverteidiger Gerhard Strate: «Die Aufgabe des Strafverteidigers ist es, Vertrauen zu schenken, wo es jeder verweigert; Mitgefühl zu entfalten, wo die Gefühle erstorben sind; Zweifel zu säen, wo sie keiner mehr hat; und Hoffnung zu pflanzen, wo sie längst verfliegen war.»⁸

II. UNABHÄNGIGKEIT DER STRAFVERTEIDIGUNG UND IHRE LIMITIERTE JUSTIZIABILITÄT

Lässt man Strates Diktum einen Moment auf sich wirken, so fällt auf, dass die Strafverteidigung der Unabhängigkeit bedarf.⁹ Sie hat Vertrauen zu schenken, wo jeder es verweigert, Mitgefühl zu entfalten, wo die Gefühle erstorben sind, Zweifel zu säen wo keiner mehr welche hat und Hoffnung zu pflanzen, wo sie längst verfliegen war. Kurz: Die Verteidigung hat sich von den üblichen, voreiligen Vorverurteilungsschlüssen gegen die beschuldigte Person abzugrenzen und im konkreten Fall wider den Strom zu denken. Ihr obliegt ein anderer Zugang zur beschuldigten Person; sie hat sogar andere Emotionen aufzubringen als die Majorität. Ein widerständiger Charakter ist unabdingbar. Querulantenwut wäre allerdings geradezu toxisch, da eine solche Haltung zu

⁷ So der treffende Titel des weiterhin lesenswerten Sammelbandes Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.), *Ungeliebte Diener des Rechts*, Baden-Baden/Zürich 1999.

⁸ Gerhard Strate, zitiert nach Uwe Bahnsen, «Welt am Sonntag» vom 18. Januar 2004, abrufbar unter: http://www.strate.net/de/person/anwalt_der_stars_und_star_der_anwaelte.html (zuletzt eingesehen am 10. November 2023).

⁹ Eingehend für die Schweiz bereits Lorenz Emi, *Unabhängigkeit der Verteidigung*, *forum poenale* 2018, S. 280 ff.

gravierenden Fehleinschätzungen und einer ungesunden Eigendynamik führen würde, die der beschuldigten Person unweigerlich auf den Fuss fiel. Sinnvoll für die Ausübung des Berufs ist vielmehr eine Art Renitenz in geordneten Bahnen.

Die Unabhängigkeit der Verteidigung ist implizit bereits auf verfassungs- und menschenrechtlicher Ebene verankert (Art. 6 Abs. 3 EMRK, Art. 29 und 32 BV). Näher konkretisiert wird sie in Art. 128 StPO und Art. 12 lit. c BGFA. Die strafprozessuale Norm hält die einseitige Interessenswahrung im Rahmen von Gesetz und Standesregeln fest. Die berufsrechtliche Bestimmung verpflichtet die Verteidigung, jeden Konflikt zu vermeiden zwischen den Interessen der Klientschaft, ihren eigenen und denjenigen, mit dem die Verteidigung in privaten oder geschäftlichen Beziehungen steht.

Diese juristischen Normen sind zwar zentral, haben indessen aber den Charakter von Krücken. Im Kern ist eine solche Unabhängigkeit nur begrenzt justiziabel; es geht um ein gelebtes Berufsethos. Der Rechtsstaat kann eine Verteidigung, die ihren Namen verdient, mit rechtlichen Mitteln nur begrenzt garantieren. Er konstituiert einen seiner zentralen Bausteine, das Institut der Verteidigung, demnach über ethische, ausser- und vorrechtliche Charaktereigenschaften der einzelnen Berufsleute. Der Rechtsstaat ist in der Hinsicht auf ein nicht rechtliches normatives Ordnungssystem der Strafverteidigung als Berufsgruppe angewiesen. Diese Beobachtung gilt im Übrigen gleichermassen bei Richterinnen, Staatsanwälten oder auch Politikerinnen. Auch bei ihnen ist die innere Haltung zentral. Ein vermehrtes Nachdenken über just dieses Ethos staatlicher Funktionsträger täte daher Not – eine intellektuelle Tradition, die in der Antike intensiv gepflegt wurde, seit der Neuzeit wegen der dominanten Reflexion über institutionelle Themen tendenziell aber vernachlässigt wurde und einer erneuten Blüte verdiente.

III. WELCHE UNABHÄNGIGKEITEN?

Trotz diesen Vorbehalten über die tatsächliche rechtliche Belastbarkeit der zitierten Normen soll der Versuch unternommen werden, die Unabhängigkeit der Verteidigung aufzufächern. Dieses Vorgehen ändert zwar nichts daran, dass die innere Haltung der einzelnen Verteidigerinnen und Verteidiger zentral bleibt; es vermag aber im besten Fall zu erhellen, was der Unabhängigkeit zupasskommen könnte.

a) **Wirtschaftliche Unabhängigkeit der Verteidigung**

Der Verteidigung als Berufsstand kommt eine wichtige staatsbürgerliche Funktion zu. Der einzelne Verteidiger ist indessen in seinem Beruf meist nicht nur citoyen, sondern auch bourgeois. Schliesslich ist bei den wenigsten die Advokatur Ehrenamt, sondern bei den meisten Broterwerb. Die Optimierung der anwaltlichen wirtschaftlichen Eigeninteressen und der staatsbürgerliche Auftrag stehen in einem latenten Spannungsverhältnis. Dieses Spannungsverhältnis findet im Schrifttum zu wenig Beachtung und droht von der zunehmenden Orientierung der Advokatur am kommerziellen Unternehmertum überdeckt zu werden. Eine vermehrte, realistische Auseinandersetzung mit solchen Themen täte Not.¹⁰ Eine vollständige wirtschaftliche Unabhängigkeit mag ein Ideal sein, einlösbar ist es kaum; vorliegend wird deshalb der Fokus pragmatisch auf eine Annäherung gerichtet.

Wirtschaftliche Abhängigkeit beeinträchtigt eine unabhängige Fallführung. Soweit ersichtlich gibt es in der Schweiz aber kaum Strafverteidiger oder Strafverteidigerinnen, die nahezu ausschliesslich von einer bestimmten Personengruppe mandatiert werden. Der consigliere aus den Mafiafilmen hat wenig mit der helvetischen Strafverteidigungsrealität zu tun. Klumpenrisiken kennen hierzulande eher Wirtschaftsadvokaturen. Gerade zu Beginn des Kanzleiaufbaus kann indessen auch in der Strafverteidigung einzelnen Mandanten eine ökonomisch allzu hohe Bedeutung zukommen.

Die weit grössere wirtschaftliche Abhängigkeit besteht aber in der Praxis in der Ausgestaltung der amtlichen Verteidigung. Die meisten auf Strafverteidigung spezialisierten Advokaturen führen auch nach Jahren und Jahrzehnten zu einem beträchtlichen Teil amtliche Verteidigungen. Sie sind damit wirtschaftlich betrachtet über weite Strecken Staatsangestellte. Die Rahmenbedingungen der amtlichen Verteidigung sind je nach Kanton sehr unterschiedlich.¹¹ Sie prägen den ökonomischen beruflichen Alltag des gesamten Berufsstandes markant. Dem Staat obliegt es, will er die ökonomische Un-

¹⁰ Auf diese Gesichtspunkte habe ich bereits hingewiesen in Stephan Bernard, Anwaltliche Gewinnoptimierung ohne Schranken – eine Replik, *Anwaltsrevue* 2009, S. 529 ff., sowie Klienteninteressen gehen Anwaltsinteressen vor, *plädoyer* 2/2010, S. 68 ff.

¹¹ Mittlerweile wurden diese Unterschiede empirisch erforscht: Florian Seitz, *Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung*, Zürich 2021.

abhängigkeit der Verteidigung nicht unterminieren, dafür besorgt zu sein, dass im Rahmen von Pflichtverteidigungen ein wirkungsvolles berufliches Handeln bei einer angemessenen Entschädigung möglich bleibt. Das Ethos der Verteidigung wiederum fordert, amtliche Verteidigungen mit demselben Engagement zu führen wie lukrative Privatverteidigungen.¹²

b) Unabhängigkeit der Verteidigung von der beschuldigten Person

Gerade bei ökonomisch interessanten Mandaten kann die Gefahr auftreten, dass die Verteidigung sich von der eigenen Mandantin instrumentalisieren lässt. Die Verteidigung wahrt stets fremde Interessen. Die eigenen Interessen sind von den fremden zu abstrahieren. Die Verteidigung hat sich weder mit der eigenen Klientin zu identifizieren, noch sich von ihr vereinnahmen zu lassen oder sie paternalistisch zu bevormunden. Gefordert ist viel mehr, dass sie ihr partnerschaftlich auf Augenhöhe begegnet. Die Verteidigung schuldet der beschuldigten Person denkenden Gehorsam.¹³

Um diese Haltung einlösen zu können, bedarf es der stetigen Reflexion der eigenen rationalen und emotionalen Bedingungen. Geschult werden Juristinnen und Juristen darin nicht. Im Gegenteil trainiert die sekundäre Berufssozialisation die Beschäftigung mit dem eigenen emotionalen Resonanzraum geradezu ab. Es ist kein Ausbildungsbestandteil, sondern ein widerständiger, sich der Berufssozialisation entziehender Akt des einzelnen Individuums, wenn es als Strafverteidigerin oder als Strafverteidiger beim Berufsstart noch im Kontakt mit den eigenen Gefühlen steht.¹⁴ Denn die ironische Bemerkung des Tübinger Emeritus Fritjof Haft aus dem letzten Jahrtausend gilt weiter hin, und ein Ende ist nicht abzusehen: «Emotionen sind unter Juristen verpönt. Wie die Sioux-Indianer kennen sie weder Schmerz noch Freude.»¹⁵

¹² Ähnlich zur Thematik der wirtschaftlichen Unabhängigkeit bereits Lorenz Emi, Unabhängigkeit der Verteidigung, *forumpoenale* 2018, S. 281 ff.

¹³ Dazu eingehend Stephan Bernard, Wahrung fremder Interessen, nicht eigener, *ContraLegem* 1/2019, S. 56 ff. Vgl. hierzu auch Lorenz Emi, Unabhängigkeit der Verteidigung, *forumpoenale* 2018, S. 283 ff.

¹⁴ Dazu Stephan Bernard, *Praxisferne Anwaltsausbildung*, *plädoyer* 2/2016, S.24 f.

¹⁵ Fritjof Haft, *Juristische Rhetorik*, 6. Aufl., München 1999, S. 168.

c) Unabhängigkeit der Verteidigung von Dritten

Die Verteidigung bedarf überdies der Unabhängigkeit von Drittpersonen und letztlich vom gesellschaftlichen Mainstream. Gerade in der aktuellen kriminalpolitischen Grosswetterlage ist diese Art der Unabhängigkeit emotional nicht leicht einzulösen und sollte keinesfalls unterschätzt werden. Es kann die einzelne Verteidigerin durchaus markant im seelischen Gleichgewicht beeinträchtigen, wenn sie nicht nur im privaten Rahmen gefragt wird, wie sie denn diesen Klienten verteidigen könne, sondern sie auch in den Medien von Berufskollegen oder der Strafjustiz attackiert wird.¹⁶

Der Fall «Rupperswil» stellt dabei den Tiefpunkt der jüngeren Strafprozessrechtsgeschichte dar. Der öffentliche Gerichtshof wurde zum Gerichtshof der Öffentlichkeit. Die Medien setzten die Verteidigerin von Thomas N. herab, und in Online-Foren lief eine regelrechte Hetzkampagne gegen sie. Auch der bekannte Strafverteidiger Valentin Landmann desavouierte seine Kollegin öffentlich. Sowohl die inhaltliche Verteidigungsarbeit als auch der geleistete Aufwand der Fachanwältin Strafrecht wurde öffentlich verhandelt. Die Website der Verteidigung wurde gehackt, und eine andere Website wurde aufgeschaltet, die sie persönlich verunglimpfte. Auch die Gerichte haben ihren Beitrag geleistet, die Verteidigungsarbeit zu diskreditieren. Sie haben die Verteidigung öffentlichkeitswirksam kritisiert, zudem das Honorar ungewöhnlich und ungerechtfertigt gekürzt.¹⁷

Das Recht auf parteiische, konsequente Verteidigung unabhängig vom Tatvorwurf wird gefährdet, wenn eine Verteidigerin in einer solchen Konstellation derart an den Pranger gestellt wird. Dieser Pranger kann dazu führen, dass künftig in solchen Fällen keine qualifizierte, engagierte Verteidigung gefunden wird bzw. diese aus Angst vor Nachteilen nicht mehr nach ihrem beruflichen Gewissen konsequent verteidigt. Diese Folgen stellen demnach die rechtsstaatliche Qualität der Verfahren grundlegend infrage.

¹⁶ Zu dem Aspekt der Unabhängigkeit auch Lorenz Emi, Unabhängigkeit der Verteidigung, forum-poenale 2018, S. 283 ff.

¹⁷ Eingehend Stephan Bernard, Nach dem Fall Rupperswil, Anwaltsrevue 2019, S. 163 ff.

IV. RÉSUMÉ

Die rechtsstaatliche, strafprozessuale Wahrheitssuche ist aufgrund menschen- und verfassungsrechtlicher sowie strafprozessualer Grundsatznormen kontradiktorisch angelegt: ohne einseitige, unabhängige Verteidigung und Verteidigungsrechte keine Wahrheitssuche. Die einseitige, unabhängige Strafverteidigung ist damit zwingende Akteurin, nicht ein Hindernis der Wahrheitssuche.

Wer den Rechtsstaat respektiert, achtet daher die Verteidigung. Er weiss um ihren Dienst am Recht in der konsequent einseitigen, unabhängigen Interessenwahrung und gewährt ihr entsprechende Spielräume. Er sieht in ausgebauten Verteidigungsrechten einen Bestandteil eines fairen Verfahrens und keine Beeinträchtigung einer unlimitierten Strafverfolgung. Er begrüsst eine unbequeme, einseitige Verteidigung als Teil einer notwendigen Auseinandersetzung. Er tritt für eine amtliche Verteidigung mit entsprechenden Spielräumen ein, im Wissen darum, dass sich der Rechtsstaat auch und gerade daran misst, wie mit Menschen ohne Lobby und nur wenigen sozio-ökonomischen Ressourcen umgegangen wird.

Diese Aufzählung soll indessen nicht als präventive Pauschalentlastung der Verteidigung missverstanden werden: Die Einlösung des Berufsethos obliegt der Strafverteidigung selbst, sowohl individuell als auch als Berufsstand. Sie ist immer wieder in die Verantwortung zu nehmen. Die Möglichkeit zur Umsetzung des Ethos hängt aber auch von Bedingungen ab, für die alle Akteure rund um die Strafjustiz gleichermaßen verantwortlich sind.

Alle Akteure, die sich dem Rechtsstaat verpflichtet fühlen, haben demnach ein vitales Interesse daran, dass sie und sämtliche andere Akteurinnen unabhängig ihren Auftrag erfüllen können. Wo die Unabhängigkeit auch nur einer Akteurin gefährdet ist und ihr Spielraum über Gebühr eingeschränkt wird, gerät langfristig der Rechtsstaat als solcher in Gefahr. Die Unabhängigkeit sämtlicher strafprozessualer Professionen sollte allen Akteurinnen ein Herzensanliegen sein. Daher respektieren gute Strafruristen die Verteidigung als Berufsstand und in jedem Einzelfall – im Wissen darum, dass sie schwächstes professionelles Glied in der strafprozessualen Kette ist und weil sie rascher als die anderen Akteurinnen Angriffen ausgesetzt ist. Sie geben – um es an dem dras-

tischen Beispiel des Falls Rapperswil festzumachen – in medienrächtigen Fällen eine engagierte Verteidigerin nicht zum Abschluss durch den Boulevard und Online-Foren frei, sondern stärken im Gegenteil deren Position. Denn wer die Verteidigung generell oder im Einzelfall infrage stellt und Verteidigungsrechte bekämpft, ritzt am Fundament des Rechtsstaats. Oder positiv gewendet: Wer die Verteidigung und deren Rechte stärkt, stärkt den Rechtsstaat selbst.

14. WAHRUNG FREMDER INTERESSEN, NICHT EIGENER

Der Anwalt hat fremde Interessen zu wahren. An seiner Patentierung weiss er juristisch viel über Vieles. Ins Berufsleben wird er aber ohne nennenswerte Kenntnis der strategischen, taktischen und psychosozialen Aspekte seiner Profession entlassen. Was es heissen könnte, fremde Interessen zu wahren, und nicht eigene, kognitiv und emotional, in der Erkenntnis und Akzeptanz von Interessen, die in jeder Hinsicht fremd zu den eigenen sind, hinsichtlich des Prestiges und der Selbstachtung, das hat er weder an der Universität noch der Anwaltsprüfung reflektieren müssen. Einige Schlagwörter der Rechtsprechung und der Dogmatik zum Anwaltsgesetz (BGFA) zu kennen, reichte als Auseinandersetzung mit dem Kern seines künftigen Berufsethos aus. Und im Übrigen schienen seinen Examinatoren dogmatische Erörterungen vom Zivilgesetzbuch übers Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz bis hin zum kantonalen Verwaltungsrecht ohnehin wichtiger und waren damit prüfungsüberlebensnotwendiger. Der frisch patentierte Anwalt gleicht daher einem Musiker, der zwar vorzüglich Notenblätter liest, aber kein Instrument bespielt.

Wahrung fremder Interessen, nicht der eigenen, stellt Anforderungen an den Anwalt, die sich nicht leicht umsetzen lassen und vielfach auch widersprüchlich sind. Weshalb die Anwaltsausbildung diesen beruflichen Zentralnerv mit einer geradezu augenfälligen Blindheit ausblendet, beschäftigt mich seit längerem immer wieder aufs Neue. Ich vermute den Hauptgrund darin, dass sich Juristen hier mit Zwiespältigem, Abgründigem, nicht einfach Justiziablem auseinandersetzen müssten. Dem wollen sie bei der Lösung menschlicher Probleme und Konflikte mit ihrer scheinengenauen Dogmatik gerade entkommen. Fremde Interessen zu wahren, lässt sich weder in konzisen Definitionen noch in solid vermessener Gesetzgebung oder Rechtsprechung einfangen. Es handelt sich letztlich um ein kognitives und emotionales Ringen zu einem gelebten Ethos, das sich zumindest an seinen Rändern einer exakten Konturierung entzieht. Dies ist wohl der Grund, warum sowohl die anwaltliche Ausbildung als auch in der Regel selbst die anwaltliche Fortbildung die Thematik meiden. Die fehlende Auseinandersetzung mit

* Erschienen in ContraLegem 1/2019, S. 56 ff.

der Wahrung fremder Interessen, nicht der eigenen, bleibt damit ein im kollektiven beruflichen Unbewussten belassener anwaltlicher Schatten.

Bei der Verteidigung wegen Kapitalverbrechen kommt ein Prototyp des anwaltlichen Ethos zum Tragen. Nicht trotz, nein, gerade weil er eines Schwerverbrechens verdächtigt wird, bedarf der Beschuldigte eines Verteidigers, der seine Interessen vertritt – und nur seine. Hier spürt der Anwalt am deutlichsten, was es heisst, fremde Interessen zu wahren, nicht seine eigenen. Schuld und Unschuld stehen erst nach dem Verfahren fest. Unabhängig davon, ob die Presse, die Öffentlichkeit, die Strafjustiz und sogar der Anwalt selbst den vermeintlichen Schwerebrecher schon vor dem Abschluss des Verfahrens für überführt halten, hat die Verteidigung für die Optimierung seiner Interessen einzustehen. Es fordert den Anwalt besonders, wenn er einen grossen Ekel von der vermeintlichen Tat spürt, diese moralisch grundsätzlich verurteilt oder die öffentliche Vorverurteilung immens ist. Dem kann er letztlich nur begegnen, indem er entweder das Mandat niederlegt oder von seinen eigenen Gefühlen und seinem Bedürfnis nach sozialer Zugehörigkeit zur Allgemeinheit abstrahiert, um den Zugang zu den konkreten Interessen seines Klienten zu finden. Dabei hat der Anwalt nicht ein Mann ohne Eigenschaften zu sein, sondern einen persönlichen Resonanzraum zu bieten. Dies ermöglicht dem Klienten im besten Fall seine Interessen in, neben und nach dem Verfahren (ansatzweise) zu erkennen und formulieren. Denn Klienteninteressen können weit komplexer sein, als «auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken» (BGE 106 Ia 105). Manchen Klienten ist die Wahrung der persönlichen Haltung wichtiger als ein mildes Urteil, für andere erscheint ein faires Verfahren zentraler als das Resultat des Verfahrens und vielfach stehen verschiedene Klienteninteressen auch in sich im Widerspruch zueinander und lassen sich zumindest nicht gleichzeitig realisieren. Dem Anwalt obliegt es, sich eingehend mit dem Klienten und seinen konkreten Anliegen auseinanderzusetzen und nötigenfalls seine eigenen Vorstellungen einer optimalen Interessensvertretung zurückzustellen, wenn diese den tatsächlichen Interessen des Klienten widersprechen. Gerade das Vertrauen, die Verteidigung engagiere sich effektiv für Beschuldigten- und nicht Anwaltsinteressen, ist für viele Mandanten wichtiger als alles andere; davon hängt jede zielführende, weitere Verteidigungshandlung ab.

Die klassische Thematik einer konsequenten Interessenvertretung bei der Verteidigung eines Schwerverbrechers zeigt sich in Miniatur bei sämtlichen Vertretungen analog.

Auch hier bietet die Wahrung fremder Interessen und nicht der eigenen zahlreiche Stolpersteine. Bereits die Selbsterkenntnis der eigenen anwaltlichen Interessen und die Abstraktion von diesen ist ein hoher Anspruch. Das derzeitige kulturelle Leitbild sieht eine defizitär-narzisstische unternehmerische Selbstoptimierung vor, die wenig zu tun hat mit der Kultivierung eines ausgereiften und autonomen Selbst im Sinne eines Individuationsprozesses und schon gar nichts mit der Transzendenz des Selbst im Sinne der Mystik eines Meisters Eckhart oder des buddhistischen edlen achtfachen Pfades. Das Erkennen und Zurückstellen des eigenen Interesses und defizitär-narzisstischen Selbst stehen damit quer in der gesellschaftlichen Landschaft und weisen beinahe schon eine subversive, spirituelle Dimension auf. Ein weiterer, ganz profaner Stolperstein bildet die Wissensasymmetrie zwischen Anwalt und Klient. Der Anwalt darf sich weder dazu verleiten lassen, den eigenen Klienten zu übervorteilen, noch zu glauben, dass er die fremden Interessen besser kennt als dieser selbst. Die Goldene Regel, den anderen so zu behandeln, wie man selber behandelt werden möchte, mag für den Anwalt ein sinnvoller gedanklicher Ausgangspunkt sein. Sie reicht indessen nicht aus. Möglicherweise möchte der Klient gerade eine andere Behandlung als der Anwalt meint in dessen Situation erfahren zu möchten.

Doch selbst wenn es dem Anwalt gelänge, von den eigenen Interessen zu abstrahieren und die effektiven Interessen des Klienten zu erkennen, bleibt für die meisten die anwaltliche Berufsausübung immer noch zumindest auch wirtschaftsbürgerlicher Broterwerb und nicht ausschliesslich staatsbürgerliches Engagement; was zur Wahrung der Klienteninteressen in einem Spannungsverhältnis steht: Sofern der Klient gleichzeitig auch Zahlungsstelle ist, steht die wirtschaftliche Optimierung des Anwalts in einer prinzipiell antagonistischen Anlage zum finanziellen Interesse des Klienten. Wenn Dritte zahlen, wird die Sache wegen dem zusätzlich ins Spiel kommenden Drittinteresse auch nicht einfacher. Das Drittinteresse deckt sich vielfach weder mit den Klienten- noch dem Anwaltsinteresse. Der Anwalt droht zum Diener zweier Herren zu werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Entschädigung von Bekannten des Klienten, Rechtsschutzversicherungen oder dem Staat ausgerichtet wird. Entweder droht die anwaltliche Unabhängigkeit von explizit oder implizit vorgebrachten (ökonomischen) Drittinteressen beispielsweise von zahlenden Bekannten oder Rechtsschutzversicherungen unterlaufen zu werden; oder der anwaltliche Aktionsradius wird finanziell auf das

«notwendige Minimum» begrenzt wie bei Pflichtverteidigungen und unentgeltlichen Rechtsverteidigungen. Akzentuiert wird dies bei der Vertretung gesellschaftlich Marginalisierter wie Sozialhilfebeziehenden, Asylsuchenden oder Strafgefangenen, die einen besonderen anwaltlichen Einsatz erfordern. Die staatliche Entschädigungspraxis ist hier vielfach derart dürftig bzw. wird vielfach sogar ganz verweigert, dass die Anwaltsseelen als bourgeois einerseits und citoyen andererseits geradezu zwangsläufig in Widerstreit geraten müssen: Gerade dort wo Grundrechte besonders gefährdet sind und Betroffenen das Recht Rechte zu haben, fast abgesprochen wird, scheitert deren Wahrnehmung an den finanziellen Ressourcen ganz besonders regelmässig. Seiner rechtsstaatlichen Relevanz zum Trotz, lässt sich die Vertretung solcher fremden Interessen fast nicht anwaltsmarktförmig organisieren. Der Anwalt in seiner Rolle als Wirtschaftsbürger gefährdet damit immer wieder seinen staatsbürgerlichen Auftrag, sämtlichen Menschen unabhängig von deren Herkunft, sozialer Rolle und Finanzkraft, den Zugang zum Recht zu verschaffen.

Am Ende bleibt ein Paradoxon zurück: Die Abstraktion von eigenen Interessen und dem eigenem Selbst ist für die Einlösung des anwaltlichen Kernethos zentral. Aber ohne eigene Antriebskräfte und Kultivierung eines umfassend ausgereiften Selbst fehlte es an dem nötigen persönlichen Resonanzraum für den eigenen Klienten; dieser wiederum ist Voraussetzung, dass der Klient in der Auseinandersetzung mit einem Gegenüber seine Interessen evaluieren kann und die Verteidigung die nötige Durchsetzungskraft bei der Vertretung seiner Interessen gegen aussen erlangt. Der Anwalt bedarf einer greifbaren, konturierten eigenen Persönlichkeit bei idealtypisch gleichzeitiger Abstraktion von bzw. zumindest Realisierung der unweigerlich vorhandenen persönlichen Interessen. Zwischen den eigenen und fremden Interessen finden zwangsläufig wechselseitige Beeinflussungen statt. Die Wahrung fremder Interessen heisst aber weder, sich fremde Interessen zu eigen(en) zu machen, noch seine eigenen auf fremde Interessen zu projizieren. Dem Anwalt obliegt es daher, sich immer wieder bewusst zu machen, wo die eigenen bzw. die fremden Interessen enden, wo sie beginnen und wie sie zusammenspielen.

Die Wahrung fremder Interessen, nicht der eigenen, stellt Anforderungen an den Anwalt, die sich nicht leicht umsetzen lassen und vielfach auch widersprüchlich sind. Und diese Widersprüche lassen sich zu einem grossen Teil letztlich gar nicht auflösen. Eine

abschliessende Antwort, was dieser berufliche Kernethos bedeutet, scheidet bereits daran, dass sich verschiedene fremde Interessen der unterschiedlichen Klienten nur scheinbar gleichen. Darüber hinaus verändern sich im Verlauf eines Anwaltslebens auch die eigenen Interessen. Schliesslich stehen die eigenen und fremden Interessen in jeder Konstellation aufs Neue in einem sich verändernden Wechsel- und Zusammenspiel. Hinter einem scheinbar spröden, rationalen Juristenberuf verbirgt sich damit bei gewissenhafter Herangehensweise eine philosophische, fast schon spirituelle Praxis. An jeder beruflichen Wegmarke stellt sich die Grundschwierigkeit immer wieder aufs Neue: Der Anwalt wahrt fremde Interessen, nicht seine eigenen.

15. GRENZEN DER VERTEIDIGUNG BLEIBEN STRITIG*

Wem dienen die Standesregeln? Das fragte im Dezember 1981 «Volk + Recht» auf ihrer Titelseite. Das Vorläufermagazin von «plädoyer» stellte diese Grundsatzfrage ab der Seite 6 in folgenden Kontext: Dienen die anwaltlichen Berufsregeln dem Publikumschutz? Dienen sie also den Interessen der Klienten? Oder aber: Sichern sie ein möglichst ungestörtes Vorgehen der Strafjustiz ab? Und bezieht sich die Justiz bei der Auslegung der vagen berufsrechtlichen Generalklauseln vor allem deshalb auf berufsethische Vorstellungen über die Advokatur, um ein konsequentes Verteidigungsethos zu limitieren?

Diese intensive Auseinandersetzung erfolgte Anfang der 80er-Jahre aus aktuellem Anlass: Bis weit in die 70er-Jahre des 20. Jahrhunderts sah sich in der Schweiz das Gros der Anwaltschaft in Strafsachen als «Diener des Rechts». Eintracht mit Behörden war wichtiger als eine pointierte Interessenvertretung der Beschuldigten. Eine junge Generation von Strafverteidigern, insbesondere aus dem Umfeld des 1975 gegründeten, politisch links ausgerichteten Zürcher Anwaltskollektivs und der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz, fing damals an, ihre Rolle anders zu sehen. Mit dem Risiko, zu ungeliebten Dienern des Rechts zu werden, setzte sie sich konsequent für die fragilen Beschuldigtenrechte ein. Und dieser Einsatz zog in der Folge auch aufsehenerregende Verfahren vor den kantonalen Aufsichtskommissionen über die Rechtsanwälte nach sich. Ein solcher Fall betraf Barbara Hug. Sie riet 1978 in der Broschüre «Strafuntersuchung – was tun?» zur Aussageverweigerung und wurde von der Aufsichtsbehörde gebüsst. Das Bundesgericht bestätigte das Verdikt. Der Fall bietet Anlass zur Reflexion über die Grenzen des Verteidigungsspielraums.

Die Erwägungen des Bundesgerichts im Disziplinarverfahren gegen Barbara Hug sind für den Umgang mit der Strafverteidigung bis heute symptomatisch (P 1331/79 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 6. März 1981, nicht publiziert). Die Zürcher Verteidigerin wurde durch die anwaltliche Aufsichtsbehörde disziplinarisch mit einer Busse bestraft, weil sie die Broschüre «Strafuntersuchung – was tun?» mitverfasst hat-

* Erschienen plädoyer 4/2022, S. 26 ff.

te. Diese Publikation wurde vom Zürcher Anwaltskollektiv herausgegeben. Es handelt sich um eine Anleitung, wie sich Beschuldigte in einer Strafuntersuchung am besten verhalten. Die Zürcher Aufsichtscommission erachtete einen solchen Leitfaden, der sich konsequent an den Verteidigungsrechten orientiert, für eine Rechtsanwältin als ungebührlich. Vorgeworfen wurde ihr ein Verstoss gegen § 7 des zürcherischen Anwaltsgesetzes. Dieser Paragraph verpflichtete die Rechtsanwälte, ihre Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben und sich durch ihr Verhalten in der Ausübung des Berufs und ihrem sonstigen Geschäftsgebahren der Achtung würdig zu zeigen, die ihr Beruf erfordere, und sich aufdringlicher Empfehlung zu enthalten.

Der aufsichtsrechtliche Entscheid konnte damals nur mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden. Das Bundesgericht wies das vom Strafverteidigungspionier Bernhard Gehrig für Barbara Hug verfasste Rechtsmittel ab. Zur Begründung führte es unter anderem aus, ein strafrechtlich Angeschuldigter sei zwar berechtigt, die Aussagen zu verweigern, um sich nicht selbst belasten zu müssen. Dieses Recht bedeute aber keineswegs, dass Lügen – nicht nur blosses «Leugnen», sondern unwahre Behauptungen und Einwendungen – «ohne Nachteil» gestattet sei. In der Broschüre fehle jeder Hinweis, dass der Richter hartnäckiges Schweigen als Uneinsichtigkeit deuten und bei der Strafzumessung berücksichtigen könne. Auf die positiven Folgen eines Geständnisses werde in der Broschüre überhaupt nicht hingewiesen, was eine einseitige Information und damit ein Verstoss gegen § 7 Absatz 1 des Zürcherischen Anwaltsgesetzes sei. Die Beschwerdeführerin verfehle im Ergebnis das selbst gesetzte Ziel, «jedem die Möglichkeit zu geben, die Rechte, die er als Angeschuldigter hat, zu kennen und wahrzunehmen», und vereitle das Ziel des Strafverfahrens, über Schuld und Unschuld und gegebenenfalls über das Mass der Strafe zu befinden. Die Sanktion entspreche daher einem öffentlichen Interesse, das dem privaten Interesse der Beschwerdeführerin vorgehe.

Die Generalklausel, auf die sich die Busse abstützte, war offenkundig vage und wenig konturiert. Das Ermessen der Justiz war damit sehr gross und letztlich vor allem von paternalistischen, moralischen Vorstellungen über den Berufsstand der Advokatur geprägt. Diese Vorstellungen werden auch bei der Bewertung der Form ihrer Information für das ratsuchende Publikum ersichtlich. Barbara Hug wurde demnach im Ergebnis gebüsst, weil sie sich aufgrund ihrer Berufserfahrung und Berufsauffassung für eine

nach ihrer Ansicht sinnvolle Wahrnehmung von Verteidigungsrechten einsetzte. Ihre Konsequenz beim Rat zur Aussageverweigerung ging der Strafjustiz deutlich zu weit. Dieses pointierte individuelle Verteidigungsethos mit einer durchaus markanten verteidigungsstrategischen Grundsatzpositionierung kollidierte mit den Vorstellungen der Justiz über die anwaltliche Berufsethik. Bezeichnenderweise wurde dabei die Frage gar nicht aufgeworfen, ob die Leser aus ihrer Beschuldigtensicht als ratsuchendes Publikum die Broschüre allenfalls hilfreich fanden oder finden könnten. Vielmehr wurde davon ausgegangen, dass die Justiz wisse, wie eine Anwältin ihre potenziellen Klienten sinnvoll «objektiv» zu orientieren habe und was für diese gut sei.

Zwei unterschiedliche Auffassungen standen damit in einer Wechselwirkung. Auf der einen Seite die Auslegung der Rechtsordnung durch die Justiz und vor allem deren Moralvorstellungen über die Advokatur. Auf der anderen Seite die individuelle Verteidigungsethik und die persönliche Berufsauffassung. Am Ende führte der Entscheid der Aufsichtscommission dazu, dass das konkrete berufspolitische Engagement von Barbara Hug mit einer Busse sanktioniert wurde.

Diese Busse war aber nicht die einzige Reaktion gegen das neue Verteidigungsverständnis, das sich konsequent für die Beschuldigten einsetzte. Die Berner Justiz entzog zur gleichen Zeit den vier Zürcher Anwälten Gian Andrea Danuser, Bernard Rambert, Edmund Schönenberger und Hans Zweifel im Nachgang zu einem Prozess gegen Mitglieder der Roten-Armee-Fraktion lebenslang das Patent. Nicht etwa, weil diese sich schlecht für ihre Klienten eingesetzt hätten. Die Vorwürfe waren anders: «Sie wurden wegen ihrer <fragwürdigen Gesinnung> und wegen ihres <unwürdigen> Benehmens mit dem Berufsverbot belegt – was eine über die Grenzen der Schweiz hinaus wohl einzigartige Sanktion bildet», wie «Der Spiegel» am 7. Januar 1980 berichtete. Immerhin erging es den vier Verteidigern vor Bundesgericht besser als Barbara Hug. Das höchste Gericht hob das Urteil der kantonalen Behörde auf und stellte in BGE 106 Ia 100 zum ersten Mal die Rolle der Verteidigung in Strafsachen als einseitige Verfechterin von Parteiinteressen deutlich klar. Der Anwalt sei nicht staatliches Organ und auch nicht «Gehilfe des Richters», sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Das gelte insbesondere für den Strafverteidiger. Ihm obliege es, dem staatlichen Strafanspruch entgegenzutreten und auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken. Damit erfülle er die ihm als Mit-

arbeiter der Rechtspflege zukommende Aufgabe. Die vier Verteidiger veränderten mit dem erwirkten Bundesgerichtsentscheid in einem zentralen Punkt die Rechtsordnung. Denn mit dem Entscheid anerkannte die Justiz erstmals ein konsequentes, einseitiges Verteidigungsverständnis in der Schweiz.

In Artikel 128 wurde diese Praxis später in der eidgenössischen Strafprozessordnung unmissverständlich kodifiziert. Dieser Artikel verweist aber auch heute darauf, dass der einseitige Einsatz für die Interessen der beschuldigten Person «in den Schranken von Gesetz und Standesregeln» zu erfolgen habe.

Heute wird der Rat zur Aussageverweigerung, anders als Ende der 70er-Jahre, einhellig als unbedenklich eingestuft. Es besteht Konsens, dass dieser Rat in vielen Situationen sinnvoll ist. Die Autoren der Rechtsauskunft Anwaltskollektiv, welche den Ratgeber «Strafuntersuchung – was tun?» heute in sechster Auflage herausgeben, werden dafür nicht mehr gebüsst. demnächst in sechster Auflage herausgeben, werden kaum dafür gebüsst werden. Wie in den letzten vier Auflagen wird die Aussageverweigerung als mögliche Verteidigungsstrategie vertreten sein. Von Auflage zu Auflage fanden neben den Risiken auch zunehmend die Chancen einer mit der Verteidigung diskutierten Einlassung Raum. Der Rat zum Geständnis steht dabei allerdings weiterhin nicht im Vordergrund.

Die Grenzen der Verteidigung bleiben indes strittig. Wie vor 40 Jahren werden sie in der Wechselwirkung von zwei Polen vermessen: Auf der einen Seite stehen die Vorstellungen der Justiz über angemessenes Verteidigungshandeln und über die anwaltliche Berufsethik, die bei der Auslegung der vagen berufsrechtlichen Generalklauseln herangezogen werden. Auf der anderen Seite steht das individuelle Berufsethos und die Maximierung der Klienteninteressen. Die damaligen Entscheide sind daher paradigmatisch und vermögen den Blick auf heutige anwaltsrechtliche und anwaltsethische Fragen, namentlich zu Grenzziehung bei der Verteidigungstätigkeit, nach wie vor zu schärfen.

Bereits die Grenzen der Verteidigung, welche sich aus der Strafprozessordnung selbst ergeben, sind unklar und bedürfen der Auslegung. Das Gesetz beantwortet nicht klar, ob beispielsweise die Verteidigung an psychiatrischen Explorationsgesprächen zugegen sein darf – was bis heute verneint wird. Die Prozessordnung garantiert hingegen scheinbar klar ein Recht zur Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten. Dieses Recht wird am Ende dennoch ausgehöhlt. Die Verteidigung wird demnach nach wie vor eher

als Störfaktor und nicht als konstitutive Akteurin des Strafverfahrens angesehen. Und die Frage, wo die strafbare Begünstigung für Verteidigungstätigkeit beginnt, dürfte schon manchem Praktiker den Schlaf geraubt haben.

Nahezu unverändert präsentiert sich die Sachlage betreffend die Generalklausel in Artikel 12 litera a des Anwaltsgesetzes, wonach der Anwalt sorgfältig und gewissenhaft zu handeln habe. Wenig mit juristischer Auslegung, sondern eher mit freier Rechtsfindung hat es zu tun, wenn Anwälten gestützt darauf in einer reichhaltigen Rechtsprechung weitgehend untersagt wird, potenzielle Zeugen zu kontaktieren oder der Verteidigung eine sogenannte limitierte Wahrheitspflicht auferlegt wird. Vollständig überwunden ist die Tendenz nicht, das Berufsrecht mittels einer die Verteidigung begrenzenden Auffassung von anwaltlicher Berufsethik auszulegen. Die berufsrechtlichen Generalklauseln als Basis der Einschränkungen sind in all den Jahren nicht präziser geworden. Sie werden weiterhin in einer nicht genau vorhersehbaren Art und Weise zur Limitierung der Verteidigung herangezogen. Die Rechtsprechung verstößt wohl gegen das Gebot der ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage nach Artikel 36 der Bundesverfassung, stürzt jedenfalls aber die Verteidigung durch diese Rechtsunsicherheit heute wie damals in ein latentes Dilemma. Der Berufsstand kennt die Grenzen des zulässigen Handelns nie genau: Tritt die Verteidigung offensiv auf, riskiert sie im Einzelfall berufs- oder gar strafrechtliche Sanktionen. Ist sie dagegen zaghafte und schöpft sie den Spielraum zur einseitigen Interessenswahrung nicht aus, den sie bis strikt an die Grenzen des Legalen zu wahren hat, droht sie gegen das Auftragsrecht zu verstossen.

Die Aufsichtskommissionen über die Rechtsanwälte bedienen sich bei der Auslegung von vagen Generalklauseln im Berufsrecht offenbar bis heute eines Vorverständnisses über die anwaltliche Berufsethik. Daher wäre eine Reflexion nicht nur des Berufsrechts im engeren Sinne, sondern auch der anwaltlichen Berufsethik unabdingbar. Denn die Berufsethik, bzw. genauer: die Vorstellung der Justiz über sie, prägen das Berufsrecht noch immer entscheidend mit.

Die anwaltliche Berufsethik unterscheidet sich von der Berufsethik anderer Professionen. Sie meint zwar wie jede Berufsethik zunächst zweierlei: zum einen die persönliche, subjektive Berufsethik, zum anderen einen für alle Berufsleute geltenden Verhaltenskodex. Die Besonderheit der anwaltlichen Berufsethik liegt allerdings darin, dass sie

sich in zahlreichen anspruchsvollen Spannungsfeldern bewegt: Die Advokatur ist privatwirtschaftlich organisiert, ihr kommt aber eine wichtige öffentliche Funktion zu: Wirtschaftsbürgerliche Optimierungsinteressen und staatsbürgerliche Verantwortung stehen in latenter Spannung. Die Advokatur müsste im bürgerlichen demokratischen Rechts- und Sozialstaat allen Rechtsunterworfenen den Zugang zum Recht möglichst gleichwertig gewährleisten. Die Empirie zeigt immer wieder, dass Anspruch und Realität gerade für wenig Privilegierte ganz erheblich auseinanderklaffen.

Im Innenverhältnis hat ein Anwalt zudem den Mandanten ein absolut loyaler Beistand zu sein. Dieser Anspruch gilt gerade bei der Wahrnehmung der Verteidigung in der Ausnahmesituation eines Strafverfahrens. Ohne gelebte Fürsorge nehmen Verteidiger weder die Betroffenen als Subjekt gebührend ernst, noch können sie mit den Klienten in der Beratung auf Augenhöhe eine Strategie für das Vorgehen im Verfahren festlegen. Fürsorge resultiert primär aus einer inneren Haltung, die nicht oder nur sehr begrenzt justiziabel ist. Im Ergebnis geht es daher bei der Advokatur als Berufsstand wie beim einzelnen Individuum auch um ein kognitives und emotionales Ringen für ein gelebtes Ethos, das sich zumindest an seinen Rändern exakten juristischen Konturen entzieht, gleichzeitig aber von höchster staatsrechtlicher und politischer Relevanz ist.

Die Reflexion zur anwaltlichen Berufsethik würde sich deshalb in einer Zwischenzone bewegen von Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie, Staatstheorie (respektive allgemeinem Staatsrecht), der politischen Philosophie, Wirtschaftsethik, aber auch und ganz entscheidend von der Kultur eines helfenden und beratenden Berufs, die erst noch im professionellen Selbstverständnis zu etablieren ist. Das Terrain wäre solid zu ergründen, damit die Berufsregeln überzeugend angewendet werden können. Weil eine solche ernsthafte Vermessung aber kaum stattfindet und wohl noch länger auf sich warten lässt, ist vorderhand von der gleichen Grundsatzfrage wie vor rund 40 Jahren auszugehen: Wem dienen diese Standesregeln (in heutiger Terminologie: Berufsregeln)?

Bei der Beantwortung dieser Frage hat in den letzten 40 Jahren zweifellos eine gewisse Gewichtsverschiebung von der Absicherung einer ungestörten Justiz hin zugunsten des Publikumsinteresses stattgefunden. Sichtet man allerdings die dominierende Auslegung des Anwaltsgesetzes, wird man weiterhin kaum den Eindruck gewinnen, der Einsatz für den konsequenten Publikumsschutz oder konkrete Beschuldigtenanliegen dominiere

über Gebühr. Denn aus einem solchen Blickwinkel betrachtet wäre die Beurteilung der Zulässigkeit von Verteidigungshandeln recht einfach: Sollen das Berufsrecht und die Berufsethik nicht die störungsfreien Abläufe der Strafjustiz, sondern die Klienten des Anwalts stützen, wären etwa Verstösse gegen die Loyalität zum eigenen Mandanten oder übersetzte Rechnungsstellung sehr streng zu ahnden. Dagegen dürften vage Generalklauseln nicht mehr als rechtliche Legitimation für die Einschränkung des Verteidigungsspielraums herangezogen werden. Die Vermutung drängt sich deshalb auf: Wäre die Auslegung des Rechtsgebiets nicht mehr einer möglichst ungestörten Justiz, sondern effektiv derjenigen des ratsuchenden Publikums verpflichtet, käme es wohl nochmals zu einer Veränderung der verteidigungsrechtlichen Gravitationskräfte wie vor rund 40 Jahren.

Um damit zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Der Entscheid 106 Ia 100 hat zweifellos etwas von einem justizhistorischen Drama mit persönlichem und berufspolitischem Happy-End: Vier Anwälte setzen sich konsequent im Einzelfall aufgrund ihrer politischen Überzeugung für gesellschaftliche Feindbilder ein, riskieren damit sogar ihre berufliche Zulassung, gewinnen den Prozess gegen den drohenden Patentenzug und verändern dadurch en passant das Koordinatensystem der Strafverteidigung. Die Sanktionierung von Barbara Hug scheint dagegen als eine Art unfreiwillig humoristische Anekdote. Bei Lichte betrachtet ist der Fall aber ebenfalls keine Kleinigkeit: Denn auch Barbara Hug riskierte mit ihrem Engagement ihre persönliche Haut. Nicht wegen der 600 Franken Busse. Sondern weil sie sich über den Einzelfall hinaus eindeutig rechtspolitisch mit einer pointierten Information des Publikums positionierte. Damit machte sie beispielsweise einen persönlichen Rollen- und Seitenwechsel in die Strafjustiz mit Anfang 30 definitiv unmöglich. Aus einer verteidigungsethischen Haltung nahm sie dezidiert das Risiko auf sich, eine damals geltende Norm zu überschreiten. Mit dieser Berufsauffassung wollte sie – in ihrer eigenen, geradezu liebevollen Formulierung – der Institution Strafjustiz einen Schubs geben.¹

Einer so verstandenen Verteidigung geht es damals wie heute nicht um die bloss formale Absicherung des Rechtsstaates, somit einem Anliegen, das alle professionellen Akteure in Strafverfahren teilen sollten. Was sich alle unablässig und wechselseitig an beruf-

¹ Bruno Glaus/Karl Lüönd, Läufer, König, Mietmaul, Zürich 2005, S. 89.

lichen Fortbildungen als gemeinsame Zielsetzung versichern. Eine so verstandene Verteidigung geht über den Einsatz für die lediglich formale Absicherung des Rechtsstaats im Sinne einer korrekten Gesetzesanwendung hinaus. Sie ist nicht ausschliesslich eine austauschbare berufliche Rolle, sondern vielmehr – in den Worten von Max Alsberg, dem bekanntesten Verteidiger der Weimarer Republik – auch und gerade eine ethische Mission: Im Einzelfall ausschliesslich für die Interessen der konkreten beschuldigten Person, in rechtsdogmatischen Debatten für eine Straflimitierungs- statt Strafverfolgungsdogmatik, in rechtspolitischen Auseinandersetzungen für die Begrenzung staatlichen Strafens und Kontrollierens, insgesamt auf jedem Feld für die fragilen Grund- und Verteidigungsrechte der Rechtsunterworfenen. Wie diese Mission umzusetzen ist, hat Barbara Hug ebenfalls pointiert formuliert: «Ob ‹liberales› oder repressives Strafrecht: Für die Verteidigung gibt es kein moralisches Tabu.»²

² Barbara Hug, Verteidigung und Moral, in Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.), *Ungeliebte Diener des Rechts*, Zürich 1999, S. 63.

16. VERTEIDIGUNG ALS UNEINGELÖSTES VERSPRECHEN?*

I. STRAFPROZESSUALE WAHRHEITSSUCHE

a) Grundanlage des schweizerischen Strafprozesses

Der schweizerische Strafprozess ist in seiner grundsätzlichen Zielsetzung der historischen – beziehungsweise in der Fachsprache der sogenannten materiellen – Wahrheit verpflichtet. Materielle Wahrheit blieb im Entstehungsprozess der eidgenössischen Strafprozessordnung eine unhinterfragte Bezugsgrösse. Auch mittels anderer Auslegungselemente kommt man zu keinem anderen Resultat. Diese grundlegende strafprozessuale Verpflichtung darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass eine Rekonstruktion der materiellen Wahrheit effektiv eingelöst werden könne und um jeden Preis zu erfolgen habe. Viel mehr wird jede strafprozessuale Wahrheitssuche definitionsgemäss durch prozessuale Normen konstituiert, kanalisiert und limitiert: Ohne das strukturierende Verfahrensrecht gibt es keinen rechtsstaatlichen Strafprozess. Und vor Durchführung des Strafverfahrens existiert aus einer strafrechtlichen Perspektive keine vorbestehende Wahrheit; sie wird durch das Verfahren erst festgelegt.

Überdies erfolgt diese Wahrheitssuche ohnehin nicht einem freien historischen Forschungsvorhaben gleich, sondern zielgerichtet aufgrund eines Tatverdachts mit Blick auf die potentielle Erfüllung von materiellrechtlich definierten Straftatbeständen. Faktische Einflüsse wie das Interesse der Beteiligten am Verfahrensausgang, Verzerrungen durch die einseitige staatsanwaltschaftliche Belastungsperspektive oder kognitive Täuschungen vor Gericht prägen zudem die strafprozessuale Wahrheitssuche grundlegend. Wenn es auch keine Legaldefinition gibt, so definiert das Strafprozessrecht seine Wahrheit nicht nur wegen dieser Rahmenbedingungen, sondern ganz grundsätzlich letztlich autonom. Es rezipiert dabei die philosophische, erkenntnis- oder wissenschaftstheoretische Wahr-

* Erschienen in Jusletter 16. Oktober 2023. Der Essay entspricht weitgehend dem Résumé der Dissertation des Verfassers «Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche», Basel 2023.

heitsdiskussion nicht zwangsläufig. Will man die strafprozessuale Wahrheitssuche dennoch in die philosophische Auseinandersetzung einordnen, so dürfte sie wohl, wenn überhaupt, pragmatischen Wahrheitstheorien zuordnungsbar sein.

b) Verteidigung als konstitutive Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche

Diese strafprozessuale Wahrheitssuche muss allerdings stets den verfassungsmässigen Rechten standhalten und darf die beschuldigte Person nicht zum Verfahrensobjekt degradieren. Sie muss fair sein sowie Verfahrensgarantien und Grundrechte respektieren. Der Verteidigung obliegt es, aufgrund der völker- und verfassungsrechtlich sowie in den Grundsätzen der Strafprozessordnung garantierten Stellung, hierfür die Verteidigungsrechte ihrer Klientschaft sicherzustellen. Sie hat ihren durch die gesetzlichen Regelungen eröffneten Spielraum bis strikt an die Grenzen des rechtlich Zulässigen konsequent zu nutzen. Die Verteidigung ist damit und dadurch konstitutive Akteurin und nicht Hindernis der strafprozessualen Wahrheitssuche. Sämtliche Rechte und Pflichten der Verteidigung sowie ihr konkretes Vorgehen haben sich im Detail an dieser Funktion zu messen.

Aufgrund dieser Vorgabe hat die Verteidigung mit ihrer Klientin zur Sicherstellung von deren Subjektstellung und Entlastungsperspektive als partnerschaftliches Gegenüber zu interagieren. Nur auf diese Weise kann sie ihre Funktion, der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte effektiv behilflich zu sein, erfüllen. Im Innenverhältnis ist dabei Fürsorge für die beschuldigte Person, zur Entstehung eines Vertrauensverhältnisses als Grundlage jeder Verteidigungsarbeit, zentral. Denn nur so kann die Vermittlung des nötigen Wissens und die Begleitung in der Beratung sichergestellt und gemeinsam eine zielführende Strategie festgelegt werden. Auf dieser intern geklärten Basis obliegt es der Verteidigung im Aussenverhältnis, das Verfahren zu kontrollieren und daran entlastend mitzuwirken. Dabei ist neben soliden Rechtskenntnissen ein gutes strategisches und psychosoziales Verteidigungshandwerk, das indessen bislang im schweizerischen Schrifttum wenig konturiert ist, unerlässlich. Denn unterschreitet die Verteidigung ihren beruflichen state of the art, erweist sich aufgrund ihrer konstitutiven strafprozessualen Funktion das Verfahren als rechtlich mangelhaft. In der Konsequenz sind deshalb in Fällen notwendiger Verteidigung sämtliche Verfah-

rensschritte ohne ausreichende Verteidigung unverwertbar. Wie die Mindeststandards exakt auszusehen haben, bleibt allerdings noch grundlegend zu vermessen.

II. FEHLVORSTELLUNG ÜBER DIE VERTEIDIGUNG ALS HINDERNIS DER STRAFPROZESSUALEN WAHRHEITSSUCHE UND DEREN FOLGEN

Völlig zu Recht prägte Max Alsberg, der bekannteste Verteidiger der Weimarer Republik, vor rund hundert Jahren daher ein viel zitiertes, inhaltlich nach wie vor gültiges Bonmot; «Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Strafverteidigers!»¹ Ob allerdings die Verteidigung diese Funktion als unentbehrlicher Bestandteil einer strafprozessualen Wahrheitssuche effektiv einlösen kann, hängt zum einen von den gesetzlichen Rahmenbedingungen des Strafprozesses ab, zum anderen vor allem auch von deren praktischen Umsetzung. Die Praxis in rechtspolitischen Debatten und rechtsdogmatischen Diskursen tendiert offenkundig dazu, diese Rolle der Verteidigung zu marginalisieren und ihren Aktionsradius einzuschränken. Implizit dominiert dabei die unzutreffende Vorstellung, die Verteidigung torpediere die Rekonstruktion der materiellen Wahrheit und sei nicht zwingender Bestandteil, sondern ein Hindernis der strafprozessualen Wahrheitssuche. Diese wirkungsvolle, aber falsche Vorstellung lässt sich an folgenden, längst nicht abschliessenden Beispielen festmachen.

Im Entstehungsprozess der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde auf diese Art und Weise rechtspolitisch wider den Anwalt der ersten Stunde argumentiert. Zwar wurde das Institut am Ende eingeführt. Die Einführung dürfte aber vor allem durch die internationale Entwicklung aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte begünstigt worden sein. Dennoch ist das Institut als grundsätzliches Recht nun immerhin verbindlich verbrieft. Die Praxis hat allerdings gezeigt, dass von dem Recht oftmals kein Gebrauch gemacht wird, beziehungsweise ausserhalb der Konstellationen notwendiger Verteidigung wesentlich von sozioökonomischen Ressourcen abhängt, ob ein Anwalt mandatiert wird. Die konsequente Umsetzung des Rechts auf den Anwalt den ersten Stunden ist zentral. Denn davon hängt ab, ob bei

¹ Max Alsberg, Die Philosophie der Verteidigung (1930), erneut abgedruckt, in: Jürgen Taschke (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 554.

dem prägenden Untersuchungsbeginn die beschuldigte Person eine Hilfestellung zum wirkungsvollen Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte erhält. Und exakt dadurch leistet die Verteidigung ihren Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche. In der Realität wird das gewährleistete Recht nun nicht konsequent verwirklicht, weil beschuldigte Personen regelmässig auf das Recht eines Anwalts der ersten Stunde und damit auf Hilfeleistung beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte verzichten.

Auch das gesetzliche gewährte Recht der Verteidigung auf durchgehende Teilnahme an Einvernahmen von mitbeschuldigten Personen wurde durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung wider die gesetzliche Anlage mit einer rechtsdogmatisch fragwürdigen Argumentation markant zurückgedrängt. Parallel wurde von Seiten der Strafverfolgungsbehörden wenige Jahre nach Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung rechtspolitisch auf eine gesetzgeberische Revision gedrängt, um dieses Teilnahmerecht weiter einzuschränken. Im Ergebnis wurde das Gesetz, in Anbetracht des Diskussionsverlaufs etwas überraschend, nicht abgeändert, weil sich National- und Ständerat nicht über die Ausgestaltung einer Revision einigen konnten. Insgesamt bleibt aber die Möglichkeit bei der ersten Einvernahme eines Mitbeschuldigten, wirkungsvoll von Verteidigungsrechten Gebrauch zu machen, durch die derzeitige Gesetzesauslegung markant beschnitten.

Der Verteidigung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überdies untersagt, an psychiatrischen Explorationsgesprächen bei der Begutachtung der eigenen Mandantin teilzunehmen. Die Stärkung der Subjektstellung der beschuldigten Person, die kontradiktorische Verfahrensanlage und die Kontrollmöglichkeiten werden so entkernt. Die wirkungsvolle Hilfeleistung für die beschuldigte Person beim Gebrauch der Verteidigungsrechte, namentlich auch das Recht die Aussage in Explorationsgesprächen zu verweigern oder bei einer unkorrekten Befragung durch den Sachverständigen sur place einzugreifen, wird damit markant erschwert. Auch die aktive Mitwirkung an der Entlastungsperspektive und der Aktionsradius der Verteidigung werden dadurch stark eingeschränkt.

Schwierigkeiten bereitet zudem, dass die Verteidigungsspielräume ganz grundsätzlich zu einem erheblichen Teil nicht geklärt sind. Die Grenzen als solche sind letztlich unklar. Der Auftrag, die Rechte der beschuldigten Person bis an die Grenzen des Zulässigen zu

wahren, erweist sich daher als nicht beziehungsweise nur sehr begrenzt und teilweise mit erheblichen persönlichen Risiken einlösbar. Namentlich werden gestützt auf die vage, anwalts- und nicht strafprozessrechtliche Generalklausel nach Art. 12 lit. a. BGFA, wonach Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben, von der Rechtsprechung trotz Kritik im Schrifttum weitere Restriktionen abgestützt. Der Verteidigung wird beispielsweise eine sogenannte limitierte Wahrheitspflicht auferlegt, die indessen nicht eindeutig konturiert ist. Zu nennen sind weiter die markante Einschränkung, Zeugen vor deren offiziellen Vernehmung zu kontaktieren. Die Verteidigung kann daher für einen allfälligen Beweisantrag nicht, oder nur mit erheblichen Risiken, vorgängig prüfen, ob ein Zeuge offeriert werden soll oder ob diese Beweisofferte sich für ihre Klientschaft dysfunktional auswirken könnte.

Das Beweisantragsrecht der Verteidigung ist schliesslich aus strukturellen Gründen nicht bestandfest: Ein Antrag, der im staatsanwaltschaftlich geleiteten Vorverfahren oder gerichtlichen Hauptverfahren abgelehnt wurde, kann in den meisten Konstellationen erst mit dem Sachurteil durch das Gericht einem Rechtsmittel zugeführt werden. Die Rechtsprechung lässt überdies die Abweisung von Beweisanträgen über eine antizipierte Beweismündigkeit weitgehend zu. Letztlich wird der Verteidigung damit verwehrt, ihre entlastende Rolle als Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche mittels des Gebrauchs eines zentralen Verteidigungsrechts konsequent wahrzunehmen.

III. DIVERSE STRAFPROZESSUALE WAHRHEITEN IN ABHÄNGIGKEIT VON DER JEWEILIGEN VERFAHRENSART UND DEREN FOLGEN FÜR DIE VERTEIDIGUNG

Die strafprozessuale Realität marginalisiert indessen den vorgesehenen Beitrag der Verteidigung zur Absicherung von Verteidigungsrechten und damit ihren zwingenden Beitrag bei der strafprozessualen Wahrheitssuche bereits in der Verfahrensanlage mit einem letztlich inkohärenten Wahrheitsbegriff. Denn der Wahrheitsbegriff der schweizerischen Strafprozessordnung wurde im Gesetzgebungsprozess nicht konsistent vermessen, was sich erheblich auf den wirkungsvollen Gebrauch von Verteidigungsrechten auswirkt. In der Praxis verstärkte sich diese gesetzlich angelegte Entwicklung

noch zusätzlich. Bei näherer Betrachtung liegt nämlich der Strafprozessordnung keine einheitliche Wahrheitssuche für sämtliche Verfahrensarten zugrunde.

Das herkömmliche Strafverfahren mit staatsanwaltschaftlich geleiteten Vorverfahren und gerichtlichen Hauptverfahren ist grundsätzlich auf eine kontradiktorische Wahrheitssuche angelegt. Aufgrund der oben erwähnten Einschränkungen bei Einzelfragen wird die Möglichkeit der Verteidigung, kontrollierend und entlastend mitzuwirken, im Ergebnis aber zurückgedrängt. Die Verteidigung ist damit im Ergebnis tendenziell lediglich nachträgliche Kontrolleurin einer bereits erfolgten Beweisaufnahme und nicht mitwirkende Akteurin daran.

Diese Tendenz akzentuiert sich, wenn eine psychiatrische Expertise mit Blick auf die Schuldfähigkeit oder eine Massnahme in Auftrag gegeben wird. Zum einen besteht die Tendenz der Strafjustiz, die Schlussfolgerungen solcher Gutachten zu übernehmen, da eine fachliche Kontrolle schwierig ist. Zum anderen ist es der Verteidigung wie erwähnt verwehrt, die Genese dieser Expertise zu kontrollieren, da sie an Explorationsgesprächen nicht teilnehmen kann und diese nicht audiovisuell aufgezeichnet werden. Im Ergebnis kommt daher der normativ geprägten Fachmeinung eines Sachverständigen ein oft geradezu determinierendes Gewicht zu. In einer rechtsrealistischen Betrachtung hat sich deshalb bei Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB eine Art Substrafverfahren innerhalb des herkömmlichen Strafverfahrens etabliert, das wenig mit herkömmlichen kontradiktorischen Vorgaben zu tun hat. Die Möglichkeit zum wirkungsvollen Gebrauch von Verteidigungsrechten und deren Absicherung durch die Verteidigung, damit auch zur Entlastung und zum Einbringen anderer Gesichtspunkte wird, in dieser Verfahrensart markant beschränkt.

Bei Lichte betrachtet ist das Strafverfahren mit einem durch die Staatsanwaltschaft geleiteten Vorverfahren und gerichtlichen Hauptverfahren, also der vermeintliche Regelfall, statistisch eine Ausnahme. Die weitaus grösste Anzahl der Fälle werden mit Strafbefehl erledigt: Die untersuchende Staatsanwaltschaft schliesst diese Verfahren faktisch in richterlicher Funktion ab. Ein Gerichtsverfahren erfolgt nur auf Einsprache hin, womit ein erheblicher Teil der Untersuchungsverantwortung an die beschuldigten Personen delegiert wird. Beschuldigte Personen sind indessen in dieser Verfahrensart oftmals gar nicht verteidigt. Ob sie die ihr faktisch delegierte Rügspflicht effektiv wahr-

nehmen können, hängt wesentlich von ihren sozioökonomischen Lebensumständen ab. Die völker- und verfassungsrechtlich sowie in der strafprozessualen Grundsystematik verankerte Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche wird damit bei einem sehr grossen Teil der Strafbefehlsverfahren in der Rechtswirklichkeit nicht realisiert. Die professionelle, gesetzlich verankerte Verteidigung als Absicherung zum Gebrauch von Verteidigungsrechten bleibt damit für die statistisch grösste Anzahl der beschuldigten Personen ohne rechtstatsächliche Umsetzung.

Auch in abgekürzten Verfahren, einem weiteren gesetzlich angelegten besonderen Strafverfahren, wird die kontradiktorische gerichtliche Verfahrensanlage entkernt. Das Gericht genehmigt hier lediglich einen Urteilsvorschlag, den Staatsanwaltschaft und Verteidigung ausgehandelt haben und der die Anerkennung des Sachverhalts durch die beschuldigte Person und die Akzeptanz allfälliger Privatklägerschaften voraussetzt; hier spielen wiederum oft sozioökonomische Möglichkeit für die Verhandlung mit der Privatklägerschaft eine sehr entscheidende Rolle. Immerhin ist der Antrag auf Durchführung dieses Verfahrens von der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung zu stellen. Mit dem Antrag auf ein abgekürztes Verfahren gibt die beschuldigte Person allerdings einen grossen Teil ihrer Verteidigungsrechte Preis.

Wird ein solch kurzer Prozess – sei es im Strafbefehlsverfahren oder abgekürzten Verfahren – durchgeführt, so ist die Abklärungstiefe bei der strafprozessualen Wahrheitssuche in der Praxis vermindert. Zudem werden herkömmliche strafprozessuale Verfahrensanlagen, namentlich die zentrale Rolle des Gerichts bei einer fundierten Fallprüfung, aufgegeben. Zwar haben die beschuldigte Person und ihre (allfällige) Verteidigung stets die Möglichkeit, auf einem ordentlichen Verfahren mit einem an das Vorverfahren anschliessenden Hauptverfahren zu insistieren, einen kurzen Prozess abzulehnen und damit auf den Gebrauch von Verteidigungsrechten zu beharren. Dabei bedarf es allerdings der Güterabwägungen von beschuldigter Person und Verteidigung, ob sich die damit verbundenen Risiken und Kosten für die beschuldigte Person lohnen, was wiederum auch von ihrer sozioökonomischen Ausgangslage abhängt. Das Ergebnis kann in abgekürzten Verfahren jedenfalls besser ausfallen und ist zudem vor einem Gerichtsverfahren bekannt. Die Versuchung ist deshalb gross, auf ein ordentliches Verfahren mit allen Risiken und damit auch auf Verteidigungsrechte zu verzichten, zumal auch im ordentlichen Verfahren die Verteidigungsrechte marginalisiert werden.

Die Rolle der Strafverteidigung verlagert sich damit zu einem beträchtlichen Teil: Sie entwickelt sich weg von der völker- und verfassungsrechtlich vorgegebenen Akteurin bei einer kontradiktorischen strafprozessualen Wahrheitssuche hin zu einem Coaching der beschuldigten Person für ein Risikomanagement im Strafverfahren und zu Aushandlungsprozessen mit der Staatsanwaltschaft.

Insgesamt tendiert die *eine* Strafprozessordnung dazu, in mehrere Substrafverfahren zu zerfallen. Diese gehorchen je unterschiedlichen Regeln bezüglich der strafprozessualen Wahrheitssuche, namentlich in der Abklärungstiefe und Entscheidungsfindung. Das Ermessen der fallführenden Staatsanwaltschaft, ob ein Strafbefehlsverfahren oder – auf Antrag der beschuldigten Person – ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird, aber auch ob im Vorverfahren vor Anklageerhebung einem Beweisantrag der Verteidigung stattgegeben, einer Indizienspur nachgegangen, eine Zwangsmassnahme beantragt oder etwa eine wirkungsmächtige psychiatrische Expertise in Auftrag gegeben wird, ist in zahlreichen Konstellationen erheblich. Die zuständige Staatsanwaltschaft prägt den Verfahrensverlauf vielfach sehr entscheidend nach ihrem Gutdünken. Das weckt mit Blick auf eine rechtsgleiche Behandlung Bedenken. Die Möglichkeiten der Verteidigung, sich hier effektiv für die beschuldigte Person gegen das staatsanwaltschaftliche Ermessen zur Wehr zu setzen, sind daher stark limitiert.

Die aktuelle strafprozessuale Realität hat somit die Wahrheitssuche von den Gerichten hin zu Staatsanwaltschaften und in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB zu psychiatrischen Expertisen verlagert. Beiden kommt ein erhebliches, wenig limitiertes Ermessen zu. Damit wurde das kontradiktorische Verfahren weitgehend entkernt, zumal die Strafbefehlsverfahren meist ohne Verteidigung erledigt werden. Die strafprozessuale Realität marginalisiert dadurch den vorgesehenen Beitrag der Verteidigung zur Absicherung von Verteidigungsrechten und damit ihren zwingenden Beitrag bei der strafprozessualen Wahrheitssuche.

Die Zuordnung der derzeitigen strafprozessualen Realität zu einer gängigen Typologie wie beispielsweise dem reformierten Inquisitionsprozess erweist sich deshalb als verkürzt. Das schweizerische Strafprozessrecht ist im Ergebnis eine wenig konsistente Mischform aus verschiedenen Einflüssen. Der Strafprozessrechtswissenschaft obliegt es, sich diesen Grundsatzfragen anzunehmen. Ohne deren Klärung bekommt die Ge-

setzung wie die Rechtsanwendung letztlich etwas Zufälliges und von situativen Opportunitäten Geprägtes. Im heutigen rechtspolitischen Umfeld drohen besonders die Verteidigung und Verteidigungsrechte entkernt zu werden.

IV. RÉSUMÉ

Die Beurteilung der realen Verteidigungssituation erweist sich insgesamt als ambivalent: Zwar ist auf einer grundsätzlichen, normativen Ebene die Verteidigung in ihrer Funktion als zwingende Akteurin einer rechtsstaatlichen Wahrheitssuche durchaus festgeschrieben. Das Strafrechtprozessrecht institutionalisiert auf dieser Ebene die Verteidigung zur Absicherung des Gebrauchs von Verteidigungsrechten als eine Gegenmacht. Das Strafprozessrecht anerkennt damit Verteidigungsrechte, die Subjektstellung und Entlastungsperspektive der beschuldigen Person, mithin eine kontradiktorische Herangehensweise bei seiner Wahrheitssuche jedenfalls als Grundsatz. Die Praxis neigt allerdings in sich stetig verändernder Ausprägung weiterhin zur Marginalisierung effektiver Verteidigung und Verteidigungsrechte. Diese Tendenz akzentuiert sich für beschuldigte Personen mit abnehmenden sozioökonomischen Ressourcen markant. Die grundsätzlich normativ garantierten Verteidigungsrechte und Verteidigung bleiben damit ein Stück weit ein uneingelöstes Versprechen. Das gelebte Strafverfahren tendiert demnach dazu, mehr Mittel als Mass von Macht zu sein.²

² In Umkehr des Bonmots von Hermann Klenner, *Historisierende Rechtsphilosophie*, Freiburg 2009, S. 112, das Recht als Mittel und Mass von Macht definiert.

Perspektiven der Strafjustizkritik

17. RECHTSTATSÄCHLICHE DISKRIMINIERUNGS- FORSCHUNG – EIN DENKANSTOSS*

I. EINLEITUNG

Aufgrund des Strafverfahrens gegen Mohamed Wa Baile wurde in der Schweiz erstmals das Phänomen des Racial Profiling breit diskutiert. Wa Baile hatte sich im Februar 2015 im Rahmen einer polizeilichen Personenkontrolle am Zürcher Hauptbahnhof geweigert, sich auszuweisen, weil er die Kontrolle als rassistisch empfunden hatte. Er wurde in der Folge mit einem Strafbefehl wegen Nichtbefolgens polizeilicher Anordnungen verurteilt. Sodann erhob er gegen den Strafbefehl Einsprache und reichte schlussendlich nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs Beschwerde am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein. Erst vor dieser internationalen Institution wurde sechs Jahre nach der Erstpublikation dieses Essays und neun Jahre nach dem Vorfall entschieden, dass die Schweiz gegen das Diskriminierungsverbot verstossen hat. Dieser Einzelfall bringt die Grundproblematik zum Vorschein, dass formal rechtsgleiches Strafrecht in einer tatsächlichen Betrachtung ungleich und diskriminierend angewandt werden kann.¹

Noch nicht zentraler Teil der Debatte scheint in der breiten Öffentlichkeit, aber auch in den hiesigen Rechts- wie Sozialwissenschaften zu sein, ob bereits bei der Gesetzgebung, und nicht erst in der Rechtsanwendung, systematisch Diskriminierungen angelegt sind.²

* Erschienen in Jusletter 19. Februar 2018. Der Essay entspricht einem Kurzreferat, welches ich an der Tagung *Wozu und wie interdisziplinäre Diskriminierungsforschung in der Schweiz?* vom 3. November 2017 des Schweizer Netzwerk für Diskriminierungsforschung gehalten habe.

¹ Zum Ganzen [humanrights.ch](https://humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/strafen/polizei/rassistisches-profiling-gerichtsverhandlung-praezedenzcharakter). *Rassistisches Profiling: Gerichtsfall mit Präzedenzcharakter* (<https://humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/strafen/polizei/rassistisches-profiling-gerichtsverhandlung-praezedenzcharakter>, alle Online-Quellen zuletzt besucht am 30. Januar 2024), mit zahlreichen Verweisen; weiterführend Christopher Young, *Rassismus vor Gericht*, in Jusletter 18. September 2017; Tarek Naguib/Tino Plümecke/Christopher Young, *Alternative Report on Racial Profiling practices of the Swiss Police and Border Guard authorities*, in Jusletter 18. September 2017; Tarek Naguib, «Racial Profiling» – Definitionen und Einordnung, in Jusletter 18. September 2017.

² Auch das lesenswerte schweizerische Pionierwerk zum Diskriminierungsrecht von Tarek Naguib/Kurt Pärli/Eylem Copur/Melanie Studer, *Diskriminierungsrecht*, Bern 2014, enthält keinerlei explizite Ausführungen dazu.

Während hierzulande zahlreiche Jurist_innen, Sozialwissenschaftler_innen und Bürger_innen nach wie vor tendenziell davon ausgehen. Strafrecht sanktioniere durchgehend rechtsgleich vergangenes abweichendes Verhalten, ziehen diese Auffassung im angelsächsischen Raum kritische Kriminolog_innen, Rechtssoziolog_innen und Rechtsphilosoph_innen in Zweifel. Nach ihrer Ansicht finde nicht nur ein Aus-, sondern auch ein Umbau des Strafrechts statt. Dabei komme dem Strafrecht immer mehr auch die Funktion zu, präventiv zu kontrollieren und es richte sich zunehmend gegen (ökonomisch) Unterprivilegierte und gesellschaftliche Randgruppen.³

Ich bin in einem längeren Aufsatz bereits der Frage nachgegangen, ob sich diese Tendenz auch in der Schweiz festmachen lässt.⁴ Dabei liess sich insbesondere aufzeigen, wie in jüngerer Vergangenheit unter Wahrung der formalen Rechtsgleichheit gesetzliche Lösungen von beträchtlicher Tragweite getroffen wurden, die sich vor allem gegenüber ökonomisch Unterprivilegierten, Bildungsfernen und Migrant_innen ungleich nachteilig auswirken und damit diese diskriminieren. Es wurde in diesem Essay weiter der Versuch unternommen, diese Entwicklung in eine sich verändernde politische Landschaft einzuordnen. Der Beitrag wurde von mir als einem praktizierenden Strafverteidiger verfasst und verarbeitet neben rechtsdogmatischer, vor allem auch rechtssoziologische, kriminologische und rechtsphilosophische Literatur; er ist methodisch von den Critical Legal Studies inspiriert.⁵

Diesem Pfad soll vorliegend nochmals gefolgt werden. Nach einem Problemaufriss, der auf dem erwähnten früheren Aufsatz basiert, möchte ich auch und gerade aufzeigen, warum sich eine rechtstatsächliche Analyse der Wirkung und Funktion des gegenwärtigen Strafrechts nicht monodisziplinär realisieren lässt. Die Hoffnung ist, einen Denkanstoss zu geben, um den derzeit vernachlässigten rechtstatsächlichen Diskurs zu Diskriminierung im und durchs Recht zu befeuern.

³ Vgl dazu etwa: Loïc Wacquant, *Elend hinter Gittern*, Konstanz 2000 und derselbe, *Bestrafen der Armen*, 2. Aufl., Opladen/Berlin/Toronto 2013 oder David Garland, *Kultur der Kontrolle, Verbrechenbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart*, Frankfurt a. M. 2008.

⁴ Stephan Bernard, *Ungleiches Strafrecht für Alle*, ZStrR 2017, S 117 ff.; die nachfolgenden Ausführungen vor allem im «Problemaufriss» stützen sich auf diesen Beitrag mitsamt dort aufgeführten Belegen, auf ihn wird global verwiesen.

⁵ Einführend dazu Günter Frankenberg, *Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.*, in Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 97 ff.

II. DISKRIMINIERUNG IM RECHT – DISKRIMINIERUNG DURCH RECHT?

a) Problemaufriss

Im letzten Jahrzehnt wurde das Strafrecht in der Schweiz stark politisiert und war vermehrt Gegenstand öffentlicher Debatten, Verfassungsinitiativen und Gesetzesänderungen. Bereits seit längerer Zeit, seit rund einem Vierteljahrhundert, ist die Entwicklung des Strafrechts zunehmend von Forderungen der Sicherheitsgesellschaft, individualistischen Kriminalitätstheorien und einer Tendenz zur «Ethnisierung» von Kriminalität geprägt. Dies geht zeitlich mit der Entwicklung hin zu mehr ökonomischer Ungleichheit einher und zeitigt auch ganz konkrete Auswirkungen auf die strafrechtliche Gesetzgebung wie die Praxis der Strafjustiz.

Exemplarisch seien für diesen Trend in der schweizerischen Gesetzgebung in den letzten 25 Jahren etwa die migrationsstrafrechtlichen Normen oder die sich laufend verschärfenden migrationsrechtlichen Erlasse mit pönalem Charakter, beispielsweise Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft, erwähnt.

Im Kernstrafrecht hängt die effektive Wahrnehmung von Verteidigungsrechten zunehmend von kulturellen, sprachlichen und sozioökonomischen Ressourcen ab oder ist ohne diese deutlich erschwert. Aus einer staatsrechtlichen Perspektive ist bereits problematisch, dass Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten nicht mehr in ordentlichen, mündlichen und unmittelbaren Gerichtsverfahren durch die Judikative, sondern durch Staatsanwälte, als Teil der Exekutive, schriftlich in Strafbefehlsverfahren verhängt werden; vielfach gegen nicht verteidigte Beschuldigte. Personen, die der Amtssprache und/oder des Lesens nicht ausreichend kundig sind, deren Zugangsbarriere zu professioneller Verteidigung in der Regel ohnehin erhöht sind, haben es daher noch schwerer als andere, sich effektiv zur Wehr zu setzen. Justizirrtümer zum Nachteil von bildungsfernen und/oder fremdsprachigen Menschen sind geradezu gesetzlich angelegt.

Das Strafrecht knüpft zudem abnehmend an eine Tat und vermehrt an Täter_innengruppen an. Zum traditionellen reaktiven Strafrecht gesellt sich ein präventives Risikomanagement; es findet ein partieller Umbau des reaktiven Strafrechts in ein

Präventionsstrafrecht statt. Stationäre psychiatrische Massnahmen nach Art. 59 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) etwa, die seit Inkrafttreten des neuen AT StGB 2007 grundsätzlich ad infinitum verlängert werden können, gewinnen seither gegenüber klassischen, zeitlich limitierten Sanktionen markant an Bedeutung. Über den Verbleib in der Massnahme entscheidet nicht primär die Tat, sondern das Täter_innenprofil. Es kommt dazu, dass einerseits systematisch strafrechtliche Feindbilder aufgebaut werden, beispielsweise Hooligans, Sexualstraftäter_innen, ausländische Sozialhilfebezüger_innen, Terrorist_innen etc. Andererseits werden aber durch Verhandlungsmöglichkeiten welche in dieser akzentuierten Form erst mit dem Strafgesetzbuch von 2007 und der Strafprozessordnung von 2011 eingeführt wurden zunehmend grosszügige gesetzliche Entkriminalisierungsspielräume für ökonomisch Privilegierte gewährt. In jüngerer Vergangenheit durchgeführte Gesetzesrevisionen gehen damit Hand in Hand mit bereits vor der Politisierung des Strafrechts im letzten Jahrzehnt angelegten aufwändigen Gesetzgebungsverfahren. Sie führen letztlich zusammen dazu, die bestehenden Einfallstore für faktische Ungleichbehandlungen weiter zu öffnen und weitere Einfallstore zu schaffen. Strafgesetze sind auch hierzulande nicht interessensneutral; die Strafjustiz lässt soziale Merkmale der Beschuldigten nicht, bzw. immer weniger aussen vor.

Dieser Befund reiht sich überdies auch in eine grenzüberschreitende empirische Meta-Studie ein: Je ungleicher die Gesellschaft bezüglich der faktischen (Macht-) Verhältnisse und der Ressourcenverteilung ist, umso härter wird strafrechtlich vorgegangen und umso mehr schleichen sich Vorteile für Privilegierte in die (Straf-)Justiz ein. Gesellschaften mit grossen Einkommens- und Vermögensunterschieden strafen bei identischen Kriminalitätsraten strenger, verhängen häufiger die Todesstrafe und weisen härtere Verhältnisse in Gefängnissen auf als egalitäre Gesellschaften. Ungleiche Gesellschaften geben im Verhältnis mehr Geld für die Justiz und den Strafvollzug und weniger Geld für Bildung und Sozialfürsorge aus als egalitäre Gesellschaften. In ungleichen Gesellschaften wie etwa den USA hängt das Risiko, bestraft zu werden, auch stärker mit sozialer Schicht und Ethnie zusammen. In egalitären Gesellschaften, beispielsweise in Skandinavien, dagegen kommt Verbrechensfurcht und Misstrauen gegen anderweit weniger vor und die Bereitschaft, sich von sog. kriminellen Elementen mittels Bestrafung zu entledigen, ist signifikant kleiner. Ein scharfes Strafrecht und

gesellschaftliche Ungleichheit korreliert daher ebenso wie ein liberales Strafrecht und eine egalitäre Gesellschaft.⁶

b) Folgeschwere Monodisziplinarität

Dieser Vortrag bleibt, wie auch mein oben erwähnter knapp 30-seitiger Aufsatz, im Ergebnis allerdings eher Problemaufriss als abschliessende Bestandsaufnahme. Die Beiträge zeigen deshalb exemplarisch Grenzen auf, die sich meines Erachtens beim rechtstatsächlichen Bemühen einer Einzelperson nur schwer beheben lassen. Sie sind dadurch Beispiele für die schwierige Umsetzung differenzierter rechtstatsächlicher Untersuchungen.

Rechtsdogmatik ohne Rechtssoziologie sei leer, Rechtssoziologie ohne Rechtsdogmatik sei blind, hielt der Rechtswissenschaftler Hermann Kantorowicz auf dem ersten deutschen Soziologentag 1910 fest.⁷ Wer Kantorowiczs Stossrichtung für plausibel hält und sie in unsere heutige Forschung transferiert, stellt ernüchert fest, dass Studien nach wie vor Seltenheitswert besitzen, die rechtsdogmatisch und sozialwissenschaftlich angelegt sind.

Ein zentrales praktisches Problem besteht darin, dass Jurist_innen sozialwissenschaftlich zu wenig geschult sind. Die sehr wenigen Ausnahmen bestätigen die Regel. Die Forschung der weit überwiegenden Anzahl Jurist_innen bleibt daher rechtstatsächlich leer, bzw. in ihrer wenn überhaupt meist spärlich vorhandenen sozialwissenschaftlichen Bezugnahme methodisch deutlich verbesserungsfähig. Jurist_innen begrenzen sich im deutschsprachigen Raum im Vergleich zum letzten Drittel des 20. Jahrhunderts zunehmend wieder auf rechtsdogmatische Fragen. Dies mag einer diffusen ängstlichen Ahnung um die eigentliche Nähe der eigenen Disziplin zu den etablierten Sozialwissenschaften geschuldet sein. Sie verharren damit jedenfalls in einem affirmativen Positivismus.

Um die Tragweite dieser Thematik an meinem bereits mehrfach erwähnten Essay zu exemplifizieren: Er leidet gerade in sozialwissenschaftlicher Hinsicht an verschiedenen

⁶ Vgl. zum Ganzen Richard Wilkinson/Kate Pickett, Gleichheit ist Glück. Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, Berlin 2009, S. 171 ff.

⁷ Zitiert nach Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, herausgegeben von Thomas Würtenberger, Karlsruhe, 1962, S. 139.

Mängeln. Beispielsweise fehlt ein vertiefter diskriminierungstheoretischer Zugang. Namentlich konnte wegen fachlicher und zeitlicher Limitierung der zentralen Frage nach Intersektionalität⁸ nicht profund nachgespürt werden. Weitere sozialwissenschaftliche Unzulänglichkeiten liessen sich ebenso mühelos wie selbstkritisch anfügen.

Sozialwissenschaftler_innen hingegen wenden sich verhältnismässig selten Themen in rechtlichen Kontexten zu. Vermutungsweise weil das Recht durch seine hermetische Sprache und seine schwer zugängliche rechtsdogmatische Denkweise den Zugang für Aussenstehende erschwert und nur begrenzt erschliessbar ist.

Viel zu selten wird daher insgesamt anhand konkreter Fragestellungen zu einzelnen oder mehreren Rechtszweigen und/oder anhand von Fallbeispielen untersucht,

- in wie weit Recht zur Produktion und Reproduktion von Machtverhältnissen beiträgt;
- wie das Verhältnis des Rechts zu anderen gesellschaftsprägenden ökonomischen, technischen, politischen Einflüssen und Normen ist;
- inwiefern Recht in einer tatsächlichen Betrachtungsweise neben seiner herrschaftssichernden Funktion auch emanzipatorisches Potential bereit hält und schliesslich
- ob dieses Potenzial allzu weitgehend brach liegt.

Meines Ermessens steht zwar fest, dass das Verhältnis des Rechts zur Macht ambivalent bleibt. In seinen lichten Momenten begrenzt und domestiziert das Recht Machtverhältnisse und trägt zur umfassenden gesellschaftlichen Demokratisierung bei. Sehr oft

⁸ Intersektionalität geht der Frage nach Überkreuzungen, Wechselwirkungen und Kombinationen von verschiedenen Diskriminierungsformen in einer Person nach. Diskriminierungsformen wie beispielsweise Rassismus, Sexismus oder Klassismus führen nach diesem theoretischen Zugang bei einer Person nicht zu einer bloss addierten Diskriminierung, sondern führen viel mehr zu eigenständigen Diskriminierungserfahrungen; vgl. dazu weiterführend <http://portal-intersektionalitaet.de/startseite/>; als Einführung mit zahlreichen weiterführend Hinweisen besonders geeignet Katharina Wagenbach, Intersektionalität – eine Einführung (<http://portal-intersektionalitaet.de/theoriebildung/ueberblickstexte/walgenbach-einfuehrung/>); und für Intersektionalität im rechtlichen Kontext insbesondere Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Götttsche, Mehrdimensionale Diskriminierung, Begriffe; Theorien und juristische Analyse, Im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010 (http://antidiskriminierungsstelle.de/ShardeDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Mehrdimensionale_Diskriminierung_jur_Analyse.pdf?_blob=publicationFile).

verschleiert, legitimiert und zementiert Recht aber auch un- und vordemokratische Machtverhältnisse. «Gewiss reflektiert Recht in seinen Verhaltensanforderungen politische und wirtschaftliche und geistige Macht. Wenn es aber nur Mittel solch einer Macht ist und nicht zugleich deren Mass, dann hat es seine *differentia specifica* eingebüsst und damit sich selber aufgegeben.»⁹

Will man aber dem Recht und seinen tatsächlichen Auswirkungen, seinen Inklusions- und Exklusionsgrenzen, aber auch seinen Spuren von Gegenmacht profund und konkreter auf die Schliche kommen, brauchte es ein ständiges Zusammenwirken von Rechtsdogmatik, methodisch ambitionierten Sozialwissenschaften und engagierter Rechtspraxis. Schon nur zur Erarbeitung sinnvoller Fragestellungen wäre dies unabdingbar: Die Rechtsdogmatik trüge zur Klärung der rechtlichen Fragen bei. Die engagierte Rechtspraxis lieferte den Realitätscheck, ob sich das *law in books* als *law in action* einlösen lässt und welche Divergenzen hier allenfalls bestehen. Die Sozialwissenschaften wiesen wiederum Jurist_innen auf blinde Flecken der rechtlichen Debatte hin. Denn eine formale Rechtsgleichheit vermag Diskriminierung durchs Recht gerade nicht zu beseitigen, sondern zementiert diese teilweise sogar; bereits Ende des 19. Jahrhunderts wies der französische Schriftsteller Anatole France daraufhin, indem er sarkastisch ausführte, dass das Recht in seiner majestätischen Gleichheit den Armen und Reichen gleichermaßen verbiete, unter Brücken zu schlafen, auf den Strassen zu betteln und Brot zu stehlen.¹⁰ In einem solchen Forschungszusammenhang, der mehrere fachliche Perspektiven und Personen integriert, könnten mutmasslich Fragen und Antworten erarbeitet werden, auf die Einzelpersonen mit naturgemäss verengten Blickwinkeln fast

⁹ Hermann Klenner, *Historisierende Rechtsphilosophie*, Freiburg i. B. 2009, S. 112.

¹⁰ Anatole France, *Le Lys rouge*, Paris 1894, 118; Übersetzung Fanny Gräfin zu Reventlow, *Die rote Lilie*, München 1925, 116. Wörtlich lautet das Zitat: «Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain.». Den Funktionszusammenhang zwischen formaler Rechtsgleichheit und tatsächlicher Ungleichheit arbeitete bereits Walther Benjamin im Jahr 1921 sehr schön hervor: Walter Benjamin, *Geschichtsphilosophische Thesen. Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a. M. 1978, S. 84. Zur Wechselwirkung von Abstraktion, formaler Rechtsgleichheit und tatsächlicher Ungleichheit konzis Pio Caroni, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel 1988, S. 62 ff.; derselbe, *Gesetz und Gesetzbuch, Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel 2003, S. 108 ff.; neuerdings erneut derselbe, *Privatrecht im 19. Jahrhundert, Eine Spurensuche*, Basel 2015, S. 136 ff. Der Autor dekliniert dies anhand des Privatrechts durch, der Ansatz lässt sich aber auch auf andere Rechtsgebiete übertragen.

nicht allein kommen können. Dabei sollten gerade die konkreten rechtlichen Wirkungszusammenhänge zentral bleiben; eine zu abstrakte Flughöhe mag zur theoretischen Klärung des Phänomens Recht beitragen, führt indessen zu wenig fassbaren Aussagen. Dieses Zusammenspiel findet allerdings immer noch allzu selten statt.

III. EIN- UND AUSBLICK

Die Erarbeitung meines mehrfach erwähnten Aufsatzes und hernach dieses Vortrages war damit ein Prozess, der nebst inhaltlichen Ergebnissen vor allem auch eine Reflexion über methodische Zugänge ausgelöst hat. Nach Abschluss bin ich mehr noch als zu Beginn der Meinung, dass eine umfassende, rechtstatsächliche Analyse der Wirkung und Funktion des gegenwärtigen Strafrechts sich nur in breit angelegten, inter- und transdisziplinären Studien durchführen liesse, was auch dem Anspruch einer (kritischen) Kriminologie entspricht.¹¹ Allerdings unterliegt auch ein solches Forschungsvorhaben einer Einzelperson in aller Regel fachlichen Begrenzungen, weshalb sinnvoll wäre eine Mehrzahl von Forscher_innen einzubeziehen. Sinnvoll wäre, Kenntnisse in Rechtsdogmatik, Sozial- und Geschichtswissenschaften in möglichst vielen Facetten, Gender Studies, Philosophie, (forensische) Psychiatrie zu integrieren; als Realitätscheck wären zudem auch engagierte strafrechtliche Praktiker_innen und kritische Medienschaffende zu konsultieren. Methodisch wäre die Thematik beispielsweise explizit mit einem diskriminierungstheoretischen Fokus anzugehen. Schon bei einer sorgfältigen Erarbeitung des Forschungsdesigns wäre deshalb im Gespräch von verschiedenen Fachleuten ganz konkret danach zu fragen, wo, wie und welche Bevölkerungsgruppe Strafrecht diskriminiert und strafrechtliche Institute explizit daraufhin zu befragen. Diese sich gegenseitig ergänzenden fachlichen Sichtweisen hülften dazu beizutragen, den Forschungsgegenstand mehrseitig und umfassender zu beleuchten. Entsprechend würden sodann Antworten mutmasslich markant über das bestehende Wissen hinausweisen. In praktischer Hinsicht wären solchen Vorhaben allerdings mutmasslich nur in grösser angelegten Projekten, beispielsweise durch den Nationalfonds finanziert, durchführbar.

¹¹ Dazu Karl-Ludwig Kunz/Tobias Singelstein, *Kriminologie*, 7. Aufl., Bern 2016, S. 1 ff. und S. 46 ff.

Diese Forderung liesse sich gleichermassen auch auf die Erforschung diskriminierender Prägungen in anderen Rechtsgebieten, beispielsweise im Migrations-, Sozialhilfe-, Sozialversicherungs- oder Strafvollzugsrecht, übertragen. Diese werden trotz ihrer immensen Bedeutung für die Lebenswelt von zahlreichen Betroffenen ebenfalls selten tiefgehend rechtstatsächlich ausgeleuchtet.¹² Es bedürfte breiter fachlicher Zugänge, um ein umfassendes Bild der Diskriminierung gerade durch Intersektionalität, und auch im Zusammenspiel verschiedener Rechtsgebiete, zu erarbeiten.¹³ Es gibt hier sehr offensichtliche Fallbeispiele. Etwa beim massiven strafrechtlichen Vorgehen gegen Sozialhilfebeziehende ohne Schweizer Pass seit der gesetzlichen Umsetzung der Ausschaffungsiniziative. Gerade der rechtliche und rechtstatsächliche Umgang mit Ausländer_innen wäre daher insgesamt eine ausführliche Untersuchung wert. Dabei wäre Rechtsgebiete überschreitend sowohl gesetzlichen wie rechtstatsächlichen Unterschieden sowie auch dem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenspiel dieser Ungleichbehandlungen nachzugehen, um die effektive Tragweite von deren diskriminierenden Folgen zutage fördern zu können.

Dieselben Mechanismen liessen sich vermutungsweise aber auch bei weit weniger naheliegenden, aber dennoch wohl zahlreich vorhandenen Phänomenen und Bevölkerungsgruppen festmachen. Letztlich könnte daher nur mit solchen umfassenden Forschungsansätzen wirklich belastbare Aussagen über die Profitierenden und Leidtragenden der gelebten Rechtspraxis getätigt werden. Diese tiefgehenden empirischen Ergebnisse würden wiederum den rechtsdogmatischen Diskriminierungsbegriff¹⁴ mitprägen, seinen bislang vergleichsweise wenig geklärten Geltungsbereich¹⁵ deutlicher vermessen und dem derzeit insgesamt hiezulande noch eher schwach aus geprägten Diskriminierungsschutz deutlich schärfere Konturen verleihen.¹⁶

¹² Vgl. aber immerhin von Tarek Naguib/Kurt Pärli/ Eylem Copur/Melanie Studer, Diskriminierungsrecht, Bern 2014, vor allem S. 153 ff., 207 ff., 325 ff.

¹³ Vgl. dazu Eléonor Kleber, Le droit antidiscriminatoire face aux discriminations multiples, in Jusletter 6. Juni 2016.

¹⁴ Dazu Cécile Crevoisier, Der Diskriminierungsbegriff – eine Auslegeordnung von Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter 6. Juni 2016, mit zahlreichen Verweisen.

¹⁵ Alexander Suter, Armut als Diskriminierungsmerkmal?, in Jusletter 6. Juni 2016, mit zahlreichen Verweisen.

¹⁶ Zum Stand des Diskriminierungsschutzes Tiziana Fuchs/Sara Licci/Tarek Naguib, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungs-

Mit meinem Referat hoffe ich nur, aber immerhin, einen Denkanstoss zu geben, und es mündet in einen Appell: Stärkere Beachtung wäre künftig dem derzeit vernachlässigten interdisziplinären rechtstatsächlichen Diskurs zu Diskriminierung im und durchs Recht sowie den Möglichkeiten und Grenzen einer emanzipatorischen, antidiskriminierenden Rechtspraxis und Rechtsdogmatik¹⁷ zu schenken. Respektive dieser Diskurs wäre in der Schweiz in kollaborativen Zusammenhängen jenseits von tradierten Fachgrenzen und jenseits der üblichen Theorie/Praxis-Grenzen überhaupt erst richtig zu initiieren.

schutz 2014–2015, in Jusletter 6. Juni 2016; Federica Steffanini, Law in books: L'interdiction des discriminations de lege lata, in Jusletter 6. Juni 2016; Reto Locher, Law in action – Wirkungen des Antidiskriminierungsrechts, in Jusletter 6. Juni 2016.

¹⁷ Grundlegend für den schweizerischen Forschungsstand; Tarek Naguib, Die emanzipatorische Kraft des Antidiskriminierungsrechts; in Jusletter 6. Juni 2016. Wenn hier ausdrücklich für eine antidiskriminierende, emanzipatorische Rechtsdogmatik, Rechtspraxis und Rechtspolitik Stellung bezogen wird, sollte dies nicht als Plädoyer für Identitätspolitik missverstanden werden; denn ich stehe diesem missverständlichen und wenig konturierten politischen Konzept sehr kritisch gegenüber: Prägnant mit Berthold Rothschild, Identity politics – so what? Psychoanalytische Gedanken zu Identität und Politik, in Widerspruch 69, Identitätspolitik und soziale Fragen, Zürich 2017, S. 25 ff.: «So komme ich zum Schluss: Identitätspolitik bleibt, wie der ihr zugrunde liegende Begriff Identität unspezifisch, nutzlos, verwirrend und beliebig ubiquitär. Und deshalb auch wenig brauchbar. Identitätspolitik ist neuerdings zu einem schadenfreudigen, antilinks-hämischen Reizbegriff in der politischen Debatte geworden und zielt letztlich darauf, minoritär-solidarische Positionen zu delegitimieren. Wir können und sollten darauf verzichten.»

18. ABOLITIONISMUS ALS WEGWEISER EINES LIBERALEN STRAFRECHTSDENKENS*

Abolitionismus als eine philosophische und kriminalpolitische Position, welche namentlich die Abschaffung von Gefängnissen oder Polizei fordert, schaffte es bisher an deutschsprachigen Universitäten nie aus einem Nischendasein heraus. Von Ausnahmen wie dem Bremer Emeritus Johannes Feest abgesehen, wurde diese Auffassung – anders als im englischsprachigen Raum – kaum je prominent vertreten.

Im Jahr 2020 legte indessen der ehemalige deutsche Gefängnisdirektor und heutige Rechtsanwalt Thomas Galli mit «Weggesperrt. Warum Gefängnisse niemandem nützen»,¹ eine vielbeachtete Fundamentalkritik an Gefängnissen vor. Sein Augenmerk betrifft dabei im Wesentlichen nicht den Umgang mit Schwerstdelinquenz, sondern mit anderen Inhaftierten. Galli vertritt die Auffassung, dass Freiheitsentzüge die sie legitimierende Hoffnung, nämlich vor Gefahren zu schützen, in den allermeisten Fällen nicht einlösen. Nach seiner Ansicht wirken sich die Freiheitsentzüge mehrheitlich sowohl für die Betroffenen als auch die Gesellschaft dysfunktional aus. Anstelle von Vergeltung und Busse fordert er, auch mit Blick auf die Opfer, bei nicht schwerster Kriminalität Verantwortung und Wiedergutmachung. Galli vertritt damit keinen philosophisch hergeleiteten Abolitionismus. Er stellt sich viel mehr mit handfesten Gründen aus Sicht des Praktikers dezidiert dem verbreiteten Glauben an die heilende Wirkung von Gefängnissen entgegen und erteilt auch einem verbreiteten Paternalismus gegenüber Opfern eine Absage. Opfern geht es vielfach nicht primär um eine strenge Bestrafung, sondern um Hilfe für ihre konkreten psychosozialen Nöte.

Daniel Loick und Vanessa E. Thompson doppelten nun akademisch nach. Sie legen im erstmals auf Deutsch einen Reader vor, der die wichtigsten philosophischen, vor allem angelsächsischen Abolitionismus-Stimmen enthält.² Es besteht daher durchaus Hoffnung, dass auch im deutschsprachigen Raum eine Grundsatzdebatte zum Sinn und der Legitimation von Freiheitsentzügen ins Rollen kommen könnte.

* Erschienen in Jusletter 10. Oktober 2022.

¹ Thomas Galli, *Weggesperrt. Warum Gefängnisse niemandem nützen*, Hamburg 2020.

² Daniel Loick/Vanessa E. Thompson, *Abolitionismus*, Berlin 2022.

Sieht man die von Loick und Thompson gesammelten Texte, fällt auf, dass sich insbesondere US-amerikanische Autorenschaft meist nicht auf eine Strafrechts-, Polizei- oder Gefängniskritik beschränken, sondern diese Kritik mit der Forderung nach gleichberechtigter sozialer, politischer und kultureller Partizipation verbinden. Die Masseninhaftierung vor allem von wirtschaftlich prekären People of Color soll damit durch den Ausbau von sozialer Infrastruktur ersetzt werden. Die Kritik an Gefängnissen, Todesstrafe, Polizei, aber auch Militär, Grenzen und Flüchtlingslager geht daher meist auch mit Kapitalismuskritik einher. Im Kern zielt der Abolitionismus daher auf eine umfassende gesellschaftliche Transformation und setzt in der Formulierung von Ruth Wilson Gilmore voraus, dass wir nur eine Sache ändern, nämlich alles.³

Bei zahlreichen Texten im Reader von Loick/Thompson ist damit der gesellschaftliche Kontext der USA deutlich spürbar. Strafrechts-, Gefängnis-, Polizei- und Justizkritik hat dort eine andere Dringlichkeit als hierzulande: Nach wie vor kennen zahlreiche Bundesstaaten die Todesstrafe. Die Inhaftierungsquote ist in den USA mittlerweile völlig aus dem Ruder gelaufen und übersteigt diejenige in europäischen Ländern um ein Vielfaches. In den USA hat sich überdies seit Jahrzehnten eine regelrechte Gefängnisindustrie etabliert, an dem auch privatwirtschaftliche Akteure viel Geld verdienen. Die Gefängnisse in den USA sind seit jeher überfüllt von in jeder Hinsicht wenig privilegierten People of Color. Die heutige polizeiliche Tätigkeit steht in einer rassistisch geprägten Tradition, die sich bis hin zur früheren Sklavenhaltergesellschaft zurückverfolgen lässt. Das sozialstaatliche Niveau und insgesamt die gesellschaftliche Reproduktion von Herkunft und sozialer Schicht sind ebenfalls nicht mit Europa vergleichbar. Dass in diesem Umfeld eine radikale Kritik aus Universitäten und sozialen Bewegungen an Gefängnissen, aber auch an der Strafjustiz und Polizei sowie gesellschaftlichen Institutionen auftritt, ist wenig erstaunlich. Denn die rassistische Geschichte der staatlichen Gewaltapparate in den USA und ihre Verzahnung mit kapitalistischer Ausbeutung ist offenkundig. Es erschien deshalb undifferenziert, sämtliche Vorbringen unbesehen in den hiesigen Kontext zu transferieren.

Indessen regt die Lektüre des Readers gerade wegen seines fundamentalen Zugangs doch an, auch unsere Praxen des Wegsperrens kritisch unter die Lupe zu nehmen; Zwar

³ Zitiert nach Daniel Loick/Vanessa E. Thompson, Abolitionismus, Berlin 2022., Abolitionismus, Berlin 2022, S. 43.

verdienen an den hiesigen Freiheitsentzügen keine privaten Akteure; aber auch unsere Gefängnisse sind überfüllt von in jeder Hinsicht wenig Privilegierten. In der Schweiz sitzen beispielsweise Ausschaffungshäftlinge oft über Monate ohne jede Straftat in sogenannter Administrativhaft ein, während anderes, gesellschaftlich äusserst sozial-schädliches Verhalten von Privilegierten weitgehend ungeahndet bleibt. Die frappante rechtliche Ungleichbehandlung von ausländischen Staatsangehörigen verdiente insgesamt einer grundlegenden Studie. Als Stichworte zu nennen sind im Strafrecht: Die Landesverweisung, Freiheitsentzüge bei Bagatellkriminalität und deutlich mehr Untersuchungshaft mit faktisch präjudizierender Wirkung; darüber hinaus im strafenden Verwaltungsrecht die Administrativhaft und Eingrenzungen. Die Anzahl von Freiheitsentzügen im Rahmen von Ersatzfreiheitsstrafen für wenig Vermögende wäre ebenfalls empirisch genau zu untersuchen. Die Entlastungsmöglichkeiten für ökonomisch und bezüglich sozialen Kapitals Privilegierte, namentlich im Rahmen von informellen Verfahrensabschlüssen, wiederum wäre im gesamten materiellen und formellen Strafrecht ebenso zu erforschen wie die gleichzeitige Benachteiligung von wenig Privilegierten. Insbesondere der rechtsstaatlichen Problematik von Strafbefehlsverfahren und deren fatale Auswirkungen vor allem für Bildungsferne und ökonomisch wenig Privilegierte müsste genauer empirisch erhoben werden. Herkunft und Schicht abhängige Ungleichbehandlungen, von der vermehrten Anordnung von Untersuchungshaft über die strengere Behandlung in der Strafuntersuchung bis zu den Strafurteilen für wenig Privilegierte, böten Stoff für gross und interdisziplinäre angelegte Forschungsvorhaben. Die Praxis des Wegsperrens befindet sich damit bei Lichte betrachtet – misst man es an Gerechtigkeit, Fairness, Resozialisierung und Gleichbehandlung ungeachtet von Herkunft und sozialer Schicht, mithin nicht an einer kurzatmigen instrumentellen Logik – auch hierzulande in einer tiefliegenden Legitimationskrise.

Die Einwände gegen den Abolitionismus und die Forderung nach gänzlicher Abschaffung von Gefängnissen liegen allerdings nahe. Namentlich ist schwer vorstellbar, wie gänzlich ohne Freiheitsentzüge ein gesellschaftlich verträglicher Umgang mit Schwerst- oder hartnäckiger Wiederholungsdelinquenz gelingen soll; auch wenn Beispiele aus dem Bereich der transformativen Justiz Erstaunliches zeigen, wie selbst mit schwerer Gewalt umgegangen werden kann, dass Heilung gelingt. Die abolitionistische Umsetzung nach gänzlicher Abschaffung von Gefängnissen würde überdies offenkundig von vielen weiteren Voraussetzungen abhängen. Deren Realisierung wäre letztlich nur

in einer gänzlich anderen globalen gesellschaftlichen Ordnung denkbar. Als isolierte Forderung ohne grundlegende Veränderung der kapitalistisch und nationalstaatlich verfassten Welt, in welche letztlich auch über das Völkerrecht die Existenz des Freiheitsentzugs tief eingeschrieben ist, haftet dem Abolitionismus daher stets der Geruch einer unerreichbaren Utopie an.

Ein zu enger, an den Status quo angelehnter Realismus verkennt allerdings die mittel- und langfristige gesellschaftliche Sprengkraft kritischen, bisweilen auch utopischen Denkens. Grosse Veränderungen beginnen meist mit scheinbar exotischen Haltungen. Ein Hyperrealismus negiert zu Unrecht, dass fundamentale Kritik den Finger oft präzise auf die wunden Punkte der Gegenwart legt. Daher: Auch wenn sich scheinbar mühelos praktische und realpolitische Einwände gegen einen Abolitionismus vorbringen lassen, der als reine Lehre verstanden wird, regt die ernsthafte Auseinandersetzung mit seinen Texten zum Denken über die sinnvolle Begrenzung von Freiheitsentzügen im hier und jetzt an. Denn es sind oft gerade die Kritiker des Abolitionismus, welche das Bild der «reinen Lehre» zeichnen, um es als unrealistisch zu verwerfen. Dabei geht vergessen, dass es kaum abolitionistische Positionsbezüge gibt, die verlangen, dass das System von heute auf morgen auf den Kopf gestellt werden muss und kann. Bei Lichte betrachtet wird viel mehr vor allem der Finger auf folgenden wunden Punkt jedes staatlichen Strafens gelegt: Staatliche Zwangsmassnahmen haben nicht nur eine friedentiftende und freiheitssichernde, sondern stets auch eine herrschaftsstützende und gewaltförmige Seite. Recht und Staat limitieren Macht zwar, legitimieren und zementieren diese aber auch. Eine grundsätzliche, kritische Reflexion jenseits des rechtlichen Selbstverständlichen ist daher zwingend nötig, sollen Recht und Staat mehr als ein inhaltlich beliebiger, sozialdisziplinierender Selbstzweck sein.

Die wesentlichen Einwände gegen die Abschaffung von sämtlichen Freiheitsentzügen entspringen überdies vor allem den wenigen Fällen schwerer oder sich ständig wiederholender Delinquenz gegen Leib, Leben und die sexuelle Integrität, die konkrete Geschädigte betreffen. In einer praktischen Betrachtung ist dabei allerdings nicht mehr repressives Strafen, sondern die Vermengung von Strafen und präventiven Massnahmen das Hauptproblem. Diese Verschiebung zeigt sich daran, dass sowohl therapeutische als auch sichernde Massnahmen zu einem grossen Teil in Gefängnissen und nicht in Kliniken vollzogen werden. Diese Sanktionen fühlen sich damit aus der Sicht der Be-

troffenen als Strafe mit einem, oft massiv schuldüberschiessenden Freiheitsentzug an. Die Tendenz manifestiert sich in der markant steigenden Zahl der freiheitsentziehenden Massnahmen in den letzten zwei Jahrzehnten. Die Vermutung drängt sich auf, dass im Justizalltag jedenfalls bei schwerer Delinquenz Strafbedürfnisse faktisch über präventive Massnahmen abgehandelt werden.

Über die bei solcher Schwerst- oder hartnäckiger Wiederholungsdelinquenz noch nachvollziehbare Skepsis gegen einen radikalen Abolitionismus mit seiner Forderung nach Abschaffung von Gefängnissen geht allerdings dessen berechtigte Kritik gegenüber den zahlreichen Freiheitsentzügen vergessen, die leichte und mittlere Kriminalität ahnden oder gar reiner Verwaltungsvollzug sind. Nimmt man den hier zutreffenden Kern der abolitionistischen Kritik gebührend ernst, tritt diese im gegenwärtigen rechtspolitischen Alltag und in der konkreten Rechtsanwendung dem verbreiteten Glauben an Gefängnisse als gesellschaftliches Allheilmittel dezidiert und überzeugend entgegen. Der Abolitionismus regt an, über gesellschaftliche Alternativen zum Freiheitsentzug als vermeintliche Lösung zahlreicher sozialer Probleme grundlegend nachzudenken: Lassen sich die Inhaftierung etwa wegen ausländerrechtlicher Delikte, wegen Ersatzfreiheitsstrafen für Bussen bei Bagatelldelikten, aufgrund einer fingierten Zustellung eines Strafbefehls, infolge der zunehmenden Verweigerung der bedingten Entlassung oder erst recht als ausländerrechtliche Administrativhaft rechtsphilosophisch legitimieren? Sperrt unsere blinde Göttin Justitia Privilegierte und weniger Privilegierte, Personen mit Schweizerpass und Eingewanderte gleichermaßen weg? Wie viel hat unsere Praxis des Freiheitsentzugs mit Gerechtigkeit zu tun? Und was folgt daraus bereits heute bei der täglichen Rechtsanwendung?

Flösse der kaum bestreitbare Minimalgehalt abolitionistischer Kritik in die Kriminal- und im weitesten Sinne des Wortes Sozialpolitik ein, so veränderten sich zahlreiche gesellschaftliche Praxen mutmasslich rasch und markant. Übrig bliebe im Wesentlichen lediglich die weiterhin anspruchsvolle Frage, wie mit schwerer, tatsächlich begangener und nicht lediglich drohender Delinquenz oder chronischer Wiederholungsdelinquenz umgegangen werden soll. Die ernsthafte Auseinandersetzung mit dem Abolitionismus führt damit im bescheidenen Mindesten zu einer Rückbesinnung auf tradierte liberale Skepsis, die in den letzten 30 Jahren zunehmend in Vergessenheit geraten ist: Strafrecht als ultima ratio zum Schutz eines absolut ethischen Minimums; und wenn Freiheitsentzüge, dann als notwendiges Übel mit einem sehr schlechten Gewissen.

Outro

19. INSISTIEREN AUF DER SPRENGKRAFT DES RECHTS

Die radikalsten Juristen der 68er-Jahre reduzierten ihre Rechtskritik auf die Formel, die herrschende Meinung sei ohnehin die Meinung der Herrschenden. Damit wurde jedes emanzipatorische Potenzial des Rechts verneint und Recht als Werkzeug beliebiger Machtverhältnisse taxiert.

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz entstanden 1978 im Nachgang der 68er-Bewegung. Mehrheitsfähig war diese fundamentale Rechtskritik in ihren Reihen nie. Eine stattliche Anzahl der Mitglieder strebte grundlegende gesellschaftliche Reformen – auch – über das Recht an. Ihr Grundkonsens lautete: eine Gegenmacht in der Justiz bilden und linke (rechts-)politische Standpunkte in den gesellschaftlichen Diskurs einbringen.

I. DER PARADIGMENWECHSEL IN DEN 90ER-JAHREN

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz wollten nichts weniger als «den Abbau gesellschaftlicher Machtstrukturen mit dem Ziel gleicher Möglichkeiten der Selbstverwirklichung für alle», wie es im Protokoll der Gründungsversammlung vom 11. November 1978 heisst. Die erste Generation setzte sich damit das Ziel einer gerechten Gesellschaft jenseits der bestehenden Rechts- und Machtverhältnisse. Und sie war sich gleichzeitig der gesellschaftlichen Interessenkonflikte und der daraus resultierenden politischen und juristischen Auseinandersetzungen bewusst.

Bis Anfang der 90er-Jahre wurde zwischen der Linken und Rechten lebhaft über Gerechtigkeit gestritten. Ab der zweiten Hälfte der 90er-Jahre setzte jedoch ein Paradigmenwechsel ein: Das Politische – mithin der Diskurs über und wider gesellschaftliche (Macht-)Verhältnisse und die Auseinandersetzung über Gerechtigkeit – wurde durch ein technokratisches, ökonomisch geprägtes Sachzwangdenken ersetzt. Um das Bonmot des Berner Emeritus Richard Bäumlin umzukehren, wurden selbst die Ansätze einer lebendigen Demokratie vollständig gebändigt.

* Erschienen in plädoyer 5/2015, S. 76 f.

Grundlegend in Frage gestellt wurden diese eingeengten Rahmenbedingungen in den europäischen Postdemokratien fortan selten durch die gesamte Linke, sondern allenfalls durch die Minderheit der politisch gebliebenen Linken. Die Mehrheit der weitgehend postpolitisch gewordenen Linken verlor sich im «Dritten Weg» und forderte den neo-liberalen Zeitgeist nicht mehr grundsätzlich heraus, sondern beschränkte sich darauf, seine Spitzen etwas abzurunden.

II. DIE ÜBERNAHME DES SACHZWANGSDENKENS

An den Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz ging diese Tendenz ebenfalls nicht spurlos vorbei: Unsere Anliegen beschränkten sich immer mehr auf defensive Feinjustierungen im Rahmen der bestehenden Rechts- und Machtverhältnisse. Positiv emanzipatorische, an Gerechtigkeit orientierte (Rechts-)Perspektiven, die darüber hinaus zielten, gerieten aus dem Fokus und spielten eine marginale Rolle. Und weil der Widerstreit, das Bewusstsein für gesellschaftliche Machtverhältnisse und deren grundlegende Veränderbarkeit für das (Rechts-)Politische konstitutiv sind, fand damit letztlich eine entpolitisierte Übernahme des (rechts-)technokratischen Sachzwangsdenkens statt.

Auch wenn hier eine Repolitisierung der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz befürwortet wird, kann das Ziel keine denkmalpflegerische Imitation des Vorgehens in den frühen 80er-Jahren sein. Indessen obliegt es uns gemäss der statutarischen Zielsetzung nach wie vor, für eine umfassende Demokratisierung der Gesellschaft und für einen ausgebauten Grundrechtsschutz für alle zu streiten. Daher sollten wir nicht vorschnell vor bestehenden Macht- und Rechtsverhältnissen kapitulieren. Wir müssten uns vielmehr auch heute dezidiert für ein Recht einsetzen, das redlich nach Gerechtigkeit strebt.

III. RECHTSFREIE RÄUME AM RAND DER GESELLSCHAFT

Und hier liegt einiges im Argen: Der Zürcher Ordinarius Marcel Senn hält zu Recht fest, dass das Recht zu einer Waffe in der Hand von wenigen zu verkommen droht, die damit Kapital und Eigentum verteidigen.¹ Sein Kollege Marcel Alexander Niggli zu einem ähn-

¹ Marcel Senn, Rechtswissenschaft und Juristenausbildung Zürich/St. Gallen 2013, S. 4.

lichen Schluss: «Die ‹rule of law› scheint zu einer ‹rule of money› zu mutieren, wobei nicht diese Mutation an sich das Bemerkenswerte ist, sondern die Tatsache, dass sie widerstandslos hingenommen wird».²

Gerade an den gesellschaftlichen Rändern entstehen zunehmend Räume, in denen fundamentale rechtsstaatliche Prinzipien in Frage gestellt und teils ausser Kraft gesetzt werden – etwa im Migrationsrecht, im Straf- und Strafvollzugsrecht, im Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht.

Stefan Krauth schreibt in seiner «Kritik des Rechts», es sei die Tradition der Unterdrückten, die uns belehre, diesen «Ausnahmezustand» nicht als Ausnahme, sondern als Regel zu verstehen. Man mag diesen Rechtspessimismus teilen oder nicht. Fest steht laut Krauth, dass just jene Marginalisierten im heutigen politischen Kontext dennoch Rechte brauchen, um überhaupt (über-)leben zu können.³ Mit anderen Worten: Man entkommt zwar mit dem Recht allein kaum sämtlichen Ungerechtigkeiten. Indessen redet das Recht durchaus und immerhin ein gewichtiges Wort beim Ausmass der Ungerechtigkeit mit, was in einer zu apodiktischen Rechtskritik vergessen geht. Gerade deshalb lohnt es sich auch, auf den fragilen Grundrechten zu insistieren.

IV. MEHR GRUNDSÄTZLICHE EINMISCHUNG

Wer akzeptiert, dass Recht ungerecht ist, wird ohnehin zum Zyniker, der sich zuweilen selber hochtrabend Realist nennt, wie der Rechtsphilosoph Martino Mona im «Tages-Anzeiger» vom 15. März 2013 schreibt. Den Grundstein für ein Recht, das zunehmend gerecht wird, ortet er in der Einnahme der Perspektive derjenigen, die von der jeweiligen rechtlichen Regelung nachteilig betroffen sind.

Genau hier sollten wir Demokratischen Juristinnen und Juristen ansetzen: Mit einem klaren Bewusstsein die politische Auseinandersetzung suchen und auf einem gerechten Recht insistieren. Ein Mehr an offensiver Rechtskritik, an grundsätzlicher und auch tagespolitischer Einmischung täte not, um nicht länger vor dem hegemonialen neo-liberalen Rechtspopulismus zu erstarren. Dies setzt indessen interne Debatten voraus,

² Marcel Alexander Niggli, Ist das Recht am Ende?, AJP 2012, S. 891.

³ Stefan Krauth, Kritik des Rechts, Stuttgart 2013, S. 131.

energisch, grundsätzlich und im Detail. Denn erst auf Basis so diskutierter Haltungen wird es möglich, den entpolitisierten Rechtskulturpessimismus hinter sich zu lassen und den Wärmestrom der Gerechtigkeit zumindest in ersten Ansätzen zu reaktivieren.

Zusammenfassend stelle ich deshalb folgenden vorläufigen Standpunkt zur Diskussion:

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz wissen um den Januskopf des Rechts. Denn das Verhältnis des Rechts zur Macht bleibt ambivalent. In seinen lichten Momenten begrenzt und domestiziert das Recht Machtverhältnisse und trägt zur umfassenden gesellschaftlichen Demokratisierung bei. Sehr oft verschleiert, legitimiert und zementiert Recht aber auch un- und vordemokratische Machtverhältnisse.

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen treten deshalb konsequent wider die Instrumentalisierung des Rechts durch die Macht ein; sie streiten für eine lebendige und gegen eine gebändigte Demokratie. Daher obliegt es ihnen nicht bloss im Rahmen bestehender Macht- und Rechtsverhältnisse, linke Positionen einzunehmen. Viel mehr besteht ihre Aufgabe auch und gerade darin, zu insistieren auf der utopisch-emanzipatorischen Sprengkraft des Rechts.