

Vom Dilemma des Richters beim Strafen

Autor(en): **Sollberger, Jürg**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Kriminologisches Bulletin = Bulletin de criminologie**

Band (Jahr): **6 (1980)**

Heft 2

PDF erstellt am: **27.06.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1046966>

Nutzungsbedingungen

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

Haftungsausschluss

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

VOM DILEMMA DES RICHTERS BEIM STRAFEN

Von Jürg SOLLBERGER,
Gerichtspräsident, Zollikofen

Nicht in jedem Fall, der vor einem erstinstanzlichen Richter in Strafsachen zur Beurteilung gelangt, kann es dazu kommen, dass sich dieser Richter in seiner Haut recht unwohl fühlt.

Glücklicherweise sind eigentliche Problemfälle doch weit in der Minderheit. Es überwiegen die Straffälle, in denen es zu entscheiden gilt, ob eine Busse von Fr. 80.-- für eine nicht aktionsfähige Hilfs- und Stellbremse wirklich angemessen ist, oder ob es Gründe gibt anzunehmen, ein Autofahrer sei wirklich gerade noch knapp bei gelb, dem sogenannten dunkelgelb, über eine Kreuzung gefahren. Widerhandlungen gegen Vorschriften des Strassenverkehrsgesetzes und dessen Nebenerlasse beschäftigen den Einzelrichter in Strafsachen von der Zeit her gesehen überwiegend. Sie belasten ihn mit Arbeit, sie belasten ihn aber nicht persönlich, soweit es nicht darum geht, Freiheitsstrafen ausfallen zu müssen.

Die Fülle der Strafbestimmungen, die sich in den Vorschriften über den Strassenverkehr aber auch in den kaum mehr überblickbaren Nebenverordnungen von Bund, Kanton und Gemeinden finden lassen, vom Inverkehrbringen von atoxinhaltigen Salaten bis hin zum Überladen eines Lastenzuges, vom Verursachen von übermässigem Wohnlärm bis hin zum Laufenlassen eines Hundes im Tollwutsperrgebiet, lassen in ihm allerdings Bedenken aufkommen, ob es wirklich nötig ist alles und jedes zu pönalisieren. Und man kann sich fragen, ob es wirklich erforderlich ist, dass der Strafjustizapparat mit dem für die Betroffenen alles andere als angenehme Drum und Dran wirklich auch für unbedeutende Rechtsnormen bemüht werden muss. Besteht nicht die Gefahr, dass durch die Androhung von Strafen für völlig untergeordnete Verletzungen von Vorschriften zwangsläufig die Strafandrohungen für bedeutendere Rechtsverstösse schärfer ausfallen müssen. Wäre es nicht angezeigt, die Strafjustiz von vielem unnötigem Ballast zu befreien und in der Festlegung von Strafbestimmungen in Nebenverordnungen mehr Zurückhaltung zu üben ?

Würde nicht eine Konzentration auf das Wesentliche dazu führen, dass unter anderem Bussen dort ausgefällt werden könnten, wo heute von der gesetzlichen Strafdrohung her zwingend Freiheitsstrafen ausgesprochen werden müssen.

Von der Problematik eben dieser Freiheitsstrafe, vom Sinn des Freiheitsentzuges als staatliche Reaktion auf menschliches Fehlverhalten soll in der Folge nun aber im wesentlichen die Rede sein.

Am frühen Abend des 7. Juni dieses Jahres verursachte der 32 - jährige, gelernte Spengler Hans Z. mit seinem Personenwagen einen Unfall. Dabei entstand beachtlicher Sachschaden, Personen wurden keine verletzt. Bei der Tatbestandsaufnahme stellte die Polizei fest, dass Hans Z. nach Alkohol roch. Tatsächlich hatte er während der Arbeit und kurz vor Arbeitsschluss mindestens 3 Flaschen Bier getrunken. Z., der erst vor kurzem eine neue Arbeitsstelle angetreten hatte, wusste, dass er sich demnächst einer Operation unterziehen musste, und dass mit dieser Operation auch eine längere Arbeitsunfähigkeit verbunden sein würde. Sein neuer Arbeitgeber soll ihm nun an diesem Tage eröffnet haben, dass er natürlich nicht damit rechnen können, von ihm während dieser Zeit entlohnt zu werden. Diese Eröffnung verunsicherte Z. und mit einigen Flaschen Bier wollte er sich über diese Problematik hinweghelfen. Nach Hause zurückgekehrt, entschloss er sich, dann mit seinem Auto, das er an diesem Tage erstmals führte, zu seiner Freundin zu fahren und auf dieser Fahrt geschah der Unfall.

Bereits am 16. Januar 1970 hatte er wegen Führens eines Personenwagens in angetrunkenem Zustande verurteilt werden müssen. Für 14 Tage Gefängnis war ihm damals der bedingte Strafvollzug gewährt worden.

Am 13.3.1979 erfolgte zudem eine Verurteilung wegen Verletzung von Verkehrsregeln durch Überholen trotz Gegenverkehr zu einer Busse von Fr. 180.--.

Z. gilt als recht unzuverlässiger Arbeitnehmer. Aus dem Leumundsbericht kann auch entnommen werden, dass Z. gelegentlich übermässig dem Alkohol zuspricht. Eine im Frühjahr begonnene Antabuskur wurde abgebrochen, nun aber, gleichzeitig mit dem Spitalaufenthalt wieder aufgenommen.

Kein besonderes Geschehen, das da zur Beurteilung steht. Ein Fall unter vielen, ohne grosse Besonderheiten, geeignet zu einer raschen und für den Richter problemlosen Erledigung. Wenn auch das Bundesgericht kürzlich (1) festgehalten hat, eine Praxis, die den bedingten Strafvollzug ausnahmslos jedem angetrunkenen Führer verweigert, der in den zehn vorangegangenen Jahren wegen Fahrens in angetrunkenem Zustande verurteilt wurde, verletze Art. 41 StGB, so ändert das an der höchst richterlichen Auffassung bezüglich der Gewährung des bedingten Strafvollzugs in solchen Fällen nichts :

Wegen der besonderen Natur dieses Tatbestandes habe der Richter von der Möglichkeit der Gewährung des bedingten Strafvollzuges bloss mit grosser Zurückhaltung Gebrauch zu machen(2) und dies auch bei Ersttätern. Denn wer trotz mannigfacher Hinweise auf die Gefährlichkeit auch schon geringerer Mengen Alkohol trotzdem ans Steuer sitzt, bekundet in der Regel eine Gesinnung, die als hemmungs- und rücksichtslos bezeichnet werden muss und auf einen Charakterfehler schliessen lässt (3).

Der mit Bezug auf Alkoholmissbrauch ungünstige Leumundsbericht, die Tatsache der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit, ein getriebener automobilistischer Leumund und insbesondere die Tatsache, dass bereits einmal eine Verurteilung des gleichen Delikts wegen erfolgen musste, deuten in unserem Falle auf eine unbedingte Gefängnisstrafe. Auch die relativ geringe Alkoholisierung (1,35 Gew. % O) vermag daran wenig zu ändern.

Wie erwähnt, ein Fall von vielen, wenig spektakulär, an sich geeignet, rasch in den Archiven abgelegt zu werden. Aber gerade die Häufigkeit dieser wenig spektakulären Fälle gibt Anlass, einmal einige grundlegende Überlegungen anzustellen.

In der Tat werden vor den als Einzelrichter in Strafsachen tätigen Gerichtspräsidenten von Bern jährlich mehrere Hundert Verfahren wegen Fahrens in angetrunkenem Zustande geführt. Vor meinem Richteramt waren es in der Zeit von Januar 1978 bis und mit Juni 1979 total 144 Verfahren. In ungefähr einem Drittel dieser Fälle musste der bedingte Strafvollzug verweigert werden (49 Fälle).

In 18 Verfahren hatte die erneute Verurteilung wegen Führens eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustande zudem den Widerruf eines früher gewährten bedingten Strafvollzugs zur Folge.

Die Zahlen bei den andern drei Einzelrichtern in Strafsachen von Bern lauten ähnlich, dafür sorgt, streng aber gerecht, mit wachem Auge die Staatsanwaltschaft.

Urteile werden also praxiskonform gefällt, wobei, das sei nicht verschwiegen, die Grenzen dessen, was gerade noch als praxiskonform bezeichnet werden kann, zu Gunsten des Betroffenen recht weit gezogen werden. Darauf weist Prof. Schultz in Rechtssprechung und Praxis zum Strassenverkehrsrecht in den Jahren 1973 bis 1977 hin, wenn er bezweifelt, dass die strengen Anforderungen des Bundesgerichtes in allen Fällen beachtet worden seien(4).

Damit, dass nun aber mehr oder weniger praxiskonform geurteilt wird, ist in keiner Weise gesagt, der Richter sei von dem was er tut, von dem wie er entschieden hatte, zu entscheiden hatte, auch überzeugt. Im Gegenteil -, immer wieder taucht die Frage nach dem Sinn des Ganzen auf, und das insbesondere bei Verfahren wegen Fahrens in angetrunkenem Zustande.

Warum soll Hans Z. ins Gefängnis, was nützt es ihm, was nützt es der Gesellschaft und ihrer Rechtsordnung? Was ist Sinn und Zweck der Strafe, einmal bezogen auf die Gesellschaft mit ihrer Rechtsordnung, dann aber auch ganz konkret bezogen auf Hans Z.?

Fragen auf Fragen, die den Richter bei ehrlicher Beantwortung immer wieder in ein Dilemma bringen, in ein Dilemma bringen müssen.

II.

Bei allen Überlegungen, die sich ein Richter bei der pflichtgemässen Ausübung seiner Tätigkeit macht, ja machen muss, sollte die Frage am Anfang stehen, was eigentlich letztlich Sinn und Zweck seines Tuns ist.

Geht es darum, dass Rechtsbrecher durch den Staat gestraft werden, um so dem einzelnen Geschädigten die Berechtigung zur Rache zu nehmen? Steht die Übelzufügung im Vordergrund, soll der Übles erleiden, der Übles getan hat oder geht es letztlich um die Sicherung der Rechtsordnung, die sich die Gesellschaft gegeben hat?

Soll durch ein zweckmässiges Straf- oder besser Kriminalrecht (5) versucht werden, künftiges strafbares Verhalten zu verhindern? Der Strafrechtspraktiker wird auf diese brennende Frage kaum eine überzeugende und einfache Antwort geben können.

Er darf sich aber nicht dem Vorwurf aussetzen, der Jurist setze die Legitimität des Strafrechts voraus. "Sie (die Juristen) widmen der Berechtigung und Legitimierung in ihren Schriften kaum Beachtung und hüten sich sie zu behandeln, sie sind einfach davon überzeugt" (6).

Wenn der Autor dieses Ausspruchs damit besagen will, die Juristen würden sich mit diesen Fragen überhaupt nicht auseinandersetzen, so muss ihm entschieden widersprochen werden.

Der Praktiker wird sich in der Regel zwar kaum auf eine Abhandlung über strafrechtsphilosophische Fragen einlassen. Der Richter aber, der immer wieder und immer auf neue Art mit den Stößen von Einzelnen gegen die Rechtsordnung konfrontiert wird, wird sich bei der Behandlung der entsprechenden Verfahren seine grundsätzlichen Überlegungen machen müssen. Die Frage, die er sich dabei zu stellen hat, ist die nach den Folgen seiner Reaktion auf die durch ihn zu beurteilenden Verstösse gegen die Rechtsordnung. Folgen für den einzelnen Betroffenen, Folgen aber auch für den Personenkreis, in dem sich der Täter bewegt.

Er wird sich auch Gedanken darüber machen, ob sein Entscheid auch Auswirkungen auf einen grösseren Personenkreis haben kann. Denn über Urteile des Strafrichters wird doch recht häufig gesprochen, nicht zuletzt darum, weil sich insbesondere die Tagespresse recht angelegentlich dem Geschehen vor dem Strafrichter annimmt.

Der Richter wird sich also in jedem Fall, teils ganz bewusst, oftmals aber auch ohne den Gedanken ganz fassen zu können, mit

der Frage beschäftigen, die in der Literatur entgegen der heute doch wohl überholten Auffassung von Braas immer häufiger behandelt wird(7), mit der Frage nämlich nach der Berechtigung des Strafrechts.

Es darf und soll hier nicht der Ort sein, um die verschiedenen Theorien darzustellen oder gar kritisch zu beleuchten. Eine solche Auseinandersetzung wird wohl auch kaum erwartet, wohl kaum erwartet werden können.

Allein, die tägliche Arbeit und die kritische Auseinandersetzung mit ihr führt zu Überlegungen, die eben doch rechtstheoretische Züge aufweisen, wissenschaftlich wenig fundiert, aber eben doch nicht ganz bedeutungslos, weil sie das eigene spätere Handeln beeinflussen können.

Wenden wir uns zweckmässigerweise wieder dem eingangs geschilderten tatsächlichen Geschehen zu. Herrschende Meinung ist in einem solchen Falle des Fahrens in angetrunkenem Zustande offenbar die, dass durch besondere Strenge einmal der Strafandrohung - das gesetzliche Höchstmass wurde durch die Revision des SVG 1975 ver-sechsfacht -, dann aber auch der Praxis insbesondere bei der Ge-währung des bedingten Strafvollzugs einmal ein möglichst hohes Mass an allgemein abschreckender Wirkung erreicht werden soll. Harte Strafen und eine von Art. 41 StGB letztlich abweichende Praxis sollen das anerkannter Weise als gefährlich zu bezeichnende Führen eines Motorfahrzeugs in einem Zustande der reduzierten Fahrfähigkeit aus der Welt schaffen oder doch zumindest auf ein geringeres Mass reduzieren. Generalpräventive Überlegungen dominieren nicht nur hier, durch Strafandrohung und Bestrafung im konkreten Fall soll das Ziel, Hinhaltung der Rechtsordnung, ge-nerell erreicht werden.

Dass selbst Strafrechtslehrer modernerer Prägung sich nur schwer von den Gedanken der Generalprävention lösen können, mag ein Zitat aus den Ausführungen Prof. Baumanns zum Alternativentwurf der Strafrechtslehrer(8) zeigen : "Wann ist eine Strafe wirksam? Sie ist wirksam, wenn sie soviel Strafübel enthält, dass potentielle Täter von dieser Rechtsfolge abgeschreckt werden und wenn sie andererseits soviel Erziehungswirkung enthält, dass der Be- strafte selbst auf den rechten, d.h. sozial richtigen Weg gebracht wird".

Allein die Praxis zeigt, dass die Strafe im klassischen Sinn die erwartete general-präventive Wirkung nicht hat(9).

Wer wollte im Ernst dieser Behauptung Mergens widersprechen! Hat die strenge Praxis in Fällen von angetrunkenem Fahren etwa die Häufigkeit dieser Deliktsart beeinflusst? Der Strafrichter würde davon jedenfalls in seiner täglichen Praxis nichts feststellen!

Steht nicht der Idee der Generalprävention ein grundlegender Irrtum Pate, nämlich der, dass sich der potentielle Täter vor seiner Tatbegehung überlegen würde, was für eine Strafe ihm drohe. Das ist doch ohne Zweifel nicht die Frage, die er sich stellt, und das kommt auch immer wieder aus Aussagen vor dem Richter deutlich zum Ausdruck. Viel entscheidender sind die Überlegungen, die angestellt werden in der Richtung, ob das, durchaus als verpöntes Handeln bekannte Fahren in angetrunkenem Zustande festgestellt werden wird. Kann ich noch so fahren, dass man mir nichts anmerkt oder muss ich überhaupt damit rechnen, dass ich in eine Kontrolle komme? Wenn der potentielle Straftäter damit rechnen müsste, dass er erwischt wird, würde er eben anders handeln. Er geht ja eben gerade davon aus, dass man ihn nicht erwischt, er braucht sich also bei seinen Überlegungen einen Deut um Strafandrohung und Praxis zu kümmern. Der Täter weiss zwar schon um die strenge Praxis, aber er denkt sich eben, dass doch wohl nicht gerade er das Pech haben würde, erwischt zu werden, denn unzählige seiner Kollegen sind doch schon angetrunken gefahren und noch keiner ist je erwischt worden. Und wenn er dann trotzdem erwischt werden ist, dann hadert er mit seinem Schicksal, hadert er mit der Tatsache, dass ausgerechnet er und nicht die vielen anderen in eine Kontrolle geraten ist. Und die andern, die oftmals leicht schadenfroh vom Pech des Kollegen Kenntnis genommen haben, werden sich überlegen, was dieser wohl falsch gemacht habe, dass er erwischt worden ist.

Unlängst erschien eine Ladendiebin zur Einvernahme, die als Motiv ihrer Tat angab, sie habe einer Freundin nur beweisen wollen, dass man in Warenhäuser ausgesprochen gefahrlos stehlen könne. Die Beweisführung ist ihr allerdings in concreto nicht gelungen, allein Ausnahmen bestätigen auch hier die leidlich bekannte Regel.

Das in bezug auf Fahren in angetrunkenem Zustande Ausgeführte gilt natürlich auch für den Einbrecher, den Betrüger, ja selbst für den harmlosen Parksünder, der annimmt, die paar Minuten Überzeitparkieren würden wohl nicht gerade bei ihm festgestellt und geahndet werden.

Sicher, einige Überlegungen mögen hier vereinfacht zur Darstellung gekommen sein, dem Richter bleibt aber die Überzeugung, dass er strenge Urteile und gesetzeswidrige Verweigerung des bedingten Strafvollzuges allein mit den überholten und widerlegten Vorstellungen der Generalprävention nicht rechtfertigen kann.

Nicht Strafe im einzelnen Fall und Strafandrohung generell zeigen Erfolg, nur schnelle und sichere Aufklärung jeder verbotenen Handlung kann, wenn überhaupt eine prophylaktische Wirkung haben.

"Jede Art der Verbrechensbekämpfung muss sich bewusst sein, dass ein Hauptanliegen die schnelle und sichere Aufklärung jeder ver-

botenen Handlung ist"(9).

III.

Kommt der Richter zu der Erkenntnis, dass generalpräventive Überlegungen jedenfalls sein Tun nicht rechtfertigen, bleibt ihm immer noch die Hoffnung, die strenge Strafe werde den speziell betroffenen Täter vor weiteren strafbaren Handlungen abhalten. Also Abschreckung, Schockung des einmal erwischten Täters durch Strafe und damit Verhinderung erneuter Straffälligkeit.

Es soll hier nun vorerst von der zu verbüssenden Freiheitsstrafe die Rede sein, also von dem was im eingangs beschriebenen Falle wohl folgen muss.

In einer kürzlichen Einspruchs begründung gegen ein ausgefalltes Strafmass lassen sich folgende staatsanwaltschaftliche Überlegungen finden : Die bereits verbüssten Strafen von 20 resp. 30 Tagen Gefängnis in den Jahren 1968 und 1973 haben ihre Wirkung offenbar verfehlt. Es muss daher eine strengere Strafe, nämlich sechzig Tage Gefängnis, ausgefällt werden. In dieser Einspruchs begründung findet sich die ganze Fragwürdigkeit der sogenannten kurzen Freiheitsstrafe. Der einsprechende Jurist zeigt sich erstaunt darüber, dass Freiheitentzüge als reine Übelzufügung nota bene, die erwartete Wirkung nicht gezeitigt haben und die Schlussfolgerung ist die, dass man offenbar noch strenger richten müsse, also noch mehr Übelzufügung, dann wird das ganze dann schon wirken. Dabei müsste die Frage doch lauten : Warum haben diese harten Strafen, es ging natürlich auch hier um Art. 91 SVG, versagt, warum fuhr der Betreffende erneut angetrunken mit seinem Fahrzeug ? Hatte vielleicht der Freiheitentzug gar keine Wirkung, weil er gar keine haben konnte ?

Bei den Haftstrafen und den nach Art. 37 bis StGB zu vollziehenden kurzen Gefängnisstrafen steht die Übelzufügung im Vordergrund. Der Gesetzgeber selbst äussert sich nicht zu Sinn und Zweck der kurzen Freiheitsstrafen, was wohl bedeuten muss, dass ausser der Übelzufügung in Form des Freiheitentzugs dieser Sanktion kein weiterer Inhalt gegeben wird, ja gegeben werden kann. Also nur Strafe, also nur Zufügung von Üblem von Nachteilen, oder nach Arno Plack : die wohldosierte Leidzufügung(10). Wer selber Rechtsgüter verletzt oder gefährdet, der muss sich gefallen lassen, dass er selbst in seinen Rechtsgütern beschnitten wird, der muss sich Eingriffe, wenn auch wohldosierte und genau abgewogene, in sein Rechtsgut Freiheit gefallen lassen. Daraus soll dem Straftäter die Möglichkeit der Sühne der Schuldbefreiung gegeben werden. Die Übelzufügung soll den Täter bessern, ihn zu besserer Einsicht bringen, kurz ihn vor künftigen Straftaten abhalten.

Diese Einsicht kann aber nur bei dem Täter vorhanden sein, der über die nötige Einsichtsfähigkeit und Strafbereitschaft verfügt. Je sinnvoller eine Strafe ist, desto höher ist auch die

Wahrscheinlichkeit von Einsicht und Strafbereitschaft. Je sinnloser die Strafe, desto geringer auch die entsprechende Wahrscheinlichkeit.

Der kurze Freiheitsentzug, also Haft oder Gefängnis bis zu drei Monaten, ist wie gesagt, reine Übelzufügung. Man wird entgegenhalten, die Einsamkeit, ja Isolation des Freiheitsentzugs schaffe dem Täter Gelegenheit in sich zu gehen, sein Verhalten zu überdenken, zur besseren Einsicht zu gelangen. Sollte dieser Einwand auf bestimmte Personen zutreffen, dann muss sogleich darauf hingewiesen werden, dass hier eben offenbar von allem Anfang an die Bereitschaft in sich zu gehen, zur Einsicht zu gelangen wenigstens in Ansätzen vorhanden war. Und man muss sich dann füglich fragen, ob es nicht bessere, sinnvollere Wege geben würde, um diese Ansätze von Einsicht zum Tragen zu bringen. Wäre es hier nicht viel sinnvoller den Täter zu einer positiven Leistung anzuhalten, anstelle der wohl dosierten Leidzufügung von Amtes wegen, eine Leistung des Betroffenen an die Gesellschaft zu fordern, ähnlich der von Frau Dr. M. Böhlen für Jugendliche geforderte und auch praktizierte Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung(11). Sicher ist jedenfalls, dass der kurze Freiheitsentzug eine Unmenge von Nachteilen mit sich bringt.

Er stört die soziale Situation des Betroffenen in verschiedenster Weise. Zu Hause fehlt der Ehemann und Vater, was die wahrscheinlich schon bestehende gestörte familiäre Situation jedenfalls nicht verbessert. Es fehlt der Teil der Familie, der in der Regel für den Verdienst sorgt. Fehlt die Mutter und Ehefrau, entstehen dieselben Schwierigkeiten. Die Öffentlichkeit muss eingreifen, finanzielle Unterstützungen werden erforderlich, ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht, das auch für die betroffene Familie zur schweren Belastung werden kann. Es droht der Arbeitsplatz verloren zu gehen, Kollegen am Arbeitsplatz distanzieren sich, auch im übrigen Bereich droht Isolation. Der Freiheitsentzug schafft für den oder die Betroffenen derart viele Probleme, dass er oder sie darüber vergisst, dass er oder sie sich den Freiheitsentzug selbst zuzuschreiben hat, dass es eine Folge des eigenen Fehlverhaltens ist. Dabei wird die Frage, wieweit solche Täter überhaupt in der Lage sind, eigenes Fehlverhalten zu erkennen und die nötigen Folgerungen daraus zu ziehen, noch gar nicht berührt. Anstelle der Einsicht in das Unrecht des eigenen Tuns tritt nur zu oft Verbitterung und Enttäuschung, die wiederum das Versagen in Versuchungssituationen geradezu provoziert. Der Zweck der Freiheitsstrafe wird in ihr Gegenteil verkehrt. Wie anders liesse sich denn sonst erklären, dass insbesondere bei den kurzen Freiheitsstrafen, also denen ohne sogenannten Resozialisierungsauftrag, die Rückfallziffer so hoch ist. In der umstrittenen Sendereihe und der aus dieser entstandenen Publikation "der tut es immer wieder"(12) führen Blum/Aebersold eine Tabelle auf, die belegen soll, dass bei einer repräsentativen Stickprobe von 251 zu unbedingten Freiheitsstrafen von unter drei Monaten verurteilten Täter innert fünf Jahren 188 erneut verurteilt werden mussten.

Bei aller Vorsicht, die bei solchen Statistiken am Platze ist, darf wohl behauptet werden, dass die Erfahrungen des Richters mit diesen Zahlen ohne weiteres in Übereinstimmung zu bringen sind. Überlegungen, wieviele Tage, Wochen oder gar Monate Freiheitsentzug denn nun in diesem erneuten Falle des gleichen Täters angemessen seien, müssen immer wieder angestellt werden, und die Einsicht, dass jedenfalls eine erneute, vielleicht, wie von der Staatsanwaltschaft gefordert, sogar eine erheblich strengere Strafe, auch keinen Erfolg haben kann, wird für den Richter zu einer bitteren Erkenntnis, die ganz einfach in der täglichen Arbeit ihre Auswirkung haben muss.

Die Schlussfolgerung, die sich hier aufdrängt, ist doch wohl die, die im Alternativentwurf der Strafrechtslehrer gezogen worden ist, nämlich Abschaffung der kurzen, keinen Resozialisierungsauftrag enthaltenden Freiheitsstrafe (13).

Wie wenig sich der Schweizerische Gesetzgeber aber mit solchen Gedanken vertraut zu machen vermag, verdeutlicht das folgende Beispiel. Nachdem sich die Einwendungen der Praktiker des Strafrechts gegen die Strafandrohung in Art. 96 Ziff. 2 SVG (Führen eines Motorfahrzeugs ohne Haftpflichtversicherung) in einer Gesetzesrevision niedergeschlagen hatte, und in leichten Fällen jedenfalls nicht mehr zwingen eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden musste, schuf Art. 145.4 der VZV eine Strafbestimmung, die schlichtweg nur mit bedingungslosem Glauben an die Generalprävention erklärt werden kann. Wer ein Motorfahrrad führt, für das die vorgeschriebene Haftpflichtversicherung nicht besteht, wird mit Haft und mit Busse bestraft. Nur gut, dass nicht gleichzeitig Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG abgeschafft worden ist.

Der Richter jedenfalls hat es aber schwer, die Einsicht, die er aus seiner täglichen Erfahrung gewinnt und die im übrigen nicht nur von einigen wenigen extremen Strafrechtslehrern vertreten wird, in die Tat umzusetzen. Er kann sich bei seinen Urteilen keinesfalls darauf berufen, eine von ihm ausgefallte unbedingte kürzere Freiheitsstrafe sei, da vom Gesetzgeber auch vorgesehen, schon deswegen sinnvoll. Das vorhin gerade angeführte Beispiel zeigt doch, dass der Gesetzgeber oftmals die Einhaltung der Rechtsordnung ganz klar in den Vordergrund stellt und glaubt nur mit strengen Strafandrohungen die gewählte Ordnung durchsetzen zu können, dabei aber die immer wieder vorgetragenen Bedenken in Lehre und Praxis schlichtweg übersieht.

Dass sich viele Richter heute scheuen kurze Freiheitsstrafen zu verhängen, entspringt der Einsicht in die Fragwürdigkeit dieser doch wohl reinen Vergeltungsmassnahme. Hier werden sich die Geister am meisten scheiden, denn gerade die kurze Freiheitsstrafe, der, und das ist in Gesetz, Praxis und Lehre unbestritten, ein resozialisierender Effekt nicht zukommen kann, ist Prüfstein der Einstellung zur Strafe schlechthin. Strafe hier als Zufügung

von Nachteilen, recht eigentlich reine Übelszufügung, Ausdruck der Meinung, dass Schuld (verlangen Sie nicht von mir, dass ich diesen Begriff definiere) Sühne verlange, Vergeltungsdenken, angereichert mit Ideen generalpräventiver Art. Oder Lösung von der Vergeltungsidee, verlangen nach einer positiven Leistung unter dem Gesichtspunkt der Widergutmachung, Schadensbehebung an Stelle der Schaffung von neuem, allerdings nun auf den Täter verlagerten Schaden.

Die Vertreter der Vergeltungstheorien führen zur Stärkung ihrer Position oftmals an, es entspreche nicht zuletzt einem Akt der Gerechtigkeit den Geschädigten gegenüber, dass eine Bestrafung desjenigen erfolge, der den Schaden zugefügt habe. Mit anderen Worten, der Verletzte habe einen Anspruch darauf, dass derjenige, der ihn verletzt habe, nun von Staates wegen auch Nachteile in Kauf nehmen müsse.

Zumindest die Praxis eines Einzelrichters in Strafsachen lässt keine Stütze für diese Theorie erkennen, ganz im Gegenteil.- 1978 wurden vor einem bernischen Strafrichteramt 23 Verfahren wegen vorsätzlicher Körperverletzung oder Tötlichkeiten geführt. 19 Verfahren endeten mit Vergleich und Rückzug des Antrags, zwei mit Vergleich ohne Rückzug des Antrags und nur in zwei Verfahren konnte kein Vergleich erzielt werden. Den Geschädigten geht es demnach in fast allen Fällen vorwiegend darum, den erlittenen Schaden, soweit überhaupt möglich, ersetzt zu haben. Das gilt insbesondere auch bei Delikten gegen Leib und Leben. Wie anders liesse sich erklären, dass im überwiegenden Teil der Verfahren wegen Tötlichkeiten und Körperverletzungen ein Vergleich mit Rückzug des Strafantrages erzielt werden kann, wie anders liesse sich aber auch die Tatsache erklären, dass in kaum einem Verfahren wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung Privatkläger zu finden sind, es sei denn, die Auseinandersetzung mit den Versicherungen sei noch nicht zum Abschluss gekommen. Unlängst fiel in einem Verfahren dieser Art auf, dass sich Schwerstgeschädigter und Schädiger weitaus freundlicher einander gegenübergestanden sind, als ihre Vertreter, die mit harten Worten nicht zurückhielten. Ist dies nicht geradezu typisch? Beweisen nicht Verfahren verschiedenster Art, dass sich Aussenstehende vielmehr berufen fühlen, harte Reaktionen des Staates zu fordern, als die direkt Betroffenen, die wohl einsehen, dass ihnen harte Strafen auch nicht mehr helfen können? Wäre es nicht viel zweckmässiger, wenn von Staates wegen dafür gesorgt würde, dass wenigstens erlittene materielle Schäden ausgeglichen werden könnten. Wäre dem von einem betrunkenen Rocker zusammengeschlagenen Bürger nicht weit mehr geholfen, wenn ihm Verdienstausfall, Arztkosten und weitere Schäden vorweg vom Staat ersetzt würden, der dann seinerseits an den Schädiger gelangen könnte, und der Verlustschein, einzig denkbares Ergebnis in solchen Fällen, dem Staat und nicht dem Geschädigten ausgestellt werden müsste.

IV.

Obwohl der Gerichtspräsident als Einzelrichter in Strafsachen eher selten dazu kommt, Freiheitsstrafen über 3 Monate aussprechen zu müssen und nur bei gelegentlichen Vertretungen des Präsidenten des Strafamtsgerichtes mit den Fragen des längeren Freiheitsentzugs konfrontiert wird, wird er sich auch darüber Gedanken machen, ob denn die Nachteile, die für die kurzen Freiheitsstrafen gelten nicht auch für über dreimonatige Gefängnisstrafen Gültigkeit haben könnten. Soweit solche Strafen ausschliesslich Vergeltungscharakter haben, ist in der Tat dem vorhin ausgeführten einzig beizufügen, dass bei längerdauerndem Freiheitsentzug sich die erwähnten Nachteile ebenfalls und zwar in potentiierter Form zeigen müssen. Zwar erteilt Art. 37 StGB den Vollzugsbehörden den Auftrag, erziehend auf den Gefangenen einzuwirken und ihn auf den Wiedereintritt in das bürgerliche Leben vorzubereiten. Allein, der Richter wird aus seiner praktischen Tätigkeit heraus erkennen müssen, dass der Erfolg dieser Anstrengungen an einem kleinen Orte ist. Immer wieder hat sich der urteilende Richter mit Tätern zu befassen, die bereits längere Strafen verbüsst haben.

Aber es wäre falsch, daraus nun bereits den Schluss ziehen zu wollen, die Resozialisierungsidee sei bestenfalls die durchaus diskussionswürdige aber wenig realistische Vorstellung unverbesserlicher Idealisten.

Ebenso unberechtigt sind Attacken gegen die Vollzugsorgane, welche heute von bestimmten Gruppierungen, allerdings mit klar erkennbaren politischen Hintergedanken, mit Vorliebe und kräftig unterstützt durch die Massenmedien geritten werden.

Vielehr gilt es zu überprüfen, ob der Besserungsgedanke überhaupt unter den bestehenden Verhältnissen zum Tragen kommen kann. Ist es denn überhaupt möglich, jemanden, der bisher nicht in der Lage war, mit der Gesellschaft und deren Ordnung ins Reine zu kommen, im Strafvollzug zu ändern? Ist es möglich, in der Isolation der Gefängnisse, in der notgedrungen, straffen Ordnung einer Vollzugsanstalt, jemanden auf eine Bewährung in der Freiheit und in der Gesellschaft vorzubereiten?

Diese Fragen müssen doch wohl verneinend beantwortet werden. Das meint wohl auch Prof. Schultz, wenn er ausführt, der schweizerische Strafvollzug könne dann wieder das ehemals hohe Ansehen erlangen, wenn er sich in Richtung einer sozialtherapeutischen Behandlung des Verurteilten entwickle⁽¹⁴⁾. Dass dazu gewaltige Anstrengungen und erhebliche Mittel notwendig sind, wird von den Verfechtern etwa der sozialtherapeutischen Anstalten in keiner Weise bestritten, aber im mehrfach zitierten Alternativentwurf wird zu Recht darauf hingewiesen, dass durch die Einsparungen, die durch den Wegfall der kurzen Freiheitsstrafen erzielt werden,

wie auch durch dafür entsprechend eingehende Bussen ein bedeutungsvolles Gegengewicht geschaffen werden könne.

Allein, diese Frage stellt sich gar nicht in dieser Form. Die Aufwendungen, die in unserer Gesellschaft für die Behandlung des physisch Kranken getätigt werden, werden dem Grundsatz nach kaum angefochten. Warum sollten nicht auch Aufwendungen für den in seinen sozialen Beziehungen gestörten Straffälligen sich rechtfertigen lassen. Behandlung statt Strafe, wo eine Behandlung notwendig ist.

- v. Und die gesetzlichen und durch die Praxis festgelegten Denkprozesse orientieren sich eben doch weitgehend am Vergeltungsprinzip, strafen einen Täter, weil er ein Dieb, ein Räuber, ein betrunkenen Autofahrer oder ein Verkehrsrowdie ist. Sie fragen wenig nach dem, was dazu geführt hat, dass ein Mensch stiehlt, rücksichtslos Auto fährt (und dazu gehört sicher auch das Fahren in angetrunkenem Zustande) oder sich gewaltsam Geldmittel verschafft. Und die Frage, was denn nun eigentlich ganz konkret getan werden sollte, um zu verhindern, dass eine Person weiter stiehlt, sich rücksichtslos im Strassenverkehr verhält oder gar Gewalt gegen Personen verübt, um zu ein bisschen Reichtum zu kommen, tritt dabei weitgehend in den Hintergrund.

Fragwürdig bleibt nicht bloss die Strafe, sondern auch das Zurechnungssystem. Zwar verlangt Art. 63 StGB, dass die Strafe nach dem Verschulden zuzumessen sei und dass dabei auch die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden müssen. Die tägliche Praxis zeigt jedoch, wie unendlich schwer es ist, die vom Gesetzgeber vorgegebenen Begriffe auch inhaltlich auszufüllen. Und beinahe ausgeschlossen ist es, das so mehr oder weniger glücklich zustande gekommene Strafmass mit der doch eigentlich bestehenden Absicht, den Rechtsfrieden wieder herzustellen, also den Täter mit der Rechtsordnung so auszusöhnen, dass er sie inskünftig respektieren wird, in Übereinstimmung zu bringen.

Eine Prozessführung in unterster Instanz zeichnet sich in der Regel durch besondere Hautnähe aus. Die Lokalitäten gerade im Bernischen Provisorium lassen die dem Gerichtsaal sonst oft anhaftende Sterilität vermissen. Das mag dann oftmals dazu führen, dass es gelingt, eine echte Kommunikation zwischen Richter und Angeeschuldigtem herzustellen. Gerade in den völlig formlosen ersten Einvernahmen, die häufig mit einem Urteil ohne Hauptverhandlung abgeschlossen werden, erhält der Richter aus den spontanen, durch äussere Einflüsse, wie eben Formalitäten, Sitz- und Rangordnung und Fachsprache, wenig beeinträchtigte Äusserungen der Angeschuldigten, eine Ahnung von dem was hinter der Delinquenz eines Täters stehen könnte. Zeit und Wissen fehlen dann allerdings, um dies Vermutungen zu vertiefen, ein echtes Bild von den Problemen und Nöten des zu Beurteilenden zu erhalten. Abgesehen davon, dass

es in solchen Fällen recht unbequem ist, einem Gegenüber zu eröffnen, dass er nun so oder soviel Tage im Gefängnis zuzubringen habe, bleibt doch auch bei mangelhafter Kenntnis der eigenen Hintergründe die Überzeugung, dass eigentlich etwas anderes getan werden müsste, als das Gesetz hier vorsieht. Und es reift im Richter eben die Gewissheit, dass es unklug ist, einen Täter zu strafen, weil er eine Rechtsnorm verletzt hat, die strafrechtlich abgesichert ist. Es drängt ihn vielmehr etwas zu tun, um mitzuhelfen, den Konflikt, in dem sich ein Straftäter befinden kann, zu lösen.

Wie dargelegt, ist der Richter gehalten, den Täter nach seiner Tat zu beurteilen, eine Stufe auszufällen, weil eine Tat begangen worden ist. Das richterliche Tun ist demnach, zumindest wenn von Art. 63 StGB ausgegangen wird, retrospektiv vergeltend und kann den Täter und die Hintergründe die zum Delinquieren führen, nur ungenügend berücksichtigen. Durch die Bestimmungen von Art. 41 ff. StGB wird dem Richter auch zukunftsgerichtetes Tätigwerden ermöglicht. Bei der Frage nach der Gewährung des bedingten Strafvollzugs ist zwar nach den gesetzlichen Bestimmungen vorab die Entscheidung zu fällen, ob der Täter allein durch die Gewährung des bedingten Strafvollzugs vor weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten werde. Der Richter wird bei seinen Überlegungen aber oftmals gerade vom andern Ende her vorgehen, er wird sich nämlich fragen, ob es denn wirklich unumgänglich nötig sei, dass eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen werde, ob denn eine unbedingte Freiheitsstrafe auch wirklich etwas nütze. Wie bereits früher eingehend dargetan, wird bei den kurzen Freiheitsstrafen diese Frage verneint werden müssen. Stehen der Gewährung des bedingten Strafvollzuges nicht formelle Gründe entgegen, wird der Richter wohl alles daran setzen, eine erneute Gewährung des bedingten Strafvollzuges irgendwie begründen zu können. Dass das oft schwer fällt, braucht nicht ausführlich erläutert zu werden. Der Richter kann ja in seinen Begründungen nicht ausführen, zwar dürfte eigentlich der bedingte Strafvollzug nicht mehr gewährt werden, da ja die erneute Tatbegehung kaum auf eine besonders günstige Prognose schließen lasse. Da aber ja auch eine Strafverbüßung an dieser Prognose nichts ändere, müsse erneut der bedingte Vollzug angeordnet werden. Allein, die Einsicht in Vorakten bei wiederholt delinquierenden Tätern belegt, dass immer wieder eine Begründung für die Anwendung von Art. 41 StGB gefunden wird und dass diese Begründung auch von der Staatsanwaltschaft akzeptiert wird. Ausnahme bildet natürlich hier das Führen eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustande. Darauf wurde bereits hingewiesen.

Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gibt aber dem Richter noch weit bedeutungsvollere Möglichkeiten, prospektiv zu wirken. Die Möglichkeit, Schutzaufsicht anzuordnen und mit dem bedingten Strafvollzug Weisungen zu verbinden, öffnet ein weites Feld, das bis heute auch noch nicht annähernd ausgesteckt worden ist.

Die Weisung, sich einer ambulanten Behandlung zu unterziehen, die Weisungen der behandelnden Ärzte oder Fürsorger zu befolgen, keinen Alkohol zu trinken oder gar während der Probezeit eine bestimmte positive Leistung zu erbringen, sind eindeutig zukunftsgerichtet, haben keinen Vergeltungsbeigeschmack und berücksichtigen die vom Angeschuldigten begangene Tat nur insoweit, als sie Schlüsse auf die möglichen Hintergründe der Delinquenz zulässt. Der Gesetzgeber hat sich hier, vermutlicherweise ohne sich dessen voll bewusst zu sein, von dem, das geltende Strafrecht doch weitgehend beherrschenden Vergeltungs- oder idealisierender ausgedrückt Sühnestrafrecht entfernt. Aber auch die Bestimmungen in Art. 43 und 44 StGB lösen sich mindestens teilweise aus dem System. Die Behandlung des psychisch Kranken, des Alkoholikers oder des Drogenabhängigen ist auch schon vom Gesetzestext her gesehen zukunftsgerichtet. Wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich durch geeignete Behandlung die Gefahr weiterer mit Strafen bedrohten Taten verhindern oder auch nur vermindern lasse, dann ist eine solche Behandlung anzuordnen.

Der erstinstanzliche Strafrichter sieht sich bei seiner beschränkten Spruchkompetenz vorwiegend mit Fällen konfrontiert, da eine ambulante Behandlung zweckmässig und angezeigt ist. Obwohl die ober- und höchstinstanzliche Praxis das Gegenteil zur Regel erhoben hat, wird dabei, wenn eine unbedingte Strafe ausgesprochen werden muss, diese aufgeschoben werden. Die Auffassung, dass Behandlung und Strafe nebeneinander Bestand haben sollen, bringt klar zum Ausdruck, dass hier eine Mentalität vorherrscht, die sich auch in solchen Fällen wo Behandlung ganz einfach angezeigt ist, nicht vom Vergeltungsdenken lösen kann. Nach herrschender Lehre und Praxis haben Strafe und Massnahme nebeneinander oder nacheinander die Regel zu bilden, Aufschub der Strafe nur, wo eine Strafverbüssung den Erfolg der Behandlung erheblich gefährden könne. Die Strafe nützt zwar nichts, es muss ja schliesslich behandelt werden, aber ein wenig Strafe kann nichts schaden. Eine Denkweise, die neben der Einsicht in die Notwendigkeit einer Behandlung auch das auf die Tat gerichtete Vergeltungsdenken nicht über Bord werfen kann, versucht, eine Synthese zwischen Strafe und Resozialisierung zu finden.

Wie erwähnt, die erstinstanzliche Praxis unterscheidet sich auch hier von dem, was in oberinstanzlichen und höchstinstanzlichen Entscheidungen präjudiziert worden ist. Und es darf auch hier betont werden, dass bei weitem nicht gegen jeden entsprechenden Entscheid durch die Staatsanwaltschaft appelliert wird.

VI.

Versuchen wir die Gedanken, die nun von der praktischen Tätigkeit her, wenig wissenschaftlich fundiert und vielleicht auch zu wenig wissenschaftlich vorgetragen wurden, auf ihren Kern hin zu untersuchen.

Die Ladendiebin, die zum zweiten oder x-fachen Mal in einem Warenhaus der Versuchung nicht widerstehen konnte, der junge Mann, der zum wiederholten Male sich entblösst Kindern präsentiert hat, der Arbeitslose, der seinen Unterhaltsverpflichtungen der geschiedenen Frau und seinen Kindern gegenüber nicht nachgekommen ist, der Wirrkopf, der sich weigert, den Militärpflichtersatz zu bezahlen, sie alle sollen den Richter mehr beschäftigen als die Tat, die ihnen vorgeworfen wird. Und auch der Führer eines Motorfahrzeuges, der ungeachtet des früheren Hinweises auf die Ausfällung einer unbedingten Strafe im Wiederholungsfalle, erneut angetrunken gefahren ist, sollte weit mehr im Vordergrund stehen als seine Handlungsweise.

Diese ist, es wurde bereits gesagt, nur insoweit zu berücksichtigen, als sie Rückschlüsse auf die Person des Täters zulässt.

Dabei wird es dem Richter ganz unweigerlich passieren, dass er beginnt die Täter zu typisieren. Die Typisierung erfolgt dabei aber nicht nach den begangenen Straftaten, sie ist vielmehr eine Art kriminalpolitische Typologie. Sie orientiert sich an der Beantwortung der Frage, was mit einem Täter zweckmässigerweise zu geschehen habe, dass die Gefahr erneuten Delinquierens möglichst ausgeschaltet werden könne. Eine Typologie also, die ein eindeutiges Schwergewicht in spezialpräventiver Hinsicht hat.

Das ist einmal die Kategorie der in jeder Beziehung bisher Unauffälligen. Der erstmals beim angetrunken Fahren erwischte, sozial angepasst, in geordneten Familienverhältnissen und gesicherter, beruflicher Position Lebende. Oder der oder die Ladendiebin, erwischt beim erstmaligen Versuch, es den andern gleichzutun, unauffällig, sich selber nicht mehr verstehen könnend, aber gesund, ohne offensichtliche Probleme, vielleicht im entsprechenden Moment des Versagens unter besonderem Druck stehend. Oder der, der es ganz einfach vergessen hat, seinen Militärpflichtersatz zu bezahlen, vielleicht ein wenig unordentlich, nachlässig in finanziellen Belangen, aber kaum, dass ihm seine Unterlassung bewusst geworden ist, zum Sektionschef eilend. Da gibt es auch den Motorfahrzeuglenker, der eine Verkehrsregel verletzend, eine Person schwer verletzt oder getötet hat, erschüttert über die Folgen seiner Nachlässigkeit, bemüht soweit als möglich wieder gutzumachen.

Man könnte diese Gruppe als die Gruppe der Unauffälligen, strafempfindlichen und strafeinsichtigen, sozial angepassten Täter bezeichnen.

Schon die Tatsache, dass sie in ein Strafverfahren, verwickelt wurden, vor dem Richter zu erscheinen hatten, wird sie zeit lebens beeindrucken. Auch das persönliche Erleben des doch völlig unzeremoniellen bernischen Strafprozesses wird sie kaum mehr loslassen. "Dabei ist die sanktionierende Wirkung, die allein

in der Durchführung eines Strafverfahrens liegt, nicht zu übersehen", ein Zitat aus dem AT Bd. 1 von Prof. Schultz.

Man kann sich fragen, ob es hier überhaupt noch einer Sanktion bedürfe, ob nicht allein das Durchmachenmüssen, das Erleben- und Durchstehenmüssen eines Prozesses unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention, staatliche Reaktion genug ist. Verschiedene ausländische Strafrechtsordnungen bejahen dies offenbar, wenn sie die Möglichkeit des Verzichts auf eine Aussprechung einer Strafe vorsehen⁽¹⁵⁾. Der Verzicht auf eine Sanktion hätte zudem einen weiteren, nicht unbedeutenden Vorteil. Es kann sich nämlich durchaus im Nachhinein zeigen, dass die Persönlichkeitsqualifikation, die der Richter, gestützt auf wenig Material und basierend auf einem doch recht kurzen persönlichen Eindruck, vorgenommen hat, sich als unrichtig erweist, was tatsächlich auch oft bei Ladendiebinen der Fall ist. Die eingehende Persönlichkeitsabklärung, die vielleicht mit dem Schluss auf Anordnung einer Massnahme endet, wird dann zeigen, dass das Aussprechen einer Strafe beim ersten Fall falsch war. In allen diesen Fällen müsste eigentlich dann auch ein Wiederaufnahmeverfahren durchgeführt werden, was in der Tat zu Gunsten des Verurteilten gelegentlich durch die Staatsanwaltschaft getan wird. Art. 41 Ziff 3, Abs. 4 hat allerdings in neuerer Zeit ein solches Wiederaufnahmeverfahren etwas verdrängt.

Jedenfalls würde sich in solchen Fällen der Verzicht auf eine Sanktion rechtfertigen. Verfahren und Verfahrenskosten belasten genug. Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs als Ausdruck der Hoffnung des Richters, der Verurteilte tue es nie wieder, wird zur Androhung einer Übelzufügung im Falle eines erneuten Versagens. Was dann, wenn im Wiederholungsfall gestützt auf Art. 41, Ziff. 3 StGB widerrufen werden sollte. Nicht jedesmal kann dann einfach der leichte Fall und Aussicht auf Bewahrung begründet werden. Dieser Verzicht auf die Ausfällung einer Sanktion ist sicher dann überlegenswert, wenn sich als Alternative nur eben eine kurze Freiheitsstrafe anbietet. Ist die Möglichkeit gegeben, eine Busse auszufällen, dann wäre mit Sicherheit dann von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, wenn das Bezahlen des Bussenbetrages eine besondere Wiedergutmachungskomponente haben würde. Das könnte damit erreicht werden, dass Bussgelder für ganz bestimmte Zwecke verwendet werden müssten, etwa gerade zur Finanzierung von Institutionen des Massnahmenvollzugs.

Die Übelzufügung läge in solchen Fällen einzig im Durchmachenmüssen des Verfahrens, würde aber doch dominiert durch die Wiedergutmachungsleistung.

Wie auch immer hier nun entschieden wird oder eben entschieden werden muss, diese Gruppe von Straftätern bereitet weitaus die wenigsten Probleme, die gesetzliche Lösung gibt dem Richter, wenn auch nicht gute, so doch befriedigende Möglichkeiten.

2. Gruppe

Eine Untergruppe dieser eigentlich Problemlosen, in Anführungszeichen gesetzt allerdings, bleibt die Zahl derer, die nicht zum ersten Mal mit dem Gesetz in Konflikt kommen. Der rückfällige angetrunkene Fahrer, der vielleicht sogar noch während der Probezeit erneut delinquent, die erneut in einem Warenhaus fremde bewegliche Sachen behändigende Hausfrau, der den Militärpflichtersatz erneut Vergessende. Es soll nicht verschwiegen werden, dass das hier die eigentliche Problemgruppe ist. Die gesetzliche Lösung ist klar. Es muss nicht zwingend eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen werden, es sei denn formelle Gründe würden entgegenstehen. Und das ist in der Regel beim Einzelrichter in Strafsachen nicht der Fall. Es kann also erneut der bedingte Strafvollzug gewährt werden, und von dieser Möglichkeit wird, es wurde bereits erwähnt, ausgiebigst Gebrauch gemacht. Aber was, wenn selbst bei nachgiebigster Interpretation eine gute Prognose einfach nicht mehr gestellt werden kann? Die geltende gesetzliche Lösung ist die kurze Freiheitsstrafe, über deren Problematik bereits eingehend gesprochen wurde. Es bleibt aber in der Praxis die Notwendigkeit, dass auf eine erneute Normverletzung irgendeine staatliche Reaktion erfolgen muss.

Als Alternativen bieten sich hier einmal die Bussen mit Tages-, Wochen- oder Monatsansätzen, die Laufzeitgeldstrafe an. Der Alternativentwurf versteht diese Laufzeitgeldstrafe als Eingriff in die persönliche Entfaltungsmöglichkeit, letztlich in die Freiheit des Betroffenen, ohne eigentlichen Freiheitsentzug, Reduktion der verfügbaren Geldmittel mit der Folge der Notwendigkeit der massiven Einschränkung. Auf die Problematik einer solchen Busse kann hier nur hingewiesen, nicht aber darauf eingetreten werden.

Was hat etwa zu geschehen, wenn die Busse nicht bezahlt wird, bleibt hier nicht doch als ultima ratio der Freiheitsentzug? Ist nicht in jedem Fall der finanziell Leistungsstarke bevorzugt, auch wenn die gegen ihn ausgefallte Busse ein Mehrfaches dessen darstellt, was ein finanziell Schwächerer zu erbringen hat, stehen dem Starken doch Reserven zur Verfügung und besteht für ihn auch die Aussicht, die über einige Zeit erlittenen Einbussen bald wieder einzuholen. Fragen, die aber die Idee an sich nicht tangieren.

Daneben wird auch die Erbringung einer positiven Leistung als Wiedergutmachungsversuch erwähnt, auch hier eine Idee, die nicht über alle Zweifel erhaben ist. Durchsetzbar und durchführbar ist diese Anordnung von Arbeitsleistungen, dann, wenn auch die Nachfrage in der Gesellschaft für solche Leistungen besteht, was wohl heute nicht nur in der Schweiz der Arbeitslosigkeit wegen kaum der Fall sein dürfte. Die Vorstellung, man könne Verkehrssünder ganz einfach in Notfallstationen von Spitälern unterbringen, damit sie dort die möglichen Folgen ihres gefähr-

lichen Tuns erkennen, und dabei auch noch nützliche Arbeit erbringen könnten, geht an der Tatsache vorbei, dass beim entsprechenden Verurteilten die Möglichkeiten für solche Leistungen kaum vorhanden sein dürften. Es kann denn auch nicht erstaunen, dass auf Seiten der Spitäler nicht gerade grosse Begeisterung für diese Idee zu finden ist. Auch die übrige Arbeit in Spitälern oder Leistungen in Heimen, Betreuung von Alten, Behinderten oder Kranken schlechthin, setzt neben der Bereitschaft zu einer solchen Leistung auch Vorkenntnisse und bestimmte Fähigkeiten voraus.

Die Verpflanzung eines Arbeitnehmers aus einer Umgebung und einem Arbeitsbereich, wo er vielleicht dringend benötigt würde, in eine andere, wo unter Umständen dadurch der Arbeitsplatz eines andern gefährdet wird oder gar verloren geht, bringt mehr Nachteile als Vorteile.

Aber überprüfenswert ist diese Idee immerhin, und es würde sich zumindest rechtfertigen, darüber intensiv nachzudenken und nach Möglichkeiten der Ausmerzung der unbestrittenermassen bestehenden Nachteile zu suchen.

Der reine Freiheitsentzug bleibt denn hier quasi als letzte Lösung, wenn alles andere versagt hat. Nichtleisten der Busse oder der Arbeitsleistung wird so zum Ausdruck der Einsichtslosigkeit, und dieser mangelnden Einsicht wegen folgt dann der Freiheitsentzug. Die Gefängnisstrafe wird hier dann nicht zur Vergeltung der begangenen Tat, sondern sie vergilt die durch die Ablehnung von Busse oder Arbeitsleistung dokumentierte Unbelehrbarkeit.

Wege jedenfalls zum Ersatz der fragwürdigen kurzen Freiheitsstrafe sind aufgezeigt, ein einfaches sich Abfinden mit dem status qua ohne Überdenken der Alternativmöglichkeiten wäre wohl etwas gar bequem.

Ich komme zu einer Dritten Gruppe.

Weit häufiger, als man gemeinhin vermuten könnte, wird sich auch der Richter mit beschränkter Spruchkompetenz mit Straftätern zu befassen haben, die nicht mehr so einfach als in der Norm liegend bezeichnet werden können.

Der neunzehnjährige Abkömmling einer jenischen Familie etwa, der zum wiederholten Male und immer wieder unter Alkoholeinfluss einen Zigarettenautomaten aufbricht, der Fahrzeuge entwendet und sie angetrunken führt, gewalttätig und drohend gegen Beamte auftritt. Oder die bereits mehrfach erwähnte Ladendiebin, die, seelisch krank, stiehlt, um die Aufmerksamkeit der Umwelt auf sich zu lenken, die handelt, weil sie nur so von der Umgebung überhaupt wahrgenommen wird.

Der Drogenkonsument, der im Vorbeigehen sich die Nahrungsmittel für die nächsten Tage aus einer Ladenauslage beschafft. Ja der

Drogenkonsument schlechthin, der sich in der Regel mit seiner Umwelt nicht versöhnen kann, in ständigem Konflikt mit sich und den andern steht. Aber auch weniger deutlich nicht "Normale" müssten in diese Gruppe eingeordnet werden.

Der 24jährige, zum Beispiel, der zum vierten Male wegen Diebstahls vor dem Richter steht, sich einer Rockergruppe angeschlossen hat, ohne Beziehungen zur Familie lebt, der Mühe hat, Arbeitsstellen zu finden, und insbesondere gefundene Arbeitsstellen auch zu halten, dem man dann unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessung leicht vorzuhalten geneigt ist, dass er arbeitsscheu und liederlich sei. Mit Menschen solcher oder ähnlicher Prägung hat sich allerdings der Einzelrichter in Strafsachen nur gelegentlich zu befassen, dann etwa, wenn der Täter bereits nach einer ersten Tat gefasst wurde und sich nicht erneut eine Tatenreihe bilden konnte. Aber bei den Gerichten mit höherer Spruchkompetenz sind Täter dieser Art die grosse Regel, erstmalige und nicht in diese Kategorie gehörende die grosse Ausnahme.

Allen diesen Delinquenten ist eines gemein : sie sind in ihrer Beziehung zur Umwelt gestört. Der Grund kann in einer offensichtlichen psychischen Erkrankung bestehen. Offensichtlich in dem Sinne, dass auch dem Strafrichter diese Krankheit ersichtlich ist oder durch den Facharzt ersichtlich gemacht werden kann.

Die Störung kann aber auch schwieriger erkennbar liegen, so dass man geneigt ist zu erklären, der Täter sei in seiner sozialen Haltung schwer gestört, es handle sich um einen Asozialen.

Alkoholismus, in der Regel als Sekundärererscheinung, Abhängigkeit von Drogen auch hier wohl kaum Primärererscheinung, sind ausgesprochen häufig gerade in der Praxis des Einzelrichters in Strafsachen.

Bei solchen Alkohol- oder Drogenabhängigen, aber auch bei psychisch Kranken steht auch im positiven Recht bereits heute die Behandlung im Vordergrund. Zwar beherrscht das dualistisch-vikariierende System die geltende Regelung, in der Praxis hat sich aber doch eigentlich eine Art richterlicher Monismus herausgebildet. Darauf wurde bereits früher hingewiesen.

Dass man aber auch den nicht so offensichtlich Kranken behandeln und weniger bestrafen sollte, kommt ansatzweise bereits in Art. 37 StGB zum Ausdruck. Vorbereitung auf den Wiedereintritt in das bürgerliche Leben mit entsprechender Erziehungseinwirkung ist dieser Formulierung Ansatz zu sozialtherapeutischer Behandlung. Denn wie anders sollte bei derart gestörten Tätern eine solche Versöhnung mit der Sozialordnung erzielt werden können, als eben gerade durch entsprechend zielgerichtete Einflussnahme. Die Frage bleibt allerdings, ob Gefängnisse überhaupt, selbst bei fortschrittlichster Struktur, die geeignete Umgebung für ein solches Einwirken sein können.

Eine letzte Kategorie von Straftätern erscheint vor dem Richter mit geringer Spruchkompetenz nicht. Es ist dies der auch sonst seltene für die Gemeinschaft als gefährlich erkannte Täter. Dass bei solchen Tätern das Schutzbedürfnis der Gesellschaft überwiegt, überwiegen muss, bedarf nicht besonderer Begründung. Der Freiheitsentzug ist hier aber nicht mehr Strafe, er ist ausschliesslich Massnahme zum Schutze der Gesellschaft. Er kann die letzte Station für einen Straftäter sein, der bereits die übrigen Stufen, ohne sichtbaren Besserungserfolg durchlebt hat. Es kann aber auch erste und zugleich vorläufig letzte Station sein für Täter, die durch ihre Tat ihre Gemeingefährlichkeit zum Ausdruck gebracht haben. Ein bereits früher erfolgter Freiheitsentzug darf dabei nicht Voraussetzung zur Anordnung der Massnahmen bilden. Ebenso wenig scheint es gerechtfertigt, aus der Anhäufung von für sich alleine genommen, an sich relativ harmlosen Taten auf Gemeingefährlichkeit zu schliessen. Die Frage bleibt allerdings, was mit solchen immer wieder straffällig gewordenen und nicht mehr behandelbaren Aussenseitern geschehen soll. Limitierter Freiheitsentzug eben doch auch hier als ultima ratio. Mit dieser Aufgliederung sind, so scheint mir, die wesentlichen Tätergruppen erfasst.

VII.

Aus diesem Versuch einer Typologie lässt sich eine grundsätzliche Unterteilung herauslesen. Es ist dies die Unterteilung in behandlungsbedürftige und nicht behandlungsbedürftige, resp. nicht behandlungsfähige Täter. Diese Unterteilung verlangt denn auch eine Schlussfolgerung. Es gilt zu behandeln, wo eine Behandlungsbedürftigkeit besteht. Es darf der nicht bestraft werden, der behandelt werden muss.

Anders ausgedrückt : Eine vernünftige Strafe darf nur dort ausgefällt werden, wo diese Strafe auch verstanden werden kann, wo ein Wiedergutmachungsbedürfnis vorausgesetzt werden darf und wo eine Strafe auch heilsame Wirkung haben kann. Und es darf nicht bestraft werden, wenn behandelt werden muss und es hat auch wenig Sinn zu behandeln, wenn es an der Behandlungsfähigkeit fehlt.

Alle diese Einsichten entstanden aus der täglichen Konfrontation mit Straftätern, schaffen für den Strafrichter einen Konflikt, der häufig nicht lösbar ist.

Er muss strafen, obwohl er am Sinn gerade der vom Gesetz vorgegebenen Strafe zweifelt. Er kann die Behandlung nicht anordnen, obwohl eine solche dringend notwendig wäre. Er hat sich über Verschulden auszulassen und unter anderm daraus ein Strafmass festzulegen, das er selbst wohl nur im Vergleich zu analogen Fällen zu begründen vermag. Er sollte den Begriff Ver-

schulden ausfüllen und kann es nicht.

Er muss strafen, obwohl er helfen möchte. Das Dilemma des Richters beim Strafen.

Was bleibt dem Richter zu tun? Er kann sich mit der konservativen Lösung abfinden, kurze Freiheitsstrafen unbedingt aussprechen, kurz : praxiskonform entscheiden. Es bleibt ihm auch unbenommen, dem Strafrecht den Rücken zuzukehren, abzuwandern in das, so wird behauptet, mehr juristische Fähigkeiten voraussetzende Zivil-oder Verwaltungsrecht.

Er kann aber auch versuchen, mit dem Instrumentarium auszukommen, das ihm der Gesetzgeber heute bietet und dabei ein möglichst hohes Mass an eigenen Vorstellungen in seine Urteile hineinzu-tragen.

Die Möglichkeiten dazuseien hier noch einmal erwähnt :

Ausfällung von Bussen, wo immer das Gesetz diese Strafart neben einer Freiheitsstrafe wahlweise vorsieht.

Kein Überbewerten von geringen und geringsten Verstössen gegen zweitrangige Rechtsnormen.

Gewährung des bedingten Strafvollzugs wo immer möglich, allenfalls verbunden mit zweckmässigen Weisungen und nötigenfalls Anordnung von Schutzaufsicht.

Anordnung von ambulanter oder, wo nötig, stationären Behandlung unter gleichzeitigem Aufschub des Strafvollzugs, und zwar immer dort, wo eine Behandlung erforderlich ist.

Berücksichtigung aller entlastender Momente und insbesondere der vom Täter nicht zu verantwortenden Störung seiner sozialen Beziehungen, bei der Festlegung des Strafmasses vor allem dann, wenn der bedingte Strafvollzug einfach nicht gewährt werden kann.

Und schliesslich ist dem Strafrichter unbenommen, von einer weiteren Möglichkeit Gebrauch zu machen. Er kann mit seinen Einsichten an die Öffentlichkeit gelangen. Bereits die Tatsache, dass heute vermehrt und ausführlicher über die Tätigkeit des Strafrichters in der Tagespresse berichtet wird, kommt ihm dabei entgegen. Darüber hinaus sollten alle Gelegenheiten zum Weitergeben von gewonnenen Erkenntnissen genutzt werden.

Es geht dabei darum, den Gesetzgeber, faktisch also den Parlamentarier, mit der Rechtswirklichkeit und ihren Erfordernissen vertraut zu machen. Vielleicht kann so erreicht werden, dass sinnvollere und anwendbarere Gesetze geschaffen werden.

Über all den nun angestellten Überlegungen gilt es den eingangs geschilderten, alltäglichen und wenig spektakulären Fall - und solche sind ja in der täglichen Praxis in der Überzahl - nicht zu vergessen.

Hans Z. müsste eigentlich mit einer strengen unbedingten Freiheitsstrafe bestraft werden.

Allein auch in einem unbedeutenden und wenig spektakulären Fall müssen die hier nun angestellten Überlegungen ihren Niederschlag im Urteil finden. Der Richter muss gerade hier versuchen, das Strafenmüssen und das Helfenwollen irgendwie in Übereinstimmung zu bringen.

Entgegen der zu strengen Praxis wurde der bedingte Strafvollzug gewährt, verbunden mit einer recht empfindlichen Geldstrafe. Die eigenen Bemühungen vom Alkohol loszukommen wurden durch flankierende Vorkehrungen gestützt : Anordnung von Schutzaufsicht und die Weisung, die eingegangene Abstinenzverpflichtung während der Probezeit durchzuhalten.

Lassen sie mich zusammenfassen :

Muss Strafe denn unbedingt sein, ginge es nicht ohne? An der Tatsache, dass die Gesellschaft auf Verletzungen wesentlicher Normen, die sie sich gegeben hat, reagieren muss, wird man nicht leichtfertig vorbeigehen können. Eine Reaktion auf Rechtsverstöße muss erfolgen, will man überhaupt, dass eine bestimmte Rechtsordnung von den einzelnen Gliedern der Gesellschaft auch Ernst genommen wird. Die Frage ist nur, wie dieses Ernstnehmen wohl am besten erreicht werden kann. Ich glaube weder an die Wirkung von strengen Strafandrohungen noch an die von im Einzelfalle ausgefallten strengen Strafen, weder für die Betroffenen selbst noch für die Allgemeinheit.

Und davon, dass es keine dümmere Strafe geben kann, als den zeitlich begrenzten Freiheitsentzug ohne Resozialisierungsauftrag, bin ich vollends überzeugt.

Der Freiheitsentzug ist nur da sinnvoll, wo entweder das Schutzbedürfnis der Gesellschaft dominiert, oder wo wenigstens in einer ersten Phase die Beschränkung der Bewegungsfreiheit zum Anlaufenlassen von therapeutischen Massnahmen notwendig ist. In allen übrigen Fällen mag zwar das Rachebedürfnis der Gesellschaft befriedigt werden, zur Erhaltung der Rechtsordnung wird aber überhaupt nicht beigetragen.

Sinnvolle Strafe kann sein, und sinnvoll ist eine Strafe, wenn sie wirksam ist.

Wirksam ist nach mehr Meinung eine Strafe dann, wenn sie gerade noch so viel Übelszufügung enthält, dass dem Rechtsgenossen genügend klar wird, dass auf der Einhaltung von bestimmten wesentlichen Rechtsnormen bestanden wird, und wenn sie andererseits so wenig Übelszufügung in eine erneute Delinquenzlatenz gerät. Dabei darf diese Möglichkeit des Strafens nur als eine Möglichkeit in einem ganzen System gesehen werden. Sie muss flankiert sein von Massnahmen zur Behandlung des Behandlungsbedürftigen einerseits und von Methoden und Vorkehrungen, die eine möglichst hohe Aufklärungsquote garantieren, andererseits. Soviel Hilfe durch Behandlung und Abschreckung durch Verbrechensaufklärung wie möglich, sowenig Strafe wie unbedingt notwendig.



DEVIANCE et SOCIÉTÉ

COMITE DE REDACTION

J. BERNHEIM

Université de Genève

M. COLIN

Université Claude-Bernard de Lyon

C. DEBUYST

Université Catholique de Louvain

C. FAUGERON

Service d'Etudes Pénales

et Criminologiques

(E.R.A. - C.N.R.S.), Paris

L. HULSMAN

Erasmus Universiteit te Rotterdam

G. KELLENS

Université de Liège

P. LASCOUMES

Service d'Etudes Pénales

et Criminologiques

(E.R.A. - C.N.R.S.), Paris

L. VAN OURIVE

Katholieke Universiteit te Leuven

Ch. N. ROBERT

Université de Genève,

Directeur scientifique

Ph. ROBERT

Universités de Bordeaux I et Paris 2

Service d'Etudes Pénales

et Criminologiques

(E.R.A. - C.N.R.S.), Paris

R. ROTH

Université de Genève

F. BRICOLA

Università di Bologna

Membre correspondant

P. LANDREVILLE

Université de Montréal

Membre correspondant

A. NORMANDEAU

Université de Montréal

Membre correspondant

Etude du contrôle de la déviance dans la société

Ont déjà paru :

- des études sur la *criminalité d'affaires* et sa répression, la signification des *statistiques* et leurs conditions d'emploi, le *langage de la justice*, la *prison*, son histoire et son régime actuel, les *criminologies* postérieures à 1970, la *violence* et le discours qu'on tient sur elle, la *justice et l'opinion*, le *travail social*, les *boutiques de droit*, etc.
- des débats entre tenants de positions opposées sur un problème d'actualité : *justice et psychiatrie*, *presse* et *criminalité*, *protection de la jeunesse*, etc.
- des synthèses bibliographiques sur des thèmes touchant à la déviance : *administration de la justice*, *police*, *représentations de la justice*, etc.

éditions médecine et hygiène genève

78, avenue de la Roseraie
Case 229, CH 1211 Genève 4