

# Der gesetzliche Auftrag des Strafvollzugs

Autor(en): **Bauhofer, Stefan**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **13 (1987)**

Heft 2

PDF erstellt am: **12.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1046905>

## **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.

## DER GESETZLICHE AUFTRAG DES STRAFVOLLZUGS \*)

Stefan Bauhofer, Ferenbalm

### 1. Strafzwecke im Widerspruch

Wer sich mit dem gesetzlichen Auftrag des Strafvollzugs befasst, greift zum Strafgesetzbuch. Fündig wird man in Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1, der sich eindeutig zum Gedanken der Resozialisierung bekennt: "Der Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafe soll erziehend auf den Gefangenen einwirken und ihn auf den Wiedereintritt in das bürgerliche Leben vorbereiten."

Gewiss - diese Formulierung atmet den Geist der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, aber der Jurist ist zuversichtlich, dass er daraus mit Hilfe der zeitgemässen Auslegung und gestützt auf die Rechtsprechung eine eindeutige Aussage und verbindliche Anweisung an die Strafgerichte und die Vollzugspraxis gewinnen kann. Bei näherer Beschäftigung mit dem Thema schwindet diese Zuversicht, und es tauchen vielerlei Bedenken auf, die wohl darauf zurückzuführen sind, dass es der Gesetzgeber vermieden hat, sich zu einer **unmissverständlichen Haltung** durchzuringen. Von inneren Widersprüchen, deren Hintergründen und Konsequenzen soll im folgenden die Rede sein.

Dabei gehe ich mit SCHULTZ davon aus, dass der Besserungs- oder Resozialisierungsgedanke von grundlegender Bedeutung ist.<sup>1)</sup> In Ermangelung einer breiteren Abstützung der kriminalpolitischen Grundhaltung des Gesetzes konnte sich jedoch eine Rechts- und Vollzugspraxis entwickeln, die anderen als spezialpräventiven Strafzwecken Raum gab. Abzulesen ist dies an Urteilen, die nach ihrem Gehalt und den sich daraus ergebenden Konsequenzen dem Wiedereingliederungsauftrag zuwiderlaufen, oder die - zwar fast bei-

läufig und doch explizit - andere Strafzwecke, im Gesetz nicht genannte, erwähnen. Schliesslich drückt sich die widersprüchliche Haltung auch darin aus, dass es der Strafrechtspflege an einer allgemeinen Grundüberzeugung über den vorrangigen Zweck der Strafe fehlt.

Zur Kategorie von Urteilen, die in ihrem Ergebnis in einem inneren Widerspruch zum Wiedereingliederungsauftrag stehen, gehören etwa folgende: Immer wieder kommt es vor, dass Täter zu unbedingten Freiheitsstrafen verurteilt werden, die eigentlich gar keiner Resozialisierung bedürfen, weil seit der Tatbegehung viele Jahre verflossen sind und der Täter wieder völlig in die Gesellschaft integriert ist, vielleicht sogar für den materiellen Schaden gänzlich oder teilweise aufgekommen ist oder sich mit dem Opfer sogar versöhnt hat 2).

Bei den Urteilen, die sich ausdrücklich zu anderen Strafzwecken als dem der Resozialisierung bekennen, seien folgende Bundesgerichtsentscheide erwähnt: In BGE 77 IV 134 sprach das Bundesgericht vom "Sühnezweck der Strafe", in BGE 90 IV 60 war vom "Sühne- und Abschreckungszweck" die Rede und in BGE 94 IV 58 taucht neben dem Begriff der Sühne, auch jener der "Vergeltung" auf. In BGE 98 IV 202 wurde festgehalten, dass die Strafe "in erster Linie eine Resozialisierung des Täters" und damit einen Schutz vor künftigen deliktischen Handlungen bezwecke. In BGE 102 IV 73 finden wir schliesslich eine andere, entgegengesetzte Akzentuierung: Das Gesetz belaste den Täter "im Interesse gerechter Sühne und Sicherheit der Gesellschaft". Neuere Urteile schweigen sich über den Zweck der Strafe aus. 3)

Wer schliesslich von einer herrschenden Rechtsüberzeugung spricht, sollte dies ebenso belegen können wie jener, der ihre Existenz verneint oder auf die Pluralität der Auf-

fassungen verweist. Solche Beweise fallen nicht leicht. Auch das Bundesgericht begnügt sich oft mit einem pauschalen Verweis auf eine "allgemeine Rechtsauffassung". 4) Es operiert mit diesem verschwommenen Begriff in reichlich arbiträrer Weise, offensichtlich mit der Absicht, juristisch wenig Gesichertem oder Umstrittenem den Anschein der Verwurzelung in Grundüberzeugungen der Bevölkerung zu geben. Das ist nicht ungefährlich, weil dieser Rückgriff - ähnlich verhält es sich mit dem sogenannten "gesunden Volksempfinden" - auf schwankendem Boden steht. Rechtsvergleichung und Strafrechtsgeschichte lehren uns, dass Rechtsauffassungen keineswegs so "allgemein" und überdies stetem Wandel unterworfen sind.

Wie merkwürdig ambivalent "allgemeine Rechtsauffassungen" sein können, zeigt sich an den erbittert geführten Auseinandersetzungen um die Todesstrafe im Vorfeld der Abstimmung über das Schweizerische Strafgesetzbuch und später dem Wiederaufflackern dieser Diskussion in den 50er Jahren. 5) Aber nicht nur die Todesstrafe, sondern auch die Fragen der straflosen Unterbrechung der Schwangerschaft, waren und sind heftig umstritten. 6) Dass die allgemeine Rechtsauffassung in so fundamentalen Entscheiden durchaus kontrovers ist, lässt sich geschichtlich erklären, wofür hier allerdings kein Raum ist. Wir lassen es mit dem Hinweis bewenden, dass auch und gerade bei der Frage nach dem Zweck der Strafe - Vergeltung oder Besserung - in der sogenannten öffentlichen Meinung, in Gerichtssälen und unter Experten - wenn auch teilweise verklausuliert geäußert - die Meinungen auseinandergehen.

Die innere Widersprüchlichkeit mancher Strafurteile beruht nicht zuletzt auf einer Antinomie des Strafgesetzes selbst: Art. 63 StGB verlangt - prima facie - den Ausgleich der Schuld und könnte mithin als Hinweis auf den Vergeltungsgedanken verstanden werden. SCHULTZ weist darauf hin, dass

eine Reform des Allgemeinen Teils das zwischen Art. 37 und Art. 63 bestehende Spannungsverhältnis, dem ein Widerspruch zugrunde liege, aufzulösen hätte. 7) - Die kriminalpolitische Diskussion darüber wird nun, nachdem die Revisionsarbeiten begonnen haben, geführt werden müssen. Es ist zu hoffen, dass die Meinung der Experten und Parlamentarier, nachdem die "Behandlungseuphorie" im Strafvollzug abgeklungen ist, nun nicht in ein rigoroses Sicherheits oder Vergeltungsdenken umschlägt, sondern dass die im Vorentwurf von Professor HANS SCHULTZ vorgezeichnete Linie in einem revidierten Gesetz sichtbar bleibt. 8) Davon wird unten noch die Rede sein.

Die Frage nach dem Sinn der Strafe ist unteilbar mit jener nach der Rechtfertigung, nach der Begründung der Strafe verbunden. Zwar ist SCHULTZ der Auffassung, dass das Strafrecht keiner besonderen Begründung bedürfe, da sie **notwendig** sei, "... weil das Recht der zwangsweisen Durchsetzung gegenüber dem Widerstreben" bedürfe, und weiter: "Die Rechtfertigung der Strafe fällt zusammen mit der Rechtfertigung des Rechtes als einer verbindlichen und gerechten, mit Zwang bewehrten Friedensordnung menschlichen Lebens überhaupt. Die Strafe sichert die Rechtsordnung; sie ist nur insoweit gerechtfertigt, als sie dazu notwendig ist, weil eine andere Möglichkeit, das Recht, erforderlichenfalls mit Zwang, durchzusetzen, fehlt." 9)

Dieser Ansicht kann man dann zustimmen, wenn man die Unersetzbarkeit staatlicher Strafen bejaht: Weil die Notwendigkeit des Strafens schon immer als evident betrachtet wurde, weil Strafe auch heute noch als unerlässliche Voraussetzung einer - einigermaßen - friedlichen gesellschaftlichen Koexistenz betrachtet wird, braucht sie nicht besonders gerechtfertigt zu werden - als solche! Wohl aber bedarf sie der Rechtfertigung im Sinne einer sozialetischen Begründung, wenn es darum geht, wann die Strafe, wie und mit

welcher Sinngebung einzugreifen habe. Die Formulierung von SCHULTZ - sie sei "nur insofern gerechtfertigt..." - scheint in dieselbe Richtung zu weisen.

Der Gesetzgeber hat sich darüber Rechenschaft zu geben, und er wird daran gemessen, welches menschliche Tun oder Unterlassen er in den Katalog verpönten Verhaltens aufnehmen will, mit welchen Mitteln er Rechtsbrecher verfolgt und verurteilt, zu welchem Zweck er schliesslich Strafen vollzieht. Dass die Gesetzgeber verschiedener Länder schon immer voneinander abweichende Lösungen gesucht haben, wurde von PASCAL auf eine kurze Formel gebracht: "Recht diesseits der Pyrenäen - Unrecht jenseits." 10) Die rechtsvergleichende Geschichte des Strafrechts vermag dies an einem Beispiel - der Notzucht - zu verdeutlichen.

"Die Notzucht, vielfach mit Frauenraub verbunden, war in fränkischer Zeit für den Freien durch Geldbusse sühnbar, nur der Unfreie wurde mit dem Tode bestraft (...). Manche Rechte erkannten den Tatbestand der Notzucht nur an, wenn diese an einer ehrbaren Frau begangen wurde, nicht aber an einem "fahrenden Weibe". Andere, z.B. der Schwabenspiegel, erkannten diesen Unterschied nicht an. Und weiter: "... war die Bestrafung des Täters sehr unterschiedlich, wurde der eine nur an den Pranger gestellt, mit Ruten gestrichen und des Landes verwiesen, hatte der andere sein Leben verwirkt." 10a)

Die Frage nach dem Sinn der Strafe ist - bei aller Selbstverständlichkeit des Strafens - stets aufs Neue zu stellen, weil Strafen verantwortet werden muss. Mit den Worten EBERHARD SCHMIDHAEUSERS: "Wir nehmen es meist schon aus Tradition als selbstverständlich, dass Strafen verhängt und vollstreckt werden. Seit langem schon kennen unsere Vorfahren die staatliche Strafe; dass auch wir strafen, haben wir von ihnen übernommen. Und doch ist dieses Strafen stets eben unser Tun, und wir haben es zu verantworten." 10b) Um die Art und Weise, wie diese Verantwortung nach schweizerischem Recht wahrgenommen wird, geht es im

folgenden. - Doch sei der eingehenderen Betrachtung des geltenden Rechts zum besseren Verständnis ein kurzer kriminologischer und strafrechtstheoretischer Exkurs vorangestellt.

## 2. Exkurs: Strafrechtstheorien und Strafzwecke

Einleitend war von Vergeltung, Sühne, Abschreckung, Sicherung und Resozialisierung die Rede. Diese Begriffe, die mit Zweck oder Funktion der Strafe zu tun haben, bedürfen, nebst den nun noch einzuführenden Begriffen der General- und Spezialprävention, einiger Erläuterungen, die der systematischen Einordnung in die Strafrechtstheorien dienen.

Seit der griechischen Antike denken Menschen, die sich nicht einfach mit der Feststellung der Notwendigkeit der Strafe begnügen, über deren Sinn nach. Die Ergebnisse dieses Nachdenkens sind von einer erstaunlichen Aktualität.

### **Die absoluten Theorien**

sind dem Gedanken der Vergeltung verpflichtet: Die vergeltende Strafe dient ausschliesslich dem Ausgleich des schuldhaft begangenen Uebels durch eine vom Staat dem Täter auferlegte Uebelszufügung. Eine weitere, zukunftsgerichtete Dimension fehlt dieser Strafe. Nach IMMANUEL KANT gebietet ein sittliches Grundgesetz als kategorischer Imperativ die Bestrafung dessen, der das Recht gebrochen hat. Nach GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL wird durch das Verbrechen nicht etwa nur ein Mitglied der Gesellschaft verletzt, sondern alle Angehörigen dieser Gesellschaft. 11) Gemäss seinem dialektischen Denken muss das Recht, das durch das Uebel des Täters aufgehoben worden ist, dadurch wiederhergestellt werden, als dem Täter nun seinerseits ein Uebel zugefügt wird. 12)

Die absoluten Theorien sind besonders für die deutsche Strafrechtslehre bedeutsam geworden. Bei aller Fremdartig-

keit der Betonung der "Heiligkeit der Gesetze und des ausdrücklichen Verzichts auf die längst verbreitete Idee der Besserung" sieht SCHULTZ ihre Bedeutung darin, dass sie die Proportionalität der einer Strafe vorausgegangenen Tat postuliere und damit als "Bollwerk gegen übermässigen Zugriff der Staatsmacht auf den Einzelnen" diene. 13) Dieses bedeutsame Ergebnis der absoluten Theorien steht jedoch im Widerspruch zu Aeusserungen der beiden Philosophen, die den Absolutheitsanspruch der theoretischen Begründung der Strafe klar hervortreten lassen.

KANT, in: "Die Metaphysik der Sitten" (1797):

"Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinanderzugehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind..." 14)

HEGEL, unter § 218 seiner "Grundlinien der Philosophie des Rechts" (1821):

"Indem das Verbrechen, an sich eine unendliche Verletzung, als ein Dasein nach qualitativen und quantitativen Unterschieden bemessen werden muss (§96) welches nun wesentlich als Vorstellung und Bewusstsein von dem Gelten der Gesetze bestimmt ist, so ist die Gefährlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft eine Bestimmung seiner Grösse oder auch eine seiner qualitativen Bestimmungen. - Diese Qualität nun oder Grösse ist aber nach dem Zustande der bürgerlichen Gesellschaft veränderlich, und in ihm liegt die Berechtigung, sowohl einen Diebstahl von etlichen Sous oder einer Rübe mit dem Tode als einen Diebstahl, der das Hundert- und Mehrfache von dergleichen Werten beträgt, mit einer gelinden Strafe zu belegen. (...) Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an." 15)

Wenden wir uns nun kurz der Sühne zu. Neben vielen hat EBER-



HARD SCHMIDHAEUSER darauf hingewiesen, dass Sühne und Vergeltung alltagssprachlich häufig synonym verwendet werden: "Die Sühne für eine Mordtat" bedeutete dann Strafe für eine Mordtat. 16) Aber gegenüber dieser Gleichsetzung der beiden Begriffe muss die völlig andere, ursprünglich gemeinte Bedeutung des Wortes Sühne entgegengehalten werden: Unter "suone" verstand man im Mittelhochdeutschen "Urteil, Gericht, Friede, Versöhnung", die Wortsippe bedeutete "still machen". 17) Und dies trifft sich auch mit dem heutigen richtigen, differenzierten Verständnis von Sühne, die eine freiwillige Leistung im Sinne der Wiedergutmachung, der Versöhnung mit dem Opfer darstellt. Vom Staat kann diese ethisch wertvolle Leistung weder gefordert, noch erzwungen werden, wie NOLL/TRECHSEL betonen. 18) SCHULTZ weist schliesslich zutreffend darauf hin, dass die Einstellung vieler Menschen gegenüber Straftätern zeige, wie wenig die Charakterisierung der Strafe als Sühne mit der sozialen Wirklichkeit übereinstimme. 19)

Dass absolute Straftheorien auch mit Lehren der christlichen Ethik als vereinbar betrachtet wurden, ist bekannt und wird von JESCHEK für die protestantische wie für die katholische Theologie belegt. 20) Gerade diese Wurzel der absoluten Theorien zeigt, dass man heute von einer "sakularisierten" Strafe sprechen kann: Die Kritik HANS-HEINRICH JESCHEKS verweist meines Erachtens sehr zutreffend darauf hin, dass die

"Verwirklichung der absoluten Sittlichkeit auf Erden nicht Aufgabe des Staates ist und nach seinen Zwecken und Machtmitteln auch nicht sein kann. Für die Staatsgewalt geht es bei der Anwendung der Strafe immer nur darum, die Grundlagen des friedlichen und gesicherten Zusammenlebens der Menschen durch Rechtszwang aufrechtzuerhalten. Gerade deshalb wird die Strafe keineswegs überall eingesetzt, wo Gerechtigkeit not täte, sondern nur dort, wo das im Interesse des Gesellschaftsschutzes unvermeidlich ist. Ferner ist hervorzuheben, dass in den absoluten Straftheorien der Mensch als schwaches, leidendes, hilfsbedürftiges

Wesen noch gar nicht erkannt ist; er wird zwar gerecht, aber mit eisiger Kälte behandelt." 21)

### Die relativen, präventiven Theorien

sind dadurch gekennzeichnet, dass das Strafen auf Wirkungen, in die Zukunft gerichtete Zwecke bedacht ist. Im Zentrum steht demnach nicht die ausgleichende Gerechtigkeit, die Wiederherstellung des Rechts, sondern der künftige Schutz der Rechtsordnung, die Vorbeugung. Währendem für die absoluten Theorien der Satz gilt: "Punitur quia peccatum est", gilt für die relativen: "Punitur ne peccetur". In ihrem Grundgehalt geht sie auf die Auseinandersetzung PLATOS mit dem Sinn der Strafe zurück; war er in jüngeren Jahren offenbar noch ein Anhänger der Vergeltungstheorie, bekannte er sich später zu einer auf die Verhütung künftiger Straftaten ausgerichteten Lehre vom Strafen. Die eigentliche Kurzformel ist durch SENECA berühmt geworden: "Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur." ("Niemand, wie Plato sagt, wird jemanden vernünftigerweise bestrafen, weil gefehlt wurde, sondern damit nicht weiterhin gefehlt werde.") 22) Deutlich wird die kriminalpolitische Programmmhaftigkeit an zwei Elementen, die PLATOS Formulierung bereits enthalten hatte: "... damit hinfort weder die Täter selbst wieder Unrecht begehen, noch auch die anderen, welche sehen, wie er bestraft wird". 23) Die erste Hälfte des Satzes aus dem Dialog mit PROTAGORAS zielt auf die Prävention des Einzelnen, die **Spezialprävention**, die ihr Ziel durch individuelle Abschreckung erreicht. Dazu ein Stichwort: Warnstrafe, z.B. nach einem in England propagierten System, "short-sharpshock". Oder sie versucht dem Verhütungsaspekt gerecht zu werden, indem die Strafe **bessernd** auf den Täter einwirken soll. Und drittens kann die Strafe eingesetzt werden zum Mittel der **Sicherung**: Erneute Straftaten soll der Einzelne gar nicht mehr begehen können, weil man ihm die Gelegenheit

dazu nimmt. Dazu ein weiteres Stichwort: "Aus dem Verkehr ziehen."

Die zweite Hälfte der Definition schliesslich bedeutet die **Abschreckung aller**; die Tatsache, dass bestimmte Verhaltensweisen gesetzlich verboten werden, dass mit polizeilicher Verfolgung, richterlicher Aburteilung und dem Vollzug von Strafen allgemein gerechnet werden muss, macht Inhalt und Wesen der Lehre von der **Generalprävention** aus.

Die Idee der Spezialprävention fand Eingang in die Konzeption der ersten Zuchthäuser in Amsterdam, in England und Amerika, sie gelangte zur Hochblüte eines eigentlichen **zweckrationalen Denkmodells der Strafe** durch FRANZ von LISZT. Wie bedeutungsvoll der Gedanke der Besserung auf die Gesetzgebung in unserem Lande war, soll im folgenden dargestellt werden.

### 3. Die Haltung des schweizerischen Strafgesetzgebers

Die Geschichte des Schweizerischen Strafgesetzbuches ist untrennbar mit dem Namen seines Schöpfers verbunden: dem Berner Professor CARL STOOSS. Er hat durch seine umfassende Sammlung der kantonalen Strafgesetzgebungen des 19. Jahrhunderts unermessliche Vorarbeit zur Vereinheitlichung des Strafrechts in unserem Land beigetragen, er hat einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der den Geist der Liberalität atmete, der die verantwortungsvolle Begrenzung staatlichen Strafens und die Idee der Wiedereingliederung postulierte. PETER KAENEL hat seinem Denken und Wirken eine Arbeit gewidmet, in welcher gleichzeitig die kriminalpolitischen Strömungen des vergangenen Jahrhunderts bis in feine Verästelungen nachgezeichnet werden. 24)

Als STOOSS im Auftrag des Bundesrates 1889 mit seinen Vorarbeiten zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch begann,

standen sich im internationalen "Konzert" der Lehren und Schulen zwei fast unversöhnliche Lager gegenüber: Anhänger der klassischen Vergeltungstheorie hier - Befürworter der neuen soziologischen Schule dort. STOOSS verstand sich als Kriminalpolitiker, für welchen die Frage nach "Funktion und Rechtfertigung der staatlichen Strafgewalt" im Zentrum stand. 25) Sein kriminalpolitisches Programm lässt sich mit seinen eigenen Worten wie folgt zusammenfassen:

"Die Kriminalpolitik soll feststellen, welche staatlichen Massnahmen geeignet sind, um dem Verbrechen vorzubeugen, und die für die Strafgesetzgebung massgebenden Grundsätze aufstellen, durch welche ein gerechter und wirksamer Schutz der staatlichen Rechtsgüter möglichst gesichert wird." 26)

Die kriminalpolitische Konzeption des schweizerischen Strafgesetzbuches - wie es am 1. Januar 1942 nach langen Verzögerungen Gesetz wurde - lässt sich mit NOLL/TRECHSEL als eine pragmatische Mischung aus **Schuldstrafrecht** (gerechte Zumessung der Strafe nach dem Verschulden) und **präventivem Strafrecht** (Spezialprävention) umschreiben. 27) Dabei stossen wir auf die bemerkenswerte Tatsache, dass die Bestimmung des Art. 63 StGB, die nicht selten als Beleg für den Vergeltungscharakter der Strafe hinzugezogen wird, in Wirklichkeit eine Anweisung **an den Richter** ist, nach welchen Gesichtspunkten er die Strafe zu bemessen habe.

**Art. 63 StGB: "Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen."**

Es ist umstritten, ob damit dem Richter vor allem eine Grenze bezüglich des oberen Strafmasses gesetzt werden soll, wie PETER NOLL in der ersten Auflage seines Lehrbuches annimmt, oder wie STEFAN TRECHSEL meint, das Strafmass erfahre dadurch auch eine untere Begrenzung, die nicht - wie beispielsweise zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges -

unterschriften werden dürfe. 28) Unzweifelhaft jedoch ist, dass mit den für den Richter verbindlichen kriminologischen, soziologischen und psychologischen Beurteilungskriterien präventive Gesichtspunkte wichtig werden. Sie bestimmen nicht nur das Mass der Sanktion, sondern auch deren Art und werden wichtig für die Wahl des Vollzugsortes - Erstmaligen- oder Rückfälligenanstalt - und schliesslich für die Prognose bei der Gewährung respektive Verweigerung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

Strafrecht und -vollzug mögen im Sinne der General- oder der Spezialprävention abschreckend wirken, beim Verurteilten Sühne auslösen oder einen Ersatz für die Rache der Betroffenen darstellen. **Im Zentrum des gesetzlichen Auftrags an den Strafvollzug steht der Zweckgedanke der Besserung des Täters.** Auch wenn die Formulierung des Art. 37 StGB antiquiert anmutet: Die ratio legis ist unmissverständlich und lässt eigentlich keinen Spielraum für Vergeltungsdenken. Freilich bedarf dieses Herzstück des schweizerischen Strafrechts nun dringend einer Verjüngungskur; es besteht die Gefahr, dass die Botschaft nicht mehr verstanden oder dass sie ignoriert wird. Vielleicht ist es eine Art "Racheakt des Lebens gegen die Institution, dass die als dauerhaft geltenden Gesetze stets im Gleiten sind", wie der Rechtssoziologe THEODOR GEIGER 29) gesagt hat, dass die Verbindlichkeit der Norm allmählich zurücktritt, weil sie seit ihrer ideellen Genese und sprachlichen Artikulation vor rund hundert Jahren Patina angesetzt hat. Dabei stellt sich in der Tat die Frage, **ob der Erziehungsauftrag** an Erwachsenen überhaupt wahrgenommen werden könne, oder ob damit nach heutigem Stand des Wissens nicht eher die Hilfestellung durch die Methoden der Sozialpädagogik, der Psychologie und der Psychiatrie anvisiert sind. Fragen sind sodann zu beantworten im Hinblick auf die Vorstellung, dass die Täter "**wieder-eingegliedert**" werden müssten - angesichts der Tat-

sache, dass ein bedeutender Teil der heutigen Strafgefangenen weder eingliederungsfähig noch -willig ist; man denke nicht nur an die Drogensüchtigen, sondern auch an den grossen Anteil an ausländischen Insassen ohne schweizerischen Wohnsitz. Oder schliesslich ist zu bezweifeln, ob die Bezeichnung "**bürgerliches Leben**" mit der Sinnverwandtschaft zu "etabliert, konservativ" - laut Duden - und den Assoziationen zu "gutbürgerlich, kleinbürgerlich, grossbürgerlich, spiessbürgerlich" den gewandelten Auffassungen unserer "spät-" oder gar unbürgerlich gewordenen Gesellschaftsordnung noch entspricht.

Es kann darüber kein Zweifel bestehen, dass die heutige gesetzliche Regelung nach wie vor die richtungsweisende Kraft hinsichtlich des Zweckgedankens im Strafrecht und im Strafvollzug zu entfalten vermag. Dabei wird eine zeitgemässe Auslegung der Artikel 37 Ziff. 1 Abs. 1 in einem engen Zusammenhang mit Art. 46 Ziff. 2 StGB zu sehen, der - als Handlungsanweisung für die Verantwortlichen des Strafvollzugs - in unzweideutiger Weise verpflichtend ist.

**Art. 46 Ziff 2 StGB: "In der Anstalt sind die dem seelischen, geistigen und körperlichen Wohl dienenden geeigneten Massnahmen zu treffen und die entsprechenden Einrichtungen bereitzustellen."**

Wenn mit diesem allzulange wenig beachteten Konnex des gesetzlichen Auftrags gemäss dem sogenannten "Wiedereingliederungsartikel" und dem Auftrag über die Art und Weise, wie der Strafvollzug sein soll, ernst gemacht wird, bleibt für Vergeltungsdenken kein Raum mehr. Dann wird sich der Gesetzgeber mit einer Neuformulierung des gesetzlichen Auftrags befassen müssen, die an den Zielvorstellungen des Vorentwurfs zu einer Revision des Allgemeinen Teils des StGB's von Professor HANS SCHULTZ gemessen wird. Er schreibt zu einer Neufassung von Art. 37, die sprachlich meines Er-

achtens noch zu wenig deutlich von der alten Fassung abgehoben ist, inhaltlich jedoch die zeitgemässe Auffassung verkörpert:

"Wenn der Staat einem Bürger zwangsweise die Freiheit nimmt, um seine Rechtsordnung zu bekräftigen und durchzusetzen, so ist er, wenn er ein sozialer Rechtsstaat sein und bleiben will, verpflichtet, nicht nur dafür zu sorgen, dass der Entzug der Freiheit möglichst wenig Schaden stiftet, sondern überdies den Strafvollzug so zu formen, dass der Verurteilte auf seine Verantwortung angesprochen, ihm, soweit möglich, die Rückkehr ins freie Leben erleichtert und, soweit nötig, die erforderlichen sozialen Hilfen angeboten werden." 30)

Nun - die Revisionsarbeiten haben begonnen. Die Geister werden sich scheiden. Es müsste beunruhigen, wenn sie es nicht täten.

\*) Unveränderte mit Anmerkungen versehene Fassung des am 16. September 1987 in Bärau gehaltenen Vortrages.

- 1) H. SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts. Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. Auflage, Bern 1982, S. 50 (fortan zit.: SCHULTZ, AT I)
- 2) Nicht selten ist dieser Umstand, besonders im Wirtschaftsstrafrecht, auf die Ueberlastung der Gerichte zurückzuführen.
- 3) Vgl. zur Praxis des Bundesgerichts die Uebersicht bei G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1982, S. 44
- 4) Vgl. für verschiedene Urteile BGE 90 IV 60, in welchem es um die bessernde Massnahme der ambulanten Behandlung eines Exhibitionisten ging: Strittig war, ob die Behandlung unter Einstellung der Strafe durchgeführt werden dürfe. Das BGer. verneinte dies, weil es "...auch nach allgemeiner Rechtsauffassung schwer zu verstehen wäre...", wenn dem betreffenden Täter "...eine weitere Bevorzugung zuteil würde".
- 5) Ausgelöst wurde die Diskussion durch eine im Dezember 1951 von Nationalrat Paul Gysler und 18 Mitunterzeichnern eingereichte Motion, mit welcher die Wiedereinführung der Todesstrafe gefordert wurde. Zu den prominenten Befürwortern gehörte auch der Genfer Strafrechtsprofessor und Richter J. Graven, vgl. J. GRAVEN, Le problème de la peine de mort et sa réapparition en Suisse. A propos de la "motion Gysler", in: Revue de criminologie et de police technique, Fasc. 1 1952, S. 3ff., insb. S. 114
- 6) In der Volksabstimmung vom 3.7.1987 wurde das Strafgesetzbuch denn auch nur mit einem knappen Mehr von 358'438 zu 312'030 Stimmen angenommen, siehe SCHULTZ, AT I, S. 66.
- 7) Vgl. SCHULTZ, AT II, S.
- 8) H. SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987
- 9) SCHULTZ, AT II S. 46
- 10) Zit. nach P. NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 2. Aufl., bearbeitet von ST. TRECHSEL, S 6ff. (fortan zit. als NOLL/TRECHSEL), wo auf die Variabilität der Ausgestaltung einzelner Tatbestände, wie auch auf



den Wandel der Auffassungen über das Wesen und den Zweck von Strafen verwiesen wird.

- 10a) CH. HINKELDEY (Hrsg.), *Justiz in aller Zeit*, Rothenburg o. d. T., 1984, S. 321
- 10b) E. SCHMIDHAEUSER, *op. cit.*, S. 16
- 11) G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, zit. nach: *Werke in zwanzig Bänden*, Bd. 7, Frankfurt a.M., 1970, S. 372
- 12) Ders. *op. cit.* S. 187
- 13) SCHULTZ, AT I, S. 51
- 14) Zit. nach H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1972, S. 49
- 15) HEGEL, *op. cit.* S. 372
- 16) E. SCHMIDHAEUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2. Aufl. Göttingen 191, S. 50, mit weiteren Nachweisen in Anm. 59
- 17) Ders. *op. cit.* S. 50
- 18) NOLL/TRECHSEL, *op. cit.* S. 12
- 19) SCHULTZ, AT I, S. 45
- 20) JESCHECK, *op. cit.* S. 49
- 21) Ders. *op. cit.* S. 50
- 22) Zit. mit Uebersetzung nach NOLL/TRECHSEL, S. 14
- 23) Zit. nach JESCHECK, *op. cit.* S. 50
- 24) P. KAENEL, *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien*, Bern, 1981
- 25) Ders., *op. cit.* S. 81
- 26) C. STOOSS, *Kriminalpolitik*, S. 231, zit. nach P. KAENEL, *op. cit.* S. 85
- 27) NOLL/TRECHSEL, S. 27
- 28) NOLL/TRECHSEL, S. 27
- 29) TH. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*,

Neuweid A. Rh. und Berlin, 1964, S. 195

- 30) H. SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches (zit. nach der vervielfältigten Ausgabe), Bern, 1985, S. 292