

Strafrichterliche Verantwortung zwischen Recht und Politik

Persönliche Reflexionen zu Erfahrungen in der Basler Gerichtspraxis von 1978 bis 2002

Peter Albrecht

Justizkritik

Das im Jahr 1970 mit dem Titel „Politische Justiz“ publizierte Taschenbuch enthält überaus kritische Texte des bekannten Schriftstellers KURT TUCHOLSKY¹ zur deutschen Rechtsprechung während der Weimarer Republik. Mit viel Scharfsinn und spitzer Feder griff der Autor, ein promovierter Jurist, die „Unabsetzbaren“ an. Man mag zwar verschiedene seiner Äusserungen inzwischen als überholt betrachten oder für die schweizerischen Verhältnisse von vorneherein als verfehlt zurückweisen, doch die farbigen Schilderungen der forensischen Szenen haben trotz des zeitlichen Abstands nur wenig an Aktualität verloren (ebenfalls für die Schweiz). Mit gutem Willen können wir von TUCHOLSKY allemal viel, sehr viel, lernen, indem wir namentlich erkennen, dass auch in unserer heutigen Gesellschaft

- die längst entlarvte Illusion einer „unpolitischen“ Gerichtsbarkeit teilweise zäh weiterlebt (sei es in der Öffentlichkeit oder sogar in den Gerichtssälen),
- Richter*innen tendenziell ein autoritäres Justiz- und Staatsverständnis zum Ausdruck bringen,
- die urteilenden Personen sich gerne als unfehlbar gebärden und regelmässig durch mangelnde Selbstkritik auffallen.

¹ KURT TUCHOLSKY, Politische Justiz, Reinbek 1970.

Politische Kennzeichen

Das gezeichnete Bild bestätigt sich mittels aufmerksamer Beobachtung des Alltags in den Gerichtsgebäuden. Der angesprochene *politische Charakter der richterlichen Tätigkeit* begegnet uns auf Schritt und Tritt, allerdings mit markanten *Unterschieden* zur Politik, wie sie in Parlamenten, Regierungen oder Parteien stattfindet. Die Justiz soll wie das Recht generell ein Bollwerk gegen Machtmissbrauch errichten, indem die Verarbeitung gesellschaftlicher und privater Konflikte in voraussehbarer Weise geregelt wird. Dementsprechend ist die Bindung an Gesetz und Recht² in der Judikative wesentlich stärker ausgeprägt als sonst in der Politik. Ausserdem sind die Verfahrensabläufe streng formalisiert mit festgelegten Rollen der beteiligten Personen. Alles läuft in einem intimen Rahmen ziemlich lautlos ab; zuweilen herrscht eine fast unheimliche Stille.³ Die Richter*innen sollen als Unbeteiligte und Unabhängige die ihnen unterbreiteten Fälle aus einer gewissen Distanz entscheiden. Demzufolge handelt es sich um eine distanzierte – im Idealfall eine werteorientierte – Politik, sozusagen eine *Politik mit angezogenen Zügeln*.

Die beschriebenen Merkmale treten besonders deutlich im Bereich des *Strafrechts* hervor. Der einer Beurteilung unterliegende Gegenstand wird von aussen her vorgegeben und ist auf konkrete Ereignisse beschränkt. Welcher Tatverdacht zur Sprache kommen soll, bestimmt jeweils die anklagende Behörde. Ferner ist dieser juristischen Materie typischerweise eine staatliche Übermacht im Verhältnis zu den Beschuldigten inhärent. Sodann verbinden sich damit im Verfahren häufig intensive, theoretisch grenzenlose Eingriffe in die Grundrechte der unmittelbar betroffenen Personen, sei es als Strafsanktion mit Freiheitsentzug oder schon vor dem Schuldspruch als prozessuale Zwangsmassnahme. Gerade hier zeigt sich die Tätigkeit der Gerichtsmitglieder offenkundig als eine eigenständige Form politischer Gestaltung, obwohl die zahlreichen Formalitäten des Verfahrens davon ablenken, dass staatliche Herrschaft ausgeübt wird.⁴ Denken wir

² Näher dazu hinten unter „Rechtsbindung“, S. 63 f.

³ Sehr instruktiv (auch heute noch) die rechtssoziologische Analyse zur Situation in Deutschland von RÜDIGER LAUTMANN, *Justiz – die stille Gewalt*, Frankfurt a.M. 1972.

⁴ Dazu LAUTMANN (Fn. 3), S. 90.

etwa an die generalpräventiv motivierten drastischen Freiheitsstrafen gegenüber Drogenhändler*innen ausländischer Herkunft, an die extensive Anordnung von stationären Massnahmen nach gewalttätigen Sexualdelikten oder an die noch vor einem Schuldspruch verfügte monatelange Untersuchungshaft für Tatverdächtige.

Zu diesem Befund kontrastiert die etwas weltfremde Wunschvorstellung von handelnden Behörden, die lediglich „objektiv“ und „neutral“ Gesetze anwenden und nicht Politik betreiben (sollen). Unangebracht ist vor allem der andauernd erhobene mahnende Finger gegen eine „Politisierung“ der Justiz. Derart pauschalisierende Warnungen verkennen nämlich, wie die strafrichterliche Urteilsfindung sich üblicherweise vollzieht. Vielmehr sei mit Nachdruck an die bekannte Sentenz von TUCHOLSKY erinnert, wonach es „keinen unpolitischen Strafprozess gibt, weil in der Welt überhaupt nichts unpolitisch ist“⁵.

Kriminalpolitisches Selbstverständnis

Die zitierte Äusserung, so plakativ sie auch klingen mochte, spornte mich in meiner beruflichen Funktion als langjähriger Richter am Strafgericht Basel-Stadt an, das in Verbindung mit der DJS-Mitgliedschaft. Für mich resultierte daraus innerlich das aktive Bemühen um eine gesellschaftskritisch basierte – und insofern als moralisch „fortschrittlich“⁶ empfundene – Verarbeitung normwidrigen Verhaltens durch die Justiz. Ein derartiger Ansatz lag im Rahmen einer politisch linken Optik nahe. Gemeint war eine rechtsprechende Tätigkeit auf der Grundlage eines *freiheitlich-emanzipatorischen Rechtsverständnisses*.⁷ Damit verband sich, das sei hier eingeräumt, in der Rechtsanwendung freilich jeweils die nicht zu unterschätzende Gefahr eines allzu eigenständigen Aktivismus gegenüber einzelnen als konservativ-repressiv eingestuften Gesetzesbestimmungen. Diesbezüglich stellte sich mir als sozial engagiertem Jurist regelmässig die selbstkritische Frage, ob ich dem genannten Risiko im Beruf

⁵ TUCHOLSKY (Fn. 1), Deutsche Richter, S. 16.

⁶ Zum moralischen Fortschritt aus sozialphilosophischer Sicht neuerdings RAHEL JAEGLI, Fortschritt und Regression, Berlin 2023, S. 45 ff. und 171 ff.

⁷ Einzelheiten hinten unter „Persönliche Standpunkte“, S. 69 ff.

stets hinreichend Rechnung trug. Oder erlag ich nicht manchmal der Versuchung, meine kriminalpolitischen Intentionen kurzerhand in einer (angeblich grundrechtskonformen) Gesetzesinterpretation zu verbergen?

Im Übrigen: Woher nahm ich in jener Zeit als Richter die Befugnis, mich mit dem geltenden Recht anhand persönlicher Wertungen dezidiert kritisch auseinanderzusetzen und die daraus gewonnenen Einsichten in die eigenen Urteile zu übernehmen. Abgesehen von solchen Bedenken fragt sich generell, inwieweit man soziale Postulate (von links oder rechts) auf dem Weg der Rechtsprechung anstreben darf. Wo finden wir denn die legitimen Ziele, auf die das Strafrecht (samt den Gerichten) idealerweise zusteuern sollte? Bleibt der Gedanke an „fortschrittliche“ Strafurteile nicht vielmehr illusionär? Warum eigentlich sollen die Gerichte mit ihren Urteilen einen „Wandel zum Besseren“⁸ anstreben? Deshalb tauchen rasch einmal Zweifel auf, ob die gesellschaftliche Fortentwicklung überhaupt einen legitimen Massstab bildet, an dem die Tätigkeit der Rechtsverwirklichung zu messen ist.

Jedenfalls findet sich das von mir vertretene (auch) kriminalpolitisch orientierte Selbstverständnis innerhalb der Judikative selten. Viel eher spürt man dort vornehme Zurückhaltung. Denn die Vertreter*innen der dritten Gewalt sehen sich selber üblicherweise von der Gesellschaft abgehoben in einer passiven sozialen Berufsrolle. Einzelne von ihnen träumen vielleicht in angelsächsischer Tradition sogar von Talaren und Perücken. Am Richtertisch verstecken sie sich argumentativ gerne hinter den Gesetzen und schirmen ihre Arbeit so vor Kritik von außen ab. Eine derartige „Funktionalisierung der Justiz im Dienste der Stabilität bestehender Ordnung und Machtverteilung“⁹ lässt deren Mitglieder ziemlich unbekümmert und durchaus zufrieden leben. Trotzdem: Diese Haltung widerspricht diametral meinem eigenen Verständnis von Recht und Rechtsverwirklichung. Im allgegenwärtigen traditionellen Bild einer (vermeintlich) politisch abstinenter Richterschaft schlummert nämlich mehr Politik, als man auf den ersten Blick errahnen mag.

Der eben skizzierte gesellschaftliche Hintergrund der Strafpraxis ist vielschichtig. Er veranlasst mich nunmehr, das *richterliche Ethos*, konkreter: die *Verantwortung* der urteilenden Per-

⁸ JAEGGI (Fn. 6), S. 48.

⁹ LAUTMANN (Fn. 3), S. 77.

sonen zwischen *Recht und Politik* unter die Lupe zu nehmen. Als Ausgangspunkt hierfür sei beachtet: Unsere Rechtsordnung räumt den Gerichtsmitgliedern eine starke Stellung innerhalb des staatlichen Machtgefüges ein. Infolgedessen darf man von ihnen einen hohen Grad an Verantwortungsbewusstsein erwarten, und zwar ganz besonders dort, wo Grundrechte von der Rechtsprechung betroffen sind. Diese Pflicht ist umso bedeutsamer, je mehr sich die Legislative bei der Formulierung ihrer Erlasse in unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln flüchtet.¹⁰

Somit stehen wir vor dem Problem, auf welche Weise die Strafgerichte ihre erhebliche Entscheidungsfreiheit wahrzunehmen haben. Wo verlassen sie den Bereich des Rechts und wandern unzulässig in eine ungebundene Politik ab? Und wie lässt sich bei der forensischen Ermittlung eines Sachverhaltes wie auch bei der Interpretation der vorhandenen Gesetzesbestimmungen ein allfälliger Missbrauch der richterlichen Machtbefugnisse vermeiden? Angesichts solcher Fragestellungen werde ich jetzt zunächst die durch die Verfassung gebotene *Bindung der Gerichte an das Recht* thematisieren.

Rechtsbindung

Seit je vertrat ich eine durchwegs skeptische Sicht gegenüber dem (geltenden) Strafrecht und liess mich gleichzeitig von der Vorstellung sozial aktiver Richter*innen leiten. Dennoch anerkannte ich als Richter im Amt stets mit Überzeugung die verfassungsrechtlich statuierte *Rechtsbindung*. Daraus folgt, „dass der Rechtsanwender das von der demokratischen Gesetzgebung (Vor-)Entschiedene respektiert“.¹¹ In diesem Sinne hält die Bundesverfassung (BV) in Artikel 191c fest, dass die richterlichen Behörden in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit „nur dem Recht verpflichtet sind“. Das verlangt von den Gerichtsmitgliedern in erster Linie eine *Rechtstreue* – oder noch deutlicher: ein individuelles Engagement für das Recht. Gemeint ist damit eine emotional verinnerlichte Akzeptanz der elementaren Werte und Prinzipien unserer Rechtsordnung. Diese Forderung zu erfüllen, fällt aber den urteilenden Instanzen zuweilen schwer, nament-

¹⁰ An einem Beispiel erläutert hinten unter „Betäubungsmittelgesetz“, S. 72 f.

¹¹ JULIA HÄNNI, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zürich/St. Gallen 2022, S. 214 f.

lich dort, wo vor Gericht wirkungsstarke öffentliche Interessen mit privaten Ansprüchen kollidieren. Demzufolge ist in solchen Situationen immer wieder der *unzureichende Respekt gegenüber den fundamentalen Rechtsprinzipien*, hauptsächlich den verfassungsmässigen Freiheitsrechten, zu beklagen.

Die Akzeptanz des beschriebenen Bindungspostulats war und ist mir ein vordringlicher persönlicher Wunsch. Das hindert mich andererseits aber nicht an der Ablehnung der verbreiteten autoritätsgläubigen Richterschaft, die den einschlägigen Gesetzesbestimmungen passiv und unkritisch Folge leistet, ohne die vorhandenen Interpretationsspielräume sachgerecht auszuloten und verantwortungsbewusst (kreativ) zu nutzen. Auf solche Weise erfahren die freiheitlichen Gehalte unserer Rechtsordnung immer wieder eine Geringschätzung.

Widerständiges Strafrecht

Wenn hier wiederholt so deutlich von „Recht“ die Rede ist, sind vorab die normativen Schranken bei der Durchsetzung (kriminal-) politischer Interessen gemeint. Im Vordergrund stehen die notwendig *widerständige, bremsende* und notfalls *störende* Dimension normativer Prinzipien¹² und damit der Schutz des Individuums vor der staatlichen Strafgewalt.¹³ Diese Zielsetzung ist umso wichtiger, als heute bei schwerer Delinquenz zusehends häufiger masslose präventive Sanktionen zum Zuge kommen. Aktuell dominiert eine zukunftsorientierte Sicherheitsoptik, welche die staatlichen Strafen und Massnahmen in einem instrumentell-mechanischen Sinne vorwiegend auf Einsperren und Isolieren ausrichtet, während gleichzeitig der Zweck einer Wiedereingliederung in die Gesellschaft zurücktritt. Eine solche Entwicklung lässt sich kaum in Einklang bringen mit der Erwartung, dass unser Strafrecht auf (möglichst) *gerechte* Urteile ausgerichtet sein sollte.¹⁴

¹² Treffend WINFRIED HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, S. 236.

¹³ Konkreter dazu hinten unter „Persönliche Standpunkte“, S. 69 ff.

¹⁴ Näher zur „Gerechtigkeit“ in der Rechtsprechung PETER ALBRECHT, Probleme der Strafgerechtigkeit aus der Sicht des Richters, in: ZStrR 124/2006, S. 68 ff.; ferner ausführlich ULFRID NEUMANN, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: ZStW 101/1989, S. 52 ff.

Von eminenter Relevanz sind im vorliegenden Zusammenhang die verfassungsmässigen *Grundrechte*. Die Bundesverfassung ist gerade für den Bereich der Strafsanktionen auf ein *Masshalten* fokussiert – etwa mit den elementaren Grundsätzen der Unschuldsvermutung und der Verhältnismässigkeit. Als zusätzliche juristische Maximen seien hier auch die Menschenwürde, das Gleichheitsgebot, das Schuldprinzip und die schützenden Formen im Strafprozess erwähnt. Daraus folgt für die Gerichte eine Verpflichtung zur strikten Beachtung der entsprechenden rechtlichen Vorgaben. Demgegenüber fallen jedoch in der Praxis beispielsweise häufige Exzesse der Strafzumessung auf, die den begrenzenden Schuldgrundsatz in Artikel 47 des Strafgesetzbuches (StGB) missachten. Daneben sind derzeit zunehmend Mängel hinsichtlich eines verhältnismässigen Umgangs mit den stationären Massnahmen festzustellen. Drastisch zeigt sich das am Beispiel der sogenannten kleinen Verwahrung gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB, die sich momentan in der Justiz einer weitgehend ungehemmten Beliebtheit erfreut.¹⁵ Diese Rechtsprechung offenbart anschaulich, wie hartnäckig die gesellschaftliche Auflehnung gegen den Verfassungsgrundsatz der Proportionalität wirkt.¹⁶

Ebenso sind vergleichbare Einwände gegen die prozessuale Haftpraxis zu erheben. Dort irritiert besonders die notorische Respektlosigkeit gegenüber der Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 Strafprozessordnung [StPO]), die regelmässig zu einer überaus „grosszügigen“ Anordnung der Untersuchungshaft durch entsprechend extensive Auslegung (oder gar Missachtung) der gesetzlichen Haftbestimmungen führt. Davon betroffen sind zu einem grossen Teil Menschen ausländischer Herkunft ohne Verwurzelung in der Schweiz. Das hinterlässt den Eindruck einer unterentwickelten Sensibilität gegenüber der grundrechtlichen Problematik freiheitsentziehender Zwangsmassnahmen, sobald man realisiert, wie leicht und lange (noch nicht verurteilte) Tatverdächtige inhaftiert werden.¹⁷ Bei der Untersuchungs-

¹⁵ MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 59 StGB, N 101 ff.

¹⁶ Ähnlich auch STEPHAN BERNARD, Richterliche Ethik aus der Perspektive eines Anwalts, in: Justice – Justiz – Giustizia 2017/4, Rz. 35.

¹⁷ Ebenfalls sehr kritisch BERNARD (Fn. 16), Rz. 28; weiterführend hinten unter „Untersuchungshaft“, S. 74.

haft offenbart sich die Zerbrechlichkeit der rechtsstaatlichen Prinzipien erschreckend deutlich.

Dass die Institution der Gerichte als wichtigste Garantin für die Durchsetzung der Verfassungsnormen unvermeidbar Sand ins Getriebe der Kriminalpolitik streut, ist nicht etwa eine bedauerliche Nebenfolge, sondern der *vorrangige Zweck* ihrer Tätigkeit. Prinzipien der Verfassung wie auch der Gesetzgebung, welche die staatliche Strafgewalt eindämmen wollen, sind dem Anliegen rascher und effizienter Problemlösungsversuche bewusst als Hürden entgegengestellt worden. Umso bedeutsamer ist es, dass die Gerichtsmitglieder ihre ureigene Verantwortung wahrnehmen und eine widerständige Kraft gegen die oft über-eifrige Kriminalpolitik zur Geltung bringen.

Schöpferisches Urteilen

Wer sich mit dem Akt der Urteilsfindung vertieft befasst, merkt bald, wie sehr das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung – ungeachtet aller methodischen Bemühungen – mit Unsicherheiten belastet bleibt und die angestrebte Bindung in der Praxis leicht erkennbar an Grenzen stösst. Durch die streckenweise offene und mehrdeutige Gesetzessprache werden die Gerichte unvermeidbar dazu gedrängt, eigenständig Wertungen vorzunehmen und Richtigkeitskriterien zu entwickeln. Wenn die Legislative sie im Stich lässt, stehen sie unter dem Zwang, eine sachgerechte Lösung auf eigene Faust zu finden. Das schliesst aus, in *rechtspolitischer Abstinenz* zu verharren.

Richterliches Urteilen stellt sich eben (in gewissem Umfang) als ein *selbständiger schöpferischer, gestaltender Akt*¹⁸ und bedeutet demnach Teilhabe an politischer Gestaltung. Die Anwendung von Recht verkörpert somit „immer (auch) ein Stück *Rechtspolitik*“.¹⁹ Man kann da von einer teilweisen *Verpolitisierung* der justiziellen Tätigkeit reden (dies als Gegenstück zur häufig beobachteten Verrechtlichung der Politik). Das heisst im

¹⁸ PETER ALBRECHT, Der Respekt gegenüber dem Recht als Fundament der Richterethik, in: Heimgartner/Thormann/Zufferey (Hrsg.), *Tempus fugit, 20 Jahre Bundesstrafgericht*, Basel 2024, S. 6, mit Nachweisen.

¹⁹ Vgl. RENÉ RHINOW, *Rechtssetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979, S. 165.

Ergebnis, dass die vorgegebenen Gesetzesbestimmungen die Entscheide in den jeweiligen Gerichtsverfahren nur beschränkt zu steuern vermögen. Denn „[s]obald das Gesetz erlassen ist, stehen seine Anweisungen dem richterlichen Handeln zur Disposition“.²⁰ Ihre Bindungswirkung gegenüber der Justiz wird also durch die *Individualität der urteilenden Personen* beeinflusst und ist folglich prinzipiell limitiert (und zwar desto mehr, je offener die betreffenden Gesetzesnormen ausgestaltet sind). Ausserdem gilt es zu beachten, dass der verfassungsrechtlich definierte Aktionsspielraum der Richterschaft letztlich durch diese selbst im konkreten Urteil verbindlich konstituiert wird. Denn es „gibt keine tauglichen Kriterien, die eine Überschreitung richterlicher Entscheidungsbefugnisse zweifelsfrei markieren können“.²¹

Freiheitsorientierte Innovationen der Strafrecht

Politische Vorverständnisse

Anerkennt man den schöpferischen Gehalt der Rechtsfindung, so rückt – wie soeben angedeutet – die urteilende Person in den Mittelpunkt des Interesses²² samt der Konsequenz, dass die Urteile in den Strafprozessen regelmässig individuell eingefärbt sind und deshalb je nach personeller Zusammensetzung des Gerichts sehr unterschiedlich ausfallen können. Wegleitend sind diesbezüglich insbesondere die sogenannten Vorverständnisse der Norminterpret*innen.²³ Oft bedeutet Entscheiden nämlich nicht das Auffinden bereits vorhandener Normen, sondern die Schaffung von neuem Recht. Diese zwangsläufigen Innovationen darf man nicht ausser Acht lassen.

²⁰ WINFRIED HASSEMER, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 235.

²¹ HASSEMER (Fn. 20), S. 235.

²² Siehe auch KARL-LUDWIG KUNZ/MARTINO MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2015, Kap. 6.3, Rz. 47.

²³ Ausführlich ERNST A. KRAMER/RUTH ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024, S. 374 ff.

Von hier aus versteht sich der unvermeidbare Einfluss der politischen Vorverständnisse der urteilenden Personen auf den Inhalt der Gerichtsentscheide. Dessen sollten sich Richter*innen aus dem links-grünen Spektrum (namentlich im Falle einer DJS-Mitgliedschaft) in besonderer Weise bewusst sein. Daran ändert der Umstand nichts, wonach man in einer pluralistischen Gesellschaft kaum allgemein beschreiben kann, was genau soziale Neuerungen, also ein Vorwärtsgehen, in der Rechtsprechung auszeichnet.²⁴ In welche Richtung namentlich die Strafjustiz „fortschreiten“ soll, darüber lässt sich bekanntlich mit guten Gründen streiten. An klar definierten Zielen mangelt es offenkundig in der Gesetzgebung mit ihren tendenziell weiten Interpretationsspielräumen. Die konkreten Vorstellungen über wünschbare „Verbesserungen“ hängen unmittelbar von der *persönlichen Haltung* zu den jeweiligen Gesetzesbestimmungen oder – allgemeiner ausgedrückt – zur gesetzlich verankerten *Kriminalpolitik* ab. Dementsprechend sind sehr unterschiedliche Präferenzen denkbar.

So mögen etwa sozial eingestellte Vertreter*innen der Strafbehörden von der Rechtsprechung in erster Linie den Schutz der gesellschaftlich benachteiligten Beschuldigten erwarten und demzufolge einen restriktiven Umgang mit Strafsanktionen pflegen. Andererseits kann eine „fortschrittliche“ Haltung auch darin liegen, im Verfahren den tangierten Opferanliegen mehr Rechnung zu tragen. Angesichts der Möglichkeit derartiger Interessenkonstellationen ist aus einer sozialen Optik zu beachten, dass in konkreten Fällen häufig sowohl die beschuldigten Personen wie auch die Opfer gesellschaftlich marginalisiert sind und in einer randständigen Situation leben. Welcher Gerichtsentscheid im Einzelfall „richtig“ ist, steht also nicht von vorneherein fest, sondern bedarf einer Bewertung der wahrgenommenen Fakten und Interessengegensätze.

Die politischen Vorverständnisse entfalten sich im Übrigen nicht bloss bei der Interpretation der materiell-rechtlichen Straftatbestände, sondern ebenfalls bei der Anwendung von Vorschriften des Prozessrechts, etwa bei der Bestimmung der Tragweite der Maxime „In dubio pro reo“ (Art. 10 Abs. 3 StPO). Denken wir beispielsweise an eine drogenabhängige Person, die jegliche Beteiligung an illegalen Betäubungsmittelgeschäften

²⁴ Ergänzend dazu aus einer umfassenderen Sicht STEPHAN BERNARD, Insistieren auf der Sprengkraft des Rechts, in: Plädoyer 5/2015, S. 76 f.

bestreitet, aber von einzelnen Käufer*innen belastet wird. In solchen Verfahren wird während Urteilsberatungen zuweilen geltend gemacht, man müsse doch auf derartige Belastungen ohne Weiteres abstellen dürfen; andernfalls sei ein Schuldspruch in bestrittenen Anklagen wegen Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz kaum mehr möglich, was eine wirksame Bekämpfung des unbefugten Drogenhandels beeinträchtige. Gegen diese augenfällig repressive kriminalpolitische Strategie der Rechtsfindung lässt sich eine liberale Position dahin gehend formulieren, dass gerade bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz auf das Prinzip „In dubio pro reo“ streng zu achten ist, weil Strafsanktionen gegen Drogenabhängige ohnehin wenig zweckmässig sind. Dass hier der letztere der beiden dargelegten Standpunkte wohl vorzuziehen ist, darüber wird man sich unter progressiven Jurist*innen vermutlich rasch einigen können.

Persönliche Standpunkte

In der Funktion als Richter leitete mich eine prononciert *freiheitlich-emanzipatorische Grundhaltung gegenüber dem Strafrecht* und deren Umsetzung im jeweiligen Prozess.²⁵ Damit verknüpfte sich eine persönliche Wertvorstellung, die in erster Linie auf den Schutz des Einzelnen vor dem übermächtigen Staat abzielte²⁶ und im Vorgang der Gesetzesanwendung ihren Niederschlag finden sollte. Hinter diesem Rechtsprechungskonzept steht die begriffliche wie sachliche Unterscheidung zwischen der *Strafe* als staatlicher Reaktion auf einen begangenen Rechtsbruch und dem *Strafrecht* als normativem Fundament der Sanktionierung. *Emanzipation* bedeutet im vorliegenden Zusammenhang die (Selbst-)Befreiung der praktizierten Strafjustiz von einer ungebremsten Ausrichtung auf expansive Zwecke wie Vergeltung und Prävention.

Um die Durchsetzung der öffentlichen Bestrafungsinteressen muss man in unserer Gesellschaft erfahrungsgemäss nicht besorgt sein. Denn diese Bedürfnisse geniessen generell hohe Akzeptanz und erhalten seitens der staatlichen Instanzen durchwegs hinreichend Sukkurs. In den Strafprozessen erweist sich

²⁵ Siehe auch bereits vorne unter „Kriminalpolitisches Selbstverständnis“, S. 61 ff.

²⁶ Einlässlich PETER ALBRECHT, *Strafrecht ohne Recht?*, in: ZStrR 131/2013, S. 394 ff.

hingegen die sensible Freiheitssphäre der beschuldigten Personen als erheblich gefährdet. Gestützt auf solche Erwägungen verfolgte ich im Berufsalltag mehr oder minder konsequent das juristische *Ziel*, die im Gesetz weit gefassten Verhaltensnormen und die dort zur Verfügung stehenden (teilweise harten) Sanktionen möglichst *moderat* einzusetzen, soweit dies die geltenden Rechtsgrundlagen zuliessen. Derartige Bestrebungen brachten die von mir präferierte Form von „Fortschritt“ zum Ausdruck: *Mass halten* im Bestrafungsakt.²⁷ Der freiheitlichen Dimension des *Rechts* räumte ich also den Vorrang vor einer interessengeleiteten (Kriminal-)Politik ein.²⁸

Hierfür spielten neben der hohen Wertschätzung für die Freiheitsidee zugleich auch radikale Zweifel am gesellschaftlichen Nutzen des geltenden Kriminalrechts (mit seinen destruktiven Freiheitsstrafen) eine wesentliche Rolle. Unser Strafrecht war – und ist auch heute²⁹ – kaum geeignet, einen umfassend positiven Beitrag für eine bessere Welt zu leisten. Jede soziale Ordnung mit einer grenzenlos zunehmenden Zahl strafbewehrter Verhaltensnormen sowie mit überfüllten Untersuchungsgefängnissen und Vollzugsanstalten wirkt düster, jedenfalls nicht lebensbejahend. Seit langem war mir nämlich schwer verständlich, aus welchen Gründen unsere Gesellschaft sich veranlasst sah, die gesetzliche Verbotsmaterie permanent durch neue Straftatbestände aufzublähen und drastisch in die Freiheitsrechte einzugreifen.

Zu meinem repressions skeptischen Ansatz gehörte ausserdem eine standhafte Berücksichtigung der Unschuldsvermutung wie auch der prozessualen Beweisregel „In dubio pro reo“ – zwei schwergewichtige Grundsätze (heute ausdrücklich in Art. 10 Abs. 1 und 3 StPO geregelt), die in der Gerichtspraxis leider sehr oft vernachlässigt werden. Demzufolge scheute ich trotz potenzieller Verärgerung der Strafverfolgungsbehörden nicht davor zurück, Prozesse zuweilen mittels Freispruch zu beenden.

²⁷ Im gleichen Sinne der Wunsch von BERNARD (Fn. 16), Rz. 40, an die Gerichte.

²⁸ Dieser persönliche Positionsbezug erfolgte wegen des hohen Zeitdrucks bei der Urteilsfindung im Einzelfall zugegebenermassen nicht selten eher intuitiv als gründlich durchdacht.

²⁹ Nicht zu verbergen ist indes, dass meine Haltung zum strafenden Staat in der aktuellen rechtspolitischen Grosswetterlage mit ihrem unerbittlichen Drang nach vergeltenden Sanktionen ziemlich quer in der Landschaft steht und insofern leicht anachronistisch wirken mag.

Auf diese Weise verfestigte die Intention konsequent *massvoller* behördlicher Interventionen das von mir damals (und bis in die Gegenwart) verfolgte kriminalpolitische Credo.

Der zunächst noch ziemlich abstrakt formulierte Erwartungshorizont für eine *freiheitsorientierte* Strafjustiz bedarf nunmehr einer inhaltlichen Verdeutlichung. Dabei geht es nicht um die Herstellung eines neuen, „modernen“ Verständnisses von Rechtsprechung. Vielmehr sah und sehe ich meine primäre Aufgabe in einem Rettungsversuch, nämlich darin, den (noch vorhandenen) liberalen Gehalt unserer Strafgesetzgebung im Anwendungsprozess vor weiteren Erosionen zu bewahren. Das wird im Folgenden anhand von drei praxisrelevanten Problemfeldern erläutert, wo die schöpferischen Komponenten den Alltag der Rechtsfindung auf unterschiedlichen Ebenen besonders intensiv beeinflussen.

Strafzumessung

An erster Stelle sei der vielschichtige und höchst anspruchsvolle Vorgang der *Strafzumessung* hervorgehoben, der auf einer rudimentären gesetzlichen Basis beruht. Als normativer Ausgangspunkt knüpft Art. 47 StGB (früher Art. 63 aStGB) an das Verschulden der Verurteilten an. Dabei erweist sich jedoch das Kriterium der Tatschuld als ziemlich formal und inhaltlich blass.³⁰ Weitgehend offen bleibt, was hier „Schuld“ genau bedeutet und wie sie zu quantifizieren ist. Trotz gewisser Präzisierungen lässt sich dem Gesetz nicht mit Gewissheit entnehmen, welche Strafhöhe im Einzelfall als schuldangemessen zu betrachten ist. Abgesehen davon schweigt sich die Gesetzesbestimmung darüber aus, ob auch general- oder spezialpräventive Bedürfnisse mit-einzubeziehen sind. Über all das entscheiden deshalb die individuellen Bewertungen und die kriminalpolitische Haltung der urteilenden Richter*innen.

Nach der heute vorherrschenden Meinung dient die Strafzumessungsschuld dazu, der Strafhöhe nach oben eine Schranke gegenüber präventiven Bedürfnissen zu setzen.³¹ Die genannte

³⁰ Grundlegend und ausführlich zum Ganzen GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 3. Aufl., Bern 2020, § 5, N 6 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

³¹ Statt vieler STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 30), § 5, N 70.

straflimitierende Funktion des Schuldprinzips entsprach (und entspricht) ganz der eigenen Position. Meine Liberalität war noch zusätzlich verstärkt durch eine agnostische Haltung zur Frage der Willensfreiheit, d.h. zur Kontroverse zwischen Determinismus und Indeterminismus bezüglich der strafrechtlichen Verantwortung.³² Vor den Schranken des Gerichts manifestierten sich unverkennbar die vielfältigen familiären, gesellschaftlichen und situativen Hintergründe der zu beurteilenden Delinquenz. Sie lösten in mir immer wieder ein gewisses Verständnis für die verübten Straftaten aus. Die harte Konfrontation mit den zahllosen desolaten Biografien der Beschuldigten hinderte mich jeweils daran, mit leichter Hand persönliche Schuld ausgiebig zuzuschreiben. Für mich war das fehlende Wissen darüber, ob und inwieweit die Beschuldigten im Tatzeitpunkt unter den gegebenen Umständen die Fähigkeit besaßen, anders zu handeln und die verübten Delikte zu unterlassen, entscheidend. Diese forensischen Erfahrungen (neben den entsprechenden theoretischen Kenntnissen) begünstigten die Tendenz zu möglichst milden Strafen, also zu solchen am unteren Ende des gesetzlichen Rahmens.

Betäubungsmittelgesetz

Die exemplarische Bedeutung der politischen Vorverständnisse bei der Urteilsfindung lässt sich ferner am hochkomplexen *Betäubungsmittelgesetz* veranschaulichen, das im Gerichtsalltag stark präsent ist (und mir damals etliche Konflikte mit der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt bescherte). Sein normativer Gehalt erweist sich rechtsdogmatisch wie auch kriminalpolitisch betrachtet als überaus brisant. Augenfällig hierfür ist etwa einerseits in gesetzestechnischer Hinsicht die Implantation zahlreicher Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe in die Strafbestimmungen. Andererseits führt die legislative Unterscheidung zwischen sogenannten legalen und illegalen Drogen zu Widersprüchen zum Verfassungsgebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV). Das alles löst in der Praxis zwangsläufig gesellschaftspolitisch inspirierte Interpretationen aus. Solchermassen offenbart die Rechtsprechung ein herausforderndes Spannungs-

³² PETER ALBRECHT, Strafzumessung ohne individuelle Tatschuld?, in: ZStrR 135/2017, S. 466 f.

feld zwischen Recht und Politik, wobei namentlich das Bundesgericht die juristischen Komponenten zugunsten der politischen vernachlässigt. Im „Kampf“ gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln dominiert nämlich die generalpräventive Zielsetzung (als allgemeine Abschreckung), während das bremsende (liberale) Element des strafrechtlichen Schuldprinzips in den Hintergrund verdrängt wird. Das manifestiert sich vor allem in der regelmässig sehr weiten Auslegung des zentralen Artikels 19 des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), streckenweise über dessen Wortlaut hinaus sowie in Verbindung mit exorbitanten Freiheitsstrafen.

Meine teilweise tiefgreifende Kritik an manchen Standpunkten der höchstrichterlichen Praxis (namentlich an der problematischen Definition der mengenmässig schweren Fälle) beruhte auf eigenen weltanschaulichen Vorverständnissen, die sich im Laufe der Berufstätigkeit herausbildeten. Im Mittelpunkt stand die kaum überraschende Erfahrung, dass das martialische Kriminalisierungsprogramm des Gesetzes (samt Rechtsprechung) nicht bloss ineffizient, sondern im Hinblick auf den angestrebten Gesundheitsschutz geradezu kontraproduktiv und unmenschlich ist.³³ Dementsprechend nutzte ich selber als Richter die vorhandenen weiten Handlungsspielräume vorab dazu, die bei mir vorhandenen drogenpolitischen (und zugleich verfassungsrechtlichen) Bedenken gegenüber den Strafnormen des Betäubungsmittelgesetzes durch eine *grundrechtskonforme* Interpretation in die Urteilsfindung einfließen zu lassen.³⁴ Das betraf neben den materiellen Gesetzesbestimmungen auch die strafprozessuale Ebene. Insoweit war mein partieller Widerstand gegen das, was das Bundesgericht hier aus der Gesetzgebung produziert hatte, als Ausdruck einer gebotenen *Verfassungstreue* zu betrachten. Auf diese Weise beabsichtigte ich, einen kreativen Beitrag zu einem massvolleren und humaneren justiziellen Umgang mit der Drogendelinquenz zu leisten, allerdings mit einem insgesamt eher bescheidenen Erfolg.

³³ Zum Ganzen PETER ALBRECHT, Drogenjustiz: Die Gerichte haben versagt, in: Plädoyer. 6/2004, S. 28 ff.

³⁴ Bei einem solchen methodischen Ansatz darf man freilich nicht vergessen, dass die verfassungsmässigen Grundrechte ihrerseits ebenfalls einer Auslegung bedürfen (vgl. HASSEMER [Fn. 20], S. 237), die unweigerlich auch subjektiv geprägt ist.

Untersuchungshaft

Während der zeitweiligen Funktion als Haftrichter³⁵ im Kanton Basel-Stadt verfolgte ich bewusst eine dezidiert restriktive Linie bezüglich der freiheitsentziehenden Rechtsanwendung. Die Abweichung von der vorherrschenden Praxis war mir ein ganz eminentes persönliches Anliegen. Denn gerade im Haftrecht ist die Maxime der Unschuldsvermutung durch die behördlichen Aktivitäten jeweils stark gefährdet.³⁶ Der hauptsächliche Grund hierfür liegt im zum Teil gravierenden Mangel an innerer Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber Staatsanwaltschaft und Polizei. Das Justizpersonal identifiziert sich nämlich in der Regel allzu rasch und unkritisch mit den Bedürfnissen der Strafverfolgung, die mit Nachdruck geltend gemacht werden. Der übermächtige Drang nach effizienter Bestrafung fördert den Einfluss sachfremder Gesichtspunkte auf die Entscheidungsfindung.

Ausserdem sind die gesetzlichen Haftvoraussetzungen ziemlich vage formuliert, was bei deren Anwendung die Anfälligkeit der Gerichte auf die jeweiligen kriminalpolitischen Erwartungen der Öffentlichkeit begünstigt. Die von mir angestrebte Zurückhaltung im Haftrecht drängt sich zusätzlich deshalb auf, weil eine verfügte Untersuchungshaft sowohl den Schuldspruch wie auch die daran anknüpfende Sanktion leicht präjudizieren kann. Schliesslich darf man nicht vergessen, dass im Haftverfahren zumeist unter hohem Zeitdruck und auf einer schmalen Tatsachenbasis weitreichende Entscheide über einen Freiheitsentzug für (noch) unschuldige Menschen getroffen werden, und zwar ohne öffentliche Kontrolle. Folglich kommt da der Justizförmigkeit des Verfahrens und demnach auch einer prinzipientreuen Rechtsprechung eine exemplarische Relevanz zu.

Grenzen der Verantwortlichkeit

Jedes noch so ernsthafte Bemühen, innerhalb eines Gerichts die eigene Verantwortung für humane Entscheide zielstrebig wahrzunehmen, bleibt unvermeidbar limitiert. Aus meiner eige-

³⁵ Sprachlich ist heute gemäss dem aktuell geltenden eidgenössischen Prozessrecht vom Zwangsmassnahmengericht (Art. 18 und 225 ff. StPO) die Rede.

³⁶ Siehe schon vorne unter „Widerständiges Strafrecht“, S. 64 ff.

nen Berufserfahrung lernte ich schon früh, dass es wesentlich einfacher ist, fortschrittliche Positionen in der Öffentlichkeit zu vertreten, als diese in einem Gerichtsverfahren wirksam durchzusetzen. Als erstinstanzlicher Richter waren meine vergleichsweise liberalen Vorstellungen unablässig konfrontiert mit abweichenden Urteilen höherer Gerichte, speziell auch mit Leiturteilen des Bundesgerichts. Damit stand ich jeweils vor der Frage nach einer richterlichen Präjudizienbindung.

Der Bindungswirkung kommt in der Rechtsprechung jedenfalls faktisch eine hohe Relevanz zu. Die Gerichte orientieren sich zur Stützung ihrer Urteile regelmässig an früheren einschlägigen Entscheiden, namentlich wenn diese aus Lausanne stammen. Hinter dem verbreiteten Rückgriff auf präjudizielle Entscheide stehen neben Gesichtspunkten einer gebotenen Gleichbehandlung auch willkommene arbeitsökonomische Vorteile für die urteilenden Personen. Die zurückblickende Ausrichtung auf höhere Instanzen entlastet nämlich den eigenen Argumentationsaufwand erheblich. Wer auf das Bundesgericht hinweist, kann sich viel Denkarbeit ersparen und bleibt überdies in der Regel vor drohenden Rechtsmitteln geschützt.

Andererseits besteht nach vorherrschender juristischer Ansicht keine formelle Bindung an Präjudizien.³⁷ So dürfen wir nicht vergessen, dass auch die höchstrichterlichen Interpretationsvorgaben nicht sakrosankt sind. Vielmehr unterliegen sie gelegentlich infolge besserer Einsichten der Mitglieder des Bundesgerichts einer inhaltlichen Modifikation. Als klassisches Beispiel hierfür sei aus dem Strafrecht der Jahresband der Leitenentscheide der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts BGE 116 IV hervorgehoben, in dem für den Zeitraum eines einzigen Jahres eine ganze Reihe von weitreichenden Praxisänderungen enthalten ist, dies als Folge der personellen Auffrischung im (damaligen) Kassationshof. Verneint man demnach grundsätzlich eine zwingende Bindung an derartige Präjudizien, so bedeutet das zugleich die Anerkennung der Möglichkeit von Praxisänderungen, falls man sich hierfür auf ernsthafte sachliche Gründe zu stützen vermag.³⁸ Im Wesentlichen geht es da um eine rechtliche Interessenabwägung. Das Postulat einer inhaltlich richtigen (d.h. rechtskonformen) Entscheidung steht den Prinzipien

³⁷ Dazu KRAMER/ARNET (Fn. 23), S. 328 ff.

³⁸ Vgl. KRAMER/ARNET (Fn. 23), S. 330, mit Praxishinweisen.

der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit sowie dem gebotenen Vertrauensschutz gegenüber. Wann ein Gericht im neuen Fall von einem vorliegenden präjudiziellen Urteil abweichen darf (oder sogar muss), bleibt jedoch mangels präziser juristischer Kriterien häufig offen.³⁹

Diese verbreitete Unbestimmtheit betraf meinen Berufsalltag am Strafgericht erheblich, weil in manchen Bereichen die vorliegenden Präjudizien, sobald sie übermässige Eingriffe in die persönliche Freiheit der Verurteilten bewirkten, mir innerlich widerstrebten. In solchen schwierigen Situationen hatte ich jeweils anhand – mehr oder minder – eigenständiger (auch moralischer) Wertungen darüber zu befinden, ob und in welchem Umfang auf präjudizielle Erwägungen früherer Urteile zurückgegriffen werden sollte. Für die betreffenden Entscheide hatte nicht zuletzt auch mein individuelles Vorverständnis hinsichtlich der rechtlichen Präjudizienbindung einen nicht unwesentlichen Einfluss. Abgesehen davon blieb für mich aus der Optik eines erstinstanzlichen Richters ebenfalls zu bedenken, dass die Ablehnung einer höchstrichterlichen Praxis einen voraussehbar erfolgreichen Weiterzug des kantonalen Urteils an die höhere Instanz mit entsprechenden Kostenfolgen veranlassen konnte. Auch die Beachtung dieser Aspekte gehörte zur Wahrnehmung einer gelebten richterlichen Verantwortung.

Zusammenfassendes Schlusswort

Wer als Strafrichter tätig ist, ordnet regelmässig pönale Sanktionen oder prozessuale Zwangsmittel an, die tief in die Freiheitssphäre der beschuldigten Personen eingreifen können. Aus der machtvollen Stellung der Justiz resultiert ein entsprechendes Mass an persönlicher Verantwortung, die sich zwischen Recht und Politik bewegt. Für deren Wahrnehmung ist ein klares Bewusstsein des politischen Charakters jeder Rechtsanwendung unerlässlich. Obwohl die Gerichte als dritte Gewalt im Staat durch die Bundesverfassung explizit an das Recht gebunden sind, verfügen sie dennoch über weitreichende Handlungsspiel-

³⁹ Als ein im Ergebnis bedenkliches Beispiel zum BetmG sei hier das Urteil BGE 145 IV 312 E. 2.1.3 genannt, wo sich das Bundesgericht aus vorwiegend kriminalpolitischen Gründen weigerte, die Frage einer Praxisänderung seriös zu prüfen.

räume. Denn wegen der unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln in der Gesetzgebung werden sie oft unvermeidbar dazu gedrängt, im Einzelfall auch eigene Wertungen vorzunehmen. Somit erweist sich richterliches Entscheiden als gestalten-des Handeln, in dem individuelle (politische) Vorverständnisse zum Ausdruck gelangen.

Das bedeutete für mich damals im Gerichtsalltag: Ein freiheitlich-emanzipatorisches Verständnis der Strafjustiz prägte jeweils den eigenen Beitrag zur konkreten Rechtsverwirklichung. Ich verfolgte konsequent das Ziel, die staatlichen Interventionen möglichst moderat zu gestalten, d.h. im Bestrafungsakt Mass zu halten.⁴⁰ Der freiheitlichen Dimension des Rechts wurde also der Vorrang vor einer interessengeleiteten Kriminalpolitik gewährt.

⁴⁰ Ergänzend dazu mein Rückblick: PETER ALBRECHT, Die Strafjustiz wird immer autoritärer, in: Plädoyer 3/2014, S. 15 ff.