www.richterzeitung.ch

Peter Zihlmann

RICHTEN IST EIN GROSSES DING

Erkundungen eines ehemaligen Richters zur Aporie des Richtens

Ausgehend von den Dilemma-Urteilen in Ferdinand von Schirachs Theaterstück «Terror» stellt der Autor die Frage, ob der Richter am Ende Unentscheidbares entscheidet. Die Frage wird vor literatur-historischem und zeitgeschichtlichem Hintergrund bekannter Strafprozesse gestellt. Der Forumsbeitrag stellt heraus, wie ähnlich ausweglos die Entscheide der Täter im Leben und jene der Richter im Gerichtssaal sein können. Der Grenzverlauf zwischen dem empathisch handelnden und dem befangenen Richter wird skizziert und an den Unterschied zwischen Richten und Urteilen erinnert. Ist es so, dass der urteilende Richter nie ganz verstehen und der verstehende Richter nicht mehr verurteilen kann?

Beitragsarten: Forum

Zitiervorschlag: Peter Zihlmann, RICHTEN IST EIN GROSSES DING, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2018/3

ISSN 1661-2981, https://richterzeitung.weblaw.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77 EDITIONS WEBLAW

Inhaltsübersicht

1. Theatralischer Strafprozess und das Gerichtstheater
2. Täter und Richter im Dilemma
3. Der Zuschauer wird im Theater als Richter aktiviert
4. Existenziell betroffene Täter und empathische, befangene Richter
5. Der Doppelkörper des Richters
6. Perspektiven im Richteralltag
7. Das Paradigma des Unentscheidbaren

1. Theatralischer Strafprozess und das Gerichtstheater

[Rz 1] Wer sich eingehend mit dem Wesen des Strafprozesses befasst oder selbst daran teilnimmt als Staatsanwalt, Verteidiger, Zeuge, Experte, Gerichtsberichterstatter oder gar führend als Richter wird erkennen, dass diesem Verfahren nicht nur zufällig theatralische Züge anhaften, ihm vielmehr notwendig die gleiche Struktur wie dem Theater als einem *re-enactment*, einem Nachspiel der Wirklichkeit innewohnt. Es geht um die Aufführung und Erzählung einer zunächst erlebten Wirklichkeit. Sie erfolgen nach einem Skript, das im Theater der Dramatiker und Regisseur und im Gericht die Strafprozessordung und der Gerichtsvorsitzende bestimmen. Es ist ein Rollenspiel nach festen Regeln, verfolgt von der Öffentlichkeit, heute den Massenmedien. Am Ende fällt der Vorhang und alle Fragen bleiben offen und beim Gericht fällt ein Urteil und die gerichtliche Wahrheit ist gesetzt. Und doch bleiben auch da Fragen letztlich offen, wenigstens für den Beobachter, der nicht aufhört zu fragen. Solchen Fragen wird im folgenden Beitrag am Beispiel des Theaterstücks *Terror* von Ferdinand von Schirach nachgegangen.

[Rz 2] So zentral und erfolgreich wie von Schirach eine Gerichtsverhandlung zum Spielort im Theater erhoben hat, ist das wohl seit Heinrich von Kleists *Der Zerbrochne Krug* nicht mehr geschehen. Er verwandelt in seinem Stück *Terror*[1] das Theater in einen Gerichtssaal und macht die Zuschauer zu Richtern, die über Schuld und Unschuld urteilen. In diesem Theaterstück geht es um den bisher hypothetisch gebliebenen Fall, dass ein Passagierflugzeug in der Hand von Selbstmordattentätern, die es erklärtermassen als Waffe für einen gezielten Absturz missbrauchen wollen, abgeschossen wird. Vor Gericht steht der Pilot eines Kampfjets der deutschen Luftwaffe, der im Polizeieinsatz das Flugzeug abgeschossen hat. Auf den ersten Blick handelt es sich um eine zwar schlimme, aber doch eindeutig zu beantwortende Frage: Darf das Flugzeug mit 164 Passagieren und der Besatzung an Bord im Flug abgeschossen werden, wenn es in Terroristenhand als Waffe eingesetzt wird, um es in das vollbesetzte Fussballstadion in München mit ungefähr 70'000 Zuschauern zu lenken und abstürzen zu lassen?

2. Täter und Richter im Dilemma

[Rz 3] Der Pilot Major Koch bekommt von seiner Einsatzleitung nicht den angeforderten Abschussbefehl, sein Befehl lautet ausdrücklich «nicht schiessen!». An dieser Stelle beginnt das eigentliche Drama. Der Pilot handelt gegen den Befehl seines Vorgesetzten auf eigene Faust. Die

[1] Das Theaterstück wurde am 3. Oktober 2015 in Berlin und Frankfurt zeitgleich uraufgeführt und ist seither in 17 Ländern und auf 88 Theaterbühnen aufgeführt und von rund 445'000 Zuschauern gesehen worden, auch in der Schweiz ist es in Bern, Winterthur und in Basel vom Förnbacher-Theater in der Spielzeit 2017/2018 gespielt worden und steht weiter auf dem Spielplan 2018/19.

Rechtslage in Deutschland ist komplex. Das deutsche Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) aus dem Jahre 2005 erlaubte im Fall des «Renegade», das heisst, wenn ein Flugzeug als Waffe benützt wird, den Abschuss der von Terroristen gekaperten Maschine. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch diese Bestimmung ein Jahr nach Erlass als verfassungswidrig erklärt und aufgehoben.[2] «Die Menschenwürde ist unantastbar», bestimmt die deutsche Verfassung (GG) in Artikel 1, dem «Ewigkeitsgarantie» zukommt. Der Pilot entschliesst sich in letzter Minute, das Flugzeug abzuschiessen, um eine grössere Katastrophe zu verhindern. Er bringt es nicht fertig, 70'000 Menschen sterben zu lassen. Er findet es richtig, viele Menschen zu töten, um eine ungleich grössere Zahl von Menschen zu retten. In dieser extremen Situation schwingt er sich zu seiner wahren Grösse auf. Oder wird er so zum Kriminellen? Als Major der Luftwaffe ist er Teil der staatlichen Gewalt und an das Verfassungsrecht gebunden. Gegen diese Bindung, die er als Fessel empfindet, hat er sich mit prometheischer Kraft aufgelehnt.

[Rz 4] In der Gerichtsverhandlung, die auf der Theaterbühne durchgespielt wird, jagt die Staatsanwältin den angeklagten Piloten dialektisch durch das ganze Argumentarium seiner Rechtfertigungen hindurch bis er sagt, die Menschen im Flugzeug müssen sich der Staatsräson opfern und er würde «es wieder tun». Jetzt schnappt die von Ferdinand von Schirach gestellte dialektische Falle zu mit der von der Staatsanwältin gestellten Frage an ihn: «Dann, Herr Koch, stelle ich Ihnen nur noch eine Frage: Hätten Sie geschossen, wenn Ihre Frau und Ihr Sohn in dem Flugzeug gewesen wären?» Diese Frage kann der Pilot nicht mehr beantworten.[3]

[Rz 5] Der Gerichtsvorsitzende ruft am Ende der Verhandlung das Publikum auf, das Urteil über den Piloten durch eine Willenskundgebung zu fällen. Er verkündet alsdann das Urteil des Publikums als Mehrheitsbeschluss, sei es Freispruch oder Verurteilung. Eine Beratung, eine Diskussion des Prozessstoffes durch die Richter, also das Publikum, entfällt.

[Rz 6] Als Jurist und namentlich als Richter wird man von einem mulmigen Gefühl befallen, wenn man zusehen muss, wie sich der Fall entwickelt und am Schluss verwickelt bis der Gordische Knoten durch eine Art Volksabstimmung durchschnitten wird. So könnte sich eine Gerichtsverhandlung in einem Volksgerichtshof anfühlen. Ein stark populistisches Element herrscht vor. Es wird entschieden nach dem, was der Zuschauer gehört hat, aufgrund seines Gewissens, seines gesunden Menschenverstands, nach dem in diesem Fall besonders stark sich aufdrängenden Gefühl der Plausibilität. Die Situation erinnert stark an die Stellung der Geschworenen in den USA, die nach *common sense* entscheiden.[4] Der Verteidiger hat es zuvor in seinem Plädoyer «für jeden, der noch einigermassen bei Verstand ist» mit dem Schlagwort auf den Punkt gebracht: «Kein Prinzip der Welt kann wichtiger sein, als 70'000 Menschen zu retten. Punkt.» So klar kann dem

---

2 Bundesverfassungsgerichtsurteil 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006, dessen 3. Leitsatz lautet: «Die Ermächtigung der Streitkräfte, gemäss § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ein Luftfahrzeug abzuschiessen, das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, ist mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden.» Zur Situation in der Schweiz vgl. das Interview von Oberst i Gst Peter Bruns, Chef der Operationszentrale der Luftwaffe und Projektleiter zur Einführung der permanenten Luftpolizei in Basler Zeitung vom 16. November 2017. Eine entsprechende Abschussermächtigung wie im deutschen Luftsicherheitsgesetz ist seit 1. Januar 2018 in Art. 92a des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG; SR 510.10) enthalten. Theoretisch ist also in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland ein Abschuss zulässig, praktisch jedoch wegen der faktischen Unsicherheiten so gut wie ausgeschlossen. Vgl. auch weitere Angaben dazu unter www.peter.zihlmann.com sowie den Artikel des Autors in der Basler Zeitung vom 16. Februar 2018 (alle Webseiten zuletzt besucht am 31. Juli 2018).

3 Vgl. Ziffer 4 hiernach. Die Staatsanwältin erwähnt im Theaterstück zuerst nur die Ehefrau.

4 Klaus Mladek, Die amerikanische Entscheidung, S. 101 ff. und Manfred Schneider, Was heisst «Die Mehrheit entscheidet»?, S. 154 ff., beide in Cornelia Vismann (Hrsg.), München 2006.

Publikum das Urteilen erscheinen und es folgt diesem Standpunkt mit meist überwältigendem Mehr. Der Autor setzte die Zuschauer zuvor durchaus auch der Trauer und den Verlustgefühlen einer Ehefrau und Mutter aus, die ihren Ehemann als Passagier durch den Abschuss der Maschine verloren hat. Sie tritt als Privatklägerin und Zeugin vor Gericht auf. Als achtsamer und einfühlsamer Zuschauer wird man innerlich zwischen Abscheu und Zustimmung zum Täter, der getötet und gerettet hat, hin- und hergerissen. Die Situation ist strukturell vergleichbar mit jener des Betrachters eines mit zwei multistabilen Wahrnehmungsmustern versehenen Bildes. Er sieht bei genauerer Betrachtung zwei sich jeweils ausschliessende sogenannte Kippbilder (z. B. Vase oder zwei einander zugewandte Profile, vgl. das nachstehende Bild), ohne dem einen vor dem andern klar den Vorzug geben zu können.

[Rz 7] Der Pilot hat viele Menschen vorsätzlich getötet und eben dadurch noch viel mehr Leben gerettet. Beides ist wahr. Ist er nun ein Krimineller, der schwer zu bestrafen ist, oder ein Held, dem keine Strafe zuzumuten ist? Ist der Gewissensentscheid des Piloten, der plausibel[5] erschei-

5 Etymologisch kommt plausibel von Applaus, was Zustimmung bedeutet. Ist eigentlich als vor Gericht anerkanntes Kriterium nicht hochstehend. Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl., Berlin 1992: lat. *plausibilis*, Beifall verdienend, auf Beifall berechnet; zu lat. *plaudere* (Beifall) klatschen. Praktisch gleichlautend: Wasserzieher, Woher? Ableitendes Wörterbuch der deutschen Sprache, Bonn, 1952.

nen mag, auch für den Richter verbindlich? Oder muss der Pilot schuldig gesprochen werden? Und wieso? Weil das Verfassungsprinzip der Unantastbarkeit der Würde des Menschen es fordert und kein Abwägen von Menschenleben gegeneinander möglich ist? Aus Sicht des Piloten ist von ihm gerade nicht Leben gegen Leben abgewogen worden. Es handelt sich um das diffizilere Problem, die sehr wahrscheinlich viel kürzeren und geringeren Lebenschancen der Passagiere gegen jene der Menschen im Stadion abzuwägen, was zunächst eher als zulässig erscheinen könnte. Oder ergibt sich seine Schuld einzig daraus, dass die verklausulierte Bestimmung im deutschen Strafrecht über den entschuldigenden Notstand keine Ausnahme zulässt? Weil in casu ein Näheverhältnis des Täters zu den Geretteten fehlt?[6] Was gibt den Ausschlag für den richterlichen Entscheid? Beide Möglichkeiten erscheinen zunächst gleichwertig, gleich gültig. Verschiedene juristische Wege und Pfade, die eher Schleichwegen gleichen, können zur Entlastung des Piloten führen. Was in der Erinnerung des Beobachters haften bleibt, ist die gleiche Gültigkeit der Entscheidungen, also eine Art «Gleichgültigkeit» der sich ausschliessenden Möglichkeiten. Im Gerichtssaal des Theaters wird jedem klar, was immer vom Richter-Publikum entschieden wird, aus welchen Gründen auch immer, wird durch den Gerichtsvorsitzenden am Ende der Vorstellung gleichmütig als Urteil mit dem Gütestempel des Rechts und der juristischen Begründung versehen werden. Es ergehen bei gleichem Sachverhalt nach jeder einzelnen Vorstellung einander widersprechende Urteile, wobei die Freisprüche stark überwiegen.[7] Ein Ergebnis, das selbst Juristen und insbesondere Richter in einen Abgrund des Nachdenkens zu stürzen vermag.

3. Der Zuschauer wird im Theater als Richter aktiviert

[Rz 8] Der Autor hat seinen Rechtsfall geschickt ausgewählt und zum Plot im Drama gemacht. Der Fall ist geeignet, überkommene Ansichten auf den Kopf zu stellen. Durch die Anlehnung an das Ereignis 9/11, das sich tief in das kollektive Bewusstsein der Welt eingegraben hat, werden grosse Ängste wachgerufen. Dies alles erklärt noch nicht den überwältigenden Erfolg des Theaterstücks. Durch den Einbezug und die Aktivierung der Zuschauer zum «Urteiler» wird jeder Einzelne in die Position des Richters versetzt und mit dessen Innenperspektive vertraut gemacht. Er wird mit dem verstörenden Bild eines Urteils konfrontiert, das sich samt Begründung je nach Abstimmungsergebnis verändert. Und das ausgerechnet in einem Fall, in dem darüber zu entscheiden ist, ob ein unbescholtener Mensch als Massenmörder[8] aus dem Gerichtssaal geführt

6 Das deutsche Recht verlangt in § 35 Abs.1 des Strafgesetzbuches Deutschlands (StGB-D) ein Näheverhältnis des Täters zur geretteten Person. Bis 2002 war die Situation im schweizerischen Strafrecht analog, seither wird von Art.18 des Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)für eine vollständige Entschuldigung bloss noch verlangt, dass es dem Täter nicht zuzumuten ist, das gefährdete und geschützte Gut aufzugeben. Nach Ansicht von Wolfgang Schild, Verwirrende Rechtsbelehrung, Berlin, 2016, S.43 ff., ist im Theaterstück die Rechtsbelehrung des Vorsitzenden verwirrend, weil dieser den Schöffen den Entschuldigungsgrund des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands nicht vorstellte.

7 Es ist anzumerken, dass in über 90% der Theaterpublikumsabstimmungen Freisprüche zustande kommen. Das Mehrheitsverhältnis ist allerdings nicht so krass und liegt etwa bei 62% der abgegebenen Stimmen. Unter http://terror.theater/ sind genaue Angaben über die Abstimmungsergebnisse nach den Theatervorstellungen abrufbar.

8 Befremdlich scheint mir die Auffassung von Wolfgang Schild (Fn. 6), S.24, wonach der Pilot sich nur des Totschlags nach § 212 STGB-D strafbar gemacht haben könnte, weil der Luft-Luft-Lenkflugkörper «präzise eingeschlagen» habe. Ja, präzise, aber er hat alle getötet, die im Flugzeug waren, Besatzung, Passagiere, Terroristen. Wenn das keine gemeingefährliche Waffe ist!

wird oder ob er ihn als untadeliger Mensch von ausserordentlicher Charakterstärke aufrecht verlassen darf.

[Rz 9] Der ins Verfahren einbezogene Zuschauer begreift nun, dass sich dem Richter ein Spielraum öffnet, den er nach seiner inneren Überzeugung ausfüllen kann, sofern er nur über die Agilität verfügt, das anpassungsfähige, schmiegsame und der Interpretation bedürftige Recht durch die zielführende Methode ans Ziel seiner Vorstellungen zu führen. Die unerträgliche Leichtigkeit des Urteilens kann in die Erkenntnis kippen, dass der Richter das letztlich Unentscheidbare kontingent entscheidet. Das kommt der Auffassung einer willkürlichen Entscheidung nahe. Der nachdenkliche und aktiv gewordene Zuschauer mag dabei die Unschuld gegenüber der zwingenden Logik des juristischen Argumentierens und Urteilens rasch verlieren. Ihm wird klar: Das Urteil wird gefällt. Es ergibt sich viel weniger aus der Stringenz der angegebenen Gründe als wir gemeinhin voraussetzen. Das Urteil ist nicht logisch-konsequent aus Gründen ableitbar. Diese Publikumserfahrung und die daraus hervorgehenden Überlegungen in Gang gesetzt zu haben, ist das vielleicht etwas zweifelhafte Verdienst von Ferdinand von Schirach.

4. Existenziell betroffene Täter und empathische, befangene Richter

[Rz 10] Frappiert hat mich die spiegelbildliche Ähnlichkeit der Situation, in welcher der Pilot sich vor dem Entscheid des Abschusses befand mit jener des Richters vor dem Urteilsspruch.[9] Der Pilot ist in einem Dilemma und auch seine Richter sind es: Sollen sie nach dem Gesetzeswortlaut entscheiden und den Piloten als Mörder verurteilen oder kreative juristische Wege einschlagen und einen Ausweg für den Angeklagten suchen und übergesetzlichen Notstand annehmen oder neben der Unzurechnungsfähigkeit eine «übergesetzliche Straffreistellung» einführen wie Claus Roxin es für derartige Fälle fordert[10].

[Rz 11] Beide, Täter und Richter, stehen vor einer unlösbaren Herausforderung. Der Pilot muss schuldig werden. Entweder fügt er sich fatalistisch dem Schicksal, das von den Terroristen in Zug gesetzt worden ist, und lässt bewusst eine unmittelbar drohende Katastrophe zu. Oder aber er verhindert sie und tötet selbst. Felix culpa! Wird er schuldig, wird er zum Opfer um einer höheren Ordnung willen? Ist der Richter seinerseits durch sein Amt dazu verurteilt, den Piloten in seinem Dilemma zu verurteilen? Pilot und Richter handeln beide als Unwissende, an den Rand ihrer Kapazität getriebene Menschen und entscheiden in einem Feld, das keine gute, richtige Entscheidung zulässt. Die vom Beruf und der Situation geforderte Entscheidung ist übergross, sprengt das Mass, das dem Menschen zugänglich, angemessen und erträglich ist. Wir wissen zu wenig voneinander, um über einen anderen Menschen ein gültiges Urteil zu fällen.[11] In der richterlichen Entscheidfindung gibt es einen Punkt, an dem für den Richter keine vernünftigen

9 Abgesehen von der verschiedenen zeitlichen Dringlichkeit. Der zeitliche Aspekt ist jedoch nicht so entscheidend. Das Drama macht klar, dass sich die Kampfpiloten schon in ihrer Ausbildungszeit intensiv mit dem Ernstfall des R*enegate* beschäftigten und ihre Entscheidung vorbereiteten. Ja, das Stück macht klar, dass die Armeeleitung nur jene Piloten in ihre Dienste nahm, die sich bereit erklärten, ein gekapertes Passagierflugzeug notfalls abzuschiessen, um grösseren Personenschaden abzuwenden.

10 Claus Roxin, Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6/2011, S. 562, setzt beim Zweck der Strafe an, den er in «schuldbegrenzter Prävention» erkennt.

11 Ich persönlich halte es z.B. für durchaus möglich, dass dem Abschussentscheid des Piloten weniger ein Gewissensentscheid als ein antrainiertes militärisches Denken zu Grunde liegen könnte. Dies entgegen der im Theaterstück gegebenen Begründung des Autors für den Fall des Freispruchs. Dieser führt im Fall des freisprechenden Urteils

Zweifel mehr fühlbar sind, er sein Wissen begrenzen will und muss, wo seine Offenheit in den Entscheid kippt. Das Urteil wird gefällt. Richten könnte sich als eine Aporie erweisen.

[Rz 12] Die Vorstellung der existenziellen Betroffenheit des Täters (in casu: falls Frau und Kind des Piloten als Passagiere im Flugzeug sitzen) bringt sein Argumentieren vor Gericht zum Einsturz. Dieses Paradoxon führt uns zum wunden Punkt seiner Haltung. Er ist wie die meisten Menschen bereit, ihm unbekannte Menschen auf «technisch saubere Weise» zu töten, falls das als das kleinere Übel geboten erscheint. Nie aber würde er sich selbst oder Angehörige opfern oder dies als das kleinere Übel bezeichnen.

[Rz 13] Was für den Täter persönliche Betroffenheit bedeutet, ist für den Richter dessen Befangenheit. Wir kennen Ödipus, den Wahrheitssucher, und Richter Adam aus Kleists Lustspiel als befangene Richter. Das Richten in eigener Sache gilt als streng verpönt. Der Richter wird im Rechtsstaat ganz selbstverständlich von derartigen Entscheiden in eigener Sache dispensiert. Er hat das Recht und die Pflicht, in den Ausstand zu treten. Der Richter soll nicht nur von äusseren Abhängigkeiten befreit erscheinen, sondern auch vor gewissen Dilemmata bewahrt werden: Er soll nicht gegen sich oder seine Interessen entscheiden müssen.

[Rz 14] Dem Täter steht ein solcher Ausstandsgrund nicht zur Verfügung. Er steckt unentrinnbar in seiner Lebenssituation fest und muss sich entscheiden. Er kann nicht zur Seite treten und einen anderen handeln lassen.

5. Der Doppelkörper des Richters

[Rz 15] Wir stellen uns noch heute den Richter gerne als eine durch sein Amt den menschlichen Verstrickungen enthobene Instanz vor. Ihm kommt seit Jahrhunderten eine Doppelnatur zu. Er hat gleichsam zwei Körper[12], zwei Erscheinungsformen. Das ist durch Robe, Talar, Richterhut oder gar die vor allem im englischen Recht früher gebräuchliche Perücke äusserlich unterstrichen worden. Es erinnert uns auch daran, dass die Wurzeln des Richtens ins Sakrale führen. Im Mittelalter war Richten kaiserliches und königliches Privileg bis zur Einführung des Reichskammergerichts 1495. Auch heute ist Richten nie eine kleine Sache. Es ist immer Eingriff in fremdes Leben und eine Anmassung, die auch das Amt und der Richterhut nie ganz vergessen machen kann. Ein Mensch sitzt über einen andern zu Gericht. Das ist ein grosses Ding. Es ist für das Ansehen des Instituts wichtig, den Richter als fehlerbehafteten Menschen so weit wie möglich unkenntlich zu machen.

[Rz 16] Und doch wünscht sich der Angeklagte einen Richter, der menschlich mit Augenmass und Einfühlung in seine Situation und Verstrickungen richtet. Es scheint eine asymptotische Linie des ideal empathischen Richters zum befangenen, zur Entscheidung unfähigen Richters zu geben. Diese Linien treffen sich im Unendlichen, dem toten Punkt des Richtens, wo Entscheiden ins Verstehen übergeht. Dort, jenseits von Gut und Böse, liegt auch der unteilbare Rest der Gerechtigkeitsrechnung versteckt.

---

aus, dass der Gewissensentscheid letztlich auch für das Gericht verbindlich wäre. Ferdinand von Schirach, Terror, München, 2016, S. 144.

12 Meine Aussagen unter Ziffer 5 wurden durch das Werk von Ernst H. Kantorowicz, Die zwei Körper des Königs, The Kings' Two Bodies, München 1990, inspiriert.

6. Perspektiven im Richteralltag

[Rz 17] Gilt das Wort vom Richten als dem grossen Ding auch für die alltäglichen Richt- und Rechtsfälle, wo am laufenden Band geurteilt wird und die Richtsprüche dem Richter scheinbar treffsicher und schmerzlos von der Hand gehen? Den unbereinigten Rest putzt die höhere Instanz weg. So greifbar und sichtbar wie im Theaterstück *Terror* mag das Dilemma im Gerichtsalltag nicht in Erscheinung treten. Und doch schwingt in jedem Straffall die Unentscheidbarkeit mit. Von Angst und Verzweiflung, von ungezügelten Begierden getrieben, verletzt der Mensch seinen Mitmenschen, nicht selten ihm nahestehende und geliebte Personen. In der Enge des Lebens stossen Interessenkonflikte mit Wucht unerbittlich aufeinander. Verbissen wird gekämpft um einen kleinen Platz an der Sonne, um Geld, Ansehen, Macht oder auch nur Gesichtswahrung oder Sühne und Ausschluss aus der Gesellschaft. Hinter jeder Prozessgeschichte steht eine weitere, andere, hintergründigere Geschichte. Sie stecken ineinander wie die Puppen in einer Matrjoschka. Die Rollen von Täter und Opfer werden oft nahezu austauschbar. Wann kennen wir die ganze Wahrheit?

[Rz 18] Die Gesellschaft benötigt die Abgrenzung, die Verurteilung, den Ein- und Ausschluss des Übeltäters. Es hat den Anschein, sonst könnte leicht auch sie im Sumpf der niederen Instinkte versinken. In diesem Mechanismus der Strafzwecke Besserung, Abschreckung und Sühne sind wir noch vor kurzem festgesteckt. Seit einem Jahrzehnt überdeckt eine präventive Wegschliessmentalität die alten Strafzwecke und das Ziel jeder Rechtsordnung, neben der inneren Sicherheit auch Gerechtigkeit in jedem Einzelfall anzustreben.

[Rz 19] Unsere Horizontlinie für das Erkennen der Lebenssituationen, über die wir als Richter urteilen, sollte eine andere sein, ausgerichtet auf Toleranz und auf Verständnis für den Fehlbaren, Gestrauchelten, den Rechtlosen wie den Rechthaber. Diese Linie im Blickfeld verleiht uns die Gelassenheit, das Leben im Zweifel so sein zu lassen wie es ist. Nicht jeder richtende Eingriff in das Leben macht dieses besser. Wissen wir doch, dass das bescheidene Mass an Gerechtigkeit, das wir urteilend und eingreifend, ausgleichend und austeilend einzurichten vermögen, fast wirkungslos jenem Übermass an Ungleichheit, Zufall und Ungerechtigkeit gegenübersteht, die das Schicksal blindlings über die Menschheit ausschüttet. Die Sonne scheint über Gute und Böse, auch der Regen fällt auf Gerechte und Ungerechte[13]. Darin kommt die Überzeugung zum Ausdruck, dass jeder Mensch der Freiheit bedarf und am Leben in Freiheit teilnehmen darf. Das gilt auch für als gemeingefährlich eingestufte Menschen, die rückfällig werden könnten, nachdem ihre Strafzeit vorbei ist. Es steht uns nur zu, mit zeitlichem Mass zu messen.

[Rz 20] Die nachfolgend zitierte Szene im 2. Kapitel des Romans *Rodion Raskolnikoff* von Fiodor M. Dostojewski ist eine der ergreifendsten Szenen über das Richten, Verstehen und Vergeben. Der Student Raskolnikoff trifft in einer Schenke auf den heruntergekommenen Titularrat Marmeladoff, der bettelarm zum Branntweintrinker verkam und vom Geld seiner Tochter Sonja lebt, die sich prostituiert. Marmeladoff fragt Raskolnikoff: «Würden Sie es wagen, indem Sie mich dabei ansehen, zu behaupten, dass ich kein Schwein bin?» Später wiederholt er diese Frage an die Gäste der Schenke gerichtet und antwortet auf deren Gelächter selbst:

[Rz 21] «*Wozu Mitleid haben? Kreuzigen sollte man mich, ans Kreuz nageln und nicht Mitleid haben! Ja, kreuzige, Richter, kreuzige ihn, aber nachdem du ihn gekreuzigt hast, habe Mitleid mit ihm! Und dann will ich selbst zur Kreuzigung zu dir kommen, denn mich dürstet nicht nach Fröhlichkeit, sondern*

[13] Matthäus 5,45.

nach Kummer und Tränen!... Mitleid aber mit uns wird der haben, der mit allen Mitleid hat, und der alles und alle verstanden hat, Er, der Einzige, er ist auch der Richter. Er wird an jenem Tage kommen und fragen: Wo ist die Tochter, die mit ihrem irdischen Vater, dem unnützen Trunkenbold, Mitleid hatte, ohne vor seiner Tierheit zu erschrecken? Und der wird sagen: Komm! Ich habe dir schon einmal vergeben, vergeben sind dir auch jetzt deine vielfachen Sünden, weil du viel geliebt hast... Und er wird der Richter sein allen und wird vergeben, wie den Guten so auch den Bösen, wie den Weisen so auch den Einfältigen. Und wenn er mit allen schon fertig sein wird, dann wird er auch zu uns sprechen: Kommt auch ihr!, wird er sagen. Kommt, ihr Betrunkenen, kommt, ihr Schwächlinge, kommt, ihr Schandkerle! Und wir alle werden vortreten, ohne uns zu schämen, und werden dastehen. Er aber wird sagen: Ihr Schweine, Ihr Ebenbilder des Tieres und vom Tiere Gestempelten; aber kommet auch ihr! Und die Weisen und die Klugen werden ausrufen: Herr! Warum nimmst du denn diese auf? Und er wird sagen: Ich nehme sie auf, ihr Weisen, ich nehme sie auf, ihr Klugen, weil kein einziger von ihnen sich dessen für würdig gehalten hat. Und er wird seine Hände uns entgegenstrecken, und wir werden niedersinken und werden weinen und alles verstehen! Dann werden wir alles verstehen! Und alle werden verstehen!»[14]

7. Das Paradigma des Unentscheidbaren[15]

[Rz 22] Wenn Ferdinand von Schirach die Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Piloten dem Publikum überlässt, so erinnert uns das auch an die demokratischen Wurzeln unseres Rechts. Wir können Volksgerichte bis ins griechische Altertum zurückverfolgen, bis wir dem griechischen Tragödiendichter Aischylos (+ 456 v. Chr.) in der *Orestie*[16] begegnen. Dieser versuchte am Schluss seiner Tragödie, dem ältesten Gerichtsdrama, das Urteil über den Muttermörder Orest, der in der Falle des Schicksals sass und den Tod seines Vaters rächen musste, einer «höheren Instanz», der göttlichen Pallas Athene, zu überlassen. Das erste demokratische Gericht auf dem Areopag in Athen sollte davon entlastet werden. Dem griechischen Dramatiker war klar, das Gericht hätte eine übermenschliche Frage zu entscheiden, letztlich hätte es über Unentscheidbares zu entscheiden. Der Entlastungsversuch misslingt: Die Göttin verweigert das ihr angetragene Amt. So kommt es zur skurrilen, fast humorvollen Situation, dass das menschliche Gericht eine Frage zu entscheiden hat, die der Göttin der Weisheit zu schwer fällt. Was für eine Anmassung des Menschen, in dieser Situation dennoch zu entscheiden! Aber es wird zu einem Patt kommen. Die stumm geworfenen Stimmsteine der Athener zeigen 250:250. Der Stichentscheid muss doch «von oben» kommen.[17]

---

14 Zitiert nach der Übertragung ins Deutsche von E.K. Rahsin in der Gesamtausgabe von Piper, München1908/19. Aufl., 1996, S. 34 f., des Bandes Rodion Raskolnikoff, Schuld und Sühne. Ich möchte anfügen, dass es Eugen Drewermann war, der mich durch einen seiner zahlreichen Vorträge, die im Internet leicht zugänglich sind, auf diese Stelle aufmerksam gemacht hat.

15 Es ist mir bewusst, dass weder der Duden noch das Deutsche Wörterbuch von Wahrig von 2010 das Wort «entscheidbar» oder das Gegenteil davon «unentscheidbar» kennen. Immerhin sind diese Begriffe in der theoretischen Informatik geläufig. Ein Entscheidungsproblem existiert nur, wenn es mit Ja oder Nein beantwortet werden kann. Entscheidungsprobleme sind entweder entscheidbar oder unentscheidbar. Das Halteproblem bei Programmen ist unentscheidbar. Man kann also nicht im Voraus wissen, ob ein Algorithmus irgendwann anhält oder ewig weiterläuft. Es gibt noch die semi-entscheidbaren Probleme, wenn nur das komplementäre Problem entscheidbar ist.

16 Aischylos, Orestie, Dritter Teil: Die Eumeniden.

17 Es ist auch den Philologen nicht ganz klar, ob die Göttin einen zweiten Stimmstein wirft oder eine erste Prozessregel einführt, wonach «unentschieden», Gleichstand, «Freispruch» bedeuten muss. Sehr ausführlich und lesenswert zum ganzen Abstimmungsverfahren in den Eumeniden: Cornelia Vismann, Medien der Rechtsprechung, Frankfurt, 2011, S. 85–96.

[Rz 23] Zwischen der griechischen Tragödie, der Stunde null des Rechts, und dem Theaterstück *Terror* liegen zweieinhalb Jahrtausende. Ferdinand von Schirachs Theater wirkt so, als würde das demokratisch verwurzelte Gerichtstheater endlich in volksdemokratischem Gewand wiederkehren. Als wären massenmedien-[18] und informatiktaugliche Ja-Nein-Entscheide und nicht hinterfragbare *Guilty-or-innocent*-Alternativen die Zukunft des Gerichts. Was die Massenmedientauglichkeit eines Gerichtsverfahrens bedeutet, hat die Welt am Beispiel des Prozesses von 1995 über O.J. Simpson erlebt, wo eine im Gerichtssaal sieghaft hochgehalte Hand im engen Handschuh prozessentscheidend sein kann. Die ganze Welt schaute vor dem TV zu und war Zeuge seines Freispruchs vor dem dunkeln Hintergrund von Rassenunruhen. Auch in der Schweiz haben wir im zweiten Mord-Prozess über Bruno Zwahlen erlebt, wie dieser von den Medien «freigepresst» wurde.[19] Der Freispruch des Wettermoderators Jörg Kachelmann und die Rehabilitation von Gustl Mollath in Deutschland wären ohne die massive Medienpräsenz und deren Interventionen zugunsten der Betroffenen nicht denkbar.[20]

[Rz 24] Wir dürfen nicht ausser Acht lassen, dass die besten und gewaltlosesten Menschen der Weltgeschichte über all die Jahrhunderte hinweg ihre Richter gefunden haben, die sie hinrichten oder ins Gefängnis werfen liessen. Auch unter den Richtern haben furchtbare Juristen totalitären Regimen von links und von rechts mit Todesurteilen und Einkerkerungen gedient und tun es noch immer. Und welche Staatsordnung ist ganz frei von solchen Tendenzen? Strukturelles, in der Gesellschaft fest verwurzeltes Unrecht wird nicht offenbar und in seinem zerstörerischen Ausmass kaum erkannt oder erst im Nachhinein. Die Schuld der vielen verbundenen Hände, die tagtäglich zu entsetzlichen Untaten führen, wird nie ans Licht kommen. All das Dunkle, Übermächtige kann nicht vor Gericht erscheinen. Das immanente Unrecht der verschiedenen Rechtssysteme darf als Grenze der Gerechtigkeit nicht ignoriert werden.

[Rz 25] Wir sollten auch über die spät erfolgte Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz[21] nicht allzu stolz sein. Therapien in stationären forensisch-psychiatrischen Institutionen ohne zeitliche Befristung und Verwahrungen auf praktisch unbegrenzte Zeit kommen in ihrer Wirkung einer «Todesstrafe auf Raten» gleich.[22] Es ist also nicht damit getan, dass wir mit dem Finger auf die USA zeigen, die in vielen Staaten die Todesstrafe kennen und sie auch vollstrecken, besonders heftig, wenn Engpässe bei Giftlieferungen drohen[23]. Das vergleichbare Phänomen erlebte die Schweiz nach der Abschaffung der Todesstrafe als noch eilends der letzte Kandidat nach Obwalden rücküberstellt wurde, um ihm noch vor Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches der Schweiz den Kopf dort abschlagen zu können. Das Begnadigungsgesuch der Witwe des Ermordeten wurde abgewiesen.[24] Man kann den Vollzug der Gerechtigkeit auch auf diese Weise verstehen.

---

18 Im SRF sollen offenbar die Politiker bereits eingeteilt werden in solche, die «arenatauglich» sind, und solche, die dafür nicht in Frage kommen.

19 Ich möchte damit nicht antönen, dass der Freispruch rechtsstaatlich nicht geboten erschien. Ich denke nur an viele andere Fälle, in denen dieses Resultat auch infolge mangelnder medialer Kontrolle nicht möglich war, obwohl dies infolge prozessualer Verstösse angezeigt gewesen wäre.

20 Vgl. dazu Thomas Knellwolf, Die Akte Kachelmann, Zürich, 2011 und Jörg und Miriam Kachelmann, Recht und Gerechtigkeit, München, 2012 sowie Gerhard Strate, Der Fall Mollath, Zürich, 2014.

21 Stefan Suter, Guillotine oder Zuchthaus?, Die Abschaffung des Todesstrafe in der Schweiz, Basel, 1997.

22 Vgl. dazu die Ansprache von Papst Franziskus an die Delegation der Internationalen Strafrechtsgesellschaft, Saal der Päpste vom 23. Oktober 2014, sowie die Analyse des Autors in der Basler Zeitung vom 11. Februar 2015: Die Würde ist fürs Strafrecht wichtig.

23 Z.B. Kein Gift mehr für US-Henker unter srf.ch: Mitteilung SRF International vom 14. Mai 2016.

24 Detailliert zum ganzen Fall: Stefan Suter (Fn. 21).

[Rz 26] Die aus jahrhundertealten Überlegungen und Erfahrungen sich ergebende Einsicht in die Begrenztheit seines Bemühens sollte den Richter wegführen vom Effizienzdenken, von der Fixation auf das Ergebnis des Prozesses, dem Urteil[25]. Wir haben ein ausgeklügeltes Strafprozessrecht. Wenn sich der Richter an die Regeln der Unschuldsvermutung, der Fairness und die Regeln der Beweiserhebung hält, tut er mehr als wenn er süchtig nach «materieller Wahrheit» sucht. Gerichtliche Wahrheit ist und bleibt ein Konstrukt. Damit müssen wir als Menschen, welche die Epoche der Aufklärung verinnerlicht haben, leben. Lassen wir auch dem Jüngsten Gericht seine Chance und vorher noch dem Selbstvollzug der Gerechtigkeit!

[Rz 27] Dies im Sinn, entsteht in mir das Bild eines vielleicht noch möglichen Richters. Mit diesem Traumbild möchte ich meinen Streifzug schliessen: Der Richter ist demütig, bläst sich nicht auf, erhebt sich nicht über die sich vor ihm Streitenden, auch wenn sie ihm zwerg- und boshaft erscheinen. Er zögert, führt behutsam und achtsam durch den Prozess, schafft dem Bedenken Raum und schreitet doch fort nach den Regeln des Prozesses, einem geordneten Gang auf markierten Wegen[26]. Lieber würde er es mit dem Richten des Prozessverlaufs bewenden lassen und das Urteilen der Göttin der Weisheit überlassen, wenn sie denn dafür zur Verfügung stände.[27] Vielleicht ist dieses Zögern, Noch-nicht-Handeln und -Urteilen des Richters wichtigste Aufgabe, auch wenn zuletzt ein Urteil gefällt werden muss.

[Rz 28] Richten ist wahrlich ein grosses Ding. Einen Menschen zu verurteilen, über ihm den Stab zu brechen, könnte sich das am Ende nicht fast als zu gross erweisen für uns aufgeklärte Menschen?

[Rz 29] Schöner Traum Gerechtigkeit!

Peter Zihlmann war als Rechtsanwalt, Notar und nebenamtlicher Zivilrichter sowie a. o. Zivilgerichtspräsident in Basel tätig. Er ist Autor von einem Dutzend Büchern zum Thema Recht und Gerechtigkeit.

Bereits in der Richterzeitung erschienen sind:

Stephan Gass, Rezension: Peter Zihlmann, Der Richter und das Mädchen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/2

25 Vgl. dazu Cornelia Vismann, (Fn. 17), S. 19 ff.

26 Thomas Schulte-Kellinghaus, Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe, führt in Deutschland seit über sieben Jahren einen Kampf gegen eine Abmahnung seiner damals zuständigen Gerichtspräsidenten, die seine unterdurchschnittliche Menge an erledigten Rechtsfällen rügte. Er durchlief alle Instanzen bis hin zum Bundesverfassungsgericht und rügte einen Eingriff in seine richterliche Unabhängigkeit; bisher ohne Erfolg. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Entscheid 2 BvR 174/18 vom 9. März 2018 unter dem Präsidium von Richter Vosskuhle die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil der Rechtsweg nicht erschöpft sei infolge Zurückweisung der Sache durch den Bundesgerichtshof an das Dienstgericht. Vgl. zur Problematik des Falles auch Fabian Wittreck, Die Justiz im Spannungsfeld zwischen Rechtschutzgarantie, Erledigungsdruck und Alimentationsmisere, in: Betrifft Justiz, 2014, Jahrgang 29, S.67 f.

27 Zum Verständnis dieses Satzes ist zu erinnern, dass erst das gelehrte Recht im 12. Jahrhundert die beiden Funktionen des Gerichts, das Richten und das Urteilen, zu einer einzigen verschmolzen hat. Cornelia Vismann (Fn. 17), S. 21, die sich in N 4 auf Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 183, bezieht.

Stephan Gass, Rezension: Peter Zihlmann, Richter Hartmanns letzte Aufzeichnungen zur Basler Justizaffäre, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2009/4

Stephan Gass / Daniel Hürlimann, Peter Zihlmann, «Die Justiz kann nicht so viel leisten, wie die Gesellschaft ihr zumutet», in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2008/1