

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 57 (1938)

Artikel: Schwur- und Schöffengericht in der Schweiz

Autor: Pfenninger, H.F.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895983>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 18.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Schwur- und Schöffengericht in der Schweiz.

Bericht von Prof. Dr. H. F. Pfenninger, a.o. Professor
des Strafrechts an der Universität Zürich.

Wenn ich mich heute erneut mit dem „Kampf ums Schwurgericht“ befasse, der bei uns in den letzten Jahren zum Kampf zwischen den Anhängern des bisherigen Schwurgerichtes und den Anhängern des neuen Schöffengerichtes geworden ist, muss ich unwillkürlich der Zeit gedenken, da ich 1913 in Berlin zum erstenmal an diesem Kampfe teilgenommen habe. Ich war damals immatrikuliert an einer Art Über-Hochschule für Juristen, die unter dem Ehrenpräsidium des Reichskanzlers v. Bethmann-Hollweg die juristischen Praktiker mit den neuesten Ergebnissen der Rechtswissenschaft bekannt machen sollte, eine Hochschule ohne Studenten, an der hervorragende Rechtslehrer des damaligen Deutschlands wirkten und an der als Hörer nur zugelassen war, wer seine Studien bereits durch irgendein Examen abgeschlossen hatte: Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Assessoren, in der Mehrzahl Deutsche, aber auch einige wenige Ausländer. An dieser Hochschule veranstaltete eines Tages Prof. van Calker, der über neue Probleme des Strafprozessrechtes las, nach gewalteter Diskussion eine Abstimmung über die Frage, ob das Ideal eines Strafgerichtes in der Strafkammer, im Schöffengericht oder im Schwurgericht — wie sie damals in Deutschland bestanden — zu erblicken sei. Die Abstimmung ergab ungefähr $\frac{2}{3}$ der Stimmen für den Typus der Strafkammer (nur rechtsgelehrte Richter), $\frac{1}{3}$ Schöffengericht (rechtsgelehrte Richter und Laien im gleichen Kollegium) und nur eine einzige Stimme — es war meine Wenigkeit — für Schwurgericht (Zweiteilung der Urteilsaufgabe zwischen rechtsgelehrten Richtern und

Laien). Aber diese einzige Stimme erregte derartiges Befremden, dass Prof. van Calker sich verpflichtet fühlte, zu meiner Ehrenrettung mitzuteilen, dass der Jurist, der sich zum Schwurgericht bekenne, seines Wissens aus der Schweiz stamme und dass in dieser Frage wohl der Demokrat den Juristen in mir zum Schweigen gebracht habe. Ich konnte diese Auslegung nicht gelten lassen und wies wahrheitsgemäss darauf hin, dass bei uns die Mehrzahl der Juristen dem Schwurgericht ebenfalls feindlich gegenüberstehe und dass unsere Schriftsteller — ich dachte vor allem an das damals führende Buch von Rothenberger — die Tätigkeit der Jury noch wesentlich rücksichtsloser und gehässiger kritisierten als dies je im monarchischen Deutschland geschehen sei, so dass meine Stellungnahme rein persönlich gewertet werden müsse und weder mit meiner Nationalität noch mit meiner Eigenschaft als Bürger eines demokratischen Staates etwas zu tun habe.

Seither ist ein Vierteljahrhundert dahingegangen und ich bin jener Auffassung treu geblieben. Ich habe in dieser Zeit als Verteidiger alle Arten von Gerichten kennen gelernt, ich habe jahrelang in unmittelbarer Verhandlung als Staatsanwalt vor Schwurgericht und als Auditor vor Militärgericht die Anklage vertreten, ich bin später als Grossrichter und als Ersatzmann des zürcherischen Kassationsgerichtes selbst Richter geworden und ich habe auch theoretisch das Wesen des Schwurgerichtes weiter zu ergründen versucht; aber ich habe kein Gericht und kein Verfahren gefunden, in welchem die wichtigeren Strafsachen so gründlich und so würdig behandelt und beurteilt worden wären wie vor Schwurgericht. Ich habe schon einmal — in der Festgabe für Stooss — versucht, dieses Resultat auch theoretisch zu begründen, und es hätte die eingehende und weitausgreifende Art, wie der Referent Herr Dr. Graven dem Schwurgericht hier erbarmungslos den Prozess macht, mich leicht veranlassen können, ebenso eingehend die „altera pars“ zu behandeln, hätten sich solcher Absicht nicht leider unvorhergesehene

Hindernisse entgegengestellt: Ich verlor meine Frühlingsferien durch Vorbereitung und Durchführung des grossen Spanienfahrer-Prozesses in Zürich (15.—21. März 1938) als Grossrichter des Divisionsgerichtes 6, ich musste im Sommersemester die mir neben meiner Berufstätigkeit verbliebene freie Zeit dem Kampf um das schweizerische Strafgesetzbuch widmen, dessen Abstimmungstermin, wie man sich noch erinnern wird, zwar durchaus korrekt aber nach bisherigen Usanzen überraschend früh angesetzt worden war, und als ich mich endlich nach dem 3. Juli ernsthaft an die Arbeit machen wollte, brachte eine Erkrankung neue unliebsame Verzögerung. Ich gebe aber den Plan nicht auf, mich mit dem Problem weit eingehender, als dies heute geschehen kann, später zu beschäftigen, bitte aber, aus den erwähnten Gründen zu entschuldigen, dass ich hier gegenüber einem Referat von über 200 Seiten lediglich in Kürze darzustellen versuche, warum ich im Kampfe zwischen Schwur- und Schöffengericht auch heute noch für das Schwurgericht als die höhere Strafgerichtsförm eintrete.

I. Das Problem.

Der Vorstand des „Schweiz. Juristenvereins“ hat zur Diskussion gestellt, ob die Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege besser in der Form des Schwurgerichtes oder in der Form des Schöffengerichtes zu erfolgen habe. Bevor wir auf diese Kernfrage eintreten, müssen wir uns einigermaßen von den Einflüssen fremdländischer Verhältnisse befreien und uns klar werden, wie sich die Frage eigentlich für uns Schweizer stellt. Wir werden dabei sofort sehen, dass es bei uns nicht sowohl auf den Gegensatz Jurist/Laie oder Nichtjurist ankommt, sondern dass sehr viel wichtiger der Gegensatz zwischen ständigen und nichtständigen Rechtsprechern sein dürfte.

Betrachten wir nämlich die Organisation der Strafgerichte unseres Landes vom Gesichtspunkt der Laien-

beteiligung aus, wäre zunächst denkbar, dass es Gerichte gäbe, die grundsätzlich jeden Laien oder die umgekehrt jeden Juristen ausschliessen. Typus der ersten Form wäre die alte deutsche Strafkammer, die nach a. GV § 77 mit fünf beamteten, rechtsgelehrten Richtern besetzt werden musste, Typus der zweiten Form ein Schwurgericht, von dessen Geschwornenbank die Juristen ausdrücklich ferngehalten würden. Wir besitzen in der Schweiz weder das eine noch das andere, denn unsere Gesetzgeber haben weder im Bund noch in den Kantonen Strafgerichte vorgesehen, die ausschliesslich aus Juristen oder ausschliesslich aus Laien bestehen, und es sind speziell für die Geschwornenbank überall auch Juristen wählbar. Ja, es besteht bei unsern Gesetzgebern gerade gegenüber dieser Frage in der Regel eine gewisse Indifferenz, indem die Voraussetzung juristischer Kenntnisse nur ganz ausnahmsweise (z. B. beim Gerichtspräsidenten) als Wahlvoraussetzung aufgestellt wird und indem in der Regel vom niedrigsten kantonalen bis hinauf zum Bundesstrafgericht wählbar ist „jeder stimmberechtigte Schweizerbürger weltlichen Standes“ (BV Art. 108 und 75). Es besteht somit zwar auch bei uns die gesetzliche Möglichkeit, dass ein Strafgericht ausschliesslich aus Juristen oder ausschliesslich aus Laien zusammengesetzt ist — das erstere dürfte in der Regel bei unsern höchsten ständigen Strafgerichten der Fall sein, das letztere in den erstinstanzlichen Bezirksgerichten auf dem Lande —, aber die Tatsache, dass unsere Gesetzgeber fast ausnahmslos besondere Fachbildung nicht als Wahlvoraussetzung betrachteten, zeigt, dass sie nicht der Auffassung waren, als ob nur der Jurist zum Richteramt befähigt wäre, dass sie weiter auch die Laienbeteiligung für wünschenswert erachteten und dass sie damit tatsächlich erreichten, dass bei uns weniger als in andern Ländern von einem besondern „Kastengeist“ oder von der „Weltfremdheit“ der Richter gesprochen werden kann. Man überlässt es bei uns vertrauensvoll dem Wahlkörper, wen er im Einzelfall für be-

sonders geeignet erachtet, und es wird weder im Bund noch in meinem Heimatkanton Zürich vorgeschrieben, dass bestimmte Gerichte auch nur z. T. mit Juristen oder mit Laien besetzt sein müssen. Die Laienbeteiligung in der Form des Berufsrichters ist somit in Bund und Kantonen für das höchste wie für das niedrigste Gericht durchaus anerkannt, und wenn sie auch bei den höhern Gerichten tatsächlich seltener vorkommt, hat doch gerade dieser Grundsatz der schweizerischen Rechtsprechung auch in ihren dunkelsten Perioden eine gewisse Volkstümlichkeit bewahrt. Auch Dr. K. Ulrich, der in seiner heute noch lesenswerten Studie über die „Bestellung der Gerichte in den modernen Demokratien“ (Zürich. Diss. 1904) die Aufstellung gesetzlicher Fachrequisite nicht nur als gerechtfertigt, sondern „in hohem Grade wünschbar“ erklärt, anerkennt andererseits, dass „die ständigen Laienrichter ein altes und wichtiges Element in der Gerichtsorganisation der Kantone bilden und dass ihre Mitwirkung bei der Rechtspflege viel dazu beigetragen hat, dieselbe vor Irrwegen und Verknöcherung zu behüten“ (S. 161). Ich gehe daher wohl nicht fehl, wenn ich behaupte, dass in Bund und Kantonen der Grundsatz, es seien sowohl Juristen wie Laien zum ständigen Richteramt zuzulassen, heute unbestritten sein dürfte und dass er auch für weitere Jahrzehnte seine Gültigkeit behalten wird.

Der Kampf um die Laienbeteiligung beginnt bei uns erst dort, wo man sie nicht nur für ständige, sondern auch in Form nichtständiger Richter verlangt. Während man die Beteiligung beamteter Laien als schweizerisches System bezeichnen könnte — sie kommt in allen Kantonen und in diesem Umfange wohl nur bei uns vor —, ist die Beteiligung nichtständiger Laien lediglich in den Kantonen zugelassen, welche Schwur- oder Schöffengerichte kennen. In diesen Kantonen findet somit nicht nur eine Zusammenarbeit zwischen Juristen und Laien, sondern in der Regel eine solche zwischen Juristen, ständigen und nichtständigen

Laien statt (man könnte auch von beamteten oder nicht beamteten Laien sprechen), und ihr Unterschied besteht nun in der Art, nach welcher die Urteilsaufgabe nicht zwischen Juristen und Laien, sondern zwischen ständigen und nichtständigen Rechtsprechern verteilt ist. Das geschieht entweder in der Weise, dass sowohl den einen wie den andern ein Teil der Urteilsaufgabe ausschliesslich zur Lösung überlassen wird — das ist das Charakteristikum des Schwurgerichtes mit seiner Teilung der Urteilsaufgabe in Schuld- und Straffrage — oder aber, dass die Urteilsaufgabe nicht geteilt wird und Schuld- und Straffrage durch die Gesamtheit der ständigen und nichtständigen Rechtsprecher beantwortet werden — das ist das Charakteristikum des Schöffengerichtes. Dabei wird der Charakter des Schwurgerichtes noch nicht in Frage gestellt, wenn nur die Schuldfrage den Geschworenen ausschliesslich zur Lösung überlassen wurde, während die Straffrage dem Gesamtgericht vorgelegt wird (Genfer System), wohl aber, wenn ihnen weder Schuld- noch Straffrage zur ausschliesslichen Lösung überlassen bliebe, wie dies z. B. dort der Fall wäre, wo die drei ständigen Richter allein die Schuldfrage beantworten und zusammen mit den drei nichtständigen Richtern die Strafe festsetzen, eine Organisation, die man als Schöffengericht bezeichnet hat, obwohl die Bedeutung der Laienbeteiligung hier noch wesentlich geringer wäre als beim eigentlichen Schöffengericht.

Wir können somit für unsere schweizerischen Verhältnisse Schwur- und Schöffengerichte in ihrem Gegensatz zu den ständigen Richtern ungefähr so umschreiben:

1. Das Schwurgericht ist ein zum Entscheid von Strafsachen gebildetes Gericht, in welchem die Urteilsaufgabe in der Weise zwischen ständigen und nichtständigen Rechtsprechern geteilt wird, dass den nichtständigen Rechtsprechern die Schuldfrage, den ständigen Rechtsprechern die Straffrage zur alleinigen Lösung überlassen

bleibt oder dass allermindestens die nichtständigen Rechtssprecher allein die Schuldfrage zu beantworten haben.

2. Das Schöffengericht ist ein zum Entscheid von Strafsachen gebildetes Gericht, in welchem die ungeteilte Urteilsaufgabe von der Gesamtheit der ständigen und nichtständigen Rechtssprecher gelöst wird oder doch wenigstens die nichtständigen Rechtssprecher von der alleinigen Lösung der Schuldfrage ausgeschlossen sind.

3. Das ständige Strafgericht ist ein zum Entscheid von Strafsachen gebildetes Gericht, in welchem die Urteilsaufgabe ausschliesslich von ständigen Rechtssprechern gelöst wird, die entweder nur Juristen sein dürfen (Strafkammer-System) oder aber sowohl Juristen wie Laien sein können (schweizerisches System). Das schweizerische System kann dabei insofern Modifikationen erleiden, als eine Minimalzahl von Juristen vorgeschrieben ist (z. B. es muss der Vorsitzende Jurist sein), oder als auch in dieser Hinsicht dem Wahlkörper volle Freiheit und damit auch die volle Verantwortung bleibt, so dass ständige Strafgerichte denkbar sind, die nur aus Juristen bestehen, aber auch solche, die nur aus Laien gebildet sind, oder endlich solche, in denen Juristen und Laien einträchtiglich zusammenarbeiten.

Wenn ich mich zu dieser Dreiteilung bekenne, muss ich mich kurz mit der Auffassung auseinandersetzen, die m. W. in der Schweiz zuerst von Prof. Thormann vertreten wurde und die unter den Begriff des „Schwurgerichtes“ auch subsumiert, was ich mit der herrschenden Meinung als Schöffengericht bezeichne. Prof. Thormann hat in der Tat bereits in seinem Bericht an die bernische Justizdirektion vom Juni 1906 (abgedruckt in Schw. Z. f. StR XX S. 63 ff.) die Auffassung vertreten, man verstehe unter „Geschwornengericht“ jedes „mit hervorragender Zuziehung des Laienelementes gebildete Gericht im Gegensatz zu den Beamtengerichten“ und es werde die Verfassungsgarantie der Jury (Art. 62) nicht verletzt, wenn man das bisherige Geschwornengericht

durch ein Schöffengericht ersetze. Prof. Thormann muss dabei aber zugeben, dass s. Z., da in die bernische Verfassung diese Garantie aufgenommen wurde (1846), „die Form der Trennung zwischen Geschwornenbank und Richterbank die einzig bekannte war“ (S. 92), und dass auch eine andere Auslegung möglich wäre, die aber den Nachteil hätte, dass dann der angestrebten Umwandlung des Laiengerichtes in ein Schöffengericht eine Verfassungsrevision vorausgehen müsste. Nachdem dann die Emminger'sche Reform in Deutschland von 1924 den Schritt gewagt und unter Beibehaltung des Namens Schwurgericht das bisherige deutsche Schwurgericht in ein Schöffengericht umgewandelt hatte, schlossen sich auch in Bern die zuständigen Behörden dieser Auffassung an und setzten es durch, dass das neue bernische Gesetz über das Strafverfahren vom 20. Mai 1928 unter Abschaffung des alten Geschwornengerichtes, aber unter Beibehaltung des Namens ein Schöffengericht geschaffen hat, in welchem drei ständige Richter und acht nichtständige Laien vereint über Schuld- und Straffrage entscheiden. Da dieser Vorgang bereits in Neuenburg Nachahmung fand und noch weitere finden könnte, müssen wir uns schon heute insofern mit seiner Begründung auseinandersetzen, als behauptet wird, auch das neue Strafgericht dürfe auf den Namen „Schwurgericht“ Anspruch erheben.

Die Begründung, die Prof. Thormann in seinen „Erläuterungen zum Vorentwurf einer bernischen Strafprozessordnung, Bern 1926“ S. 12 gegeben hat und die sich ziemlich unverändert auch im regierungsrätlichen Bericht findet, lautet dem Sinne nach: Das Wesen des Schwurgerichtes liegt nicht in der getrennten Beurteilung der Schuld- und Straffrage, sondern in der Tatsache, dass jeweilen eine die Zahl der ordentlichen Richter übersteigende Anzahl von Staatsbürgern herangezogen wird, um einen einzelnen Straffall zu beurteilen, wobei den Parteien durch ihr Ablehnungsrecht ein wesentlicher Einfluss auf die Festsetzung des Gerichtes eingeräumt ist. Dr. Oberli,

der in seiner Berner Dissertation über „Das bernische Geschwornengericht“ (Bern 1934) dieser Auffassung beistimmt, sieht ein weiteres Charakteristikum in der Unanfechtbarkeit der Tatfrage durch eine berufsrichterliche Instanz, und Dr. Waiblinger hält in seinem „Kommentar der bernischen Strafprozessordnung“ (Langenthal 1937) ebenfalls dafür, dass das Wesen des Geschwornengerichtes einzig in der Mitwirkung nichtbeamteter Laienrichter liege, nicht aber in der Zerteilung der richterlichen Aufgabe oder in der Selbständigkeit der Geschwornen bei der Beurteilung der Schuldfrage. Diese „logische Auslegung“, die er dem Begriff des Schwurgerichtes im Gegensatz zur „historischen“ angedeihen lässt, ist aber m. E. ebenso unhaltbar wie seine Behauptung, die Umwandlung der Geschwornen in ständige Richter würde aus dem Schwurgericht ein Schöffengericht machen! (Kommentar Note 3 zu Art. 272.)

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung liegt somit nach Anschauung des bernischen Gesetzgebers das Charakteristikum des Schwurgerichtes nicht in einem Verfahrensmoment der selbständigen Beurteilung allermindestens der Schuldfrage durch nichtständige Laien, sondern in einem persönlichen Moment, der Eigenart der mitwirkenden Laienrichter, indem zwischen beamteten und nichtbeamteten Laienrichtern unterschieden wird und diese letzteren den Beamtenrichtern als Volksrichter oder Geschworene gegenübergestellt werden. Da nun aber die Mitwirkung solcher Volksrichter in zwei Arten möglich ist, nämlich in der Form des Schwur- und in Form des Schöffengerichtes, und da sich diese beiden Formen seit Jahrzehnten im ganzen deutschen Sprachgebiet heftig bekämpfen, erscheint es allерmindestens als äusserst auffällig, dass man dem einen wie dem andern den Namen Schwurgericht beilegt und nun plötzlich tut, als ob es sich im wesentlichen eigentlich um die gleiche Institution handle. Der Verdacht kann daher nicht von der Hand gewiesen werden, diese begriffliche Gleichstellung sei ledig-

lich auf die Zwangslage des Gesetzgebers zurückzuführen, eine Gesetzesreform mit einer unbequemen Verfassungsbestimmung in Einklang zu bringen, oder auf die referendumstaktische Erwägung, das Volk werde der neuen Institution unter dem alten Namen eher seine Zustimmung geben. Da für uns solche Rücksichten wegfallen und da wir weiter gerade in diesem Punkte die Auffassung vertreten, jede Volksgemeinschaft soll, wenn sie vor die schwerwiegende Frage der Änderung ihrer Gerichtsorganisation gestellt wird — und vor allem bei der Frage: Schwur- oder Schöffengericht — in die Lage versetzt werden, in Kenntnis der vollen Tragweite der Reform zu entscheiden, glauben wir, dass zwei so verschiedene Gerichtsformen wie Schwur- und Schöffengericht bereits im Namen scharf zu trennen sind, dass man daher durch Beibehaltung des Namens nicht den Glauben aufkommen lassen darf, es seien eigentlich beide Formen dasselbe und Charakteristika des Begriffes Schwurgericht seien nur solche, die Schöffen- und Schwurgericht miteinander gemeinsam haben. Ich glaube vielmehr, es gehört zur kriminalpolitischen Ehrlichkeit, dass man dem Volke bereits im Namen bedeute, dass es sich um zwei wesentlich verschiedene Institute handle, ja, ich glaube, man ist hiezu geradezu verpflichtet, denn es sind nicht zwei Begriffe, die man einfach nach Wortlaut oder Belieben auslegen darf, sondern es sind historische Begriffe, d. h. es handelt sich um zwei Grundformen moderner Gerichtsorganisation, die seit Jahrzehnten miteinander im Kampfe stehen und einander stets, nicht nur in Deutschland, sondern auch bei uns und in andern Ländern, als Schwur- und Schöffengerichte gegenübergestellt worden sind. Während 1895 der Kanton Tessin seine Revision offen als Umwandlung des Schwur- in ein Schöffengericht kennzeichnete, ist es auch vom wissenschaftlichen Standpunkt aus zu bedauern, dass man in Deutschland und später in Bern für offenkundige Schöffengerichte den Namen Geschwornengericht beibehalten hat, und wenn auch der Erfolg in beiden Fällen

und neuerdings im Kanton Neuenburg der Erwartung recht gab, erachte ich die Begründung für beinahe ebenso wenig stichhaltig wie die Motivierung, welche neuerdings Schoetensack-Töwe in ihren „Grundfragen des neuen Strafverfahrensrechtes“ (Stuttgart 1937) der Absicht des nationalsozialistischen Deutschlands geben, die Schwurgerichte durch Schöffengerichte zu ersetzen, dabei aber die Namen „Geschwornen“ und „Schwurgericht“ beizubehalten: „Eine Rückkehr zum alten Schwurgerichtssystem“, führen sie aus, „wird nicht zu fordern sein. Die Schöffen heissen aber hier nach wie vor Geschworne. Der Name Schwurgericht ist in seiner ganzen drohenden Bedeutung für unsere Rechtssprache unentbehrlich!“ (S. 5.)

Ich bin im übrigen nicht der einzige, der dieser bernischen Tendenz entgegentritt. Schon in der Schw. Z. f. StR. Bd. 41 S. 203 hat Prof. von Hentig gerügt, dass man einem Gebilde, das offenkundig ein Schöffengericht sei, den „unzutreffenden Namen Geschwornengericht“ gegeben habe, und in einer Besprechung der bereits erwähnten Dissertation von Dr. Oberli hat Prof. Gerland, einer der besten Kenner der Materie, darauf hingewiesen, dass das heutige bernische Geschwornengericht nichts anderes sei als ein grosses Schöffengericht und dass für das Wesen des Schwurgerichtes weniger der Gegensatz zum beamteten Gericht als derjenige zum Schöffengericht in Betracht komme (Z. f. ges. StrW. Bd. 55 S. 919). Ich muss daher durchaus an der obigen Dreiteilung festhalten und befinde mich in diesem Punkte ausnahmsweise sogar in Übereinstimmung mit dem jüngsten Bearbeiter der Materie, Pierre Cavin, der in seiner Dissertation „Du Jury à l'Echevinage“ (Lausanne 1937) das Vorgehen des deutschen und bernischen Gesetzgebers charakterisiert als „une solution assez peu franche, consistant à abolir l'institution en en gardant toutefois le nom“ (S. 51).

Ziehen wir aus dem Gesagten die Konsequenzen für die Problemstellung, ist zu sagen: Das Problem

„Schwur- oder Schöffengericht“ ist bei uns nicht identisch mit dem Problem der Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege schlechthin — sie ist für die ständigen Rechtsprecher anerkannt und unbestritten —, sondern es konzentriert sich auf die Frage, ob Laien auch als nichtständige Rechtsprecher in Form des Schwur- oder Schöffengerichtes zuzuziehen seien, d. h. in Form der Zerteilung oder in Form der Unteilbarkeit der richterlichen Aufgabe. Dieser spezifisch schweizerische Charakter der Frage hat dem Kampf zwischen Schwur- und Schöffengericht schon immer bei uns jene Schärfe genommen, die der Gegensatz Laie/Jurist notwendigerweise mit sich bringen musste, indem schon seinerzeit bei Einführung der Schwurgerichte die Forderung der Laienbeteiligung uns nicht als etwas derart Unerhörtes erschien, wie dies in monarchischen Staaten gewesen sein mag, und indem man andererseits speziell in unsern Urkantonen der Überzeugung war, die Rechtspflege sei derart volksverbunden, dass eine Steigerung durch Einführung der Jury nicht nötig sei. Immerhin ist sofort darauf hinzuweisen, dass diese schweizerische Eigenart auch nicht überschätzt werden darf. Das Schwurgericht hat sich überall nur mit der schwersten Kriminalität zu befassen, die sonst in die Kompetenz des höchsten eidgenössischen oder kantonalen Strafgerichtes fallen würde, und gerade bei diesen höchsten Strafgerichten wird auch bei uns der wirkliche Laie die Ausnahme, der juristisch gebildete Berufsrichter aber die Regel sein und es wird schliesslich auch derjenige Berufsrichter, der zur Zeit der Wahl noch Laie war, im Laufe seiner Amtstätigkeit mehr oder weniger umfangreiche Rechtskenntnisse erwerben, so dass auch bei uns dem Gegensatz ständig/nichtständig zwar der Gegensatz Jurist/Laie nicht notwendigerweise entsprechen muss, weil Juristen und Laien in beiden Kategorien vertreten sein können, aber doch vielfach tatsächlich entsprechen dürfte.

II. Die Laienbeteiligung in der Geschichte.

Es ist nicht meine Absicht, hier im einzelnen entwicklungsgeschichtlich auszuführen, woher das Schwurgericht kam und wie es in unsere Gerichtsorganisation eingefügt wurde oder welche Rolle das Schöffengericht in unserer Rechtspflege spielte oder wie sich die Zeiten gestalteten, da nur Rechtsgelehrte oder wenigstens nur ständige Richter die Strafjustiz ausübten. Ich will hier nur einige Entwicklungsmomente andeuten, die vielleicht für die Fragen, die hier zur Diskussion stehen, von Bedeutung sein könnten.

Der Frage der Herkunft des Schwurgerichtes sind sowohl im deutschen wie im französischen Sprachgebiet mehrere tiefschürfende Arbeiten gewidmet worden, auf die hier lediglich verwiesen sei¹⁾. Die Frage zerfällt in die mehr rechtshistorische Frage, ob England selbst das Ursprungsland ist oder ob die Jury in ihrer heute charakteristischen Form aus andern Rechtskreisen nach England verpflanzt worden ist. Die Frage ist nicht nur wegen ihres rechtshistorischen Interesses aufgeworfen worden, sie wurde auch kriminalpolitisch ausgeschlachtet, sei es, dass deutsche Anhänger der Jury sie nach ihrer Herkunft für Deutschland reklamierten, sei es, dass die Gegner sie bei den Volksgenossen als Institution fremdländischen Ursprungs zu diskreditieren versuchten. Weit aktueller wäre aber die zweite Frage, die sich hier stellt, ob und inwieweit Eigentümlichkeiten des englischen Schwurgerichtes lediglich aus dieser Entwicklung heraus zu verstehen sind und daher eventuell heute keine Existenzberechtigung mehr haben.

¹⁾ Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1872, Biener, Das englische Geschworenengericht, Leipzig 1852, Mayer, Geschworenengericht und Inquisition, Leipzig 1916, Hitzig, Die Herkunft des Geschwornengerichtes im römischen Strafprozess, Zürich 1909, de la Grasserie, Des origines, de l'évolution et de l'avenir du Jury, Paris 1892, und — last not least — Gerland, Die englische Gerichtsverfassung, 2 Bde, L. 1911.

Die erste Frage kann heute wohl mit ziemlicher Sicherheit dahin beantwortet werden, dass zwar schwurgerichtsähnliche Bildungen bei den verschiedensten Völkern feststellbar sind, dass Angelsachsen und Normannen solche Bildungen auch nach England gebracht haben können, dass aber die Institution, die wir Schwurgericht nennen, sich einzig in England in ihrer heutigen typischen Form entwickelt hat und dort jahrhundertlang bestand, bevor sie in andern Ländern Eingang fand. Denn wenn man nach der Herkunft des Schwurgerichtes fragt, darf man dieses, wie wir bereits sub I gesehen haben, nicht einfach mit der Laienbeteiligung schlechthin identifizieren, sondern man muss unterscheiden zwischen Volksgericht und Schwurgericht, d. h. zwischen jenen Gerichten, da das Gesamtvolk oder ein Teil desselben als solcher an der Strafrechtspflege beteiligt war, und jenen Gerichten, da diese Beteiligung in der speziellen Form des Schwurgerichtes erfolgte, d. h. jenem interessanten Zusammenwirken von Juristen und Laien, wie es sich in dieser Form in England als Resultat einer langen, über Jahrhunderte gehenden Rechtsentwicklung schliesslich ergeben hat.

Das Schwurgericht ist somit englischer Herkunft, zwar ein germanisches Rechtsinstitut, aber sowohl der deutschen wie der schweizerischen Rechtsgeschichte bis zu seiner Rezeption aus dem englischen oder französischen Recht unbekannt. Das will nun aber noch lange nicht heissen, dass seine Grundgedanken unsern Verfahren fremd gewesen wären. Denn bei allen germanischen Stämmen, auch denen, die in Deutschland oder der heutigen Schweiz sesshaft geworden sind, bestand jene starke Verbundenheit von Volk und Strafrechtspflege, wie sie sich heute nur noch im Schwurgericht offenbart, und man war der Auffassung, dass insbesondere die Anwendung des Strafrechtes nicht Sache einzelner Personen oder bestimmter ständiger Behörden sein könne, sondern dass vor allem die Ahndung der Staatsverbrechen, dann aber

auch der wichtigsten Verbrechen gegen Einzelne Sache der Volksgemeinschaft sei und vor die Landsgemeinden oder vor die Hundertschaften gehöre. Das Wort „Thing“ weist gleich dem Worte „Malstatt“ auf Volksversammlung hin, und wir wissen u. a. aus dem Buche Dr. Naglers „Die Landsgemeinde von Uri in rechtshistorischer Entwicklung“ („Historisches Neujahrsblatt von Uri“ von 1926, S. 59 ff.), dass auch in der Schweiz die Landsgemeinden aus den einstigen Volksgerichtsversammlungen hervorgegangen sind, die in seltenen Fällen bis ins 18. Jahrhundert über Schuld und Strafe entschieden. Das waren zweifellos keine Schwurgerichte, hier entschied das Volk als Ganzes über Verbrechen, durch die seine wichtigsten Interessen verletzt worden waren, aber diese Verbundenheit von Volk und Strafjustiz ist eine der Grundfassungen, denen auch das englische Schwurgericht seine Entstehung verdankt.

Diese restlose Verbundenheit von Volk und Strafrechtspflege konnte auf dem europäischen Kontinent bei den komplizierter werdenden Rechtsverhältnissen in ihrer vollen Reinheit höchstens in kleinern Staatswesen wie unsern Landsgemeinde-Kantonen längere Zeit erhalten bleiben und musste anderswo immer grössere Einschränkungen erleiden, ohne dass man darin schon notwendigerweise eine Abkehr vom Gedanken des Volksgerichtes erblicken müsste. Wir wissen aus der deutschen wie der schweizerischen Rechtsgeschichte, dass die Entwicklung ungefähr in der Weise vor sich ging, dass der Vorsitzende dieser Volksgerichtsversammlungen, der z. B. in fränkischer Zeit meist ein königlicher Beamter war und der in den frühesten Zeiten der gesamten Volksgemeinde das Urteil überlassen hatte, später dazu überging, aus der Volksgemeinde anlässlich jeder Tagung erfahrene und angesehene Männer als „Urteilsfinder“ zu bestellen und dass diesen Urteilsfindern, die im fränkischen Recht „Rachimburgen“ genannt wurden, die Aufgabe oblag, einen Urteilsvorschlag zu machen, der aber erst Urteil

wurde, wenn ihm die Volksgemeinde, der „Umstand“, durch „Vollwort“ zugestimmt hatte. Diese Urteilsfinder verwandelten sich unter Karl dem Grossen in ständige sog. Schöffenkollegien, die sehr bald das Urteil aus eigener Machtvollkommenheit, ohne Mitwirkung des Umstandes, fällten und die so zu eigentlichen „Urteilern“ wurden, denen ihr Amt später lebenslänglich, ja sogar vererblich verliehen worden ist. Wichtig ist dabei — und auch hierin zeigen diese Bildungen eine gewisse Verwandtschaft mit dem Schwurgericht —, dass bei diesen Gerichten der Vorsitzende sich an der eigentlichen Urteilsfindung nicht beteiligt, sondern dass er lediglich die Verhandlung zu leiten, das Urteil zu erfragen und das Rechtsgebot auszusprechen hat, wie dies noch heute bekanntlich auch Aufgabe des Schwurgerichtsvorsitzenden im Gegensatz z. B. zum Grossrichter unserer Militärgerichte ist. Erst mit der Rezeption des römischen Rechtes vollziehen sich zwei wichtige Umwandlungen, indem durch die „Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.“ von 1532 der Vorsitzende auch an der Urteilsfindung beteiligt wird und indem weiter die bisherigen Laienrichter nach und nach gänzlich durch Juristen-Richter verdrängt werden. Die erste Entwicklung hat zur Folge, dass dort, wo die Schöffen noch Laien und nicht einmal ständige Laienrichter sind, zum erstenmal eine Art Schöffengericht im modernen Sinne entstanden sein dürfte, welches aber der zweiten Umwandlung und damit der Verdrängung der Laienbeteiligung aus der Strafrechtspflege nicht lange standzuhalten vermochte. Man wird in der Tat an die heutige Misshandlung der Geschwornen durch schriftstellernde Juristen erinnert, wenn man in der juristischen Literatur der damaligen Zeit liest, wie die Juristen über die Schöffen dachten und sie mit allen Mitteln aus der Rechtspflege zu eliminieren versuchten. So meint um 1560 Lauze, der Chronist Philipps des Grossmütigen, es sei, wie wenn man die Rechte mit Nägeln an die Wand hefte, da sie niemandem Nutzen bringen, so man sie durch ungelehrte

Richter zur Anwendung bringe; schon „Aristoteles und andere weise Heiden“ hätten gesagt, man solle allein Gelehrten und Rechtsverständigen Gerichte und Urteile anvertrauen, und bekannt ist das Wort des „Klagspiegels“, Schöffen seien „narrische Heckenrichter in Dörfern“, sie sollten „allein über schelmige Huner und . . . ander schelmichs vihe urteyl sprechen“. So wurden die Laienschöffen sehr rasch aus den obern Gerichten durch die Juristen verdrängt und wo sie in untern Gerichten nicht einfach dem Vorsitzenden als Einzelrichter hatten weichen müssen, wurde ihre Stellung immer prekärer, indem ein Recht zur Anwendung gelangte, das sie nicht kannten, indem immer mehr das schriftliche Verfahren eingeführt wurde, für das sie sich nicht eigneten, und indem ihre Unabhängigkeit auch dadurch eine Beschränkung erlitt, dass bereits die CCC Art. 219 in allen zweifelhaften Fällen die Einholung von Rechtsbelehrung auf dem Wege der Aktenversendung an Obergerichte und Juristenfakultäten vorschrieb. Diese „consilia“ und „consultationes“ waren allerdings noch keine Urteile, sie bedurften noch der Publikation durch das rechtsuchende Gericht und später, wenigstens bei Ausfällung schwerer Strafen, der Genehmigung des Landesherrn, aber sie wurden mit der Zeit nicht nur zur Regel, sondern auch tatsächlich verbindlich, so dass, da für sie hauptsächlich die Juristenfakultäten in Frage kamen, wohl nie der rechtsgelehrte Richter einen grössern Anteil an der Strafrechtspflege gehabt hat, als im 16.—18. Jahrhundert. (Vgl. dazu Hegler, Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten im 17. und 18. Jahrhundert, Freiburg i. Br. 1899.) Dazu kam, dass allmählich mit dem erstarkenden Absolutismus der Landesherr zum eigentlichen Urteiler wurde, der seine Funktionen seinen Beamten, den Berufsrichtern, übertrug, aber gelegentlich sehr schroff eingreifen konnte, wie dies u. a. auch Friedrich der Grosse trotz der rührenden Geschichte des „Müllers von Sanssouci“ im Falle des Müllers Arnold getan hat. Die Reaktion des Volkes blieb allerdings nicht

aus, es ist bekannt, wie bereits zu Beginn des 16. Jahrhunderts Ritterschaften, Stände, Landtage und vor allem die Führer des Bauernkrieges von 1525 die Entfernung der *doctores iuris* aus Gerichts- und Ratsaal verlangten und z. B. Ulrich v. Hutten gegen die Juristen seiner Zeit zu Felde zog, die zur Pest des Rechts und des Gemeinwohls geworden seien (vgl. u. a. Freisler, *Der Volksrichter*, S. 177). All das konnte die Entwicklung nicht hemmen, die Laienschöffen verschwanden allmählich aus dem Rechtsleben und wo sie noch formell erhalten blieben, da wurden sie höchstens zum „endlichen Rechtstag“ herangezogen, der aber nicht einmal eine Art Hauptverhandlung war, sondern lediglich der feierlichen Verkündung des bereits früher gefällten Urteils diente und an welchem die Schöffen nichts weiter waren, als, wie Schröder-Künsberg, S. 948, sich ausdrückt, „gewöhnheitsmässiges Beiwerk ohne eigene sachliche Bedeutung“.

Es ist zuzugeben, dass sich in der Schweiz die Entwicklung nicht in gleich schroffer Weise vollzog, schon weil hier eine Rezeption des römischen Rechtes nicht stattfand. Aber auch hier wurde die Strafrechtspflege allmählich in rechtsgelehrte Hände gelegt — der Ratsoder Stadtschreiber spielt eine bedeutsame Rolle — und sie wurde zwar nicht zum Privileg der Juristen, wohl aber der Kleinen und Grossen Räte und damit der regimentsfähigen Familien und ihrer Verwandten und unterschied sich sehr bald in der Form nicht mehr wesentlich von dem in Deutschland praktizierten Verfahren, wenn auch von einem Einfluss der Juristenfakultäten höchstens in Basel gesprochen werden kann. Wie weit man sich dabei vom Volksrecht entfernte, zeigt das allmähliche Eindringen der CCC, ohne dass eine eigentliche Rezeption erfolgt wäre, und merkwürdige Urteile, wie sie in Zürich und anderswo gerade in dieser Zeit gefällt worden sind.

Die Reaktion gegen dieses Beamten- und Juristenrichtertum hat mit der Aufklärung eingesetzt. Sie konnte nicht mehr an jenes germanische Volksrichtertum an-

knüpfen, da das Volk selbst in der Strafjustiz oberstes Organ war, aber wie sie in der Volksvertretung nach englischem Vorbild die Repräsentation des Volkes auf politischem Gebiete schuf, so übernahm sie auf dem Gebiete der Rechtspflege die Jury als Repräsentation des Volkes auf dem Gebiete der Strafjustiz. Sie ist in ihrer Form, wie ich bereits hervorhob, in England entstanden und gewährte, was damals gegenüber der Volksfremdheit der Gesetze, der Allmacht der Staatsgewalt und der Abhängigkeit des Berufsrichtertums vor allem geschätzt wurde, die Unabhängigkeit der Rechtsprechung von der Staatsgewalt und die grösstmögliche Beteiligung des Volkes an dieser, indem an die Stelle der staatlich angestellten und von der Regierung abhängigen Berufsrichter einfache ehrenwerte Bürger treten sollten, deren Verstand nicht durch die bisherige Rechtswissenschaft verkünstelt war und deren Gefühl auch nicht durch die Gewohnheit des Aburteilens abgestumpft war. So hat das Schwurgericht über den angelsächsischen Kreis hinaus zuerst endgültig in Frankreich Wurzel gefasst (1808) und den ihm unmittelbar unterworfenen Gebieten, wie der Rheinprovinz und Westfalen, was für die spätere Entwicklung in Deutschland wichtig wurde, sie hat aber im Laufe des 19. Jahrhunderts, getragen von der in ihr liegenden Idee des Liberalismus, aber auch in ihrem eigenen Werte, die meisten zivilisierten Staaten erobert, indem sie sukzessive eingeführt wurde in Belgien (1831), Griechenland (1848), Portugal (1852), Rumänien (1886), Russland (1864), Italien (1865), Österreich (1873), Deutschland (1877), Norwegen (1887), Spanien (1888), Ungarn (1897) und schliesslich Japan (1923). Die Schweiz schloss sich dieser Bewegung an im Bund (1851) und in den Kantonen Genf (1844), Waadt (1846), Freiburg (1848), Bern (1850), Zürich (1853), Tessin (1855), Aargau (1858), Neuenburg (1862), Solothurn (1863) und Thurgau (1863), so dass ausser dem Bunde zehn Kantone das Schwurgericht bei sich eingeführt haben, während drei Kantone (Schaff-

hausen, Baselland und Wallis) es nur bis zum *pium desiderium* in der Verfassung brachten. Dabei dürfte die französische Form des Schwurgerichtes in Genf, Waadt, Bern und Neuenburg überwiegen, die englische dagegen in den übrigen Schwurgerichtskantonen²⁾. Man darf so kühnlich behaupten, dass vor dem Weltkrieg die meisten zivilisierten Staaten wenigstens für die schwerste Kriminalität dem Grundsatz des Schwurgerichtes huldigten. Trotzdem hat die Gegnerschaft, vor allem der Juristen, nie gänzlich aufgehört, wie aus den liebevoll zusammengetragenen Zitaten Dr. Gravens ersichtlich ist, und da sie der Institution und der mit ihr untrennbar verbundenen Beteiligung nichtständiger Laien an der Strafrechtspflege nicht radikal zu Leibe gehen konnten — durch Einführung ausschliesslicher Beamtengerichte —, hat sich diese Gegnerschaft hauptsächlich darauf konzentriert, dem Schwurgericht als zweckmässigere Form das Schöffengericht entgegenzustellen.

Es ist unzweifelhaft, dass die Idee des Schöffengerichtes in den letzten Jahrzehnten grosse Fortschritte aufzuweisen hat. Zwar ist ihr erster Ansturm in Deutschland misslungen, denn nachdem man die Institution in Preussen, Sachsen und einigen deutschen Kleinstaaten eingeführt hatte, versuchte man, sie auch in die österreichische und deutsche Strafprozessordnung einzubauen. Trotzdem sich die Praxis zumeist für sie als das kleinere Übel erklärte, ist es hervorragenden Strafprozessualisten der damaligen Zeit, so vor allem Prof. Wahlberg und Justizminister Julius Glaser in Wien, Prof. Hermann Seuffert in Giessen und dem „alten Fürsprecher des

²⁾ Gorphe, *Les réformes du Jury à l'étranger*, in „*Revue internationale de droit pénale*“ XII S. 372, ist vielfach, wie dies bei solchen Zusammenstellungen nicht immer zu vermeiden ist, ungenau, indem er neben Bern auch Zürich zum „*système français*“ rechnet, die Kantone, die weder Schwur- noch Schöffengericht besitzen, als Schöffengerichtskantone bezeichnet und überdies unter ihnen auch den Schwurgerichtskanton Solothurn auführt.

Schwurgerichtes“, Prof. Gneist in Berlin, gelungen, zuerst den deutschen Juristentag von 1871 und hernach auch den österreichischen und deutschen Gesetzgeber zu der Auffassung zu bringen, „dass kein Bedürfnis vorhanden sei, die Schwurgerichte aufzuheben und an ihrer Stelle Schöffengerichte einzuführen“. Prof. Seuffert hat in einem 1873 gehaltenen Vortrag den damals herrschenden Standpunkt in die Worte gefasst: „Ich behaupte, dass die Ersetzung der Jury durch das moderne Schöffengericht gleichbedeutend wäre mit dem Verfall des Volksgerichtes und im weiteren Verlaufe mit dem abermaligen Zurück-sinken unseres im Aufschwung begriffenen Rechtes in die Fesseln der Scholastik.“

Nach diesem Grosskampf in den 70er Jahren ruhte der Streit einige Zeit, bis er Ende des 19. Jahrhunderts und dann vor allem nach dem Weltkrieg zu einer Reihe überraschender Gesetzgebungsmassnahmen führte, die das Gesamtbild der Welt-Strafrechtspflege zu Gunsten des Schöffengerichtes veränderten. So hat bei uns zunächst Genf mit seiner Reform von 1890 den Anfang gemacht, indem es den Geschwornen den Schwurgerichtsvorsitzenden ins Beratungszimmer mitgab (nur zur Auskunfts-erteilung, nicht zur Mitentscheidung) und indem es für die Beratung der Straffrage das Gesamtgericht als zuständig erklärte, eine Reform, die zwar einen schweren Eingriff in die Unabhängigkeit der Geschwornen darstellt, das Prinzip des Schwurgerichtes aber nicht negiert, wie dies auch von der Reform in Frankreich zu sagen ist, wo 1881 das sog. *Résumé* abgeschafft wurde und 1932 die Geschwornen das Recht erhielten, zusammen mit dem Gerichtshof über die Strafe zu beraten. Dagegen hat der Kanton Tessin 1895 das Schwurgericht durch ein Schöffengericht ersetzt, das Gorphe in der erwähnten Aufstellung zu Unrecht als „jury“ statt „échevinage“ bezeichnet (S. 372). Ihm folgte mit der Emminger'schen Reform von 1924 das republikanische Deutschland (auch das nationalsozialistische scheint dem Schöffengericht

treu bleiben zu wollen), mit StPO von 1928 der Kanton Bern, mit Dekret vom 23. März 1931 Italien, und mit Gesetz vom 14. März 1938 der Kanton Neuenburg (in Kraft seit 1. August 1938), der allerdings sein aus drei ständigen Richtern und 6 Schöffen bestehendes Schöffengericht in gleicher Weise wie der Kanton Bern nach wie vor als „cour d'assises“ bezeichnet. Weiter haben das Schwurgericht abgeschafft Ungarn, das zwar nach Gesetz noch zu den Jury-Staaten gehört, unmittelbar nach dem Weltkrieg aber mit Dekret von 1919 die Tätigkeit der Jury eingestellt hat, Bulgarien, das 1922, Portugal, das 1926, und Jugoslawien, das 1929 das Schwurgericht zu Gunsten reiner Beamtengerichte unterdrückte, und schliesslich Sowietrussland, das stets eine Art Schöffengericht bevorzugt hat. Dagegen sind schwurgerichtsfreundliche Strömungen festzustellen bei Dänemark, das die Institution erst 1909 einführte und bei ihr bis heute verblieb, Japan, das die Jury 1923 in seine Gesetzgebung aufnahm, und Spanien, wo sie 1923 durch Primo di Rivera unterdrückt wurde, 1931 aber durch die spanische Republik wieder hergestellt worden ist.

Betrachten wir das Gesamtbild und berücksichtigen wir weniger die Zahl als die Bedeutung der Staaten, welche in den letzten Jahrzehnten vom Schwurgericht zum Schöffengericht übergegangen sind, ist zuzugeben, dass heute eine starke Strömung gegen das Schwurgericht besteht. Nimmt man hinzu, dass in manchen Staaten Entwürfe bestehen, das Schwurgericht durch das Schöffengericht zu ersetzen (so z. B. in der Tschechoslowakei, Griechenland, Waadt) und dass dem Schwurgericht auch ohnedies vielfach Abbruch getan wurde einerseits durch die sog. „Kriminalisation“ — Überweisung geständiger Angeklagter an die Kriminalkammer —, anderseits durch die sog. „Korrektionalisation“ — Überweisung leichter Fälle an die ständigen Gerichte —, kann nicht geleugnet werden, dass die Frage der Laienbeteiligung in

dieser oder jener Form oder gar ihrer völligen Eliminierung zu Gunsten des Berufsrichters neuerdings aktuell geworden ist und dass ihre Bedeutung wohl rechtfertigt, wieder einmal Diskussionsthema des schweizerischen Juristentages zu bilden.

Ich habe eingangs noch von einer zweiten Frage gesprochen, die uns in diesem Zusammenhange interessieren könnte, nämlich der Frage, inwieweit Eigentümlichkeiten des Schwurgerichtsverfahrens lediglich aus der historischen Entwicklung erklärlich sind, die das Schwurgericht in England durchmachen musste, und die daher bei uns nicht aufrecht erhalten werden sollten. Zu ihnen zähle ich die Wertung des Autoverdikts, die bei uns zu Beginn der Schwurgerichtsepoche grosse Verheerungen angerichtet hat, weil wir mit den Engländern im Schuldgeständnis des Angeklagten eine Selbstverurteilung erblickten und beispielsweise in Zürich erst mit der Verfahrensrevision von 1919 von diesem Irrtum abgekommen sind. Zu ihr zähle ich weiter die Institution der Anklagejury, die wir in der Schweiz nirgends übernommen haben, die seither auch in England gefallen ist und deren Funktionen meines Erachtens richtiger eine aus ständigen und wenn möglich rechtsgelehrten Richtern bestehende Anklagekammer ausübt, da es zumeist und ausschliesslich Rechtseinwendungen sind, die mit Erfolg gegen die Stellung des Angeklagten vor Gericht geltend gemacht werden können. Zu ihnen zähle ich endlich die Stellung des Angeklagten selbst, der früher in England überhaupt nicht befragt wurde und der dann später umgekehrt zum Zeugnis in eigener Sache zugelassen worden ist — wohl in Erinnerung an den alten Reinigungseid —, eine Regelung, die wir ebenfalls nicht übernommen und durch die Anweisung an den Richter ersetzt haben, dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, sich zum Gegenstand der Anklage zu äussern. Weil es sich aber in allen diesen Fällen in der Regel um Momente handelt, die unser heutiges Schwurgerichts-

verfahren nicht mehr kennt, genügt es hier wohl, darauf hingewiesen zu haben.

Da aus dem Referat Dr. Gravens leicht der Eindruck gewonnen werden könnte, das Schwurgericht sei als „une institution étrangère aux traditions juridiques et populaires suisses“ (These I) von Anfang an, wenigstens auf dem europäischen Festland, ein gesetzgeberischer Fehlgriff gewesen und habe unsere Rechtspflege wesentlich verschlechtert, sei hier als Ergebnis meiner entwicklungsgeschichtlichen Ausführungen und als eigener Standpunkt kurz folgendes festgestellt:

1. Das Schwurgericht ist zwar englischen Ursprungs, ist aber aus Wurzeln hervorgegangen, die letzten Endes gleich der deutschen und schweizerischen Gerichtsorganisation auf jenes Recht der Volksgemeinschaft zurückgehen dürften, die Rechtspflege und vor allem die Strafrechtspflege selbst auszuüben. Wenn wir sie erst nach 1848 übernommen haben, kann dieser englische Ursprung weder ihren demokratischen Gehalt noch ihre Zweckmässigkeit mindern. Nicht nur verdankt unsere Demokratie dem angelsächsischen Rechtskreis einen Gross-
teil ihrer wesentlichsten Institutionen, wie z. B. das Zweikammersystem und anderes mehr, auch auf dem Gebiete der Kriminalpolitik werden wir unser modernes Jugendstrafrecht oder die bedingte Verurteilung nicht missen wollen, nur weil beide eigentlich angelsächsischen Ursprungs sind, ja, ich persönlich hätte gerade die bedingte Verurteilung in amerikanischer oder belgischer Form mit Freuden im neuen schweizerischen Strafgesetzbuch dem bedingten Strafvollzug vorgezogen, in den sie dort von unserem Gesetzgeber umgewandelt wurde.

2. Auch das Schöffengericht ist in der Form, wie es uns heute empfohlen wird, nicht schweizerischen Ursprungs, sondern zeigt durchaus die Kennzeichen des deutschen Obrigkeitsstaates von der Mitte des vorigen Jahrhunderts. Wenn tatsächlich vor und nach Erlass der „Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.“

in Deutschland Schöffengerichte bestanden haben, beweist die Geschichte, dass sie sehr rasch durch die Juristengerichte beseitigt wurden, ein geschichtlicher Vorgang, welcher die Befürchtung unterstützt, dass das Schöffengericht nur den Übergang zum ständigen oder gar zum Juristengericht bilden wird.

3. Die Zeit, in welcher auf dem europäischen Kontinent und vor allem in Deutschland die Strafrechtspflege in den Händen ausschliesslicher Juristengerichte lag, d. h. die Zeit vom 16.—18. Jahrhundert, ist nicht etwa eine Zeit vollbefriedigender Rechtsprechung, sondern es zeigt in ihr speziell die Strafrechtspflege einen Tiefstand wie nie zuvor und nie nachher: Verfahren der Inquisition mit Schriftlichkeit und Heimlichkeit, Tortur und gesetzlicher Beweistheorie, das in in seiner ganzen Absurdität vor allem in den Zauber-, Hexen- und Ketzerprozessen jener Zeit zum Ausdruck kommt, aber auch in politischen und andern Prozessen, wo, wie z. B. im Prozess Calas, gerade dieses Verfahren Justizmord und Justizirrtum ermöglichte. Dabei wäre es ein schwerer Irrtum, anzunehmen, dass sich nun gerade diese Zeit durch besondere Gesetzestreue ausgezeichnet hätte, denn speziell von der Rechtsprechung der Juristenfakultäten sagt Dr. Hegler, dass sie sehr oft willkürlich mit gesetzlichen Tatbeständen und vor allem mit dem veralteten Strafsystem der CCC umgesprungen sei, aber, fügt er zu ihrer Entschuldigung bei, das war nicht prinziplos, sondern es gründete sich auf „allgemeine, unabweisbare, berechnete Zeitforderungen“, was man nicht selten auch von der sog. Willkür der Geschwornen sagen kann.

4. Die offenkundigen Gebrechen dieser Strafrechtspflege wurden, soweit es sich um materielle Grundübel handelte, bereits von den Trägern der Aufklärung behoben, formell aber im wesentlichen erst durch die Einführung des Schwurgerichtes beseitigt. Zwar ist die Tortur in Preussen und auch bei uns schon

vielfach früher aufgehoben worden, aber sie war so eng mit der gesetzlichen Beweistheorie verbunden, dass deren Fortexistenz dort, wo die Tortur aufgehoben worden war, oft zu deren Wiedereinführung oder zu den sog. Lügenstrafen führte, die sich von der Tortur in praxi nicht allzustark unterschieden. Erst die Einführung des Schwurgerichtes ermöglichte die Beseitigung der gesetzlichen Beweistheorie — auf Grund des Vertrauens, welches das Volk der neuen Institution entgegenbrachte und das es den bisherigen Strafgerichten verweigert hatte — und erst diese Einführung brachte dem Verfahren die Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, ohne die ein wirklich modernes Strafverfahren heute nicht mehr denkbar wäre. Gewiss lässt sich heute vertreten, dass diese Grundsätze auch vor einem ständigen Strafgericht verwirklicht werden könnten und dass sie vor dem Schöffengericht verwirklicht werden müssten; aber zur ersten Einwendung ist zu bemerken, dass wir wenigstens im Kanton Zürich die Erfahrung gemacht haben, dass die genannten Grundsätze zwar im Kanton Zürich voll anerkannt werden, bis jetzt aber ausschliesslich vor dem Schwurgericht verwirklicht worden sind, und zur zweiten Einwendung weise ich darauf hin, dass dies auch beim Schwurgericht der Fall ist und dass dieses in dieser Beziehung gegenüber dem Schöffengericht den beträchtlichen Vorteil hat, dass in seinem Verfahren alle Urteiler unmittelbar und nur aus der Verhandlung schöpfen, während beim Schöffengericht allermindestens der Präsident, in der Regel aber sämtliche ständigen Richter Aktenkenntnis besitzen, so dass von Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme wenigstens bei ihnen nicht mehr gesprochen werden kann. Auf alle Fälle kommt dem Schwurgericht das historische Verdienst zu, diesen notwendigen Neuerungen Bahn gebrochen zu haben, und es kann daher schon aus diesem Grunde kein Fehlgriff gewesen sein.

5. Es könnte leicht aus dem Referat Dr. Gravens der Eindruck entstehen, sowohl Gerichtspraxis wie

Strafprozesswissenschaft hätten von Anfang an und stets das Schwurgericht als Verirrung bekämpft. Dem ist entgegenzuhalten, dass zwar die Praxis dem Schwurgericht sehr oft feindlich gegenüber gestanden haben mag — sie betrachtete diese Laienbeteiligung speziell in monarchischen Staaten sehr oft lediglich unter dem Gesichtspunkt der Politik oder sah in ihr ein Misstrauensvotum gegen ihre Tätigkeit —, dass aber hervorragende Träger der Strafrechtswissenschaft, vor allem eigentliche Strafprozessualisten, sich zu allen Zeiten für das Schwurgericht ausgesprochen haben, so neben Feuerbach, dessen Haltung zu verschiedenen Zeiten verschieden war, vor allem die Gelehrtenfamilie der Mittermaier in ihren verschiedenen Generationen, Prof. Gneist, Prof. Wahlberg, Prof. und Justizminister Julius Glaser, der Schöpfer der österreichischen Strafprozessordnung, Prof. Hermann Seuffert, und von den neuern die Professoren Oettker, Liepmann, Kahl bis zu Prof. v. Hentig u. Prof. Gerland, der noch 1933 für das Schwurgericht eingetreten ist. Auch bei uns in der Schweiz ist die Einführung des Schwurgerichtes wissenschaftlich vorbereitet worden durch die Schriften v. Orellis und Eschers, während Jakob Dubs, Stämpfli und andere die politische Atmosphäre für sie schufen und schliesslich Prof. und Regierungsrat Rüttimann in der Bundesstrafrechtspflege und im zürcherischen Rechtspflegegesetz die gesetzlichen Grundlagen zur Verwirklichung legte. Gerade für Zürich ist nicht entscheidend, was der Pamphletist Locher oder a. Oerrichter Wolf vom Schwurgericht sagen; wichtiger ist, wenn Männer der Theorie und Praxis, wie Prof. Zürcher oder der Kommentator unseres Rechtspflegegesetzes, Dr. Sträuli, nach fünf Jahrzehnten seiner Existenz bezeugen, dass das Schwurgericht durchaus das Vertrauen des Zürcher Volkes besitzt (vgl. Z. f. StR. Bd. XVI, S. 349 ff.).

6. Es sind im Kampf gegen das Schwurgericht Methoden zur Anwendung gelangt, die nicht gebil-

ligt werden können. Gerade wenn man — zu recht oder zu unrecht — den Geschwornen immer wieder Mangel an Gesetzestreue vorwirft, sollte man sich im Kampfe gegen das Schwurgericht nicht des gleichen Fehlers schuldig machen. Ich habe bereits darauf hingewiesen, wie das Schöffengericht vielfach unter dem Namen Schwurgericht eingeführt wurde, um die Jurygarantie der Verfassung zu umgehen, und ich könnte weiter darauf hinweisen, wie erst jüngst die Kompetenzen der Bundesassisen in einer Weise beschränkt wurden, die auch bei weitester Interpretation mit der Bundesverfassung nicht mehr in Einklang gebracht werden konnte, oder wie in meinem Heimatkanton Zürich die schwersten Delikte Jugendlicher und die schwersten Sittlichkeitsverbrechen gegen Kinder der Kompetenz des Schwurgerichtes entzogen worden sind, obwohl Art. 57 der Verfassung des Kantons Zürich nach wie vor die Bestimmung enthält, dass alle Verbrechen und politischen Vergehen, in welchen ein Beklagter es verlangt, durch Geschwornengerichte beurteilt werden müssen. Will man tatsächlich das Schwurgericht durch das Schöffengericht ersetzen, soll man das Volk offen darüber aufklären und vor allem sich nicht über die Tatsache hinwegsetzen, dass vielfach unsere Vorfahren den Bestand der Schwurgerichte dadurch gesichert haben, dass sie ihre Garantie in die Verfassung aufnahmen, was für uns die Verpflichtung in sich birgt, erst die Verfassung zu ändern, bevor wir diese weitgehende Umgestaltung des Schwurgerichtes selbst vornehmen.

III. Wert und Form der Laienbeteiligung.

Wenn man es unternimmt, den Wert der Laienbeteiligung speziell für schweizerische Verhältnisse zu prüfen, dürfte es fast den Anschein haben, als wollte man Eulen nach Athen oder Bier nach München tragen. Denn in einem Lande, das Laien als ständige Richter

bis zum höchsten Gerichtshof zulässt, sollte, nimmt man an, der Grundsatz der Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege so allgemein anerkannt sein, dass darüber gar nicht mehr gesprochen werden müsste. Aber ganz abgesehen davon, dass die Zulassung ständiger Laienrichter auch andern Erwägungen als der Hochschätzung der Laienbeteiligung entsprungen sein könnte — z. B. der Unmöglichkeit, alle Gerichte mit rechtsgelehrten Richtern zu besetzen —, zeigen die beiden jüngsten Arbeiten auf diesem Gebiete, die Dissertation Cavins und das Referat Dr. Gravens, dass die Wertschätzung der Laienbeteiligung bei uns durchaus nicht zur *communis opinio* gehört. Denn zu einer Zeit, da sogar das autoritäre Deutschland die Laienbeteiligung als nationalsozialistischen Grundsatz erklärt — so u. a. Freisler, *Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege*, S. 34 ff —, spricht sich Dr. Cavin gegen jede Laienbeteiligung aus (S. 49), während Dr. Graven wenigstens die Berechtigung nichtständiger Laienrichter bestreitet (S. 181a).

Der Wert der Laienbeteiligung kann nur gewürdigt werden, wenn man sich zunächst darüber klar geworden ist, worin eigentlich die Aufgabe des Strafrichters besteht und inwieweit hier der Laie nützliche oder gar wertvolle Dienste zu leisten vermag. Erst wenn man dies letztere bejaht, wird weiter zu fragen sein, ob der Laie als ständiger oder eher als nichtständiger Rechtssprecher in Frage kommt und wie, bei Bejahung der letzteren Alternative, eine Zusammenarbeit zwischen ständigen und nicht ständigen Rechtssprechern etwa denkbar wäre.

Die richterliche Urteilsaufgabe — ich muss hier andernorts Gesagtes zum Teil wiederholen — zerfällt in zwei Teile: die Feststellung des eingeklagten Tatbestandes und die Subsumption dieses Tatbestandes unter das Gesetz.

Der Tatbestand selbst wird dem Richter durch direkte Wahrnehmung oder durch Wahrnehmungen Dritter (Zeu-

gen) vermittelt, so dass er für deren Feststellung lediglich einer guten Beobachtungsgabe und eines weitgehenden psychologischen Verständnisses für den Wahrheitswert von Zeugenaussagen bedarf, Eigenschaften, für deren Förderung juristische Bildung im engeren Sinne weder nützlich noch schädlich ist, höchstens eine intensive Ausbildung in den Lehren der Kriminalistik, vor allem der forensischen Psychologie, aber auch diese vermag den ungeeigneten Richter nicht vor Irrtümern zu bewahren, ganz abgesehen davon, dass heute noch die Juristen zu zählen sind, die in Studium oder Praxis sich eingehend mit den Lehren der Kriminalistik beschäftigt haben.

Es wäre nun aber irrtümlich, anzunehmen, dass die derart erwiesenen Tatsachen bereits den Untersatz bilden könnten, der ohne weiteres dem juristischen Obersatz zu subsumieren wäre. Vielmehr wird in der Regel eine Verarbeitung dieses Tatsachenmaterials an Hand tatsächlicher Erfahrungssätze notwendig sein, d. h. vermittelt jener aus der Erfahrung gewonnenen Urteile und Regeln, deren Bedeutung in Deutschland Stein (Das private Wissen des Richters, L. 1893, S. 21 ff.) erstmals herausgearbeitet hat und die sich von den banalen Wahrheiten des Alltags bis in die Höhen wissenschaftlicher Lehrsätze erstrecken. Diese Erfahrungssätze sind für das Verständnis des Tatbestandes so wichtig, dass frühere Gesetzgeber ihnen in Form von Praesumtionen oder Regeln der gesetzlichen Beweistheorie Aufnahme ins Gesetz gewährten, wodurch sie aber zu schematischen Regeln erstarrten und der Rechtspflege mehr hinderlich als förderlich waren. Sie können in ihrer Bedeutung als erlebte, nicht angelernte Erfahrungssätze auch heute noch nicht besser wiedergegeben werden als mit den Worten des bekannten Strafprozessualisten Heinze: „Die Vorführung längerer Reihen von zusammengesetzten Eindrücken gleicht einem Schattenspiel an der Wand ohne Farbe und Körper, wenn nicht der, welcher die Mitteilung empfängt, entsprechende Vorgänge aus eigener

Anschauung kennt und die hierdurch gewonnenen mit der Lebensfrische der Wirklichkeit ausgestatteten Vorstellungen zur Ausfüllung und Belebung des erhaltenen Umrisses benutzt.“

Stellen wir bereits hier die Frage, ob dieser Teil der Urteilsaufgabe, die Feststellung des Tatbestandes und seine Verarbeitung vermittelt eigener Erfahrungssätze, vom Juristen oder vom Laien besser zu bewältigen sei, werden wir uns von vornherein vor Verallgemeinerungen hüten und der Relativität derartiger Urteile stets bewusst bleiben müssen. Aber man darf doch wohl im Gegensatz zu Binding die Behauptung aufstellen, dass für diesen Teil der richterlichen Aufgabe die Rechtskenntnisse keine ausschlaggebende Rolle spielen, dass für den rechtsgelehrten Richter höchstens der Vorteil besteht, dass ihm eher als dem Laien von Anfang an bewusst sein wird, auf welche Tatbestandsteile es vor allem ankommt, und dass er gleich dem ständigen Laienrichter eine gewisse Übung in der Erfassung dieser Tatbestände erlangt hat. Demgegenüber kann darauf hingewiesen werden, dass der Laie — der Arbeiter, Bauer, Handwerker, Kaufmann oder Intellektuelle — zur Einsammlung der zur Verarbeitung des Tatbestandes notwendigen Lebenserfahrungen wohl ebensoviel oder mehr Gelegenheit besitzt als der stets in der Rechtspflege tätige Beamte. Wollte man aber auch annehmen, der einzelne rechtsgelehrte Richter sei dem einzelnen Laienrichter infolge besonderer psychologischer Vorbildung und Übung in der Wertung des Tatbestandes überlegen, könnte sich trotzdem diese Superiorität des Einzelnen in eine Inferiorität der Gesamtheit verwandeln, wenn wir ein Kollegium rechtsgelehrter Richter einem gleichstarken oder stärkern Kollegium von Laien gegenüberstellen würden, d. h. einer Mehrzahl von allen Ständen, Lebens- und Berufskreisen angehörenden Laien. Denn während der Gesichtskreis der rechtsgelehrten Richter sich vielfach decken wird — haben sie doch ungefähr den-

selben Bildungsweg gemacht und verkehren sie doch meist in gleicher Gesellschaftsschicht —, werden sich bei den andern unter Umständen die Lebenserfahrungen sozusagen summieren, so dass ihre Summe der Summe der andern überlegen ist. Schon Julius Glaser hat auf diesen Umstand hingewiesen und daraus den Schluss gezogen, dass die Laienbeteiligung als solche durchaus geeignet ist, die Feststellung des Tatbestandes zu erleichtern.

Ist der Tatbestand festgestellt, folgt seine Subsumption unter das Gesetz, d. h. der Entscheid, ob er die Begriffsmerkmale des eingeklagten Verbrechens erfülle. Hier kann nun kein Zweifel obwalten: Diese Subsumptionstätigkeit verlangt Fähigkeiten, wie sie nur juristische Schulung zu gewähren vermag, so dass hier der rechtsgelehrte Richter dem Laienrichter zweifellos überlegen sein dürfte.

Da nun bei der Feststellung des Tatbestandes die Mitwirkung von Laienrichtern nicht nur möglich, sondern sogar wertvoll wäre, während die Subsumption unter das Gesetz eher dem rechtsgelehrten Richter überlassen bleibt, bestände die Ideallösung darin, die Aufgabe des Richters in einen Entscheid über die Tatfrage und einen solchen über die Rechtsfrage zu trennen und den erstern den Laienrichtern, den zweiten den Juristenrichtern zu überlassen nach dem altenglischen Grundsatz: *De facto iudicant iuratores, de iure iudices!* Es geht aber heute die allgemeine und wohl auch richtige Meinung dahin, dass eine solche Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage undurchführbar ist, so dass man sich heute dort, wo an der Zweiteilung der Urteilsaufgabe festgehalten wird, auf die Trennung zwischen Schuld- und Straffrage beschränkt. Diese Trennung aber ist sehr wohl durchführbar, nur muss man sich dabei bewusst bleiben, dass mit der Schuldfrage nicht nur der Tatbestand, sondern auch Rechtsfragen entschieden werden. Da somit nirgends reine Tatfragen zur Entscheidung stehen, ist es nicht so einfach, den Laien sachgemäss in das

Gefüge der Strafrechtspflege einzureihen. Wie wir dies bereits früher gesehen haben, ist dies in drei Formen versucht worden: als ständiger Laienrichter nach dem schweizerischen System, als nichtständiger Laienrichter nach dem Schwurgerichts- oder nach dem Schöffengerichtssystem.

Bevor man diesen Einbau versucht, wird man sich allerdings die Frage stellen müssen, ob bei uns überhaupt noch ein Bedürfnis nach Laienbeteiligung besteht oder ob wir unsere Strafrechtspflege vertrauensvoll dem rechtsgelehrten Richter überlassen dürfen. Nach den Erfahrungen der Geschichte und nach der ganzen Struktur des Staates, die den Bürger weitgehend auch zur Gesetzgebung heranzieht, darf die Frage wohl unbedenklich im Sinne der Laienbeteiligung entschieden werden, denn sie allein gewährt der Strafrechtspflege jenen Kontakt mit der Volksgemeinschaft, der ihr deren Vertrauen sichert und sie selbst vor Erstarrung bewahrt. Wir stehen zwar heute nicht mehr auf dem Standpunkt, es solle jeder Angeklagte von seinesgleichen gerichtet werden, aber wir können uns ebensowenig mit dem Gedanken befreunden, dass die Strafrechtspflege Sache eines bestimmten Standes, des rechtsgelehrten Richtertums, sein soll, denn gerade hier ist die Volksgemeinschaft derart beteiligt, dass sie in möglichst weitem Umfang zur Mitwirkung herangezogen werden sollte.

Erscheint somit die Laienbeteiligung an sich als berechtigt, stellt sich die weitere Frage, ob der Laie der Strafrechtspflege als ständiger oder nichtständiger Rechtsprecher die bessern Dienste leisten wird.

Der Laie verfügt nicht nur über eine meist ebenso-grosse Lebenserfahrung wie der Jurist, er bringt in der Regel der Beweiserhebung als einem neuen, für ihn ausserordentlichen Ereignis weit grössere Aufmerksamkeit und Empfänglichkeit (Aufnahmefähigkeit) entgegen. Dies aber zweifellos nur dort, wo er nur gelegentlich, nicht ständig

zu Gerichte sitzt, denn wenn sich der Laienrichter damit auch eine gewisse Übung in der Abnahme von Beweisen verschafft hätte, ist doch zur Genüge bekannt, dass sehr oft ständige Laienrichter schneller als ständige rechtsgelehrte Richter der Routine und Abstumpfung verfallen und damit gerade denjenigen Vorzug verlieren, den sie vor Juristen voraus haben. So ist zwar das berühmte „Schläfchen des Geschwornen“ eine Behauptung, die ich in fünfzehnjähriger Schwurgerichtspraxis nie bestätigt fand, während ich früher als Anwalt vor unsern Landgerichten bei ständigen Laienrichtern diese Erfahrung hie und da machen konnte. Weiter spricht für den nichtständigen Laienrichter seine Unabhängigkeit, denn die Klage über die Abhängigkeit der Richter von der Regierung oder ihren sonstigen Wahlkörpern hat nur dort einen Sinn, wo das Richteramt die Grundlage der Existenz des Richters bildet, nicht aber z. B. bei Militärrichtern und vor allem nicht bei nichtständigen Laienrichtern. Man darf auf alle Fälle die Behauptung wagen, dass wir zwar auch das Wirken des ständigen Laienrichters in unserer Strafrechtspflege nicht missen möchten, dass aber auch der nichtständige Laienrichter für diese wertvoll sein kann, speziell dann, wenn er eine noch grössere Volksbeteiligung zu sichern vermag, als dies bei bloss ständigen Laienrichtern der Fall wäre.

Der nichtständige Laienrichter ist in unsere Strafrechtspflege durch das Schwurgericht eingeführt worden, wir haben ihn lange Zeit ausschliesslich nur in der Form des Geschwornen gekannt. Es fragt sich nun weiter, ob dieser Einbau der richtige war oder ob ihm die Regelung des modernen Schöffengerichtes vorzuziehen wäre.

Wir haben bereits gesehen, dass auch im Schwurgerichtsverfahren die blosse Beantwortung der Tatfrage nicht in Frage kommt, dass vielmehr, wenn eine Zweiteilung vorgenommen werden soll, diese nur in der Trennung zwischen Schuld- und Straffrage möglich ist, wie

sie denn auch tatsächlich alle diejenigen Gesetzgebungen kennen, die ihr Schwurgericht nach englisch-amerikanischem Vorbild organisiert haben. Ich habe aber bereits zugegeben, dass die Beantwortung der Schuldfrage auch die Beantwortung von Rechtsfragen in sich schliesst und es fragt sich nun, wie der in der Regel nicht rechtsgelehrte Geschworne diese Schwierigkeit meistern soll.

Ich habe von jeher das englische Schwurgericht vor allem in der Kunst bewundert, wie es diese Schwierigkeit zu überwinden wusste. Oberflächliche Beobachter übersehen immer wieder, dass bei Beantwortung der Schuldfrage die Geschwornen durchaus nicht auf ihr eigenes Wissen und Können beschränkt sind, dass vielmehr im Schwurgerichtsverfahren zu diesem Zwecke ein eigentümliches Zusammenspiel zwischen Parteien, Gerichtshof und Geschwornenbank stattfindet, das den Geschwornen ihre tatsächlich und rechtlich selten leichte Aufgabe zu erfüllen gestattet. Denn durch die Vorträge der Parteien, durch die äusserst wichtige Fragestellung, vor allem aber durch die Rechtsbelehrung des Vorsitzenden und dessen Resumé in tatsächlicher Beziehung werden, wenn alle Beteiligten ihre Pflicht tun, die Geschwornen für die Lösung der Rechtsfrage derart gut vorbereitet, dass meines Erachtens grobe Fehlgriffe weit eher ausgeschlossen sind als bei irgend einem unserer ständigen Gerichte. Es kommt selten vor, dass unsern Schwurgerichten tatsächliche Irrtümer zur Last gelegt werden, viel häufiger wird ihnen vorgeworfen, dass sie trotz Erfüllung des Tatbestandes und trotz Kenntnis seiner Strafbarkeit aus Mitleid oder gar in Auflehnung gegen die Rechtsbelehrung einen Angeklagten freigesprochen hätten. Das ist dann zumeist unzulässige Eigenmacht, hat aber oft den Vorteil, dass Richter und Gesetzgeber auf Gesetzesbestimmungen hingewiesen werden, die mit dem Rechtsempfinden des Volkes nicht mehr im Einklang stehen.

Wird so der Geschworne in den Stand gesetzt, nicht nur die Tat-, sondern auch die Schuldfrage zu beantworten, ist zuzugeben, dass dieses System von Hilfen — Fragestellung, Rechtsbelehrung, Resumé — wesentlich komplizierter ist als die Organisation unserer ständigen Strafgerichte. Es hat nun seit Einführung der Schwurgerichte nicht an Versuchen gefehlt, diesen Mechanismus zu vereinfachen, und man ist auf diesem Wege sehr früh zum Vorschlag des Schöffengerichtes gekommen, d. h. jener Organisation, in welcher ständige und nichtständige Rechtsprecher gemeinsam Schuld- und Straffrage beantworten und deren Vorzüge bereits die Denkschrift des preussischen Justizministeriums von 1873 dahin zusammengefasst hat, dass mit ihr die Arbeitsteilung zwischen Gerichtshof und Geschwornenbank samt der Komplikation der Rechtsbelehrung und Fragestellung wegfalle und dass Richter und Geschworne in ungehindertem Meinungsaustausch ein Urteil fällen können, in welchem sich die Vorzüge der Laienbeteiligung verbinden mit den aus langer Erfahrung und Rechtskenntnis erworbenen Fähigkeiten des Richters. Der Gedanke ist auf den ersten Blick so bestechend, dass man in ihm beinahe das Ei des Kolumbus erblicken möchte, speziell wenn man die Vereinfachung des Verfahrens in Betracht zieht; aber nach und nach wird man sich doch die Frage stellen, warum diese Vereinfachung während Jahrzehnten kein einziges Volk veranlasst hat, dieses Verfahren an Stelle des wesentlich komplizierteren Schwurgerichtsverfahrens einzuführen.

Die Anhänger des Schöffengerichtes zerfallen in zwei Gruppen, die scharf auseinanderzuhalten sind: Die erste Gruppe, zu der ich Dr. Cavin, aber wohl auch Dr. Graven zählen darf, empfiehlt das Schöffengericht, weil sie in ihm den notwendigen Übergang zum ständigen oder gar Juristen-Strafgericht erblicken, während eine zweite Gruppe das Schöffengericht als solches, in ehrlicher Überzeugung seines Eigenwertes, verfißt. Wenn wir daher

die Vorzüge des Schöffengerichtes mit den Vorzügen des Schwurgerichtes in Vergleich bringen wollen, werden wir uns in erster Linie mit den Argumenten der zweiten Gruppe zu beschäftigen haben.

Betrachten wir ein Schöffengericht wie z. B. das bernische, fällt in erster Linie seine verschiedenartige Zusammensetzung auf. Wir haben in ihm nicht nur ständige Rechtsprecher (Juristen oder Laien) und nichtständige Rechtsprecher, wir haben auch Leute mit und ohne Aktenkenntnis, Leute, die aus Akten und Verhandlung schöpfen — das sind die ständigen Rechtsprecher oder allermindestens der Vorsitzende — und solche, die ihr Urteil ausschliesslich auf das Ergebnis der Hauptverhandlung stützen, bei denen allein somit auch von Unmittelbarkeit der Beweisverhandlung gesprochen werden kann. Diese jedem Schöffengericht in grösserem oder geringerem Umfange eigentümliche Zusammensetzung mit Richtern, deren Urteilsgrundlage verschieden ist, muss bereits als ein Nachteil des Schöffengerichtes festgestellt werden.

Wir haben weiter im Schöffengericht Richter, die rechtsgelehrt und solche, die es nicht sind. Während nun den Geschwornen im Schwurgericht die Rechtsbelehrung des Vorsitzenden das für den Einzelfall nötige Rechtswissen vermittelt, findet eine ähnliche Belehrung im Schöffengericht nicht statt, es sind daher die nichtständigen Laienrichter auf Gnade und Ungnade der Rechtsbelehrung durch die ständigen Rechtsprecher ausgeliefert. Würde aber auch diese Rechtsbelehrung ebenso eingehend erfolgen wie vor Schwurgericht, hätte sie trotzdem den Nachteil, dass sie erst im Beratungszimmer gegeben wird, sich somit der Kontrolle der Parteien und der Öffentlichkeit völlig entzieht. Ich habe daher schon früher gesagt: Sieht man genauer zu, besteht der Unterschied zwischen Schwur- und Schöffengericht nicht darin, dass hier Laien, dort Laien und Juristen das Urteil fällen, sondern darin, dass im Schwurgerichtsverfahren die den Laien notwen-

dige Rechtsbelehrung im Beisein und unter der Kontrolle der Parteien und der Öffentlichkeit erteilt werden muss, während sich im Schöffengericht die Einwirkung der Juristen auf die Laien jeder Kontrolle entzieht. Ich muss gestehen: Dieser Unterschied ist für mich entscheidend zu Gunsten des Schwurgerichtes. Es handelt sich bei der Rechtsbelehrung um eine Art Sachverständigen-Gutachten in Rechtsfragen, das in die Hauptverhandlung gehört und der Kritik der Parteien ausgesetzt werden muss. Ich bin daher auch gegen die Einführung eines „qualifizierten Obmannes“, wie ihn Zürich einmal einführen wollte, und gegen die Assistenz des Schwurgerichtspräsidenten mit bloss beratender Stimme bei der Urteilsberatung, wie sie in Genf rechtens ist, und kann mich höchstens mit der Regelung des Bundesstrafprozesses abfinden, wonach die Geschwornen den Schwurgerichtspräsidenten zur Beantwortung von Fragen ins Beratungszimmer rufen dürfen, das er aber sofort nachher wieder zu verlassen hat. Noch korrekter wäre es allerdings, wenn er, wie ich seinerzeit vorschlug, dabei von Staatsanwalt und Verteidiger begleitet würde, so dass für diese Rechtsbelehrung wenigstens Partei —, wenn auch nicht Volksöffentlichkeit vorgeschrieben wäre.

Betrachte ich das Schöffengericht als ein Ganzes, kann ich mich des Eindrucks nicht erwehren, dass wir es in ihm mit dem typischen Produkt des alten deutschen Obrigkeitsstaates zu tun haben, der zwar dem Drängen nach Laienbeteiligung nachgeben musste, in der Organisation des Schöffengerichtes aber sein Möglichstes getan hat, diese Laien durch die Rechtskenntnisse, Gerichtserfahrung und Routine der Richter meistern zu lassen. Ich muss daher gestehen, dass ich den Grund seiner Einführung weniger in seinem eigenen Werte, als in der Hoffnung jener Anhänger erblicke, gerade die Form des Schöffengerichtes werde zur allmählichen Eliminierung jeder Laienbeteiligung und damit zum Triumph des Berufsrichtertums führen. Völlig ehrlich erscheint mir daher

nur Binding, wenn er sagt, er hoffe, dass sich die Richter im Schöffengericht das allgemeine Vertrauen wieder erkämpfen werden, das ihre Vorgänger, die Inquisitionsrichter, eingebüsst haben, und wenn er dann fortfährt: „Ist dies gelungen, dann ist die alte Schuld gesühnt, dann wird der Schöffe von selbst dem Geschwornen nachfolgen und verschwinden.“ Das ist auch der Grund, dass ich immer wieder dagegen protestierte, dass man diese Art Volksgericht Schwurgericht nannte, denn sie soll ja gerade zum Mittel werden, die Schwurgerichte zu beseitigen.

Die ganze Struktur des Schöffengerichtes gibt seinen Befürwortern durchaus das Recht zu dieser Spekulation. Der ständige Richter, der es mit einer Mehrzahl von Laien ohne Akten- und Rechtskenntnis zu tun hat, wird sehr bald die Schöffen als lästigen Ballast betrachten, er wird sie danach behandeln und es wird ihm nicht schwer fallen, in ihnen selbst das Gefühl ihrer Überflüssigkeit zu erzeugen und sie dahin zu bringen, sich selbst die Frage zu stellen, weshalb sie eigentlich unter diesen Umständen Schöffendienst tun und Zeit und Geld dem Staate zum Opfer bringen sollen. So dürfte dann die Zeit kommen, da auch die Existenz des Schöffengerichtes bedroht sein wird und man hofft, die Strafrechtspflege wie früher ausschliesslich in die Hände des ständigen, wenn nicht gar rechtsgelehrten Richtertums zu bringen und damit allermindestens die nichtständigen Laien aus der Strafrechtspflege gänzlich auszumerzen.

Betrachte ich neben dieser auch vom juristischen Standpunkt ausserordentlich anfechtbaren Form des Schöffengerichtes die von England übernommene Form des Schwurgerichtes, stelle ich drei Momente fest, die mir als Vorzüge gegenüber dem Schöffengericht ausschlaggebend erscheinen:

1. Der Wille des Volkes tritt im Schwurgericht unmittelbar in Erscheinung ohne berufsrichterliche Bevormundung.

2. Die Laien besitzen nicht nur eigenes Entscheidungsrecht, sondern tragen auch eigene Verantwortung für ihren Teil der Urteilsaufgabe.
3. Es besteht ein organisches Zusammenwirken zwischen Berufsrichtern und Laien, aber dieses Zusammenwirken ist so geregelt, dass die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Laien durch den Berufsrichter nicht gefährdet wird.

Während die beiden ersten Punkte unbestritten sein dürften, wird der dritte Punkt von Binding in Frage gestellt, indem er es in seiner bekannten Abhandlung über „Die drei Grundfragen der Organisation der Strafgerichte“ (S.86) als eine Chimäre bezeichnet, wenn man glaube, man könne die beiden Urteilsaufgaben der Schuld- und Straffeststellung zwei verschiedenen Gerichtskörpern zur selbständigen Bewältigung übertragen, denn einmal werde der Spruch der Geschwornen auch durch den Gedanken an die Strafe beeinflusst und andererseits fehle dem Gerichtshof jeder Fingerzeig dafür, wie schwer die Tat von den Geschwornen gewertet wurde und welche Strafe dieser Wertung entspreche. Was nun den ersten Punkt anbetrifft, steht ausser Diskussion, dass der Richter die Schuldfrage ohne jede Rücksicht auf die der Tat drohende Strafe beantworten sollte und dass auch für den Geschwornen hierin keine Ausnahme besteht. Dagegen ist allerdings richtig, dass sich nicht nur der Geschworne, sondern auch — wenn auch nicht so häufig — der Berufsrichter durch Strafen, die im konkreten Fall als übersetzt erscheinen, beim Entscheid über die Schuldfrage beeinflussen lässt, wobei aber beim häufigsten Fall, den gesetzlich festgelegten Strafminima, dieser Einfluss zur Geltung kommen wird, gleichgültig, ob der betreffende Richter auch zum Strafmass etwas zu sagen hat, denn da er auch dieses nach Gesetz ausfällen muss, wäre ihm dort eine Korrektur nicht mehr möglich. Zum zweiten Punkt ist darauf hinzuweisen, dass Gerichtshof und Geschworne den Tatbestand in der gleichen Hauptverhand-

lung kennen gelernt haben, also nicht von verschiedenen-gearteten Tatbeständen ausgehen, dass es aber trotzdem möglich ist, dass der Gerichtshof über die Schwere der Tat sich ein anderes Urteil gebildet hat als die Geschwornenbank, und dass daher die von ihm ausgefallte Strafe möglicherweise der Auffassung der Geschwornen nicht entspricht. Das ist aber eine Möglichkeit, die sogar bei einem einheitlichen Richterkollegium vorkommen kann, indem auch hier die Mehrheit, die den Schuldspruch fällte, nicht der Mehrheit zu entsprechen braucht, welche die Strafe bestimmte, und beruht auf dem Gedanken, dass ebenso souverän wie die Geschwornen über die Schuld der Gerichtshof über die Strafe zu bestimmen hat. Der Gerichtshof ist an das Urteil der Geschwornen nur insoweit gebunden, als dieses ihm die Grenzen weist, innert welchen er nach seinem pflichtgemässen Ermessen die Strafe auszufällen hat. Ein Widerspruch zwischen Schuld- und Straffeststellung ist daher von vornherein schon deshalb ausgeschlossen, weil sich die letztere nur im Rahmen der erstern bewegen darf, und ein Widerspruch zwischen der Auffassung der Geschwornen und der des Gerichtshofes über die Strafhöhe ist ebenso irrelevant wie ein Gegensatz in der Schuldfrage, weil der Gerichtshof in der Straffestsetzung von den Geschwornen so unabhängig ist wie diese von ihm in der Schuldfestsetzung. Gewiss kommt es vor, dass die Geschwornen dem Gerichtshof hie und da in Form eines Wunsches auch die Strafe, vor allem die Zubilligung der bedingten Verurteilung, nahelegen wollen, aber dies darf nicht Bedingung ihres Schuldspruches sein und keine Bindung für den Gerichtshof enthalten. Wer aber nicht darüber hinwegkommt, dass die Geschwornen nicht auch zur Strafbestimmung ein Wort zu sagen haben, müsste gegenüber der überkommenen Form dem Genfer System der gemeinsamen Beratung über den Strafpunkt den Vorzug geben, über das noch zu sprechen sein wird. Aber auch wenn man dieser Auffassung wäre, müsste man zugeben, dass die Behauptung nicht zutrifft, die heutige

Form des Schwurgerichtes sei schon wegen der Unmöglichkeit, Schuld- und Straffrage voneinander zu trennen und von verschiedenen Richtern beantworten zu lassen, nicht aufrechtzuerhalten. Auch bei der Beratung einheitlicher Richterkollegien wird zuerst die Schuldfrage und hierauf die Straffrage behandelt und die gleiche Trennung müsste auch bei der Urteilsberatung des vorgeschlagenen Schöffengerichtes beobachtet werden.

IV. Die Bedeutung des Schwurgerichtes für die Strafrechtspflege im allgemeinen.

Es ist heute ein allgemein anerkannter Grundsatz, dass das Verbrechen auch dort, wo es sich zunächst unmittelbar gegen einen Einzelnen richtet, wie z. B. beim Mord Gemeinschaftsinteressen verletzt und dass daher nur der Volksgemeinschaft, dem Staate, ein Recht zur Strafe zusteht. Diese Auffassung hat schon früh in Ländern mit besonders ausgeprägter Demokratie und bei denen im einzelnen Bürger besonders stark die Idee der Gemeinschaft und der Verantwortung für sie zum Ausdruck gekommen war, nicht nur zum merkwürdigen Gebilde der Popularstrafklage geführt, mit welcher jeder Bürger als solcher den Verbrecher als Feind der Gemeinschaft in Anklagezustand versetzen konnte, sondern auch zum Volksgericht und in England zum Schwurgericht, in denen das Volk selbst oder seine Repräsentanten den Angriff auf die Volksgemeinschaft ahndeten, weil es sich hier um die Sache des ganzen Volkes und nicht nur um die Aufgabe eines bestimmten Standes handle.

Während daher Entscheide aus der Zivilrechtspflege nur selten über die unmittelbar beteiligten Kreise hinausdringen, wacht die öffentliche Meinung noch heute eifersüchtig über die Handhabung der Strafrechtspflege und es ist daher das Vertrauen des Volkes in diese nicht nur für sie, sondern für den Staat in seiner Allgemeinheit derart wertvoll, dass gerade in der Strafrechtspflege

Institutionen geschaffen werden müssen, die geeignet sind, der Strafrechtspflege dieses Vertrauen immer wieder zu verschaffen und zu bewahren. Was aber wäre hiezu geeigneter als eine möglichst starke Beteiligung des Volkes an der Strafrechtspflege, ohne dass diese ihrem Zwecke, der Verbrechensbekämpfung, entfremdet würde? Und da nun die eigentlichen Volksgerichte, wie sie in Athen, Rom und im Frühmittelalter noch möglich waren, für unsere Zeit nicht mehr in Frage kommen, hat sich als weitgehendste Form der Laienbeteiligung das Schwurgericht tatsächlich dieses Vertrauen errungen und ist lebendige Mittlerin zwischen Strafrechtspflege und Volksgemeinschaft geworden: Einmal wegen seiner Zusammensetzung, welche Volksgenossen aller Bevölkerungsklassen Gelegenheit gibt, an der Strafrechtspflege mitzuwirken und im Einzelfall festzustellen, ob sie gewissenhaft oder willkürlich ausgeübt wird, und dann vor allem wegen seines Grundgedankens und der Art, wie er verwirklicht wird.

Der Grundgedanke des Schwurgerichtes, wie ihn schon Justus Moeser erfasst hat und wie ihn Rüttimann aus England brachte, kann mit Rüttimann dahin formuliert werden: „Es ist in Strafsachen ein so starker Beweis für die Schuld erforderlich, dass zwölf redliche schlichte Männer (good and lawful men) durch diesen Beweis von der Schuld des Angeklagten überzeugt werden.“ Das hat zur wohltätigen Folge, dass nicht nur jeder Mitwirkende (z. B. auch der Zeuge oder der Sachverständige) gezwungen ist, sich gemeinverständlich und klar auszudrücken, sondern dass vor allem die Organe der Strafrechtspflege zu besonderer Gründlichkeit und Sorgfalt in der Erbringung des Schuldbeweises verpflichtet sind. Es gibt nichts Abwegigeres im Strafverfahren als die Idee, durch den Volksrichter werde der rechtsgelehrte Richter oder speziell im Strafverfahren der Kriminalist überflüssig, nirgends so wie vor Schwur-

gericht hat der Jurist, vor allem der Vorsitzende, aber auch der Staatsanwalt und der Verteidiger zu zeigen, dass sie ihr Handwerk verstehen und ihm mit Gewissenhaftigkeit obliegen. Dieser Zwang und die Unmittelbarkeit des Verfahrens führen dazu, dass eine Strafsache nirgends so gründlich behandelt wird und dass man ruhig die Behauptung wagen kann, dass vor keinem andern Gericht eine so vollkommene Beweisverhandlung stattfindet wie vor Schwurgericht. Obwohl auch vor Schöffengericht Laien ohne Aktenkenntnis zu Gericht sitzen, dürfte die Tatsache, dass die drei ständigen Richter die Akten kennen und dass ihnen die unmittelbare Beweisverhandlung sehr oft lediglich als zeitraubende Wiederholung erscheinen muss, die Beweisverhandlung selbst sehr oft in ungünstigem Sinne beeinflussen.

Wir können somit feststellen, dass das Vertrauen, welches das Volk dem Schwurgericht bereits wegen seiner Zusammensetzung und Organisation entgegenbringt, durchaus belohnt wird durch die Art der Beweisverhandlung und die Gewissenhaftigkeit, mit der alle Organe ihres Amtes walten. In diesem Vertrauen und in seiner Auswirkung auf die Organe der Strafrechtspflege und auf das Volk im weitern Sinne liegt die grosse Bedeutung des Schwurgerichtes. Denn mit Recht hat schon Sträuli gesagt, dass nicht dasjenige Gericht das beste sei, das am grünen Tisch als das vorzüglichste konstruiert wurde, sondern dasjenige, das vom Vertrauen des Volkes getragen werde. Dieses Vertrauen aber besitzt das Schwurgericht auch heute noch, und zwar um so stärker, je besser die Organe der Strafrechtspflege arbeiten, denn dieses Vertrauen rührt nicht nur her aus der Zusammensetzung und Tätigkeit des Schwurgerichtes, sondern auch daher, dass bei einer geordneten Strafrechtspflege die Geschwornen die Überzeugung mit sich nach Hause nehmen und in ihren Kreisen verbreiten, dass in ihrem Staatswesen die Strafrechtspflege mit Ernst und Gewissenhaftigkeit ausgeübt werde. Dieses Vertrauen ist aber nicht nur eine

wichtige moralische Kraft, es kommt bereits äusserlich in der Strafrechtspflege selbst dadurch zum Ausdruck, dass man den Wahrspruch der Geschwornen ohne Begründung entgegennimmt und dass man in einer Zeit und in Staaten, die sich sonst zivil- und strafrechtlich in mehrfachem Instanzenzug nicht genug tun können, es ausschliesslich beim Schwurgericht mit der einmaligen Beweiserbringung bewenden lässt, sehr zu Recht auf jede Appellationsmöglichkeit verzichtet und damit die Strafrechtspflege ausserordentlich entlastet.

In diesem Zusammenhang ist wohl noch ein Wort über die „Erfahrungen“ angebracht, die man im Lauf der Zeiten mit Schwur- oder Schöffengerichten gemacht hat oder gemacht haben will. Wenn wir uns vergegenwärtigen, dass nach Prof. Liepmann schon zu Beginn dieses Jahrhunderts jeder Berufsjurist, der für das Schwurgericht eintrat, als „Outsider“ und „unpraktischer Ideologe“ betrachtet wurde, während die Mehrzahl der Juristen insgeheim für ständige Gerichte und aus taktischen Gründen für Schöffengerichte waren, wird man den Aussprüchen, wie sie Dr. Graven zusammengestellt hat und die fast ausschliesslich von Juristen stammen, vor allem dann mit einem gewissen Misstrauen entgentreten müssen, wenn sie nicht aus eigener Erfahrung geschöpft sind. Man wird vor allem mit allgemeinen Urteilen nicht viel anfangen können und man wird auch bei Einzelfällen zumeist das „audiatur et altera pars“ vermissen. Interessant ist, dass selten oder nie behauptet wird, die Geschwornen hätten einen Tatbestand falsch interpretiert, sondern dass ihnen meistens Eigenmächtigkeit vorgeworfen wird, durch welche sie das Gesetz verletzt hätten. Dass dies meist nicht ohne plausiblen Grund geschah, zeigen u. a. sogar die Beispiele, die Dr. Oberli auf S. 34, Dr. Cavin auf S. 241 ihrer Arbeit erwähnen und die doch wohl besonders krasse Irrtümer darstellen sollen. So verstehe ich ohne weiteres, wenn die berner Geschwornen einen Mann freisprachen, der sich mit einer unters Bett gelegten

Dynamitpatrone ins Jenseits hatte befördern wollen, weil bei Bejahung der Schuldfrage ein Strafminimum von 10 Jahren Zuchthaus (wegen Sprengstoffvergehen) gedroht hätte; oder aber wenn sie einen offenkundig zu geringen Schadensbetrag annahmen, weil das bernische Recht ein bestimmtes Strafminimum — zweifellos rückständig — lediglich von diesem abhängig gemacht hatte; oder wenn tatsächlich in Zürich einmal eine Frau nur des Diebstahls von Fr. 300.— schuldig erklärt wurde, obwohl sie eine Note à Fr. 1000.— gestohlen hatte, aber nach Auffassung der Geschwornen glaubwürdig versicherte, sie habe nur Fr. 300.— stehlen wollen. Das sind keine Fälle, deretwegen man ein Gericht, das bei uns Wurzel gefasst hat, aufhebt, denn sie mögen zwar der Schuljurisprudenz fürchterlich erscheinen, sind aber zumeist in materiellem Sinne doch richtig. Man kann auch nicht Fälle, die sich in Paris oder Wien ereignet haben, ohne weiteres „dem“ Schwurgericht zur Last legen, und sogar in der Schweiz liegen die Verhältnisse so verschieden, dass ein Gericht, das so sehr Volksgericht ist, in den verschiedenen Kantonen möglicherweise ganz verschiedene Wirkungen zeitigen kann, ja dass es im gleichen Kanton unter Umständen zu verschiedenen Zeiten ganz verschieden funktioniert hat. So berichtet Dr. Graven (S. 19a), die Schaffhauser hätten das Schwurgericht nicht verwirklicht, weil bereits 1855 Zürich „une série de verdicts malheureux“ zu beklagen gehabt habe, während Sträuli um die Jahrhundertwende feststellt, dass sich das Schwurgericht in den 50 Jahren seines Bestehens im Kanton Zürich das Vertrauen des Volkes erworben habe und dass sich im Jahre 1900 die Praxis fast ausnahmslos zu seinen Gunsten ausspreche (Schw. Z. f. StR. XVI S. 352). Im übrigen wäre bei wirklichen und bedauerlichen Justizirrtümern, die den Schwurgerichten im Laufe der Zeiten ebensowenig wie den ständigen Gerichten erspart geblieben sein mögen, stets auch zu untersuchen, inwieweit daran nicht auch die mitwirkenden Juristen

beteiligt sind, denn gerade aus dem interessanten Büchlein von André Gide, „Souvenir de la Cour d'assises“ ist ersichtlich, wie sehr Fehler dieser Organe das Urteil zu beeinflussen vermögen.

Ebenso skeptisch wie den allgemeinen Anklagen gegen die Jury stehe ich den allgemeinen Lobpreisungen der Schöffengerichte gegenüber, die meist dahin lauten, die Schöffen seien in Rechtsfragen der Belehrung der rechtsgelehrten Richter durchaus zugänglich, gäben diesen gegenüber aber keineswegs ihre Unabhängigkeit preis. Ich selbst kann hier nicht von eigenen Erfahrungen sprechen und nur wiederholen, dass die ganze Struktur des Schöffengerichtes m. E. nur dann einen Sinn hat und ihren Zweck erfüllt, wenn die Schöffen sich in Rechts- und Tatfrage der Führung der rechtsgelehrten Richter unterziehen und damit sich selbst schliesslich überflüssig machen. Soweit ich selbst einigermaßen die Erfahrungen überprüfen konnte, die Deutschland nach der Emminger'schen Reform gemacht hat, vermochten sie nur meine Befürchtung zu bestätigen, dass die rechtsgelehrten Richter dort durchaus wieder die Führung übernommen hatten. Das zeigte sich rein äusserlich an der für die deutsche Strafrechtspflege damals typischen Steigerung der Meineidsklagen, worüber im Buche Slings, Richter und Gerichtete (Berlin 1929) auf S. 297 ff. das Nähere nachgelesen werden kann, und weiterhin vielleicht auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft, die nie dogmatischer und scholastischer war als in der Zeit von 1924—1933. Auch Prof. v. Hentig, der den Verhältnissen näher stand, schrieb damals in der Schw. Z. f. StR. Bd. 40, S. 203: „Es hat sich herausgestellt, dass neben der zahlenmässigen Mehrheit der sog. Geschwornen ein psychologisches Mehrheitsverhältnis besteht und die „Geschwornen“ in der Mehrzahl der Fälle während der Beratung und Abstimmung dem Richtereinfluss unterliegen. Besonders scheint die gemeinsame Beratung nicht zu einer Durchsetzung des Standpunktes der Volksrichter, sondern zu einer Er-

weichung der Geschwornen zu führen, die sich während der Beratung überzeugen lassen und festgeformt in die strafprozessual besonders gesicherte Abstimmung hineingehen. Diese Erfahrung haben zur Folge gehabt, dass eine starke Bewegung in Deutschland die Abschaffung des falschen und die Wiedereinführung des echten Schwurgerichtes, des französ. Typs, verlangt.“ (1927.)

V. Ist das Schwurgericht reformbedürftig?

Gerade der Jurist, der mit mir im Beizug des Laienelementes eine wertvolle Unterstützung der Strafrechtspflege erblickt und überdies die Existenzberechtigung des Schwurgerichtes bejaht, muss bestrebt sein, das ganze Verfahren mit derartigen Garantien gegen Fehlurteile auszustatten, dass wir uns des Vorteils der Laienbeteiligung erfreuen können, ohne dafür eine Menge Justizirrtümer oder gar ein Erlahmen in der Verbrechensbekämpfung in Kauf nehmen zu müssen. Diese Garantien können in Verbesserungen des Schwurgerichtsverfahrens, sie können aber auch in Verbesserungen der allgemeinen Strafrechtspflege bestehen.

Was zunächst die Verbesserungen des Schwurgerichtsverfahrens selbst angeht, muss ich gestehen, dass ich den meisten Vorschlägen skeptisch gegenüberstehe und dass es wenigstens für meine Person nicht zutrifft, wenn Liepmann behauptet, es gebe keinen Anhänger des Schwurgerichtes, der dieses nicht für reformbedürftig erachte. Ich sage zwar nicht: *Sit ut est aut non sit!*, aber ich habe bereits die heutige Form als zweckmässiges Strafgericht kennen gelernt und habe bei den meisten Reformvorschlägen das Gefühl, dass die bisherige Form des englischen Schwurgerichtes ihnen durchaus überlegen ist. Als solche Reformen kämen für mich evtl. in Betracht:

1. Bessere Bestellung der Geschwornen und Einschränkung des Ablehnungsrechtes. Es ist klar, dass die beste Institution versagen muss, wenn

Personen in ihr tätig sind, die ihrer Aufgabe nicht genügen können. Da die heutige Bestellung durch die politischen Parteien sehr zu wünschen übrig lässt, wäre etwa nach dem Vorbild Neuenburgs zu prüfen, wie am zweckmässigsten erreicht werden könnte, dass zu Geschwornen zwar Leute aller Klassen gewählt werden, aber doch nur solche, die nach Intelligenz und Charakter ihrer Aufgabe gewachsen sind. Ist dies der Fall, kann das peremptorische Ablehnungsrecht sehr wohl eingeschränkt werden, ohne dass ich allerdings für völlige Aufhebung wäre, denn es erhöht das Vertrauen des Angeklagten in seine Richter, wenn er auch Richter ablehnen kann, gegenüber denen er zwar keinen gesetzlichen Ablehnungsgrund besitzt, denen er aber sonstwie aus irgend einem Grunde misstraut.

2. Es dürfte bei der gegenwärtigen Belastung unserer Gerichte weiter richtig sein, dass dem Schwurgericht vor allem die schweren Verbrechen überwiesen werden, nicht aber solche, deren Behandlung sich weder für das Schwurgericht noch für das mit ihm notwendig verbundene Verhandlungsprinzip der Unmittelbarkeit eignet. So bin ich durchaus damit einverstanden, dass geringfügigere Delikte dem Einzelrichter oder Bezirksgericht zuzuweisen sind, dass Kinder und Jugendliche als Täter nicht vor Schwurgericht kommen und dass Sittlichkeitsdelikte gegen Kinder ebenfalls dem Schwurgericht entzogen werden. Desgleichen eignen sich Konkurs- und sog. Buchhaltungsdelikte nicht für die Behandlung im unmittelbaren Verfahren, während umgekehrt bei schweren Verkehrsunfällen die schwurgerichtliche oder bezirksgerichtliche Beurteilung — wenigstens bei uns im Kanton Zürich — vielfach vorzuziehen wäre. Ob dies auch für politische und Pressvergehen gilt, wage ich persönlich zu bezweifeln, denn wenn auch die Unabhängigkeit des Geschwornen, wie ich früher ausführte, grösser als die des ständigen Rich-

ters ist, sind doch auch die Geschwornen nicht immun gegen den Einfluss der öffentlichen Meinung, so dass hier höchstens zu sagen wäre, sie seien es nicht mehr als die ständigen Richter und es bestehe bei ihnen eher Gewähr, dass auf der Geschwornenbank alle Parteien vertreten seien.

3. Gemeinsame Beratung des Schwurgerichtshofes mit der Geschworenenbank über die Straffrage: Ich habe von dieser Möglichkeit bereits gesprochen und halte dafür, dass sie zwar nicht absolut notwendig, aber auch nicht von Bösem wäre und dass die Erfahrungen, die man nach Picot (Schw. Z. f. StR. VI S. 62 ff) wenigstens früher damit in Genf gemacht hat, allermindestens der Einführung dieser Neuerung nicht entgegenstehen. Aber sie darf natürlich niemals dazu führen, dass der Vorsitzende der Beratung vorgängig, unter dem Vorwande, die notwendigen Anhaltspunkte für die Strafe zu gewinnen, die Geschwornen über die Motivierung ihres Schuldspruches examiniert, wie dies vereinzelt vorgeschlagen wurde.

Das sind meines Erachtens die drei Punkte, auf welche sich eine Reform beschränken sollte, denn sowohl mit Kreuzverhör wie mit Fragestellung, Rechtsbelehrung und Résumé haben wir in Zürich bis heute keine schlechten Erfahrungen gemacht und es liesse sich höchstens erwägen, ob Fragen der Geschwornen während der Urteilsberatung wie bisher vom Vorsitzenden in öffentlicher Gerichtssitzung oder im Beratungszimmer der Geschwornen beantwortet werden sollten. Ich bin persönlich für den bisherigen Rechtszustand und könnte mich mit einer Beantwortung im Beratungszimmer nur einverstanden erklären, wenn der Vorsitzende dabei von den Parteivertretern begleitet würde, wie dies in Frankreich der Fall ist.

Die Frage des qualifizierten Obmannes endlich ist im Kanton Zürich stark diskutiert, schliesslich aber abgelehnt worden. Wie ich glaube mit Recht, denn

sie gehört zu den unsympathischen Massnahmen der Bevormundung der Geschwornen und würde diese überdies des Rechtes berauben, sich selbst ihren Obmann zu wählen. Überhaupt muss ich bei diesen und andern Reformvorschlägen unwillkürlich der Worte Prof. v. Hentigs gedenken: „Das alte Geschwornengericht hatte manche Fehler. Seiner Vorzüge, seiner tiefen rechtspolitischen Wirksamkeit werden wir erst bewusst, wenn neue Bildungen mit neuen Fehlern seinen Platz eingenommen haben“ (1. c. S. 204).

Wichtiger als Verbesserungen im Schwurgerichtsverfahren dürften aber Verbesserungen der allgemeinen Strafrechtspflege sein, von denen ich hier nur summarisch nennen will: Beschleunigung und Vereinfachung der Voruntersuchung, bessere Ausbildung aller Organe der Strafrechtspflege, Notwendigkeit der Verteidigung in allen wichtigen Strafsachen, Ausschaltung des Geschädigten aus dem eigentlichen Strafverfahren, Vereinfachung der Anklageschrift, zweckmässiger Ausgestaltung der Anklagezulassung, besondere Sorgfalt in der Auswahl des Schwurgerichtsvorsitzenden und peinlich genaue Beobachtung der Prinzipien des modernen Anklageprozesses in der Hauptverhandlung. Diese Aufzählung, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, mag lediglich meine Auffassung erhärten, dass die Bejahung des Schwurgerichtes durchaus nicht bedeuten will, dass für die Strafrechtspflege Laien genügen, sondern umgekehrt, dass diese Volksgerichtsbarkeit nur dann die erhofften Früchte tragen wird, wenn alle geschulten Organe der Strafrechtspflege ihrer Aufgabe gewachsen sind und gewissenhaft ihre Pflicht tun, und wenn das Verfahren selbst so gestaltet ist, dass es eine möglichst unmittelbare Beweiserbringung gewährleistet. Denn das Schwurgericht ist, wie schon seine Herkunft bezeugt, nicht Ausdruck einer primitiven, sondern Ausdruck einer hochentwickelten Rechtskultur.
