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: 65 (1946)

Artikel: Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht

Autor: Comtesse, Frédéric-Henri

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896051

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: 25.03.2026

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

Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht.

Referat von
Dr. Frédéric-Henri Comtesse,
Privatdozent an der Universität Zürich.

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite

Einleitung: die Abgrenzung der Aufgabe 62a

§ 1. Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht als Beziehung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht 62a

§ 2. Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht als Beziehung zwischen materiellem und prozessualem Recht 63a

§ 3. Bundesstrafrecht und StGB 66a

Inwiefern gewährleistet heute das kantonale Strafprozeßrecht die Verwirklichung des Bundesstrafrechts? 67a

§ 4. Legalität oder Opportunität? 68a

§ 5. Ne bis in idem 76a

§ 6. Materielle oder formelle Wahrheit? 90a

§ 7. Die Abklärung des objektiven und subjektiven Sachverhaltes und das kantonale Strafprozeßrecht . . . 110a

§ 8. Die Trichotomie des materiellen Bundesstrafrechts und das kantonale Strafprozeßrecht 128a

§ 9. Nachlese: Das Verfahren beim Widerruf des bedingten Strafvollzuges und bei der Löschung von Strafregistereinträgen, bei der bedingten Entlassung, beim Aufschub des Entscheides und bei der Rehabilitation . . 137a

---

Einleitung:
Die Abgrenzung der Aufgabe.

§ 1. Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht als Beziehung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht.

In dieser Hinsicht wirft das Verhältnis der beiden Rechtskreise heute kaum brennende Fragen auf. Wir leben nicht unter dem Rechtssatz «Landesrecht bricht Reichsrecht», sondern unter dem entgegengesetzten «Bundesrecht bricht kantonales Recht». Hätte der Bundesstaat nicht die Möglichkeit, dem kantonalen Recht derogierendes Bundesrecht zu setzen, so fehlte ihm die Staatlichkeit. In der Kompetenz, Bundesrecht zu setzen, ist auch die weitere enthalten, auf bundesrechtliche Regelung zu verzichten (Art. 335 StGB) oder diese fakultativ zu erklären (ZGB Art. 472; StGB Art. 306 insofern, als die Kantone in der Gestaltung der Parteibefragung im Zivilprozeß frei sind und somit praktisch den Art. 306 für ihr Verfahren anwendbar erklären können oder nicht, Zürcher ZPO § 182).

Die Zuständigkeit des Bundes zum Erlaß des StGB ergibt sich bekanntlich aus BV Art. 64 bis. Über diese Kompetenznorm hinausgehen und beispielsweise in das Gebiet des «wie bis anhin» kantonal gebliebenen Strafprozeßrechts übergreifen soll der Bundesgesetzgeber also nicht. Tut er es trotzdem, so bleibt seine Norm dessenungeachtet unanfechtbar: BV Art. 113. Der Bundesgesetzgeber grenzt also selber seine Kompetenz ab; insofern kann man von dessen Kompetenz-Kompetenz sprechen, so Schurter und Fritzsche, Das Zivilprozeßrecht des Bundes, Zürich 1924, S. 424, und Egger, Personenrecht, Zürich 1930, S. 102.

Für das Nachfolgende genügt die Feststellung des Grundsatzes, daß das formelle Bundesstrafgesetz dem kantonalen Strafprozeßrecht vorgeht; für Einzelheiten sei auf die herrschende Lehre (und die Rechtsprechung) verwiesen: W. Burckhardt, Eidgenössisches Recht

bricht kantonales Recht, in der Festgabe für F. Fleiner, 1927, S. 59; derselbe in seinem Kommentar zur BV S. 822; Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 421; jeweils mit weiterer Dokumentation.

Eine Frage mag schon hier angedeutet werden: drängt sich aus dieser Vormachtstellung des Bundesrechtes heraus die Gleichstellung des Strafprozeßrechtes durch Vereinheitlichung und Hebung auf die Stufe des Bundesrechtes auf? Das ist nicht der Fall. Die Vormachtstellung des Bundesrechtes ist hier mit Sinn und Aufgabe der beiden Satzungen sehr gut vereinbar; ist doch der Strafprozeß die Dienerin des materiellen Rechtes — bestimmt, jenes zu verwirklichen; die unerläßliche Anpassung wird durch die Tatsache, daß die Satzung, die im Kollisionsfalle weichen muß, vorausbestimmt ist, wesentlich erleichtert. — Ob andere Gründe die Vereinheitlichung fordern, soll vorläufig noch offenbleiben.

§ 2. Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht als Beziehung zwischen materiellem und prozessualem Strafrecht.

Die grundsätzliche Grenzziehung zwischen diesen beiden Rechtsgebieten ruft heute auch keinen nennenswerten Schwierigkeiten. Mitunter stellt sich lediglich beim einen oder anderen Institut die Frage, welchem der beiden Gebiete es zuzuteilen sei; vgl. etwa den Strafantrag, BGE 69 (1943) IV S. 69, sowie den Straf- und Maßnahmenvollzug, der mit je einem Teil dem materiellen Strafrecht, dem Strafprozeßrecht und dem Verwaltungsrecht angehört.

Eine Überprüfung des Verhältnisses der eidgenössischen organisatorischen und Verfahrensvorschriften zum kantonalen Strafprozeßrecht läge außerhalb der heute gestellten Aufgabe; etwa Fragen wie: Strafantrag und kantonaler Strafprozeß, Vereinbarkeit des Strafbefehls mit dem Gebot der richterlichen Beurteilung von Verbrechen und Vergehen (StGB Art. 345), eidg. Kassationsbeschwerde und kant.

Strafprozeß, ebenso die Beziehungen zwischen dem materiellen Strafrecht des Bundes und dem der Kantone (StGB Art. 335) sollen also nicht erörtert werden. Eine Überprüfung des Verhältnisses zwischen dem StGB und den kant. Strafprozessen mag heute deshalb angezeigt sein, weil wohl in jedem Kanton nach dem bald fünfjährigen Zusammenleben zwischen StGB und kant. Strafprozeß die Überlegung angestellt werden darf, ob das kant. Einführungsgesetz zum StGB (EG StGB) und der kant. Strafprozeß genügen. Im folgenden soll denn auch weniger ein idealer schweizerischer Strafprozeß aufgestellt, sondern es soll vielmehr den praktischen sich täglich stellenden Fragen nachgegangen werden. Befinden wir uns doch noch immer (auch abgesehen von dem noch schwer darniederliegenden Strafvollzug des StGB) im Zustand der Einführung des neuen Rechtes.

Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kant. Strafprozeßrecht kann von zwei Seiten betrachtet werden:

a) Inwiefern gewährleistet heute das kantonale Strafprozeßrecht die Verwirklichung des Bundesstrafrechts?

In BGE 69 (1943) IV S. 158 sagt unsere eidg. Kassationsinstanz: «Es ist ein feststehender Grundsatz, daß das kantonale Verfahrensrecht der vollen Auswirkung des materiellen Bundesrechts nicht hindernd im Wege stehen soll.» Das ist nicht viel verlangt; das kantonale Verfahrensrecht soll aber nicht nur nicht hindern, sonst wird es kassiert; es soll das materielle Recht vielmehr fördern, gewährleisten, zu dessen voller Entfaltung aktiv beitragen!

Montesquieu führt in seinem Esprit des lois (im 6. Buch in Kapitel XII) unter dem Titel «De la puissance des peines» aus: « Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines.» Diese Erkenntnis unterstreicht auch heute noch die Bedeutung des Strafprozesses: wichtiger ist, daß der Täter überhaupt gefaßt

und bestraft wird, als Einzelheiten der Subsumtion und der Strafe.

Um einen Widerspruch zwischen dem kantonalen Verfahrensrecht und dem Bundesstrafrecht zu rügen, steht die Kassationsbeschwerde im Vordergrund, BStrP Art. 268 und ff. Damit aber, daß das kantonale Strafprozeßrecht die Kassation vermeidet, ist seine Aufgabe noch nicht sinnvoll erfüllt — so wenig etwa wie die eines Offiziers, der mit seiner Truppe immer gerade nur so viel leistet, daß man ihn nicht wegen Ungehorsams oder Nichtbefolgung von Dienstvorschriften bestrafen kann.

So wird im folgenden nicht nur darnach gefragt, was das Bundesstrafrecht dem kantonalen Prozeßrecht zwingend gebietet, sondern auch darnach, wodurch das kantonale Verfahrensrecht aus freien Stücken, gewissermaßen aus eigener Initiative, im großen Gesamtplan der Verbrecherbekämpfung zur sinnvollen Verwirklichung des neuen Strafrechts beitragen kann.

b) Inwiefern gewährleistet heute das Bundesstrafrecht die ungestörte Abwicklung des kantonalen Strafprozesses?

Das Strafrecht schützt Rechtsgüter, wovon eines die «Rechtspflege» ist, also auch das kantonale Verfahren erfaßt. Die Strafbestimmungen finden sich in erster Linie im 17. Titel unseres StGB; dieser wird aber im Hinblick auf den ungestörten Ablauf von Strafprozessen ergänzt durch den 15. Titel (strafbare Handlungen gegen die öffentliche Gewalt) und den 18. Titel (strafbare Handlungen, gegen die Amts- und Berufspflicht). Die Auslegung dieser Tatbestände hat schon mit Macht eingesetzt; in wissenschaftlicher Hinsicht sei auf das Lehrbuch von Hafter und den Kommentar Thormann/von Overbeck verwiesen; ein Ergebnis der praktischen Auslegung durch unseren obersten Gerichtshof, das besonders gut das Ineinanderspielen und die gegenseitige Ergänzung von materiellem Bundes- und kantonalem Prozeßrecht zeigt, mag besonders hervorgehoben werden: wie falsches Zeugnis bestraft wird,

bestimmt das StGB, was falsches Zeugnis sei, ergibt sich aus dem kantonalen Prozeßrecht[1]). – Die vom Bundesstrafrecht übernommene Aufgabe, das Strafverfahren der Kantone zu gewährleisten, ist das Korrelat der kantonalen Aufgabe, das Verfahren durchzuführen. Kommt der Bundesgesetzgeber seinerseits dieser Aufgabe nur ungenügend nach, so haben es die Kantone in der Hand, den Strafschutz ihres Verfahrens im Rahmen des Art. 335 StGB auszubauen. Zu dieser Frage liegen schon die grundlegenden Untersuchungen von Hafter und Panchaud für den schweiz. Juristentag von 1939 vor sowie die Arbeiten von Cornu Charles (Du Partage de la Législation entre la Confédération et les Cantons en matière de droit pénal, Genève 1943) und Python Louis (La répression des infractions aux lois cantonales et le Code pénal suisse, Journal des Tribunaux 93 (1945) IV S. 130), zudem eine neuere Zürcher Dissertation (Schreiber, Hans, Das materielle Strafrecht der kantonalen Einführungsgesetze zum schweiz. StGB, Zürich 1946). Dies läßt es angezeigt erscheinen, lediglich der unter a) gestellten Frage weiter nachzugehen.

§ 3. Bundesstrafrecht und StGB.

Die modernen Grundlagen des Bundesstrafrechts sind heute die des StGB. Die Nebenstrafgesetzgebung des Bundes ist im Zusammenhang mit dem kantonalen Verfahren nicht von selbständigem Interesse: das Militärstrafrecht — sofern man es überhaupt zur Nebenstrafgesetzgebung zählen will — besitzt sein eigenes Verfahren; ebenso das eidg. Fiskalstrafrecht (BStrP Art. 279 und ff.) und das Kriegswirtschaftsstrafrecht; im übrigen gleicht sich das Nebenstrafrecht immer mehr dem Recht des StGB an, was mit 2 Beispielen dargetan werden mag:

Noch im Jahre 1925 (BGE 51 I S. 61) stellte das Bundesgericht fest: «Wer die Ordnung der Fabrikgesetzgebung

---

[1]) BGE 69 (1943) IV S. 211.

verletzt, ist straffällig ohne Rücksicht auf sein subjektives Verschulden; es handelt sich dabei um ein Formaldelikt.» Nach einem Zustand der Unsicherheit (vgl. etwa BGE 56 (1930) I S. 559) gilt heute auch in der Nebenstrafgesetzgebung der Satz: «nullum crimen sine culpa», StGB Art. 333. — Ähnlich ging es mit der Anerkennung des Grundsatzes: universitas delinquere non potest[2]). Die ältere Nebenstrafgesetzgebung zog auch die juristische Person zur strafrechtlichen Verantwortung[3]); die Praxis des Bundesgerichtes folgte ihr hierin noch im Jahre 1919 selbst in Anwendung jener Gesetze, die diese Verantwortlichkeit nicht ausdrücklich enthielten[4]); heute gilt nicht nur im StGB (Art. 172 und 326), sondern auch in der Nebengesetzgebung lediglich die natürliche Person als schuld- und deliktsfähig (ausdrücklich Bankengesetz von 1934, Art. 49).

In diesem Umfang mag, sofern im folgenden nur noch vom StGB die Rede ist — pars pro toto —, auch die Nebenstrafgesetzgebung des Bundes, also das Bundesstrafrecht, darunter verstanden werden.

Inwiefern gewährleistet heute das kantonale Strafprozeßrecht die Verwirklichung des Bundesstrafrechts?

Selbst wenn man mit dem Bundesgericht[5]) die Schranken des kantonalen Strafprozeßrechts nur darin sieht, daß es die volle Auswirkung des materiellen Bundesstrafrechts nicht hindern, aber noch viel mehr, wenn man vom Prozeßrecht weiter verlangt, daß es die Verwirklichung des materiellen Rechts in seinem Bereiche aktiv fördern solle, stellt sich vorerst eine Frage:

---

[2]) Vgl. dazu auch Germann, Textausgabe, S. 8.

[3]) Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1872, Art. 34; Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen von 1893, Art. 65.

[4]) BGE 41 (1915) I S. 538; BGE 45 (1919) I S. 334.

[5]) BGE 69 (1943) IV S. 158.

Bedeutet für den kantonalen Strafprozeß jeder staatliche Strafanspruch, der in dessen Bereiche entstanden ist, auch Strafpflicht? Ist jeder Strafanspruch durchzufechten und zu verwirklichen? Oder darf das Verfahren, ohne den Strafanspruch als solchen in Frage zu stellen, in gewissen Fällen auf die Strafverfolgung verzichten?

Diese Fragen stellen sich bei der Antithese: Legalität oder Opportunität — und im Zusammenhang mit dem Satz: ne bis in idem.

Es sind dies Fragen, die schon oft, aber nicht immer im selben Sinn beantwortet wurden; Fragen, die sich jeder Epoche neu stellen, da sie nie allgemein und endgültig, sondern immer nur für die betreffende Zeit beantwortet werden können. So mag versucht werden, sie für uns, für heute und morgen, zu beantworten.

§ 4. Legalität oder Opportunität?

I. Auszugehen ist auch hier vom Zweck des Strafprozesses, der darin besteht, festzustellen, ob in einem bestimmten Falle ein staatlicher Strafanspruch entstanden sei, und wenn ja, dann welcher. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip unterscheiden sich nun insofern, als unter dem ersten die Strafverfolgungsbehörden gesetzlich verpflichtet sind, bei jeder Gesetzesverletzung den staatlichen Strafanspruch geltend zu machen; das zweite Prinzip stellt diese Geltendmachung in das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden. Man kann auch bei der richterlichen Tätigkeit die Befolgung dieser beiden Grundsätze unterscheiden; da die kantonalen Rechte aber keine Hinweise auf Opportunität bei der richterlichen Tätigkeit enthalten, wird im folgenden auf sie nicht eingetreten.

Das Opportunitätsprinzip geht demnach nicht so weit, in gewissen Fällen den staatlichen Strafanspruch geradezu aufzuheben; aber es verzichtet u. U. auf die Durchsetzung. Welches von diesen beiden Prinzipien das zweckmäßigere sei, darüber sind die Auffassungen sehr geteilt. Normalerweise ist das Problem ein reines Zweckmäßigkeitsproblem.

II. Im Bundesstaat stellt sich indessen — was bis jetzt im Zusammenhang mit der Opportunität übersehen wurde [6]) — zeitlich und logisch vor der Frage, welches der beiden Systeme zweckmäßiger sei, die andere: wem, ob dem Glied- oder dem Bundesstaat, der Strafanspruch zustehe; und wenn er dem Bundesstaat zusteht, ob dann der Gliedstaat von der Durchsetzung des Strafanspruches überhaupt absehen dürfe. Würde nicht durch die Freigabe der Wahl zwischen den beiden Grundsätzen die erstrebte Rechtsvereinheitlichung ernstlich gefährdet?

Rein begrifflich wäre es denkbar, daß auch heute noch in jedem Einzelfall der materielle Strafanspruch dem Kanton zusteht und daß der Bundesstaat durch sein Gesetz nur die Voraussetzungen näher festlegt, unter denen der kantonale Strafanspruch entsteht. Ich glaube aber nicht, daß sich das StGB diese Selbstbeschränkung auferlegt; sie wäre auch praktisch kaum durchführbar.

Daß bei Hoch- und Landesverrat gegen die Eidgenossenschaft, bei strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt des Bundes, bei einer Störung der Beziehungen zum Ausland, kurz bei allen Straftatbeständen, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen, der Strafanspruch nur dem Bunde zustehen kann, liegt auf der Hand. Soll aber, wer im Winter im Kanton Uri die Gotthardlinie unterbricht und damit den ganzen Gotthardverkehr lahmlegt, wer sich in verbrecherischer Absicht am Staudamm des Sihlsees zu schaffen macht und dadurch außer Teilen des Kantons Schwyz Teile des Kantons Zürich schwer gefährdet, wer durch umfangreiche Fälschungen von Schweizerbesitzerklärungen den Kredit des ganzen Landes im Ausland schwer schädigt, oder schließlich wer überhaupt durch die Abscheulichkeit einer Straftat nicht nur die Bevölkerung des zufälligen Begehungskantons, sondern des ganzen Landes in Wallung bringt — sollen alle diese Täter und

[6]) Vgl. etwa: Neuenburg, Grand Conseil, Bulletin concernant le code de procédure pénale neuchâtelois, Bd. 110 (zitiert Clerc, Rapport), S. 19 und ff.; SJZ 41 (1945) S. 365.

mancher andere nur einen Strafanspruch des betreffenden Kantons allein hervorrufen? Oder hat der Zusammenschluß der Gliedstaaten zu einem einheitlichen Strafrecht nicht vielmehr die Bedeutung, den Strafanspruch in allen gemeinsam geregelten Fällen der legiferierenden Gemeinschaft zu übertragen? Mir scheint, die Frage stellen, heißt sie beantworten. Daß die kantonale Gerichtsbarkeit (StGB Art. 343 sowie 345 und ff.) nicht Ausfluß der kantonalen Strafhoheit sei, ergibt sich auch aus der souveränen Art, in welcher der Bund über die kantonale Gerichtsbarkeit verfügt; vgl. StGB Art. 345 und ff. sowie BStrP Art. 262.

Diese allgemeinen Überlegungen sind an einigen besonderen fortzuführen und zu erhärten.

III. Es gibt Möglichkeiten, da der Strafanspruch als solcher untergeht: Begnadigung, Amnestie, Abolition, Rehabilitation und Verjährung. Wenn diese an sich weiter gehenden Möglichkeiten und damit das Verfügungsrecht über die Strafe in die Hand der Kantone gelegt wären, dürfte dasselbe auch vom weniger weit gehenden Opportunitätsprinzip angenommen werden.

Die Rehabilitation und die Verjährung sind im StGB abschließend geordnet, so daß die kantonalen Organe den Willen des Bundesgesetzgebers vollziehen, aber keinen eigenen Willen im Sinne einer freien Verfügung bilden können.

Begnadigung, Amnestie und Abolition[7]) sind Eingriffe von außen in den Strafprozeß und den Strafvollzug, beruhend auf außerstrafrechtlichen Überlegungen. Die Kompetenz zur Begnadigung usw. ist eine Befugnis zur «Durchbrechung der Rechtsordnung»[8]), die «Begnadigung ist ein hoheitlicher Akt, der sich in bewußten Gegensatz zum

---

[7]) Über die Abgrenzung und Umschreibung der 3 Begriffe und zur Praxis während des 1. Weltkrieges vgl. Hafter, Festgabe für E. Zürcher, Bern 1920, S. 20.

[8]) Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 332.

Gesetz stellt»[9]). Der staatliche Verband, der in dieser Weise eingreift, verfügt auch über den Strafanspruch, weshalb die Ausübung eines solchen Rechtes nur in der Hand des Strafberechtigten liegen kann. Die Begnadigungshoheit liegt also bei den Straftatbeständen des StGB vorerst beim Bund[10]). Aus Zweckmäßigkeitsgründen hat der Bund in StGB Art. 394 den größeren Teil seines Begnadigungsrechtes den Kantonen delegiert. Man muß sich aber dessen bewußt sein, daß Art. 394 nicht eine bestehende Ordnung bestätigt, sondern durchbricht. In Strafsachen eidgenössischen Rechtes können deshalb heute die Kantone eine Amnestie oder Abolition nur noch in dem Umfange aussprechen, als ihnen durch StGB Art. 394 die Kompetenz hierzu erteilt worden ist, was zum Teil für eine Amnestie, für eine Abolition aber kaum der Fall sein wird.

Soweit also etwa in kantonalen Verfassungen[11]) oder Strafprozeßordnungen[12]) von Amnestie die Rede ist, kann sie sich, sofern sie über den Rahmen der Delegation im StGB hinausgeht, nur auf kantonales Strafrecht[13]) erstrecken. Denn es steht den Kantonen nicht zu, «auf dem Gebiete des eidg. Strafrechts ihre Grundsätze über Strafumwandlung oder Einstellung und Niederschlagung des Verfahrens anzuwenden»[14]).

IV. Können demnach die Kantone nicht aus eigener Machtbefugnis (weder auf Grund ihrer Verfassungen noch ihrer Strafprozeßordnungen) einen aus dem StGB erwachsenen Strafanspruch aufheben, so fragt es sich weiter,

---

[9]) SJZ 16 (1919/20) S. 144.

[10]) Übereinstimmend mit weiterer Dokumentation Hafter, AT S. 401; Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 440; Burckhardt, Kommentar BV, S. 680.

[11]) Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 332.

[12]) Zum Beispiel Neuenburg Art. 23.

[13]) StGB Art. 335. — Immerhin dürfen die Kantone im Rahmen des Art. 366 Abs. 2 Lit. a StGB die Entstehung eines Strafanspruches verhindern.

[14]) Burckhardt, Kommentar BV, S. 680, Anm. 5.

ob sie ohne ausdrückliche bundesrechtliche Ermächtigung einen entstandenen Strafanspruch wenigstens auf sich beruhen lassen, übersehen dürfen.

Jedenfalls dürfen sie die Strafverfolgung außer bei den Strafantragsdelikten nicht von einer ähnlichen Intervention einer Privatperson abhängig machen. Denn es braucht wohl nicht näher begründet zu werden, daß die Regelung des Strafantragsrechts im StGB abschließend gedacht ist und damit einer Ausdehnung durch kantonales Prozeßrecht entgegensteht. Somit steht auch fest, daß nur Antragsdelikte auf den Weg der primären Privatstrafklage oder gar des Zivilprozesses verwiesen werden dürfen[14a]).

Im übrigen ist zu sagen: aus denselben Gründen, die es den Kantonen untersagen, außerhalb der ihnen in StGB Art. 394 und 366 Abs. 2 überlassenen Zuständigkeit einen bundesrechtlichen Strafanspruch aufzuheben, bzw. im Entstehen zu verhindern, muß es ihnen auch verboten sein, auf die Geltendmachung eines Strafanspruches zu verzichten.

Würde man von Bundesrechts wegen die Opportunität der kantonalen Strafverfolgung zulassen, so würde dadurch die Befolgung eines eidgenössischen Gesetzes je nach der Gestaltung des kantonalen Strafprozeßrechts in das Belieben des kantonalen Gesetzgebers oder Strafverfolgungsorgans gestellt; mit andern Worten: die Befolgung des StGB wäre damit fakultativ erklärt — eine Konsequenz, die wohl niemand im Ernst zulassen wird. Das StGB wäre dann für die Kantone bzw. Organe, je nach deren Ermessen, nicht mehr verbindlich, in diesem Umfang aber auch für die Bürger des betreffenden Kantons eine lex imperfecta; die Rechtseinheit würde von der Tatsache zum Postulat.

Der grundlegende staatsrechtliche Unterschied gegenüber Frankreich, das bei der Bejahung des Opportunitätsprinzips zum Vorbild genommen wird, liegt eben darin,

[14a]) Anders etwa das deutsche Recht, wo sich Privatstrafklagedelikte finden, die nicht zugleich Antragsdelikte sind; dStGB § 241 und dStrPO § 374 Ziff. 4.

daß dort der Code d'instruction criminelle, der als Gesetz auf der gleichen Stufe stand wie der Code pénal, diesen zum Teil aufheben konnte; auch im Verhältnis zwischen kantonalem materiellem Recht und kantonalem Strafprozeß ist das möglich. Im Verhältnis des Bundesrechts zum kantonalen Recht ist es aber grundsätzlich ausgeschlossen, daß das kantonale Recht über die Geltung des Bundesrechtes verfügt. Aus diesem Grunde ist für die Überlegung, ob das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip zweckmäßiger sei, bei uns de lege lata gar kein Raum — eine Frage übrigens, die auch de lege ferenda etwa seit Mitte des 19. Jahrhunderts sehr umstritten ist[15]).

Die kantonalen Strafprozeßordnungen können die Einführung des Opportunitätsprinzips auch nicht mit einem Hinweis auf den Satz minima non curat praetor stützen. Denn was Minima sind, die der Praetor wegen ihrer Bedeutungslosigkeit oder aus anderen Gründen übersehen dürfe, hat das StGB selber gesagt[16]); und zwar führt das StGB in diesem selbst gezogenen Rahmen die Opportunität nur für den Richter, nicht auch für den Ankläger ein.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Kantone einen gemäß Bundesrecht entstandenen Strafanspruch (außer im Falle des Art. 366 Abs. 2 StGB) verfolgen müssen.

---

[15]) An sich treffliche Ausführungen über die Zweckmäßigkeit der Opportunität für Neuenburg durch Clerc im Rapport, S. 19 und ff. — Für die Legalität Cleric in SJZ 10 (1914) S. 385 und Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 180. — Zum französischen Recht vgl. etwa Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris 1943, S. 549. — In Deutschland wurde durch die berühmte Emminger-Verordnung von 1924 ein beschränktes Opportunitätsprinzip nicht mehr unter dem Gesichtspunkt, «wie die Strafrechtspflege am besten, sondern wie sie am billigsten und sparsamsten zu gestalten sei», eingeführt (von Hippel, Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941, S. 54). — Zur Opportunität im Bereich unseres militärischen Disziplinarrechts vgl. Comtesse, Kommentar zum MStG, Art. 180, Nr. 13.

[16]) Absehen von Strafe oder ähnliche Formulierung in den Art. 17, 20, 21, 23, 44, 45, 87, 88, 98, 177, 305, 308.

V. So haben denn — soviel ich sehe — alle Kantone außer Basel-Stadt, Neuenburg, Genf (Art. 173) und Waadt das Legalitätsprinzip in ihrem Prozeßrecht ausdrücklich oder dem Sinn gemäß verankert, zum Teil auch im Hinblick auf die Übertretungen[17]). Die baselstädtische Konzession (§ 5) an die Opportunität ist allerdings sehr klein; es handelt sich nur um Straftaten, die neben den in der Anklage bezeichneten nicht ins Gewicht fallen; außerdem ist dafür gesorgt, daß jede Anwendung des Opportunitätsprinzips in unabhängiger Weise überprüft werde. Zurückhaltend ist auch Neuenburg (Clerc, Rapport, S. 19). Am weitesten geht zweifelsohne Waadt (Art. 76), da dort, im Gegensatz auch zu Genf, gegen die Ordonnance de classement des Ministère public nicht einmal rekurriert werden kann.

Wie schon Clerc (loc. cit.) im Zusammenhang mit dem neuen Strafprozeßrecht Neuenburgs bemerkt, führt auch eine Abweisung einer Privatstrafklage wegen Rechtsmißbrauchs[18]) zum Opportunitätsprinzip. Strafantrag und Privatklage geben dem Geschädigten kein Recht, keinen Anspruch. Wer wäre der Verpflichtete? Der Staat? — Wozu wäre er verpflichtet? Zu strafen?

Die staatliche Straftätigkeit erfolgt ex officio; der Geschädigte kann eventuell gewisse Prozeßvoraussetzungen schaffen. Insofern er das tun oder lassen kann, könnte man an eine Ermächtigung denken. Ein Recht, einen Anspruch, dem ein Verpflichteter entspräche, hat er nicht. Man könnte bestenfalls von einem Ermächtigungsmißbrauch sprechen, einem neuen und vom Rechtsmißbrauch recht verschiedenen Begriff. Wer wäre vor dem Mißbrauch der Ermächtigung zu schützen? Der Staat? Er tut nur seine Pflicht! Der Beschuldigte? Nur wenn er Strafe verdient hat, wird er bestraft, sonst freigesprochen! Wann übrigens die Ehrverletzungen infolge von Gegenseitigkeit straflos

[17]) Zum Beispiel SG Art. 98; vgl. auch BS § 234 mit der unbedeutenden Einschränkung in § 226 [2].

[18]) SJZ 39 (1942/43) S. 365.

bleiben können, bestimmt Art. 177 StGB. Darüber hinausgehen, heißt über das Gesetz hinausgehen, und führt zur Opportunität.

VI. Seit dem Inkrafttreten des StGB müssen auch strafprozessuale Bestimmungen wie Zürich § 29 oder Solothurn § 108, wonach bei Strafprozessen von politischer Bedeutung die Strafverfolgungsbehörde dem Regierungsrat frühzeitig über getroffene Verfügungen berichten und weitere Maßnahmen beantragen solle, so einschränkend ausgelegt werden, daß das allgemeine Strafverfolgungsgebot des StGB nicht durchbrochen werde. Der Regierungsrat könnte also nicht aus politischen, das heißt Opportunitätsgründen, die Staatsanwaltschaft anweisen, gewisse Straftaten oder Täter nicht zu verfolgen; das mag — je nach dem kantonalen Recht — unter der Herrschaft des kantonalen materiellen Strafrechts anders gewesen sein. Einwandfrei ist die Leitung der Staatsanwaltschaft durch die Regierung in Basel-Stadt[19]) geregelt, wonach der Regierungsrat die Staatsanwaltschaft anweisen kann, eine Straftat nach Vorschrift des Gesetzes zu verfolgen, nicht aber anweisen kann, eine Verfolgung zu unterlassen.

Schlußfolgerungen:

1. Über Strafanspruch und Strafpflicht verfügt im Bundesrecht allein der Bund.
2. Die Strafverfolgung ist für die Kantone in dem Umfang eine Pflicht, als der Bund nicht selbst Ausnahmen gestattet.
3. Für ein kantonales Opportunitätsprinzip bei der Anwendung des StGB läßt der Bund praktisch keinen freien Raum.
4. Für das kantonale Strafverfahren stellt sich also im Hinblick auf das StGB die Zweckmäßigkeitsfrage nach dem Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip gar nicht.

---

[19]) GOG § 47.

§ 5. Ne bis in idem.

I. Zwei Dinge sind hier auseinanderzuhalten:

Wenn das Bundesgericht[20]) erklärt, die gerichtliche Feststellung der Gewerbsmäßigkeit könne bedeuten, daß in verfahrensrechtlicher Hinsicht die gefällte Strafe außer den bekannten auch allfällige nicht bekannte Teilhandlungen des Gewerbes als eines Kollektivdeliktes abgelte, ist damit gesagt, daß mit Verbüßung der ersten Strafe Strafanspruch und -pflicht des Staates untergegangen seien[21]). Diese Überlegung ist materiell-rechtlicher Natur. Die Richtigkeit der ersten Strafe wird unumstößlich[22]) vermutet; res iudicata pro veritate habetur; und über die Gerechtigkeit soll nicht hinausgegangen werden. Diese materiell-rechtlichen Fragen sind hier nicht näher zu untersuchen, denn sie liegen nicht im Bereiche des kantonalen Strafverfahrens. Sie stellen sich aber in aller Schärfe wieder im internationalen Strafrecht, zum Beispiel BGE 59 (1933) I S. 220.

Wenn ein Gericht[23]) aber einen Täter für eine innerhalb einer bestimmten Zeit begangene fortgesetzte Straftat zum Teil verurteilt, zum Teil mangels Beweises freigesprochen hat und dann eine auf Grund neuer Beweise eingereichte neue oder Zusatzanklage nicht zuläßt, so geschieht das nicht deshalb, weil die Strafe im vornherein auch die Sühne für das irrtümlicherweise straflos gelassene Verhalten enthält; vielleicht ist das Gegenteil der Fall, jedenfalls wird das gar nicht untersucht, sondern die Nichtzulassung erfolgt aus einem prozessualen Grunde: was einmal rechtskräftig beurteilt worden ist, soll nicht mehr

---

[20]) BGE 71 (1945) IV S. 85.

[21]) Diese Sühne des Ganzen auf Grund der Bestrafung eines Teiles möchte ich nicht vorbehaltlos anerkennen. Sie ist nur dann richtig, wenn der ersturteilende Richter bei Kenntnis des ganzen, erst nachträglich aufgedeckten Sachverhaltes nicht anders geurteilt hätte.

[22]) Abgesehen von einer Revision.

[23]) Zum Beispiel BlZüR 43 (1944) Nr. 33.

zum Gegenstand eines Strafverfahrens gemacht werden. Über das Abgelten ist damit nichts ausgesagt; die Frage einer neuen Sühne wird gar nicht behandelt. Nur im praktischen Ergebnis entspricht das Resultat einer materiellen Ablehnung des Begehrens des Anklägers.

Diese zweite, prozessuale Wirkung eines vorausgehenden Urteils ist hier zu untersuchen: ihre erlaubte und unerlaubte Tragweite für das materielle Recht.

II. Der Grundgedanke, die gestaltende Kraft des Satzes ne bis in idem, ist die Rechtssicherheit. Wer ein Strafverfahren, welches Ergebnis sich dabei auch zeigen mochte, erdulden mußte, soll wenigstens die Sicherheit haben, wegen des gleichen Vorwurfes nicht nochmals dasselbe erleiden zu müssen. Ein weiterer praktischer Vorteil ist der, daß die Rechtsfolgen eines Urteilsspruches ein für allemal feststehen. So ist denn der Satz ne bis in idem in seiner heutigen Bedeutung zurückzuführen auf die gleichen Grundlagen wie der moderne Anklageprozeß: Abkehr vom Inquisitionsprozeß, Besserstellung des Beschuldigten in Berücksichtigung seiner Menschenwürde und im Interesse der Rechtssicherheit[24]).

III. Die positiv rechtliche Gestaltung des Satzes ne bis in idem ist ebenso verschieden wie theoretisch umstritten. Die französische Gerichtspraxis läßt eine zweite Beurteilung des gleichen Sachverhaltes dann zu, wenn dies wenigstens unter neuer rechtlicher Würdigung geschieht; dagegen wendet sich einstimmig die französische Doktrin[25]); nach ihr soll derselbe Sachverhalt, gleichgültig in welcher rechtlichen Qualifikation, nicht zweimal Gegenstand eines Verfahrens sein. Mit dieser Auffassung stimmt die deutsche in Theorie und Praxis grundsätzlich überein[26]). Zum bunten schweizerischen Mosaik vergleiche man Pfenninger in Z 27 (1914) S. 165 und ff., besonders für

---

[24]) Vgl. etwa Berner, «non bis in idem», Goldtammers Archiv f. preuß. StrR, Bd. 3 (1855) S. 472.

[25]) Donnedieu de Vabres, loc. cit. S. 785/786.

[26]) R. von Hippel, Der deutsche Strafprozeß, S. 336 und 372.

Zürich vom selben Verfasser SJZ 9 (1912/13) S. 233 und 39 (1942/43) S. 353, für Bern die Dissertation von René Chevalier, Der Grundsatz ne bis in idem im bernischen Strafprozeß, 1941. Das Bundesgericht sieht als Staatsgerichtshof[27]) in der Mißachtung des Grundsatzes ne bis in idem dann eine Verletzung von Art. 4 BV, wenn der Richter, der das idem zum zweiten Male beurteilt, seine Zuständigkeit nicht «irgendwie haltbar» erklären kann, sich also «von andern als sachlichen Erwägungen leiten» ließ.

IV. Was den prozessualen Satz ne bis in idem in den Kreis unserer Betrachtung zieht, ist die Frage: verlangt das StGB seine Beachtung oder steht nicht vielmehr seine Befolgung im Widerspruch zu dem Postulat, daß das Prozeßrecht das materielle Recht in seinem ganzen Umfange verwirklichen solle?

Die Beschränkung des materiellen Rechtes durch den Satz ne bis in idem wird durch einige Beispiele klar:

Dem A. können nur 3 Fälle von aktiver Abtreibung nachgewiesen werden; mit Bedenken nimmt das Gericht Gewerbsmäßigkeit, deren Merkmale im übrigen gegeben erscheinen, an und verurteilt den A. zur minimalen Strafe. Nachträglich werden noch Dutzende von Abtreibungen aus derselben Zeit einwandfrei abgeklärt[28]). — B. wird, da er mitten unter Badende in einen Fluß geschossen hat, wegen «Gefährdung des Lebens» verurteilt. Später wird festgestellt, daß er mit demselben Schuß auch noch einen Menschen vorsätzlich getötet hat. — C. begeht ebenfalls in Idealkonkurrenz ein Antrags- und ein amtlich zu verfolgendes Delikt. Der Antragsberechtigte erscheint erst und stellt Antrag, nachdem das Offizialverfahren gericht-

---

[27]) BGE 35 (1909) I S. 303. — Zum Begriff ne bis in idem vgl. auch BGE 43 (1917) I S. 334.

[28]) Ähnlich BGE 56 (1930) I S. 75: Verurteilung wegen einer einzigen vorläufig bekannten Handlung; später erst wird bekannt, daß es sich dabei nur um ein Glied einer längeren Kette eines fortgesetzten Deliktes handelt.

lich abgeschlossen ist. — D. begeht in Idealkonkurrenz ein Privatstrafklage- (evtl. Zivilprozeß!) und ein amtlich zu verfolgendes Delikt; sowie das eine der beiden verschiedenen Verfahren abgeschlossen ist, erhebt er im andern, noch hängigen, die Einrede ne bis in idem. — E. wird wegen eines besonders leichten Falles einer Urkundenfälschung zu einer geringen Buße verurteilt; nach deren Bezahlung wird offenbar, daß es sich objektiv und subjektiv um einen schweren Fall handelte, der eine empfindliche Freiheitsstrafe verdiente[29]). — Man braucht die Beispiele nur wenig abzuändern, um festzustellen, daß der Grundsatz ne bis in idem ebensosehr zum Schaden wie zum Vorteil des unrichtig Verurteilten wirken kann.

So stellt sich die Frage: erfüllt der kantonale Strafprozeß seine Aufgabe, wenn er es in allen diesen und den ähnlich liegenden Fällen unter getreulicher Befolgung des Dogmas ne bis in idem bei einem materiell unrichtigen Urteil bewenden läßt und dadurch die Strafpflicht des Staates nicht aufhebt, aber in diesem Umfange das StGB zur lex imperfecta macht?

V. Vorerst ist umstritten, in welchem Maße der Richter an die Anklage[30]) zu binden sei. Wenn der Sachverhalt, wie er in der Anklage, im Überweisungsbeschluß usw. umschrieben ist, und der Sachverhalt, wie er sich nach der gerichtlichen Hauptverhandlung darstellt, auseinandergehen, darf dann der Richter auf Grund des letzteren verurteilen oder muß er freisprechen oder besteht zum mindesten die Möglichkeit der Anklageänderung[31])? Je nach der Art, wie das Gesetz den Richter an die Anklage bindet, können sich materiell nicht gerechtfertigte Freisprüche einstellen.

[29]) Eine elegante und sehr bemerkenswerte Korrektur eines nachträglich als unangebracht erkannten bewilligten bedingten Strafaufschubes gebietet Genf Art. 413.

[30]) Vgl. Frey, Edgar, Die Anklage im schweizerischen Strafprozeßrecht, Zürcher Diss. 1946.

[31]) Über die rechtliche Identität zwischen Anklage und Urteil vgl. weiter hinten § 6 VII.

Da aber hier das Tatsächliche, wie es sich in Wirklichkeit abgespielt hat, gar nicht Gegenstand des Verfahrens war, kann das Wirkliche zum Inhalt eines neuen Verfahrens gemacht werden; die Einrede des ne bis in idem kann nicht erhoben werden, da das Urteil ja gerade feststellt, daß die Anklage mit dem Wirklichen nicht identisch ist. Hiefür ist allerdings vorauszusetzen, daß der Begriff der Identität der gleiche sei im Verhältnis zwischen Anklage und Urteil wie im Verhältnis zwischen zwei verschiedenen Verfahren. Ist das der Fall, so führt die starre Bindung des Richters an die Anklage[32]) zu einem schwerfälligen Verfahren, nicht aber (im Zusammenhang mit dem Satz ne bis in idem) zu endgültigen unzweckmäßigen oder geradezu bundesrechtswidrigen Ergebnissen. Deshalb hat das Bundesgericht[33]) mit Recht eine solche enge Bindung des Richters an die Anklage und einen daraus erfolgten Freispruch zwar als «recht sonderbar», aber als dem kant. Strafprozeßrecht unterstehend und als nicht bundesrechtswidrig bewertet.

Unser Problem liegt also nicht im Verhältnis des Richters zum sachlichen Inhalt der Anklage.

VI. Im übrigen kann man sich der Beantwortung der Frage, ob der prozessuale Grundsatz ne bis in idem mit dem Gebot der Verwirklichung des materiellen Rechtes vereinbar sei, nur im Bereiche des Grundsätzlichen nähern[34]).

Es handelt sich um einen möglichen Konflikt zwischen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit (um die richtige Anwendung des, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, von Amtes wegen durchzusetzenden Strafrechts kurz Gerechtigkeit zu nennen). Auszugehen ist von der hier nicht näher zu belegenden Tatsache, daß das materielle

---

[32]) Vgl. hierzu den Aufsatz Pfenningers in der SJZ 39 (1942/43) S. 353: Anklage, Urteil und Rechtskraft.

[33]) BGE 66 (1940) I S. 120.

[34]) Vgl. zum folgenden Burckhardt, Organisation, S. 71 und ff.

Strafrecht zwingendes Recht ist; die Abänderbarkeit aber und damit die Rechtsunsicherheit ist «die natürliche Folge der Anwendung zwingenden Rechts, welches öffentliche Interessen wahrnimmt und von Amtes wegen anzuwenden ist»[35]). Es liegt im Charakter des ex officio zu verwirklichenden Rechts, daß ein Entscheid, der nachträglich unzweckmäßig wird oder der sich nachträglich als von Anfang an irrtümlich herausstellt, abgeändert werde; denn solange man sich mit der nicht richtigen oder der Nichtanwendung des Rechtes abfinden muß, wird es nicht ex officio verwirklicht. Wer den Satz ne bis in idem schrankenlos zuläßt, schließt jeden Fehlercalcul aus und verhindert die Anpassung von Entscheidungen an veränderte Verhältnisse, legt also die zwingende Rechtsanwendung in Fesseln. Wer umgekehrt einen Entscheid nie endgültig fällt, untergräbt die Voraussehbarkeit der Rechtsverhältnisse, ein Minimum an Beständigkeit und Sicherheit, ohne das in manchen Bereichen nicht auszukommen ist. Fiat iusticia, pereat mundus. Außerdem birgt die Abänderbarkeit eine weitere, mehr psychologische Gefahr, die sich im Prozeßrecht aber auswirken kann: wer weiß, daß er seinen Entscheid jederzeit abändern kann, steht in Versuchung, provisorisch und leichtfertig zu entscheiden. So ist es besser, unter Umständen auch einen materiell unrichtigen Entscheid nicht zu berichtigen, als sämtliche Entscheidungen ständig in der Schwebe zu halten.

Das Gebot, das materielle Strafrecht richtig anzuwenden, ergibt sich klar aus dem StGB. Über das Gut der Rechtssicherheit im Strafrecht, das uns aus den Prozeßordnungen entgegentritt, spricht sich das StGB unmittelbar nicht aus[36]). Daß keine der beiden extremen Lösungen

---

[35]) Burckhardt, loc. cit. S. 74.

[36]) Mitunter sorgt das StGB immerhin für Abänderbarkeit der Entscheidungen: StGB Art. 17 Ziff. 2, Art. 43 Ziff. 4, 5 u. 6, Art. 44 Ziff. 3, Art. 45, Art. 76—79, Art. 86 und 93. — In Art. 397 stellt das StGB bescheidene Mindestanforderungen an das kantonale

richtig sei, liegt auf der Hand. Im Konfliktsfalle zwischen «Gerechtigkeit» und Rechtssicherheit anhand der im Spiele stehenden Interessen die richtige Lösung zu finden, ist Aufgabe des Strafprozeßgesetzes und des Richters.

Festgehalten werden mag, daß hier grundsätzlich und im Gegensatz zu den Ausführungen zum Opportunitätsprinzip (§ 4) die kantonale Strafprozeßordnung die Möglichkeit hat, die staatliche Strafpflicht einem anderen Interesse, nämlich der Rechtssicherheit, zu opfern, um nicht das summum ius, summa iniuria zu verwirklichen[37]).

In BGE 38 (1912) I S. 97 und ff. hat das Bundesgericht anerkannt, daß im Verhältnis zum Recht des OR der kant. Zivilprozeß anspruchsvernichtende oder -begründende Kraft haben könne; der im Zusammenhang mit dem StGB grundsätzlich zugelassene Satz ne bis in idem hingegen geht nur so weit, die Mißachtung einer Strafpflicht zu erlauben, ohne den Strafanspruch an sich aufzuheben.

VII. Im Hinblick auf unsere kantonalen und eidgenössischen Strafprozeßordnungen kann de lege lata von einer allgemeinen grundsätzlichen Geltung des Satzes ne bis in idem ausgegangen werden[38]).

Wie weit reichen die Durchbrechungen dieses allgemeinen Rechtssicherheitsprinzips und genügen sie?

(und Bundes-) Revisionsverfahren (BGE 69 [1943] IV S. 140), sieht also auch insofern eine Durchbrechung der absoluten Rechtssicherheit vor. Die leitende Absicht war, die Begnadigung zu entlasten; das geht auch aus der Gesetzessystematik hervor. Vgl. Botschaft S. 99.

[37]) Das Gemeinsame von Opportunitätsprinzip und ne bis in idem liegt darin, daß beide dem Strafprozeß angehören und daß beide unter Umständen zu einer Mißachtung der staatlichen Strafpflicht führen. Das Unterscheidende ist, daß das Strafrecht ohne Opportunität, auf die Dauer aber nicht ohne Rechtssicherheit vernünftig verwirklicht werden kann. Deshalb muß der Satz ne bis in idem — im Gegensatz zum Opportunitätsprinzip — grundsätzlich zugelassen werden.

[38]) Vgl. BGE 35 (1909) I S. 303.

VIII. Mitunter bereitet die Abgrenzung zwischen der militärischen und der bürgerlichen Strafgerichtsbarkeit Schwierigkeiten[39]). Ist jemand vom nicht zuständigen Gericht beurteilt worden, so könnte ihm gegenüber dem später einschreitenden zuständigen Richter die prozessuale Einrede ne bis in idem zustehen. Um diese Unzukömmlichkeit auszuschließen, gibt MStG Art. 223 dem Bundesgericht die Möglichkeit, solche mangelhafte Verfahren oder Urteile «souverainement» aufzuheben. Dadurch wird das Strafklagerecht wiedergeboren. Die Rechtssicherheit tritt zurück.

IX. Wohl am tiefsten schneidet das Institut der Revision oder des Wiederaufnahmeverfahrens in die Rechtssicherheit ein (StGB Art. 397). Deshalb sind hier die Gründe, die zu einer Aufhebung des ne bis in idem führen, jeweils genau aufgezählt. Die Revision ist das Mittel, die im Hinblick auf die «Gerechtigkeit» oft unerwünschten Auswirkungen des Prinzips ne bis in idem in vernünftigen Schranken zu halten. Ihr Nachteil ist die Umständlichkeit des Verfahrens; ihre Tragweite, die Aufhebung rechtskräftiger Urteile; ihre Gefahr, daß ursprünglich zwingende Beweismittel inzwischen verschwunden sein können. Zweckmäßig gestaltete Revisionsgründe[40]) könnten aber nahezu alle Nachteile des Prinzips ne bis in idem beseitigen.

Dazu bedarf es aber eines weiteren Ausbaus als in manchen Kantonen, insbesondere Wallis (Art. 414), Waadt (Art. 435) und Nidwalden (§ 76), wo in Nachahmung der französischen Lösung eine Revision nur zugunsten eines Verurteilten möglich ist. Es erscheint sogar empfehlens-

[39]) Vgl. SJZ 11 (1914/15) S. 18; Z (Schweiz. Zeitschrift f. Strafrecht) 27 (1914) S. 302; Comtesse, Kommentar MStG, Art. 223.

[40]) Das StGB stellt in Art. 397 nur Mindestanforderungen, hinter denen aber Genf (CPP Art. 452) insofern zurückbleibt, als es die Revision nur wegen solcher Gründe zulassen möchte, die der Petent im angefochtenen Verfahren unverschuldeterweise nicht schon vorbrachte; da Art. 397 StGB diese Einschränkung nicht kennt, selber aber Mindestanforderungen aufstellt, ist die Genfer Einschränkung bundesrechtswidrig.

wert, denjenigen Kantonen zu folgen (inkl. BStrPO beinahe die Hälfte aller unserer Prozeßordnungen), die auch bei dem weitesten der Revisionsgründe, nämlich bei relevanten neuen[41]) Beweismitteln oder neuen Tatsachen, das Verfahren nicht nur zu Gunsten, sondern ebenso zu Lasten des Beschuldigten wieder aufnehmen. Die andere Lösung, wonach erhebliche neue Tatsachen oder Beweismittel eine Wiederaufnahme nur zugunsten des Verurteilten ermöglichen, kann weniger den Gedanken der Rechtssicherheit als ein falsches Mitleid mit dem Täter für sich ins Feld führen. Insbesondere, wenn bei der hier vorgeschlagenen Lösung der Begriff der «neuen Tatsache» (als Gegensatz zum «neuen Beweismittel») so weit ausgelegt wird, daß auch ein Strafantrag[42]) darunter fällt, erfaßt sie zahlreiche Fälle in befriedigender Weise:

Diese Lösung erstreckt sich auf alle unter IV weiter vorn aufgeführten Täter, außer D., dessen idealiter konkurrierende Straftaten in zwei grundsätzlich verschiedenen Verfahren verfolgt werden. Dabei soll nicht entscheiden, ob die neue Tatsache oder das neue Beweismittel im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils schon existiert habe oder nicht[43]); denn der Sinn des Revisionsverfahrens erschöpft sich nicht darin, zu überprüfen, ob die Vorinstanz seinerzeit richtig entschieden habe, also gewissermaßen dieser eine Note zu erteilen; der letzte Sinn des Verfahrens überhaupt und damit auch der Wiederaufnahme ist die Verwirklichung des StGB; solange nach diesem zum Beispiel die Stellung eines Strafantrages relevant ist, soll er auch im Verfahren berücksichtigt werden — unbekümmert darum, ob er in einem früheren Stadium vorgelegen habe; sonst schränkt das kantonale Recht die Art. 28 und ff. des StGB ein, was nicht angängig ist. Einzig dieses Vorgehen ermöglicht es

---

[41]) Besser als «neu»: «der Vorinstanz nicht schon bekannt»; vgl. dazu Prot. II. Exp.-Komm. Bd. 9 S. 308, das Votum von Gautier.

[42]) Offen in BlZüR 21 (1922) Nr. 113 und 27 (1928) Nr. 170.

[43]) Anders BlZüR 21 (1922) Nr. 113.

weiter auch, denjenigen fortgesetzt (Gewerbsmäßigkeit!) Delinquierenden zu fassen, der seine Tätigkeit auch durch ein Urteil (ohne unmittelbar folgenden Strafvollzug, was in der Praxis leicht zu erreichen ist) nicht abreißen läßt; diesem Täter gegenüber muß mit dem Revisionsgrund der «neuen Tatsache» die Einrede des ne bis in idem verunmöglicht und außerdem muß im Revisionsverfahren berücksichtigt werden, was sich nach dem angefochtenen Urteil ereignete.

Um schließlich auch den fassen zu können, der wegen idealiter konkurrierender Delikte im Zivil- oder Privatstrafklage- und zugleich im Offizialprozeß verfolgt werden muß, ist die baselstädtische[44]) gesetzliche Lösung zu empfehlen: Vereinigung der beiden Verfahren in der Hand der Staatsanwaltschaft. Wo diese Möglichkeit oder wenigstens die der Vereinigung in der Hauptverhandlung fehlt, führt der Satz ne bis in idem zu dem Ergebnis, das zwar nicht dem Wortlaut, aber dem Sinn des StGB widerspricht: daß aus Gründen des Verfahrens ein Teil der staatlichen Strafpflicht nicht verwirklicht werden kann. Wer die Vereinigung spätestens in der Hauptverhandlung nicht zuläßt, dem kann auch eine Wiederaufnahme nicht helfen; denn dieses Rechtsmittel führt nur zu einem neuen Verfahren mit den alten Mängeln, kann selbst aber die Vereinigung nicht erzwingen. Hier kann nur eine durch den Richter vorzunehmende Einschränkung des Grundsatzes ne bis in idem weiterhelfen, indem man davon ausgeht, der Richter dürfe dann einen Sachverhalt nochmals beurteilen, sofern der früher urteilende Richter die rechtliche Möglichkeit gar nicht hatte, den Sachverhalt nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen[45]).

---

[44]) StrPO § 7.

[45]) In diesem Sinne Rechtsprechung in Strafsachen 1945 Nr. 99; Waiblinger, Kommentar S. 24; Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin/Leipzig 1928 S. 269. — Der Grundsatz ne bis in idem kann aber nicht im Falle der Konkurrenz zweier verschiedener Rechtsordnungen Geltung beanspruchen,

Ist es grundsätzlich auch wünschenswert, ein Verfahren wieder aufzunehmen, wenn das Resultat für den Täter voraussichtlich weder günstiger noch ungünstiger sein wird, wenn es sich also statt einer «Gunst» darum handelt, auf Grund relevanter Nova eine Strafe durch eine Maßnahme[46]) zu ersetzen?

Kriminalpolitisch ist der Entscheid «Strafe oder Maßnahme» nicht weniger wichtig als die Höhe einer Strafe. Man trägt den kriminalpolitischen Absichten des StGB zu wenig Rechnung, wenn man die Revision nicht auch diesem Ziel dienstbar macht. Die meisten Kantone aber sprechen auch heute noch nur entweder von einer Wiederaufnahme zu Gunsten oder zu Ungunsten des Beschuldigten[47]).

Ob endlich der Satz ne bis in idem auch gegenüber Ergebnissen eines mehr summarischen Strafverfahrens, etwa im Sinne eines Strafbefehls[48]) oder Strafmandates[49]), einer Polizeistrafverfügung[50]) oder gegenüber einer im «Verfahren auf Verzeigung» anerkannten Buße[51]), normal gelten solle und nur im Rahmen der Revisionsgründe

---

also zum Beispiel nicht, wenn eine Tat gleichzeitig dem gemeinen und dem Kriegswirtschaftsstrafrecht untersteht; BGE 70 (1944) IV S. 63; Entscheide der strafrechtlichen Kommissionen des EVD 1943 und ff. Nr. 7, 13 und 27; vgl. auch die zit. Entscheide des EVD 1939—1943 Nr. 87.

[46]) Die umgekehrte Ersetzung einer Maßnahme durch eine Strafe ist im StGB selbst wohl schon genügend berücksichtigt.

[47]) Die löblichen Ausnahmen, deren Prozeßgesetze schon heute eine Revision zur Ersetzung einer Strafe durch eine Maßnahme zulassen, sind: Schwyz, § 321; Zug, § 76, und Appenzell-Außerrhoden, Art. 125.

Als Beispiele:

[48]) Bejaht für Zürich, § 325.

[49]) Verneint für Bern, Art. 224. Dazu der Kommentar von Waiblinger, Art. 4 N. 8 und Art. 224 N. 3, sowie ZBJV 78 (1942) S. 233.

[50]) Verneint für Zürich durch den Richter, BlZüR 42 (1943) Nr. 130.

[51]) Vgl. Basel-Land, § 201 und ff.

durchbrochen werden könne, ist nicht mehr von grundsätzlicher Bedeutung; die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach der Gründlichkeit des «summarischen Verfahrens» und nach dem Vertrauen des Gesetzgebers oder Richters in das Ergebnis eines solchen Verfahrens[52]). Jedenfalls ist StGB Art. 397 zu beachten.

Die Gefahr der Rechtsunsicherheit ist aber sofort ins Auge zu fassen, sobald man einen Ausbau der Revision, wie ich ihn hier unterstütze, anstrebt. Dieser Gefahr kann aber ohne weiteres begegnet werden durch eine sinnvolle Auslegung des Erfordernisses der Erheblichkeit[53]) der Revisionsgründe. Jedenfalls sind aus jenen Rechtskreisen, in denen der Revisionsgrund der dem ersterkennenden Gerichte noch nicht bekannten erheblichen Tatsachen und Beweismittel schon heute angerufen werden kann, noch keine Klagen über Rechtsunsicherheit laut geworden. Es mag auf die feststehende, wohlabgewogene Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes hingewiesen werden, wonach neue Tatsachen und Beweismittel dann erheblich sind, wenn sie wichtig genug sind, um das frühere Beweismaterial als in wesentlichen Punkten lückenhaft erscheinen zu lassen und eine neue Beurteilung des Falles rechtfertigen; die Revisionsinstanz, die die Zulassung der Wiederaufnahme prüft, muß sich daher die Frage vorlegen, ob das vorher urteilende Gericht, wenn es die neuen Tatsachen oder Beweismittel gekannt hätte, voraussichtlich zu einem wesentlich anderen Urteile gelangt wäre[54]). Und in ver-

---

[52]) Über das Verhältnis zwischen militärischer krimineller und disziplinarischer Bestrafung vgl. MStGO Art. 160a und Comtesse, Kommentar MStG, Art. 180 N. 14 und 15.

[53]) Vgl. dazu auch BGE 69 (1943) IV S. 139 und ff.: Erheblichkeit anzunehmen, auch wenn nur eine Strafminderung oder -erhöhung in Aussicht steht; nicht notwendig Strafmilderung oder -schärfung. «Die mögliche Abänderung des Urteils infolge der neuen Tatsache muß jedoch eine bedeutende sein.»

[54]) Vgl. statt vieler EMKG 2 (1926—1935) Nr. 30. — Sehr zurückhaltend (und mit Recht) auch die Genfer Praxis: Semaine

fahrenstechnischer Hinsicht genügt es nicht, «neue Tatsachen und Beweismittel zu nennen, sondern es ist im einzelnen darzutun, in welchen Punkten und aus welchen Gründen diese Tatsachen oder Beweismittel geeignet sein sollen, zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils zu führen». Eine Bestimmung, wonach die Revisionsinstanz «nach vorgängiger Untersuchung der Sache» über das Zulassungsbegehren entscheidet, kann nicht den Sinn haben, jene zu verpflichten, «auf bloße Behauptungen des Gesuchstellers hin selbst alles Nötige zur Abklärung des Sachverhaltes oder zur Herbeischaffung von Beweismitteln zu veranlassen»[55]).

Im übrigen sind die Kantone nicht verpflichtet, die Revision in dem hier angedeuteten, weil im Interesse der Rechtsverwirklichung für zweckmäßig befundenen Sinne auszubauen; denn aus StGB Art. 397 geht deutlich hervor, daß die Kantone von Bundesrechts wegen zu nichts weiterem gehalten sein sollen.

X. Trotz sorgfältiger Gestaltung der Revision und besonders dort, wo die Regelung der Wiederaufnahme zurückgeblieben ist, wird die Gesetzesanwendung immer wieder in unvorhersehbare Lagen versetzt, da man sagen muß: hier verbietet es der Grundgedanke des StGB, die «Gerechtigkeit», die prozessuale Einrede des ne bis in idem anzuhören. Wahrscheinlich muß dann der Weg zur richtigen Lösung des Konfliktes jedesmal neu gefunden werden. Als ein Beispiel für eine solche richterliche Lösung mag ein Entscheid des zürcherischen Obergerichtes[56]) noch etwas näher betrachtet werden:

Nach Art. 47 ZüEG StGB kann der Jugendanwalt ein Strafverfahren gegen einen Jugendlichen mit einem Strafbefehl abschließen, wenn er lediglich eine kleinere

---

judiciaire 67 (1945) S. 321 und ff. — Man vgl. auch Binding, Abhandlungen II S. 339.

[55]) So das MKG in der Rechtsprechung in Strafsachen 1944 Nr. 202.

[56]) BlZüR 43 (1944) Nr. 54.

Bestrafung und nicht eine erzieherische oder heilende Maßnahme verfügen will. Dieser Strafbefehl wird rechtskräftig. In Anwendung von Art. 49 [2] kann der Jugendanwalt aber auch den Entscheid im Sinne des Art. 97 StGB aufschieben; auch dieser Entscheid erwächst in Rechtskraft. Erweist sich der Jugendliche während der gemäß StGB Art. 97 angesetzten Probezeit als maßnahmebedürftig, so ist diese Maßnahme anzuordnen. Die Maßnahme zu verhängen, übersteigt aber die Zuständigkeit des Jugendanwaltes; sie ist Sache des Gerichtes. Wie — wenn vor Gericht die Einrede des ne bis in idem erhoben wird? Das Zürcher Obergericht nimmt res iudicata an und läßt keinen neuen Entscheid über die Fehlbarkeit zu; aber die Maßnahme anzuordnen, sei nicht ein bis in idem, da hier nur noch die Unrechtsfolgen in Frage stünden, wogegen der Jugendanwalt erst über die Voraussetzungen dieser Unrechtsfolgen (die Fehlbarkeit) befunden habe. Ist diese Trennung nicht etwas sophistisch? Oder ist sie nicht überhaupt unrichtig? Ist nicht die Fehlbarkeit oder Schuld, insbesondere wenn man an fortgesetzte Straftaten, Gewerbsmäßigkeit und Gewohnheitsmäßigkeit denkt, so sehr Bestandteil der Gesamtpersönlichkeit, daß die beiden Begriffe gar nicht organisch getrennt werden können? Wäre es nicht überzeugender, zu sagen, der Gedanke des ne bis in idem sei mit der in Frage stehenden zürcherischen Zuständigkeitsordnung unvereinbar und deshalb hier nicht zu beachten; vermittels sinnvoller Auslegung und Anwendung werde hier der widerspruchsvolle gesetzliche Wortlaut durch richterliches Recht weitergebildet? (ähnlich der unter IX erwähnten richterlichen Einschränkung des Grundsatzes ne bis in idem auf jene Fälle, da der ersturteilende Richter die rechtliche Möglichkeit nicht hatte, den Sachverhalt in jeder rechtlichen Hinsicht zu würdigen?)

Schlußfolgerungen:

1. Im Gegensatz zur Antithese Legalität oder Opportunität kann grundsätzlich das kantonale Strafverfahren in An-

wendung des Satzes ne bis in idem die staatliche Strafpflicht mißachten.

2. Es muß ein gangbarer Mittelweg gefunden werden zwischen den ungangbaren Extremen: Verwirklichung der absoluten Gerechtigkeit und unangetastete, starre Rechtssicherheit. Dieser Weg ist: von der Rechtskraft der Urteile auszugehen, doch genau begrenzte Durchbrechungen, insbesondere im Rahmen der Revision, zu gestatten; hierzu bedarf aber in erster Linie die Revision sorgfältiger Weiterbildung.
3. Lücken und Sinnwidrigkeiten in der prozessualen Ordnung muß der Richter nach sorgfältigem Abwägen der Rechtssicherheit und der ihr entgegenstehenden Interessen in einer Art überbrücken, die er als Gesetzgeber zur Regel erheben würde (ZGB Art. 1).

§ 6. Materielle oder formelle Wahrheit?

Dieses Problem ist sehr vielseitig. Man könnte den Satz ne bis in idem als dessen Teil betrachten — man könnte, was in § 7 gesagt wird, hierher nehmen. Der bunte Kreis der sich stellenden Fragen mag vorerst etwas eingeengt werden.

I. Ob das Urteil sich auf die Erforschung der materiellen Wahrheit gründen müsse oder ob es sich mit der formellen Wahrheit begnügen könne, ist zum ersten eine Frage des Prozeßrechtes. Der Charakter des anzuwendenden materiellen Rechts bestimmt aber die Stellung des Prozeßrechtes. — Das Strafrecht ist zwingendes Recht, nicht dispositives, nachgiebiges. Das Strafrecht ist geradezu der Prototyp des zwingenden Rechtes; es ist das äußerste Mittel, Pflichtverletzungen zu ahnden und den künftigen Geboten und Verboten Beachtung zu verschaffen. Der Natur des zwingenden Rechtes entspricht nun nur eine Anwendung, die sich auf die wirkliche, tatsächliche, das heißt materielle Wahrheit stützt und nicht nur auf etwas, was die beiden Litiganten zwar übereinstimmend darstellen,

das aber möglicherweise unwahr ist (formelle Wahrheit[57]). Im Strafrecht wird das besonders deutlich, wenn man bedenkt, daß Strafen und Maßnahmen nur insofern sinnvoll sind, als sie einer Schuld bzw. Maßnahmebedürftigkeit entsprechen, und daß sie immer außer dem Verurteilten die Allgemeinheit belasten. «Wir wissen, daß jede Strafe im Verlustkonto der Gesellschaft figuriere. Dieselbe befindet sich strafend in der Lage des Schiffers, der, um sein Schiff flott zu erhalten, sich genötigt sieht, Wertgegenstände über Bord zu werfen»[58]). Welcher vernünftige Schiffer wollte das ohne Zwang, das heißt ohne materielle Wahrheit tun?

Dieser vom Sinn des Strafrechtes verlangten materiellen Wahrheit entspricht verfahrensrechtlich weiter die Offizialmaxime (im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime)[59]). Dieselben Gründe, die die Anwendung des Strafrechtes vom tatsächlichen Vorhandensein der notwendigen Voraussetzungen abhängen lassen, entziehen auch das Strafrecht der verfahrensrechtlichen Verfügungsgewalt der Litiganten.

Einige Kantone haben diese verfahrensrechtlichen Folgerungen der Natur des anzuwendenden materiellen Rechtes klar ausgesprochen; zum Beispiel Basel-Stadt (§ 17), Neuenburg (Art. 112) und Genf (Art. 57); BS: «Die Behörden stellen die für die Beurteilung bedeutsamen Umstände von Amtes wegen fest. Sie sind dabei nicht an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden, sondern haben in den Schranken der Rechtsordnung alle Maßnahmen zu treffen, die zur Aufdeckung des wahren Sachverhaltes dienen können . . .» — Die andern Kantone anerkennen

---

[57]) Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 71 und ff., Einführung in die Rechtswissenschaft S. 180; Pfenninger, Z (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht) 31 (1918) S. 137; von Cleric, SJZ 10 (1913/14) S. 386.

[58]) Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart 1912, S. 246. Ich finde die Stelle schon zitiert bei Pfenninger loc. cit. — Damit decken sich die Postulate christlicher Ethik. Brunner, Das Gebot und die Ordnungen, Zürich 1939, S. 463/464.

[59]) Burckhardt und von Cleric, loc. cit.

diese Grundsätze, wenn nicht expressis verbis, so doch dem Sinne nach [60]).

II. Diese Prinzipien sind die Grundlage unserer Strafprozesse und eigentlich die letzte Ursache, weshalb die Kantone überhaupt besondere Strafprozeßordnungen neben den Zivilprozeßordnungen schaffen müssen. Und trotzdem sind diese Grundsätze für 37, zum Teil sehr wichtige, Tatbestände des StGB in Frage gestellt: die Antragsdelikte.

Entgegen den Erläuterungen Zürchers [61]), der den Kantonen die bisherige größere Freiheit lassen wollte, verbot die II. Expertenkommission [62]) den Kantonen, die Antragsdelikte auf dem Wege des Zivilprozesses zu verfolgen. Der Nationalrat hatte verfassungsmäßige Bedenken [63]) (Vorbehalt des Strafprozeßrechtes zugunsten der Kantone) und strich diese neue Bestimmung wieder; der Ständerat [64]) folgte ihm. So kommt es, daß heute die Kantone sämtliche Antragsdelikte des StGB auf den Zivilprozeßweg verweisen können; und Zivilprozeß heißt: Möglichkeit der bloß formellen Wahrheit und der Verhandlungsmaxime. In derselben Linie liegt es, wenn etwa Bern (Art. 83) bei einer Verfolgung von Ehrverletzungen oder «Mißhandlungen, welche keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben», vom Strafantragsteller die Leistung einer angemessenen Sicherheit für die Prozeßkosten verlangt, oder wenn zum Beispiel Waadt (Art. 149 und ff.) und Freiburg (Art. 15) bei allen Antragsdelikten einen Sühneversuch durch den Untersuchungsrichter oder Gerichtspräsidenten vorsehen. — Art. 365 StGB in seiner heutigen verkümmerten Fassung erlaubt den Kantonen im Bereich der Antragsdelikte eine grundlegende prozessuale Abweichung von dem, was sonst aus der Natur des Strafrechtes (zwingendes Recht) erwartet

---

[60]) Fraglich bleibt Wallis, Art. 38 und 39.
[61]) Bd. III S. 19/20.
[62]) Bd. VIII S. 148 und ff.; Botschaft S. 86, E Art. 385.
[63]) Sten. Bull. NR S. 586.
[64]) Sten. Bull. StR S. 247.

werden müßte; Art. 365 ist somit eine Bestimmung, die nicht mit dem Mittel logischer Deduktion, sondern nur historisch und im Zusammenhang mit unseren besonderen bundesstaatlichen Verhältnissen verstanden werden kann. Im folgenden soll von dieser Lücke des Postulates nach materieller Wahrheit im Strafrecht und -verfahren nicht mehr die Rede sein, sondern geprüft werden, ob im übrigen die Kantone dem Gebot der Erforschung der materiellen Wahrheit nachleben.

Auf weitere zwei Erscheinungen ist vorerst noch hinzuweisen:

Das StGB enthält in der strafprozessualen Bestimmung des Art. 397 eine weitere anfechtbare Durchbrechung des integralen Prinzips der Erforschung der materiellen Wahrheit: auch wenn eine erhebliche Tatsache oder ein erhebliches Beweismittel, das dem urteilenden Richter unbekannt war, nun geltend gemacht, also der richtige Sachverhalt beurteilt werden könnte, müssen die Kantone die Revision nur gestatten, nicht notwendigerweise durchführen, und auch das nur zu Gunsten, nicht zu Ungunsten des Verurteilten. Eine folgerichtige Durchführung des Prinzips der materiellen Wahrheit würde aber verlangen, daß immer, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, die Revision durchzuführen sei, und zwar zu Ungunsten wie zu Gunsten des Beschuldigten. Eine gewisse Korrektur könnte in der Annahme liegen, die heutige bloße Ermächtigung der kantonalen Organe, die Revision zu verlangen, sei ähnlich auszulegen wie die Ermächtigung des Richters, gemäß Art. 41 StGB den bedingten Strafvollzug zu gewähren: sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, ist es Willkür, davon abzusehen [65]).

Ein Verzicht auf ein weiteres Mittel zur lückenlosen Erforschung der materiellen Wahrheit liegt darin, daß das StGB keine allgemeine Pflicht zur Anzeige von Straftaten

---

[65]) BGE 71 (1945) IV S. 1.

kennt[66]). Diese Haltung wird etwa ausgedrückt durch den Spruch[67]):

«Der größte Lump, im ganzen Land,
das ist und bleibt der Denunziant.»

Demgegenüber haben[68]) einige Kantone[69]) in ihrem EG StGB bei bestimmten schweren Verbrechen eine Anzeigepflicht statuiert, außerdem Glarus (StPO § 35 [2]) für alle Verbrechen, Obwalden (StV Art. 2 [2]) überhaupt für alle Verbrechen und Vergehen. Insofern fordert das kantonale Prozeßstrafrecht im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit, was das StGB zum mindesten nicht ausdrücklich verlangt.

III. Aus der Forderung nach der Erforschung der materiellen Wahrheit ergibt sich, daß man im Strafprozeß von einer materiellen Beweislastverteilung[70]) in dem Sinne nicht sprechen kann, daß eine bestimmte Partei bestimmte erhebliche Tatsachen nachweisen müsse, ansonst deren Fehlen angenommen würde. Der Richter hat die Wahrheit selbst im Rahmen des Gesetzes dort zu suchen, wo er sie findet; Instruktionsprinzip[71]). Sonst führt die Befugnis einer Partei, etwas Passendes zu beweisen und etwas Unpassendes nicht zu beweisen, zur Verfügungsmaxime; oder ein Beweis, der erbracht werden kann, jedoch der beweispflichtigen Partei unzugänglich ist (zum Beispiel Urkunden), unterbleibt und die materielle Wahrheit ist nicht

---

[66]) Vgl. Schreiber, Hans, Das materielle Strafrecht der kant. EG StGB, Zürcher Diss. 1946, S. 206.

[67]) Sten. Bull. NR 1925 S. 393.

[68]) Außer den militärischen Sonderbestimmungen, MStG Art. 79; sowie die inzwischen aufgehobene VO über die Wahrung der Sicherheit des Landes vom 22. September 1939 und 16. April 1940, Art. 7.

[69]) Schwyz, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen, vgl. Schreiber, loc. cit. — Weitere Anzeigepflichten sind für bestimmte Berufsarten aufgestellt, zum Beispiel für Bern, vgl. Waiblinger, Kommentar StV S. 130.

[70]) von Hippel, Strafprozeß S. 384.

[71]) EMKG 1936—1940 Nr. 28; Clerc, Rapport, S. 78.

erstellt. Deshalb wäre eine kantonale [72]) Beweislastverteilung bundesrechtswidrig. Art. 136 CPP von Neuenburg formuliert das geschickt negativ: «Sauf disposition contraire de la loi, le fardeau de la preuve n'incombe pas au prévenu. Le juge informe selon le principe inquisitoire.»

Die von Waiblinger [73]) gestützt auf die bernische Praxis geäußerte Auffassung, wonach bei mißlungenem Beweis einer behaupteten Tatsache diese als nicht gegeben zu gelten habe, führt, wenn sie auf Strafausschließungsgründe angewandt wird, im Ergebnis zu einer Beweislastverteilung und widerspricht damit dem Bundesrecht.

Der Satz hingegen «in dubio pro reo» läßt sich nicht aus der Forderung nach materieller Wahrheit und damit aus dem eidgenössischen materiellen Strafrecht herleiten. Bleibt der Sachverhalt unklar, so läuft der Richter sowohl bei Verurteilung wie bei Freispruch Gefahr, falsch zu entscheiden, die materielle Wahrheit zu verletzen. Ihm in diesen Fällen einen Freispruch nahezulegen, dient nicht der Wahrheit, sondern entspringt der Auffassung, es sei besser, einen Schuldigen freizusprechen als einen Unschuldigen zu verurteilen.

Der bundesrechtlichen Forderung nach materieller Wahrheit widersprechen auch nicht Bestimmungen wie StPO von Zürich § 269, wonach der Gerichtshof ein belastendes, nicht aber ein freisprechendes Geschworenenurteil aufheben und den Angeklagten durch ein zweites Schwurgericht beurteilen lassen kann, oder Thurgau, StPO von 1867 § 52, wonach ein auf Inzichten gegründetes

---

[72]) Die einzige — übrigens bundesrechtliche — Beweislastverteilung findet sich in StGB Art. 173 Ziff. 2. Vgl. Thormann/von Overbeck, Art. 173 N. 11 und 12, und A. von Overbeck, Z 34 (1920) S. 234, Beweisrecht und materielles Strafrecht. — Man kann wohl auch das «Annehmen müssen» des Art. 144 StGB in diesen Zusammenhang stellen (Beweiserleichterung).

[73]) Kommentar S. 359/360, ähnlich Donnedieu de Vabres, loc. cit. Nr. 1239, anders und wohl richtig von Hippel, loc. cit. S. 385 Anm. 7 und Vidal/Magnol, Cours de droit criminel, Paris 1928, S. 847.

Schuldurteil ein qualifiziertes Mehr erfordert; denn das kantonale Strafverfahren ist frei, die Art und Weise, wie die materielle Wahrheit gefunden werden solle, zu bestimmen, solange das einigermaßen vernünftig und sinnvoll geschieht. Die genannten Regelungen sind in Zweifelsfällen dem Angeklagten günstig gesinnt, richten sich aber nicht gegen die Findung der materiellen Wahrheit.

Die Kantone[74]) können auch — gerade im Interesse der Wahrheitsfindung — die Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens so weit treiben, daß der Richter nur auf die Ergebnisse der Gerichtsverhandlung und nicht auf sein privates Wissen bauen darf; er muß dann vielleicht entgegen seiner persönlichen Überzeugung freisprechen oder verurteilen; welche der beiden Auffassungen, ob die private des Richters oder die offizielle des Gerichtes, richtig sei, steht dahin; der Irrtum kann so gut hier wie dort liegen. Hingegen hat es mit der Wahrheitsfindung nichts mehr zu tun, sondern stellt eine Reminiszenz an die Verdachtstrafe des Inquisitionsprozesses (poena extraordinaria) dar, wenn Wallis[75]) seine Gerichte ermächtigt, je nach dem Grad der Beweiskraft der beigebrachten Beweismittel nicht die ordentliche, vom Strafgesetz angedrohte, sondern nach ihrem Ermessen eine geringere Strafe anzuwenden. Diese Bestimmung ist schon deshalb bundesrechtswidrig, weil sie den Art. 63 und ff. StGB über die Strafzumessung widerspricht.

IV. Durch das Dreigestirn materielle Wahrheit, Offizialverfahren und Instruktionsprinzip ist auch die Stellung des Geständnisses, der Regina probationum, bestimmt. Als Teil des Beweisverfahrens kann es sich zum vornherein nur auf den Sachverhalt, nicht auch auf die rechtliche Subsumtion, dieser ausschließlich richterlichen Tätigkeit, beziehen[76]).

---

[74]) Wallis, Strafprozeßnovelle vom 28. Januar 1932 Art. 6 [2], Neuenburg Art. 224.

[75]) Strafprozeßnovelle vom 28. Januar 1932, Art. 33.

[76]) Pfenninger, SJZ 9 (1912/13) S. 44. von Cleric, SJZ 13 (1916/17) S. 105. Waiblinger, Kommentar S. 364.

Die meisten Kantone sagen es ausdrücklich, daß nur ein wahres, nicht ein rein formelles Geständnis erheblich und daß jedes Geständnis auf seinen Wahrheitsgehalt zu prüfen sei; der Wortlaut von Schwyz (§ 251) ließe auch eine andere Auslegung zu; die Praxis (SJZ 23 (1926/27) S. 344) hält sich aber eindeutig an die hier vorgezeichnete Linie; in der gleichen Richtung gehen auch die Verbote von Suggestivfragen und jeglichen Zwanges bei der Einvernahme des Beschuldigten. Anders liegen die Verhältnisse höchstens, wo das Geständnis nicht als Beweismittel, sondern als Entscheidungskriterium zwischen der Zuständigkeit des Schwur- und der des Kriminal- oder Obergerichtes dient. Bei dieser Zuständigkeitsordnung sind die Kantone nicht durch Rücksichten auf die materielle Wahrheit usw. gebunden, könnten also auf ein bloß formelles Geständnis abstellen, ohne das Bundesrecht zu verletzen. Da es aber weder zweckmäßig erscheint, innerhalb einer Strafprozeßordnung zwei verschiedene Arten von Geständnissen anzuerkennen, noch einen nur formell Geständigen rechtlich anders zu stellen als einen Nichtgeständigen, wird von dieser Möglichkeit besser nicht Gebrauch gemacht[77]).

V. OR Art. 53 bestimmt bekanntlich, wie sich der Zivilrichter einem strafrechtlichen Urteil gegenüber zu stellen habe. Unserem StGB fehlt eine entsprechende Bestimmung, und zwar über das Verhältnis des Strafrichters zu Feststellungen sowohl des Zivil- wie des Verwaltungsrechtes. Die allgemeine Richtlinie gibt auch hier die Forderung nach materieller Wahrheit, das heißt der Strafrichter soll mit den besonders wirksamen Mitteln, die ihm in die Hand gelegt sind, den wahren Sachverhalt zu erkennen suchen und gemäß seinen Feststellungen urteilen. Doch das Gebiet ist voller Dornen. Die Forderung nach der Erforschung der materiellen Wahrheit kann in Widerspruch mit andern grundlegenden Forderungen geraten:

---

[77]) Vgl. für Zürich BlZüR 42 (1943) Nr. 129, für Bern: Waiblinger, Kommentar S. 290.

a) die Einheitlichkeit der Rechtsordnung [und zugleich die Rechtssicherheit[78])]: nach dem Recht des ZGB ist das Mädchen A die Tochter des B, was durch ein zivilrechtliches Urteil erhärtet ist. Der Blutschande mit dem Mädchen A angeklagt, anerbietet B den Beweis, daß die Register der Wahrheit nicht entsprechen, daß er mit dem Mädchen nicht verwandt und somit Blutschande ausgeschlossen sei. Ist der Einwand zu prüfen und wie ist bei seiner Richtigkeit zu entscheiden?[79])

b) die Trennung der Gewalten: C, des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen angeklagt, wendet ein, die mißachtete Verfügung entbehre der rechtlichen Grundlage, eventualiter sei die verfügende Behörde sachlich und örtlich nicht zuständig gewesen, ganz eventualiter sei die Verfügung unrichtig, unzweckmäßig. Darf hier der Strafrichter diese verwaltungsrechtlichen Fragen entscheiden?[80])

Das französische Recht folgt im Verhältnis des Strafrichters zu Fragen des Zivilrechtes dem Satz: le juge de l'action est le juge de l'exception[81]). Der Strafrichter überprüft selbständig und unabhängig die zivilrechtlichen Vorfragen mit Ausnahme der ausdrücklich, zum Beispiel in der Note secrète du président Barris von 1813 erwähnten. Im Verhältnis zum Verwaltungsrecht aber ist die Trennung der Gewalten zu beachten: eine Strafverfolgung gegen

[78]) Die Rechtssicherheit allein ist in Frage gestellt, wenn in einem Strafverfahren ein älteres Straferkenntnis in Frage gestellt wird; zum Beispiel: D, angeklagt der Beschimpfung gegenüber E, behauptet, E sei tatsächlich ein Betrüger, der seinerzeit erfolgte Freispruch von der Anklage des Betruges sei irrtümlich ergangen. (Eine solche Behauptung könnte nur im Rahmen einer Revision überprüft werden.) — In BGE 68 (1942) IV S. 119 billigt es das BG, daß der kantonale Strafrichter seinem Urteil ein vorausgehendes Strafurteil trotz Anfechtungen durch den Angeklagten ohne materielle Überprüfung zugrunde legt.

[79]) Vgl. hierüber Festgabe für August Egger, Zürich 1945, S. 314 und ff.

[80]) Dazu Hafter, Bes. Teil. S. 726 und ff.

[81]) Donnedieu de Vabres, S. 604, Vidal/Magnol, S. 804.

einen Beamten wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder setzt die administrative Überprüfung der Kassaführung voraus. — Das Deutsche Recht[82]) gibt dem Strafrichter eine unabhängige Stellung: es steht ihm frei, Vorfragen des Zivil- oder Verwaltungsrechtes durch den betreffenden Justiz- oder Verwaltungszweig beurteilen zu lassen, und diese sowie allfällig schon ergangene Urteile würdigt er frei[83]). – Diese zweite ist wohl die der Natur des Strafrechts am besten entsprechende Lösung: absolute Freiheit und Unabhängigkeit des Strafrichters gegenüber dem Privat-[84]) und dem öffentlichen, insbesondere Verwaltungsrecht. Dort immerhin, wo durch die Verwaltung oder Ziviljustiz mit allgemeiner Wirkung eine neue Rechtslage geschaffen, eine Handelsgesellschaft aufgelöst, ein Patent oder eine Konzession erteilt, die elterliche Gewalt entzogen, eine Ehe geschieden, eine Entmündigung ausgesprochen, ein Kind angenommen worden ist, muß auch der Strafrichter dieser neuen Sachlage Rechnung tragen. Doch die Würdigung eines Sachverhaltes kann niemand dem der materiellen Wahrheit verpflichteten Strafrichter abnehmen. Deshalb ruft die Regelung des neuen neuenburgischen Strafprozesses[85]) schweren Bedenken; soll wirklich die Ehelichkeitsvermutung des ZGB (Art. 252 und ff.), die anzufechten auch bei auf der Hand liegender Unrichtigkeit niemand verpflichtet ist, dem Strafrichter etwa bei den Straftaten gegen die Familie die Hände binden? Beispiele sind bekannt (BGE 28 [1902] II Nr. 2) und täglich wieder möglich, da die wirklichen, von den Registern abweichenden verwandtschaftlichen Beziehungen offenbart werden können.

[82]) Deutsche StPO § 262.

[83]) Kohlrausch, Kommentar § 262; R. von Hippel, Der deutsche Strafprozeß, S. 388.

[84]) Zu diesem Sinne Hafter, Bes. Teil S. 375, in den Vorbemerkungen zu den Delikten gegen immaterielle Güterrechte: die strafrechtliche Sanktion ergebe sich völlig unabhängig von den zivilrechtlichen Normen und Entscheidungen. Übereinstimmend auch Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919, S. 206.

[85]) Art. 19 und ff.; Clerc, Rapport, S. 31 und ff.

Es erscheint als grundsätzlich sinnwidrig, den Strafrichter an Ergebnisse eines Verfahrens zu binden, das statt der materiellen die formelle Wahrheit, statt des Offizial- das Verhandlungs-, statt des Instruktionsprinzips das der Beweislastverteilung kennt, also gerade jene Merkmale entbehrt, die den Sondercharakter des Strafprozesses ausmachen. Einwandfrei ist hingegen Genf, Art. 79, wonach eine Fälschung immer verfolgt werden kann, wenn auch die angefochtene Urkunde von der Rechtsprechung und Verwaltung schon als Rechtsgrundlage verwendet wurde. Aus dieser Ordnung ergibt sich vielleicht ein Auseinandergehen der verschiedenen mit der Rechtsanwendung betrauten Organe und eine gewisse Rechtsunsicherheit. Die Schuld hieran ist aber nicht dort zu suchen, wo sie sicher nicht liegt: beim Abstellen auf die materielle Wahrheit. Das Zivilrecht der materiellen Wahrheit zu verpflichten, wird man weder wollen noch können; es ist aber besser, ein gewisses Auseinandergehen innerhalb der Rechtsordnung in Kauf zu nehmen, als dem Strafrecht Gewalt anzutun. Der Vorschlag Clercs (loc. cit.), der Strafrichter solle bei einem drohenden Auseinandergehen durch Ergreifung der Rechtsmittel, insbesondere der Revision, die Entscheidungen der Ziviljustiz und Verwaltung mit der materiellen Wahrheit in Übereinstimmung bringen, ist wohl schon aus prozessualen Gründen meist gar nicht zu verwirklichen.

Wer diesen Überlegungen zustimmt, kann aber auch nicht der in BGE 71 (1945) IV S. 196 dargelegten Auffassung folgen. Dort wird ein Säumiger (StGB Art. 217 [2]) verurteilt, der gegenüber einem Kinde die Vaterschaft außergerichtlich anerkannt und eine in Geld zu erbringende Unterstützungsleistung versprochen hat, ihr aber mit der Begründung nicht mehr nachlebt, er sei gar nicht der leibliche Vater, er habe sich seinerzeit nur pour avoir l'enfant als solcher bekannt. Wenn nun der Strafrichter diesen Säumigen nur im Hinblick auf die Anerkennung der Schuldpflicht ohne Berücksichtigung von deren Rechtsgrund verurteilt, so übersieht er,

a) daß Art. 217 ² sich im Gegensatz zu der zivilrechtlichen Schuld (BGE 44 [1918] II S. 6) nicht auf einer abstrakten Anerkennung, sondern auf der Tatsache aufbaut, daß der in Anspruch Genommene der Vater des zu schützenden außerehelichen Kindes sei,

b) daß diese außereheliche Vaterschaft nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit feststehen muß.

Weicht der Strafrichter von diesem Wege ab, so gerät er in einen Irrgarten: es ist zivilrechtlich dem 21jährigen A unbenommen, gegenüber dem unehelich geborenen 15jährigen B vertraglich eine außereheliche Vaterschaft und eine Alimentenpflicht anzuerkennen. Nach dem zitierten BGE wäre der nicht zahlende A so lange im Sinne von Art. 217 ² StGB zu verurteilen, bis er die zivilrechtliche Nichtigkeit seiner Anerkennung und Alimentenpflicht erwirkt hat. Heißt das aber nicht, das Strafrecht ins Schlepptau der Kapricen der zivilrechtlichen formellen Wahrheit zu nehmen und es damit seines Ernstes und Sinnes zu berauben?

VI. Eine weitere prozessuale Frage, deren Beantwortung man sich nur im Hinblick auf die Forderung des Strafrechtes nach materieller Wahrheit nähern kann, ist die nach der Berechtigung der reformatio in peius. Hinsichtlich der reformatio in peius sind die Rechtsmittel sehr verschieden gestaltet worden: einzelne Kantone[86]) erlauben sie ebenso ausdrücklich, wie andere[87]) sie verbieten. Frankreich und Italien halten noch heute am Verbote fest, England nicht mehr seit 1907, Deutschland nicht mehr seit 1935.

Rechtsmittel zu ergreifen, ist in die Dispositionsbefugnis der Parteien gelegt, es sei denn, man kenne noch die «Revision von Amts wegen» bei bestimmten schweren

---

[86]) Schwyz § 308, Nidwalden § 75, Zug § 75, Glarus § 147, Graubünden Art. 156.

[87]) Zürich § 399, Bern Art. 319, 334, 335 und 353, Basel-Stadt § 250, Basel-Land § 159, Wallis Art. 333. Zu ihnen gesellt sich der BStrP, BGE 70 (1944) IV Nr. 59.

Straftaten in der Art der peinlichen Prozeßordnung des Kantons Wallis[88]), die an das sogenannte Bestätigungsrecht der absoluten Monarchen erinnert. Abgesehen von dieser Ausnahme, die für die schwersten Fälle die Rechtseinheit ex officio herbeiführen will, durchbricht also das Rechtsmittelwesen an sich schon das Offizialverfahren. Steht diese Durchbrechung einmal fest, so ist es nicht mehr eine grundsätzliche Frage, sondern bloß noch eine des Quantitativs: soll sich die Verfügungsgewalt dessen, der sich des Rechtsmittels bedient, nur darauf erstrecken, ob er von dem Rechtsmittel überhaupt Gebrauch machen wolle, oder auch auf die Tragweite des Rechtsmittels? Tantum devolutum quantum appellatum. Wer die reformatio in peius verbietet, also dem Rechtsmittelpetenten auch die Verfügungsgewalt über die Tragweite des Rechtsmittels zubilligt, den kann man nicht der Durchbrechung der Wahrheitsforschung von Amtes wegen zeihen; denn dieses Prinzip ist schon durch die heutige Gestaltung der Rechtsmittel durchbrochen. Das StGB zwingt also nicht zu einer Lösung im einen oder anderen Sinne; man kann höchstens feststellen, daß ein Verbot der reformatio in peius insofern systemgetreu ist, als es sich weniger weit von der amtlichen Wahrheitsermittlung entfernt.

Wer das Verbot der reformatio in peius aufrechthält, dem wird sich die Frage stellen, ob die neue Verhängung einer Maßnahme durch die obere Instanz mit dem Verbot vereinbar sei. Da die Kantone frei sind, das Verbot aufrechtzuhalten oder nicht, sind sie im Prinzip auch frei, seine Tragweite ohne Verletzung von Bundesrecht zu bestimmen. Der Sinn aber des Verbotes ist wohl derselbe, der der Anwendung der lex mitior im Übergangsrecht zugrunde liegt: der Angeklagte soll weder durch die Einlegung eines Rechtsmittels noch durch eine Gesetzesänderung Gefahr laufen, härter bestraft zu werden. Die Überlegungen, die es verbieten, bei der Suche nach der lex mitior Maßnahmen

[88]) In der Fassung der Gesetzesnovelle vom 21. November 1910.

des neuen Rechtes mit dem alten zu vergleichen[89]), erlauben auch die Anwendung neuer Maßnahmen durch die obere Instanz ohne Verletzung des Verbotes: die primäre Natur der Maßnahmen ist im Gegensatz zur Strafe nicht die, ein Übel («malum») zu sein; sie wollen sichern, heilen, bessern; da sie nicht «malum» sind, kann ihre Steigerung nicht «peius» sein.

VII. Es ist auch schon die Frage grundsätzlich gestellt worden[90]), ob nicht das Immutabilitätsprinzip, also das Verbot, die Anklage nach einem gewissen Zeitpunkte abzuändern, in Verbindung mit der Bindung des Richters an die rechtliche Würdigung in der Anklage zu einer untragbaren Einengung der richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht führe. In der Tat müßte das Immutabilitätsprinzip im Zusammenhang mit der rechtlichen Bindung des Richters an die Anklage in den Fällen, da die Anklage sich in der rechtlichen Subsumtion irrte, oder wenn sich in der Hauptverhandlung der Sachverhalt etwas anders darstellt, zu ganz unbefriedigenden Freisprüchen führen. Einer neuen Anklage stünde das ne bis in idem (§ 5) gegenüber. Aus prozessualem Formalismus könnte hier die staatliche Strafpflicht nicht erfüllt werden — ein durchaus unzulässiger Zustand. Da aber, soviel ich sehe, keiner der Kantone das Immutabilitätsprinzip mit der rechtlichen Bindung des Richters an die Anklage vereinigt und die allgemeine Entwicklung eher in die Richtung eines freieren Strafverfahrens weist, braucht diese Schwierigkeit hier nicht weiter erörtert zu werden[91]).

VIII. Schließlich drängt sich hier noch das Problem auf, ob das Gebot, immer die materielle Wahrheit zu erforschen und nur auf ihr aufzubauen, mit der prozessualen Teilung des Prozeßstoffes in Rechts- und Tatfragen und

---

[89]) Dazu BGE 68 (1942) IV Nr. 6 und SJZ 38 (1941/42) S. 347.

[90]) Pfenninger, SJZ 39 (1942/43) S. 354.

[91]) Zur Frage der Bindung des Richters an den Sachverhalt der Anklage vgl. § 5 V.

mit der Beschränkung bestimmter Instanzen auf die Beantwortung von Rechtsfragen vereinbar sei. Es ist bekannt, daß diese Teilung des Prozeßstoffes der Arbeitsteilung der Gerichte dient: man kann (nach dem französischen Vorbild) den Geschworenen die Tat-, dem Gerichtshof die Rechtsfragen vorlegen [92]); oder im Hinblick auf das Tätigkeitsfeld eines Kassationsgerichtes: man kann der Kassationsinstanz lediglich gewisse Rechtsfragen vorbehalten. An sich ist die Art, wie ein kantonales Verfahren die Aufgaben auf seine Organe verteilt, eine ausschließlich prozessuale Frage; diese Funktionsteilung kann wie zum Beispiel im Kanton Schwyz oder Nidwalden auf anderen Kriterien als auf der Zweiteilung in Tat- und Rechtsfragen beruhen [93]); der Kanton könnte von einer Aufgabenteilung überhaupt absehen und die ganze Arbeit abschließend einem einzigen Gerichte zuweisen. Die Frage ist aber noch offen: ist die Beschränkung eines Gerichtes auf die Beantwortung von Rechtsfragen vereinbar mit der allgemeinen richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht? Kann das kantonale Strafverfahren einzelne seiner Gerichte verpflichten, auf offenbar falsch oder zum mindesten sehr zweifelhaft beantworteten Tatfragen aufzubauen?

Dabei nennt man allgemein Tatfragen jene, die sich an die Feststellung des objektiven und subjektiven Sachverhaltes richten; ihr Ziel ist die Rekonstruktion dessen, was sich äußerlich und in den Menschen drinnen abgespielt hat. Die Rechtsfragen beschäftigen sich mit der richtigen Subsumtion dieses Sachverhaltes unter die Rechtsbegriffe, im Strafrecht vorwiegend unter den Tatbestand, aber auch unter die Begriffe des Allgemeinen Teils wie Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Irrtum, Rückfall, Notwehr usw. So überprüfen das Bundes- und das Militärkassationsgericht als reine Rechtsrügegerichte nicht, ob der Sachverhalt richtig ermittelt, wohl aber ob der ermittelte Sachverhalt

---

[92]) Vgl. BV Art. 112.

[93]) Vgl. auch § 7.

unter die gesetzlichen Begriffe falle, wie[94]): einfache oder schwere Körperverletzung (StGB Art. 122 und 123), der Drucker (StGB Art. 322 Ziff. 1), das Gelüst (StGB Art 138), die Gewerbsmäßigkeit (StGB Art. 119) oder fremder Militärdienst (MStG Art. 94); ob der Täter den Schaden ersetzt hat, ja oder nein, ist Tatfrage — ob dieser Schadenersatz als Betätigung aufrichtiger Reue und damit als mildernder Umstand (StGB Art. 64) bewertet werden müsse, ist Rechtsfrage[95]).

Im Hinblick auf die Persönlichkeitsforschung unterstreicht Art. 13 StGB noch die richterliche Wahrheitsermittlungspflicht. Ist also nach Art. 13 StGB auch eine kantonale Kassationsinstanz gehalten, den Geisteszustand eines Beschuldigten untersuchen zu lassen, wenn sie an dessen Zurechnungsfähigkeit zweifelt, oder darf sie sich auf die Überprüfung von Rechtsfragen beschränken?

Wenn ein Kanton seinem erstinstanzlichen Richter eine umfassende Wahrheitsermittlungspflicht auferlegt, hat er dem StGB Genüge getan. Eine Verpflichtung, einen Instanzenzug einzurichten, besteht nicht. Macht das ein Kanton trotzdem, so ist er frei, ihn auszugestalten, sofern er dafür sorgt, daß das Ergebnis der ersten Instanz, das nach dem Sinn des StGB zustande kam[96]), wenigstens nicht verschlechtert wird. Ein Ausschluß neuer Überprüfung von Tatfragen kann aber das Ergebnis nicht verschlechtern, es beläßt es schlimmstenfalls im status quo antea. Insofern widerspricht die Beschränkung höherer Gerichtsinstanzen auf die Überprüfung von Rechtsfragen nicht der richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht des StGB. Man könnte das auch etwas formell so ausdrücken: der kantonale Gesetzgeber hat es in der Hand, eine obere Gerichtssinstanz

---

[94]) Vgl. BGE 68 (1942) IV S. 84, 70 (1944) IV S. 176, 71 (1945) IV S. 4 und 113; EMKG 3 (1936—1940) S. 50.

[95]) Semaine judiciaire 67 (1945) S. 65. — Vgl. auch SJZ 42 (1946) S. 142.

[96]) Freie richterliche Beweiswürdigung BStrP Art. 249; richterliche Wahrheitsermittlungspflicht.

dadurch zum reinen Rechtsrügegericht zu machen, daß es den Richtern verbietet, in relevanter Weise Tatfragen neu aufzurollen und damit Zweifel zum Beispiel gerade an den Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit beim Angeklagten zu hegen. Nötigenfalls ist es dem Kassationsgericht wohl unbenommen, dem Aktivlegitimierten ein Revisionsgesuch nahezulegen.

In ähnlicher Art läßt sich die Frage beim Schwurgericht/Gerichtshof stellen und lösen. Auch zwischen diesen beiden Organen sind die Funktionen des Strafrichters aufgeteilt[97]). Unsere unmittelbaren Vorbilder, Frankreich und Deutschland[98]), gingen ursprünglich davon aus, den Geschworenen nur die Tat-, dem Gerichtshof nur die Rechtsfragen vorzulegen, eine Trennung, die begrifflich sehr wohl[99]), in der Praxis aber nur äußerst schwierig durchzuführen ist. Deutschland ging deshalb bald dazu über, an die Geschworenen nicht mehr die Tat-, sondern die Schuldfrage zu stellen[100]) (1924 Übergang zum Schöffengericht), Frankreich behielt die Trennung in Tat- und Rechtsfragen im wesentlichen auch bei[101]), als anno 1941 nun ebenfalls das französische Verfahren dazu überging, die Geschworenen und den Gerichtshof in der Art der Schöffengerichte alle Fragen gemeinsam beantworten zu lassen.

---

[97]) Ich denke dabei an das eigentliche Schwurgericht (Zürich, Freiburg, Solothurn, Aargau, Thurgau, Genf), nicht an das sogenannte reformierte (Bern, Tessin, Waadt, Neuenburg), da die «Geschworenen» nach Schöffenart gemeinsam mit dem Gerichtshof über Schuld- und Straf- oder Tat- und Rechtsfragen beraten und abstimmen.

[98]) Nicht so in England, wo den Geschworenen von jeher die Schuldfrage vorgelegt wird.

[99]) Vgl. auch Couchepin, Le pourvoi en nullité au Tribunal fédéral contre les décisions rendues en matière pénale par des autorités cantonales, Semaine judiciaire 64 (1942) S. 242.

[100]) Einen guten Einblick in die Unsicherheit und Auseinandersetzung gewährt von Kräwel, Gegen die französische Fragestellung nach preußischem Recht, Goltdammer 3 (1855) S. 213.

[101]) Vgl. Donnedieu de Vabres, loc. cit. S. 720 und ff.

Unsere Strafprozeßordnungen stellen heute ihren Geschworenen, soweit das klassische Geschworenengericht überhaupt noch amtet, regelmäßig (nach deutscher und englischer Art) die Schuldfrage[102]). Das Problem, ob man die Geschworenen die Schuld- oder nur die Tatfrage entscheiden lassen wolle, hängt schließlich davon ab, ob man die Geschworenen geradezu als umfassende, allerdings volkstümliche Gesetzesinterpreten oder ob man sie lediglich als (mitunter an ein Gottesurteil erinnerndes) Beweiswürdigungsinstrument, also als reine Beweisrichter, verwenden will, was mehr einen gesetzgebungspolitischen denn einen rein juristischen Entscheid erheischt.

Ob nun die Geschworenen nur die Tat-, der Gerichtshof aber die Rechtsfragen[103]) (und damit die Subsumtion), oder ob die Geschworenen die eigentliche Schuldfrage beantworten, immer kann hintendrein der Gerichtshof in tatsächlicher Hinsicht an der Zurechnungsfähigkeit des von den Geschworenen als zurechnungsfähig betrachteten Beschuldigten zweifeln. Sind auch die allfälligen Zweifel

---

[102]) Vgl. für Zürich StrPO § 252, für Genf: Martin, Frédéric, La cour d'assises et le code pénal suisse, Genf 1942, contra Cornu, Charles, Le pourvoi en nullité et l'institution du jury, Z 59 (1945) S. 397. Im Kanton Thurgau scheint nach der jüngsten Praxis die Kriminalkammer die Subsumtionstätigkeit für sich zu beanspruchen und den Geschworenen nur die reinen Tatfragen zu überlassen; vgl. die nicht veröffentlichten Entscheide der thurgauischen Kriminalkammer vom 26. Mai 1943 i. S. Eberle und vom 20. März 1945 i. S. Casanova: in beiden Fällen war der Täter hinsichtlich des Sachverhaltes geständig, bestritt aber dessen rechtliche Subsumtion unter den gesetzlichen Begriff der Pflegekindschaft bzw. des Dienstbotenverhältnisses (StGB Art. 192), welche Rechtsfragen die Kriminalkammer selber entschied.

[103]) Da die Kantone frei sind, diese Funktionsteilung zwischen verschiedenen Gerichten überhaupt durchzuführen, steht es ihnen auch frei, das Verteilungskriterium zu bestimmen. Sie könnten hiezu einen eigenen, von der herrschenden Lehre und der Praxis des Bundesgerichtes abweichenden Begriff der Tat- und Rechtsfrage schaffen und verwenden, was allerdings kaum zweckmäßig wäre.

dieser Richter ähnlich jenen der kantonalen Kassationsrichter entgegen StGB Art. 13 irrelevant?

Die dem Gerichtshof auf jeden Fall jeweils vorbehaltene Strafzumessung bzw. Beurteilung der Maßnahmebedürftigkeit des Beschuldigten, bringt es heute notwendigerweise mit sich, daß der Gerichtshof sich mit der Persönlichkeit des Beschuldigten, also mit Tatfragen, eingehend auseinandersetzen muß. Zürich zum Beispiel sieht hiefür sehr zweckmäßig in StrPO § 272 und ff. eine Fortsetzung des kontradiktorischen Verfahrens mit der Möglichkeit eines neuen Beweisverfahrens vor. Den Gerichtshof dabei zwingen zu wollen, die Augen vor Zweifeln an der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten zu schließen, wäre krasse Unvernunft; ob er dabei allerdings zuständig sein soll, die die Zweifel nährenden Tatsachen selber abschließend zu würdigen, oder ob er diese Tatfragen nochmals den Geschworenen vorlegen müsse, ist eine interne Verfahrensfrage[104]); entscheidend ist, daß der Gerichtshof überhaupt die Möglichkeit haben muß, die Frage der Zurechnungsfähigkeit erneut aufzurollen, es sei denn, die Geschworenen hätten die von ihm angerufenen Tatsachen schon ausdrücklich gewürdigt.

Bei dieser Rechtslage sollte der Gerichtshof auch in der Lage sein, die Strafe im Sinne des Art. 63 und ff. StGB zu finden, obschon der Schuldspruch von einem anderen stammt und dem Gerichtshof dessen Begründung de iure unbekannt bleibt; denn der «Schuldspruch» enthält die Bejahung einer Anzahl von Tatfragen, vielleicht auch die Subsumtion des bejahten Sachverhaltes unter bestimmte Tatbestände des Gesetzes und evtl. die Bejahung bestimmter Strafschärfungs- oder -milderungsgründe. Es ist weder die Aufgabe der Geschworenen, noch bietet ihnen die heute übliche Fragestellung die Möglichkeit dazu, die Persön-

---

[104]) Gemäß Rechenschaftsbericht des thurgauischen Obergerichtes, der thurgauischen Rekurskommission usw. von 1931 S. 58 verlangt das thurgauische Kassationsgericht Rückweisung dieser Tatfrage an die Geschworenen.

lichkeit des Beschuldigten im Hinblick auf die Strafzumessung und die Maßnahmenbedürftigkeit abschließend zu beurteilen; hier bleibt im Rahmen des Entscheides der Geschworenen freies Feld für die selbständige Tätigkeit richterlicher Strafzumessung oder eines richterlichen Maßnahmenerkenntnisses.

Insofern sind auch unsere heutigen klassischen Schwurgerichtsverfahren mit den Postulaten des materiellen Rechtes vereinbar. Ob das klassische Schwurgerichtsverfahren auch zweckmäßig sei — diese gesetzgebungspolitische Frage ist hier wohl nicht wieder ins Rollen zu bringen[105]).

Schlußfolgerungen:

1. Aus der Natur des Strafrechtes lassen sich folgende voneinander kaum scharf zu trennende Prinzipien ableiten, die das Strafprozeßrecht beachten muß:
   a) Erforschung der materiellen, nicht bloß der formellen Wahrheit,
   b) Vorgehen nach Offizial-, nicht nach dem Verhandlungsprinzip,
   c) Wahrheitsermittlung nach dem richterlichen Instruktionsprinzip, nicht gemäß einer sogenannten Beweislastverteilung.
2. Von diesen Forderungen darf nur bei der Verfolgung der Antragsdelikte abgewichen werden.
3. Dem Strafrichter soll auch gegenüber den Feststellungen eines zivilprozessualen oder öffentlich-rechtlichen, insbesondere Verwaltungsverfahrens das Recht und die Pflicht der freien Beweiswürdigung zustehen; den rechtsgestaltenden Handlungen dieser Instanzen trägt jedoch auch der Strafrichter Rechnung.
4. Das Verbot der reformatio in peius wird durch die unter 1. genannten Forderungen nicht angetastet, da schon durch die (nicht anzufechtende) Zulassung von Rechts-

[105]) Es möge der Hinweis auf die Verhandlungen des 73. Juristentages genügen. Vgl. Zeitschrift f. schweiz. Recht 57 (1938).

mitteln das Dispositionsprinzip in diesem Umfang zugelassen wird; das Verbot der reformatio in peius ist lediglich eine etwas large Handhabung dieser erlaubten Prinzipwidrigkeit.

5. Die Teilung in Rechts- und Tatfragen oder in Schuldfrage und Strafzumessung sowie die Beschränkung einzelner richterlicher Organe dadurch, daß sie die Feststellungen anderer nicht anzweifeln dürfen, ist so lange mit den unter 1. geforderten Grundsätzen vereinbar, als bei der Beantwortung aller aufgeteilten Fragen keine der unter 1. geforderten Grundsätze mißachtet wurden.

§ 7. Die Abklärung des objektiven und subjektiven Sachverhaltes und das kantonale Strafprozeßrecht.

Die Frage, ob das Prozeßrecht den subjektiven und objektiven Sachverhalt in jeder Hinsicht und in jedem Verfahrensstadium richtig abkläre, ist wohl die wichtigste, die das materielle Strafrecht an das Prozeßrecht zu stellen hat. Es mag dabei darauf hingewiesen werden, daß das StGB sich nicht grundsätzlich vom alten Strafrecht unterscheidet; das ist vorerst der Fall im Bereich des Objektiven, aber ebenso in dem des Subjektiven; denn auch das alte materielle Strafrecht kannte — vielleicht stellenweise mehr in Ansätzen als in vollendeter Ausbildung —, was heute die subjektive Seite einer Tat genannt wird: sei es eine allgemeine Schuldform, sei es eine einem bestimmten Tatbestand eigene besondere innere Anteilnahme des Täters an seiner Tat. Insofern ist auch die Aufgabe des kantonalen Strafprozeßrechtes unter dem StGB nicht grundsätzlich neu.

I. Gemeinsames für den objektiven und subjektiven Sachverhalt: Der Strafprozeß kann seiner Aufgabe nur gerecht werden, wenn es ihm gelingt, die materielle Wahrheit, soweit sie überhaupt bedeutungsvoll ist

(vgl. § 6), abzuklären. Diese Abklärung kann auf drei Arten geschehen[106]):

a) nicht durch das erkennende Gericht, sondern abschließend in einem Vorverfahren (Wallis),
b) ausschließlich durch den erkennenden Richter ohne Vorverfahren (zum Beispiel Freiburg Art. 17 Ziff. 6),
c) teils im Vorverfahren, teils durch den erkennenden Richter, und zwar zu gleichen oder ungleichen Teilen (und wenn zu ungleichen Teilen, dann mit dem Schwerpunkt entweder hier oder dort). — Diese dritte ist die häufigste Lösung.

Das Strafrecht als zwingendes Recht fordert materielle Wahrheit. In welchem Verfahrensstadium diese ermittelt wird, ist unerheblich. Zwingend vorgeschrieben ist nur das Ziel, nicht der Weg. Zu beantworten aber bleibt die Frage, ob die drei Wege gleich zweckmäßig seien, oder ob nicht der eine zu mehr Fehlerquellen führe.

Sofern heute noch der Richter allein, das heißt ohne Vorverfahren, die Wahrheit ermittelt, kann das nur in ausnahmsweise einfach liegenden Verhältnissen geschehen, wo zum Beispiel ein Verblassen oder Verschwinden der Beweise bis zur richterlichen Beweiserhebung nicht zu befürchten ist. Im übrigen aber muß dieses allzu einfache Verfahren versagen.

Auch das entgegengesetzte Verfahren (Wahrheitsermittlung nur im Vorverfahren) befriedigt nicht. Es hat den großen Nachteil, daß der Richter nichts vom Sachverhalt mit den eigenen Sinnen wahrnehmen kann. Gegenüber einem solchen Richter muß man dieselben Vorbehalte anbringen wie gegenüber einem Zeugen, der nichts mit eigenen Augen gesehen hat, sondern nur eine Beschreibung Dritter weitergeben kann. Dieser Untersuchungsmodus führt zur Mittelbarkeit und Schriftlichkeit. An die Stelle der Zeugen tritt das Protokoll über ihre Aussagen, an die des Sach-

---

[106]) Vgl. von Cleric, Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit im Strafprozeß, SJZ 12 (1915/16) S. 41.

verständigen dessen Gutachten, an die eines Augenscheines wieder ein Protokoll, eine Lageskizze, eine photographische Aufnahme. Selbst der Angeklagte wird durch den Richter nicht mehr einvernommen; er kann sich schriftlich verteidigen oder verteidigen lassen (zum Beispiel Wallis Art. 282 [4]), brauchte im Grunde genommen gar nicht vor den Richter zu treten (in Nidwalden [§ 42] kann sich der Angeklagte «in leichten Straffällen» durch eine Gebühr von 10 bis 25 Fr. von der Pflicht zum Erscheinen vor dem Richter «loskaufen»). — Ob dieses Verfahren geeignet sei, einen Sachverhalt festzuhalten und die genaue Kenntnis eines Sachverhaltes an andere weiterzugeben, hängt vom Charakter des Sachverhaltes ab. Nur was gut beschrieben oder abgebildet werden kann, eignet sich für das schriftliche und mittelbare Verfahren. Das trifft oft für den objektiven Sachverhalt zu, selten für die Gesamtpersönlichkeit des Angeklagten und damit seine Schuld, Strafempfindlichkeit, Maßnahmebedürftigkeit sowie sein zukünftiges Wohlverhalten (StGB Art. 41). Hier handelt es sich um subtile psychologische Vorgänge und Tatsachen, die nur in unmittelbarem Kontakt von Mensch zu Mensch, aus Bewegungen, Minenspiel und Aussehen, aus dem Tonfall, der Art zu antworten und ähnlichen Erscheinungen, die protokollarisch nicht festgehalten werden können, mehr herauszufühlen als festzustellen sind. Das gilt zum großen Teil auch im Hinblick auf den Wahrheitsgehalt und die inhaltliche Tragweite von Zeugenaussagen. Die persönliche Wahrnehmung des Richters kann auch nicht durch beschreibende oder Gebärdenprotokolle, wie sie etwa Obwalden[107]) vorsieht, ersetzt werden.

[107]) StRV Art. 60: «Der Verhörrichter ist gehalten, das Benehmen des Inkulpaten während den Verhören zu Protokoll zu nehmen. Eine Aufzeichnung geschieht besonders bei vorzüglich charakterisierenden Erscheinungen und entscheidenden Momenten, entweder gleich bei Äußerung derselben oder aber am Ende des Verhörs, immer jedoch so, daß von dieser Aufzeichnung dem Angeschuldigten nichts zur Kunde kommt.» — Falls der letzte Nachsatz die Bedeutung hat, dieser Teil des Protokolls sei dem Einver-

So mag unter Vorbehalt dessen, was unter III. zu sagen sein wird, vorläufig festgehalten werden, daß das schriftliche und mittelbare Verfahren sich insofern kaum eignet, als der Richter die Gesamtpersönlichkeit des Angeklagten in Vergangenheit und Zukunft im Hinblick auf seine Schuld, Strafempfindlichkeit, Maßnahmenbedürftigkeit und (zukünftiges) Wohlverhalten beurteilen muß; ähnliche Überlegungen gelten für die richterliche Würdigung der Zeugenaussagen (deren Wahrheit, deren Sinn).

So erscheint nicht die durchgängige einseitige Beweiserhebung im Vorverfahren oder vor dem erkennenden Richter als zweckmäßig, sondern eine Verbindung der beiden Prinzipien, damit je nach der Natur des zu Erforschenden das Schwergewicht der Wahrheitsermittlung in die Vor- oder Hauptverhandlung gelegt werden kann.

II. Überall erscheint bei uns heute im Strafprozeß[108]) das Parteimäßige. Im Interesse der Wahrheitsfindung verhandeln die beiden Parteien (Ankläger und Angeklagter) kontradiktorisch vor dem erkennenden Richter, um ihm den Prozeßstoff darzulegen und zu erläutern, allerdings ohne dabei über den Prozeßstoff zu verfügen[109]). Um der Anklage und der Verteidigung möglichst das gleiche Gewicht zu geben, wird die Verteidigung[110]) zum mindesten bei körperlichen und geistigen Mängeln des Angeklagten (taub, stumm, geisteskrank, minderjährig)[111]) und bei den schwereren Straftaten in die Hände eines Rechtsanwaltes gelegt — eine Maßnahme, deren großzügige Anwendung

---

nommenen auch nicht vorzulesen und von ihm nicht zu unterzeichnen (Art. 54 loc. cit.), dürfte ihm wohl nur ein sehr zweifelhafter Wert zugeschrieben werden.

[108]) Zum mindesten in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Richter. Im Untersuchungsverfahren ist der Inquisit mitunter noch mehr Gegenstand des Verfahrens als Partei.

[109]) Vgl. Burckhardt, Einführung, S. 178 und ff.

[110]) Außer Obwalden.

[111]) Über die Verteidigung Jugendlicher und ihre möglichst wirksame Gestaltung im Interesse der Wahrheitsfindung vgl. SJZ 41 (1945) S. 204.

und Verbreitung im Interesse der Wahrheitsfindung sehr zu begrüßen ist. Daß eine solche qualifizierte Verteidigung nicht für alle Bagatellsachen verlangt werden darf, ist ökonomisch zu begründen. Die Bedeutung eines Prozesses für den Staat sowie für den Angeklagten sollte aber heute nicht mehr allein danach bemessen und die Frage, ob ein amtlicher Verteidiger zu bestellen sei, sollte heute nicht mehr ausschließlich danach entschieden werden, ob eine längere Freiheitsstrafe[112]) in Aussicht stehe. Gibt es doch Fälle, da nicht über solche Freiheitsstrafen, wohl aber über lange und einschneidende Verwahrungen und Versorgungen zu befinden sein wird[113]), ohne daß der Angeschuldigte seine prozessuale Handlungsfähigkeit eingebüßt hat; solche Prozesse können für den Einzelnen wie für den Staat sehr bedeutungsvoll sein, so daß die baselstädtische Lösung[114]) durchaus nachahmenswert erscheint, die eine amtliche Verteidigung unter anderem dann ermöglicht, wenn eine Verwahrung zu erwägen ist; im Ergebnis ähnlich geregelt ist die Verteidigung in Zürich[115]), Appenzell Außer-Rhoden[116]) und St. Gallen[117]), wo «unter besonderen Umständen», «ausnahmsweise» oder «in wichtigen Fällen» ein amtlicher Verteidiger zu bestellen ist, bzw. gestellt werden kann[118]).

---

[112]) Zug, Gerichtsorganisationsgesetz § 27, Schaffhausen StrPO Art. 39: je eine Freiheitsstrafe von über 6 Monaten.

[113]) StGB Art. 14, 15, 44 und 45.

[114]) StrPO § 10 Lit. 6 — ähnlich Real, zitiert in Anm. 139.

[115]) StrPO § 11 Ziff. 3.

[116]) StrPO Art. 104.

[117]) StrRPfl. Art. 7.

[118]) Zur Verteidigung in Strafsachen vgl. insbesondere Pfenninger, Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren, Festgabe für Emil Zürcher, Bern 1920. — Zuber Walter, Die Entwicklung der Verteidigung im Strafprozeß und ihre heutige Ausgestaltung, Zürcher Diss. 1941. — Hinsichtlich der besonderen Verhältnisse im Jugendstrafrecht: Schneider, Robert, Die Verteidigung im schweiz. Jugendstrafrecht, Zürcher Diss. 1944.

III. Hier darf auch daran erinnert werden, daß — soviel ich sehe — kein Strafprozeß Hand dazu bietet, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen gegen seinen Willen vermittels Einweisung in eine Anstalt oder ambulanter Beobachtung durch einen Psychologen oder Psychiater gutachtlich überprüfen zu lassen. Und doch gibt es Fälle, gerade bei Kindern, deren Zeugenqualität außerordentlich verschieden ist[119]), da der Richter oder Untersuchungsrichter einer sachverständigen Hilfe kaum oder überhaupt nicht entbehren kann, um die Wahrheit zu finden. Nicht immer haftet der Verdacht des falschen Zeugnisses so dicht am Zeugen, daß er unter diesem Vorwurf in die Untersuchung einbezogen und als Beschuldigter begutachtet werden kann — eine Lösung, die gemäß mündlicher Mitteilung Staatsanwalt Dr. Schlatter in Aarau schon wählen konnte.

IV. Der objektive Sachverhalt: Die Bedeutung der Abklärung des objektiven Sachverhaltes ist gegenüber früher nicht geringer geworden. Das StGB ist Strafrecht in dem engeren Sinne geblieben, daß der Täter nicht nur den deliktischen Willen gehabt, sondern ihn auch betätigt haben muß. Es genügt also nicht — etwa wie in Art. 7 des Sowjetstrafgesetzbuches von 1926[120]) —, daß der zu Maßregelnde durch seine Verbindung mit verbrecherischen Kreisen oder durch seine frühere verbrecherische Tätigkeit eine Gefahr bedeute. In dieser Zurückhaltung unseres Strafrechts liegt eine weise Selbstbeschränkung des Menschen, der sich nicht anmaßen darf zu behaupten, das Innere eines andern zu kennen, es sei denn, der andere habe ihm sein Inneres unzweideutig und sinnlich wahrnehmbar eröffnet[121]). Dies gilt sogar im Jugendstrafrecht: der Straf-

[119]) Vgl. etwa Groß/Seelig, Handbuch der Kriminalistik, Berlin-München 1942, Bd. I S. 135.

[120]) Vgl. die Besprechung dieses Gesetzes durch Gleispach in Z 41 (1928) S. 341.

[121]) Hier liegt wohl auch die Schwelle, vor welcher man einen Versuch — mag man ihn nun so oder so umschreiben — nicht wird annehmen und bestrafen dürfen.

richter darf auch gegenüber einem Kinde oder Jugendlichen nur dann mit seinen erzieherischen oder heilenden Maßnahmen aufrücken, wenn von ihm «eine durch dieses Gesetz mit Strafe bedrohte Tat» begangen worden ist[122]); eine noch so große Verwahrlosung oder Gefährdung allein genügt nicht für ein Eingreifen des Strafrichters; insofern ist auch unser Jugendstrafrecht Straf- und nicht Fürsorgerecht.

Durch das StGB ist der subjektive Sachverhalt als gleichberechtigt neben den objektiven aufgerückt, ohne aber diesen zu verdrängen. So ist auch dem modernen Verfahrensrecht die Aufgabe gestellt, den objektiven Sachverhalt so weit abzuklären, daß der Richter die Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand vornehmen kann, denn diese Subsumtion ist die gesetzliche Voraussetzung für jede strafrechtliche Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Täters.

So kommt es, daß das neue Recht hinsichtlich der Abklärung des objektiven Sachverhaltes nichts Neues verlangt. Eines mag erwähnt werden: man soll die objektive Abklärung nicht weiter treiben, als sie — vielleicht auch im Hinblick auf die subjektive Einstellung des Täters — getrieben werden muß; denn die Erforschung unbedeutender Nebensächlichkeiten lenkt von dem anderen Hauptthema, dem Subjektiven, ab; so kann etwa der Drang, abzuklären, ob der Felddieb über den Zaun geklettert oder unten durchgeschlüpft ist, dazu führen, daß man übersieht, nach seinen Motiven zu forschen.

V. Der subjektive Sachverhalt: Man mag damit die innere Beziehung zwischen dem Täter und seiner Tat, dem objektiven Sachverhalt, sowie die innere Beziehung des Täters zur Unrechtsfolge verstehen. Jede Straftat hat ihre subjektive Seite; so wenig es ein Delikt ohne objektiven Sachverhalt geben kann, so wenig ist heute ein Delikt

[122]) StGB Art. 82 [2] und 89. — Dasselbe gilt bei den unzurechnungsfähigen Erwachsenen, StGB Art. 14 und 15. — Näheres hierüber bei Germann in Z 60 (1946) S. 161, insbes. 165 und ff.

ohne subjektiven Sachverhalt möglich. Den wichtigsten Teil dieses allen Straftaten gemeinsamen subjektiven Sachverhaltes nennt man die Schuld, StGB Art. 18.

Die Schuld ist aber nicht nur notwendiger Teil jeder Straftat, sondern auch die Grundlage für die Strafzumessung und Strafwahl.

Gemäß Art. 63 bestimmt sich die Strafe in erster Linie nach dem Verschulden, für schwere Schuld hohe Strafe, für leichte Schuld niedere Strafe; das ist das Prinzip der gerechten Sühne: für gleiche Schuld gleiche Strafe.

Dabei kann nur die Schuld zur Zeit der Tat gemeint sein; daran ändert nichts, daß die Schuld des Täters auch aus seinem Vor- und «Nachleben» (die Zeit zwischen Tat und Urteil) erkannt werden soll; weiter sind die «Beweggründe» und die «persönlichen Verhältnisse» nicht von selbständiger Bedeutung, sondern sie sollen im Interesse der richtigen Schuldbemessung berücksichtigt werden. Damit ist die Schuld von der Gesamtpersönlichkeit des Täters zur Zeit der Tat nicht zu trennen. Wer also im Sinne des Art. 63 eine Strafe richtig zumessen will, muß die Gesamtpersönlichkeit des Täters zur Zeit der Tat kennen — wohl eine übermenschliche Forderung, die oft nur zu Annäherungswerten führt, die aber dem Verfahrensrecht die Richtung weist.

Zur richtigen Strafzumessung gehört aber auch noch die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit, worauf das Gesetz wenigstens bei der Buße ausdrücklich hinweist (StGB Art. 48 Ziff. 2). Das Prinzip der gerechten Sühne ist aber auch bei den Freiheitsstrafen nur dann gewahrt, wenn auf gleiche Schuld das gleiche Strafübel folgt, wobei für einen das tägliche Brot verdienenden Familienvater 14 Tage Haft gleich schwer in die Waagschale fallen können wie für einen Vaganten, der für die kalte Jahreszeit eine Unterkunft im Gefängnis sucht, eine Freiheitsberaubung vom Herbst bis weit in den warmen Frühling. Die Strafempfindlichkeit ist, ähnlich wie die Schuld, nur aus der Gesamtpersönlichkeit richtig zu verstehen, erfordert aber

peren Beurteilung nicht in der Vergangenheit, sondern in der Zukunft, während des Strafvollzuges. In diesen Zusammenhang gehört auch die richtige Berücksichtigung der «Fernwirkungen» der Strafe, Verachtung, Mißtrauen, Arbeitslosigkeit und Vereinsamung[123]), die erst die mögliche Folge der Strafe sind und noch ferner in der Zukunft liegen.

Damit verlangt das StGB vom Verfahren ganz klar, daß es den Richter in die Lage versetze, die Gesamtpersönlichkeit, das ist die subjektive Seite des Angeklagten in Vergangenheit (Zeit der Tat) und Zukunft (Strafvollzug und Zeit der Fernwirkungen) möglichst eingehend zu erfassen.

Diese Forderung wird durch den zweiten Strafzweck, die Besserung, unterstrichen. In Art. 63 wird er zwar nicht erwähnt. Die herrschende Lehre[124]) billigt ihm aber grundsätzlich einen Einfluß auf die Strafzumessung zu — und ich glaube mit Recht. Es wäre eine wenig sinnvolle Auslegung des StGB, das den Gedanken der Besserung bei den Maßnahmen, dem bedingten Strafvollzug, dem bedingten Aufschub des Strafentscheides und in der Ausgestaltung des Vollzuges der Freiheitsstrafen weitgehend berücksichtigt, wenn man den Zweck der Strafe ausschließlich in gerechter Sühne sähe. So ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des Art. 63, aber aus dem StGB als Ganzem, daß der Richter auch den Besserungserfolg im Auge behalten soll — was wiederum eine Prognose im Hinblick auf die Gesamtpersönlichkeit des Täters zur Zeit des Strafvollzuges und noch später bedeutet.

Ähnliches verlangt vom Verfahren das moderne Maßnahmenrecht. Der Entscheid, ob ein Beschuldigter mit einer Strafe oder einer Maßnahme zu belegen sei, und sofern mit einer Maßnahme, dann mit welcher — ein solcher Entscheid setzt eine mindestens so eingehende Diagnose und Prognose voraus, wie sie für die richtige Straffindung ver-

[123]) Germann, Z 49 (1935) S. 312.

[124]) Hafter, AT S. 345; Logoz S. 268; Petrzilka S. 89/90; Maurer, Die Strafzumessung, Zürcher Diss. 1945, S. 35 und ff.

langt werden muß; nur erfaßt diese neue Untersuchung wieder neue Gebiete: Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (StGB Art. 14), Heil- und Pflegebedürftigkeit (Art. 15), Gemeingefährlichkeit (Art. 16), Gewohnheitsverbrechertum (Art. 42), Arbeitsscheu (Art. 43), Entwöhnung von Gewohnheitstrinkern und Rauschgiftkranken überhaupt (Art. 44 und 45).

Zum Verfahren, wenn es sich um einen Verwahrungs- und Versorgungsentscheid im Sinne der Art. 14 und 15 des StGB handelt, noch zwei Bemerkungen: Es ist davon auszugehen, daß das Maßnahmenrecht keine quantité négligeable ist, daß die Voraussetzungen von Maßnahmen ebenso sorgfältig zu prüfen sind wie die von Strafen. Die Bezeichnung des Richters als anordnende Instanz in den Art. 14 und 15 StGB hat bei der Bedeutung des Entscheides für die persönliche Freiheit des Beschuldigten sowie für seine oder des Staates Finanzen ihre volle Berechtigung, so daß Zürich, StrPO § 391 [2], das diese Kompetenz der Strafuntersuchungs- oder Anklagebehörde zuteilt, wohl bundesrechtswidrig ist; eine solche Zuständigkeitsordnung will das StGB gerade verhindern. — Die Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten kann sich durchaus auf die Tat beschränken; später kann er wieder prozessual handlungsfähig sein. Bestreitet er die Täterschaft, so wird der Richter (meistens die Überweisungsbehörde, möglicherweise aber das erkennende Gericht) ein kontradiktorisches Beweisverfahren durchführen müssen, um den wahren Sachverhalt herauszufinden, denn Gefährlichkeit ohne Tat rechtfertigt keine Verwahrung oder Versorgung nach StGB. Ob es dann das Kriminal- oder das Schwurgericht sei, das diese erkennende Tätigkeit ausübt, bleibt eine Frage des kantonalen Rechtes, sofern nur ein unabhängiger Richter entscheidet[125]).

Das moderne Recht verpflichtet also grundsätzlich (Einzelheiten ergeben sich aus dem konkreten Straf-

[125]) Vgl. Vierteljahresschrift f. Aarg. Rechtsprechung 42 (1942) Nr. 45 und 47.

rahmen) den Richter, zu wählen zwischen Zuchthaus, Gefängnis und Buße, die Höhe der gewählten Strafart zu bestimmen, ihren Vollzug je nach dem Charakter des Verurteilten aufzuschieben, unter Umständen sogar von einer Bestrafung ganz abzusehen, oder an die Stelle der Strafe vorläufig oder endgültig eine bessernde, heilende oder sichernde Maßnahme zu setzen; dadurch verlangt es vom Richter im Hinblick auf die Gesamtpersönlichkeit des Täters in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft außer dem grundlegenden rechtlich-normativen einen pädagogischen, psychologischen oder psychiatrischen Entscheid; und vom Verfahren verlangt infolgedessen das moderne materielle Recht, dem Richter alle diese Grundlagen zu geben, das heißt die Untersuchung und die Gerichtsverhandlung außer in rechtlich-objektiver auch in subjektiver, insbesondere pädagogischer, psychologischer und psychiatrischer Richtung zu führen, sonst steht zum vornherein fest, daß der Richter die Gebote des materiellen Rechtes nicht erfüllen kann.

VI. Bieten die kantonalen Verfahrensordnungen Gewähr für solche Untersuchungen? Nein, jedenfalls nur eine Minderzahl. Sie schließen sie aber auch nicht geradezu aus, obschon sie teilweise noch sehr weit in die Geisteswelt der Erfolgshaftung zurückreichen, zum Beispiel Schwyz, § 251 betreffend das Verfahren vor den Bezirksgerichten:

«Bei der Beurteilung des Falles prüft das Gericht an Hand der Untersuchungsakten in erster Linie:

a) ob der objektive Tatbestand des Vergehens hergestellt sei. Wenn derselbe der Natur nach nicht ausgemittelt werden kann, genügt hiezu das Geständnis des Angeschuldigten;

b) bei Eigentumsdelikten, ob der Wert der Sache und, wo er ausgemittelt werden kann, der Betrag des Schadens erhoben sei.

Die Angabe des Geschädigten genügt, wenn von seiten des Angeklagten dagegen nicht Einsprache er-

hoben wird und dieselbe glaubhaft ist. Dem Geschädigten kann auf seine Angabe der Schätzungs- oder Ergänzungseid von dem Untersuchungsrichter oder Richter übertragen werden. Der Richter kann aber eine solche Eidesofferte auch ablehnen (zum Beispiel wegen persönlichen oder sachlichen Gründen oder Irrelevanz);

c) ob der Angeschuldigte des Vergehens geständig oder überwiesen sei.

Das Gericht liest die Untersuchungsakten, soweit dies zur Entscheidung obiger Fragen notwendig ist.»

Eine persönliche Befragung durch den erkennenden Richter ist nicht vorgesehen; ja, trotz der heutigen Verkehrsverhältnisse kann nach § 247 loc. cit. der Angeklagte wegen Aufenthaltes außerhalb des Bezirkes (!) vom persönlichen Erscheinen befreit werden[126]). — Hier und in andern ähnlich liegenden Fällen drängt die Strafprozeßordnung dem Richter eine Persönlichkeitsforschung recht wenig auf. Insbesondere neuere Strafprozeßordnungen, etwa Glarus (§ 48), Basel-Land (§ 57), Neuenburg (Art. 112), Genf (Art. 57) fordern aber unzweideutig eine Abklärung der Persönlichkeit. «Die Untersuchung soll sich auch auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten erstrecken, wie Vererbung, Erziehung, Milieu usw., welche bei der Beurteilung in Betracht kommen können. Der Verhörrichter kann bei den Behörden wie Armenpflegen, Waisenämtern und bei gemeinnützigen Fürsorgestellen Erkundigungen einziehen.» (Glarus, loc. cit.)

Je nachdem, ob das schriftliche und mittelbare oder mündliche und unmittelbare Verfahren bessere Früchte bringt, soll auf die Persönlichkeitsforschung im Vor- oder im Hauptverfahren mehr Gewicht gelegt werden.

---

[126]) Dabei sind die Schwyzer Bezirke nicht besonders groß. Der längste Durchmesser durch den Kanton (vom Rigi nach Grynau am Linthkanal) beträgt etwa 42 Kilometer; der Kanton ist aber in 6 Bezirke eingeteilt.

VII. Die heute im Vorverfahren üblichen Erkenntnismittel sind Leumunds-[127]) und Vorstrafenberichte (im militärischen Verfahren zudem das militärische Führungszeugnis), Straf- und Zivilakten (Scheidungsakten!), Akten von Fürsorgeorganen, handgeschriebener Lebenslauf, Begutachtung, eingehende protokollarische Einvernahme. — Da die Polizeikommandi meist eigene Straf- und Bußenkontrollen führen, die nicht nur die Verurteilungen, sondern auch die sistierten Untersuchungen und die gemäß StGB und Strafregisterverordnung gelöschten und die in das eidgenössische Strafregister nicht einzutragenden Strafen und Maßnahmen enthalten, kann durch polizeiliche Erhebungen die spezifisch strafrechtliche Vergangenheit des Inkulpaten heller beleuchtet werden, als selbst das StGB es eigentlich haben möchte. Der Gutachter schließlich wird, sofern die Fragestellung ihm das nicht verbietet, «nicht nur die Zurechnungsfähigkeitsfrage beantworten, sondern wesentlich dazu beitragen, vom Angeklagten ein Familienbild und eine innere und äußere Lebensgeschichte zu entwerfen und dem Gerichte zugänglich zu machen», sowie die Psychologie der Tat behandeln[128]). Sofern dabei der Gutachter weitere Zeugen hört, um durch eigene Erhebungen den vorhandenen Stoff zu ergänzen, ist zu beachten, daß diese Aussagen nicht unter dem rechtlichen Zwang zur Wahrheit gemacht wurden. Nach einer mündlichen Mitteilung von Prof. M. Bleuler kann sich die Tatsache, daß das psychiatrische Gutachten nicht nur von den Richtern, sondern außerdem vom Exploranden und schließlich oft auch von den Gerichtsberichterstattern gelesen wird, auf die Offenheit und Ausführlichkeit des Gutachtens nachteilig auswirken; es liegt nicht immer im

---

[127]) Einzelne Kantone geben ihren Organen «Anleitungen für Leumundsberichte». Die Vorschrift der thurgauischen StrPO von 1867 (§ 25), wonach Leumundsberichte nur von einheimischen Kirchenvorsteherschaften und von den zuständigen auswärtigen Behörden beigezogen werden dürfen, bedarf wohl der Ergänzung.

[128]) A. Zolliker, Z 60 (1946) S. 147/148.

Interesse eines Kranken, insbesondere eines Geisteskranken, alles über sich zu wissen; trotzdem ist eine «vertrauliche» Orientierung der Richter nicht ins Auge zu fassen, da sie die Parteiöffentlichkeit des Verfahrens verletzen, einen Teil des Prozeßstoffes der Kontrolle der Parteien entziehen würde. Zur Erhärtung dessen, was so an den Tag gefördert wird, empfiehlt es sich, die Darstellungen des Beschuldigten mit den Angaben Dritter zu vergleichen, und umgekehrt den Beschuldigten zu den Angaben Dritter über ihn Stellung nehmen zu lassen.

VIII. Am besten könnten die nahen Angehörigen über die Person des Beschuldigten Auskunft erteilen; es sind dies aber gerade jene nahen Verwandten, denen das Prozeßrecht jeweils ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt. Eine Möglichkeit, die Persönlichkeitsforschung in dieser Richtung weiter auszubauen, deutet Zürich[129]) an: In seinem Jugendstrafverfahren anerkennt es das Zeugnisverweigerungsrecht mit Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nur, wenn der Zeuge durch Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden ist oder wenn er sich selbst oder einen nahen Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. Der Gedanke ist der Prüfung wert. Ist es einem Menschen angesichts des eminenten öffentlichen Interesses (und oft des ebenso eminenten Interesses des Beschuldigten selbst) an richtiger Beurteilung der persönlichen Verhältnisse wirklich nicht zuzumuten, wenigstens über die persönlichen Verhältnisse des beschuldigten nahen Verwandten, nicht über seine Straftat, auszusagen? Das Zeugnisverweigerungsrecht des nahen Verwandten stammt aus einer Zeit, da es sich darum handelte, über die Tat, nicht über den Täter Klarheit zu schaffen.

IX. Was die richterliche Persönlichkeitsforschung in der Hauptverhandlung anbelangt, so ist an erster Stelle die eingehende persönliche Befragung über die persönlichen

---

[129]) EG StGB Art. 41 [2].

Verhältnisse und über die Tat zu überprüfen. Jeder, der nur über geringe Erfahrung in der Behandlung und Beurteilung von Menschen verfügt, muß bestätigen, daß ein noch so dicker Aktenthek kein abschließendes Bild eines Menschen vermitteln kann, daß manches erst im persönlichen Verkehr von Mensch zu Mensch sich offenbart. Ich erinnere mich einer Angeklagten vor dem Zürcher Obergericht, die einige kleinere Betrüge begangen hatte; was an Vorakten einschließlich zahlreicher Fürsorgeakten aufzustöbern war, war fleißig zusammengetragen; das Bild, das sich aus diesem Aktenmaterial ergab, ließ das Gericht nicht daran zweifeln, daß hier der bedingte Strafvollzug zu gewähren sei; dieses Bild wurde bestätigt durch ein kurzes und förmliches, vor den Schranken abgelegtes Geständnis; als sich aber der Präsident, vom Zufall oder von seiner Intuition geleitet, über eine Nebensache längere Zeit mit der Angeklagten in freier Rede und Gegenrede unterhielt, brach plötzlich deren wahrer Charakter durch die hübsche Schale; die neue Erkenntnis wirkte wie ein Schlag — eine fünf Minuten dauernde mündliche Verhandlung hatte den wahren uneinsichtigen Charakter besser aufgedeckt als stundenlanges Aktenstudium. Es ist deshalb nicht nur unzweckmäßig, sondern ein Verstoß gegen die richterliche Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit auch in subjektiver Hinsicht, wenn die kantonalen Strafprozeßordnungen die persönliche Befragung des Angeklagten vor dem erkennenden Gericht zur Person und zur Sache nicht zwingend vorschreiben; dabei ist weniger wichtig, worüber — als daß er überhaupt einvernommen wird und in persönlichen Kontakt mit seinen Richtern kommt. So sieht Basel-Stadt (§ 188) eine einläßliche Abhörung des Angeklagten wenigstens über die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen (also zur Sache) vor. Bei älteren Prozeßordnungen wie zum Beispiel Luzern (§ 189), Schwyz (§ 249), Obwalden (Art. 83), Thurgau (§ 46) und Wallis (Art. 284), nicht aber bei den jüngsten wie Nidwalden (§ 42) und Glarus (§ 127) ist das Fehlen jeglicher

obligatorischen Einvernahme historisch verständlich, trotzdem schon Constantin Siegwart-Müller in seiner 1833 in St. Gallen erschienenen Schrift «Das Strafrecht der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell» (auf S. 118 und ff.) mit einer heute noch nicht Gemeingut gewordenen Einsicht die Abklärung der Persönlichkeit forderte. — Auch die Regelung von St. Gallen, wonach nur der nichtgeständige Angeklagte (Art. 145 — gemeint ist wohl nur zur Sache), nicht aber der geständige (Art. 133—137) vom Richter einzuvernehmen ist, kann nicht befriedigen. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Geständnis die richterliche Persönlichkeitsforschung ausschließen sollte. — Sinnvoll sind die Strafprozeßordnungen von Zürich (§ 178a)[130]), Basel-Land (§ 123), Neuenburg (Art. 204) und Genf (Art. 308). So lautet Neuenburg Art. 204 [1]: «Le président interroge lui-même le prévenu, de façon que le tribunal soit orienté sur les faits de la cause. Art. 137: L'interrogatoire du prévenu a pour but aussi bien d'établir les faits de la prévention et de renseigner le juge sur les circonstances personnelles du prévenu que de permettre à ce dernier de se justifier et d'écarter les soupçons dirigés contre lui.»

X. Unsere heutigen Strafprozesse kennen im Gegensatz zum Inquisitionsprozeß (Folter!) weder eine Pflicht des Beschuldigten zur Aussage noch gar eine Wahrheitspflicht. Noch die preußische Kriminal-Ordnung von 1805 bestimmte in § 263: der Beschuldigte «ist verbunden, die Fragen des Richters deutlich, bestimmt und vollständig zu beantworten». Die Lügenstrafen waren Prügel, Kostschmälerung oder einsames Gefängnis. Die einzige Ausnahme macht heute noch Schwyz (§ 128), das den Beschuldigten in der Spezialuntersuchung unter Androhung der «Schmälerung der Gefangenenkost bis auf 4 Tage» zur

[130]) Nach der Zürcher Rechtsprechung bildet die Mißachtung dieser Vorschrift durch die erste, durch die Berufungsinstanz nicht unbedingt, einen Kassationsgrund; SJZ 39 (1942/43) S. 169, BlZüR 42 (1943) Nr. 39.

Aussage verpflichtet[131]). Die Bestimmungen der Strafprozeßordnungen von Glarus (§ 91), Appenzell Außer-Rhoden (Art. 77), St. Gallen (Art. 95) und Tessin (Art. 131) gehen nur so weit, daß der Richter bei Verweigerung einer Antwort dies als «Schuldinzicht» betrachten dürfe. So drückt Basel-Stadt in § 26 [2] seiner StrPO nur eine communis opinio aus: die Verweigerung der Auskunft und die Erteilung unrichtiger Auskunft dürfe nicht als Ungebühr bestraft werden. — Diese prozessuale Abkehr von den Lügenstrafen darf aber nicht so weit gehen, daß sie auf das Recht des StGB etwa in dem Sinne übergreift, daß der Richter ein störrisches und lügenhaftes Verhalten des Beschuldigten in der Untersuchung oder vor Gericht bei der Beurteilung seiner Person gar nicht berücksichtigen dürfe[132]). Es wäre dies eine unzulässige strafprozessuale Schranke der richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht. Damit soll nun nicht gesagt sein, daß jedes Geständnis den Täter entlaste, jedes Schweigen oder Lügen ihn belaste; doch sollen nicht prozeßrechtliche Grundsätze den Richter hindern, diese Erscheinungen zur Erkennung des Charakters des Beschuldigten wertend heranzuziehen.

XI. Es ist auch schon, zum Beispiel von H. Drost[133]), geltend gemacht worden, die Persönlichkeitsforschung als umfassende Diagnose und Prognose eigne sich überhaupt nicht für ein kontradiktorisches Verfahren der Art, wie unsere Hauptverhandlung heute durchwegs ausgestaltet ist. Diese Persönlichkeitsforschung sei die Arbeit von Sachkundigen, eine Verteidigung sei hier im vornherein gar nicht am Platz, da der Beschuldigte das Objekt der Untersuchung, der Richter der dominus litis sei. Diesem Ruf

[131]) Nach § 100 loc. cit. besteht die Schmälerung der Kost entweder in «magerer Kost» = dreimal Suppe ohne Gemüse und Brot, oder in «Wasser und Brot» = 500 g Brot pro Tag. Die Schmälerung der Kost darf nur jeden zweiten Tag (und nicht mehr als auf 5 Tage auf einmal) verfügt werden.

[132]) Vgl. hierzu die noch schwankende Praxis des MKG in Comtesse, Kommentar zum MStG, Art. 44 N. 5 und 6.

[133]) Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930, S. 194.

nach der Inquisition ist zu entgegnen, daß das kontradiktorische Verfahren auch jenem Teil des Prozesses zugute kommen soll, wo es sich um die Abklärung innerer Vorgänge handelt. Warum soll im Bereiche der Psychologie und der Psychiatrie die Beleuchtung eines Phänomens von zwei verschiedenen Standpunkten aus unzweckmäßig sein, währenddem man doch in allen anderen Gebieten eine solche Betrachtungsweise für besonders förderlich hält? Das kontradiktorische Verfahren dient nicht nur der Abklärung des Sachverhaltes, aus dem Rückschlüsse auf das Subjektive zu ziehen sind, sondern regt auch zum allseitigen Abwägen dieser Rückschlüsse selber an.

XII. Bei der Erforschung der subjektiven Seite des Sachverhaltes wird besonders deutlich, daß weniger wichtig ist, was das Gesetz anordnet, als was derjenige, der das Gesetz anwenden muß, aus dem Gesetze macht. So ist heute im Hinblick auf die Persönlichkeitsforschung wichtiger als Prozeßgesetzrevisionen — abgesehen vielleicht von wenigen extremen Fällen —, daß, wer mit dem Gesetz zu arbeiten hat, angehalten wird, alle Möglichkeiten der Erforschung des subjektiven Sachverhaltes auszuschöpfen, um das Urteil auf die richtige Grundlage zu stellen; insbesondere der Richter soll alle verfahrensrechtlichen Möglichkeiten benützen, um dem menschliches Vermögen überschreitenden Gebote der Beurteilung innerster Vorgänge in einem anderen Menschen wenigstens nach Kräften nachzuleben.

Schlußfolgerungen:

1. Der objektive Sachverhalt kann möglicherweise besser im Vor- als im Hauptverfahren abgeklärt werden (schriftliches und mittelbares Verfahren); die Persönlichkeitsforschung aber verlangt Unmittelbarkeit. Eine gleichzeitige Benützung der Schriftlichkeit und Mündlichkeit, der Unmittelbarkeit und der Mittelbarkeit verspricht der Wahrheitsfindung am meisten Erfolg.

2. Wird — was im Interesse der Wahrheitsforschung zu begrüßen ist — wenigstens in wichtigeren Fällen das Verfahren kontradiktorisch gestaltet, so sollte die Bedeutung des Verfahrens heute nicht nur an der Länge der in Aussicht stehenden Freiheitsstrafe, sondern auch unter Berücksichtigung der Maßnahmen gemessen werden.
3. Der objektive deliktische Sachverhalt muß in allen Fällen festgestellt werden; Gefährlichkeit und Maßnahmebedürftigkeit allein genügen nicht zur Anwendung unseres Strafrechts.
4. Das Zeugnisverweigerungsrecht der nahen Verwandten «zur Person» dürfte heute im Interesse der Persönlichkeitsforschung aufgegeben werden.
5. Der Angeklagte sollte, wenn irgendwie möglich, immer vom erkennenden Richter eingehend befragt werden (Unmittelbarkeit).
6. Das prozeßrechtliche Verbot der Lügenstrafen darf nicht in dem Sinne die Beurteilung der Schuld beeinträchtigen, daß der erkennende Richter den durch das Leugnen offenbarten Charakterzug übersehen müßte.
7. Für eine sinngemäße Persönlichkeitsforschung, die heute mehr denn je das Ziel des Strafprozesses sein muß, ist es wichtiger, auch die letzten Möglichkeiten aus dem Verfahrensrecht herauszuholen, als das Gesetz zu revidieren — und es schließlich doch nicht zu beachten!

§ 8. Die Trichotomie des materiellen Rechtes und das Prozeßrecht.

I. Die Aufteilung der Straftatbestände des StGB in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ist vorerst eine Äußerlichkeit; sie fällt als solche aber sofort auf. Der Entwurf von 1918 sprach nur von Vergehen und Übertretungen. Die Räte führten aber wieder die historische Dreiteilung ein, nicht bloß aus formalistischen Gründen,

«sondern weil der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen in Wissenschaft und Praxis bei uns eingebürgert ist und dem Volksempfinden entspricht. Es hat keinen Zweck, eine Differenzierung verwischen zu wollen, die der Sprachgebrauch des Volkes nachher sicher machen würde» (Sten. Bull. StR S. 54). — Ist also diese Dreiteilung mehr als bloßer Formalismus und muß ihr auch das Verfahren Rechnung tragen?

II. Nach dem Vorbild dieser Dreiteilung, dem französischen Recht, ist das eindeutig der Fall[134]).

Die Dreiteilung ist im Code pénal vorerst wichtig in materiell-rechtlicher Beziehung: der berühmt gewordene Versuch des Art. 2 bezieht sich nur auf die Verbrechen, das versuchte Vergehen wird lediglich in den ausdrücklich erwähnten Fällen bestraft (Art. 3); Verbrechen und Vergehen einerseits unterscheiden sich von den Übertretungen andererseits bei der Bestrafung der Teilnahme (Art. 59), bei der Strafzumessung realiter konkurrierender Straftaten, bei den Excuses légales atténuantes, der Rehabilitation, der bedingten Verurteilung und den Eintragungen ins Strafregister; verschieden ist die Regelung hinsichtlich Verbrechen, Vergehen und Übertretungen beim Rückfall, bei den Circonstances atténuantes, der Verjährung, der Auslandstat eines Franzosen und der Auslieferung.

Prozessual spiegelt sich die Dreiteilung im französischen Recht am deutlichsten wider in der Zuständigkeitsregelung: die Verbrechen werden von den Assisen (Strafgericht des Departementes), die Vergehen von dem Tribunal correctionnel (Gericht des Arrondissement) und die Übertretungen vom Juge de paix als Tribunal de simple police (Gericht des Canton) beurteilt. Entsprechend der Schwere der in Aussicht stehenden Unrechtsfolgen ist auch das vor der Hauptverhandlung sich abspielende Verfahren

---

[134]) Vgl. statt vieler Garraud und Laborde-Lacoste, Précis élémentaire de droit pénal, Paris 1933, S. 63 und ff.

der Abklärung des Sachverhaltes und der Beweissicherung verschieden: bei den Übertretungen ist das Eingreifen des von der Anklagebehörde verschiedenen Instruktionsrichters nicht vorgesehen, bei den Vergehen ist es möglich, bei den Verbrechen notwendig.

Prozessual wirkt sich also die Trichotomie am bedeutsamsten aus: in der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte, bei den Organen der Voruntersuchung und deren Verfahren — alles entscheidende Verfahrensbestandteile.

Eine solche Abgrenzung und so weit gehende Differenzierung ist aber nur dann sinnvoll, wenn das verschieden Behandelte, wie im französischen Recht, auch seiner Natur nach verschieden ist. Bei Straftatbeständen müßte sich diese Verschiedenheit insbesondere in einer Verschiedenheit der Strafdrohungen äußern; was aber voraussetzt, daß die Strafdrohungen innerhalb verhältnismäßig enger Strafrahmen bestimmt sind (gebundene Strafzumessung). Es ließe sich wohl kaum begründen, das Delikt A mit der Strafdrohung von 3 Tagen bis 6 Monaten Gefängnis in allen Fällen grundsätzlich anders zu behandeln als das Delikt B, dessen Strafdrohung auch bis auf 3 Tage Gefängnis hinab- — aber bis zu 5 Jahren Zuchthaus hinaufreicht; es würde sich im Gegenteil eher rechtfertigen, die Delikte A und B, sofern beim letzteren in casu nur die niedrigsten Strafen zu erwägen sind, prozessual gleich zu behandeln. Den Code pénal nun beherrschte von Anfang an der Grundsatz der gebundenen Strafzumessung. — Wie steht es da um das StGB?

III. Der Genfer Staatsanwalt Cornu[135]) und Bundesrichter Python[136]) haben es in ihren jüngsten Untersuchungen unter Hinweis auf die Auffassung der Schöpfer des StGB und auf das deutsche und französische Recht erneut

---

[135]) Du partage de la Législation entre la Confédération et les Cantons en matière de Droit pénal, 1943, S. 31 und 32.

[136]) La répression des infractions aux lois cantonales et le Code pénal suisse. Journal des Tribunaux, 93 (1945) IV S. 142.

bestätigt[137]), daß es heute einen grundsätzlichen qualitativen Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen und Übertretungen (im Sinne der Délits-contraventions des StGB, nicht der Contraventions de police) nicht gebe. Diese Auffassung wird deutlich belichtet durch die Auslegung des MStG durch unseren obersten Militärgerichtshof: die Frage, ob ein Verbrechen (zum Beispiel MStG Art. 61) als leichter Fall und damit als Disziplinarfehler (= Übertretung) zu bewerten sei, ist eine solche der Strafzumessung[138]) und deshalb nur im Hinblick auf Willkür zu überprüfen.

Den Ausdruck dafür, daß unser StGB keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen den historischen 3 Formen der Straftaten macht, darf man wohl darin sehen, daß ihre Strafdrohungen quantitativ und qualitativ ineinander übergehen, sich gegenseitig weit überschneiden. Wenn man weiter berücksichtigt, daß dank der Regelung der Strafmilderung sogar jeder Verbrechenstatbestand eine Strafe nach sich ziehen kann, die von einer Übertretungsstrafe leicht überboten werden kann, so darf man davon ausgehen, daß sich Verbrechen, Vergehen und Übertretungen lediglich durch das mögliche Strafmaximum unterscheiden, daß aber Verbrechen und Vergehen in ihren leichtesten Formen qualitativ den Übertretungen (und damit auch unter sich) gleich sind. Und aus dieser möglichen Gleichheit der Unrechtsfolgen auf die mögliche Gleichheit des Unrechtes zu schließen, erlaubt uns das Prinzip der Gerechtigkeit, das aus unserem Recht und insbesondere Strafrecht nicht wegzudenken ist.

IV. Gibt nun diese nur mögliche Ungleichheit von Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, die im einzelnen

---

[137]) Gegen Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 96 und ff.

[138]) Comtesse, Kommentar zum MStG, Art. 180 N. 5 und ff. — Das Bundesgericht sieht in dieser Frage eine Rechtsfrage (BGE 71 (1945) IV S. 212), findet aber auch keinen grundsätzlichen oder qualitativen Unterschied.

Fall sehr wohl durch eine Gleichheit ersetzt sein kann, ein brauchbares Kriterium zur systematischen Gestaltung des Prozeßrechtes? Welches sind überhaupt die sachlichen Gesichtspunkte, die das Prozeßrecht gestalten können?

In vorderster Linie steht die Forderung, daß eine Straftat, je schwerer die Unrechtsfolgen sind, die sich an sie knüpfen, desto mehr der Sorgfalt hinsichtlich Wahrheits- und Urteilsfindung bedürfe; nicht weil Abklärung und Beurteilung notwendigerweise schwieriger werden, aber weil sich ein Irrtum für den unschuldig Verurteilten und den Staat unangenehmer auswirkt. Wo sich aber, wie im StGB, die Strafrahmen nach unten kaum oder überhaupt nicht mehr unterscheiden und die tiefer als die meisten Strafen einschneidenden Maßnahmen der Art. 42—45 unterschiedslos auf Verbrechen und Vergehen, zum Teil auch — jedenfalls die Art. 14 und 15 — auf Übertretungen anzuwenden sind, gibt die historische Trichotomie der gesetzlichen Strafdrohungen kein sinnvolles Einteilungskriterium für den Strafprozeß mehr ab.

Deshalb kann heute die Dreiteilung des StGB, deren psychologische und materiell-rechtliche Bedeutung hier nicht untersucht werden soll, keine Übertragung nach französischem Vorbild auf den kantonalen Strafprozeß mehr fordern. Die Kantone sind frei — und es wird sogar zweckmäßig sein, von dieser Freiheit Gebrauch zu machen — ihren Strafprozeß systematisch nach andern Gesichtspunkten aufzuteilen[139]).

V. Was die Aufteilung der verschiedenen Verfahren im Hinblick auf die richterliche Beurteilung anbelangt, so halten heute nur noch Glarus (EG § 16, StPO § 6—8) und

---

[139]) So können die Kantone auch den Begriffen Verbrechen, Vergehen und Übertretung für den Bereich ihres Strafprozesses einen eigenen Inhalt geben, was nicht zu empfehlen ist, aber zum Beispiel im Kanton Aargau der Fall ist. Manuskript eines Referates «Die Auswirkungen des eidg. StGB auf das kant. Strafverfahren», gehalten von Staatsanwalt Dr. Real am 6. Mai 1944 vor dem aarg. Juristenverein.

Tessin (LO Art. 28, 33 und 34) an dem reinen französischen System der Dreiteilung in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen fest. Heute können also im Kanton Glarus weder der Einzelrichter noch das Polizeigericht, sondern nur das Kriminalgericht einen kleinen Diebstahl beurteilen, hingegen kann der Einzelrichter eine junge Frau, die zur Zeit der Tat zwischen 18 und 20 Jahren alt war, im Sinne des Art. 208 [2] StGB auf unbestimmte Zeit in eine Arbeitserziehungsanstalt einweisen oder einen vermindert Zurechnungsfähigen, gestützt auf ein Gutachten, ohne Verhandlung (!) (StPO § 89 [2]) im Sinne des Art. 14 StGB auf unbestimmte Zeit verwahren. Diese Beispiele zeigen wohl deutlich, wie wenig die materiell-rechtliche Dreiteilung heute noch die sinnvolle Grundlage für eine entsprechende prozessuale Dreiteilung sein kann, trotzdem diese Lösung einen unleugbaren Vorteil aufweist; die Frage der sachlichen Zuständigkeit ist hier sofort liquid. Noch ökonomischer und einfacher ist allerdings die Lösung von Zug und Basel-Land[140]), die im Prinzip von einer Aufteilung der erstinstanzlichen Rechtsprechung in Strafsachen überhaupt abgesehen haben.

Die übrigen Kantone haben ihre erstinstanzliche Rechtsprechung in Strafsachen auf 2, 3 oder gar 4 Gerichts- oder Gerichts- und Verwaltungsbehörden verteilt, wobei hier noch kurz die Zweckmäßigkeit der Aufteilungsprinzipien im Hinblick auf das materielle Recht überprüft werden soll.

Der sehr weite Strafrahmen des StGB und zudem die Möglichkeit, an die Erfüllung jedes Straftatbestandes eine der vielen, zum Teil sehr einschneidenden Maßnahmen zu knüpfen, erschweren eine sinnvolle prozessuale Aufteilung. Ein allgemein gültiges, praktisch brauchbares und einwandfreies Aufteilungskriterium läßt sich überhaupt nicht finden.

---

[140]) Zug OG § 28 und ff.; Basel-Land StV § 3 und 4. Nur unwesentliche Abweichungen von dieser zweiten Lösung in Nidwalden (EG § 2 und 3) und Schaffhausen (EG Art. 26, 27 und 32).

Denn soll nach einem an sich sehr bestechenden Gedanken die sachliche Zuständigkeit der Gerichte zum Beispiel nicht nach der Schwere der im Gesetze angedrohten, sondern der im Einzelfall voraussichtlich zu verhängenden Strafe oder Maßnahme abgestuft werden, so verlangt das bei den unbestimmten Strafdrohungen des StGB vor jeder Überweisung eine eingehende Prüfung; das führt beinahe zu einer doppelten und bei Fehlern der Überweisungsbehörde zu einer dreifachen Hauptverhandlung. So haben nur verhältnismäßig wenig Kantone diesen einladenden Weg beschritten (vgl. etwa Bern Art. 208).

Am häufigsten finden sich Zuständigkeitsaufteilungen auf Grund von Wertgrenzen bei Vermögensdelikten, Dauer der Arbeitsunfähigkeit bei Körperverletzung u. ä.[141]). Das Abstellen auf den Deliktserfolg hat, ähnlich wie bei den gesetzlichen Strafdrohungen, für die Überweisungsbehörde den Vorteil der Liquidität. Gehört von zwei Dieben, deren einer 2000 Fr., deren anderer 2001 Fr. gestohlen hat, wirklich der zweite, ohne Ansehen der Person, vor das mehr Vertrauen genießende Gericht? Das Beispiel zeigt die innere Problematik auch dieses Aufteilungskriteriums.

Ein in der Regel zutreffendes Kriterium, um die schwieriger zu beurteilenden Fälle dem besseren Gerichte zuzuweisen, ist wohl das Abstellen auf das Geständnis und die Überweisung Nicht-Geständiger etwa an die Geschworenen; so die Lösung zum Beispiel in Zürich (§ 198a), Aargau (§ 276), Thurgau (Ges. üb. d. Geschworenenger. § 78) und Solothurn (§ 222).

Das materielle Recht seinerseits gibt keine brauchbaren generellen Anhaltspunkte über schwierig zu beurteilende Straftaten. Verfehlungen, die voraussichtlich einschneidende Maßnahmen und Strafen nach sich ziehen, auferlegen dem Richter eine besondere Verantwortung, aber nicht besondere Schwierigkeiten.

---

[141]) Zürich GVG § 21a Ziff. 11, § 71; Luzern EG § 65; Schwyz EG § 54 usw.

VI. Auch im Stadium der Voruntersuchung[142]) drängen sich, wenn man schon eine Aufteilung vornehmen will, zwei Gesichtspunkte auf: je einschneidender (erstens) voraussichtlich die Unrechtsfolgen sind und je schwieriger (zweitens) die Untersuchung in objektiver und subjektiver, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durchzuführen ist — in desto vertrauenswürdigere Hände sollte die Voruntersuchung gelegt werden. Daß das geltende materielle Recht weder in der einen noch in der andern Hinsicht allgemein gültige Anhaltspunkte gibt, wurde schon gezeigt. Manche Kantone[143]) weisen die Untersuchung in Übertretungssachen des StGB ganz oder teilweise untergeordneten Organen zu; das kann mit der Überlegung, daß diese Fälle wenigstens regelmäßig verhältnismäßig leichte Unrechtsfolgen nach sich ziehen, begründet werden, nicht aber mit dem Hinweis, daß hier die Abklärung immer leichter durchzuführen sei.

Drei Kantone haben den nachahmenswerten Weg beschritten, besondere Untersuchungen auch besonderen Organen zuzuweisen. Das entscheidende Kriterium konnte aber wieder nicht dem StGB, jedenfalls nicht dessen Trichotomie entnommen werden.

Schwyz (§ 30 und 40) überträgt die Spezialuntersuchung seiner kriminellen Fälle dem kantonalen Verhörrichter, seine korrektionellen Fälle dem Bezirksammann. § 12 der Schwyzer StPO differenziert aber noch mehr: Die Justizkommission kann auf Antrag . . . die Untersuchung eines Verbrechens oder Vergehens . . . dem Kantonsverhöramt überweisen, wenn dieselbe dem betreffenden Bezirksammann . . . wegen der Wichtigkeit oder Kompliziertheit des Falles . . . oder im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung . . ., im Interesse einer geordneten Justizpflege nicht überlassen werden soll.

---

[142]) Vgl. dazu § 7 I.

[143]) Zürich GVG § 94a, St. Gallen StRPfl Art. 94 [4], Wallis EG Art. 2, u. a.

Basel-Stadt läßt in besonderen Fällen auf Antrag «richterliche Untersuchung» zu, wenn einem Angeschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird, auf welches das Gesetz Zuchthausstrafe von mehr als 5 Jahren androht, oder wenn ein Sachverhalt vorliegt, dessen Abklärung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besondere Umstände oder Schwierigkeiten voraussehen läßt. (StPO § 131, GOG § 14a.)

Schließlich ist an die korrektionelle Strafprozeßordnung von Thurgau aus dem Jahre 1867 zu erinnern, die in § 5 und ff. die Untersuchung der korrektionellen Straffälle durch den Bezirksstatthalter führen läßt; gemäß § 27 [2] kann die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise, wenn nämlich ein umfangreiches Verfahren oder ein längerer Verhaft in Aussicht steht, auch korrektionelle Strafsachen dem Verhörrichteramte übertragen, das sonst nur die Kriminalfälle untersucht.

Lerch[144]) schlägt neuerdings, im Hinblick auf die Revision des Luzerner Strafverfahrens, einen besonderen kantonalen Verhörrichter für Straffälle, deren «Abklärung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besondere Umstände oder Schwierigkeiten voraussehen läßt», vor.

Schlußfolgerung:

Die Trichotomie ist heute im StGB nur noch ein gesetzestechnisches Ordnungsprinzip ohne besonderen eigenen Gehalt. Für die Gestaltung des Strafprozesses kann sie Anregungen bieten, sie braucht aber dort nicht berücksichtigt zu werden; andere Kriterien bieten oft eine bessere Grundlage für prozessuale Organisation und Funktionsteilung.

---

[144]) Z 58 (1944) S. 310.

§ 9. Nachlese: Das Verfahren beim Widerruf des bedingten Strafvollzuges und bei der Löschung von Strafregistereinträgen, bei der bedingten Entlassung, beim Aufschub des Entscheides und bei der Rehabilitation.

Die im Vorausgehenden entwickelten Grundsätze über die Forderungen, die aus dem Charakter des materiellen Strafrechts für das kantonale Strafprozeßrecht abzuleiten sind, sollten auch im Verfahren beim Widerruf des bedingten Strafvollzuges usw. wieder gelten. Der Prozentsatz der Verurteilten, bei denen sich während oder nach Ablauf einer Bewährungsfrist die Frage stellt, ob die erkannte Strafe überhaupt zu vollziehen sei, ist erstaunlich groß. Aus dem statistischen Jahrbuch der Schweiz für 1944 (S. 532) ergibt sich, daß dies etwa 38% sämtlicher Verurteilungen überhaupt und etwa 59% aller Verurteilungen zu einer Gefängnis- oder Haftstrafe betrifft. Man kann ruhig behaupten, daß in allen diesen — nachgewiesenermaßen sehr zahlreichen — Fällen die sorgfältige und zweckmäßige Ermittlung des Sachverhaltes und dessen ebensolche Beurteilung sinnlos bleiben, wenn der aufgeschobene Entscheid darüber, ob die gefundene Strafe zu vollziehen sei, nicht mit derselben Sorgfalt getroffen wird. Was nützen mit höchster Zuverlässigkeit ermittelte Ergebnisse, wenn deren Anwendung schließlich vom Zufall oder Parteiwillen abhängt? Mögen diese Überlegungen auch noch so naheliegend erscheinen, ihre prozessuale Verwirklichung steckt oft noch im Argen[145]). Ihre Bedeutung wird aber nochmals verdoppelt, wenn man sich vor Augen hält, daß im Prinzip dasselbe festzustellen ist für sämtliche bedingt aus einem Zuchthaus, Gefängnis oder aus einer sichernden Maßnahme Entlassenen im Hinblick auf den Widerruf dieser erzieherischen Maßnahme.

Vorerst besteht Uneinigkeit darüber, ob der Entscheid über den nachträglichen Vollzug einer aufgeschobenen Strafe, bzw. über die Löschung nach überstandener Be-

[145]) Ein Beispiel in BGE 70 (1944) IV S. 60.

währungsfrist in die prozessuale Form des Beschlusses[146]) oder des Urteils[147]) zu kleiden sei. Das materielle Recht zwingt nicht zu einer gemeinsam gültigen Beantwortung dieser Frage; wichtiger ist das Verfahren, das dem Entscheid zugrunde liegt, als die technische Bezeichnung des Entscheides. Praktisch wird diese prozessuale Frage am ehesten bei den Rechtsmitteln: außer bei der eidg. Kassationsbeschwerde[147]), wenn es sich darum handelt, eine nachträglich als ungerechtfertigt erkannte Löschung zu beseitigen; auf einen Beschluß kann man jederzeit zurückkommen, ein Urteil bedürfte hingegen der Revision[148]). Die Form des Justizverwaltungsaktes deutet immerhin schon an, daß der Entscheid im Verwaltungsverfahren und nicht in dem des eigentlichen Strafprozesses zustande gekommen sei (dabei fehlt meist zum mindesten die kontradiktorische Verhandlung).

Aus dem allgemeinen Postulat, die aus dem materiellen Strafrecht sich ergebenden prozessualen Forderungen auch auf den Art. 41 StGB auszudehnen, mag noch folgendes besonders hervorgehoben werden:

1. Im Hinblick auf den ersten Widerrufungsgrund «Begeht der Verurteilte während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder ein Vergehen» wird die Kontrolle ex officio durch die eidg. Strafregisterbehörde geführt; sie sorgt auch für die Mitteilung an den Widerrufsrichter[149]).

---

[146]) So Basel-Stadt, Beschluß des Strafgerichtes vom 26. Dezember 1944 i. S. Gygli; Zürich, BlZüR 1945 Nr. 15 und 126; Basel-Land BGE 68 (1942) IV S. 116; Aargau BGE 68 (1942) IV S. 105.

[147]) Das Bundesgericht, BGE 68 (1942) S. 105 und 116.

[148]) So auch Dr. Schweizer, Manuskript des am 21. Oktober 1945 in Zug vor der schweiz. kriminalistischen Gesellschaft gehaltenen Vortrages: Kontrolle, Widerruf und Strafregister beim bedingten Strafvollzug.

[149]) Näheres in der StrafregisterVO vom 14. November 1941; dazu R. Schweizer, Z 58 (1944) S. 350.

Der Grundsatz, daß das Prinzip der absoluten Wahrheitsfindung und der absolut richtigen Rechtsanwendung durch das andere Prinzip der Rechtssicherheit beschränkt werde, gilt auch hier. So darf es [mit dem Bundesgericht[150])] nicht als untragbarer Widerspruch zum Gebot der Wahrheitsfindung betrachtet werden, wenn ein kantonaler Widerrufsrichter den Einwand, die während der Probezeit ergangene neue Verurteilung sei zu Unrecht erfolgt, mit dem Hinweis auf die Rechtskraft dieses Urteils beseitigt.

Die zürcherische Praxis verlangt indessen, daß die während der Probezeit begangene Straftat durch ein Strafurteil[151]), und zwar durch Urteil des zuständigen Gerichtes[152]) festgestellt worden sei. Dafür, daß die neue Straftat aus einem Strafurteil hervorgehen müsse, macht sich der jüngste Zürcher Entscheid u. a. die Begründung Schweizers[153]) zu eigen: es wäre eine Übergehung und Mißachtung des in der Strafregister-VO vorgesehenen Meldeweges, wenn eine auf anderem Wege erfolgte Kenntnisnahme des Gerichtes relevant wäre. Es bedarf aber kaum weiterer Ausführungen, um darzulegen, daß der Meldeweg der Strafregister-VO nicht Selbstzweck, nicht conditio sine qua non sein kann, sondern lediglich dem bedingten Strafvollzug zu dienen hat. — Der Grundsatz der richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht verbietet es, daß der Widerrufsrichter bei relevantem Verdacht auf Begehung einer neuen Straftat während der Probezeit die Hände mit der Bemerkung in den Schoß legt, die Begehung einer vorsätzlichen Straftat sei erst dann mit genügender Sicherheit festgestellt, wenn dies durch ein Urteil geschehen sei; die Straftat zu beurteilen, sei aber nicht seine Sache als Widerrufsrichter. Das kantonale Recht lebt dem Art. 41 StGB erst dann nach, wenn jeder relevante Verdacht auf Be-

---

[150]) BGE 68 (1942) IV S. 116.

[151]) BlZüR 44 (1945) Nr. 65 und mit besserer, eingehender Begründung 22 (1923) Nr. 113.

[152]) BlZüR 37 (1938) Nr. 170.

[153]) Z 58 (1944) S. 364.

gehung einer vorsätzlichen Straftat während der Probezeit abgeklärt wird. Entweder muß der Widerrufsrichter selbst die Voraussetzungen des Widerrufs abklären, bzw. unmittelbar abklären lassen, oder er muß seinen Entscheid aussetzen und verlangen, daß vorerst der Vorentscheid von dem zuständigen Organ gefällt werde[154]). Beim Antragsdelikt ohne Strafantrag ist es wohl richtig anzuerkennen, daß die Straftat zwar begangen[155]), das Fehlen des Strafantrages aber nicht nur die eigentliche Strafe, sondern auch den strafähnlichen Widerruf einer vorausgehenden bedingt aufgeschobenen Strafe verhindere; es wäre wenig sinnvoll, dem Strafantragsberechtigten nur die Strafe, nicht auch den Widerruf in die Hand zu legen; und es müßte sonst bei relevantem Verdacht zum Beispiel auf eine während der Probezeit begangene Ehrverletzung das Verfahren ohne Antrag und ex officio durchgeführt werden, was auch den Weg des Zivilprozesses ausschließen würde.

2. Wird dem Verurteilten eine Weisung erteilt, so muß die Befolgung der Weisung auch überprüft werden. Das ergibt sich daraus, daß das Strafrecht zwingendes Recht ist; ist die Erteilung der Weisung überflüssig, so soll sie nicht erteilt werden. Da sie notwendig ist, darf ihre Befolgung als Teil einer zwingenden Rechtsordnung nicht in das Belieben des Angewiesenen gestellt sein.

Die Überprüfung des Angewiesenen ist schließlich auch noch notwendig, um die Autorität der Rechtsordnung und der Behörden zu wahren. Sonst gewöhnt man den Angewiesenen an den Ungehorsam.

In welcher Form diese Überprüfung erfolgen solle, ist Sache des Verfahrensrechtes: durch ein besonderes Amt, durch einen Verein oder durch die Polizei (?)[156]). Sie darf

[154]) Wobei die Grenzen des Kantons es in der Regel allerdings nicht zulassen, daß der kantonale Richter außerkantonale Taten beurteilt.

[155]) Gemäß BGE 69 (1943) IV S. 69 ist der Strafantrag bloß Prozeßvoraussetzung.

[156]) Das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes an die Zürcher Strafgerichte vom 29. Februar 1944 sieht

aber jedenfalls nicht dem Zufall oder dem Geschädigten überlassen werden, was mit der Weisung zur Schadensdeckung noch oft geschieht. Die Auffassung, die Weisung zur Schadensdeckung erfolge in erster Linie im Interesse des Geschädigten[157]), beruht auf einer gründlichen Verkennung der Bedeutung des Art. 41. Die Weisung — auch die, den Schaden zu decken — hat bessernden, erzieherischen, spezialpräventiven Sinn[158]). Der Verurteilte soll sich daran gewöhnen, soll dazu erzogen werden, regelmäßig zu arbeiten, sein Geld nicht zu verschleudern und nicht nur an sich, sondern auch an den Mitmenschen, insbesondere an den Geschädigten, zu denken. Das sind die hohen Ziele des Art. 41 und nicht nur, den Betreibungsbeamten zu ersetzen! Darauf abzustellen, ob der Geschädigte dem Richter das Ausbleiben der Zahlungen melde, ist absolut ungenügend. Denn oft (zum Beispiel Zürich, Gerichtsverfassungsgesetz § 203) erfährt der Geschädigte nichts über eine Weisung. Vielleicht ist er gutmütig, vielleicht verschwindet der Verurteilte aus seinem Gesichtsfeld, vielleicht wagt er es nicht, gegen den Schuldigen einzuschreiten. Hier kann nur eine amtliche oder in amtlichem Auftrag geübte Überprüfung helfen[159]). — Aus allen diesen Überlegungen kann es mitunter auch am Platze sein, einem Verurteilten die Weisung im Sinne von StGB Art. 217, während 2—5 Jahren die Unterstützungspflichten zu erfüllen, zu erteilen und deren Beachtung zu überprüfen[160]); denn auch hier bietet der Unterstützungsberechtigte nicht viel mehr Gewähr für eine fristgerechte Meldung an den Widerrufsrichter als der Geschädigte. — Es kann bei

---

vor, daß Weisungen durch die Polizei überprüft werden, wenn keine Schutzaufsicht angeordnet wurde. Die Vereinbarkeit dieser Anordnung mit StGB Art. 379 ist zum mindesten fraglich.

[157]) Schweizer, loc. cit. S. 355.

[158]) So auch BGE 71 (1945) IV S. 178.

[159]) Gut die von Schweizer (Die Löschung von Strafregistereinträgen nach schweizerischem Recht und ihre Vorteile für den Verurteilten, Zürich 1943, S. 42) zitierte Berner Praxis.

[160]) Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden, 1943, Nr. 38.

Art. 41 dem Verurteilten so gut wie bei der Rehabilitation[161]) zugemutet werden, sich um die Adresse des Geschädigten geradezu zu bemühen, um ihn ausfindig zu machen und entschädigen zu können.

Zu 3. der Schutzaufsicht
und 4. der Täuschung des in den Verurteilten gesetzten Vertrauens «in anderer Weise» ist nichts grundsätzlich Neues beizufügen.

Für ein sinnvolles Verfahren vor dem Widerrufsrichter sei auf die Strafprozeßordnung von Basel-Stadt verwiesen.

§ 287 Abs. 1 lautet: «Über die Bewährung eines Verurteilten, dessen Strafe aufgeschoben worden ist, hat das zuständige Departement dem Gericht vor Ablauf der Probezeit zu berichten; während der Probezeit hat es ihm die gegen den Verurteilten ergangenen neuen Strafurteile, die Schutzaufsichtsberichte und andere Akten mitzuteilen, die für den Entscheid über die Bewährung in Betracht fallen können.»

Bei zweckmäßiger Auslegung und Anwendung ermöglicht dieser Absatz eine genügende Überprüfung aller Verurteilten, seien sie nun unter Schutzaufsicht gestellt oder nicht.

Abs. 2: «Erhält der Präsident durch das Polizeidepartement oder auf andere Weise von Tatsachen Kenntnis, die gegen die Bewährung des Verurteilten sprechen, so ordnet er eine Gerichtsverhandlung an oder ersucht das Gericht um einen Beschluß darüber, ob eine Verhandlung stattzufinden habe. Sind Erhebungen nötig, so nimmt er sie vor oder beauftragt damit die Staatsanwaltschaft.»

Damit sind das Prinzip der materiellen Wahrheit und das Instruktionsprinzip anerkannt.

Abs. 3: «Vor der Verhandlung ist dem Verurteilten Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben; er ist, wenn tunlich, in der Verhandlung anzuhören und kann dazu auch vorgeladen werden. Seine Beiziehung kann unter-

[161]) BlZüR 42 (1943) Nr. 16.

bleiben, wenn der Vollzug wegen Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens angeordnet werden muß. Für die Verbeiständung gelten die allgemeinen Vorschriften.»

Abs. 4: «Der Staatsanwaltschaft ist Gelegenheit zu schriftlicher oder mündlicher Vernehmlassung zu geben.»

Abs. 5: betrifft den Vollstreckungsbefehl.

Die Absätze 3 und 4 ermöglichen ein kontradiktorisches Verfahren. Ebenso wertvoll ist der Hinweis auf die persönliche Einvernahme des Verurteilten durch den Richter. — In Zürich[162]) scheint sich das Erfordernis ohne gesetzliche Grundlage einzuleben, daß der Verurteilte wenigstens dann, wenn ihm Täuschung des richterlichen Vertrauens vorgehalten wird, über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe anzuhören ist.

Die Tatsache, daß der Widerrufsrichter bei Art. 38 und 41 nur eine neue Schuld feststellen, nicht aber das Strafmaß oder die Maßnahmebedürftigkeit bestimmen muß, darf nicht zu einer Mißachtung dessen führen, was das moderne Strafrecht sonst vom Verfahren fordert, denn diese Forderungen sind allein schon berechtigt im Hinblick auf die Feststellung der Schuld.

Das bis dahin Aufgeführte gilt mutatis mutandis ebenso beim Aufschub des Entscheides im Jugendstrafrecht und bei der Rehabilitation.

Schlußfolgerung:

Das Verfahren beim Widerruf des bedingten Strafvollzuges und bei der Löschung von Strafregistereinträgen, bei der bedingten Entlassung, beim Aufschub des Entscheides und bei der Rehabilitation soll sich in nichts Grundsätzlichem von dem unterscheiden, was das heutige Strafrecht vom Verfahren im Hinblick auf die Abklärung des subjektiven und objektiven Sachverhaltes und auf die Strafzumessung und Beurteilung der Maßnahmebedürftigkeit verlangt.

* * *

[162]) BlZüR 44 (1945) Nr. 126.

Die vorausgehenden Ausführungen bleiben oft Andeutung, Überlegung, Anregung. Aber was Hafter im Hinblick auf das dem StGB vorausgegangene kantonale Strafrecht gesagt hat[163]), gilt auch vom Strafprozeßrecht: ein einzelner wird nie den ganzen Reichtum der kantonalen Rechte überblicken. Es ist nahezu unendlich, was da alles an Gesetzen und Verordnungen, an Gewohnheitsrecht und Gerichtspraxis durcheinander wächst, dabei aber blüht und gedeiht. Festen Boden hat man nahezu nur dort unter den Füßen, wo das StGB absolute Forderungen stellt.

Es wäre indessen wenig fruchtbar gewesen, nur darnach zu fragen, was das StGB vom kantonalen Prozeß zwingend verlangt, denn mit zwingenden Forderungen ist das StGB bescheiden geblieben. Viel umfangreicher und auch wichtiger ist, was das kantonale Verfahren aus freien Stücken befolgen sollte.

Ist unsere Prozeßrechtszersplitterung nicht überhaupt wenig geeignet, ein gutes Verfahren zu gewährleisten? Verlangt nicht das einheitliche Strafrecht zu seiner sinnvollen Verwirklichung auch einen einheitlichen Prozeß? Rein technisch beurteilt, besäßen wir vielleicht rascher überall einen guten Prozeß, wenn das Prozeßrecht vereinheitlicht würde. Aber das StGB verlangt diese Vereinheitlichung nicht zwingend, wie es zum Beispiel auch nicht die Abschaffung der klassischen Schwurgerichte fordert. Gerade unsere neuen Strafprozeßordnungen, auch jene kleinerer Kantone, die nicht über ein großes Einzugs- und damit Erfahrungsgebiet verfügen, beweisen oft viel Verständnis für die Gebote des neuen Strafrechtes. Es ist juristisch-technisch durchaus möglich, das StGB vermittels verschiedener kantonaler Prozeßrechte sinnvoll zu verwirklichen. Es bleibt lediglich die politische Frage, ob man einen durch die Rechtszersplitterung immer bedingten technischen Nachteil in die Unkostenrechnung eines föderalistischen Staatsbetriebes aufnehmen wolle. Ich bejahe sie.

[163]) Allgem. Teil, 1. Auflage, S. 26/27.