

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:	79 (1960)
Heft:	5
Artikel:	Die Entschädigung unschuldig Verfolgter
Autor:	Fischli, Ernst
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896121

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: 20.02.2026

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

DIE ENTSCHÄDIGUNG UNSCHULDIG VERFOLGTER

Referat von

Dr. iur. ERNST FISCHLI

Staatsanwalt des Kantons Basel-Landschaft, Liestal

VORWORT

Bei der Sammlung und Sichtung des Materials für die vorliegende Arbeit ist dem Verfasser, wo immer er dessen bedurfte, seitens von Staatskanzleien, Justizdirektionen, Gerichten, Staatsanwälten, Untersuchungsrichtern und Rechtsanwälten in großzügigster Weise Hilfe geleistet worden. Es ist ihm ein Bedürfnis, an dieser Stelle hiefür seinen besten Dank auszusprechen.

Die Arbeit wurde am 31. März 1960 abgeschlossen. Ganz vereinzelt sind in den Noten noch Hinweise auf später erschienene Schriften gemacht.

Liestal, den 16. Mai 1960

E. FISCHLI

INHALTSVERZEICHNIS

Bibliographie	265a
1. Kapitel: Einführung	269a
2. Kapitel: Rechtsanspruch oder Billigkeit	280a
3. Kapitel: Deliktsobligationen	301a
1. Privatpersonen	301a
2. Amtspersonen	303a
Exkurs: Ausländisches Recht	307a
Deutschland	307a
Frankreich	310a
England	312a
4. Kapitel: Die kantonalen Verfassungsbestimmungen . .	318a
5. Kapitel: Die Strafprozeßordnungen	336a
A. Der Tatbestand	338a
1. Der Verfahrensabschluß	338a
2. Die materiellstrafrechtliche Schuldlosigkeit	342a
3. Das Verhalten im Prozeß	347a
4. Die schadenverursachenden Maßnahmen	358a
B. Die Rechtsfolgen	369a
1. Schadenersatz	369a
2. Genugtuung	372a
3. Aktivlegitimation	378a
4. Passivlegitimation	383a
5. Regreß	388a
C. Verfahren	390a
6. Kapitel: Exkurs über das ausländische Recht	397a
1. Deutschland	397a
2. Frankreich	401a
3. England	405a
7. Kapitel: Schlußbemerkungen	414a

BIBLIOGRAPHIE

der teils nur mit Verfassernamen, teils mit einem zusätzlichen
Kennwort zitierten Schriften

- | | |
|--------------------------|--|
| AMRHEIN | J. ALB. AMRHEIN, Strafprozeßreform. Zürich 1908. |
| ARDANT | PHILIPPE ARDANT, La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle. Thèse Paris 1956. |
| BUCHMANN | GERHARD BUCHMANN, Das Zwischenverfahren im schweizerischen Strafprozeßrecht. Diss. Zürich 1936. |
| CHICHERIO | F. CHICHERIO, Sulla indennità dovuta alle vittime di errori giudiziari. In: Repertorio di Giurisprudenza patria, Bd. 16 (1896) S. 673 ff. |
| CLERC,
Constitutions | FRANÇOIS CLERC, Etat de droit et procédure pénale dans les constitutions cantonales. In: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. F. Pfenninger, Zürich 1956. |
| CLERC,
Indemnité | FRANÇOIS CLERC, De l'indemnité pour détention injustifiée en droit neuchâtelois. In: SJZ 46 (1950) S. 269 ff. |
| CLERC,
PPR | FRANÇOIS CLERC, Le procès pénal en Suisse Romande. Paris 1955. |
| CLERC,
Responsabilité | FRANÇOIS CLERC, De la responsabilité de l'Etat pour le fonctionnement de la justice pénale. In: ZStR Bd. 75 (1959): Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht (Mélanges Oscar Adolf Germann) S. 366 ff. |
| FARINELLI | PRINCIPIO FARINELLI, Indennità agli innocenti perseguitati e condannati in giudizio. In: Repertorio di Giurisprudenza patria Bd. 15 (1895) S. 1 ff., 49 ff., 97 ff., 145 ff., 189 ff. |
| GERBER | ERNST GERBER, Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verfolgten und Bestraften. Diss. Bern 1921. |
| GEYER | AUGUST GEYER, Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhaltes; München 1898. Enthalten: S. 472 ff. Die Entschädigung freigesprochener Angeklagter (1881 veröff. in Nord und Süd Bd. 18), S. 496 ff. Über die den ungerecht Angeklagten oder Verurteilten gebührende Entschädigung (1882 veröff. in Deutsche Zeit- und |

- Streitfragen, Jahrg. XI Heft 169), S. 533 ff. Noch einige Bemerkungen über die Entschädigung unschuldig erlittener Untersuchungshaft und Strafhaft. (1883 veröffentlicht im Gerichtsaal Bd. 34).
- GOLDSCHMIDT** JAMES GOLDSCHMIDT, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften. In: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, 3. Bd. Breslau 1910 S. 109 ff.
- GRAFF** PIERRE GRAFF, La responsabilité des fonctionnaires de l'Etat pour le dommage causé à des tiers, en droit fédéral et en droit cantonal. Verh. des schw. Juristenvereins 1953 S. 381 a ff.
- HAEFLIGER** ARTHUR HAEFLIGER, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung (2. Aufl. des Komm. Stooss). Bern 1959.
- HAUSER** ARNOLD HAUSER, Über den Ersatzanspruch aus amtspflichtmäßigen rechtswidrigen Staatsakten. Diss. Zürich 1934.
- HERZOG** PAUL HERZOG, Beiträge zur Frage der staatlichen Entschädigungspflicht für unverschuldete Haft mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts. Diss. Leipzig 1904.
- KAUFMANN** OTTO K. KAUFMANN, Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen. Verh. des schw. Juristenver. 1953 (ZSR) S. 201 a ff.
- KEHL** ROBERT KEHL, Die materiellen Grundsätze und das Verfahren bezüglich der Kostenauflage und der Zusprechung von Entschädigungen im Strafverfahren nach der zürcherischen Strafprozeßordnung vom 4. Mai 1919 mit den seitherigen Abänderungen. In: ZStR 64 (1949) S. 377 ff.
- KNOLL** ERNST KNOLL, Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind. (Sammelband wie bei F. Schack angegeben, S. 85 ff.).
- MEYER** CARL MEYER, Kritische und vergleichende Darstellung der Strafverfolgung und Voruntersuchung nach den kant. Gerichtsorganisationen und Strafprozeßordnungen. (Preisschrift) Herisau 1897.

- MÜNCH FRITZ MÜNCH, Entschädigung für staatliche Einwirkungen im französischen Recht. (Sammelband wie bei F. Schack angegeben, S. 61 ff.).
- OSWALD HANS OSWALD, Der Rekurs an die Überweisungsbehörde im Basler Strafverfahren (vervielf.). Basel 1944/45.
- OSWALD-GANZ HANS RUDOLF GANZ, Nachtrag 1 zu HANS OSWALD, Der Rekurs an die Überweisungsbehörde im Basler Strafverfahren. Basel 1955.
- REICHLIN PAUL REICHLIN, Von der Schadenersatzpflicht der Beamten und des Staates. In: Schw. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. 36 (1935) S. 65 ff. und Sonderdruck.
- REINHARDT RUDOLF REINHARDT, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? (Sammelband wie bei F. Schack angegeben, S. 233 ff.).
- RIECKER WILHELM RIECKER, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter. Diss. Heidelberg 1911.
- SCHACK FRIEDRICH SCHACK, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? Gutachten für den 41. deutschen Juristentag. (Sammelband zusammen mit den Gutachten von Münsch, Knoll und Reinhardt), Tübingen 1955 S. 1 ff.
- SCHATTENBERG ULRICH SCHATTENBERG, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter. Diss. Tübingen 1930.
- SCHÜTZ ALBERT SCHÜTZ, Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schw. Recht. Diss. Zürich 1918.
- SPOENDLIN KASPAR SPOENDLIN, Die verfassungsmäßige Garantie der persönlichen Freiheit. Zürich 1945.
- VON SPRECHER ANDREAS SPRECHER VON BERNEGG, Über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Diss. Bern 1921.

STÄMPFLI	FRANZ STÄMPFLI, Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (annot. Ausgabe). Bern 1935.
STRÄULI	HANS STRÄULI, Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege, III. Teil, Gesetz betr. den Strafprozeß (Kommentar). Zürich 1924.
STREET	HARRY STREET, Governmental Liability (Cambridge Studies in international and comparative law, fourth volume). Cambridge 1953.
STOOS	A. STOOS, Kommentar zu der Militärstrafgerichtsordnung. Bern 1915.
THILO	EMILE THILO, Notes sur la responsabilité de l'Etat en cas d'arrestation illégale. Journal des Tribunaux I/78 (1930) S. 226 ff. und Sonderdruck.
TOBLER	HANS TOBLER, Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurteilten. Zürich 1905.
WAIBLINGER	MAX WAIBLINGER, Das Strafverfahren des Kantons Bern. Langenthal 1937.

Benutzt sind auch die im Verzeichnis der schweizerischen Staatsschreiberkonferenz (schw. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. 58 [1957] S. 75 ff. und Sonderdruck) angegebenen Abkürzungen.

Bekannte Gesamtdarstellungen sind mit den gebräuchlichen Kurz-Zitaten (z.B. GIERKE, DPR; HAFTER, Allg. T. 2. Aufl., BURCKHARDT, Komm. BV usw.) bezeichnet, ohne Beifügung bibliographischer Angaben.

Strafprozeßordnungen

BStP 15. 6. 1934 – MStGO 28. 6. 1889 – ZH 4. 5. 1919 – BE 20. 5. 1928 – LU 3. 6. 1957 – UR 8. 6. 1959 – SZ 10. 12. 1956 – OW 11. 3. 1869 – NW 30. 1. 1943 – GL 4. 5. 1940 – ZG 3. 10. 1940 – FR 11. 5. 1927 – SO 25. 10. 1885 – BS 15. 10. 1931 – BL 30. 10. 1941 – SH 3. 3. 1909 – AR 26. 4. 1914 – IR 27. 4. 1941 – SG 9. 8. 1954 – GR 1. 3. 1958 – AG 11. 11. 1958 – TG Krim. 24. 3. 1852, Korr. 26. 11. 1867 – TI 10. 7. 1941 – VD 3. 9. 1940 – VS 24. 11. 1848 – NE 19. 4. 1945 – GE 7. 12. 1940 (die Daten von Novellen sind nicht angegeben).

An Stellen, wo dies ohne Mißverständnis möglich ist, sind Bestimmungen der Strafprozeßordnungen oder Kantonsverfassungen mit der bloßen Artikel- oder Paragraphenzahl zitiert.

Unveröffentlichte Entscheide oder unveröffentlichte Partien aus veröffentlichten Entscheiden sind mit Datum, wo möglich auch mit Namen oder Initialen angegeben.

1. KAPITEL

EINFÜHRUNG

«Es sei besser, die Tat eines Schuldigen bleibe ungestrafft, als ein Unschuldiger werde verurteilt» (*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Ad sidio Severo rescripsit) satius enim esse impunitum relinqu facinus nocentis quam innocentem damnari* (D. 48.19.5 pr.).

Nicht nur hat sich diese Maxime bis auf den heutigen Tag erhalten, sondern sie ist noch immer in wirklichem Gebrauch, nicht etwa als Zitat in gelehrten Reden oder Schriften, sondern als sprichwörtliche Redensart der einfachen Leute. Daneben haben allerdings große Geister aller Zeiten in ihren Schriften die Maxime neu formuliert und dabei etwa auch das vorstehend mit eins zu eins angegebene Zahlenverhältnis verändert: Lieber zehn Schuldige... als einen Unschuldigen usw.¹. Man fragt sich da unwillkürlich, welches dieser Verhältnisse das angemessene sei und sehr

¹ Hierzu ein paar Beispiele (die Hinweise auf die ersten drei sind der Schrift von GLANVILLE WILLIAMS, *The Proof of Guilt*, veröffentlicht als Bd. 7 der Hamlyn Lectures, London 1955, S. 130 ff. entnommen):

«Mallem re vera viginti facinorosos mortem pietate evadere, quam iustum unum iniuste condemnari». (J. FORTESCUE [15. Jahrh.], *De laudibus legum Angliae*, Cap. 27.)

«For it is better five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die.» (M. HALE [1609 bis 1676], *Pleas of the Crown*, S. 288 in einer 1806 in London unter den Namen Emlyn und Wilson veröffentlichten «new edition».)

«For the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer.» (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Bd. 4 Ch. 27 S. 358, mit Verschiebungen der Seitenzahl in späteren Auflagen, z.B. S. 370 in der Ausgabe von 1876.)

«Cette loi universelle dictée par la nature, qu'il vaut mieux hasarder de sauver un coupable, que de punir un innocent, serait-elle bannie du cœur de quelques magistrats trop frappés de la multitude

rasch weitet sich die Frage aus zu derjenigen, ob überhaupt diese Regel berechtigt sei.

C. K. ALLEN, der Problemen dieser Art eine Abhandlung gewidmet hat², zitiert eine Bemerkung von Stephen, es komme da darauf an, was die Schuldigen getan hätten. Gefühlvolle Leute seien wohl imstande, das Verhältnis auf Tausend oder eine Million zu eins auszudehnen, doch könnten vernünftige und praktisch denkende Leute solche Thesen kaum akzeptieren. Auf dem Weg zum Unendlichen hin komme irgend einmal der Punkt, wo die ganze Justiz in sich zusammenbreche und die Gesellschaft sich in ein Chaos auflöse. Kurz, nur wo eine normale und gleichförmige Erwartung bestehe, daß Schuldige gefunden und verfolgt würden, könne man es sich leisten, dem Zweifel vor der Sicherheit der Gesellschaft den Vorrang einzuräumen. Schon längst hat übrigens BENTHAM, ausgehend vom Ver-

des délits?» (VOLTAIRE, *La méprise d'Arras*, in *Œuvres complètes*, Bd. 36 o. O. 1785 S. 300 ff., 315.)

«Il vaudrait mieux pardonner à vingt coupables que de sacrifier un innocent.» (FRIEDRICH DER GROSSE, *Œuvres*, 1848 [Berlin, Imprimerie Royale R. Decker], Tome 9 S. 31 f.)

«Cum non potest puniri delinquens quin innocens puniatur, ille potius impunitus debet relinquere quam ut hic puniatur.» (ANDREAS TIRAUQUELLUS, *de poenis legum ac consuetudinum*, Opera Tomus septimus, Francoforti 1574, S. 121 Causa 59.)

«It is easy for the lawyers to say that it is better for ninety-nine guilty men to be acquitted than for one innocent to be convicted;...» ([Lord Justice] PATRICK DEVLIN, *The Criminal Prosecution in England*, London 1960 S. 45 f.) Ob hier die neunundneunzig Gerechten nach Lukas 15/7 das Zahlenverhältnis hergegeben haben?

«Lieber in der Freigabe eines Schuldigen irren als im Todesurteil gegen einen Unschuldigen.» (Zitat aus einer Anweisung des chinesischen Kaisers Yu [2205–2198 v. Chr.] an seine Richter, entnommen der Schrift *China* von F.T. CHENG, Zürich 1949 S. 258. [Englische Originalausgabe unter dem Titel *China moulded by Confucius* bei Stevens & Sons Ltd., London].)

² The presumption of Innocence, im Sammelband *Legal Duties* (Oxford 1931) S. 286 ff. – Dazu ferner GLANVILLE WILLIAMS a.a.O. (N. 1) S. 130 ff.

hältnis hundert zu eins, ausgeführt, das vermeintliche Dilemma sei in Wirklichkeit gar nicht vorhanden. Die Sicherheit von Unschuldigen könne vollkommen sein, ohne daß deswegen die Straflosigkeit von Verbrechern begünstigt werde, ja, genau gesehen, könne sie nur auf diese Weise gegeben sein. Denn jeder entkommende Verbrecher sei eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Sein Entkommen zuzulassen, heiße nicht, die Unschuld schützen, sondern sie weiteren Verbrechen als Opfer preisgeben³.

Daß man nicht Unschuldige, sondern Schuldige bestrafen solle, ist nur die eine Seite der Sache. Neben dem Satz, daß im Zweifel der Richter freisprechen solle, steht der andere, daß der Ankläger im Zweifel Anklage zu erheben habe. Er findet sich schon bei Cicero: Es sei (immer noch) besser, einen Unschuldigen (zwar anzuklagen, dann aber) freizusprechen, als eine üble Sache (ohne Gerichtsverhandlung) zu unterdrücken⁴. Ist es aber die richtige und gesunde Art, Strafrechtspflege zu betreiben, daß man dem Verdacht nachgeht, verdächtige Sachverhalte aufklärt und hinreichend Verdächtige vor den Richter stellt, damit er sie auf Grund der Beweisergebnisse verurteile oder freispreche – und es ist in zivilisierten Ländern gemeine Meinung, daß sie es ist –, dann ist zugleich gesagt, daß notwendig viele Schuldlose in den Bereich der ersten Ermittlungen geraten, ein ansehnlicher Teil von ihnen in Ankla-

³ JEREMY BENTHAM, Works (Bowring) Bd. 1. – Die Stelle in der hier abgedruckten Schrift *Principles of penal law* (S. 367 ff.) lautet (S. 558): «When it is said, for example, that it is better to allow one hundred guilty persons to escape, than to condemn one that is innocent,—this supposes a dilemma which does not exist. The security of the innocent may be complete, without favouring the impunity of crime: it can only be complete upon that condition; for every offender who escapes, menaces the public safety; and to allow of this escape is not to protect innocence, but to expose it to be the victim of a new crime.»

⁴ Pro Roscio Amerino (XX. 56, Ausgabe Orelli, Zürich 1826 Bd. II Teil I S. 40): *Utilius est autem absolvi innocentem, quam nocentem causam non dicere.*

gezustand versetzt und immer noch ein Teil verurteilt wird. Eine weitere Ausscheidung mag stattfinden im Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahren. Alle Schuldigen als solche und niemals einen Unschuldigen als schuldig zu erkennen, übersteigt jedes menschliche Vermögen⁵. Verurteilungen Unschuldiger pflegen, namentlich in Kapitalfällen, die Gesellschaft von Grund auf zu erschüttern. Gewöhnlich werden dann strengere Anforderungen an Schuldbeweise gefordert. Leider ist damit auf die Dauer nicht geholfen. Es führt nur zu häufigen und aufsehenerregenden Freisprechungen Schuldiger und dies zu unmäßiger Strenge den erkannten Schuldigen gegenüber, worauf dann, wenn auch dieses Maß voll ist, die umgekehrte Pendelbewegung wieder beginnen mag⁶. Es ist daher berechtigt, auch bei der grundlosen Freisprechung eines

⁵ Das Studium der Geschichte und größte Skepsis gegenüber leichtfertigem Fortschrittsglauben müssen u. E. dazu führen, die Justizirrtümer (leichtere öfters, schwerere seltener, wie beschrieben) auch unter besten Vorbedingungen als unvermeidlich zu erachten. Siehe zum Thema: ERICH SELLO, Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, Berlin 1911, enthaltend die Darstellung von 277 Justizirrtümern seit 1797, und zwar nur bei Kapitalsachen; JEROME und BARBARA FRANK, Not Guilty, London 1957, enthaltend 36 schwere amerikanische Fälle aus den dreißiger Jahren bis heute; ferner die Schriften von HERMANN MOSTAR, u. a. Unschuldig verurteilt, Stuttgart 1956, die man nicht als journalistisch apostrophieren und dann übergehen sollte, denn sie sind ein gerade auch von Juristen ernstzunehmender Versuch, die ohnehin auf Abwegen befindlichen public relations der Strafrechtspflege durch Begehen neuer Wege zu sanieren (darüber auch FRIEDRICH SIEBURG in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung Nr. 300 vom 28. 12. 1957). – Neuerdings hat MAX HIRSCHBERG (Das Fehlurteil im Strafprozeß, Stuttgart 1959) eine Schrift vorgelegt, die sich *ex professo* dem Justizirrtum zuwendet. Mit der These, als strikte Voraussetzung für einen Schulterspruch sei eine geläuterte, von bloßer Wahrscheinlichkeit unerbittlich geschiedene Gewißheit zu fordern und mit Psychoanalyse glaubt der Verfasser dem Übel beizukommen. Wir vermögen diesen Optimismus nicht zu teilen.

⁶ GLANVILLE WILLIAMS a. a. O. (N. 1) S. 133.

Schuldigen von Justizirrtum zu sprechen⁷, ohne damit die überragende Bedeutung der Justizirrtümer im engern Sinn, d.h. der Verurteilungen Schuldloser, anzuzweifeln⁸.

Können die Justizirrtümer nicht vermieden werden und⁹ richtet sich in seinem Beginn das Strafverfahren ohnehin

⁷ G. WILLIAMS a.a.O. (N. 1) S. 133 unter Berufung auf ein Urteil von Viscount Simon im House of Lords i.S. Stirland (1944) A. C. 315 ff., ferner P. DEVLIN a.a.O. (N. 1) S. 113: «When a criminal goes free, it is as much a failure of abstract justice as when an innocent man is convicted.»

⁸ Die schweizerische *Cause célèbre* des Jahres 1959 (Donald Hume) hat uns eine Hauptsorte der englischen Kriminalisten, die Straflosigkeit notorischer Schwerverbrecher infolge von großen, natürlich primär zum Schutz Unschuldiger eingerichteten, prozessualen Garantien, eindrücklich demonstriert. GLANVILLE WILLIAMS schrieb darüber in einer Betrachtung zum fünfzigjährigen Jubiläum des *Court of criminal appeal* (The Times, 19. 12. 1957): «... The Court cannot set right a mistaken ruling of law which was given in favour of the accused, however unfortunate the effect of such a ruling may be for the future. And it has to allow the escape of acknowledged criminals on technicalities, without having the power (which it has often asked to be given) of ordering a new trial. One day we shall have a Court of Criminal appeal with truly appellate status and powers; but of its advent there is as yet no sign.» Derselbe Schriftsteller hatte schon früher (a.a.O. N. 1) bemerkt: «... if there is serious criticism of the present system it is not so much because it leads to the conviction of the innocent as because it too readily assists the acquittal of the guilty» (S. 15).

Siehe jetzt auch PATRICK DEVLIN a.a.O. (N. 1) S. 133: «If the success of a system of criminal prosecution is to be measured by the proportion of criminals whom it convicts and punishes, the English system must be regarded as a failure. Far too many people who have in fact committed crimes escape punishment.»

Daran muß man auch denken, wenn man auf der andern Seite die mit Recht immer wieder hervorgehobenen, mannigfaltigen Einrichtungen des englischen Rechts *in favorem defensionis* betrachtet.

⁹ MONTAIGNE und GOETHE haben das in nicht unähnlichen Maximen ausgedrückt: «... qu'il est force de faire tort en détail, qui veult faire droit en gros...» (Essais, De l'Expérience, Bd. 3), und: «Es ist besser, es geschehe Dir Unrecht, als die Welt sei ohne Gesetz». (Maximen und Reflexionen, Schriften der Goethe-Gesellschaft Bd. 21 S. 183.)

auch gegen Leute, deren Unschuld früher oder später zu Tage treten wird, stellt sich die Frage des Ausgleichs für die zwar unvermeidlich, aber ungewollt Getroffenen. Eine frühe, in diesen Zusammenhang gehörende Gesetzesvorschrift findet sich in Artikel 20 der CCC, dem grundlos Gemarterten sei «ergetzung zu thun»¹⁰. Größer angelegte Bestrebungen, die unschuldigen Opfer der Strafrechtspflege zu entschädigen, treten erst im Ausgang des *ancien régime* und den folgenden Jahrzehnten auf, dann wieder in den letzten Jahrzehnten des neunzehnten Jahrhunderts¹¹. Da bereits einige Arbeiten eine kurz zusammengefaßte geschichtliche Darstellung dieser Tendenzen, meist eine mehr oder weniger paraphrasierte Nachbildung der Aufsätze Geyers, enthalten¹², kann hier davon abgesehen werden, mehr als vereinzelte Höhepunkte zu erwähnen.

Beträchtlichen Einfluß haben die Schriften und sonstige Demarchen VOLTAIRES entfaltet¹³. Es ist allgemein bekannt, daß Voltaire die Wiederaufnahme der Strafsache Jean Calas mit Erfolg betrieben und die posthume Freisprechung des Geräderten und die Entschädigung seiner Hinterbliebenen durch Gnadenakt Ludwigs des Fünfzehnten erlangt hat. Die von seiner lebhaften Tätigkeit ausgehenden Impulse teilten sich schließlich auch der Regierung mit, die noch vor Ausbruch der großen Revolution einen gesetzgeberischen Vorstoß unternahm, nämlich an-

¹⁰ Art. 20. Siehe den Text z. B. bei GUSTAV EMMINGHAUS, Corpus iuris germanici, 2. Aufl. Jena 1844 S. 176. – Dazu OTTO BÄHR, Die Entschädigung unschuldig Verurteilter, in Gesammelte Aufsätze Bd. 1, Leipzig 1895 S. 280 ff., der ausführt, diese Stelle habe der deutschen Gerichtspraxis als Grundlage für die Zuerkennung von Schmerzensgeld bei Körperverletzungen gedient. «Was für das 16. Jahrhundert die ungerechte Folterung war, ist für unser empfindliches Rechtsgefühl die ungerechte Haft...» Siehe auch GEYER S. 509.

¹¹ Näheres bei GEYER.

¹² HAUSER, N. 50 S. 37 gegen unten.

¹³ Siehe EDUARD HERTZ, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert, Stuttgart 1887.

läßlich des lit de justice vom 8.5.1788, wo der *Garde des Sceaux* unter anderen folgende Rede hielt: «Après avoir déterminé la forme du jugement des coupables, le roi s'est occupé des dédommagemens que vous décernez aux innocens, lorsqu'ils ont subi, sur de faux indices, les rigueurs d'une poursuite criminelle. Sa majesté a voulu connaître le genre des réparations que la loi devait leur avoir assurées. Je dois le déclarer hautement, Messieurs, sa majesté a vu, avec la plus grande surprise, que la législation de son royaume n'avait encore rien statué en leur faveur; et que s'il ne se trouvait pas au procès une partie civile qui pût être condamnée aux frais de l'impression et de l'affiche de ces jugemens d'absolution, cette faible indemnité n'était pas même accordée à l'innocence. Le roi s'occupe de ces réparations qu'il regarde comme une dette de sa justice. Mais en attendant que sa majesté puisse atteindre ce but d'une législation vraiment équitable, qui, prévoyant la possibilité de confondre d'abord l'innocent avec le malfaiteur, ne se borne point à punir, et se croit alors obligée à dédommager, elle veut que ses jugemens d'absolution soient imprimés et affichés aux dépens de son domaine»¹⁴.

¹⁴ B. J. B. BUCHEZ et P. C. Roux, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, tome premier, Paris 1834 S. 241 f., ferner ARDANT S. 99. Deutsche Übersetzung bei GEYER S. 477. – Man fragt sich vielleicht, weshalb eine so nobel konzipierte Reform, die übrigens in eine Zeit größter Prosperität des *ancien régime* fiel, nicht zusammen mit anderem eine revolutionshemmende Wirkung haben konnte. Die Reform hat immerhin nach den Feststellungen von GEYER (S. 477) das ganze Land tief beeindruckt. – Andere Teile der Reform gingen den Parlamenten (HERTZ, a. a. O. N. 13, S. 500) und überhaupt sehr zahlreichen Leuten, die von der Justiz lebten, zu Leibe. «Or, en France, le nombre de ceux qui s'occupaient, soit à juger, soit à exécuter les arrêts des juges, était immense. A vrai dire, toute la bourgeoisie tenait de près ou de loin aux tribunaux. L'effet de la loi fut donc de troubler tout à coup des millions de familles.» – Dann wird schließlich stimmen, daß «les français ne se bornaient plus à désirer que leurs affaires fussent mieux faites; ils commençaient à vouloir les faire eux-mêmes...» (TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, Tome 2, première partie,

Abgesehen von diesen kurzlebigen Edikten ließen jedoch in den großen Ländern – über die Entwicklung in unserem Land wird weiter unten zu handeln sein – die gesetzgeberischen Erfolge der mitunter doch ziemlich kräftigen Strömungen der öffentlichen Meinung überraschend lange auf sich warten. Mit unvermeidlichen Unterschieden nach Art und Ausmaß trifft das zu für Frankreich¹⁵, England¹⁶ und Deutschland¹⁷. Erst kurz vor der Wende zu

Paris 1952: *L'ancien régime et la révolution* S. 236, 215.) – Der Widerstand war so groß, daß der König im lit de justice vom 21. 9. 1788 den Justizminister Lamoignon absetzte, die Mai-Edikte förmlich zurücknahm und auf 1789 die Etats Généraux ankündigte (HERTZ S. 501).

¹⁵ Zu erwähnen sind namentlich auch noch die Arbeiten von BRISSOT DE WARWILLE und PHILIPPE DE LA MADELAINE, die 1781 der Akademie Châlons-sur-Marne eingereicht und preisgekrönt wurden. Das Thema lautete: quels seraient les moyens les plus praticables et les moins dispendieux de procurer au citoyen reconnu innocent le dédommagement qui lui est dû de droit naturel? – Sie wurden publiziert in der Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte, IV 1782 S. 275 ff. und VI 1782 S. 167 ff. – Inhaltsübersichten bei GEYER S. 472 ff. – Siehe auch ARDANT S. 98.

¹⁶ BENTHAM a.a.O. (N. 3) hatte geschrieben: «An error in justice is already, by itself, a subject of grief; but that this error, once known, should not be repaired by proportional indemnification, is an overturning of the social order.» (S. 388). Dazu GEYER S. 506, MEYER S. 180, STREET S. 44.

S. ferner: *The life of Sir SAMUEL ROMILLY, written by himself* (3. Aufl. London 1842 Bd. 2 S. 55). Romilly hatte im Unterhaus einen Gesetzesentwurf eingebracht, der es dem Richter anheimgeben sollte, Freigesprochenen eine Entschädigung zuzuerkennen. Dem wurde entgegnet, durch Entschädigung nur eines Teils der von den Geschworenen Freigesprochenen diskriminiere man den andern Teil und entwerte die Verdikte; Romilly teilte diese Ansicht nicht. Es ereigne sich häufig, daß «in consequence of some error of form or some defect of evidence» Schuldige freigesprochen werden müßten. Nicht Entschädigung Einzelner führe zur Entwertung der Freisprüche, diese seien vielmehr bereits wegen täglicher Freisprechung infolge bloßer Formalitäten entwertet: «So notorious is it,... that to have been tried is, in general, alone sufficient to destroy a man's character...». Abschließend zieht

unserem Jahrhundert haben Frankreich und Deutschland¹⁸ Gesetze erlassen, und der damit erreichte Stand ist abgesehen von Detailkorrekturen bis heute nicht übertrffen worden.

Im ganzen kann gesagt werden, daß in unserem Lande die Verfassungen und Gesetze nicht nur früher als anderswo, sondern auch entschlossener und weitergehend sich der Entschädigung unschuldig Verfolgter angenommen haben. Daß dennoch auch bei uns von einem Idealzustand nicht die Rede sein kann, vielmehr mannigfacher Anlaß zu durchgreifenden Verbesserungen gegeben ist, wird in den folgenden Erörterungen im einzelnen darzulegen sein¹⁹.

Geschicke besonderer Art hatte und hat auch die lite-

Romilly, der seine *Bill* übrigens zurückzog, folgendes Fazit: «The being able to produce a certificate of the Judge allowing his expenses would be decisive evidence of his innocence; the not producing such a certificate would only leave the party in the state in which all acquitted men are at this moment, that is, in a state in which it is doubtful whether they were really innocent or guilty.»

¹⁷ Siehe die umfassenden Literaturangaben bei HAUSER S. 22 ff.

¹⁸ Frankreich: Gesetz vom 8. 6. 1895 (Entschädigung für Freigesprochene im Revisionsverfahren), dazu ARDANT S. 100 ff. und CLERC PPR S. 171. – Deutschland: Gesetz vom 20. 5. 1898 (Freisprechungen im Wiederaufnahmeverfahren) und vom 14. 7. 1904 (unschuldig erlittene Untersuchungshaft).

¹⁹ Auf das schweizerische Entschädigungsrecht ist z. B. hingewiesen in (1944) 22 Canadian Bar Review S. 764 (behandelt ist lediglich das Recht des BStP und des Kantons Bern), s. dazu GLANVILLE WILLIAMS a. a. O. (N. 1) S. 90.

GEYER hatte s. Zt. (S. 525 ff. und namentlich 535 ff.) durch Prof. TEICHMANN in Basel Material zum Recht der schweizerischen Kantone und seiner Anwendung in der Praxis erhalten, das von Strafanstaltsdirektor Gysin in Liestal (später Bundesrichter) gesammelt worden war. Es ist an den angegebenen Stellen offenbar so gut wie in extenso wiedergegeben, womit zugleich erklärt ist, weshalb dieses Material in den Archiven von Liestal, wo es vor ein paar Jahren fieberhaft gesucht wurde, nicht mehr aufzufinden ist. Wir glauben übrigens davon absehen zu können, die von GEYER erstmals (S. 538) mitgeteilte und später nicht ungern aufgefrischte Anekdote (z. B. GERBER S. 12ff., PFENNINGER, ZStR 64 S. 376) hier zu wiederholen.

rarische Bearbeitung des Gegenstandes zu verzeichnen. Das fing schon an mit NECKER, dem berühmten Finanzminister Ludwigs des Sechzehnten²⁰: «... il serait parfaitement juste, ce me semble, d'accorder un dédommagement à ceux qui ont été les victimes d'une première opinion mal fondée.» Die erforderliche «dépense» wäre «infiniment petite», leider jedoch sei er zu spät auf die Sache aufmerksam geworden, weshalb er nicht mehr dazu gekommen sei, exakte Unterlagen zu sammeln: «C'est une distraction dont le souvenir me peine; mais il y a dans le cours de nos idées, je ne sais quelle fluctuation bizarre, qui souvent éloigne de notre esprit les appercus qui, par une multitude de rapports, sembloient devoir en être le plus près: je soulage mes regrets, en confessant mon inadvertance, et en invitant à la réparer, ceux qui en ont le pouvoir.»

So ging es später noch oft. Die in Betracht kommenden juristischen Disziplinen erachteten nicht selten die Regeln über die Entschädigung unschuldig Verfolgter als *disiecta membra* der Nachbardisziplin und sahen von ihrer Behandlung ab. So fertigte EBERHARD SCHMIDT²¹ die oben erwähnten zwei deutschen Gesetze in einem Satz ab. RUDOLF NEUMANN²² eröffnet dem Leser schon in der Vorrede, daß er «bedenkenlos» die «Materie des Entschädigungsrechts» ausscheide. HANS VON HENTIG²³ kommt nur an einer Stelle in einer Note, und nur zur Hervorhebung einer Diskrepanz bei der Regelung der Legitimation zur Stellung des Wiederaufnahmegesuches, auf die Entschädigungsfrage zu sprechen. MAX RÜMELIN²⁴ begnügt sich mit dem Hinweis, «die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs-

²⁰ In: De l'administration des finances de la France (o. O. 1784) Bd. 3 S. 224 f.

²¹ Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl. Göttingen 1951 S. 412.

²² System der strafprozessualen Wiederaufnahme, Berlin 1932 S. VI.

²³ Wiederaufnahmerecht, Heidelberg 1930 S. 139.

²⁴ Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910 S. 12 N. 3.

und Strahaft durch den Staat», stehe «auf besonderem Boden.» Mit so etwas wie berechtigter Erwartung öffnet der unbefangene Leser den stattlichen Gutachtenband von SCHACK und anderen zum deutschen Juristentag 1955 mit dem Thema: «Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?», doch entläßt ihn schon der erste Referent SCHACK mit einer kurzen Notiz in seinen einleitenden Bemerkungen, er nehme von der Erörterung dieses und anderer Sonderfälle Umgang...²⁵.

Schließlich hat der schweizerische Juristenverein zweimal hintereinander²⁶ das Thema als Preisaufgabe ausgeschrieben, jedoch im Gegensatz zur Akademie Châlons keine Bearbeitung erhalten. «Damit ist jedenfalls dargetan, daß dieses Thema die schweizerischen Juristen nicht zu erwärmen vermag und deshalb endgültig aus Abschied und Traktanden fallen gelassen werden soll», bemerkte an der Tagung vom 21.9.1903 der Präsident Dr. LEO WEBER etwas resigniert und vielleicht auch etwas voreilig.

²⁵ «Freilich gibt es neben diesen Hauptarten noch eine Reihe von Sonderfällen der öffentlichrechtlichen Entschädigung, wie die Nothelferentschädigung, die gewerbliche Betriebsentschädigung, die öffentlichrechtliche Verwahrungsentschädigung, die Haftung aus öffentlichrechtlicher Bereicherung, die Entschädigung wegen Beschlagnahme und Einziehung von Vermögen und die Entschädigungsfälle bei unschuldig erlittener Untersuchungs- oder Strahaft, doch erweitern diese Fälle nicht das durch die oben genannten Hauptarten gekennzeichnete System des öffentlichrechtlichen Entschädigungsrechts; teils bestehen hier besondere gesetzliche Bestimmungen, teils reiht man sie einer der obigen Hauptfiguren ein, teils arbeitet man mit zivilrechtlichen Analogien... Von einer Erörterung der Sonderfälle wie auch der vielen Einzelgesetze muß im Rahmen dieses Gutachtens abgesehen werden.» (S. 8)

²⁶ 1903 und, wie es scheint, schon 1901 (vgl. ZSR 1901 S. 606 und 1903 S. 667, ferner TOBLER S. 5.)

2. KAPITEL

RECHTSANSPRUCH ODER BILLIGKEIT

Seit vielen Jahrzehnten konzentriert sich ein beträchtlicher Teil der literarischen und gesetzgebungspolitischen Auseinandersetzungen über die Entschädigungen für unschuldig Verfolgte auf die Alternative, ob das Institut als System von Rechtsansprüchen oder System der «Billigkeit» auszugestalten sei. Angesichts dieser ebenso hartnäckig geführten wie nie völlig entschiedenen Kontroverse ist man wie immer in derartigen Fällen zu einem Mißtrauen geneigt und fragt sich, ob wohl die Frage vielleicht nicht ganz richtig gestellt sei. Die Bedenken werden zumal nicht geringer, wenn die Billigkeit in die Sache verwickelt ist. MAX RÜMELIN²⁷ hat die diesem Wort gegenüber besonders angebrachte Skepsis gerade am Haftungsprinzip der Billigkeit begründet. Es komme vor, führt er aus, «daß gesetzlich anerkannte oder auch nur postulierte einzelne Haftungsfälle, namentlich dann, wenn man für sie keine spezielle ratio anzugeben weiß, auf die Billigkeit, die soziale Gerechtigkeit, das Verkehrsbedürfnis zurückgeführt werden»; Hinzu kommt, daß bekanntlich seit alter Zeit Schulenstreitigkeiten kaum je mit klaren Siegen und entsprechenden Niederlagen enden. Probleme werden durch sie nicht gelöst, sondern in erstarrtem Zustand konserviert.

In unserm Falle wurde die Geschichte der dogmatischen Bemühungen wie folgt resumiert: «Zur Zeit, da um die Aufnahme der Ansprüche in die Gesetze Deutschlands gestritten wurde, pflegte jeder Folgende die bisherigen Argumente für und gegen die Gewährung einer Entschädigung zu schematisieren und ihnen darauf die eigene Meinung beizufügen. So wurden insbesondere die Vertreter der Ansicht, für den Staat bestehe zur Entschädigung der un-

²⁷ a. a. O. (N. 24) S. 5 N. 3.

schuldig Verhafteten und Bestraften eine Rechtspflicht, und die Anhänger der Behauptung, der Staat erfülle damit lediglich ein Postulat der Billigkeit, einander in zwei Reihen gegenübergestellt»²⁸. Entnehme man hieraus, so fährt der Verfasser vorstehender Betrachtung fort, der Staat sei auch mangels einer ausdrücklichen Regel zur Schadlos haltung verpflichtet, nämlich kraft Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauchs oder ausdehnender Interpretation einer Gesetzesbestimmung, oder auch nur, es stehe aus Gründen der Billigkeit dem Staat wohl an, eine Entschädigung zu leisten, so täusche man sich, denn die Kontroverse habe sich darin erschöpft, daß die Verbundenheit des Staates zum Erlaß eines Entschädigungsgesetzes auf Billigkeit oder auf Rechtspflicht beruhe²⁹.

Schließlich wird die hier berufene Billigkeit auch so verstanden, daß dem Ansprecher kein klagbares Recht, sondern eine vom Richter nach freiem Gutdünken gewährbare oder versagbare Entschädigung zustehe³⁰, oder auch so, daß das Gericht das «Recht» habe, «den unschuldig Verfolgten eine Entschädigung zuzusprechen», wobei es sich um «Billigkeitsrecht» handle, «aus freiem Ermessen geboren und nicht an bestimmte Regeln geknüpft»³¹.

Angesichts dieser Differenzen im Sprachgebrauch ist es auch nicht verwunderlich, daß man sich selbst im innersten Kreis der Eingeweihten zuweilen nicht mehr versteht. So lesen wir bei H. F. PFENNINGER: «Sind so beide Systeme im Bund und in den Kantonen gleichzeitig Gesetz, kann man nicht einmal sagen, welches das ältere, welches das

²⁸ HAUSER S. 33 ff. In Frankreich sprach man ebenfalls von *indemnité devoir de solidarité sociale* und *indemnité-dette*, vgl. ARDANT S. 100 ff.

²⁹ Man vermißt hier den Hinweis auf die Konzeption der Billigkeit, wie sie der englischen *Equity*-Rechtsprechung zu Grunde liegt, nämlich die aristotelische. Über diese weiter unten N. 55 und Text.

³⁰ GERBER S. 20.

³¹ H. F. PFENNINGER, »Eine beachtliche Lücke in der schweizerischen Militärstrafgerichtsordnung«. – Eine Entgegnung, ZStr 64 S. 374 f.

jüngere ist, denn im Bundesstrafprozeß z. B. ist das System der Billigkeit erst bei der parlamentarischen Beratung durch das der Entschädigungspflicht ersetzt worden, während umgekehrt die neueste schweizerische StPO, diejenige Neuenburgs, sich durchaus zum Billigkeitssystem bekennt, sagt doch ihr Schöpfer, Prof. CLERC, in der Begründung zum Gesetzestext: 'L'autorité s'inspirera de la notion d'équité'.»³² Aber ausgerechnet der hier von PFENNINGER als Gewährsmann angerufene F. CLERC ist selbst durchaus anderer Ansicht. An einer Stelle, wo er sich zur Kontroverse äußert und die Ordnung des Bundes und einiger Kantone unter die beiden Systeme subsumiert, erklärt er: «Le système (sc. der Billigkeit) est notamment consacré à Fribourg et en droit militaire, tandis que le droit neuchâtelois reconnaît au lésé un véritable droit à l'indemnité.»³³

Zur Gewinnung größerer Klarheit empfiehlt sich ein kurzer Blick in die Gesetzestexte, die dem System der Billigkeit zugeordnet werden. Hierzu zählt H. F. PFENNINGER, abgesehen von der offenbar umstrittenen Regelung von Neuenburg, den BStP. von 1851, die MStGO von 1889, ferner (Stand 1949) die StPO der Kantone Freiburg, Schwyz, Glarus, Waadt.

Im alten BStP finden sich in den Art. 39 und 122 (abgesehen von Art. 126, der keine selbständige Regel enthält) je eine Vorschrift für den Fall der Verfahrenseinstellung und Freisprechung. Während jene nur dahin lautet, die Anklagekammer befnde über eine allfällige, dem freigelassenen Angeschuldigten gebührende Entschädigung, gibt diese wörtlich folgende Regel: «Das Gericht kann jedoch dem freigesprochenen Angeklagten eine Vergütung für Auslagen und andere Nachteile bewilligen, besonders in dem Falle, wenn derselbe während der Untersuchung und den Verhandlungen keine Veranlassung

³² a. a. O. (N. 31).

³³ CLERC, PPR S. 174 N. 2.

zu Kosten gegeben hat, die hätten vermieden werden können».

Die MStGO 1889 hatte in gleicher Weise je eine Vorschrift für die Verfahrenseinstellung (Art. 122) und Freisprechung (161), wobei umgekehrt jene ausführlicher gehalten war als diese. Nach Art. 122 Abs. 3 kann der Bundesrat auf Antrag des Oberauditors dem Beschuldigten nach der Einstellung des Verfahrens eine Entschädigung zusprechen. In Art. 161 ist lediglich als möglicher Inhalt eines freisprechenden Urteils erwähnt «eine dem Freigesprochenen zuerkannte Entschädigung».

Die Freiburger StPO (1927) verheißt dem im Vorverfahren (Art. 2) aus der Haft entlassenen Angeschuldigten und dem im Revisionsverfahren freigesprochenen Angeklagten (Art. 61) eine «der Billigkeit entsprechende» bzw. «billige» Entschädigung, in beiden Fällen fakultativ («kann»), während der von Einstellung des Verfahrens durch die Anklagekammer und Freisprechung durch den erkennenden Richter handelnde Art. 43 wiederum fakultativ («kann») dem Beschuldigten «auf seinen Antrag» eine «den Umständen entsprechende, billige Entschädigung aus Staatsmitteln» gewährt, wobei die je dem Sachrichter anheimgegebene Entscheidung unanfechtbar ist. Eine Entschädigung darf nicht zuerkannt werden, wenn der Beschuldigte die gegen ihn gerichtete Maßnahme «durch sein eigenes Verhalten, durch Fahrlässigkeit oder Leichtsinn» verschuldet hat.

Schwyz hatte in seiner StPO (1908) eine Bestimmung für den Freispruch vor dem ordentlichen erkennenden Richter und eine weitere für Freisprechungen im Revisionsverfahren (274 Abs. 2 und 327 Abs. 2). Jene statuierte eine fakultative «billige» Entschädigung («kann»), wenn die Unschuld des Angeklagten erwiesen oder in hohem Grade wahrscheinlich gemacht war und er zur Untersuchung keine Veranlassung geboten hatte; diese, offenbar nicht fakultativ, dem unschuldig Verurteilten Ersatz für den materiellen Schaden, soweit nicht die Verurteilung

durch eigene rechtswidrige Handlung oder durch solche von Dritten herbeigeführt wurde.

Glarus hat zunächst in KV 5 die Regel: «ungesetzlich oder unbegründet Verhafteten ist durch den Staat eine angemessene Entschädigung zu leisten.» – Die StPO (1940) setzt für solche Forderungen eine Frist (bis Ende des Zwischenverfahrens) und nennt als Grund nicht nur Haft, sondern auch «erlittene Umtriebe usw.» (§ 98). Nach § 100 hat der Angeklagte, gegenüber dem das Verfahren eingestellt wurde, weil der Verdacht sich als völlig grundlos erwiesen hat, Anspruch auf Entschädigung nach § 139. Bei Freisprechung ist nach § 139 dem Angeklagten fakultativ («kann») eine «den Umständen angemessene Entschädigung» zuzusprechen.

Die StPO des Kantons Waadt (1940) legt in 5 Artikeln über die Entschädigungen an Verfolgte. Bei Verfahrenseinstellung durch den Untersuchungsrichter (Art. 242) oder das Anklagegericht (Art. 263) kann der verhaftet gewesene Angeklagte, der «s'estime de ce fait en droit d'obtenir une indemnité», innert Monatsfrist dem Anklagegericht seine Forderungen stellen. Der erkennende Richter im Hauptverfahren (Art. 354) «peut, d'office ou sur réquisition, allouer des dépens à l'accusé libéré non condamné au frais», unter Vorbehalt weiteren, im ordentlichen Zivilweg geltend zu machenden Schadenersatzes. Nach Art. 445/46 endlich ist dem infolge Revision Freigesprochenen fakultativ («peut») «une indemnité en raison du dommage subi» zuzuerkennen unter Vorbehalt wiederum von «plus amples dommages-intérêts», die im ordentlichen Zivilweg zu fordern sind.

Neuchâtel endlich (StPO 1945) gibt bei Freisprechung oder Verfahrenseinstellung dem aus der Haft Entlassenen nach Maßgabe der erlittenen Nachteile einen Schadenersatzanspruch (Quiconque... peut obtenir). Die Anklagekammer entscheidet als einzige Instanz unter Anlehnung an die Regeln des Obligationenrechts über die Höhe der zu leistenden Entschädigung (Art. 271/73).

Soviel zum Inhalt derjenigen Entschädigungsvorschriften, die mehr oder weniger unwidersprochen dem sogenannten Billigkeitssystem zugerechnet werden. Im Rahmen dieses Abschnitts, wo nur die Tragweite der Klassifizierung in Systeme der Billigkeit und des Rechtsanspruchs zu untersuchen ist, können selbstverständlich nicht alle übrigen Regelungen resümiert werden. Es muß vielmehr genügen, unter Darstellung des Werdeganges zwei Beispiele zu erörtern, wo das System geändert wurde in der erklärten Absicht, den Anspruch nach bloßer Billigkeit zu Gunsten eines Rechtsanspruchs preiszugeben. Es sind dies der Bundesstrafprozeß (1934) und die Militärstrafgerichtsordnung, die im Jahr 1950 partiell revidiert wurde.

Der Bundesrat hatte keineswegs die Absicht, am leitenden Prinzip des Entschädigungsrechts etwas zu ändern. Die Botschaft³⁴ läßt darüber keinen Zweifel: «Der Entwurf gibt dem unschuldigen Beschuldigten nicht einen Rechtsanspruch auf Entschädigung, sondern gewährt die Entschädigung für den erlittenen Schaden aus Gründen der Billigkeit. Es ist deshalb im einzelnen Fall zu prüfen, ob nach den Verumständungen Billigkeitsgründe für die Ausrichtung einer Entschädigung sprechen.» Entsprechend lautet der Entwurf (Art. 124 Abs. 2): «Die Frage, ob und in welchem Maße dem Beschuldigten eine Entschädigung gebühre, ist nach Billigkeitsrücksichten zu entscheiden.» Kürzer gefaßt war Art. 180 über den Freispruch, wo gesagt ist, dem Freigesprochenen könne eine Entschädigung zuerkannt werden. An diesem Punkt kam der Stein ins Rollen. Das Fehlen des Wortes «billig» wurde als störend empfunden und es wurde in der Kommission des Nationalrates³⁵ angeregt, den Text durch «billig» zu ergänzen. Das rief dem gegensätzlichen Antrag, nach dem Beispiel der Zürcher StPO dem «Verhafteten» bei Freispruch «grund-

³⁴ S. 41 des Sonderdrucks.

³⁵ Prot. Komm. NR, 2. Session April 1930 S. 16/17, Voten Wulliamoz und Farbstein.

sätzlich» einen «Anspruch» auf Entschädigung zu geben, wenn ihn nicht ein Verschulden an der Verhaftung trifft. Diese Auffassung drang durch und auch Art. 124 wurde später in diesem Sinne bereinigt³⁶.

Das Plenum des Nationalrates folgte der Kommission³⁷, doch kehrte der Ständerat vorerst zum Entwurf des Bundesrates zurück: «il ne s'agit d'ailleurs nullement d'un droit; des notions d'équité seront seules déterminantes. Dans chaque espèce particulière, la chambre d'accusation examinera si les circonstances motivent la demande d'indemnité... Nous estimons en conséquence que le conseil national a dépassé la mesure...»³⁸. Der Nationalrat wiederum konnte sich dabei nicht beruhigen; die «etwas verschwommene Regelung des bundesrätlichen Entwurfes» wurde erneut zurückgewiesen³⁹, wonach sich jedoch auch der Ständerat nicht umstimmen ließ⁴⁰. Erst die darauf vom Nationalrat konzidierte, offensichtlich keinerlei substantielle Änderung implizierende Neuredaktion des ersten Satzes⁴¹ brachte schließlich den Ständerat zum Einlenken.

Der ursprüngliche nationalrätliche Text hatte dem Angeklagten «Anspruch auf eine Entschädigung» zugestanden, wogegen der jetzt zwecks Verständigung mit dem Ständerat umgeformte Satz ihm die Entschädigung auf «Begehren» hin gewährt. Der Berichterstatter der Kleinen Kammer lenkte in der Tat ein: «Il y a là une notion nou-

³⁶ Prot. Komm. NR, 4. Session Februar 1931 S. 6.

³⁷ Sten.Bull. NR 1931 S. 723. – Der Vorschlag der Kommission lautete für den hier interessierenden Teil von Art. 124 des Entwurfs: «Der Beschuldigte, gegen den die Untersuchung eingestellt wird, hat Anspruch auf eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat...»

³⁸ Sten.Bull. StR 1932 S. 663 (Béguin).

³⁹ Sten.Bull. NR 1933 S. 896 ff. (Huber).

⁴⁰ Sten.Bull. StR 1934 S. 10.

⁴¹ Sten.Bull. NR 1934 S. 171: «Dem Beschuldigten, gegen den die Untersuchung eingestellt wird, ist auf Begehren eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat, auszurichten...»

velle, intéressante, qui nous permet d'arriver à une transaction entre les deux textes envisagés»⁴². Diese Fassung ist in der Tat Gesetz geworden.

Auf ungefähr dieser Linie erfolgte auch die Anpassung der Militärstrafgerichtsordnung. Der Bundesrat hatte nicht die Absicht, an den Regeln für die Entschädigung unschuldig Verfolgter etwas zu ändern⁴³. Doch kam die Frage durch einen jener kapriziösen Zufälle, die mitunter das Rechtsleben bereichern, gerade ungefähr im Zeitraum zur Sprache, in dem die Botschaft für die Teilrevision der MStGO veröffentlicht wurde. Reichsgerichtsrat a.D. SONTAG, der ja wiederholt die Muße seiner alten Tage benutzt hat, um zur Diskussion der juristischen Aktualitäten seiner zweiten Heimat Beiträge zu leisten, wandte sich unvermittelt der schweizerischen Militärstrafgerichtsordnung zu und kam bei mutmaßlich etwas kurisorischer Lektüre zum nicht zutreffenden Ergebnis, zwar sei in Art. 161 für die gerichtlich Freigesprochenen, nicht aber in einer weitern Bestimmung auch für die durch Einstellung aus dem Verfahren Entlassenen gesorgt. Hierüber schrieb er die Miszelle «Eine beachtliche Lücke in der schweizerischen Militärstrafgerichtsordnung»⁴⁴, worin er unter Berufung auf ZGB Art. 1 und die Beschränkung der strafrechtlichen Analogie-Verbote auf Analogien zu Ungunsten des Täters die Schließung der vermeintlichen Lücke durch die Praxis anregte. Die Antworten ließen nicht auf sich warten. Sowohl der frühere Oberauditor als auch der amtierende Vorsitzende des Militärkassationsgerichts beeilten sich, den Irrtum SONTAGS richtigzustellen⁴⁵ und bei dieser Gelegenheit versäumte es H.F. PFENNINGER auch nicht, auf den

⁴² Sten.Bull. StR 1934 S. 85 (Béguin).

⁴³ Botschaft des BR und Entwurf vom 22. 7. 1949, BBl. 1949 Bd. 2 S. 150 ff.

⁴⁴ ZStR 64 S. 252.

⁴⁵ F. TRÜSSEL, Eine angebliche Lücke in der schweizerischen Militärstrafgerichtsordnung, ZStR 64 S. 371 und H. F. PFENNINGER a.a.O. (N. 31).

fortdauernden und sogar sich weiter noch ausbildenden Dualismus der Systeme der Billigkeit und des Rechtsanspruches hinzuweisen und nicht nur Einheitlichkeit in den beiden StPO des Bundes, sondern in allen StPO des Bundes und der Kantone zu fordern, mit dem Ausdruck des Bedauerns darüber, daß dies nicht wie bei den Minimalvorschriften für die Wiederaufnahme (StGB Art. 397) auch hier bei Erlaß des StGB schon geschehen sei.

Trotz dem zurückhaltenden Schweigen des Bundesrates in seiner Botschaft war damit die Frage neu gestellt. Unter Hinweis auf die Bemerkungen PFENNINGERS beantragte der Präsident der ständerätslichen Kommission die Angleichung der Entschädigungsregeln der MStGO an die des BStP und die Kommission folgte ihm trotz Widerspruch des Oberauditors⁴⁶. Freilich war das noch nicht das Ende. Trotz dem Beschuß der Kommission, in einem Art. 122^{ter} die Regelung des BStP auch für die MStGO zu übernehmen, hatte sich in die Redaktion der gedruckten Vorlage, die die Kommission nicht selbst besorgt hatte, die Formulierung «kann ihm... eine Entschädigung ausgerichtet werden» eingeschlichen, so daß der Kommissionspräsident genötigt war, die exakte Übereinstimmung zum BStP (Entschädigung auf Begehren des Angeschuldigten, gegen den das Verfahren eingestellt wird) mittels eines persönlichen Antrages herbeizuführen⁴⁷. In Art. 163 Abs. 4 schließlich wurde für die Entschädigung des gerichtlich Freigesprochenen auf Art. 122^{ter} verwiesen. Diese vom Ständerat an der bundesrätslichen Vorlage angebrachte Modifikationen wurden vom Nationalrat diskussionslos rezipiert und sind Gesetz geworden⁴⁸.

⁴⁶ Prot. Komm. StR Session Januar 1950 S. 14 f.

⁴⁷ Sten. Bull. StR 1950 S. 81 ff. (Schoch 24. 3. 1950).

⁴⁸ Sten. Bull. NR 1950 S. 322 (20. 6. 1950). – Aus den Daten folgt, daß die redaktionelle Notiz H. F. PFENNINGERS zu CLERC, Indemnité, die neuerdings den Dualismus der schweizerischen Systeme beklagte, im Zeitpunkt ihres Erscheinens (15. 9. 1950) durch die Ereignisse überholt war. Überholt war schließlich auch

Nachdem die Entstehungsgeschichte der Regelungen bei den StPO des Bundes die erklärte Tendenz zeigte, das System der Billigkeit zu Gunsten des Rechtsanspruchs zu verlassen und man dort, wo diese Unterscheidung anerkannt ist, in der Tat der Ansicht ist, der Gesetzgeber habe das gesteckte Ziel erreicht, ist es vielleicht richtig, den Wortlaut der Gesetzesvorschriften aufzuführen:

BStP	MStGO
122. – Dem Beschuldigten, gegen den die Untersuchung eingestellt wird, ist auf Begehren eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat, auszurichten. Die Entschädigung kann verweigert werden, wenn der Beschuldigte die Untersuchungshandlungen durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verschuldet oder erschwert hat.	122 ^{ter} . – Dem Beschuldigten, gegen den die Untersuchung eingestellt wird, ist auf Begehren eine Entschädigung für die Untersuchungshaft und für andere Nachteile, die er erlitten hat, auszurichten, sofern er das Verfahren nicht durch ein schuldhaf tes oder leichtfertiges Benehmen verschuldet oder erschwert hat. Das Eidgenössische Militärdepartement entscheidet auf Antrag des Oberauditors über das Begehren.
Der Anzeiger und der Geschädigte, die das Verfahren durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit veranlaßt haben, können dem Bunde gegenüber zum ganzen oder teilweisen Ersatz der Entschädigung verurteilt werden.	
Der Untersuchungsrichter legt die Akten mit seinem Antrag der Anklagekammer zur Entscheidung vor. Der Bundes-	

die 1955 publizierte (oben N. 33) Bemerkung von CLERC, die MStGO folge dem «System der Billigkeit». – Derselbe Schriftsteller scheint jetzt, wenn wir seine neuesten Erörterungen zum Gegenstand (CLERC, Responsabilité S. 377 ff.) richtig verstehen, gegenüber der traditionellen Kontroverse eine reserviertere Stellung einzunehmen.

BStPMStGO

anwalt und die beteiligten Personen erhalten Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Diese Bestimmungen sind auch auf das Ermittlungsverfahren anzuwenden.

131. – Läßt die Anklagekammer die Anklage nicht zu, so stellt sie das Verfahren ein. Sie begründet die Nichtzulassung. Sie entscheidet darüber, ob dem Angeklagten eine Entschädigung gebührt...

176. – Im Falle der Freisprechung hat das Gericht über die Entschädigung an den freigesprochenen Angeklagten gemäß den Grundsätzen des Art. 122 Abs. 1 zu entscheiden.

206. – ...⁴ Die Kriminalkammer entscheidet hierauf nach Anhörung der Parteien über den privatrechtlichen Anspruch des Geschädigten, die Kosten, den Entschädigungsanspruch des Angeklagten und über andere Nebenpunkte.

237. – Wird der Verurteilte im wiederaufgenommenen Verfahren freigesprochen oder lautet das neue Urteil auf Einstellung des Verfahrens, so wird er in alle Rechte wieder eingesetzt. Bußen und Kosten werden zurückgestattet. Auf seinen Antrag wird ihm eine angemessene Entschädigung zugesprochen und das Urteil auf Kosten des Bun-

161. – Das Urteil ist schriftlich auszufertigen und vom Großrichter und Gerichtsschreiber zu unterzeichnen; die Urteilsausfertigung soll enthalten: ...

B. Im Falle der Freisprechung:

2. Den Urteilsspruch betreffend die Freisprechung und eine dem Freigesprochenen zuerkannte Entschädigung; ...

163. – ...⁴ Das Gericht entscheidet über Entschädigungsbegehren des Freigesprochenen gemäß den Grundsätzen des Art. 122ter.

BStPMStGO

des im Bundesblatt und nach Ermessen des Gerichtes auch in andern Zeitungen veröffentlicht.

Ist der Verurteilte gestorben, so hat der Kassationshof den Personen, denen gegenüber er zur Unterstützung verpflichtet war oder die durch die Verurteilung eine besondere Unbill erlitten haben, auf ihr Begehrn eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

Wenn wir von BStP 237 absehen, statuiert keine der wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen eine «angemessene» Entschädigung und keine verwendet den Ausdruck «Ermessen» oder einen gleichwertigen Terminus. Dennoch kann es bei Entscheidungen über derartige Entschädigungsansprüche nicht ohne Ermessen abgehen, wenn nicht Tatbestände und Rechtsfolgen völlig starr aufgestellt sind, etwa indem auf der Tatbestandsseite die bloße Tatsache der Verfahrenseinstellung und auf der Seite der Rechtsfolge ein gesetzlich fixierter Geldbetrag als Entschädigung vorgesehen wird. Dem ist im Bundesrecht gewiß nicht so. Nach BStP kann die Entschädigung verweigert werden, wenn das Verfahren durch verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verschuldet oder erschwert wurde, nach MStGO scheint es, daß sie unter ähnlichen Voraussetzungen verweigert werden muß. In beiden Fällen wird aber die Bildung der Begriffe «verwerfliches», «leichtfertiges» Verhalten, «Verschulden» oder «Erschweren» des Verfahrens unvermeidlich mittels ziemlich freier Verwendung kasuistischen Materials erfolgen müssen und schon dies kommt im Ergebnis einem gewissen Ermessensspielraum gleich ohne Rücksicht darauf, daß im Text noch ausdrücklich bemerkt ist,

daß die Entschädigung verweigert werden kann. Sodann ist in beiden Gesetzen gesagt, daß «eine» Entschädigung gewährt werden kann. Weder ist eine bestimmte absolute noch eine im Einzelfall arithmetisch bestimmmbare (etwa Fr. x je Tag Haft, vgl. die Genfer *loi constitutionnelle* vom 21.3.1849 Art. 16, wo je Tag mindestens Fr. 25.– vorgeschrieben sind)⁴⁹ Summe, eigentlich nicht einmal notwendig Geld als Entschädigung vorgeschrieben. In der Tat wäre ja auch gar nicht abzusehen, weshalb z.B. jemand, der im Zusammenhang mit einem gegen ihn geführten Strafverfahren krank geworden oder verunfallt ist, nicht z.B. als Teil der Entschädigung sollte Spitalpflege fordern oder erhalten können. Auch über Gründe, die zur Kürzung des Schadenersatzes führen, ist nichts gesagt, dennoch wird sich wohl niemand dafür aussprechen wollen, daß ein nur mäßiges, konkurrierendes Selbstverschulden, das zur Anordnung oder weiteren Dauer von Haft oder einer anderen Verfolgungsmaßnahme mit (neben Gründen, die der Angeklagte nicht zu vertreten hat) beigetragen hat, jede Entschädigung für die überwiegend anderweitig motivierten Verfolgungsmaßnahmen ausschließen soll. Es bleibt die Frage der Abschätzung eines Schadens in Geld, die Frage der *compensatio lucri cum damno*⁵⁰, und schließlich die Frage der Genugtuung, die nach einem neuen Entscheid des Bundesgerichts im Begriff «Entschädigung» nach BStP

⁴⁹ Jetzt Art. 35 der redaktionell bereinigten KV vom 7.11.1958, gewährleistet am 12. 6. 1959 (BBl. 1959, Bd. 1 S. 1425 ff. und 1578). Als Singularität ist zu erwähnen, daß die *loi constitutionnelle* vom 21. 3. 1849 erstmals im Juni 1959 vom Bund gewährleistet worden ist, da dies vorher versehentlich (BBl. a.a.O. S. 1426) unterblieben war. Siehe jetzt auch *Projet de loi const. sur la liberté individuelle* etc. vom 21. 2. 1956.

⁵⁰ Die gewiß in ihrer Tragweite nicht überschätzt werden darf. Ein Abzug für Essen und Wohnung für die Zeit der Untersuchungs- und Strafhaft wird, wie später zu zeigen sein wird, keineswegs überall gemacht. Zu denken ist allenfalls an Spitalpflege, an teure ärztliche Behandlungen, Operationen usw., die einem Verhafteten für vorbestandene Krankheiten gewährt werden müssen.

Art. 122 mitenthalten ist⁵¹. Und nach demselben Entscheid ist schließlich eine Schadenersatzforderung nicht ohne weiteres durch die Verfahrenseinstellung gegeben, sondern nur dann, wenn die erlittenen Nachteile nicht geringfügig sind und die Untersuchungshandlung eine gewisse objektive Schwere aufweist. Auch hier stehen wir offensichtlich vor einer mit richterlichem Ermessen zu lösenden Frage.

Das alles bezieht sich unbestritten erweise auf gesetzliche Regelungen, die im Rahmen des traditionellen Dualismus von Rechtsanspruch und bloßer Billigkeit dem System des Rechtsanspruches zugewiesen werden. Halten wir dem jetzt die oben summarisch zusammengefaßten Regelungen der so bezeichneten Billigkeitssysteme gegenüber, so sehen wir etwa, daß häufig erklärt wird, daß eine Entschädigung zuerkannt werden kann (aBStP, aMStGO, Freiburg, Schwyz, Glarus, Waadt); im übrigen sind ver einzelt die Richter auf «Billigkeit» verwiesen (Freiburg, Schwyz) und es ist in variierendem Ausmaß und von verschiedenen Gesichtspunkten her mehr oder minder auch sonst zum Ausdruck gebracht, daß richterliches Ermessen walten soll («den Umständen angemessen», «une indemnité» und dergl.). Es mag sein, daß die Freiheit der Spruchbehörden nach diesen Regelungen zunächst einmal größer erscheint, aber die vorstehenden kurzen Erörterungen zu den StPO des Bundes zeigen, daß von einem entschiedenen qualitativen Unterschied nicht gesprochen werden kann. Hier wie dort sind die Ersatzforderungen in ihrem Bestand und in ihrer Höhe mehr oder weniger unbestimmt, doch ohne daß sich die gesetzlichen Regelungen nach einem klaren, sich aufdrängenden Kriterium in zwei Massen scheiden ließen. Es sind nur Unterschiede im Grad oder ähnliche Differenzen vorhanden; man kann auch nicht sagen, der Schritt vom letzten System der Billigkeit zum ersten des Rechtsanspruches sei größer als irgendein Schritt von der einen zur andern Regelung innerhalb der beiden Systeme.

⁵¹ BGE 84.4 S. 44 ff.

Schließlich kann man nicht ohne weiteres behaupten, daß sich eine eindeutige Rangfolge aufstellen lasse, denn es kommt vor, daß eine Regelung in einem Punkt strikter ist als die andere und in einem andern larger als dieselbe andere verglichene Regelung⁵². Man könnte daher sehr wohl den reichlich lange mitgeschleppten Dualismus der Entschädigungssysteme, der ohnehin nicht den geringsten nachweisbaren Nutzen gebracht hat, ohne jeden Schaden fallen lassen.

Beizufügen wäre nur noch, daß uns auch das erwähnte Mißtrauen RÜMELINS gegen die ebenso unbedachte wie unbegründete Verwendung des Wortes Billigkeit begründet erscheint. Hatte sich gezeigt, daß unter den zur Sache Stellung nehmenden Strafprozessualisten ganz offensichtlich keine Einigkeit über ihren Begriff der Billigkeit besteht, so erwies sich auch beim Durchgehen der der Billigkeit verschriebenen gesetzlichen Regelungen, daß abgesehen von Ermessensfreiheit in verschiedener Form und in ungleichem Ausmaß kein spezifischer gemeinsamer Zug sie auszeichnet, daß andererseits eine qualitativ nicht und quantitativ weder nennenswert noch notwendig verschiedene Ermessensfreiheit auch die zum System des Rechtsanspruchs gehörenden Regelungen begleitet. Es ist hier nicht der Anlaß, eine mehr oder weniger tief eindringende Untersuchung über das Problem der Billigkeit durchzuführen⁵³. Obwohl Billigkeit ihre weit zurückgehende, von

⁵² Irgendein Kanton gewährt z.B. neben Entschädigung auch Genugtuung, aber er gewährt sie nur für irreguläre Freiheitsentziehungen. Umgekehrt gibt es Kantone, die nicht nur den Schaden aus Freiheitsentziehungen, sondern auch den aus andern Verfolgungsmaßnahmen ersetzen, jedoch keine Genugtuung gewähren, und dergleichen Unterschiede mehr.

⁵³ Vgl. zum Thema der Billigkeit etwa: MAX RÜMELIN, Die Billigkeit im Recht, Rede, Tübingen 1921; MAX GMÜR, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1908, S. 114 ff. (GMÜR sieht im Terminus Billigkeit, wie er in ZGB Art. 4 verwendet ist, einem etwas ephemeren Zug seiner Zeit folgend «richtiges Recht»); JULIUS BINDER, Philosophie

der griechischen *Epieikeia* und der römischen *aequitas* ausgehende Geschichte hat, kann man von einer heute zur *communis opinio* gewordenen Auffassung kaum reden⁵⁴, da nicht einmal das Verhältnis zu andern, häufig im gleichen Zug genannten Begriffen, eindeutig ist, und man streiten kann, ob «Gerechtigkeit und Billigkeit», «recht und billig» jeweilen als Antithese oder Pleonasmus gemeint sind. Sieht man näher zu, scheint es noch heute das am meisten versprechende Vorgehen zu sein, auf ARISTOTELES zurückzugehen, wenn nicht um seinen Begriff der Billigkeit zu übernehmen, so doch, um wenigstens Erkenntnisse nicht unbewußt zu übergehen, die er gewonnen und wiederholt dargelegt hat. Wir geben hier das entsprechende Kapitel aus der Nikomachischen Ethik wieder⁵⁵: «Das Erörterte

des Rechts, Berlin 1925, S. 396 ff., ferner in der Schrift «Grundlegung der Rechtsphilosophie» desselben Verfassers das Kapitel 5, Gerechtigkeit und Billigkeit (Tübingen 1935); GUSTAV RADBRUCH, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. Göttingen 1959, S. 25 ff.; A. VON TUHR, Allgemeiner Teil des DBGB Bd. 1 S. 28 ff.; HUBER-MUTZNER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts S. 185; I. KANT, Metaphysik der Sitten (Vorländer, 4. Aufl.) S. 38 ff.; G. KISCH in Festschrift Rennefahrt S. 413 ff. (Die Äquitaslehre des Marsilius von Padua), Bern 1958, und neuerdings sein Werk «Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit» (Basler Stud. z. Rechtswiss., H. 56), Basel 1960; J. STROUX, Summum ius summa iniuria (in Festschrift für Paul Speiser, dargebracht von seinen Kindern, Basel 1926); C. K. ALLEN, Law in the making, 6. Aufl. London 1958 (das Kapitel Equity) und von demselben Verfasser aus «Aspects of Justice» das Kapitel «Justice and Mercy» (London 1958 S. 56 ff.).

⁵⁴ Zum folgenden s. BINDER, Philosophie des Rechts (N. 53) S. 398 ff.

⁵⁵ In der Übersetzung A. LASSON (Jena 1909) S. 117. – Eine das-selbe Thema behandelnde Stelle in der Rhetorik von ARISTOTELES lautet wie folgt: (Übersetzung P. GOHLKE, Paderborn 1959 S. 92 f.):

«Billigkeit nämlich scheint eine Art des Rechtes zu sein, und billig ist ein Recht entgegen dem geschriebenen Gesetz. Es kommt dies vor teils mit teils gegen den Willen des Gesetzgebers, gegen seinen Willen, wenn ihm etwas entgangen ist, mit seinem Willen, wenn man etwas nicht genau bestimmen kann, sondern gezwungen

fordert seine Ergänzung in einer Ausführung über den Begriff der Billigkeit und des Billigen und über das Verhältnis der Billigkeit zur Gerechtigkeit und des Billigen zum Gerechten. Genauere Erwägung zeigt, daß das Billige weder schlechthin dasselbe ist wie das Gerechte, noch der Gattung nach davon verschieden ist. Zuweilen gewinnt das Billige und der billig gesinnte Mann unsere Zustimmung, so daß wir den Begriff mit unserem Beifall auch auf andere Gebiete übertragen und es als das Gute überhaupt fassen

ist, allgemein auszudrücken, während es so nicht gilt, sondern nur meistenteils zutrifft, oder wenn etwas aus Mangel an Erfahrung nicht leicht zu bestimmen ist, z.B. Verwundungen durch eiserne Geräte von bestimmter Größe und Beschaffenheit. Denn ein Leben würde nicht ausreichen, wollte man sie alle aufzählen. Handelt es sich also um etwas Unbestimmtes, das man aber dennoch gesetzlich erfassen soll, so muß man einen einfachen Ausdruck gebrauchen; man wird also, auch wenn man nur einen Ring an der Hand hat, die man aufhebt zum Schlage, nach dem geschriebenen Gesetz schuldig sein und ein Vergehen auf sich laden, nach dem wahren jedoch nicht, und dies ist die Billigkeit. Wenn dies Billigkeit ist, dann ist auch klar, wie Billiges und Unbilliges geartet ist und was für Menschen keine Billigkeit kennen. Was man nämlich entschuldigen muß, das nennt man billig, ferner das Verlangen, Irrtümer und Verfehlungen nicht gleichzustellen, ebensowenig unglückliche Zufälle. Diese entspringen nicht aus Überlegung oder Bosheit, die Irrtümer aus Überlegung, aber nicht aus Bosheit, Verfehlungen aus Überlegung und Bosheit. Was nämlich aus Begierde geschieht, entspringt der Bosheit. Es ist ferner billig, alles Menschliche zu dulden, und nicht nach dem Gesetz sich zu richten, sondern nach dem Gesetzgeber, und nicht auf den Buchstaben des Gesetzes zu sehen, sondern auf die Absicht des Gesetzgebers, und nicht auf einen Teil, sondern auf das Ganze, und nicht nur zu berücksichtigen, wie etwas jetzt ist, sondern auch wie es immer oder meist war. Auch mehr daran zu denken, was man Gutes erfahren hat, als Schlechtes, und mehr an das Gute, was man erfahren hat, als was man getan hat. Und Kränkungen zu ertragen und mehr durch einen Spruch, als durch die Tat Genugtuung zu suchen, und lieber zum Schiedsrichter, als zum Gericht zu gehen; denn der Schiedsrichter sieht auf Billigkeit, der Richter auf das Gesetz; darum eben ist das Schiedsgericht erfunden, um der Billigkeit zum Siege zu verhelfen. – Die Billigkeit sei auf diese Weise bestimmt.»

und das in höherem Grade der Billigkeit Entsprechende als das Bessere anerkennen. Zuweilen aber scheint es, indem man sich streng an das Wort hält, unstatthaft, daß das Billige Zustimmung verdienen soll, wenn es doch wider das Gerechte ist. Entweder sei das Gerechte nichts wert, oder das Billige sei nicht gerecht, wenn es ein anderes ist als das Gerechte; oder wenn beide wertvoll seien, so seien sie dasselbe. Das etwa sind die Erwägungen, aus denen sich die Bedenken, die das Billige erregt, ergeben. Indessen, wenngleich das alles in gewissem Sinne richtig ist, es ist doch kein eigentlicher Gegensatz zwischen beiden. Das Billige, indem es besser ist als eine gewisse Art des Gerechten, ist selbst ein Gerechtes; es ist nicht, als gehörte es einer andern Gattung an, besser als das Gerechte. Es ist also Gerechtes und Billiges dasselbe, und während beide wertvoll sind, ist das Billige das Höherstehende von beiden.

Was die Schwierigkeit dabei ausmacht, ist dies, daß das Billige wohl ein Gerechtes ist, aber nicht das Gerechte im Sinne des positiven Gesetzes, sondern im Sinne einer Verbesserung des nach dem Gesetze Gerechten. Der Grund liegt darin, daß jedes Gesetz eine allgemeine Bestimmung ist, manche Fälle aber nicht nach einer solchen allgemeinen Bestimmung richtig behandelt werden können. In solchen Fällen nun, wo man eine allgemeine Bestimmung festsetzen muß und eine solche doch nicht zutreffend abzugeben vermag, erfaßt das Gesetz den Durchschnitt der Fälle, wohl wissend, was darin für ein Fehler begangen wird. Und doch verfährt es deshalb nicht weniger richtig. Denn der Fehler liegt nicht am Gesetz, auch nicht am Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache. Das Material für alles praktische Verhalten ist nun einmal von dieser Beschaffenheit. Wenn also das Gesetz eine allgemeine Bestimmung trifft, ein einzelner Fall aber vorkommt, auf den die allgemeine Bestimmung nicht paßt, dann ist es ganz angemessen, da wo der Gesetzgeber versagt und mit der allgemeinen Bestimmung dieser Art den besonderen Fall nicht getroffen hat,

das von ihm Übersehene zu ergänzen durch einen Spruch, wie ihn der Gesetzgeber selbst fällen würde, wenn er zugegen wäre, und wie er die Bestimmung getroffen haben würde, wenn er den Fall vorausgesehen hätte. Daher ist das Billige ein Gerechtes und besser als eine gewisse Art des Gerechten, nicht als das Gerechte schlechthin, sondern als das die Sache nicht Treffende, was in der Allgemeinheit der Bestimmung seinen Grund hat.

Das also ist das Wesen des Billigen, eine Ergänzung des Gesetzes zu bilden, wo es wegen seines Charakters als allgemeiner Bestimmung unzulänglich ist. Darin liegt der Grund auch dafür, daß nicht alles durch Gesetz festgelegt ist. Es gibt manches was durch ein Gesetz zu treffen unmöglich ist, so daß es einer Spezialbestimmung bedarf. Denn für die Behandlung des Unbestimmten ist auch der Maßstab unbestimmt, wie bei der auf Lesbos üblichen Bauweise auch das Richtscheit, das von Blei ist. Wie dieses sich der Form des Steines anschmiegt und nicht starr verharrt, ebenso macht es ein Spezialgesetz mit den realen Verhältnissen.

Man sieht also, was das Wesen des Billigen ist, und daß es ein Gerechtes und besser ist als ein Gerechtes von gewisser Art. Daraus geht denn auch hervor, wer ein billig gesinnter Mann ist. Billigkeit liebt, wer jenes Billige mit Vorsatz anstrebt und ausübt, wer nicht in pedantischer Strenge den Rechtssatz zum Schlimmeren auslegt, sondern ihn zu mildern geneigt ist auch da, wo er das Gesetz auf seiner Seite hätte. Diese Gesinnung nennt man Billigkeit. Sie ist eine Art der Gerechtigkeit, und nicht eine von dieser verschiedene Denkungsart.»

Was unsere modernen Rechtsordnungen betrifft, läßt sich dem empirischen Material der Gesetzgebungen und der Spruchpraxis der rechtsanwendenden Behörden eine dreifache Beziehung von Recht und Billigkeit entnehmen. An erster Stelle stehen die Fälle, wo das Gesetz selbst auf Billigkeit, billiges Ermessen, billige Rücksicht und dgl. ver-

weist⁵⁶, womit nicht Instinkt und Gefühl gemeint, sondern die kasuistische, zwar exakte, aber doch individuelle Gewinnung der Entscheidungsnorm gefordert ist. Als zweite Funktion tritt dazu die Billigkeit als Auslegungsrichtlinie für den Einzelfall und als dritte die Billigkeit für die Gewinnung von Entscheidungsobersätzen, wo das Gesetz diese nicht ermöglicht. Als gemeinsames Merkmal dieser verschiedenen Funktionen der Billigkeit bezeichnet J. BINDER, der selbst auf ihre innere Nähe zu den Lehren von Aristoteles hinweist, dies, daß dabei immer nicht vom allgemeinen zum besondern, sondern vom besondern zum allgemeinen geschritten wird. Man wird, insbesondere in der Bemühung, die Billigkeit in ihrem Verhältnis zu Gerechtigkeit und Recht ihren wahren Sinn finden zu lassen, die Erörterung von Aristoteles als unvermindert hervorragende Grundlage für weiteres Durchdenken des Problemkreises noch heute erachten dürfen und es wäre nur zu wünschen, daß die heutigen Verfasser von Schulschriften, die mitunter mit größter Unbefangenheit ohne die geringste Begründung schreiben, irgendein Postulat «entspräche der Gerechtigkeit» usw., sich wenigstens durch die Lektüre des kurzen Abschnittes aus der Nikomachischen Ethik anregen ließen, vielleicht doch etwas unter die oberste Oberfläche der Sache vorzudringen.

Wie immer sich die Lehre von der Billigkeit weiter entwickeln wird, eines scheint uns sicher zu sein: es schadet der Sache, wenn man richterliche Ermessensfreiheit irreführenderweise mit Billigkeit bezeichnet oder doch in Zusammenhang bringt. Auch dort, wo nicht nur die Höhe, sondern auch der Bestand der Entschädigungsforderung in das Ermessen der Spruchbehörde gestellt ist, wird doch immer, mit oder ohne ZGB Art. 1, mit oder ohne Kenntnis von Aristoteles, der den Entscheidungsobersatz bildende

⁵⁶ Z. B. ZGB Art. 4, 332, 347, 631, 633, 692; OR Art. 26, 29, 39, 54 (vgl. zu OR Art. 54 = aOR Art. 58 C. CHR. BURCKHARDT, Die Revision des schweizerischen OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht S. 58 ff. des Sonderdrucks).

Richter Gleiches gleich und Ungleicher verschieden behandeln. Er wird auf der einen Seite eine konstante, auf der andern Seite aber eine sich weiter entwickelnde Praxis einzuhalten versuchen, sich bestreben, aufbauend auf der Kasuistik schrittweise allgemeinere Regeln zu finden. Man mag darüber streiten, ob diese Regeln Gewohnheitsrecht oder als Richterrecht Rechtssätze *sui generis* darstellen. Diese ihre Qualität als Rechtssätze möchten wir bejahen. Als konsequent aufgebaute und eingehaltene Praxis der Kantonsbehörden zum kantonalen Recht befinden sie sich in dem durch die staatsrechtliche Beschwerde wegen Willkür gedeckten Bereich, als Praxis der obersten Bundesbehörden zum Bundesrecht genießen sie den Schutz, der dadurch wirksam ist, daß oberste, keiner unmittelbaren Kontrolle unterliegende, rechtsanwendende Behörden sich immer bewußt sind, daß ihr Versagen die Rechtsordnung als Ganzes ins Wanken bringen könnte. Das ist nicht selten die bessere Gewähr als ein üppiger Rechtsmittelzug⁵⁷.

⁵⁷ Das MKG führt i.S. Kaiser (MKGE 5 Nr. 74) unter Erwähnung und mehrheitlich unter Bestätigung früherer Entscheidungen (Nelz, MKGE 4 Nr. 69; Simon, MKGE 2 Nr. 40; Méroz, MKGE 1 Nr. 35) aus (übereinstimmend mit Stooss, N. 8 zu Art. 122 S. 97 und 141 unten), daß zwar der außer Verfolgung Gesetzte oder Freigesprochene keinen Rechtsanspruch auf Entschädigung habe (s. auch Rspr. in Strafsachen 1944 Nr. 200), daß aber die gerichtliche Aberkennung eines solchen Anspruchs der sachlichen Begründung bedürfe und insoweit der Nachprüfung auf Willkür zugänglich sei. Damit war schon unter der MStGO vor der Revision 1950 der zu Unrecht Verfolgte alles andere als dem freien Belieben preisgegeben. – Auch ist in der Praxis zu aMStGO 122, wie TRÜSSEL (a.a.O. N. 45) berichtet, bei bloßer vorläufiger Beweisaufnahme (MStGO 108 Abs. 3) Entschädigung gewährt worden. In gleicher Weise wurde es während des Krieges 1939/45 mit Leuten gehalten, die durch die Spionageabwehrverbände verfolgt wurden (VEB Heft 17 1944/45 Nr. 100). Betreffend die vorläufige Beweisaufnahme s. jetzt Art. 30 der VO über die Militärstrafrechtspflege vom 29.1.1954.

3. KAPITEL

DELIKTSOBLIGATIONEN

1. Privatpersonen

Wer als Nichtschuldiger strafrechtlich verfolgt wird, hat unter den gesetzlichen Voraussetzungen einen zivilrechtlichen Anspruch nach OR 41ff. aus unerlaubter Handlung gegen den, der die Anzeige erstattet oder als Privatkläger die Verfolgung betrieben hat, ferner aber gegen Personen, die als Zeugen, Sachverständige, Urheber von falschen Beweisurkunden usw. zur Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung beigetragen haben⁵⁸. Die entsprechende Praxis hat sich überwiegend unter dem OR 1881 gebildet⁵⁹ und ist dann bald nach Inkrafttreten des OR 1911 auf dem erreichten Stand stehen geblieben⁶⁰.

Wenige Einzelheiten aus den angeführten Entscheidungen mögen genügen. Haftungsbegründend ist eine Anzeige, die das Tatsachenmaterial in relevanten Punkten unvollständig vorlegt⁶¹ oder von der der Anzeiger weiß, daß sie falsch ist, oder die er leichtfertig erhoben hat⁶² («la sachant fausse ou tout au moins s'il a agi à la légère et sur la base d'indices qu'il pouvait et devait reconnaître comme insuffisants⁶³»), das heißt gestützt auf Indizien, von denen er wußte oder wissen mußte, daß sie eine Strafuntersuchung nicht rechtfertigen. Dabei ist für Tatsachen ein feiner Maßstab anzulegen, jede Sorgfalt ist zu verlangen im Hinblick

⁵⁸ TOBLER S. 8 ff. KEHL S. 395.

⁵⁹ BGE 10.575; 14.646; 17.676; 20.146; 22.81; 25 II 101; 30 II 443; 33 II 617; 34 II 284; 34 II 475; 35 II 606.

⁶⁰ BGE 39 II 219; 41 II 352; 44 II 428; sem. jud. 1913 S. 651, 1928 S. 77, 1929 S. 69, 1935 S. 523, 1939 S. 369, 1942 S. 404, 1943 S. 577, 1945 S. 186.

⁶¹ BGE 39 II 219.

⁶² BGE 39 II 222, 41 II 353, 44 II 432.

⁶³ Sem. jud. 1929 S. 69, 1943 S. 577.

darauf, daß die falsche Anschuldigung den Verletzten schwerer trifft als der Mißbrauch eines andern Rechts dies tun würde⁶⁴. Umgekehrt ist die fälschliche Annahme, relevierte Tatsachen substantiiieren einen Straftatbestand, nur bei grober Fahrlässigkeit haftungsbegründend, weil es sich hier um eine schwierige Frage handelt, weil auch hier «iura novit curia» gilt und häufig überhaupt erst auf Grund der abgeschlossenen Untersuchungen geurteilt werden kann⁶⁵. Nicht definitiv scheint die Rechtsprechung Stellung genommen zu haben zur Kontroverse, ob die gutgläubig erstattete, unbegründete Anzeige widerrechtlich und nur der Anzeiger schuldlos sei oder ob der gute Glaube des Anzeigers zugleich die Rechtmäßigkeit seiner Handlung zur Folge habe. Die zweitletzte der veröffentlichten bundesgerichtlichen Entscheidungen hat die Frage offen gelassen⁶⁶, die letzte hat sie übergangen⁶⁷.

Festzuhalten ist, daß der Tatbestand von OR Art. 41 wesentlich geringere Anforderungen stellt als etwa die Straftatbestände der falschen Anschuldigung, des falschen Zeugnisses usw. Ein Anzeiger wird erheblich leichter schadenersatz- oder genugtuungspflichtig als straffällig. Was schließlich noch eine letzte, gelegentlich schon aufgeworfene Frage aus diesen Zusammenhängen betrifft⁶⁸, nämlich die, ob nicht durch kantonale Regelung des Amtshaftungsrechts und der öffentlichrechtlichen Entschädigungen die Deliktsobligationen privater Schuldner völlig eliminiert werden können, halten wir dafür, sie sei zu verneinen. Hätte das Bundesrecht das den Kantonen anheimstellen wollen, müßte es das mindestens andeutungsweise erklärt haben. Indessen fehlt jeder derartige Hinweis. Ein zwingender Grund für die Elimination dieser privaten Deliktsobligationen läßt sich u.E. auch schwerlich nachweisen. Wo der Staat

⁶⁴ BGE 41 II 354, 44 II 432.

⁶⁵ BGE 44 II 433.

⁶⁶ BGE 41 II 352.

⁶⁷ BGE 44 II 431 ff.

⁶⁸ KEHL S. 395.

die Haftung für die Schäden unschuldig Verfolgter und damit ansehnliche Risiken übernimmt, bietet ihm die Deliktsschuld privater Anzeiger usw. nach OR Art. 51 den willkommenen Rechtsgrund zum Regreß. Die gesetzliche Haftung des Staates wird zur Folge haben, daß er als solventer und (in thesi) loyaler Schuldner in erster Linie beansprucht wird. Er wird dann seine Regreßpraxis so einrichten können, daß die allenfalls drohende Befürchtung des Publikums, es sei zu gefährlich, Strafanzeigen zu erstatten, zerstreut wird und damit die Strafverfolgung ohne ungebührliche Behinderung vonstatten gehen kann.

2. Amtspersonen

Von wesentlich größerer Bedeutung als die eigentlich überraschend desueten Ansprüche gegen private Schädiger sind die Amtshaftungsansprüche gegen Magistraten und übrige Organe der Strafrechtspflege⁶⁹. Der Kreis der Betroffenen ist insoweit beträchtlich, als zahlreiche Kantone die Rechtspflicht aller Beamten, Amtsinhaber usw. statuiert haben, strafbare Handlungen, von denen sie bei Ausübung ihrer dienstlichen Obliegenheiten Kenntnis erhalten, anzuseigen. Für das Verfahren nach Anzeigerstattung allerdings schließt sich der Kreis um die Organe der Strafrechtspflege im engern Sinn.

Nach ZGB Art. 59, OR Art. 61 haftet der Amtsträger persönlich für widerrechtliche und schuldhafte Schadenszufügung, soweit nicht die Bundes- oder Kantongesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellt, wobei die abweichende Regelung dem öffentlichen oder Privatrecht angehören kann. Sodann kann die Haftung aufgehoben und durch Staatshaftung ersetzt, oder für alle oder einzelne Beamte auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt, oder auch von einer Verfolgungsermächtigung abhängig gemacht wer-

⁶⁹ TOBLER S. 9 f.

den⁷⁰. Kantonales Recht – allenfalls in Gestalt subsidiär angewandter Regeln des OR – gilt für das Rechtsverhältnis als ganzes, sobald der Kanton auch nur einzelne Bestimmungen über die Haftung gegenüber Dritten aufgestellt hat⁷¹.

KAUFMANN gibt über die kantonalrechtlichen Amtshaftungsregelungen folgende Übersicht⁷²:

- a) Kantone, die für schuldhaftes Handeln ihrer Beamten nicht einstehen (Zürich, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Appenzell A.R., Appenzell I.R., Tessin). Von diesen beschränken Zürich, Schwyz, Obwalden, Appenzell A.R. und Tessin gleichzeitig die Haftung der Beamten auf grobe Fahrlässigkeit⁷³.
- b) Kantone, bei denen alternativ der Beamte oder der Staat haftet (Freiburg, Thurgau), wobei Freiburg für die Justizbeamten durch sein OG von 1949 eine der alten, nur für Verwaltungsbeamte geltenden Ordnung entsprechende Regelung getroffen hat. Bei Amtspflichtverletzung, über die in einem Vorverfahren der Regierungsrat befindet, wird der Kläger an den Beamten persönlich gewiesen, bei Fehlen einer Amtspflichtverletzung übernimmt der Staat exklusiv die Beklagtenstellung.
- c) Kantone, die subsidiär und akzessorisch für die Solvenz ihrer Beamten einstehen (Uri, Zug, Solothurn, Wallis);
- d) Kantone, die solidarisch neben den Beamten haften (Bern, Glarus, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Neuchâtel, Genf)⁷⁴;

⁷⁰ KAUFMANN S. 263a ff.

⁷¹ KAUFMANN S. 265a f.; THILO S. 8 des Sonderdruckes.

⁷² S. 296a ff.

⁷³ S. 264a, 296a. – KAUFMANN nennt unter dieser Rubrik noch St. Gallen, das mit Gesetz vom 28. 10. 1959 zur ausschließlichen Staatshaftung übergegangen ist.

⁷⁴ Der Anspruch gegen den Beamten persönlich nach OR Art. 61 bleibt bestehen, wenn der Kanton zwar die Staatshaftung

- e) Kantone mit Staatshaftung, die weiter geht als die Beamtenhaftung (Waadt);
- f) Kantone mit ausschließlicher Staatshaftung (Luzern, Schaffhausen, Graubünden, Aargau und, wie vorstehend N 73 angegeben, neuerdings St. Gallen).

Diese Angaben gelten für das Amtshaftungsrecht ganz allgemein. Überwiegend nur für die Frage des Rechtsmittelzuges bedeutsam ist die Entscheidung darüber, ob die OR Art. 41 ff. als Bundes- oder kantonales Recht angewendet werden, ob für einen Einzelfall, wie etwa gerade Schäden aus Strafverfolgung, eine kantonale Regelung besteht und dergleichen mehr⁷⁵.

Was im besondern die Richter betrifft, hat das Bundesgericht unter Berufung auf seine weiter zurückliegende Praxis⁷⁶ im Falle Speziali⁷⁷ ausgeführt, «étant donné la position et la tâche du juge, la fréquente complexité des questions soulevées par les procès et les difficultés souvent très grandes de l'établissement des faits, on doit se montrer particulièrement exigeant en ce qui concerne la preuve de la faute ou de la négligence. Il importe en première ligne de distinguer les cas où le juge se rend coupable, par négligence, d'une violation flagrante des prescriptions claires

statuiert, aber die persönliche Beamtenhaftung nicht aufhebt, vgl. KAUFMANN S. 266a N. 126 und Text sowie die hier angegebene Literatur.

⁷⁵ Siehe etwa die in BGE 54 II 364 vom BG aufgeworfene Frage, ob im Hinblick auf BV Art. 64 Abs. 3, wonach den Kantonen «wie bis anhin» die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, und im Hinblick auf die gebräuchliche Systematik, wonach die Verantwortlichkeit der Richter zum Gerichtsverfassungsrecht gehört, nicht selbst dann Amtshaftungsansprüche als kantonalen Rechtes zu gelten haben, wenn der Kanton darüber gar nicht legiferiert hat. – Dazu THILO, S. 8 des Sonderdrucks, KAUFMANN S. 266a N. 125 und Text, REICHLIN S. 9 des Sonderdrucks.

⁷⁶ BGE 54 II 365.

⁷⁷ BGE 79 II 424 ff.

et impératives de la loi ou des devoirs primordiaux de sa charge, de ceux où il commet une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation.»

Diese Regeln, so fährt das Bundesgericht fort, wurden entwickelt in einem Fall, wo der Richter persönlich belangt wurde (wie erwähnt ohne Entscheidung der Frage ob kantonales Recht oder OR als Bundesrecht anwendbar war). Sie seien indessen auch anwendbar, soweit der Staat für die unerlaubten Handlungen des Richters einstehe. Dann aber: «On peut se demander, il est vrai, si la nature des fonctions judiciaires n'exige pas que la responsabilité du juge ou celle de l'Etat en raison de la faute du juge, soit en tout cas limitée à la faute grave... aux cas d'erreur grossière et manifeste.» Denn der Richter müsse die ihm unterbreiteten Streitsachen endgültig entscheiden, es sei denn unter Vorbehalt der Restitution. Es wäre deshalb gefährlich, die Rechtskraft der Entscheidungen durch das Mittel der Verantwortlichkeitsklagen in Frage zu stellen. Außerdem würde es die Tätigkeit des Richters lähmen, wenn er jederzeit übersteigerten Anforderungen genügen müßte. Doch hat das Bundesgericht nicht weiter Stellung genommen zur Frage, ob nur bei grobem Verschulden gehaftet werden müsse, denn in konkretem Fall wurde das Verschulden als grobes qualifiziert.

Wieder in einem Genfer Fall, der allerdings nur im Wege der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gelangte, ist anerkannt worden⁷⁸, daß die Erwägungen, die die Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden indizieren, in verstärktem Maß zutreffen auf Untersuchungs- und Anklagerichter.

Ungeachtet der Anstellung dieser Erwägungen zum kantonalen Recht, das teilweise erst noch lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung verfassungsmäßiger Individualrechte geprüft wurde, ist offensichtlich, daß sie ohne

⁷⁸ In Sachen J., Urteil vom 7. 5. 1958, Sem. jud. 1959 S. 601 ff. E. 3.

nennenswerte Einschränkung auch bei Anwendung von OR Art. 41ff. als Bundesrecht ihre volle Schlüssigkeit behalten.

EXKURS

Ausländisches Recht

Deutschland⁷⁹

Sedes materiae des Beamtendeliktsrechts ist BGB § 839⁸⁰. Haftungsbegründend ist die Amtspflichtverletzung bei hoheitlicher Tätigkeit. Landesgesetze und das Reichsbeamtenhaftpflichtgesetz vom 22.5.1910 haben frühzeitig die Staatshaftung eintreten lassen, wobei jedoch der Bestand und die Höhe des Ersatzes sich nach der privatschuldrechtlichen Vorschrift von BGB § 839 bestimmen. Später war für die Staatshaftung Art. 131 WRV die Generalklausel, in etwas veränderter Gestalt ist es jetzt die Bonner Verfassung (Art. 34).

REINHARDT legt dar, daß die Anlehnung des Staates an die Beamtenhaftung der klaren Erkenntnis der Probleme nicht förderlich gewesen ist. Die in § 839 offen hervortretende Tendenz, die Haftung des Beamten auf einem tragbaren Maß zu halten, hat dazu geführt, daß bei Eintritt der Staatshaftung die Praxis sich vom Wortlaut mehr und mehr entfernte. In ähnlicher Weise hat sich ausgewirkt,

⁷⁹ Zum folgenden siehe die Verhandlungen des 41. deutschen Juristentages (1955), insbesondere die 4 Gutachten von SCHACK, MÜNCH, KNOLL und REINHARDT (Tübingen 1955). Das letztgenannte gibt auf S. 233–292 den Stand der Lehre und Rechtsprechung zu BGB § 839.

⁸⁰ 1 «Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

² Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden

daß die erwähnten Bestimmungen über die staatliche an Stelle der Beamtenhaftung ihren Geltungsbereich auf Amtspflichtverletzungen in Ausübung öffentlicher Gewalt beschränkten.

Der Begriff «Ausübung öffentlicher Gewalt» ist von der Rechtsprechung in sehr großzügiger Weise gebildet worden. Man wollte auf diese Weise möglichst viel Fälle unter die Staatshaftung bringen, während vor Einführung der Staatshaftung die entgegengesetzte Tendenz auf privatrechtliche Qualifikation des schadenstiftenden Verhaltens geherrscht hatte, weil die Haftung für Verrichtungsgehilfen (BGB 831) oder für Vertreter oder Organe (BGB 31/89) so kraft bürgerlichen Rechts den Staat treffen konnte⁸¹.

Bei Anwendung von § 839 BGB ist zunächst der ursprünglich im traditionellen Sinn des Berufsbeamten gemeinte Begriff des Beamten erweitert worden auf jede vom Staat mit öffentlicher Gewalt ausgestattete Person, aber nur im Bereich der Staatshaftung. Dort, wo die persönliche Haftung aus andern Gründen unabwendbar war, blieb es beim ursprünglich gemeinten Beamten im engen Sinn⁸².

Noch entschiedener war die Praxis beim Begriff der Amtspflicht darauf bedacht, den Bereich des § 839 auszuweiten⁸³. Während den Redaktoren des BGB als «Amtspflicht gegenüber Dritten» gesetzliche Pflichten der Beamten und gesetzlich geschützte Interessen der Dritten vor-

nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

⁸¹ Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.»

⁸² REINHARDT S. 242 ff., mit zahlreichen Einzelheiten und Belegen.

⁸³ REINHARDT S. 248.

⁸³ REINHARDT S. 249.

schwebten, ging man rasch dazu über, Dienstvorschriften und Dienstbefehle einzubeziehen. Der nach Art von BGB Art. 823² auch bei der Amtspflicht gegenüber Dritten intendierte Schutzzweck, der anfänglich darin erkannt wurde, daß sich die Amtstätigkeit gerade auf den geschädigten Dritten bezog, gab schließlich allgemeinen und allgemeinsten Sorgfaltspflichten Raum.

Schließlich, so bemerkt REINHARDT, habe man gesagt, die jedem Amtsträger gegenüber jedem Staatsbürger obliegende Amtspflicht bestehe darin, jede Amtshandlung so einzurichten, daß den Bürgern kein unnötiger Schaden entstehe. Auf diese Weise sei selbst bei Amtstätigkeiten, die eine Verantwortlichkeit gegenüber Dritter eigentlich nicht enthalten wie bei der Verhaftung von Verbrechern durch die Polizei auf Antrag der Staatsanwaltschaft u.a. in steigendem Maße eine Amtspflicht gegenüber Dritten anerkannt worden⁸⁴.

Der Kreis wurde geschlossen dadurch, daß infolge der allgemeinen Sorgfaltspflicht, Dritte nicht zu schädigen, jede Schädigung als Amtspflichtverletzung und diese zugleich als verschuldet behandelt wurde. Das Gesamtergebnis, so schließt REINHARDT seine Erörterungen, ist daher folgendes: «§ 839 ist dahin umgestaltet worden, daß – einem wohl unabweisbaren Bedürfnis entsprechend – der Staat für den Schaden einzustehen hat, der Dritten durch mangelhafte Ausübung staatlicher Funktionen zugefügt wird. Hierbei wird zwar auf die Behauptung einer Amtspflicht gegenüber dem Geschädigten und ihrer schulhaften Verletzung nicht verzichtet, – § 839 erfordert dies ja – aber die Anerkennung allgemeiner Sorgfaltspflichten und die Anlegung eines abstrakten, sehr scharfen Verschuldensmaßstabes verflüchtigen diese Begriffe. Dieser Weg bedeutet in Wahrheit ein Absehen von einer konkreten Amtspflicht gegenüber dem Geschädigten und von einer persönlichen Schuld des Beamten.

⁸⁴ S. 250 N. 72 f. und Text.

Die Staatshaftung kraft Amtspflichtverletzung hat infolge dieser Umgestaltung heute die Funktion gewonnen, dem Staat generell das Risiko für die korrekte Handhabung seiner Funktionen aufzuerlegen, soweit der Einzelne an dieser Korrektheit ein Interesse haben kann.»⁸⁵

Frankreich

Wir beschränken uns hier auf die Beamtenhaftung, die im Verfahren der *prise à partie*⁸⁶ geltend zu machen ist und der Sache nach auf das Mittelalter, der Bezeichnung nach auf die *Ordonnance civile* vom April 1667, zurückgeht und heute in den Art. 505 ff. des *Code de procédure civile* geordnet ist⁸⁷. Das Verfahren besteht aus einer Präliminärphase der Klagezulassung (Art. 510 CPC) und dem Hauptverfahren (Art. 514 ff.).

Privilegiert durch die p.à.p. (d.h. durch das im *droit commun* fehlende Zulassungsverfahren) sind die *juges* aller Stufen und Arten der *justice judiciaire*⁸⁸, ihre *auxiliaires* und die *officiers* der *police judiciaire*.

Tatbestand der Haftung ist nach CPC Art. 505 *dol, fraude, concussion* (diese gegeben bei einem Amtsträger, «qui ordonne de percevoir, exige ou reçoit ce qu'il sait n'être pas dû, ou excéder ce qui est dû pour droits, taxes, contribu-

⁸⁵ S. 255 f. – Übrigens hat es auch im Schweizer Recht schon Beispiele gegeben, wo durch forcierte Auslegung die Rechtsprechung Ziele erreicht hat, die doch eigentlich dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollten. Vgl. STREBEL, Komm. MFG Art. 37 N. 109, 121, Art. 50 N. 1. -

⁸⁶ Darüber GRAFF S. 413a; M. STADLIN, Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schäden aus Amtspflichtverletzungen, Diss. Zürich 1934; PH. ARDANT S. 107 ff. – *Ordonnance civile* 1667, Titre XXV, Des Prises à partie.

⁸⁷ Wichtigste Neuerung ist die von STADLIN a.a.O. noch nicht erfaßte, durch Gesetz vom 7. 2. 1933 eingeführte Staatshaftung im Falle der Verurteilung des Magistraten oder Beamten. – Darüber ARDANT S. 110, GRAFF S. 413a.

⁸⁸ STADLIN S. 83, ARDANT S. 111 ff. mit erschöpfenden Iudikaturangaben.

tions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements», *Code pénal* Art. 174), wobei jedoch über diesen Tatbestand der Concussion überhaupt keine Iudikatur vorhanden ist⁸⁹. Durch das Gesetz von 1933 ist die *faute lourde* angegliedert worden, die bei den Richtern nicht leicht angenommen wird («ignorance grossière d'un principe de droit ou une négligence inadmissible dans l'étude du dossier», ähnlich wie BGE 79.2.424 ff.), leichter dagegen bei den übrigen Betroffenen⁹⁰. Schließlich gehörte seit Erlaß des CPC auch der *déni de justice* zu den Tatbeständen der *prise à partie*, ferner die Verweisung auf Sondertatbestände einzelner Gesetze⁹¹ und schließlich diejenige auf Fälle, wo «la loi déclare les juges responsables à peine de dommages et intérêts»⁹².

Aber, so schließt ARDANT sein Kapitel über die *prise à partie*: «Les décisions prononçant des condamnations sont rarissimes, et c'est tout à l'honneur de la magistrature française. Mais il est permis de se demander jusqu'à quel point, en certains cas, cet honneur n'a d'autre rempart qu'un esprit de corps.»⁹³

⁸⁹ ARDANT S. 119.

⁹⁰ ARDANT S. 120.

⁹¹ In zahlreichen Fällen namentlich zum Schutze der persönlichen Freiheit (ARDANT S. 123), wie beispielsweise im *Code de l'instruction criminelle* (in Klammern gesetzt die Artikelzahlen des jetzt an dessen Stelle geltenden *Code de procédure pénale*): Art. 164, 370 (377), diese Akte der Rechtsprechung betreffend. Ferner Art. 77, 112 (136), 338 (350), 370 (377), 598 (teilweise 773). Im Ergebnis hat z.B. Art. 136 des *Code de procédure pénale* über die *prise à partie* die Staatshaftung für verschuldete ungesetzliche Haft und andere Schäden aus «violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les art. 56, 59, 57, 96, 97, 138, 139 et 141» zur Folge.

⁹² ARDANT S. 124.

⁹³ Die Verurteilungen waren: eine aus dem Jahr 1806 (Richter), eine von 1931 und schließlich eine von 1946, die beiden letzten gegen officiers de la police judiciaire!

England

Unerlaubte Handlungen (Torts), deren Opfer im Zusammenhang mit Strafprozeduren man werden kann, sind *malicious prosecution* und das zur Gattung *Trespass* (a wrongful act, done in disturbance of the possession of property of another, or against the person of another, against his will⁹⁴) gehörende *false imprisonment*.

«Malicious» ist die «prosecution» wenn sie aus bösem Willen (ill-will) oder aus irgendeinem andern Beweggrund als dem, den Zielen der Justiz zu dienen (Any motive other than a desire to secure the ends of justice) eingeleitet (instituted) oder fortgeführt (carried on) wird, dies ohne vernünftigen Anlaß und hinreichenden Verdacht. Zur Verurteilung des Beklagten bedarf es seines Mißerfolges bei der Strafverfolgung des Klägers vor Gericht (Proceedings have resulted in his acquittal or at least have terminated in his favour by being discontinued)⁹⁵.

Imprisonment ist *any restraint of the liberty of a free man*, auch wenn er nicht hinter die Mauern eines ordentlichen Gefängnisses verbracht wird, *wrong* oder *false* ist es, wenn es nicht nach Gesetz gerechtfertigt ist. Doch muß die Beschränkung der Freiheit eine vollständige sein, Behinderung im Gehen nach einer bestimmten Richtung genügt nicht, wenn der Betroffene anderswohin gehen kann. Physische Gewalt ist nicht nötig, Anmaßung von Amtsgewalt genügt, wenn sie Erfolg hat⁹⁶. Die Freiheitsentziehung muß vom Beklagten selbst getätigt werden oder in Ausführung, sei es seiner Anordnungen, sei es derjenigen einer Person, für die er einstehen muß, vollzogen worden sein. Kein Anspruch ist gegen Richter und regelmäßig gegen *Magistrates*

⁹⁴ HALSBURY, Laws of England, Vol. 33 (2nd ed. Hailsham 1939) s. v. *Trespass* S. 5.

⁹⁵ HALSBURY, a.a.O. (N. 94) Vol. 25, 3d ed. S. 348 ff.; ferner GELDART, Elements of English Law, 5th ed. London 1955 S. 178.

⁹⁶ HALSBURY, a.a.O. (N. 94) S. 37, GELDART, a.a.O. (N. 95) S. 173.

(überwiegend ehrenamtliche, als Polizeirichter, Angeklagter und vereinzelt auch zivilprozessual tätige auch als Justices of the peace bezeichnete Männer und Frauen), *for things done within their jurisdiction* eingeschlossen die Verhängung von Straf- bzw. Untersuchungshaft⁹⁷. Für Verhalten «without their jurisdiction» haften Richter nicht, wohl aber «Magistrates», die ganz allgemein «may be sued in tort not only for acts done without jurisdiction but also for wrongful acts done maliciously or without reasonable and probable cause within their jurisdiction»⁹⁸.

Zur Anklagetätigkeit ist zu bemerken, daß von der traditionellen Popularklage noch immer Gebrauch gemacht wird⁹⁹, daß allerdings neben den in bedeutenden Fällen namens des «Director of public prosecutions» (der seinerseits dem «Attorney general», einem Minister, unterstellt ist) auftretenden Anwälten die Strafverfolgungen im Bereich der weniger bedeutenden Fälle von Polizeibeamten nicht nur veranlaßt, sondern selbst geführt werden¹⁰⁰. Der

⁹⁷ HALSBURY a.a.O. (N. 37) S. 37, wo auch in einer Note der Fall Davis v. Capper (1829), 10 B. & C. 28 erwähnt wird, wo ein *Magistrate* für unvernünftig lange Untersuchungshaft haftbar erklärt wurde.

⁹⁸ Justices Protection Act 1848, dazu O. HOOD PHILLIPS, Constitutional Law, 2nd ed. 1957, S. 652. – Ferner STREET, S. 41. An Entscheidungen jungen Datums siehe die Urteile der Queen's Bench Division (Diplock J., 24. 1. 1956) und des Court of Appeal (Singleton, Morris, Romer L. JJ., 27. 4. 1956) i.S. O'Connor v. Isaacs (1956) 2 Q. B. 288 = (1956) 2 W. L. R. 585 und 3 W. L. R. 172.

⁹⁹ «I believe it to be true that England is the only Country in Europe which encourages or indeed permits private prosecutions (such proceedings are so rare as to be almost unknown in Scotland). The system works well enough, as many of our illogical methods do, in the majority of cases, and I am not suggesting an alteration in the law, but...» (folgt die Anregung, gewisse Verfolgungsgattungen zu überwachen). Sir TRAVERS (Mr. Justice) HUMPHREYS, in Criminal Days, London 1946 S. 132.

¹⁰⁰ Im Anschluß an den in der Öffentlichkeit lebhaft verhandelten Fall Garratt v. Eastmond schrieb der Observer (22. 11. 1959): «More important, perhaps, would be a move to free the police from

Attorney general hat die Kompetenz, in Fällen öffentlicher wie auch privater Verfolgung den Rückzug der Anklage anzuordnen von der Unterzeichnung der Anklageschrift an bis zur Verkündigung des Urteils, wobei er lediglich in *summary cases* der Einwilligung des Gerichts bedarf¹⁰¹.

Zwei Fälle neueren Datums, wo Polizeibeamte erfolgreich verfolgt wurden, mögen kurz skizziert werden:

Am 31.10.1958 wurde in der Q.B. Division (*Cassels J.* mit einer Jury) der Polizeibeamte Mc Iver wegen *wrongful arrest, false imprisonment* und *malicious prosecution* zu £ 2500.– (wegen *malicious prosecution*) und weiteren £ 100.– (für *false imprisonment*) z. G. des Klägers Glinski verurteilt. Der Fall kam am 28.10.1959 vor den Court of Appeal (Morris, Romer und Willmer L.JJ.), wobei der Anwalt des Beklagten – Appellanten ausführte, der Fall sei «of considerable general importance», weil der Tatbestand typisch sei für eine große Menge polizeilicher Strafverfolgungen. Der Beklagte hatte den Auftrag erhalten, einem Deliktsverdacht nachzugehen, was er tat und worüber er schließlich seinem Vorgesetzten ein umfangreiches Dossier mit Erhebungen, Vernehmungsprotokollen usw. vorlegte. «Having collected the information and set out his own version of

the onus of criminal prosecutions... This system (d.h. das schottische mit Staatsanwälten) seems altogether better than the English one, where the police initiate most of the prosecutions and often act as advocates as well.» – Über das Zahlenverhältnis der verschiedenenartigen Verfolgungen s. jetzt DEVLIN a.a.O. (N. 1) S. 20 ff.: 8% der Fälle werden verfolgt durch den Director of public prosecutions, 4 durch Verwaltungsabteilungen (Post usw.) und Privatpersonen, die spontan handeln, 88% durch die Polizei. Die Polizei gilt, soweit sie Strafverfolgungen führt, nicht als amtlich, sondern im Sinne eines freien Bürgers handelnd (DEVLIN a.a.O. S. 17). – Über die amtliche Stellung des *Attorney General* gibt neben der eben erwähnten Schrift von DEVLIN Aufschluß Lord MACDERMOTT, Protection from Power under English Law, Hamlyn Lectures Bd. 9 London 1957 S. 13 ff. – Vgl. auch die Erklärung des Premierministers im Unterhaus vom 6. 2. 1959, Hansard Vol. 600 Col. 31 f.

¹⁰¹ Lord MACDERMOTT a.a.O. (N. 100) S. 35 ff.

what he had seen and what had been said to him, he handed all the papers and statements to his superiors, and those papers ended up in the legal department of New Scotland Yard. There they were considered, and counsel was instructed to advise on them. On the basis of that opinion the police officer was tendered certain advice, and acted on it; and on September 28, 1955, he swore an «information» which had in fact been drafted by the assistant solicitors at New Scotland Yard...» Der Streit ging dann darum, ob ein Polizeibeamter, der nicht an die Schlüssigkeit seines Anklagematerials glaubt, unerlaubt handelt, wenn er es, auf Grund der Anweisungen seiner Vorgesetzten, verwertet¹⁰².

Der Anwalt des Klägers – Appellaten bezeichnete den Fall als einzigartig, «the only one in the history of the United Kingdom in which very substantial damages had been obtained against Scotland Yard for malicious prosecution...»¹⁰³. Der *Court of Appeal* hat am 5.2.1960 die Appellation des Polizeibeamten geschützt (The Times, 6.2.1960, Law Report 5.2.1960).

Der andere Fall, Garratt v. Eastmond, begann damit, daß der Polizist Eastmond auf einem Motorrad einen Wagen verfolgte und, wie Garratt in seinem zufällig ebenfalls folgenden Wagen vermutete, dessen Geschwindigkeit kontrollierte. Darauf sah Garatt, daß der Polizist aufholte und den kontrollierten Wagen anhalten ließ. Er selbst hielt etwa 200 m weiter vorn ebenfalls an, um zu sehen, was aus der Sache werden sollte. Er sah den andern Fahrer mit dem Polizisten reden und diesen etwas in sein Notizbuch schreiben, worauf der Fahrer seinen Wagen wieder bestieg und wegfuhr. Garratt hielt ihn, als er sich ihm näherte, an und fragte, ob ihn der Polizist wegen Geschwindigkeitsexzess zwecks Anzeige aufgeschrieben habe, was der andere bejahte mit der Bemerkung, der Polizist behauptete, er sei mit

¹⁰² The Times 29. 10. 1959, Law Report 28. 10.

¹⁰³ The Times 7. 11. 1959, Law Report 6.11.

42 M. gefahren. Garratt, der während der Tempokontrolle des Polizisten aus Neugier sein eigens (in der Folge als richtig funktionierend befundenes) Tachometer konsultiert und 32 M. festgestellt hatte, bot sich dem andern als Zeuge an. Sie tauschten eben die Adressen, als der Polizist eintraf und fragte, was sie verhandelten. Sie sagten es nicht und Garratt erklärte, das gehe ihn nichts an. Der Polizist war anderer Ansicht und wiederholte die Frage. Der erste Fahrer sagte, man sei hier in einem freien Land, worauf der Polizist entgegnete, das sei nicht seine Sorge. Nach einer Pause näherte sich Garratt dem Polizisten und notierte seine Nummer, worauf dieser wissen wollte, weshalb, jedoch abermals keinen Bescheid erhielt. Darauf der Polizist: «I'll tell you why you're noting my number; are you blackmailing¹⁰⁴ me into not reporting this driver for a traffic offence?» – Die Frage, ob Garratt mit dem Polizisten auf den Polizeiposten kommen wolle, verneinte dieser. «In that case I'm arresting you for obstruction», sagte der Polizist, packte ihn an den Schultern und stieß ihn vor sich hin. Dabei fiel Garratt auf einen besonders heftigen Stoß hin über eine niedere Hecke am Straßenrand. Der immer noch anwesende andere Fahrer telephonierte an den Polizeiposten, um Hilfe gegen den unbesonnenen Beamten anzufordern. Die sofort eintreffende Streife ergriff jedoch Garratt und führte ihn gefesselt auf den Posten. Garratt klagte in der Queen's Bench Division, worauf dann der Fall mit Genehmigung des Richters (Havers J.) verglichen wurde, indem der Polizist wegen «assault» und «false imprisonment» Schadenersatz in Höhe von £ 300.– nebst Kosten anerkannte¹⁰⁵.

Von Interesse ist, daß die £ 300.– und die Kosten aus öffentlichen Mitteln bezahlt werden, wie der Innenminister

¹⁰⁴ nötigen, erpressen.

¹⁰⁵ Tatbestand nach «The Spectator» 6. 11. 1959, betr. den Vergleich s. «The Times» 27. 10. 1959, Law Report 26.10. (Im Unterhaus wurde die Tatbestandsbeschreibung des «Spectator» ausdrücklich als zutreffend anerkannt, Hansard Vol. 613 No. 20 Col. 1260).

(Mr. Butler) am 5.11.1959 im Unterhaus bekanntgab, was einer konstanten Praxis entspricht, für die als Zwecke angegeben werden einerseits die Stimmung und den Pflichteifer des Polizeikorps zu fördern und anderseits die Deliktsansprüche des Publikums von der Solvenz des individuellen Schuldners nicht abhängen zu lassen¹⁰⁶. Der Fall scheint beträchtlich Staub aufgewirbelt zu haben¹⁰⁷ und ist zum Anlaß genommen worden für eine weit ausholende neutrale Untersuchung über die Frage der Polizei in allen ihren Aspekten (Rekrutierung, Ausbildung, Disziplin, Organisation, public relations usw.), die der Innenminister am 18.11. 1959 im Unterhaus angekündigt hat.

¹⁰⁶ «... The £ 300 would be made up partly from rates and partly out of national grant. It had been for many years the normal practice of police authorities to stand financially behind a policeman against whom an action was brought arising from his conduct as a police officer. – The practice was a sound one. It had two good reasons behind it. The first was that a police officer could not be expected to carry out his duties properly if he found it necessary to consider the risk of a case being brought against him each time for which he would be personally liable. The second reason was that it was not in the interest of the person who fought the case against the policeman that responsibility for costs or damages should be excluded by the police authority, otherwise a citizen might be awarded substantial sums and fail entirely to recover them from the defendant...» (Innenminister R. A. Butler am 18. 11. 1959 im Unterhaus, *The Times* 19. 11. 1959, siehe den wörtlichen Bericht in Hansard Vol. 613 No. 20 Col. 1239–1303).

¹⁰⁷ Debatten in den Commons am 5. und 18. 11. 1959, die bereits erwähnten Artikel im «Spectator» vom 6. und 13. 11. 1959, im Observer vom 22. 11. 1959 und innert Monatsfrist 4 Leitartikel in «The Times» (28. 10., 6. 11., 18. 11. und 20. 11. 1959).

4. KAPITEL

DIE KANTONALEN VERFASSUNGSBESTIMMUNGEN

Nachdem in den ersten Jahren der französischen Revolution Genf eine Verfassungsbestimmung erlassen hatte, die den Ausgleich von Schäden, die bei Ausübung der Rechtspflege eintraten, zum Gegenstand hatte¹⁰⁸, eröffnete der Kanton Basel-Landschaft mit dem Paragraphen 7 seiner ersten Verfassung vom 27.4.1832 eine lange, sich auf sozusagen alle Kantone erstreckende Reihe von Verfassungsvorschriften über die persönliche Freiheit, die bei aller Verschiedenheit im einzelnen die gemeinsame Wurzel, nämlich die Erklärung der Menschenrechte, noch erkennen lassen:

«Niemand kann verhaftet, in der Ausübung seiner Rechte gehemmt oder derselben verlustig gemacht werden, anders, als auf gesetzlichem Wege und in gesetzlicher Form.

Jede Art von Zwang zu einem Schuldgeständnis ist unzulässig; jeder Angeklagte ist als schuldlos zu betrachten, solange kein Urteil die Schuld ausgesprochen hat.

Jedem Angeklagten kommt das Recht der freien Verteidigung zu. Wer ohne eigenes Verschulden peinliche Untersuchung erduldet, erhält dadurch Ansprüche auf vollen Ersatz des angemittelten Schadens, nebst öffentlicher Ehrenerklärung.»¹⁰⁹

Die meisten Bestimmungen gestatten den Entzug der persönlichen Freiheit nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form und diese Formel ist es, die auf die Menschen- und Bürgerrechte der Revolution zurückgeht. Die Schutzbestimmungen umfassen bald Freiheitsentziehungen jeder möglichen Art, bald sind sie mehr oder minder deutlich auf strafprozessuale

¹⁰⁸ HERZOG S. 9; ferner S. 230 ff. des oben (N. 49) erwähnten Genfer Entwurfs.

¹⁰⁹ Dazu CLERC, Responsabilité S. 367 N. 2 und Text und CLERC, Constitutions S. 216 f. – Die Texte (mit Auslassung von Bestimmungen, die sich nur auf die Entschädigung beziehen) sind im Anhang der Schrift von SPOENDLIN wiedergegeben.

Eingriffe zugeschnitten¹¹⁰. Nach ständiger Praxis sind diese Verfassungssätze regelmäßig unmittelbar geltendes Recht und nicht, jedenfalls nicht nur, Gesetzgebungsprogramm¹¹¹. Indessen ist ihr Vorrang vor dem kantonalen Gesetz dadurch in Frage gestellt, daß sie auf gesetzwidrige Freiheitsentziehungen lauten und damit auf Gesetzesrecht verwiesen ist. Immerhin ist ein selbständiger, vom Gesetzesrecht unabhängiger Kern des verfassungsmäßigen Freiheitsrechts anerkannt¹¹².

Daß im übrigen der Vorrang der Verfassungsregeln vor allenfalls enger gefaßten oder geradezu widersprechenden Gesetzesbestimmungen nicht leicht durchzusetzen ist, folgt schon daraus, daß kantonale Rechtsbehelfe für kantonale Normenkontrolle auf dieser Stufe nicht bestehen; weder kann das Gesetz selbst angefochten und aufgehoben werden noch seine Anwendung im Einzelfall unterbleiben¹¹³. So weit auf der andern Seite die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist, steht einer wirksamen Kontrolle die bekannte Beschränkung der Kognition im Wege. Danach stellt der Gerichtshof «wenn möglich auf die Auslegung, die die obersten kantonalen Behörden, vorab die Legislative, der betreffenden Verfassungsvorschrift geben, ab. Dies ist ganz insbesondere dann der Fall, wenn die Auslegung der obersten kantonalen Behörden durch eine Volksabstimmung gutgeheißen worden ist, oder den Aus-

¹¹⁰ In den Menschen- und Bürgerrechten lautet die Formel «dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit».

¹¹¹ Wallis hat die von KV 4 geforderten Gesetzesbestimmungen nicht und muß schon deswegen auf die Verfassung allein abstellen, ebenso Nidwalden KV 5. – Über Ansprüche unmittelbar aus Verfassung s. z. B. für Zürich KEHL S. 394, für Baselland BGE 23 1226, für Solothurn Urteil des Bundesgerichts vom 3. 6. 1948 i.S. Siegenthaler.

¹¹² SPOENDLIN S. 64.

¹¹³ GIACOMETTI, Staatsrecht der schweizerischen Kantone S. 57 ff. – Vgl. immerhin betreffend Genf die Darstellung von GEORGES WERNER, Le contrôle judiciaire à Genève (Genf 1917) S. 27 ff.

druck einer langjährigen Praxis bildet»¹¹⁴. Was anlässlich der Überprüfung von Verordnungen als Vermeiden des «Frontalangriffs» der Überprüfung bezeichnet wurde¹¹⁵, nämlich die interpretatorische, inhaltliche Anpassung eines mit der Verfassung nur notdürftig oder noch weniger übereinstimmenden Gesetzes, dürfte dort wie hier die wirksamste Art von Normenkontrolle sein. Bisher hat das Bundesgericht keine Gesetzesbestimmungen wegen Verstoßes gegen die Garantie der persönlichen Freiheit aufgehoben und umgekehrt hat die hier wenig profilierte und häufig leer neben

¹¹⁴ GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts S. 233. – S. auch die von FLEINER- GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht S. 932 N. 5 zitierte Stelle aus BGE 2 S. 105: «überhaupt muß es als Grundsatz ein sowohl des allgemeinen als speziell des schweizerischen Bundes- und Kantonalstaatsrechtes bezeichnet werden, daß die Autorität der gesetzgebenden Behörde als die höchste gilt, und die Gerichte nicht ermächtigt sind, die Gültigkeit und Anwendbarkeit eines von der gesetzgebenden Behörde erlassenen Gesetzes oder Dekretes aus dem Grund zu verneinen, weil dessen Inhalt in Widerspruch zur Verfassung stehe».

¹¹⁵ HANS BRUNNER, Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit, Bern 1954 S. 110. – Als Beispiel dafür, daß gelegentlich gegenüber abweichenden Gesetzentexten Verfassungsregeln durchgesetzt werden, können erwähnt werden Zürich und Solothurn. ZH KV 9 gewährt in Fällen gerichtlicher Restitution des unschuldig Verurteilten angemessene Genugtuung. Die Praxis versteht unter Genugtuung sowohl Schadenersatz wie Genugtuung im gebräuchlichen modernen Sinne und erklärt danach, der Bestimmung StPO 455, die für dieselben Fälle nur von Entschädigung handelt, komme keine selbständige Bedeutung zu. SJZ 28 S. 202, 42 S. 381, ZR 45 Nr. 90. S. ferner N. 220. – SO KV 13 kennt nur Entschädigungen. Im Urteil Gaugler vom 16.2.1954 hat das Schwurgericht nach Vorgang von RB 1904 Nr. 64 (darüber RB 1958 S. 112, ferner unten N. 262) festgestellt, daß nach der Entstehungsgeschichte, d.h. den Verhandlungen des Verfassungsrates nicht nur für nachweisbare Vermögensnachteile, sondern auch für den erlittenen moralischen Schaden Ersatz zu leisten sei. Danach hat es die Vorschrift von StPO, «wobei jedoch nur der materielle Nachteil maßgebend» sein soll, übergangen.

der Rüge der Verletzung von BV 4 einhergehende Praxis zu den Verfassungssätzen über die persönliche Freiheit schon dazu geführt, daß von vornehmerein davon abgesehen wurde, die Verletzung dieses Freiheitsrechts zu rügen¹¹⁶. Nach dem heutigen, übrigens längst erreichten Stand gewähren die meisten Kantone für irreguläre Haft zu Lasten des Staates eine Entschädigung¹¹⁷. In einzelnen Verfassungen wird ungesetzliche oder gesetzwidrige Haft allein genannt¹¹⁸, neun sprechen von ungesetzlicher (gesetzwidriger) und alternativ von unverschuldeter oder unbegründeter Haft¹¹⁹, einer schlicht von schuldlos Verhafteten¹²⁰ und die neun verbleibenden Kantonsverfassungen erwähnen in ihren Regeln über den Schutz der persönlichen Freiheit die Entschädigung für die unerlaubte Verletzung dieser Freiheit nicht. Hingegen geben fast alle diese Verfassungssätze eine nähere Umschreibung dessen, was sie als gesetzwidrige Verhaftung qualifiziert haben wollen. Dabei folgen sie ziemlich treu dem oben wiedergegebenen basellandschaftlichen Prototyp und damit der Formel aus der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, wonach gesetzwidrig die Haft ist, die nicht nach den gesetzlichen Gründen und in den gesetzlichen Formen verhängt worden ist.

¹¹⁶ SPOENDLIN S. 66, 68.

¹¹⁷ Schaffhausen 8 nennt als Tatbestand die Einbeziehung in eine Untersuchung, also nicht nur die Freiheitsentziehung, Thurgau 9 neben der Verhaftung auch die Mißhandlung und die Anwendung von Zwangsmitteln zur Abnötigung von Geständnissen. In fünf Kantonen, nämlich Zürich 9, Obwalden 6, Nidwalden 5, Solothurn 13 und Wallis 4 ist als besonderer Tatbestand für die Zusprechung von Entschädigung auch die Verurteilung eines Unschuldigen angeführt und in keiner dieser Bestimmungen ist gesagt, daß nur dann eine Entschädigung gewährt werde, wenn Strafhaft ausgestanden worden sei.

¹¹⁸ Zürich 7, Luzern 5, Thurgau 9, Wallis 4, Genf 35 (illégal).

¹¹⁹ Unbegründet: Glarus 5, Appenzell AR 11, Aaraug 19. Unverschuldet: Bern 73, Obwalden 6, Nidwalden 5, Solothurn 13, Basel-Landschaft 6, St. Gallen 30.

¹²⁰ Uri 30.

Um auszumachen, was unter gesetzwidriger, unbegründeter und unverschuldeter Haft zu verstehen ist, rechtferigt es sich, vorerst exkursweise StGB Art. 69 zu behandeln, d.h. zu ermitteln, welches die Fälle sind, wo nach der Praxis die Untersuchungshaft nicht an die Strafe angerechnet wird, weil der Täter durch sein Verhalten nach der Tat die Haft herbeigeführt hat.

In der Gerichtspraxis¹²¹ ist ausgeführt worden, die Haft werde aus Billigkeitsgründen an die Strafe angerechnet, was u.E. hier so wenig wie im Haftentschädigungsrecht zur dogmatischen Erhellung der Frage etwas Wesentliches beiträgt. Das kantonale Gericht hatte in diesem Falle die im Ausland ausgestandene Auslieferungshaft entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft angerechnet in der Annahme, die Abreise ins Ausland sei keine Flucht, sondern die Ausführung von Auswanderungsplänen ohne Beziehung zur Tat und Strafverfolgung gewesen, wogegen die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde erhob. Möge diese Beurteilung der Reise ins Ausland auch weltfremd

¹²¹ BGE 76 IV 24, 84 IV 10, 85 IV 124. – Über die Haftanrechnung unter dem früheren kantonalen Recht s. HAFTER, Allg. Teil 1. Aufl. S. 354 f. – Das römische Recht kannte die Regel (D. 48.19. 25, C. 9.47.23), daß die Langwierigkeit des Verfahrens zu Strafmilderung berechtigt, bzw. daß der zu Verbannung Verurteilte, wenn er lange bereits gefangen gehalten worden ist, die Verbannung nicht mehr soll verbüßen müssen. Hierzu AMRHEIN S. 117 f. – Zur Lage im englischen Recht vgl. die Studie «Time spent awaiting Trial» (A Home Office Research Unit Report, by EVELYN GIBSON, London 1960). In einem Fall Regina v. Layton (The Times, Law Report 11. 11. 1958) ist vom Court of Criminal Appeal für eine ausnahmsweise lange Haft von 4 ½ Monaten eine Reduktion von 6 Monaten auf die Strafe von 3 Jahren bewilligt worden, wobei die Differenz von 1 ½ Monaten die vorzeitige Entlassung berücksichtigt. In Fällen, wo keine Strafen ausgesprochen werden, gibt es keinen Ausgleich für die Haft. Doch scheint es, daß mitunter gerade wegen der vorangegangenen Haft auf eine kurzzeitige Freiheitsstrafe verzichtet wird («some might have been given gaol sentences had they not already spent some time in custody», The Spectator 22. 1. 1960).

sein, führte der Kassationshof aus, so binde sie ihn als tatsächliche Feststellung dennoch. Doch habe die Vorinstanz dadurch falsch entschieden, daß sie angenommen habe, die Haft müsse schulhaft herbeigeführt sein, um nicht an die Strafe angerechnet zu werden. Es sei jedoch genügend, daß sie objektiv auf das Verhalten des Täters nach der Tat zurückzuführen sei. Hier sei die Haft durch die Reise des Angeklagten ins Ausland verursacht worden und daher nicht an die Strafe anzurechnen. – Bei eingehender Nachprüfung kann dieses Raisonnement nicht überzeugen. Zunächst ist zu bemerken, daß es der klare Wille der Räte war, in der Frage der Haftanrechnung auf das Verschulden des Angeklagten abzustellen, wenigstens folgt dies aus den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Kommissionsreferenten SEILER im Nationalrat («Die Kommission schreibt die Anrechnung der Haft für den Fall und insoweit zwingend vor, als der Täter die Untersuchungshaft nicht verschuldet oder schulhaft verlängert hat»)¹²². Sodann weist der Tenor der Bestimmung im ganzen eher auf ein Verschulden hin, denn wenn man bloße Kausalität wollte genügen lassen, wäre es doch sehr viel näherliegend, von verursachen als von herbeiführen zu reden, in welchem Ausdruck ein Element von Wissen und Willen unübersehbar mitenthalten ist. Schließlich muß man bedenken, daß Haft an sich schon die Ausnahme ist und wohl nur sehr wenig Anwendungsfälle übrig bleiben, in denen der Angeschuldigte nicht, mindestens objektiv, durch sein Verhalten nach der Tat an der Setzung des Haftgrundes beteiligt ist. Danach müßte die strikte Anwendung des vom Bundesgericht gefundenen Entscheidungsobersatzes dazu führen, daß überwiegend keine oder dann keine anrechenbare Haft verhängt wird. Darf man ohne eindeutig zwingenden Anlaß, so ist letzten Endes zu fragen, annehmen, es sei der Sinn des Gesetzes, die Verlängerung oder Verkürzung der Strafe um möglicherweise viele Monate

¹²² Sten.Bull. NR Sonderausgabe S. 212.

von zufällig auftretenden, vom guten oder bösen Willen des Angeklagten unabhängigen Kriterien abhängig zu machen? Wo doch sonst in Fragen des Strafmaßes der Gesetzgeber Verfeinerungen nicht nur nicht gescheut, sondern geradezu gesucht hat? «Das Gesetz will die Anrechnung, wenn die Haft unabhängig vom Verhalten des Täters nach der Tat verhängt wurde oder fortdauerte; es will sie dagegen nicht, wenn das Verhalten des Täters nach der Tat dafür entscheidend war, daß die Behörde den Verfolgten in Haft setzte oder in Haft behielt. Die Billigkeitsgründe, die im ersten Falle für die Anrechnung sprechen, bestehen im zweiten Falle nicht, da der Täter für sein Verhalten, auf welche Beweggründe es auch zurückgehen möge, einzustehen hat»¹²³. Vom Betroffenen aus – und nicht nur von ihm aus gesehen, ist das nicht Billigkeit, sondern Willkür, die künstliche Schaffung einer Härte statt des Ausgleichs einer solchen und in jedem Falle im Ergebnis die Einführung eines massiven Fremdkörpers in das Schuldstrafrecht. Wir halten es für richtiger, weder Billigkeit in irgendeiner Gestalt noch sonst einen Tiefsinn in der Regel von StGB Art. 69 zu suchen, sondern das schlichte Prinzip, daß auch bei materiellstrafrechtlicher Schuld prozessuale Nachteile nicht notwendig, vielmehr im Regelfall eher nicht entschädigungslos erduldet werden müssen. Strafe ist Ausgleich für Unrecht, das der Täter verschuldet hat. Untersuchungshaft teilt mit der Strafe das, was sie zum Übel macht, aber anders als die Strafe wird sie dem Täter nicht um ihrer selbst willen, sondern zwecks möglichst vollkommener Durchführung des Verfahrens auferlegt. Wenn das Maß der Strafe ohne Rücksicht auf die bereits erstandene Haft festgelegt wird, besteht für die nicht jeden, sondern nur wenige (im Sinne einer durch die Bedürfnisse des Verfahrens begründeten Ausnahme) treffende Untersuchungshaft ein Anlaß zum Ausgleich, es sei denn, ein Ausschlußgrund, den wie die meisten Gesetze auch das StGB vor-

¹²³ BGE 76 IV 24. – Dazu auch WAIBLINGER ZbJV 89 S. 430.

sieht, liege vor. Wie die Haft selbst liegt auch der Ausschlußgrund im Interesse des prompten und sicheren Verfahrensablaufs. Die Erwartung der Nichtanrechnung der Haft für den Fall der Obstruktion soll den Angeschuldigten veranlassen, seinerseits für die Aufklärung der Wahrheit alles Möglichen zu tun. Auch von diesem Gesichtspunkte aus gesehen, ist es fragwürdig, die Haftanrechnung von bloßen objektiven und nicht auch von subjektiven Tatbestandselementen abhängen zu lassen¹²⁴. Daß die Anrechnung der Untersuchungshaft wesentlich eine Entschädigung für ein nicht als solches gewolltes, aber unvermeidliches Übel ist, zeigt sich auch in der Sonderregel für den Fall einer bloßen Buße, wonach deren Betrag angemessen zu kürzen ist. Hier erhält der Verurteilte bei Licht betrachtet sogar eine Geldentschädigung für seine Haft, was nur deshalb verdeckt ist, weil regelmäßig nur die Schlußzahl, der Saldo zu Gunsten des Staates, in Erscheinung tritt.

Auffallend starr ist indessen die Rechtsprechung auch insofern, als bei real konkurrierenden Delikten die für das eine verhängte Untersuchungshaft nach Einstellung des Verfahrens oder Freisprechung nicht auf die für das andere ausgesprochene Strafe anzurechnen ist¹²⁵. Faßt man die Haftanrechnung als eine von möglichen Arten der Ent-

¹²⁴ Ungeachtet der strikten Ablehnung des Verschuldensprinzips in BGE 76 IV 21 ff. findet sich in BGE 84 IV 10, wo sich der Kassationshof nicht *ex professo* zu dieser Frage zu äußern hatte, ein *dictum*, wo instinktiv davon ausgegangen ist, die Nichtanrechnung könne nur bei prozessualem Verschulden des Angeklagten angeordnet werden («es kann als störend empfunden werden, daß derjenige, der die Nichtanrechnung selber verschuldet, besser gestellt sein soll, als der andere, dem die Untersuchungshaft als Strafverbüßung angerechnet wird»).

¹²⁵ BGE 77 IV 6, 85 IV 12. – (Im Gegensatz zur kantonalrechtlichen Zürcher Praxis, SJZ 29 S. 170, dazu HAUSER S. 268 N. 27a). Kritisch hierzu WAIBLINGER, ZbJV 90 S. 448. – S. auch die Entscheidung ZbJV 91 S. 153 (Verschiebung der Entschädigungsfrage bei teilweiser Einstellung des Verfahrens und einiger Unklarheit über die Frage, für welche Tatbestände die Untersuchungshaft angeordnet war).

schädigung auf und daneben die Untersuchungshaft als tauglichen Ersatz für die Freiheitsstrafe, gibt es keinen Grund für die niemanden befriedigende Lösung, für das eine Delikt eine unverkürzte Strafe auszusprechen und die für das andere ausgestandene Haft mit Geld zu entschädigen¹²⁶.

Unter gesetzwidrige Haft im Sinne der zahlreichen Verfassungsregeln fallen in erster Linie Freiheitsentziehungen, die zugleich unerlaubte Handlungen im Sinne von OR Art. 41 ff. oder im Sinne der gemäß OR Art. 61 an ihre Stelle getretenen kantonalrechtlichen Amtshaftungsbestimmungen sind, nämlich soweit bei der Haft entweder die gesetzlichen Haftgründe oder die gesetzlichen Formen schuldbhaft nicht beachtet werden. Zwar wird man unterstellen müssen, daß mit den gesetzlichen Formen und den gesetzlichen Gründen nicht alle denkbaren Fälle erfaßt sind, wo im Zusammenhang mit einer Verhaftung gegen das Gesetz verstoßen werden kann, doch wird man erwarten können, daß immerhin die charakteristischen, Schadloshaltung indizierenden Tatbestände von diesem etwas verengten Begriff der Gesetzwidrigkeit gedeckt sind.

¹²⁶ Eine dritte, unser Thema allerdings nicht berührende, die Billigkeit zur Begründung anrufende Merkwürdigkeit der Rechtsprechung zu StGB Art. 69 findet sich im schon erwähnten BGE 84 IV 10. Wer in Form von Haftanrechnung Strafe verbüßt hat (oder wessen Strafe infolge von Begnadigung als verbüßt fingiert wird), gilt als rückfällig im Sinn von StGB Art. 67 und kann nach Art. 41 den bedingten Strafvollzug nicht erhalten, wenn er innert 5 Jahren wieder delinquiert, im Gegensatz zu einem andern, dessen Haft auf die Strafe nicht angerechnet wird (und der sie nicht inzwischen verbüßt hat). Hier ist mehr das Gesetz selbst als die Praxis dafür verantwortlich, daß die gewollte Benachteiligung zum Heil ausschlägt und die vermeintliche Wohltat zur Plage wird.

Die vorstehenden Erörterungen zur Haftanrechnungspraxis treffen sich in manchem mit der diesem Thema gewidmeten Studie von HANS DUBS, Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe, ZStR Bd. 76 S. 183ff., die während des Druckes dieses Referates erschienen ist.

Es ist die Ansicht vertreten worden¹²⁷, die Entschädigungsregeln in den Verfassungsbestimmungen zum Schutz der persönlichen Freiheit seien an sich überflüssig, Entschädigung wäre auch geschuldet, wenn sie nicht ausdrücklich zugesagt wäre. Im Maße als schuldhaft-widerrechtliches Verhalten gegeben und dafür die Staatshaftung vorgesehen ist, wird man dieser Ansicht zustimmen können, ebenso dort, wo der Staat allgemein den Ersatz widerrechtlich, aber nicht schuldhaft, durch seine Organe zugefügten Schadens übernimmt¹²⁸. Gerade diese Staatshaftung für Verhaftungen, die nur objektiv gesetzwidrig¹²⁹ sind, kann angesichts der Formulierung der Verfassungsregeln, die ohne den geringsten Hinweis auf Verschulden von bloßer Gesetzwidrigkeit sprechen¹³⁰, nicht bezweifelt werden. Äußerst fraglich wäre, ob sie ohne diese Verfassungsvorschriften angenommen und durchgesetzt werden könnte, etwa mit der Begründung¹³¹, die geschehene Verhaftung sei irreversibel und eine andere Sanktion als eben die Entschädigung

¹²⁷ SPOENDLIN S. 28.

¹²⁸ So BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten, vom 14. 3. 1958 Art. 3 Abs. 1, ferner Verantwortlichkeitsgesetz SG vom 28. 10. 1959 Art. 1 f.

¹²⁹ Vgl. zu der im deutschen Recht besonders umstrittenen Gattung der schuldlos widerrechtlichen Eingriffe OTTO BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951, S. 117 ff., SCHACK S. 14 ff., REINHARDT S. 259 ff. – Nicht nur ist etwa umstritten gewesen, ob im Bereich amtlichen Handelns Widerrechtlichkeit und Verschulden sich decken bzw. notwendig gemeinsam gegeben sind oder fehlen (dazu J. GOLDSCHMIDT S. 123 ff., THILO S. 10, TOBLER S. 12, OSER Komm. OR 2. Aufl. Art. 61 N. 7), sondern der Begriff der Widerrechtlichkeit für sich allein ist in hohem Grade schwankend (OFTINGER, Haftpflichtrecht, Bd. 1 2. Aufl. S. 110 ff.; KAUFMANN S. 325a ff.), woraus wiederum Schwierigkeiten entstehen, ihn in einem Haftpflichtsystem von andern Zurechnungsgründen wie etwa der Gefährdung abzugrenzen (SCHACK S. 14 ff., REINHARDT S. 256 ff.).

¹³⁰ So schon TOBLER S. 12 f. – KV GE 35 fordert Verschulden.

¹³¹ SPOENDLIN S. 28.

sei gar nicht möglich. Auf der einen Seite gibt es immer *leges imperfectae* und *leges minus quam perfectae*, auf der andern Seite setzt die behauptete Staatshaftung auch ohne ausdrückliche Anordnung voraus, daß das Legalitätsprinzip mindestens in diesem Teil des Entschädigungsrechts nicht oder nicht mehr gelte. Hierüber wird weiter unten noch zu handeln sein.

Auf die Frage, ob nach den Verfassungsregeln Entschädigung für ungesetzliche Haft nur geschuldet sei, wenn der Verhaftete zugleich im Sinne des materiellen Strafrechts unschuldig sei, kann man antworten, daß jedenfalls in der Großzahl der Fälle diese Frage deshalb gegenstandslos ist, weil der materiell Schuldige verurteilt und durch Anrechnung der Haft an die Strafe schadlos gehalten wird.

Ähnlich ist es mit der Frage, ob auch bei gesetzwidriger Haft Entschädigung nur zu leisten sei, soweit nicht der Verhaftete die Verfolgungsmaßnahme durch vorwerfbares Verhalten selbst auf sich gezogen habe. Wo der Verhaftete durch prozessuales Verschulden die Haft herbeiführt, ist sozusagen notwendig mitgedacht, daß ein Haftgrund gegeben ist. Dann liegt ungesetzliche Haft in dem Sinne, daß ein gesetzlicher Haftgrund fehlt, eben nicht vor. Gesetzwidrige Haft wegen Fehlens eines gesetzlichen Haftgrundes ist damit jedenfalls in den meisten der vorstellbaren Anwendungsfälle zugleich Haft, die nicht selbst verschuldet ist.

Anders verhält es sich mit der gesetzwidrigen Haft insoweit, als sie nicht in den Formen des Gesetzes vollzogen wird. Hier bestehen solche inneren Zusammenhänge nicht; ob einer materiell schuldig ist oder nicht, ob er durch prozessuales Verschulden den Haftgrund herbeiführt oder nicht, immer kann er in ungesetzlichen Formen gefangen gehalten werden. Entschädigung kann dann gefordert werden, soweit durch die ungesetzliche Form Schaden entstanden ist. Das dürfte kaum von praktisch erheblicher Bedeutung sein, denn Körperschaden zum Beispiel, den etwa schlechte Behandlung verursacht, dürfte ohnehin

wohl überall Deliktsansprüche nach OR oder kantonalem Recht zur Folge haben. In erster Linie wird sich in solchen Fällen die Frage einer Genugtuung stellen.

Es wurde oben bemerkt, daß die Frage, ob der ohne gesetzlichen Grund Verhaftete, um Entschädigung fordern zu können, zugleich materiell schuldlos sein müsse, in der Großzahl der Fälle gegenstandslos sei, weil der Schuldige durch Haftanrechnung schadlos gehalten werden könne. Nicht in die Großzahl gehören nun die Fälle, wo der gesetzwidrig Verhaftete wegen Fehlens von Strafbarkeitsbedingungen, Prozeßvoraussetzungen usw. nicht verurteilt wird oder wo mehr Haft ausgestanden wurde, als auf die Strafe angerechnet werden kann. In den Fällen schließlich, wo die ausgestandene Untersuchungshaft in ihrem ganzen Ausmaß in der Strafe aufgeht, wo also die durch den Prozeß verlorene Zeit dem Verurteilten gewissermaßen in natura rückerstattet wird, kann es vorkommen, daß mehr und anderer Schaden entstanden ist, als dem Erwerbsausfall durch Fernhaltung vom Arbeitsplatz entspricht, Schaden, der nicht durch den Zeitverlust allein, sondern durch irgend eine besondere Situation während der Haft bedingt war und nicht behoben werden kann. Da die Bestimmungen ohne Vorbehalt Entschädigung für gesetzwidrige Haft verheißen, sind u. E. in solchen Fällen nach Maßgabe der Gesetzwidrigkeit und des adaequat daraus entstandenen Schadens Ersatzleistungen durch den Staat zu erbringen¹³².

Eine letzte im Rahmen der Fälle von Gesetzwidrigkeit auftretende Frage betrifft nicht die Untersuchungs- sondern

¹³² S. dazu den folgenden, den Erwägungen des BG zum Urteil Y vom 12. 12. 1957 (d.h. dem in BGE 83 IV 207 ff. nicht publizierten Teil) entnommenen Passus: «Comme le relève l'arrêt RO 64 I 141 consid. 2, il faut distinguer, d'une part, la demande d'indemnité d'un inculpé, coupable ou innocent, qui se plaint d'avoir été arrêté sans que les conditions de l'art. 44 PPF fussent remplies et, d'autre part, la réclamation formée en vertu de l'art. 122 PPF par un prévenu mis au bénéfice d'un non-lieu.»

die Strafhaft. Wird der korrekt nach den Regeln des Prozeßrechts Verfolgte und Verurteilte, der materiellstrafrechtlich schuldlos ist (und dementsprechend nach Wiederaufnahme des Verfahrens freigesprochen wird) im Strafvollzug gesetzwidrig im Sinne unserer Verfassungsbestimmungen gefangen gehalten? Wir neigen eher dazu, die Frage zu verneinen. Zumal nach den zahlreichen Legaldefinitionen, wonach gesetzwidrig die nicht nach den Gründen und in den Formen des Gesetzes vollzogene Haft ist, scheint es doch, daß im ganzen eher an prozessuale Anforderungen gedacht wurde. Das ist noch verdeutlicht dadurch, daß eine Reihe von Kantonen¹³³ der unschuldig Verurteilten in einer Sonderklausel gedacht hat und wieder andere Kantone, wie erwähnt¹³⁴, in ihren Verfassungen nicht nur für ungesetzliche, sondern auch für unverschuldet bzw. unbegründete Haft eine Entschädigung statuieren. Bei alledem ist doch unter ungesetzlich eher nicht ein Widerspruch zum materiellen, sondern zum Prozeßrecht zu verstehen, womit Strafhaft in diesem Sinne nur gesetzwidrig ist, wenn das Verfahren, das zur Verurteilung geführt hat, an einem Defekt litt, dessen Fehlen zur Freisprechung geführt hätte¹³⁵.

¹³³ Oben N. 117.

¹³⁴ Oben N. 119.

¹³⁵ Die Praxis ist nicht immer einheitlich. In ZR 42 Nr. 118 wurde erklärt, bei Vorliegen der Haftgründe werde die Verhaftung nicht dadurch zu einer gesetzwidrigen, daß sich nachträglich die Unschuld des Verhafteten herausstelle. Vgl. dazu aber folgende Stelle aus dem Urteil des Schwurgerichts ZH i.S. Stettler vom 28. 3. 1958: «Wenn die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten unter Berufung auf Art. 7 der Kantonsverfassung den Anspruch auf Entschädigung mit der Begründung absprechen will, daß der Angeklagte nicht im Sinne dieser Vorschrift ungesetzlich verhaftet gewesen sei, so kann ihr darin nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle nicht Art. 7, sondern die über Art. 7 hinausgehenden speziellen Vorschriften von Art. 9 der Kantonsverfassung und § 455 StPO zur Anwendung gelangen, übersieht die Staatsanwaltschaft, daß unter ungesetzlicher Verhaftung im Sinne von Art. 7 der Kantonsverfassung nicht nur die formell un-

Wie gesagt nennen neun Kantone als Tatbestand der Entschädigung neben der gesetzwidrigen die unverschuldete oder unbegründete Haft und einer setzt Entschädigung aus für schuldlos Verhaftete¹³⁶. In acht Fällen ist die Schuldlosigkeit oder Grundlosigkeit der Haft durch die Konjunktion oder klar, im neunten durch die Konjunktion sowie¹³⁷ etwas weniger eindeutig als Alternative zur Gesetzwidrigkeit gekennzeichnet.

Der Ausdruck **unverschuldet** ist für sich auch nicht völlig eindeutig. Es wurde mitunter gefunden, er sei gleichbedeutend mit materiellstrafrechtlich **schuldlos**¹³⁸. Das Bundesgericht hat in einem basellandschaftlichen Fall Gelegenheit gehabt, sich etwas eingehender mit der Bedeutung des Ausdrucks zu befassen. Es hat sich gefragt, «was im allgemeinen unter unverschuldeter Haft im Sinne des § 6 Abs. 5 der Staatsverfassung des Kantons Basel-Landschaft zu verstehen sei. Die Bestimmung beruht offenbar auf dem Gedanken, daß der Staat auch für die Folgen eines an sich nicht rechtswidrigen, eines gesetzmäßigen Eingriffes in die persönliche Freiheit eines Bürgers aufkommen soll, wenn es sich herausstellt, daß der Eingriff ein grundloser gewesen ist. Es soll der Staat für die Nachteile, die seine Organe, wenn auch in berechtigter Ausübung ihrer Hoheit, einem Dritten zugefügt haben, aufkommen, wenn es sich ergibt, daß der Betroffene unschuldig war. Dies ist der Ausgangspunkt. Allein nicht jedem Unschuldigen wollte ein Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch zugestanden werden, sondern nur demjenigen, der unverschuldeterweise in Haft gesetzt worden ist. Diese Einschränkung fordert der Wortlaut der Bestimmung, sowie die Erwägung, daß der Ausdruck **unverschuldet** offenbar

gesetzliche, sondern auch die materiell ungerechtfertigte, auf Grund eines in der Folge revidierten Urteils erlittene Verhaftung zu verstehen ist.»

¹³⁶ Oben N. 119 f.

¹³⁷ KV BL 6.

¹³⁸ CLERC, Responsabilité S. 380 N. 2 (am Beispiel v. KV NW 5).

synonym mit der Wendung 'ohne eigenes Verschulden' ist, wie sie in den früheren Verfassungen enthalten war. Es muß also, um den Anspruch des Klägers begründet erscheinen zu lassen, dargetan sein, nicht nur, daß er unschuldig war, sondern auch, daß er die Verhaftung nicht selbst, durch sein eigenes Verhalten verschuldet hat.»¹³⁹

Bei der Bildung des Begriffs müssen wir in erster Linie davon ausgehen, daß die von zahlreichen Gesetzen alternativ neben die unverschuldete gestellte ungesetzliche Haft in beiden Spielarten der Gesetzwidrigkeit, Grundlosigkeit und Formwidrigkeit, ausgeschieden werden muß. Sodann ist am Wortlaut aller einschlägigen Regeln zu beachten, daß die Haft selbst als eine unverschuldete bezeichnet und nicht von der Haft eines Unschuldigen gesprochen wird. Das weist zunächst in eine Richtung, wo auch die Kriterien des StGB Art. 69 liegen, nämlich eher auf eine prozessuale als eine materielle Schuld, auf ein Verhalten nach der Tat oder das von der Tat unabhängig ist: entschädigt wird für Haft, zu deren Verhängung der Verhaftete den Grund nicht schuldhaft gesetzt hat, indem er Spuren verwischte, Zeugen beeinflußte, Anstalten zur Flucht traf usw. Schwieriger ist jedoch die Frage, ob über die prozessuale Schuldlosigkeit hinaus, wie das Bundesgericht erklärt, stillschweigend auch materiellstrafrechtliche Unschuld vorausgesetzt sei.

Leichthin ist das u. E. nicht anzunehmen. Richtig ist zwar auch hier, daß die Frage nicht selten deswegen gegenstandslos ist, weil der Schuldige verurteilt und durch Haftanrechnung schadlos gehalten wird. Soweit die Haftanrechnung unterbleibt, weil er durch sein Verhalten nach der Tat die Haft schuldhaft herbeigeführt oder verlängert hat, substantiiert dieses selbe Verhalten auch das Verschulden, das für die Verweigerung einer Geldentschädigung bestimmend ist. Aber daneben kommen doch auch Fälle vor, wo die legal verhängte und aufrecht erhaltene Haft eines Schuldigen wesentlich länger dauert, als die im Urteil ver-

¹³⁹ BGE 23 S. 1226.

hängte Strafe, so daß ein Haftüberschuß verbleibt. Gleichartig ist der Fall, wo einer im Wiederaufnahmeverfahren nicht freigesprochen, sondern nur milder beurteilt wird und im Zeitpunkt des neuen Urteils mehr verbüßt hat, als das neu festgesetzte Strafmaß ausmacht. Auch kann wiederum aus der nicht verschuldeten Haft eines materiell Schuldigen indirekter Schaden entstanden sein, der durch die Anrechnung der Haft an die Strafe nicht abgegolten ist. Während man im letzten Fall berechtigterweise den Standpunkt einnehmen kann, der Verhaftete werde als materiell Schuldiger den aus seiner Verhaftung folgenden indirekten Schaden als weitere Konsequenz seiner Tatschuld sich selbst zuschreiben und tragen müssen, auch wenn neben oder nach der Tat nicht noch besonderes prozessuales Verschulden hinzukam, entfallen derartige Erwägungen im Falle der zu langen Untersuchungs- oder Strafhaft. Vorausgesetzt, prozessuale Verschulden fehle, spricht nichts gegen die Entschädigung für den Haftüberschuß, obwohl das materielle Verschulden ganz unbestritten ist¹⁴⁰. Als weitere Beispiele wären zu nennen Fälle, wo Straftatbestände subjektiv und objektiv erfüllt sind, hingegen Prozeßhindernisse, Strafaufhebungsgründe usw. erst im Laufe des Verfahrens, nach der Verhaftung zutage treten. So, wenn erst nach der Verhaftung festgestellt werden kann, daß die auf Grund schlüssigen Verdachtsmaterials verfolgte Tat verjährt ist oder wenn eine als Offizialdelikt verfolgte Tat sich durch die Aufklärung als bloßes Antragsdelikt herausstellt. Vorausgesetzt, jegliches prozessuale Verschulden fehle, halten wir dennoch die Ausrichtung von Entschädigungen für unrechtfertigt, denn auch diese Täter haben immerhin durch eine Straftat ihre Verhaftung herbeigeführt¹⁴¹. Eine in

¹⁴⁰ Die ungebührlich lange Haftdauer ist ausdrücklich in den Entschädigung begründenden Tatbestand aufgenommen in KV GE 35, anderwärts verschiedentlich in den StPO: BL 38, TG Korr. 20, BS 85.

¹⁴¹ Betreffend die Verjährung vgl. HAUSER S. 268 (Entschädigung bejaht).

solchen Fällen allzu großzügig verfahrende Entschädigungspraxis könnte leicht das Entschädigungsrecht als ganzes in Mißkredit bringen und gesetzgeberische Rückschläge zur Folge haben. Wird indessen, was wir für richtig halten, eine Entschädigung nicht gewährt, ist der Widerspruch unvermeidlich, daß der verurteilte Schuldige in Form von Haftanrechnung entschädigt wird, der nicht verurteilte Schuldige dagegen nicht.

Drei Kantone haben in ihren Verfassungen die Entschädigung für ungesetzliche oder unbegründete Haft. Es wurde schon gelegentlich bemerkt, etwas anderes als unverschuldete Haft könne unter unbegründeter Haft nicht verstanden werden¹⁴². Im Falle von Appenzell AR hat jüngst das Bundesgericht Gelegenheit gehabt¹⁴³, sich über die Bedeutung des Wortes «unbegründet» auszusprechen. Zu diesem Zweck hat das Gericht nicht nur den Verfassungstext für sich allein, sondern zusammen mit dem Prozeßgesetz erwogen und sogar das seit geraumer Zeit außer Kraft getretene kantonale Strafgesetzbuch herangezogen. Dieses hatte abgesehen vom Fehlen prozessualen Verschuldens Entschädigung nur dem vollständig Freigesprochenen, nicht aber dem lediglich aus der Instanz Entlassenen gewährt. Im Hinblick hierauf entschied das Bundesgericht, zur Entschädigung wegen unbegründeter Haft nach KV AR 11 bedürfe es (wie im Falle unverschuldeter Haft nach beispielsweise KV BL 6, s. oben N. 139) zweier Voraussetzungen. Zu entschädigen sei der Angeschuldigte, «der im Sinne des materiellen Strafrechts schuldlos ist (und daher freigesprochen worden ist), zudem aber auch das Verfahren nicht schulhaft verursacht oder erschwert hat.» – In einem zweiten Kanton dieser Gruppe ist eine obergerichtliche Plenarentscheidung ergangen. Das Aargauer Obergericht hat für seine Kantonsverfassung gleich entschieden

¹⁴² BUCHMANN S. 126 N. 20.

¹⁴³ I.S. Scherer, Urteil (der staatsrechtlichen Kammer) vom 11. 3. 1959.

wie das Bundesgericht für die Appenzell-Außerrhodische: unbegründet sei die Haft dessen, der sie nicht schulhaft auf sich gezogen habe und der sich später als unschuldig erweise. Daß bei dieser Auffassung derjenige, dem gemäß StGB Art. 69 die Haft an die Strafe angerechnet wird, besser fährt, als der ebenfalls Schuldige, der aus einem andern Grunde, wie wegen eines Prozeßhindernisses oder eines Strafaufhebungsgrundes, nicht verurteilt werden kann, ist bereits oben, bei Erörterung der «unverschuldeten» Haft, ausgeführt worden¹⁴⁴. Weiteres ist hier nicht beizufügen.

¹⁴⁴ Vierteljahrsschrift für aarg. Rechtsprechung, 32. Jahrgang 1932 S. 150.

5. KAPITEL**DIE STRAFPROZESSORDNUNGEN**

Die für Privat- und teilweise auch Amtspersonen anwendbaren Regeln von OR 41ff. umfassen die Ansprüche von Verletzten aus schuldhaft begangenen unerlaubten Handlungen. Die Verantwortlichkeitsgesetze erfassen deliktische und teilweise auch objektiv-widerrechtliche, vereinzelt auch rechtmäßige Handlungen von Amtspersonen. Die Verfassungsvorschriften über Entschädigungen aus ungesetzlicher oder unverschuldeter oder unbegründeter Haft erstrecken sich teilweise ebenfalls auf das Gebiet der Deliktsobligationen, teilweise auf objektiv widerrechtliche, d.h. ohne Verschulden begangene gesetzwidrige Handlungen und schließlich auch auf Tatbestände, bei denen die handelnden Staatsorgane keinerlei Gebots- oder Verbotsvorschriften verletzen, peinlich genau und pflichtgemäß nach dem Prozeßgesetz handeln, wobei lediglich nachträglich zutage tritt, daß der Verdächtige nicht schuldig ist, so daß das gegen ihn geführte Strafverfahren durch Einstellung oder Freisprechung zu beenden ist.

Die drei auf diese Weise beschriebenen Haftungsgattungen gestatten an sich, ein System zu bilden, in dessen Rahmen jede gesetzgebungsrechtlich und vernünftigerweise indizierte Entschädigung Platz finden kann. Nur ist das System so, wie es nach Einbezug des Deliktsrechts und der Verfassungsbestimmungen im hier erreichten Stand unserer Erörterungen sich darbietet, ganz offensichtlich allzu lückenhaft. Vorerst haben ja nicht alle Kantone die soeben im einzelnen behandelten Verfassungsbestimmungen. So weit sie sie haben, erfassen sie – man darf es in keinem Augenblick übersehen – nur die Freiheitsentziehungen. Es bleibt damit in mehrfacher Hinsicht leerer Raum, den der Bund und viele Kantone dadurch ausgefüllt haben, daß sie in ihre Strafprozeßordnungen für die Schädigungen, die bei

ihrer Anwendung entstehen, Entschädigungsregeln einverleibt haben¹⁴⁵.

Das auf diese Weise zusammen mit den bisher erörterten Regelgruppen zusammenkommende System wird dadurch selbstverständlich vollständiger, ist aber immer noch weit entfernt von Lückenlosigkeit. So zum Beispiel ist eine Reihe von Kantonen bis heute dabei geblieben, nur für Haftschäden Ersatz zu leisten. Genf auf der andern Seite entschädigt heute noch lediglich für Delikte und bei Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren. Auch sonst sind die Unterschiede beträchtlich. Die folgende Darstellung zergliedert den Inhalt der einzelnen Rechtsordnungen dadurch, daß sie ihre Regeln unter den sachlichen Rubriken

¹⁴⁵ Nidwalden und Wallis haben nur die Verfassungsbestimmungen. – Bei der früher viel erörterten Frage der Widerrechtlichkeit des amtlichen Verhaltens, das die Schädigungen verursacht, und der Widerrechtlichkeit dieser Schädigungen selbst, möchten wir uns weiter nicht aufhalten. Wo von vorneherein nicht das Bedürfnis besteht, wegen Fehlens von Sondertatbeständen die Justizirrtümer (einschließlich Verfahrenseinstellungen und Freisprechungen im ordentlichen Verfahren) als Delikte oder doch objektiv widerrechtliche Handlungen zu behandeln, um sie unter hiefür vorgesehene Staatshaftungen fallen zu lassen, verliert die Frage mindestens einen schönen Teil ihrer praktischen Aktualität. Angesichts der doch bei uns überwiegend anerkannten Notwendigkeit, prozeßordnungsmäßig zustandegekommene Justizirrtümer auszugleichen, besteht für uns dieses Bedürfnis eher nicht. Vgl. immerhin außer den oben N. 129 Genannten etwa: ANDRÉ GRISEL, La responsabilité de l'Etat fédéral pour l'activité licite de ses organes, in «Demokratie und Rechtsstaat», Festgabe Giacometti Zürich 1953, S. 36 f. N. 7 und Text; VON SPRECHER S. 97 ff., ERNST BELING, Grenzen zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtflege, Rektoratsrede Tübingen 1913 (setzt sich u. a. mit der Schrift von J. GOLDSCHMIDT auseinander); BINDOKAT, Mehrrelei Unrecht (Tübinger) JZ 1958 S. 553 ff. Dann von ältern Schriften J. GOLDSCHMIDT, ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb (München 1910), H. A. FISCHER, Die Rechtswidrigkeit (München 1911), A. GRAF ZU DOHNA, die Rechtswidrigkeit (Halle 1905), E. ZITELMANN, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Archiv für civ. Praxis Bd. 99 (1906) S. 1 ff.

einer für diesen Zweck brauchbaren Systematik zusammenfaßt. Der Nachteil, daß so die entsprechende Regelung eines Kantons oder des Bundes als ganzes nicht in Erscheinung tritt, ist unvermeidlich und muß hingenommen werden.

A. Der Tatbestand

1. Der Verfahrensabschluß

Zur Begründung von Entschädigungsansprüchen knüpfen die Prozeßgesetze regelmäßig ausdrücklich an eine oder mehrere bestimmte verfahrensabschließende Entscheidungen an. So an die Einstellung, auch genannt Sistierung, des Verfahrens¹⁴⁶, an die Freisprechung im ordentlichen¹⁴⁷ oder wiederaufgenommenen Verfahren¹⁴⁸. So verbreitet diese legislative Technik auch ist, so wenig kann gesagt werden, sie sei unbedenklich. Einer fiskalisch orientierten und den Formalismus um seiner selbst willen überspitzenden Praxis ist dadurch immer wieder Gelegenheit geboten, durch Vorschützen formeller Einwendungen die Haftung zu verneinen. Bei den bereits erörterten Verfassungsbestimmungen, die Entschädigung für ungesetzliche Haft usw. ohne geringsten Bezug auf verfahrensmäßige Einzelheiten zuseichern, fehlen Möglichkeiten, derartige Auswege zu finden, auf wohlzuende Weise.

¹⁴⁶ BStP 122, 131, MStGO 122^{ter}, ZH 43, BE 202, LU 280, UR arg. 65, 135/36, SZ 100, OW 170, GL 98, ZG 19, FR 2, 43, SO 203, BS 89 ff., BL 38, SH 169, 175, 176, GR 161, AG 140, TG Krim. 84, Korr. 31, TI 267, VD 242, 263, NE 271.

¹⁴⁷ BStP 176, 206, MStGO 161, 163, ZH 191, BE 258, LU 280, UR 135, SZ 98, OW 169, GL 139, ZG 57, FR 43, SO 309, 367, 382, 392, BS 82 ff., BL 38, SH 215, 223, AR 90, IR 53, SG 216, GR 127, 161, AG 164, 180, TG Krim. 175, Korr. 50, TI 269, VD 354, NE 271.

¹⁴⁸ BStP 237, ZH 455, BE 357 f., LU 280, UR 136, SZ 233/98, GL arg. 168/98, 139, ZG arg. 79, 57, FR 61, SO 431 ff., BS 85, SH 252, AR 125, IR 71, GR 153, AG 235, TG Krim. 215, Korr. 63, TI 270, VD 445, GE 458.

So wie die Prozeßgesetze lauten, wird man gelegentlich die Frage aufwerfen können, ob überhaupt eine Strafverfolgung, eine gesetzlich geordnete Prozedur der repressiven Verbrechensbekämpfung stattgefunden habe. Fließende Übergänge bestehen zwischen der verbrechensverhütenden und der verbrechensverfolgenden Tätigkeit der Polizei¹⁴⁹; aber auch bei der Tätigkeit der Strafuntersuchungsorgane im engen Sinne mag gefragt werden, ob im einen oder andern Fall eine Strafverfolgung stattgefunden habe¹⁵⁰, so wenn ein überführter Täter bei Gelegenheit einer Vernehmung zum Tatbestand, der den eigentlichen Prozeßgegenstand bildet, nebenbei gefragt wird, ob er mit dieser oder jener noch unaufgeklärten Straftat etwas zu schaffen habe oder wenn im gleichen Zusammenhang gewisse erste, immerhin auf den betreffenden Mann gerichtete, Sondierungen stattfinden, oder schließlich auch, wenn dasselbe irgendeinem, der im übrigen nicht schon anderweitig angeschuldigt ist, widerfährt, weil nun einmal eine erste Spur auf ihn zeigt¹⁵¹.

¹⁴⁹ In Frankreich besteht darüber eine umfangreiche Judikatur, auf die weiter unten noch zurückzukommen ist (ARDANT S. 46 ff.). – Die Unterscheidung ist bei uns auch schon deswegen wichtig gewesen, weil ein Dritter, der die Polizei bei der Verbrechensverfolgung Hilfe leistet, mitunter *ex lege* schadlos zu halten ist, während dessen für Interventionen Dritter zur Verbrechensverhütung Entschädigungspflichten des Staates eher fehlen (Über diese Frage u. W. nicht veröffentlichte, der Finanzdirektion Zürich erstattete Gutachten i.S. Gerosa von OFTINGER und TSCHOPP).

¹⁵⁰ Nach Berner Praxis (ZbJV 82 S. 135) sind Verhaftungen in einem gerichtspolizeilichen Präliminarverfahren ungesetzlich. Es muß zuerst förmlich die Voruntersuchung eröffnet werden.

¹⁵¹ Die Praxis des Bundesgerichts zu StGB Art. 345 ff. zeigt instruktiv am Beispiel der negativen interkantonalen Kompetenzkonflikte, wie Behörden gelegentlich, wo das nützlich ist, an Hand von Prozeßgesetzen argumentieren, es sei kein oder noch kein Verfahren, keine Strafverfolgung usw. im Gange. – Zur Frage der Haftentschädigungen s. die von CLERC, Indemnité S. 272 berichtete Unterscheidung von *capture* und *détention*. Allerdings hat das Bundesgericht schon in BGE 23 S. 1226 auf die Schwere des Eingriffs auch bei ganz kurzfristigen Freiheitsentziehungen hingewiesen (in diesem Falle 2 Stunden).

Auch gefallen sich mitunter die Polizeiorgane in der Aufstellung von kunstvollen Distinktionen, nach denen zur allgemeinen Überraschung eine Verhaftung unvermittelt nicht mehr eine Verhaftung, sondern nur eine «Anhaltung» oder dergleichen ist.

Wo auf die Einstellung des Verfahrens (Sistierung, *non-lieu*) abgestellt wird, bemerken wir, daß hierunter nicht notwendig sämtliche Verfahrensabschlüsse nach Abzug der gerichtlichen Urteile fallen, sondern daß dieser früher wohl eher weniger technisch gebrauchte Ausdruck die Tendenz bekam und noch immer hat, sich zu technisieren und zu formalisieren. So ist z.B. im deutschen Recht einstellen und außer Verfolgung setzen nicht dasselbe¹⁵², im Kanton Bern vermeidet der erkennende Richter nach Wegfall einer Prozeßvoraussetzung im Hauptverfahren den Ausdruck Verfahrenseinstellung, erklärt vielmehr in einem ganz bestimmten technischen Sinn, es werde dem Verfahren keine weitere Folge gegeben¹⁵³, im Gebiet der französisch-sprechenden Schweiz endlich wird zwischen *non-lieu* und *classement* unterschieden¹⁵⁴. Schließlich wird man, obwohl in Strafprozeßordnungen nur vereinzelt als Alternative zur Einstellung des Verfahrens sein Fallen lassen erwähnt ist¹⁵⁵ annehmen dürfen, in der Zone jener fließenden Übergänge zwischen einem eigentlichen Verfahren und geringfügigen Maßnahmen, von der soeben gehandelt wurde, komme es doch häufig vor, daß eine Behörde ein Verfahren als nicht eröffnet erachtet und es deshalb auch nicht förmlich abschließt. Dennoch kann natürlich die eine oder andere solche Verfolgungsmaßnahme die Frage nach einer

¹⁵² StPO §§ 170, 198.

¹⁵³ BE 256 Abs. 2, ebenso BL 135.

¹⁵⁴ VD 76, 237 ff., Projet GE (CPP) 203, 210. – Die Genfer Gerichte haben entschieden, daß der Anspruch aus OR 41 ff. wegen unerlaubter Strafanzeige nicht schon deshalb entfalle, weil das Verfahren nicht mit *acquittement* oder *non-lieu*, sondern nur mit einem *classement* beendet wurde (Sem. jud. 1929 S. 69).

¹⁵⁵ AG 140.

Entschädigung aufwerfen. Vereinzelt kann nach der Gesetzgebung oder publizierten Praxis in solchen Fällen vom Betroffenen das Begehr um förmliche gerichtliche Freisprechung gestellt werden¹⁵⁶.

Auch mit den Freisprechungen durch den erkennenden Richter verhält es sich nicht so ganz einfach, wie man anzunehmen versucht sein könnte. Das Militärkassationsgericht anerkennt die prozessuale Selbständigkeit der Schuldsprüche¹⁵⁷, währenddessen das Bundesgericht in seiner Praxis zu BStP 269 ihre Weiterziehung in Form der Nichtigkeitsbeschwerde auch dort nicht zuläßt, wo das Strafgesetzbuch nach seinem Wortlaut zu schließen das Umgangnehmen von Strafe und dergleichen von der ordentlichen Freisprechung unterscheidet¹⁵⁸. Es behandelt also, ohne Rücksicht auf den differenzierenden Gesetzestext¹⁵⁹ und unter Berufung auf eine zur strafregisterlichen Behandlung ergangene Weisung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements¹⁶⁰, die Entscheidungen lautend auf Absehen

¹⁵⁶ Vgl. SH 175, AR 29 lit. a., dazu Verw. Praxis App. AR Heft 5 1949/52 Nr. 36 und CLERC, Responsabilité S. 383 N. 2.

¹⁵⁷ MKGE Bd. 6 Nr. 60, HAEFLIGER N. 6 zu Art. 161 MStGO. – Zur Kontroverse s. auch M. WAIBLINGER in ZbJV 82 S. 237 ff. und in der Festschr. PFENNINGER (Zürich 1956) S. 157 ff., auch E. LERCH in ZStR 66 S. 176, – Nach geltendem Recht gibt es kaum eine Regel, die als Tatbestand für eine Rechtsfolge den Schuldspruch als solchen konstituiert. Deshalb haben Hinweise auf das englische Recht, das Maßnahmen wie absolute oder bedingte Strafloserklärung, Probation an den Schuldspruch anschließt und auch in den Erwägungen zum Strafmaß auf die Schuldsprüche abstellt, wenig Sinn. Allerdings mag die englische Regelung rechtspolitisch auch bei uns ernsthaft erwogen werden, wie das anscheinend auch in andern Ländern der Fall ist («... on the Continent opinion is increasingly coming to favour adoption of the Anglo-American system of a trial in two stages», HERMANN MANNHEIM, Penalties to fit the crime, in The Times 27. 11. 1957).

¹⁵⁸ BGE 70 IV 50, 73 IV 263, 79 IV 90, 80 IV 276.

¹⁵⁹ StGB Art. 20, 21, 23, 33, 34, 98, 100, 138, 173, 177, 214, 305, 308.

¹⁶⁰ Vom 9. 6. 1947, abgedruckt in ZStR 62 S. 408.

von Strafe u.d.m. undifferenziert als Freisprechungen. U.E. ginge es nicht an, diese sämtlichen Entscheidungen, wo von Strafe abgesehen wird, im Entschädigungsrecht wie Freisprechungen zu behandeln. Man wird vielmehr von Fall zu Fall prüfen müssen, ob insgesamt gesehen ihrem Sinne nach die Entscheidung einer Freisprechung oder einer Verurteilung näher kommt. Dieses liegt näher bei einer Straflosserklärung nach StGB Art. 177 Abs. 3 (Retorsion bei Beleidigungen und Täglichkeiten), jenes z.B. bei StGB Art. 20 (Umgangnehmen von Strafe wegen Rechtsirrtums). Auch das Bundesgericht hat gelegentlich einer differenzierteren Bewertung der Einzelfälle zugeneigt¹⁶¹.

2. Die materiellstrafrechtliche Schuldlosigkeit

Im allgemeinen begnügen sich die Gesetze damit, die Gewährung einer Entschädigung an den prozessualen Tatbestand einer Entscheidung bestimmter Art zu binden. Fast ausnahmslos vermeiden sie es, auch zu fordern, der Ansprecher müsse unschuldig sein. Nur Genf¹⁶² sagt in 458, für eine Entschädigung nach Wiederaufnahme des Verfahrens bedürfe es der «innocence constatée». Daran angeähert, wenn auch fühlbar gemildert ist die von Glarus in 100 verwendete Formel, es müsse «der wider eine Person erhobene Verdacht sich als völlig grundlos erwiesen» haben¹⁶³. Eine dritte, noch von BUCHMANN¹⁶⁴ relevierte Be-

¹⁶¹ BGE 73 IV 262. – BE 256 Abs. 1 behandelt *ex lege* Straflosserklärung nach StGB als Freisprüche. – Vgl. auch den Fall ZR 35 Nr. 89 (Teilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Straffreierklärung wegen Retorsion).

¹⁶² Der Entwurf 1957, Art. 363, dazu Erläuterungen S. 186, ändert nichts daran.

¹⁶³ So schon § 90 der StPO von 1887. – S. auch die Formulierung der früheren Luzerner StPO 313: «... auf ganz grundlose Weise... verfolgt», oder Bern, StPO 1850, 235: «Keine von dem Gesetze mit Strafe bedrohte Handlung... oder keine belastende Tatsache».

¹⁶⁴ S. 126. – Dazu die Entscheidungen SJZ 18 S. 242, RB 1920 S. 6, 1922 S. 15, 1923 S. 17, 1924 S. 8 (Indizien, die nicht einmal für Verdacht ausreichen).

stimmung solcher Art, nämlich 274 der Schwyzer StPO von 1908, die Entschädigungen demjenigen verhieß, «dessen Unschuld bewiesen oder in hohem Grade wahrscheinlich gemacht ist», hat kürzlich durch das neue Prozeßgesetz von 1956 zu gelten aufgehört.

Bei der Frage, ob auch bei nicht ausdrücklicher Gesetzesvorschrift als Voraussetzung der Schadloshaltung erwiesene Unschuld zu fordern sei, handelt es sich, ähnlich wie bei derjenigen, ob ein System des Rechtsanspruchs oder der Billigkeit zu wählen sei, um eine der traditionellen und über Gebühr in den Vordergrund geschobenen Kontroversen. Unter Führung von GEYER¹⁶⁵ haben sich zahlreiche Schriftsteller gegen die Gewährung einer Entschädigung nur bei erwiesener Unschuld ausgesprochen¹⁶⁶, so AMRHEIN, HAUSER, WAIBLINGER, BUCHMANN. Hingegen vertritt TOBLER mit großer Bestimmtheit den entgegengesetzten Standpunkt, ebenso CLERC in einer früheren Äußerung, während dessen sich seine neueste Schrift unter Hervorhebung der Vorteile, die sich bei Irrelevanz der materiellrechtlichen Unschuld ergeben, in der Stellungnahme eher zurückhält. FARINELLI neigte, mit mäßigen Konzessionen an die Gegenseite, dazu, nur Unschuldige zu entschädigen¹⁶⁷.

Soweit in der Rechtsprechung die Kontroverse Spuren hinterlassen hat, kann von einer einheitlichen oder auch nur innerhalb der gleichen Kantone folgerichtigen Entwicklung nicht gesprochen werden. Wie erwähnt hat das Bundesgericht bei Anlaß der Auslegung von kantonalen Verfassungsbestimmungen über die Entschädigung wegen unverschuldeter oder unbegründeter Haft schon längst und jüngst wieder materiellrechtliche Unschuld als notwendig erachtet (oben N. 139 und 143). Die Zürcher Rechtspre-

¹⁶⁵ S. 518.

¹⁶⁶ AMRHEIN S. 123, HAUSER S. 263 (die ältere namentlich auch ausländische Literatur ist hier S. 264 N. 22 besonders reichlich angegeben), WAIBLINGER S. 298, BUCHMANN S. 126.

¹⁶⁷ TOBLER S. 29 ff., CLERC Indemnité S. 272, Responsabilité S. 379 f., FARINELLI S. 49 ff.

chung hat zunächst Unschuld gefordert, ist dann aber davon abgegangen¹⁶⁸. Bern hat vorerst den Unschuldsbeweis nicht verlangt, dann aber anscheinend nach Inkrafttreten der geltenden StPO eine Schwenkung vollzogen, scheint aber jetzt eher wieder zur ursprünglichen Auffassung zurückzukehren¹⁶⁹. In Luzern hat sich nach Inkrafttreten des neuen Prozeßgesetzes alsbald die Richtlinie gebildet, eine Entschädigung sei zu verweigern, wenn objektiv eine erhebliche Verdachtslage zurückbleibe¹⁷⁰. Gewisse Schwankungen zeigen sich auch in der Judikatur des Kantons Waadt, wo sich vorerst für die Entschädigung nach *Non-lieu* mangels gesetzlicher Festlegung der Voraussetzungen die Gerichtspraxis bildete, daß Schadenersatz für Haft nach 254 (jetzt 242) zu gewähren sei, wenn die Unschuld (Innocence) des Ansprechers erwiesen (avérée) sei oder der Untersuchungsrichter schuldhaft gehandelt habe. In der Sache Joseph C. hat dann die Anklagekammer diese Anforderungen ermäßigt: (Considérant) «... qu'il est cependant indiqué d'élargir, dans une certaine mesure, le champ d'application de l'art. 242 CPP, qu'il est normal que ce soit l'Etat qui supporte le risque de l'incarcération d'un innocent ensuite d'une décision prise par l'un de ses agents, que l'inculpé est au bénéfice d'une présomption d'innocence aussi bien après

¹⁶⁸ Siehe TOBLER S. 35 und die dort angegebenen ältern Entscheidungen, HAUSER S. 270 f. N. 29/30. – Weisungen der Zürcher Staatsanwaltschaft, gedruckte Sammlung 1958 Nr. 129. – ZR 11 Nr. 150, 27 Nr. 8, SJZ 24 S. 282.

¹⁶⁹ Vorerst ZStR 1 S. 337, dazu TOBLER S. 43 f.; dann die von WAIBLINGER S. 298 zitierten Entscheidungen Wenger 24. 8. 1932, Borter 10. 1. 1934, Labry 26. 1. 1934, Siegenthaler 13. 1. 1932, neuerdings jedoch Carnal u. Bieri 24. 1. 1955, Widmer 2. 4. 1955.

¹⁷⁰ Die Regel von alt StPO 313 wurde im Sinne von erwiesener Unschuld ausgelegt (KAK in S. A. v. A., 14. 5. 1958), was jetzt bei 280 nicht mehr anginge. Doch hat die Praxis jetzt erklärt, nur bei klarem, ungerechtfertigtem Eingriff in Persönlichkeitsrechte sei zu entschädigen (vorstehende Entscheidung), oder auch die Entschädigung sei zu verweigern, wenn erheblicher Verdacht objektiv bestehen bleibe und sich die Eingriffe im Rahmen des Gebotenen hielten (2 Entscheidungen der KAK vom 29. 5. 1958 i.S. St.).

l'ordonnance de non-lieu même si elle a été rendue faute d'indices suffisants (cf. TF-RO 1897 P. 1228, Revue pénale suisse 1888 p. 337) qu'avant cette ordonnance (Donnedieu 2ème éd. p. 616), qu'il n'imcombe pas à l'inculpé libéré d'établir son innocence (TF même arrêt), ce qui d'ailleurs, dans la plupart des cas, lui serait pour ainsi dire impossible, l'Etat seul disposant de tous les moyens d'investigation nécessaires à la découverte de la vérité, qu'il faut admettre en conséquence que tout inculpé libéré par non-lieu, qui a subi une détention préventive, a droit, en principe, à une indemnité pour le dommage qu'il a subi...» In drei späteren Entscheidungen ist diese Linie nicht mit derselben Eindeutigkeit festgehalten worden¹⁷¹. Schwankungen finden sich schließlich auch in der Rechtsprechung von Thurgau¹⁷², die insoweit eine ungünstige Ausgangslage vorfand, als die sehr alten Gesetzesbestimmungen unter sich nur wenig harmonieren. In zwei Entscheidungen aus den Jahren 1940 und 1942 ist als Grundlage für die Schadlos haltung materiellstrafrechtliche Unschuld gefordert, während dann eine aus dem Jahr 1953 zwar auf diese Bezug nimmt, aber fortfährt, unschuldig sei danach, wer zur Untersuchung keinen Anlaß gegeben habe¹⁷³.

¹⁷¹ Frühere Praxis: TC i.S. Guggia 20. 1. 1922, vom BG am 11. 3. 1922 bestätigt; TC i.S. Rapin, 16. 7. 1937; TC i. S. Ducret 9. 7. 1943; TC i.S. Buchwalder 24. 2. 1944. – Der wörtlich wieder gegebene Auszug stammt aus TC (Trib. d'acc.) i.S. Clerc JT 1944 III S. 86. – Spätere Entscheidungen: Trib. d'acc., Furlan 1. 12. 1954, Aebischer 11. 7. 1956, Biagioni 16. 5. 1958.

¹⁷² RB 1940 Nr. 28, 1942 Nr. 30, danach aber 1953 Nr. 18.

¹⁷³ Weiter verlangte BS weder nach dem Gesetz von 1889 (TOBLER S. 35), noch verlangt es heute gemäß 82 materielle Unschuld (OSWALD S. 54), ebenso nicht Tessin, wo nach dem Gesetzes text klar genug Entschädigung gewährt wird (267, wie schon im alten Recht, s. TOBLER S. 36) bei Haftentlassung «per mancanza di dati sufficienti per l'accusa». – Entschädigung nur bei materiell rechtlicher Unschuld Appenzell AR (BG 11. 3. 1959 i.S. Scherer, oben N. 143), Aargau VJ 1932 S. 150, Neuchâtel (CLERC, Indemnité S. 272) Entscheidung der Ankl.K. NE vom 1. 6. 1955 i.S. Montandon: «... la responsabilité de l'Etat n'est engagée qu'autant

Eine Betrachtung der Gesetzestexte und der Spruchpraxis zeigt, daß sich die erwiesene materiellstrafrechtliche Unschuld als Kriterium für die Zusprechung von Entschädigungen nicht eignet. Schon bei Behandlung der Verfassungsbestimmungen über unschuldig erlittene Haft hatte sich ergeben, daß der Schuldige in Form von Haftanrechnung nach StGB 69 entschädigt wird. Verlangt man vom Nicht-Verurteilten, daß er, um entschädigt zu werden, unschuldig sein müsse, läuft man Gefahr, ihn in allen Fällen, wo die Unschuld nicht bewiesen ist und möglicherweise nicht bewiesen werden kann, schlechter zu stellen als den Verurteilten. Sodann ist an den Fall zu erinnern, wo mehr Haft erstanden wurde als Strafe zu verbüßen ist. Hier ist der Angeklagte schuldig, dennoch aber spricht vieles dafür, daß er zu entschädigen ist¹⁷⁴.

Weiter zeigt das auszugsweise wiedergegebene Waadtländer Urteil, daß, wie schon AMRHEIN¹⁷⁵ hervorgehoben hat, das Strafverfahren gar nicht dazu eingerichtet ist, in jedem Falle über Schuld und Unschuld die an sich erreichbare Klarheit zu bringen. Wo feststeht, daß eine Verurteilung sicher nicht ergehen kann, muß in der Regel das Verfahren ohne weitere Aufklärung des Sachverhaltes zu Ende gehen, es fehlt nicht nur an der Pflicht, sondern auch

que le demandeur est réellement innocent». – Für St. Gallen vgl. SJZ 35 S. 157 f., es könne dem Staat nicht zugemutet werden, jeden Angeschuldigten, der beispielsweise mangels rechtsgenüglichen Beweises freigesprochen sei, für Umtriebe außerrechtlich zu entschädigen.

¹⁷⁴ Gelegentlich wurde in solchen Fällen auch schon nicht entschädigt. Vgl. z.B. RB SG 1908 Nr. 31.

¹⁷⁵ S. 123. – Vgl. auch die deutsche Rechtsprechung zum § 467 StPO, wonach bei Unschuld oder wenn ein begründeter Verdacht nicht mehr besteht, dem Angeschuldigten die notwendigen Aussagen erstattet werden. Sobald Verurteilung nicht mehr in Betracht fällt, muß das Gericht freisprechen. Anfechtung eines Freispruchs mangels Beweises mit dem Ziel, wegen erwiesener Unschuld freigesprochen zu werden, ist unzulässig. BVerf.Gericht MdR 1957/22, BGHSt 7/153, OLG Hamm NJW 1958 Heft 22 S. 839, dazu HENRICHs MdR 1956 S. 196.

an der Befugnis der Behörden, den Angeschuldigten, Zeugen u.a. weiter zu bemühen. Die Unschuld zu beweisen ist häufig nur durch Zufall möglich, in sehr vielen Fällen andererseits unmöglich, ohne daß den Angeschuldigten deswegen auch nur der leiseste Vorwurf treffen könnte. Wer arglos beim Tatort eines unaufgeklärten Verbrechens geweilt hat, wer bei mehrdeutigem Verhalten, etwa bei der körperlichen Berührung eines Kindes, die rechtmäßige oder doch indifferente Version aufstellt, kann meist weiter nichts zum Beweis seiner Behauptung beitragen. Mit Recht argumentiert daher HAUSER¹⁷⁶, mit einer angepaßten Fassung der eingangs dieser Abhandlung erwähnten Maxime: «Sollen um der wenigen Schuldigen willen die zahlreicheren tatsächlich Unschuldigen ohne Entschädigung belassen, oder soll den vielen in Wahrheit Unschuldigen zuliebe ab und zu die Entschädigung auch einem wirklich Schuldigen zugewendet werden?»

Die Entschädigung der verfolgten Unschuldigen ist der gegebene Ausgangspunkt für alle rechtspolitischen Erwägungen, aber es ist richtig, die traditionelle Vermutung der Unschuld zu Gunsten aller nicht ausdrücklich als schuldig Erklärten streiten zu lassen und damit den Anspruch auf Entschädigung an die Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens anzuknüpfen. Soweit eine Entscheidung in einem bestimmten technischen Sinn zum Kriterium gemacht werden soll, ist ihre Erlangung jedem zu eröffnen, der faktisch strafrechtlich verfolgt war. Im übrigen gibt es auch Fälle, wo die Entschädigung trotz Schuldigsprechung indiziert ist.

3. Das Verhalten im Prozeß

Sozusagen alle Rechtsordnungen, die dem unschuldig Verfolgten eine Entschädigung einräumen, stellen Ausschuß- oder Reduktionsgründe auf, meist dahin lautend, die Entschädigung werde verweigert oder gekürzt, wenn

¹⁷⁶ S. 272.

der Angeschuldigte das Verfahren schulhaft verursacht oder verlängert habe. Die Einzelheiten sind folgende:

BStP: fakultative Verweigerung der Entschädigung, wenn der Angeschuldigte die Untersuchungshandlungen durch verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verschuldet oder erschwert hat¹⁷⁷.

MStGO: keine Entschädigung, wenn das Verfahren durch schulhaftes oder leichtfertiges Benehmen verschuldet oder erschwert wurde¹⁷⁸. Zürich stellt als erste Voraussetzung auf, daß dem Angeschuldigten die Kosten nicht auferlegt werden und entstellt ihn in diesem Falle, wenn er die Untersuchung nicht durch verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verursacht oder ihre Durchführung erschwert hat¹⁷⁹. Bern nennt bei Einstellung und Freisprechung Billigkeitsgründe, bei Freisprechung nach Wieder-

¹⁷⁷ 122. – Kosten (121) ganz oder teilweise z.L. des Angeschuldigten, der die Untersuchung durch schulhaftes Benehmen verursacht oder das Verfahren durch trölerisches Verhalten wesentlich erschwert hat.

¹⁷⁸ 122ter. – Kosten der eingestellten Untersuchung ganz oder teilweise zu Lasten des Angeschuldigten (122bis, 163), der die Untersuchung durch ein verwerfliches Verhalten verursacht oder erschwert hat.

¹⁷⁹ 43, 191. – Für die Kostenauflegung ihrerseits lauten die Voraussetzungen gleich wie für den Ausschluß der Entschädigung, doch ist in praxi der Maßstab nicht derselbe. Es werden leichter Kosten zu Lasten des Staates genommen als Verfolgten Entschädigungen zuerkannt, KEHL S. 393 unter Hinweis auf die Entscheidungen ZR 37 Nr. 73, 156 = SJZ 35 S. 170, der dieser Praxis gegen TOBLER (S. 27) zustimmt. Für den im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen kein Abstrich an der Genugtuung wegen Mitverschuldens, SJZ 28 S. 202, 36 S. 11 = ZR 38 Nr. 46, 42 S. 125, 42 S. 381, ZR 45 Nr. 90. Entschädigung ist nach 455 zugleich Genugtuung und Genugtuung nach KV 9 zugleich Entschädigung, so vor allem SJZ 42 S. 381. Erschwerung des gerichtlichen Verfahrens ist kein Grund für Entschädigungsverweigerung oder -Kürzung, ZR Nr. 15. – Vgl. auch zu ZH R. GEILINGER, Ungeheimtheiten im zürcherischen Strafprozeß, in NZZ Nr. 890 vom 17.4.1953.

aufnahme entschädigt es, sofern das verurteilende Erkenntnis nicht schuldhaft vom Verfolgten veranlaßt wurde¹⁸⁰. Luzern entschädigt nur Leute, die nicht mit Kosten belastet worden sind¹⁸¹. Uri ersetzt die Parteikosten des Freigesprochenen, der die Verfahrenskosten nicht tragen muß. Untersuchungshaft wird nur entschädigt, wenn sie unverschuldet ist. Für Freisprechung im Revisionsverfahren werden keine Ausschlußgründe angeführt¹⁸². Die Formulierung von Schwyz folgt einigermaßen dem BStP¹⁸³. Obwalden¹⁸⁴ hat als Ausschlußgrund rechtswidrige oder ungehörige Handlungen. Nidwalden hat wie erwähnt nur die Verfassungsbestimmung¹⁸⁵ und diese umschreibt die Ausschlußgründe mit «unverschuldet». Auch die Gesetzesbestimmungen von Glarus¹⁸⁶ schweigen sich über Gründe, die zur Verweigerung der Entschädigung führen, aus, ebenso die von Zug¹⁸⁷, die für die Festsetzung der Entschädigung die Billigkeit zu Rate gezogen haben wollen.

Freiburg verweigert die Entschädigung demjenigen, der die gegen ihn ergriffene Maßnahme durch Fahrlässigkeit oder Leichtsinn verschuldet hat¹⁸⁸. Solothurn ge-

¹⁸⁰ 202, 258, 357. – Über die Kostenauflegung s. 200, 262. Ganz oder teilweise z.L. des Angeschuldigten, der die Verdachtsgründe, durch die das Verfahren veranlaßt wurde, durch eigenes, zum Verschulden anzurechnendes Verhalten erregt hat. S. auch KV 73 (unverschuldet).

¹⁸¹ 280. – Kostenauflegung nach 277, wenn der Angeschuldigte das Verfahren durch verwerfliches, leichtfertiges oder verdächtiges Benehmen veranlaßt hat.

¹⁸² 135 Auflage der Kosten auf den Angeschuldigten ganz oder teilweise nach 133, wenn er das Verfahren schuldhaft veranlaßt oder wesentlich erschwert hat.

¹⁸³ 98.

¹⁸⁴ 169. – S. natürlich auch KV 6 (unverschuldet).

¹⁸⁵ KV 5.

¹⁸⁶ 98, 100, 139. – In KV 5 jedoch «unverschuldet».

¹⁸⁷ 19, 57.

¹⁸⁸ 43. – Kostenauflegung: Verschulden oder Leichtsinn (63).

währt sie nur für unverschuldete Untersuchungsmaßnahmen, nicht hingegen, wenn der Angeklagte durch sein Benehmen die Untersuchung veranlaßt oder durch unwahre Angaben sie verlängert hat¹⁸⁹. Basel-Stadt¹⁹⁰ redet in diesem Zusammenhang davon, daß die Maßnahmen nicht durch eigenes Verhalten verschuldet sein dürfen, gewährt aber einen Anspruch auch bei leichtem Verschulden in besonderen Fällen. Bei Selbstverschulden kann eine Entschädigung gewährt werden, wenn der Schaden gleichzeitig durch grobes Verschulden einer Amtsperson herbeigeführt wurde. Basel-Landschaft lässt den unschuldig Verhafteten leer ausgehen, wenn die Haft oder ihre Dauer durch sein eigenes Verhalten begründet war¹⁹¹. Schaffhausen entschädigt nach der Verfassungsbestimmung nur den, der ohne eigenes Verschulden in Untersuchung gezogen wurde¹⁹². Appenzell AR wiederum hat, ebenfalls in der Verfassung, die bereits behandelte Bestimmung, wonach für unbegründete Haft entschädigt wird, was u.a. heißt,

¹⁸⁹ 117 f. – KV 13 «unverschuldet».

¹⁹⁰ 82. Betreffend Kostenauflegung (126, 201): Strafverfolgung veranlaßt oder Verfahren erschwert. Dazu OSWALD S. 121: Veranlassen (126) und Verschulden (82) besagen dasselbe, nämlich nicht Kausalhaftung, sondern zivilrechtlichen Grundsätzen sich annähernde Haftung des Angeklagten für nicht strafrechtlich schuldhafte Verhalte (unredlich, leichtsinnig, fehlerhaft, kritiklos unanständig, sittlich verwerlich, verdächtig, tadelnswert) das zur Strafverfolgung geführt hat. Bestätigung der konstanten Praxis s. OSWALD-GANZ S. 19: «Nach ständiger Rechtsprechung genügt schon ein objektiv fehlerhaftes Verhalten, weder bedarf es hiezu eines Verschuldens noch eines adäquaten Kausalzusammenhangs mit dem in Frage stehenden Delikt». (Entscheidung vom 13. 10. 1952.)

¹⁹¹ 38. – Kostenauflegung an den Angeklagten, der die Untersuchung durch sein Verhalten verschuldet hat (140). – Für Entschädigung auch KV 6 (unverschuldet).

¹⁹² KV 8. – Betreffend die Kostenauflegung s. 274 ff. – Kosten auch z. L. eines Freigesprochenen nach den Umständen, umgekehrt Entlastung auch eines Schuldigen, ganz oder teilweise, wenn ohne sein Verschulden das Verfahren unnötig ausgedehnt oder verwirrt wurde.

es dürfe kein prozessuales Verschulden vorliegen¹⁹³. Appenzell IR nennt die unverschuldete Haft im Gesetz¹⁹⁴.

St. Gallen stellt¹⁹⁵ auf unverschuldeten Freiheitsentzug ab, gibt aber in der Vorschrift, die über den Ersatz der Parteikosten legiferiert, die nähere Umschreibung, wonach der Angeklagte Ersatz der Verteidigungskosten erhalte, soweit er nicht durch sein Benehmen Anlaß zur Untersuchung und zum Gerichtsverfahren gegeben habe. Auch Graubünden¹⁹⁶ hat eine ähnliche Formel, indem die Haftentschädigung nur bewilligt wird, wenn nicht der Verfolgte die Haft durch sein Verhalten herbeigeführt oder verlängert hat. Die Regel von Aargau¹⁹⁷ ist ziemlich wörtlich an den BStP angelehnt. Die beiden Prozeßordnungen von Thurgau¹⁹⁸ sind verschieden und verschieden ausführlich, die korrektionelle entschädigt, wenn die Anklage

¹⁹³ KV 11.

¹⁹⁴ 53.

¹⁹⁵ Auch KV 8: «unverschuldet», im übrigen 208, 216. – Hinsichtlich der Gerichtskosten: z.L. des Angeklagten, wenn er durch sein Benehmen begründeten Anlaß zum Prozeß gab oder das Verfahren durch unordentliches und trölerisches Verhalten erschwerte. – Verweigerung der privaten Verteidigungskosten, auch wenn das den Prozeß veranlassende Benehmen nicht verschuldet, sondern nur objektiv verursacht war. Trotz gleichen Voraussetzungen für Auferlegung der Gerichtskosten größere Reserve bei Gewährung von Entschädigungen (ähnlich wie ZH, oben N. 179). (Entscheidung des Kantonsgerichts vom 4./18. 11. 1957.)

¹⁹⁶ 161. – Kosten: ganz oder teilweise auch bei Freispruch zu Lasten des Angeklagten, wenn er durch sein Verhalten begründeten Anlaß zur Durchführung des Verfahrens gegeben hat. Bei Einstellung ebenfalls ganz oder teilweise, wenn er durch verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen die Untersuchung verschuldet oder erschwert hat (156 f.).

¹⁹⁷ 140, 164, 235. – Dazu KV 19. – Kosten (139) z. L. des Angeklagten, wenn er durch verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen das Verfahren verschuldet oder die Durchführung erschwert hat.

¹⁹⁸ Korr. 50, Krim. 175. – Für die Kostenauflage verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen (korr. eod.), Krim. 174: wenn der Freigesprochene die Kosten durch eigene Handlungen mutwillig veranlaßte.

grundlos ist und der Angeklagte keine Veranlassung dazu gegeben hat, die schwurgerichtliche, wenn er während der Untersuchung und der Verhandlungen keine Veranlassung zu vermeidbaren Kosten gab und in seiner Handlungsweise zur Aufnahme und Durchführung der Untersuchung überhaupt kein Grund lag. Tessin¹⁹⁹ faßt wie andere die Ausschlußgründe unter dem Allgemeinbegriff Verschulden zusammen. Waadt gewährt die fakultative Entschädigung dem, der nicht in Kosten verfällt ist²⁰⁰. Wallis hat keine ausdrückliche Ausschlußklausel²⁰¹. Neuchâtel²⁰² verweist auf das Deliktsrecht des OR und damit natürlich auch auf

¹⁹⁹ 267 ff. – Detenzione... non sia stata occasionata da sua colpa. Kosten bei desistenza, abbandono oder assoluzione fallen «di regola» z. L. des Staates, bei Privatklage z. L. des Klägers (284).

²⁰⁰ 354. – Die Kosten können dem Freigesprochenen auferlegt werden, wenn er Urheber des Straftatbestandes ist oder «a par sa faute donné lieu à l'action pénale», oder wenn er das Verfahren umständlich gemacht (compliqué) oder verzögert (prolongé) oder den Richter in Irrtum versetzt (induit en erreur) hat (352). Bei *Non-lieu* ähnliche Bestimmung in 238, insoweit deutlicher, als hier gesagt ist, der Angeschuldigte habe die Kosten zu tragen «lorsque l'enquête établi qu'il est l'auteur du fait incriminé, mais n'est pas-sible d'aucune peine». Zu der Entschädigung (dépens), die nach 354 gesprochen wird, äußerte sich das Kantonsgericht (Cour de cassation pénale) i. S. Maurice P. am 29. 6. 1953: «... destinés à indemniser l'accusé libéré qui a été renvoyé à tort devant un tribunal et que, dès lors, les frais concernant la réparation d'un tel dommage ne peuvent être supportés que par l'Etat».

²⁰¹ KV 4. – Für die Prozeßkosten siehe 340 ff. Keine Kosten z. L. des unbedingt Frei- oder Losgesprochenen (Über den Unterschied 300 f. dazu TOBLER S. 31), «wenn jedoch eine schwere Inzicht auf ihm lastet, oder wenn er schuld an der Einleitung der Prozedur oder an deren Verlängerung ist», können Kosten ganz oder teilweise auferlegt werden.

²⁰² 273. – Kosten bei non-lieu oder Freispruch ausnahmsweise, «si l'équité l'exige», zu Lasten des Angeschuldigten oder Dritten, der zur Verfolgung Anlaß gegeben oder die Untersuchung erschwert hat (90). Über Entscheidungen hierzu s. J. E. DUBI (La politique des frais de justice pénale en Suisse romande, Diss. NE 1957), S. 59 N. 2.

Art. 44, Genf²⁰³ endlich äußert sich in seiner auf die Revision beschränkten Regel nicht näher über die Kriterien, nach denen die fakultative Entschädigung bewilligt oder verweigert werden soll.

Die Reichhaltigkeit dieser Regelungen über Entschädigung und Kostentragung ist nicht so groß, wie es nach der zunächst verwirrend wirkenden Mannigfaltigkeit der Wortlaute den Anschein haben könnte. Immer ist, wie bei der Vorschrift über die Anrechnung der Haft an die Strafe, auf ein von der Straftat selbst unterschiedenes Verhalten abgestellt, das, meist wenn es verschuldet ist, die Auferlegung der Kosten und die Verweigerung einer Entschädigung begründen soll. Wer zwar nicht bestraft wird, aber Behörden oder Dritte zur Annahme geführt hat, er sei strafbar, soll die aus dieser Annahme folgenden Verfahrensnachteile tragen.

Unter Verschulden ist dabei eine subjektive Beziehung zum Tatbestand nach Art von OR Art. 44 verstanden. Vereinzelt allerdings ist auch auf bloße Verursachung abgestellt²⁰⁴. Mitunter wird auch differenziert: wer die Kosten nicht tragen muß, erhält nicht notwendig schon deswegen eine Entschädigung²⁰⁵, während umgekehrt nach der Regelung mehrerer Kantone nur der Entschädigung fordern kann, der nicht die Gerichtskosten bezahlen muß. Dies scheint vorerst einzuleuchten, doch zeigt der schon mehrfach als Testfall herangezogene Tatbestand des Schuldigen, der mehr Haft als die ausgesprochene Strafe verbüßt hat oder auch in anderer Weise in einem an sich notwendigen Strafverfahren sinnlos durch unnütze Verfolgungshandlungen geschädigt wurde, daß das nicht recht befriedigen kann. Wer auf solche Weise auch als Schuldiger Schaden erleidet, sollte dafür einen Ausgleich erhalten können, obwohl es gleichzeitig auch völlig richtig ist, daß er die ordent-

²⁰³ 458. Betr. Kosten s. 352, u. U. auch bei Freispruch ganz oder teilweise zu Lasten des Freigesprochenen.

²⁰⁴ S. oben N. 190 und 195.

²⁰⁵ Oben 179 und 195.

lichen Verfahrenskosten bezahlen soll. Es ist daher vorteilhafter, für die Kosten und die Entschädigungen, getrennte, voneinander unabhängige Regeln aufzustellen.

In vielfachen Variationen ist, wiederum für die Kostentragung und zugleich für die Entschädigungen, das Kriterium aufgestellt, daß der Angeschuldigte durch leichtfertiges, verwerfliches, unsittliches, kritikloses, unanständiges Benehmen und dergleichen mehr das Verfahren heraufbeschworen oder verzögert hat. Auch dort, wo die Gesetze weiter nicht in die Einzelheiten gehen, halten wir dafür, daß jedenfalls nur die Kosten eines durch die Umstände geforderten oder doch gerechtfertigten Verfahrens auf den Angeschuldigten abgewälzt werden sollen und daß die Entschädigung jedenfalls dort, wo der Gesetzeswortlaut es zuläßt, wegen Selbstverschuldens in geringfügigem Ausmaß nicht notwendig ganz versagt, sondern allenfalls nur gekürzt werden sollte²⁰⁶. Ein Beispiel mag illustrieren, worum es geht:

Der Eigentümer eines gegen Diebstahl versicherten Fahrrades meldet den Diebstahl und erhält die Versicherungssumme. Nach deren Auszahlung findet er das vermißte Rad wieder, behält sowohl das Vehikel wie das Geld und sagt niemandem etwas. Der Versicherer erstattet Strafanzeige und der Mann wird verfolgt. Vorstehenden Sachverhalt, den wir als wahr unterstellen, gibt er zu. Weiter sei unterstellt, die Ansicht, der Vindikationsanspruch des bestohlenen Eigentümers gehöre nicht zu den Rechten, die kraft Entschädigungsleistung auf den Versicherer übergehen²⁰⁷, sei richtig. Dann ist der wieder in den Besitz des

²⁰⁶ Vgl. hierzu den Fall ZbJV 83 S. 239. (Entschädigung in einem Falle, wo das Verschulden des Angeschuldigten in keinem Verhältnis stand zu den ihm durch die Verfolgung erwachsenen Nachteilen).

²⁰⁷ Roelli-Jaeger, VVG Art. 72 N. 25. – Die im vorliegenden Fall anwendbare Police überläßt dem Bestohlenen die Wahl, entweder das Geld oder die wiederaufgefundene Sache an den Versicherer herauszugeben.

Rades gelangte Bestohlene noch immer der Eigentümer und deshalb weder des Diebstahls, noch der Veruntreuung, noch der Unterschlagung, noch der Fundunterschlagung schuldig. Schließlich sei unterstellt, es liege auch ungetreue Geschäftsführung und Betrug oder irgendein weiterer Tatbestand nicht vor²⁰⁸, so daß der Täter straffrei ausgehe. Für die Kosten und die Entschädigung kommt es nun u.E. darauf an, worauf die Strafverfolgung gerichtet war. Hat niemand am beschriebenen Sachverhalt gezweifelt, wurde die Verfolgung vielmehr deshalb eingeleitet, weil die geschädigte Gesellschaft und die Behörden meinten, der als solcher nicht angezweifelte Sachverhalt substantielle einen Straftatbestand, ist der Täter zu Unrecht verfolgt worden. Dabei richten sich die Berechtigung oder Nichtberechtigung der Verfolgung nach der in der Sache selbst rechtskräftig gewordenen Entscheidung, wobei die formelle Rechtskraft insoweit genügen muß, als nur ein Einstellungsbeschuß vorliegt, wenn solche Beschlüsse nach der entsprechenden Rechtsordnung nicht in materielle Rechtskraft übergehen. Mit andern Worten: nicht das verwerfliche, unanständige usw. Benehmen als solches, sondern dieses Benehmen als Verdachtsgrund für einen richtig verstandenen Tatbestand ist u.E. das, was zur Auferlegung der Kosten und Verweigerung einer Entschädigung führen kann oder muß. Solange etwas nur unanständig, verwerflich, unmoralisch usw., nicht aber zugleich strafbar ist, haben die Behörden keinerlei Befugnis, ein Strafverfahren einzuleiten, etwa um den Angeschuldigten von verwerflichem Verhalten abzubringen, wenn sie von Anfang an wissen, daß die Prozedur nur mit Einstellung oder Freisprechung wegen Fehlens des Tatbestandes enden kann. Aber, wenn die Behörden im Sachverhalt unseres Beispiels ein Indiz für ein unzweifelhaftes Delikt sahen, z.B. für die Annahme, das Rad sei in Tat und Wahrheit nie gestohlen,

²⁰⁸ Die Richtigkeit der materiellrechtlichen Stellungnahmen wird hier nicht erörtert.

sondern zwecks widerrechtlicher Erlangung der Versicherungssumme vom Angeschuldigten auf die Seite geschafft worden, dann muß gesagt werden, daß der nicht nur verwerflich, sondern widerrechtlich handelnde Angeschuldigte allerdings die Untersuchung wegen Betruges selbst verschuldet und insoweit keine Entschädigung zu fordern hat.

Von mäßigen Abweichungen im einzelnen abgesehen kann man somit sagen, die Gewährung einer Entschädigung an den aus der Verfolgung entlassenen Angeschuldigten setze voraus, daß er das Verfahren nicht schulhaft provoziert oder erschwert habe. Sowenig freilich materiell-rechtliche Schuldlosigkeit für die Schadloshaltung immer erforderlich und genügend sein kann, so wenig kann immer ausschließlich auf das abgestellt werden, was man seit GEYER prozessuales Verschulden²⁰⁹ nennt.

Auch dies wird vorteilhaft an Beispielen gezeigt. In erster Linie ist die verjährte Straftat zu nennen. Die Behörden stoßen auf begründete Verdachtsindizien und eröffnen das Verfahren. In dessen Verlauf stellt sich heraus, daß die Tat begangen, jedoch die Verfolgung verjährt ist²¹⁰. Oder auf Grund nicht minder schlüssiger Verdachtsgründe wird die Verfolgung für ein Offizialdelikt eingeleitet, es stellt sich aber in der Folge heraus, daß der Tatbestand eines Antragsdelikts vorliegt und ein Strafantrag nicht gestellt ist und auch nicht gestellt wird. Oder im Laufe der wegen eines Antragsdelikts geführten Verfolgung wird der Strafantrag zurückgezogen. Unterstellt sei schließlich, in allen diesen Fällen habe sich der Verfolgte abgesehen von der Tat selbst keines die Untersuchung provozierenden oder erschwerenden Verhaltens schuldig gemacht. Wir denken dennoch, nichts spreche in diesen Fällen für eine Ent-

²⁰⁹ S. 521.

²¹⁰ So Tessin SJZ 34 S. 137 = Rep. 70 S. 280. – Nicht gemeint ist natürlich der Fall, wo Behörden wußten oder wissen mußten, daß der verfolgte Tatbestand verjährt ist. Hier gewährt denn auch die Praxis Entschädigungen, s. z. B. ZbJV 82 S. 126, Vgl. auch O. BÄHR a.a.O. (N. 10) S. 284.

schädigung des Verfolgten, deren Ausschüttung wohl niemanden mehr wundern würde, als ihn selbst²¹¹.

Einige Kantone haben schließlich Vorschriften über die Behandlung unzurechnungsfähiger Täter. Zürich, Luzern und Waadt²¹² gestatten ihre Belastung mit Kosten, in welchen Fällen zugleich ihre Entschädigung ausgeschlossen ist. St. Gallen und Schwyz²¹³ ermöglichen zwar die Kostenaufwerfung an solche Unzurechnungsfähige, ohne damit allerdings die Frage der Entschädigung zu präjudizieren.

Zusammenfassend lässt sich sagen, daß, so wenig wie materielle Unschuld für die Gewährung, das prozessuale Verhalten für die Verweigerung einer Entschädigung ein in jedem Fall entscheidendes Kriterium sein kann. Es gibt Fälle, wo wegen des materiellen Verschuldens allein die Entschädigung nicht angezeigt ist. Umgekehrt kann trotz geringfügigem prozessualem Verschulden die Gewährung einer Entschädigung gerechtfertigt sein. Für fragwürdig halten wir die Kostenaufwerfung an Unzurechnungsfähige, für nicht minder fragwürdig allerdings auch deren Entschädigung für Taten, deren Urheber sie waren²¹⁴.

²¹¹ Über den Fall der Verjährung vgl. oben N. 141.

²¹² ZH 189, LU 277 und VD 238, 352. – Zu Zürich s. KEHL S. 385 f. unter Hinweis auf die zusammenfassende Entscheidung ZR 44 Nr. 166.

²¹³ SZ 97, SG 209. – In St. Gallen wurde vor langer Zeit einem Idioten eine Entschädigung verweigert, RB 1898 Nr. 33, ebenso in Zürich einem gemeingefährlichen Geisteskranken, der ohnehin der Verwahrung bedurfte, RB 1899 S. 130, zit. bei STRÄULI N. 2 zu 455. Aus neuerer Zeit s. SJZ 30 S. 413 = ZR 33 Nr. 45.

²¹⁴ Wir schließen diesen Abschnitt, ohne tiefer in das Kostenrecht einzudringen, möchten aber andeuten, daß KEHLS (382 ff.) Vorwurf, der Grund der schuldhaften Herbeiführung des Verfahrens werde zur Auferlegung der Kosten an bloß Verdächtige missbraucht, diene also zur verdeckten Ausfällung von Verdachtsstrafen, nicht nur die von ihm genannten Zürcher Behörden trifft. Desgleichen sind die wunderlichen Praktiken der Rechtsmittelinstanzen (Kosten auch dann z. L. des Angeklagten, wenn der Staatsanwalt erfolglos appelliert, oder wenn der Angeklagte mit

4. Die schadenverursachenden Maßnahmen

Auch in dieser Frage, ob alle oder, wenn nicht, welche Verfolgungsmaßnahmen anerkannt sind als solche, die Ausgleichsansprüche begründen können, stehen wir vor einer ansehnlichen Mannigfaltigkeit der Regelungen. Nachstehend werden sie in einer Übersicht zusammengefaßt. Diese als System zu bezeichnen, wäre übertrieben; sie ist lediglich ein Behelf, um nach vereinzelten übereinstimmenden Gesichtspunkten heterogenes Material doch noch einigermaßen aufzugliedern.

- a) Gesetzgebungen, die nur Freiheitsentziehung als Grund einer Entschädigung gelten lassen²¹⁵

Es sind dies Nidwalden (KV 5), Zug (StPO 19, 57), Basel-Landschaft (KV 6, StPO 38, 139²¹⁶), Appenzell IR (StPO 53), Tessin (StPO 267, 269), Wallis (KV 4), Neuchâtel (StPO 271).

seiner Appellation durchdringt, jedoch schuldig bleibt, KEHL 389 ff.) durchaus nicht nur in Zürich heimisch. Man ist andernorts nur mit der Publikation zurückhaltender. Nicht mehr im unmittelbaren Einzugsgebiet unseres Themas liegt auch die Behandlung der Privatkläger oder Anzeiger, worüber das Bundesgericht (BGE 84 I 13 ff.) ein Urteil publiziert hat, das eine unmißverständliche Rüge an eine etwas fiskalisch denkende Vorinstanz enthält. Der darin ausgesprochene schlichte Satz, daß schließlich die Strafrechtflege und Strafverfolgung Sache des Staates ist, kann gewiß nur gebilligt werden.

²¹⁵ Übersichten in früheren Zeitpunkten geben MEYER S. 180 (1897), HERZOG S. 61 ff. (1904), GERBER S. 27 ff. (1921), BUCHMANN S. 125 (1936, jedoch nur Entschädigung im Zwischenverfahren behandelnd). – S. auch CLERC, Responsabilité (Stand 1959), der im Gegensatz zu dieser Darstellung Nidwalden und Wallis ausläßt, aber Glarus und St. Gallen dazunimmt (S. 374 N. 2).

²¹⁶ Die Frage, ob die Entschädigung nur bei Haftschäden geschuldet werde, ist hier immerhin kontrovers. Streitig ist die Tragweite des Vorbehaltes in StPO 139 Abs. 2, d.h. von Ansprüchen aus Verantwortlichkeitsgesetz, vor allem nach dessen § 25, wonach der Bürger Ersatz fordern kann für Schäden aus Amtshandlungen

b) Rechtsordnungen, die neben Freiheitsentziehungen auch andere Schadensquellen berücksichtigen

Teils sind solche Quellen einzeln bezeichnet, teils werden sie durch eine generalisierende Angabe umfaßt, teils ist jede entsprechende Angabe stillschweigend übergangen. Dahin gehören

BStP und MStGO, die beide für «Untersuchungshaft

oder Unterlassungen, «ohne daß dabei eine Pflichtverletzung begangen wurde, wenn nicht besondere Gesetze etwas anderes verfügen». Die Frage wurde lebhaft verhandelt in einem Fall Diggelmann (der nur in einem prozessualen Inzidentpunkt an das Bundesgericht gelangte, vgl. BGE 81 I 266 ff.), wobei Prof. O. K. KAUFMANN in zwei Schriftsätzen die These verfocht, der Vorbehalt habe materiellrechtliche Bedeutung, gewähre demnach dem Verfolgten Ansprüche für andere als Haftschäden ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit der Verfolgungshandlungen, wenn nur hinterher diese sich als ungerechtfertigt herausstellen (29. 6. und 5. 10. 1954). In Gegenbemerkungen (9. 9. 1954) hatte die Staatsanwaltschaft erklärt, der Vorbehalt beziehe sich nur auf die Frist und den ordentlichen Zivilrechtsweg. Ihr Standpunkt ist jedoch hochproblematisch. Die Entschädigung für andere Schäden als solche aus Haft war seit der Verfassung von 1832 in alle späteren Verfassungen übernommen worden bis im Jahre 1892 die Beschränkung erfolgte. Nur das Gesetz von 1849 hatte lediglich für Haft vorgesorgt. Vor allem aber lautet die Entstehungsgeschichte des geltenden StPO 139 nicht so eindeutig zu Gunsten der Beschränkung des Ersatzes auf Haft, daß eine gegen den Wortlaut des Vorbehaltes von 139² («Vorbehalten bleiben allfällige Entschädigungsansprüche aus dem Verantwortlichkeitsgesetz») gerichtete Auslegung durchdringen könnte. – In der Folge hat dann überraschend auch die Rechtsprechung zu § 25 des Verantwortlichkeitsgesetzes eine erstaunliche Wendung genommen. Ohne viel mehr Grund als den, die Vorfahren könnten doch vor über 100 Jahren nicht so kühn gewesen sein und eine Staatshaftung für rechtmäßig verursachte Schäden eingeführt haben, wird in 2 Fällen (BJM 1958 S. 350 ff.) *contra legem scriptam* erkannt, die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung müsse als stillschweigend unterstellt gefordert werden, lediglich das Verschulden könne fehlen. Auch in dieser Hinsicht ist wohl das letzte Wort noch nicht gesprochen, doch möchten wir den Lesern nicht über Gebühr mit Fragen aus unserer eigenen nächsten Nähe behelligen.

und andere Nachteile» nach deutschem, für «préjudice résultant de la détention préventive ou d'autres actes d'instruction» beziehungsweise «per pregiudizio risultante dal carcere preventivo o da altri atti dell'istruzione» nach den romanischen Texten²¹⁷ Entschädigungen auswerfen, was jetzt, nachdem der Vorrang der romanischen Texte anerkannt ist, weiter nicht mehr zu Auslegungsschwierigkeiten Anlaß geben dürfte.

Zürich. «Kosten und Umtriebe» erfassen zwar nicht nach einer natürlichen Wortbedeutung, wohl aber nach der konstanten Praxis nicht nur auch, sondern in erster Linie Schäden aus Haft²¹⁸. Daneben besteht der Anspruch aus KV 7 für ungesetzliche Haft.

Bern. Die Gesetzesbestimmungen StPO 202/258 nennen die «durch die Untersuchung verursachten Nachteile, insbesondere... Verhaftung,... Verteidigungskosten», wobei KV 73 weiterhin in Kraft und anwendbar bleibt.

Luzern bezeichnet in 280 StPO keinerlei Schadensquellen, doch gilt auch hier daneben noch die auf Freiheitsentziehungen beschränkte Vorschrift KV 5. Uri nennt nur

²¹⁷ Mit einer unwesentlichen Abweichung zu BStP 122 in MStGO 122^{ter} («actes de l'enquête» statt «actes de l'instruction») im französischen Text. – In der Sache Ulrich (BG 19. 11. 1952) war die Frage gestellt worden, ob «andere Nachteile» darin bestehen könnten, daß der Verfolgte durch die bloße Tatsache des Strafverfahrens in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt werde oder die Stelle verliere, wobei festgestellt wurde, die romanischen Texte seien enger. In BGE 84 IV 46 werden als Variante der «anderen Nachteile» mittelbare Folgen der Untersuchungshaft genannt, jedoch fallen gelassen z. G. der aus den romanischen Texten folgenden Auffassung der «anderen Nachteile», d. h. Nachteile aus andern Verfolgungsmaßnahmen als Verhaftung. Unter diesem Gesichtspunkt wären dann die romanischen Texte nicht enger, sondern weiter als der deutsche. In Tat und Wahrheit besteht die scheinbare Differenz der Fragestellung überhaupt nicht, denn die Schädigung durch das «bloße Strafverfahren» ist ohnehin immer eine, die durch einzelne Verfolgungsmaßnahmen entstanden ist, weil das Strafverfahren eben aus Verfolgungsmaßnahmen besteht.

²¹⁸ KEHL S. 397 unter Berufung auf ZR 15 Nr. 221, 29 Nr. 69.

Haft in KV 30 und StPO 136, in StPO 135 jedoch auch Verteidigungskosten. Schwyz erwähnt in StPO 98 nur «ungerechtfertigte Nachteile», Obwalden spricht sich im Gegensatz zu der nur Haft nennenden Bestimmung KV 6 in StPO 169/70 nicht näher aus. Glarus stellt in StPO 98 neben Haft auch «erlittene Umtriebe», schweigt sich jedoch in StPO 100 und 139 aus, während die Verfassung wie üblich nur für Haft etwas anordnet (KV 5).

Freiburg lässt die Sache in StPO 43 offen, hat daneben in 2 dieses Gesetzes eine Sonderregel für Haft. Auch KV 13 Solothurn entschädigt im Gegensatz zu der mehr Möglichkeiten offen lassenden Regel von StPO 117f. nur für Freiheitsentziehungen. Baselstadt hat eine auch vom Bundesgericht schon als Mittellösung charakterisierte Regelung²¹⁹, mit Entschädigung von Haftschäden (85), Körperschäden (87) und Sachschäden (88). Schaffhausen zählt (StPO 169 ff., 215/223) irgendwelche Verfolgungsmaßnahmen anders als in KV 8 im Gesetz nicht auf, hat daneben aber in EG StGB 57 eine Sonderregel über die ausnahmsweise Vergütung von Verteidigungskosten in Übertretungsfällen. Wie mehrere andere Kantone äußert sich auch in Appenzell AR im Gegensatz zu KV 11 das Prozeßgesetz in 90 nicht näher.

In St. Gallen ist StPO 216 wie KV 30 beschränkt auf Freiheitsentziehungen, dagegen ist in 208 StPO die Vergütung von Verteidigungskosten vorgesehen. Graubünden führt in StPO 161 Haft und Umtriebe an. Die neue Aargauer Regelung lautet in 140 im Gegensatz zu KV 19 (nur Haft) nach dem Vorbild des BStP auf Haft und andere Nachteile. Uneinheitlich in sich ist auch Thurgau mit der ausdrücklichen Erwähnung der bloßen Freiheitsentziehungen in KV 9, Korr. 20, 31, Krim. 84, während daneben Korr. 50 unbestimmt lautet und Krim. 175 Auslagen und andere Nachteile anführt. Waadt 242/263 nennt nur Haft, 354 nur «dépens».

²¹⁹ I.S. J. Fries vom 22. 9. 1953, auszugsweise wiedergegeben bei OSWALD-GANZ, Beilage zu S. 10 Anm. 169a).

c) Sondervorschriften für das Wiederaufnahmeverfahren

Auch hier können wir die Regelungen, soweit sie überhaupt vorhanden sind, unterteilen in solche, die nur bei Verbüßung der Strafe eine Entschädigung gewähren und in andere, die sich entweder nicht äußern oder ausdrücklich vom Erfordernis der Strafverbüßung absehen.

In die erste Gruppe fallen Luzern (StPO 280), Basel-Stadt (85 StPO), beide Appenzell (AR StPO 125, IR 71) und Tessin (StPO 270).

Ohne ausdrückliche Umschreibung sind die Vorschriften BSTP 237, UR StPO 136, Obwalden KV 6, Nidwalden KV 5, Freiburg StPO 61, Solothurn KV 13, Graubünden 153, Thurgau Krim. 215, Korr. 62, Wallis KV 4.

In Zürich setzt StPO 455 Strafverbüßung voraus, nicht aber KV 9, welcher der Vorrang eingeräumt wird im Hinblick darauf, daß der ausführenden Regel StPO 455 keine selbständige Bedeutung zukomme²²⁰. In Bern werden nach StPO 357/58 Vollstreckungsschäden ersetzt, doch wird für anderes (Untersuchungshaft, Verteidigungskosten usw.) auf 258 und 202 zurückgegriffen²²¹. Schaffhausen deckt durch die Leistung nach StPO 252 die Nachteile aus Strafverfahren und Strafvollzug. Aargau StPO 235 enthält als Regel, die derjenigen über das ordentliche Verfahren und damit dem BStP nachgebildet ist, die Entschädigung für Strafhaft und andere Nachteile, Waadt in StPO 445 eine «indem-nité en raison du dommage subi»²²², Genf StPO 458 gewährt den Ausgleich für «préjudice souffert».

Abgesehen davon, daß die noch vorhandenen Sondernormen für die Freisprechung oder mildere Beurteilung im

²²⁰ Schwurgericht, 28. 3. 1958 i. S. Stettler. Vollstreckung nicht erforderlich, Entschädigung auch bei Revision einer Verurteilung mit bedingtem Strafvollzug SJZ 36 S. 11 = ZR 38 Nr. 46.

²²¹ S. WAIBLINGER N. 3 zu StPO 357 und die von ihm zitierten Entscheidungen ZbJV 68 S. 438 und 70 S. 282.

²²² Wobei aber «dépens» auch nach Wiederaufnahme separat gemäß 354 zugesprochen werden. Trib. Criminel (Aigle) 17. 9. 1953 i. S. Richter.

Wiederaufnahmeverfahren zurückgehen auf den historischen Ursprung des ganzen Rechts der Entschädigung unschuldig Verfolgter, nämlich die Postulate auf Wiedergutmachung der Justizirrtümer im engern Sinn, lässt die vorstehend zusammengefaßte Vielfalt der Regelungen weder eine genetische Gesetzmäßigkeit noch eine inhaltliche Logik erkennen. Die den untersuchten Rechtsordnungen angehörenden Regeln sind bald voneinander abhängig, bald unabhängig geschaffen und erlassen worden. Übereinstimmung war weder gesucht noch gefunden.

Haft in allen ihren Formen ist regelmäßig bei weitem der schwerste Eingriff, zumal in der keineswegs nur ausnahmsweise vorkommenden Form des überraschenden Zugriffs. Der sich irgend einer Schuld nicht bewußte Verhaftete, der nicht weiß ob ein schweres Verbrechen oder was sonst ihm vorgeworfen wird, der nicht übersieht, ob er einem Komplott zum Opfer gefallen ist, ob die Entziehung der persönlichen Freiheit Monate oder Jahre dauern wird, muß schwerste seelische Unbill erdulden. Oft wird nicht nur ihm selbst, sondern auch seiner Familie der Boden unter den Füßen schwinden. Er kann in seinem Berufsleben schweren, unwiederbringlichen Verlust erfahren. Insoweit ist der Auffassung, wie sie in BGE 23 S. 1226 zum Ausdruck kommt, ohne jede Einschränkung zuzustimmen. Schadenersatz und Genugtuung werden in den meisten Fällen indiziert sein, selbst wenn der Eingriff nur Stunden gedauert hat.

Von Interesse sind zwei kasuistische Probleme, zu denen die Gesetzgebung *ex professo* nicht Stellung genommen hat, obwohl eine Reihe von Strafprozeßordnungen jünger ist als das StGB, das diese Fragen für unser Land als Ganzes mit sich gebracht hat, soweit sie allenfalls nach kantonaalem Recht nicht schon offen waren. Wie steht es mit dem unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten? Nach den meisten Gesetzgebungen fällt eine Entschädigung außer Betracht, weil weder eine Einstellung des Verfahrens noch ein Freispruch er-

geht. Wenn für den Fall der Vollstreckung die Anrechnung der Haft bewilligt wird, kann man sagen, die Frage der Entschädigung stelle sich erst, wenn feststehe, daß innert der Probezeit kein Delikt begangen wurde und auch sonst kein Verhalten eintrat, das die Vollstreckung fordern müßte. Entsprechende Gewißheit besteht jedenfalls für ein neues Delikt erst sehr lange Zeit nach Ablauf der Probezeit. So lange wegen Nichtablaufs der Verjährungsfrist für die Verfolgung von Verbrechen, die kurz vor Ablauf der Probezeit begangen wurden, der Strafvollzug bedingt bleibt, müßte auch die Berechtigung einer Entschädigung bedingt bleiben. Soweit die Anrechnung der Haft wegen Selbstverschuldens verweigert wird, ist dies zugleich auch der Grund, eine Geldentschädigung zu verweigern. Schon aus diesen Erwägungen halten wir die Entschädigung für Untersuchungshaft im Falle der bedingten Verurteilung für unbegründet, es sei denn, die Haft sei wesentlich länger gewesen als die bedingt zu vollziehende Gefängnisstrafe es ist. Dabei ist nicht übersehen, daß der bedingt Verurteilte benachteiligt ist gegenüber dem unbedingt Bestraften, der durch Haftanrechnung, wie schon ausgeführt, gewissermaßen Realsatz erhält. Ähnlich ist die zweite Frage, wie es sich verhalte, wenn ein Verbüßender zu lange in Strafhaft bleibt, weil die von den Behörden durchaus gewollte bedingte Entlassung zu spät verfügt wird. Unter Umständen läßt sich in solchen Fällen nach den Verfassungsregeln über die unverschuldete oder unbegründete Haft ein Ausgleichsanspruch begründen²²³.

Umtriebe, Auslagen, Verteidigungskosten sind da und dort in den oben resümierten Gesetzesbestimmungen ausdrücklich als ausgleichsberechtigte Schadensgattungen bezeichnet²²⁴. In andern Vorschriften, wo ohne jede Spezifikation eine Entschädigung zugesichert wird, kann man

²²³ So z.B. in einem Berner, durch Vergleich erledigten Fall Hauswirth (1946) (Freundliche Mitteilung von Dr. Mastronardi).

²²⁴ ZH 43, BE 202, UR 135, GL 98, SH EG StGB 57, SG 208, GR 161, VD 354.

annehmen, damit seien mutmaßlich auch die Parteikosten im Strafprozeß gemeint, was in einzelnen Fällen die Praxis in der Tat bestätigt²²⁵.

Im ganzen ist jedoch die Spruchpraxis in diesem Stück eher zurückhaltend. So findet das Bundesgericht, Anwaltskosten seien nur «ausnahmsweise, unter besonderen Umständen» zu erstatten²²⁶, während Zürich nach ursprünglich ziemlich stark einschränkenden Entscheidungen (nur bei notwendiger Verteidigung, d.i. bei rechtlich und tatsächlich komplizierten, vom Verfolgten ohne Hilfe nicht selbst zu bewältigenden Anschuldigungen) kürzlich dazu übergegangen ist, den Ersatzanspruch für die zur Sache gehörenden Bemühungen des Verteidigers anzuerkennen, ohne weiter zu fragen, ob das wegen der Kompliziertheit des Falles oder wegen der Person des Verfolgten nötig gewesen sei²²⁷. Lediglich in Polizeifällen ist an der Praxis, Verteidigungskosten nur ausnahmsweise zu erstatten, festgehalten worden²²⁸.

Bern lässt den Staat nur subsidiär, d.h. mangels haftbaren Privatklägers, Kosten übernehmen²²⁹, gewährt Verteidigungskosten aber eher als, bei nicht tief eingreifender Verfolgung, anderweitigen Schadenersatz²³⁰. Schwyz hat

²²⁵ Zu BStP vgl. Botschaft des BR, BBl. 1959 S. 615 = S. 41 des Sonderdrucks, Urteile des BG i.S. Bessire u.a. vom 4. 4. 1949, i.S. Ulrich vom 29. 11. 1952. – SZ (StPO 1908) RB 1916 S. 23/24, RB 1932 S. 5. – GR (altes Recht) PKG 1950 Nr. 45 (Wiederaufnahmefall). – AG hingegen hat (ebenfalls nach altem Recht) solche Kostenvergütungen anscheinend verweigert (aarg. Ger. u. Verw.-entscheidg. 1948 S. 408).

²²⁶ I.S. Ulrich (s. N. 225).

²²⁷ SJZ 54 S. 20 = Rspr. in Strafs. 1958 Nr. 125. – Die frühere Praxis ergibt sich aus SJZ 31 S. 217, ZR 33 Nr. 171, 51 Nr. 212. – Zum Verhältnis amtlicher Verteidigung und Parteikostenerstattung SJZ 18 S. 70. – Vgl. auch KEHL S. 399.

²²⁸ ZR 10 Nr. 210, ZR 1959 Nr. 51 = Rspr. in Strafs. 1959 Nr. 178.

²²⁹ ZbJV 61 S. 585, 83 S. 305.

²³⁰ ZbJV 82 S. 88. – S. ferner eod. 82 S. 126 (Verteidigungskosten bei weiterer Verfolgung eines bereits verjährten Delikts).

unter der StPO 1908 Verteidigungskosten zugesprochen, sogar in Übertretungsfällen²³¹. Schaffhausen gewährt sie ausnahmsweise in Polizeisachen, während St. Gallen sie nach StPO 208 verweigert, wenn der Verfolgte, auch ohne Verschulden, nur objektiv, das Verfahren verursacht hat. Im übrigen gewährt es den Parteikostenersatz nur ausnahmsweise²³². Graubünden hat unter dem früheren Recht jedenfalls in Wiederaufnahmefällen den Ersatz der Verteidigungskosten zugestanden²³³, Waadt schließlich hat in 354 eine ausdrückliche, auch auf das Wiederaufnahmeverfahren angewendete Bestimmung über die zu erstattenden *dépens*²³⁴.

Die grundsätzliche Notwendigkeit, Verteidigungskosten zu vergüten, sollte nicht in Zweifel gezogen werden. Wer zu Unrecht verfolgt wird, soll dadurch keinen Vermögensschaden leiden. Er soll die Verfolgung, die ihn als etwas Fremdes, Unvertrautes bedrängt, mit Hilfe einer Person seines Vertrauens durchstehen dürfen. Der Staat hat ein Interesse daran, die Zahl der Fehlurteile zu Lasten der Bürger möglichst tief zu halten. Nichts trägt dazu so sehr bei wie die intensive Mitwirkung qualifizierter, kritisch veranlagter und kritisch gestimmter Verteidiger, die die Anschuldigungen und Anklagen von der faktischen und rechtlichen Seite her nach Fehlern und Lücken durchprüfen. Man wird fordern müssen, daß der Verteidiger alles prüfe, und sich jedenfalls doppelt überlegen müssen, ob der Vorwurf überflüssiger Bemühungen erhoben werden soll. Die Indikation ist immer nach dem Stand der Sache bei Einleitung der entsprechenden Bemühungen zu beurteilen. Je gewissenhafter der Verteidiger, desto größer für den Staat die Wahrscheinlichkeit, daß nicht ein grober Fehler das Beweisergebnis oder die rechtliche Beurteilung verfälscht.

²³¹ RB 1916, S. 23, 1932 S. 5.

²³² Kant. Ger. 4/18. 11. 1957, SJZ 35 S. 157 f.

²³³ PKG 1950 Nr. 45.

²³⁴ I.S. Richter (N. 222).

Bedenken hätten wir jedenfalls, die in Unfall- und Militärversicherungssachen vom EVG konsolidierte Praxis²³⁵ in den Strafprozeß zu übernehmen:

«...Bei der Anwendung des kantonalen Tarifes ist jedoch die bundesrechtliche Vorschrift... zu beachten, wonach das Verfahren einfach und rasch sein muß... Diese Vorschrift beruht auf dem Umstand, daß der Prozeß an ein administratives Vorverfahren anschließt, in dem eine mit der objektiven Rechtsanwendung betraute Behörde den gesamten Sachverhalt abklärt und hierüber durch Verfügung befindet. Die von der Administrativbehörde gemachten Feststellungen und eingeholten Gutachten sind nicht bloß Parteibehauptungen; es kommt ihnen vielmehr ein erheblicher Beweiswert zu und sie sind unter Umständen für den Richter ausschlaggebend... Der nachfolgende Prozeß ist also nur ein Kontrollverfahren, was gegenüber einem Zivilprozeß, in dem die Parteien den Prozeßstoff selber sammeln und in Form von Parteibehauptungen vorlegen, eine wesentliche Vereinfachung bedeutet. In diesem Zusammenhang ist auch das Offizialprinzip zu beachten, das ...ebenfalls zur Vereinfachung beiträgt... Diese Vereinfachungen... müssen sich auch auf die Parteikosten auswirken.»

Soweit in mehrerer Hinsicht klare Analogien zum Strafverfahren sich aufdrängen, möchten wir jedenfalls für dieses die hier statuierten Prinzipien ablehnen. Gerade die Stoffsammlung durch amtliche Stellen scheint uns als Regel, ohne Rücksicht auf die staatlicherseits beteiligten Personen, das berufliche Mißtrauen des Verteidigers herausfordern zu sollen. Weniger der böse Glaube der amtlichen Stellen, als ihre unbewußte Voreingenommenheit nach irgendeiner Richtung hin, ist zu fürchten. Übermäßiger Geschäftsanrang kann auf subtile Weise den Drang, nichts-nutzige Weiterungen zu vermeiden, fördern wobei sich der

²³⁵ EVGE 1958 S. 156 ff., 179 ff.

Unterschied zwischen unnützen und nützlichen weitern Maßnahmen etwa verwischen kann. Unter dem Zwang, im Rahmen eines mäßigen Honorars zu bleiben, läßt sich für einen soliden Anwalt nicht arbeiten. Die nicht allzu häufigen Fälle, wo in Strafprozessen unserer Gegend auf der Basis einer inquisitorisch geführten Strafuntersuchung durch die Interventionen von Verteidigern spektakuläre Wendungen eintreten, zeichnen sich dadurch aus, daß diese Erfolge weder durch falsche oratorische Effekte, noch durch geniale Intuition, sondern durch harte Arbeit erzielt werden. Wo aber der Beistand vor der Wahl steht, entweder wenig zu fordern oder aber auch im Falle des Obsiegens nur einen kleinen Teil der Kosten dem Staat belasten zu können und den Hauptteil vom Klienten fordern zu müssen, kann er sich nur durch klare Darlegung der Verhältnisse gegenüber dem Klienten aus der Sache ziehen. Dieser mag dann auf den Verteidiger verzichten oder selbst für die Kosten aufkommen. Halbe Arbeit wäre auch insofern verheerend, als diejenigen Sparer der öffentlichen Hand, die sie zu Gunsten des Fiskus fordern, wohl die ersten wären, die bei allfälliger späterer Aufdeckung eines Justizirrtums die Verantwortung dem Verteidiger zuschieben würden. Lieber einen Angeklagten unverteidigt lassen, als ihn nur halb verteidigen. Unser Verfahren beruht noch immer auf der Annahme, jedermann könne ohne fremde Hilfe seinen Prozeß führen. Tut er dies, so mögen sich der Angeklagter und der Richter der daraus für sie folgenden Verantwortung klar bewußt werden. Es ist dann auch äußerlich klarer, wo der Fehler zu suchen ist, der zu einer falschen Beurteilung geführt hat.

Nichts ist dagegen einzuwenden, daß unnütze Bemühungen nicht zu Lasten des Staates gehen sollten. Das ist selbstverständlich – es wurde bereits bemerkt – *ex tunc* nach dem Maßstab eines gewissenhaften Verteidigers zu beurteilen.

B. Die Rechtsfolgen

1. Schadenersatz

In der Epoche der herrschend gewordenen Lehre von der adaequaten Verursachung und ihrer Anwendung im Schadenausgleichsrecht sollte es nicht übermäßige Schwierigkeiten bereiten, einen zu Ersatzleistung berechtigenden Schaden abzugrenzen. Wir glauben, davon absehen zu sollen, an dieser Stelle eine umfangreiche Kasuistik vorzulegen, die in ihren guten Beispielen die Regel bestätigen und in ihren fragwürdigeren sie nicht erschüttern würde²³⁶. Soweit die Spruchbehörden auf Grund grober Schätzungen Entschädigungen zusprachen oder die Bezifferung aus handfesten arithmetischen Unterlagen gewinnen konnten, drehten sich die Streitfragen etwa darum, ob nur der unmittelbare Vermögensschaden, z.B. das entgangene Erwerbseinkommen bei Haft, oder auch mittelbarer Schaden, z.B. Verdienstausfall nach Haftentlassung wegen einer in der Haft aufgetretenen und noch fortdauernden Krankheit zu ersetzen sei²³⁷. Die Praxis ist z.B. im Kanton Zürich nicht völlig einheitlich gewesen²³⁸, während etwa der Kanton Bern auch indirekten Schaden übernimmt²³⁹, im Gegen-

²³⁶ Betreffend die aufgewendeten Geldbeträge gibt es leider keine Statistiken. Angaben über 12 Kantone bis 1881 finden sich bei GEYER S. 538 ff. (oben N. 19), über 7 Kantone bis 1902 bei HERZOG S. 100 ff. – Einzelbeispiele enthalten natürlich die zahlreichen in dieser Abhandlung angeführten Entscheidungen zum Entschädigungsrecht. S. auch CLERC, Responsabilité S. 386. Die Zurückhaltung in der Publikation scheint manchmal darauf zurückzugehen, daß den Behörden bei der Sache insoweit nicht ganz wohl ist, als sie selbst ahnen, daß die gewährte Entschädigung doch eher kleinlich bemessen wurde. U.E. ist es aber eine Notwendigkeit, durch Publikation von Statistiken nach einheitlichen Richtlinien zur Sanierung der Entschädigungspraxis beizutragen.

²³⁷ ZR 29 Nr. 69, dazu KEHL S. 399.

²³⁸ KEHL S. 398 f. und die hier verzeichneten Entscheidungen.

²³⁹ ZbJV 68 S. 438.

satz zu Tessin, wo die Ersatzleistung nur den Erwerbsausfall deckt²⁴⁰. Rechtspolitische Gründe, den mittelbaren, im Bereich der adaequaten Verursachung eintretenden Schaden auszuschließen, wären kaum namhaft zu machen.

Unterschiedlich beantwortet wurde gelegentlich auch die Frage, welche aus Verfolgungsmaßnahmen herzuleitenden Vorteile des Verfolgten von der Entschädigung abzuziehen seien. Insbesondere für die in der Haft verabfolgte Verköstigung ist die Sache wiederholt in der Judikatur erörtert worden²⁴¹.

Mitunter wurde erwogen, ob bei Vorliegen des erforderlichen Tatbestandes die Entschädigung immer zu leisten sei oder ob bei geringfügigen Fällen die Schadloshaltung unterbleiben könne. Die Zürcher StPO fordert wesentliche Kosten oder Umtriebe²⁴², was die Praxis so ausgelegt hat, daß ein einmaliges Erscheinen zur Vernehmung am Ort zu Entschädigung nicht berechtige²⁴³. Für das Anwendungsbereich des BStP hat das Bundesgericht²⁴⁴ erkannt, der Staatsbürger habe «grundsätzlich das durch die Notwendigkeit einer energischen Verbrechensbekämpfung bedingte Risiko einer gegen ihn geführten materiell ungerechtfertigten Strafverfolgung bis zu einem bestimmten Grade auf sich zu nehmen. Die Entschädigungspflicht des Staates nach Art. 122 Abs. 1 BStP setzt daher eine gewisse objektive Schwere der Untersuchungshandlung und einen er-

²⁴⁰ SJZ 22 S. 11, auch Rep. 76 S. 550.

²⁴¹ Abzug verneint: SG RB 1925 Nr. 20, ZH SJZ 28 S. 202, ferner CURTI in einem in ZbJV 70 S. 283 zitierten Gutachten, unter Berufung auf den deutschen Kommentar BURLAGE (S. 67) und auf österreichische Literatur (HOERGEL) und Judikatur (Urteil des Reichsgerichts vom 13. 1. 1897; vgl. unten N. 313).

Abzug bejaht: BE in ZbJV 70 S. 295, SCHATTENBERG S. 61, RIECKER S. 49, GERBER S. 67.

²⁴² 43.

²⁴³ KEHL S. 397 f., SJZ 18 S. 226, ZR 33 Nr. 171.

²⁴⁴ BGE 84 IV 46f. – Für LU s. oben N. 170 (Entschädigung nur bei klarem, ungerechtfertigtem Eingriff in Persönlichkeitsrechte).

heblichen Nachteil voraus». – Im gleichen Sinn äußert sich WAIBLINGER²⁴⁵ und die Berner Praxis²⁴⁶. In Graubünden wurde entschieden, die Aufhebung einer bloßen Buße im Wiederaufnahmeverfahren indiziere eine Entschädigung nicht²⁴⁷, währenddessen die Aargauer Praxis auf etwas schwankendem Boden des Gesetzes noch unter dem alten Recht dazu gekommen ist, auch eher unbedeutende Behelligungen von Angeschuldigten, nämlich bloße bezirksamtliche Einvernahmen, mit einer Entschädigung nach Zeugentarif zu entschädigen²⁴⁸. U.E. ist die Ansicht, geringfügige Inanspruchnahmen durch nicht tief eingreifende Verfolgungsmaßregeln seien nicht auszugleichen, wohl begründet. Für die meisten Leute fällt die in Betracht kommende Entschädigung nicht nennenswert ins Gewicht, umgekehrt verursachen aber die mit ihrer Feststellung verbundenen Umtriebe den Behörden Zeitverluste, die sich an wichtigeren Orten unangenehm fühlbar machen. Dabei muß jedoch nach individuellen Gesichtspunkten entschieden werden. Es gibt noch immer Leute, denen auch die Kosten einer kleinen Reise Sorgen bereiten oder die den Verlust von zwei Arbeitsstunden nicht ohne weiteres tragen können. Zuzustimmen ist im übrigen der in einer mehrfach erwähnten Entscheidung des Bundesgerichts zum Ausdruck kommenden Auffassung, daß eine auch nur nach wenigen Stunden bemessene Verhaftung unter dem Vorwurf eines schweren Verbrechens alles andere als eine geringfügige Maßnahme ist²⁴⁹.

Schließlich ist es richtig, dort, wo der Wortlaut der Gesetzgebungen es zuläßt, bei Selbstverschulden in der Herbeiführung oder Verlängerung des Strafverfahrens nicht notwendig jede Entschädigung zu versagen, sondern für Maßnahmen (oder Teile von Maßnahmen, wie bei Haft), die

²⁴⁵ 202 N. 1 S. 299.

²⁴⁶ ZbJV 82 S. 88.

²⁴⁷ PKG 1950 Nr. 45.

²⁴⁸ Aarg. Ger. u. Verw.entschg. 1948 S. 408 ff. E. 3.

²⁴⁹ BGE 23 S. 1226.

von Selbstverschulden des Verfolgten weiter nicht beeinflußt waren, die Entschädigung zu gewähren und sie nur für die Folgen der verschuldeten Maßregeln zu versagen²⁵⁰. Die ausgedehnte Zivilrechtsprechung über Reduktion von Ersatzleistungen wegen konkurrierenden «Selbstverschuldens» enthält in so reichem Maße brauchbares Vergleichsmaterial, daß sich das tiefere Eindringen in die Materie hier erübrigt.

2. Genugtuung

In verhältnismäßig vielen Regeln der Verfassungen und Gesetze ist den unschuldig Verfolgten auch Genugtuung verheißen²⁵¹. Dabei muß allerdings beachtet werden, daß ein Teil dieser Vorschriften weit ins 19. Jahrhundert zurückgeht (KV ZH 1869, OW StPO 1869, TG KV 1869, Korr. 1867). Da immerhin z.B. das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch und das OR 1881 den Ausdruck Genugtuung nicht verwenden, ist es angezeigt, sich zu vergewissern, ob in den erwähnten und andern frühen Erlassen das Wort die Bedeutung hat, die ihm in unserem geltenden Zivilrecht zukommt, d.h. die Bedeutung einer Geldleistung für erlittenen *tort moral*.

In den Digesten ist *satisfacere*, dessen wörtliche Übersetzung genugtun ja ist, ein viel gebrauchtes Verbum, das meist nur den Sinn von Erfüllung (einer Obligation) hat. Immerhin ist quellenmäßig daneben auch eine andere Bedeutung des Ausgleichs einer innerlichen Störung mehrfach belegt. So D 2.9.5: «...weil die Todesstrafe anders an einem Sklaven vollzogen und Genugtuung für Iniurien durch Schläge gewährt, anders hingegen an Freien Rache genommen oder eine Geldstrafe verhängt wird», oder D.4.2.14.11; 47.10.17.4 und 6, hier vielleicht am deutlichsten: (4) «Wenn

²⁵⁰ Oben N. 206.

²⁵¹ ZH KV 7 und 9, BE StPO 358, LU StPO 280, UR StPO 136, OW StPO 169, ZG KV 8, BL KV 6, SH KV 8, dazu StPO 169, 173, 175, 252, SG StPO 216, TG KV 9, Korr. 20.

ein Sklave eine Iniurie begeht», steht es... «im Ermessen des Herrn, ob er ihn zum Ausprügeln herausgeben wolle, so daß damit dem, der die Iniurie erlitten, Genugtuung geschehe» (ita satisfiat)... (6) «Wenn der Herr, ohne des Richters Ausspruch abzuwarten, einen Sklaven zum Ausprügeln gestellt hat, damit (sc. dem andern) dadurch Genugtuung werde» (ut satis ei fieret), «und dies nach irgend jemandes Ermessen geschehen ist, der Kläger aber darauf besteht, die Iniurienklage fortzusetzen, so darf er nicht gehört werden, denn wer Genugtuung angenommen hat», (qui enim accepit satisfactionem), «der hat seine Iniurie erlassen».

OTTO v. GIERKE²⁵² legt dar, daß abgesehen von spärlichen Resten im gemeinen und partikulären Recht (CCC Art. 20, dazu oben N 10, ferner Sachsenbuße u.a.) das deutsch-rechtliche Bußensystem wie später die rezipierten römischen Privatstrafen und damit der Gedanke der Genugtuung verloren gegangen seien, worauf dann neuerdings das allgemeine preußische Landrecht (I 6 § 7, 10) neben den Ersatz des «wirklichen Schadens» die «volle Genugtuung» gestellt habe und auch das oesterreichische ABGB in den §§ 1323/24 eine ähnliche Unterscheidung getroffen habe: «eigentliche Schadloshaltung» und daneben «volle Genugtuung».

Weitere Nachschau bei Schriftstellern des vorigen Jahrhunderts zeigt, daß z.B. WINDSCHEID den Ausdruck Genugtuung in den von ihm bearbeiteten Auflagen der Pandekten zu vermeiden scheint²⁵³, desgleichen BRINZ²⁵⁴; wogegen allerdings Genugtuung in einer unserem heutigen Gebrauch entsprechenden oder doch angenäherten Bedeu-

²⁵² DPR Bd. 3 S. 83 N. 76 und Text, mit Hinweisen auf die in Österreich zwischen UNGER und PFAFF ausgefochtene Kontroverse, ob mit «volle Genugtuung» Ersatz des idealen Schadens gemeint sei oder nicht. Für ersteres, gegen UNGER, mit PFAFF auch GIERKE.

²⁵³ 7. Aufl. Bd. 2 S. 221 ff. § 326.

²⁵⁴ Pand. 1. Aufl. (1857), S. 509 und 520.

tung sich findet bei IHERING²⁵⁵, GUSTAV HARTMANN²⁵⁶ und OTTO BÄHR²⁵⁷.

Aus diesen Hinweisen folgt, daß etwa zwischen 1850 und 1900 die Verwendung des Wortes Genugtuung zwar den heute gebräuchlichen Begriff bezeichnen kann, aber nicht muß. Die Wahrscheinlichkeit, daß Ausgleich von *Tort moral* (mit Geldleistung oder sonstwie) gemeint sei, ist überall dort größer, wo das Wort in unmittelbarer Nachbarschaft des Wortes Entschädigung, Schadloshaltung und der gleichen angetroffen wird, sei es als Ergänzung oder Antithese.

Wenn z.B. Obwalden in StPO 169 (bei gerichtlichem Freispruch) von Genugtuung und unmittelbar anschließend in 170 (bei Einstellung des Verfahrens) von Entschädigung handelt, so kann jenes einen weitern (Ausgleich von materiellem Schaden und *Tort moral* einschließenden) und dieses einen engern (nur Schadenersatz erfassenden) Sinn haben, welche Abstufung ihren Grund darin finden kann, daß das bis zur Hauptverhandlung vor dem erkennenden Richter getriebene Verfahren mehr Unbill mit sich bringt als ein früher abgebrochenes. Die andere Erklärung, Genugtuung sei im Sinne der häufigeren römischen Bedeutung von Befriedigung des Gläubigers als synonym zu Entschädigung aufzufassen, ist durch die Texte allein keineswegs ausgeschlossen. Man müßte, um näheren Aufschluß zu erlangen, tiefer in die kantonale Rechtsordnung der Zeit und

²⁵⁵ In seinen Jahrbüchern Bd. 18 (1880) S. 51, 52, 53, 54 («Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn», jedoch mit Verwendung des Ausdrucks «Satisfaktion»). Genugtuung kommt dann vor in «Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen» (a.a.O. Bd. 23, 1885 S. 161).

²⁵⁶ Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875 S. 60. – Vgl. auch S. 164/65 «Satisfaktion» (im Sinne der ordentlichen Gläubigerbefriedigung).

²⁵⁷ a. a. O. (N. 10) S. 288. – Der Aufsatz wurde 1883 geschrieben. BÄHR erörtert hier die Beratungen des vorangegangenen deutschen Juristentages und sagt, dieser habe im richtigen Gefühl nicht von Entschädigung, sondern von Genugtuung gesprochen.

in den damaligen forensischen Sprachgebrauch des Kantons eindringen.

Zürich hat dem Wort Genugtuung in KV 9 in der Praxis des Kassationsgerichts²⁵⁸ die Bedeutung von Schadener- satz und Genugtuung nach heutiger Terminologie zugeschrieben, demnach angesichts der fehlenden selbständigen Bedeutung von StPO 455 dem hier gebrauchten Wort Ent- schädigung notwendig dieselbe Doppelbedeutung. Anderer- seits werden bei Freisprechung im ordentlichen Verfahren und Sistierung nur Entschädigungen im engen Sinn, nicht Genugtuungen, zugesprochen²⁵⁹.

Bern gewährt in der Praxis auch nach StPO 202, nicht nur nach 358, wo es ausdrücklich angeordnet ist, Genug- tuungssummen für Verletzungen in den persönlichen Ver- hältnissen²⁶⁰.

Schwyz hat unter der Herrschaft von StPO 1908 Genug- tuung gewährt, ohne als gesetzliche Grundlage mehr zu haben als «billige Entschädigung»²⁶¹.

Solothurn hat in StPO 117 die Bestimmung, zu ent- schädigen sei nur für materiellen Nachteil, während KV 13 die Gerichte anweist, «angemessen» zu entschädigen. Die Gerichte gewähren jedoch Genugtuung unter Berufung auf die Verfassungsmaterialien, da die Beratungen des Verfas- sungsrates eindeutig dahin gingen, «nicht nur für nachweis- bare Vermögensnachteile, sondern auch für den erlittenen moralischen Schaden» sei Ersatz zu leisten²⁶².

²⁵⁸ Oben N. 179.

²⁵⁹ ZR 11 Nr. 150, 15 Nr. 221, 16 Nr. 65, 42 Nr. 118, 51 Nr. 212, SJZ 18 S. 226, KEHL S. 398.

²⁶⁰ Anklagekammer, 24. 1. 1955 i.S. Carnal und Bieri.

²⁶¹ RB 1913 S. 9.

²⁶² Schwurgericht i.S. Gaugler 16. 2. 1954, Gründe auszugs- weise auch wiedergegeben in RRB Nr. 3993 vom 13. 9. 1955. – Ferner 2 Urteile in ZbJV Bd. 40 S. 650 und 45 S. 55. S. aber auch schon RB 1904 Nr. 64. – Auch die Entschädigung nach StPO 106 umfaßt nach der Praxis die Genugtuung (RB 1958 S. 112 = Rspr. in Strafs. 1960 Nr. 109).

Die Praxis des Kantons St. Gallen hat schon lange vor der geltenden StPO Genugtuung im heutigen Sinne gewährt, so 1887 für steckbriefliche Verfolgung, Aufgreifen aus geregeltem Arbeitsverhältnis, verbunden mit Polizei-transport, ferner 1925 für die Verhaftung eines Unbescholtenden²⁶³.

Waadt schließt in die «indemnité» des StPO Art. 445 die Genugtuung ein, wie ein Urteil zeigt, das für «le très grave préjudice moral et matériel» eine «indemnité satisfactoire» bewilligte²⁶⁴, desgleichen versteht auch Neuchâtel unter «indemnité» eine die Genugtuung mitumfassende Zuwendung²⁶⁵.

In seiner Praxis zu BStP 122 hat das Bundesgericht wiederholt die Frage der Genugtuung aufgeworfen²⁶⁶, letztmals in einem publizierten Urteil, dessen Erwägungen kaum mehr einen Zweifel übrig lassen, daß das Gericht die Zuspreechung einer Geldsumme für *tort moral* als begründet erachtet, wobei die Voraussetzungen mindestens nicht geringer sind als für den Ersatz materiellen Schadens. Der Ausdruck «Entschädigung» gebe dem Einbezug der Genugtuung Raum. In der Tat sei der Ausgleich von *Tort moral* geboten, seien doch Fälle denkbar, bei denen er den materiellen Schaden überwiege oder gar dieser überhaupt entfalle²⁶⁷.

Damit gewährt die Mehrheit der schweizerischen Rechtsordnungen Leistungen zur Abgeltung von *tort moral*, was im Hinblick auf die vorstehende Erwägung des Bundesgerichts ohne Einschränkung zu billigen ist. Ähnlich lehrte schon OTTO BÄHR: «Was für das sechzehnte Jahrhundert die ungerechte Folterung war, ist für unser empfindlicheres Rechtsgefühl die ungerechte Haft; und so ist im Grunde

²⁶³ RB 1897 Nr. 25, 1925 Nr. 20.

²⁶⁴ Tribunal criminel (Aigle), 17. 1. 1953 i.S. Richter.

²⁶⁵ Chambre d'accusation 9. 12. 1949 i.S. Niederhauser; CLERC, Indemnité S. 273.

²⁶⁶ 4. 4. 1949 i.S. Bessire u. Gen., 29. 11. 1952 i.S. Ulrich.

²⁶⁷ BGE 84 IV 47 E. 6.

genommen die Entschädigung, die wir jetzt für den unschuldig Verhafteten beanspruchen, ganz die nämliche «Ergetzung», die man vor dreihundert Jahren den unschuldig Gefolterten gewähren wollte. Daß bei Bestimmung des Maßes derselben billigerweise auch Vermögensbeschädigungen zu berücksichtigen sind, soll damit in keiner Weise verneint werden»²⁶⁸. Daß im übrigen nicht wie regelmäßig im Haftpflichtrecht für die Gewährung der Genugtuung das Verschulden oder schwere Verschulden des Schädigers in Anschlag kommen kann, ist selbstverständlich. Denn gerade die Fälle, wo es an jedem Verschulden für den schweren Eingriff in Persönlichkeitsrechte und damit an einem persönlichen Schuldner aus Delikt fehlt, sind diejenigen, die in erster Linie die Frage nach einer Genugtuungsleistung durch den Staat aufwerfen²⁶⁹. Soweit daher die Gesetze oder Verfassungen Genugtuung verheißen, ist eine gewisse Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre als erforderlich und genügend zu erachten. Die Leistung ist dann unter Würdigung aller Umstände festzusetzen.

Als Ausgleich besonderer Art kennt Glarus²⁷⁰ die «Unschuldserklärung» und Basel-Stadt²⁷¹ die Bescheinigung, daß der Verfolgte unschuldig sei oder daß der Verdacht, er habe die ihm vorgeworfene Handlung begangen, durch die Untersuchung beseitigt ist; ähnlich hat auch Thurgau²⁷² das «Unschuldszeugnis». Neben Protokollauszügen, beglaubigten Abschriften von Aktenstücken und dergleichen kann einer derartigen Bescheinigung schwerlich selbständige Bedeutung zukommen²⁷³.

²⁶⁸ a.a.O. (N. 10) S. 294. – Vgl. auch das von HERZOG S. 1 mitgeteilte CARPZOW-Zitat (*Practica rerum criminalium, quaestio C X 1*): *Clausura est torturae species.* – Ganz auf dieser Linie befindet sich offensichtlich BGE 23 S. 1226.

²⁶⁹ So die Praxis von Neuchâtel (N. 265).

²⁷⁰ StPO 100.

²⁷¹ StPO 81.

²⁷² Korr. 31.

²⁷³ Zu BS vergl. OSWALD S. 59, OSWALD-GANZ S. 11.

Schließlich sehen eine ganze Reihe von Gesetzen die auf Verlangen zu veranstaltende Publikation der Freisprechungen im ordentlichen oder Wiederaufnahmeverfahren vor²⁷⁴. Vorzuziehen sind dabei die Regelungen, die die Publikation dem freien Willen des Freigesprochenen anheimstellen. Die militärgerichtliche Praxis verzeichnet im Rahmen dieser Vorschriften einen wohl singulär gebliebenen Fall, in dem ein Angeklagter durch Kassationsbeschwerde eine andere Zeitung als die vom Divisionsgericht bezeichnete wünschte, jedoch abgewiesen wurde²⁷⁵. Im Einzelfall ist natürlich zu prüfen, wie weit neben den materiellrechtlichen Anordnungen des Bundes den Regeln der Strafprozeßordnungen noch Bedeutung zukommt.

3. Aktivlegitimation

Zahlreiche Bestimmungen enthalten Regeln über die Personen, die Entschädigung oder Genugtuung fordern können, andere jedoch schweigen sich aus. Im einen wie im andern Fall können sich im Recht des Bundes oder eines Kantons schwierigere Auslegungsfragen präsentieren, wenn ausgemacht werden soll, ob Ansprüche nur dem Verfolgten selbst zustehen sollen, ob sie übertragbar oder vererblich sind oder ob neben oder nach dem Verfolgten Dritte eigene Rechte auf Ausgleich materiellen oder immateriellen Schadens haben, denn soweit die Rechtsetzung über Ansprüche auf Deckung von Strafverfolgungsschäden dem Bund oder den Kantonen anheimgegeben ist, können sie auch frei über die Person des Berechtigten und über die Vererblichkeit der Ansprüche Bestimmungen aufstellen.

Im allgemeinen sind unsere Gesetzgeber in diesen Fragen eher einsilbig. Wo sie wenig oder nichts ausdrücklich regeln, wird man auf Analogien aus der entsprechenden Rechts-

²⁷⁴ StGB 61, BStP 237, MStG 43, ZH StPO 455, BE StPO 357, FR StPO 61, BS StPO 81, AR StPO 125, GR StPO 153, AG StPO 235, VD StPO 448, NE StPO 269, GE StPO 458.

²⁷⁵ MKGE Bd. 2 Nr. 40.

ordnung greifen müssen und schließlich wird man, wo die Ordnung eines Kantons keinerlei Anhaltspunkte darbietet, das Bundesrecht auch dort analog anwenden, wo nicht, wie im Falle Neuchâtel, ausdrückliche Verweisungen auf das Deliktsrecht des OR gemacht sind.

Im Hinblick hierauf sind einige vorausgehende Hinweise angezeigt. Vermögensrechte sind regelmäßig nach schweizerischem Recht abtretbar und vererblich²⁷⁶. Haftpflichtansprüche stehen ursprünglich nur dem Verletzten, der den Schaden unmittelbar erlitten hat, nicht den durch Kettenreaktion geschädigten Dritten zu²⁷⁷. Man wird daher, wo eine Gesetzgebung weiter keinen Aufschluß gibt, Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschaden als vererblich unterstellen müssen. Umgekehrt wird sich die ursprüngliche Berechtigung unter denselben Umständen auf den persönlich Verfolgten beschränken. Wo jedoch nicht gesagt ist, daß Ansprüche vererblich sind, aber für den Fall, daß der Verfolgte gestorben ist, bestimmten oder bestimmbaren (mit den Erben identischen oder nicht identischen) Personen an seiner Statt Ansprüche eingeräumt sind, wird man dies nicht als erbrechtlichen Übergang, sondern als Gewährung eines subsidiären eigenen Rechts qualifizieren müssen mit allen Folgen, die sich daran knüpfen (keine Anrechnung auf den allfälligen Erbteil oder ein Vermächtnis, wenn der Ansprecher im übrigen Erbe oder Legatar ist, keine Haftung für die Schulden des Erblassers, wenn der Ansprecher neben dem Anspruch eigenen Rechts nicht zugleich Erbrechte hat oder wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hat).

Für die Genugtuung ist angenommen worden, sie sei aktiv nicht vererblich²⁷⁸, doch hat die Praxis zu aOR 54

²⁷⁶ Vgl. ESCHER, Komm. ZGB 2. Aufl. Einl. N. 5.

²⁷⁷ OFTINGER, Haftpflichtrecht Bd. 1 2. Aufl. S. 49 f., insbesondere N. 38, wo gesagt ist, daß diese Beschränkung ganz einfach unerlässlich ist, wenn nicht das Haftpflichtrecht gefährdet werden soll.

²⁷⁸ Dazu und zum folgenden VON TUHR-SIEGWART OR S. 117 ff.

Vererblichkeit anerkannt, wenn der Gekränkten den Willen zur Geltendmachung seines Anspruchs durch Klage oder nur schon Auftragserteilung an einen Anwalt oder durch Zession geäußert hat, was nach Inkrafttreten des OR 1911 als unverändert übernommen erachtet und auch für das ZGB rezipiert wurde, mit Ausnahme von ZGB 93, wonach der Genugtuungsanspruch aus Verlöbnisbruch aktiv nur dann vererbt wird, wenn er anerkannt oder eingeklagt ist. VON TUHR-SIEGWART halten die Regel von ZGB 93 im Gegensatz zum bisherigen Recht für analog anwendbar bei sämtlichen Genugtuungsansprüchen des Zivilrechts, während umgekehrt OFTINGER²⁷⁹ unbeschränkte Vererblichkeit, auch ohne jede Äußerung des verletzten Erblassers vor dem Tode, anzunehmen vorschlägt. Die Gerichtspraxis ist auch in den letzten Entscheidungen bei der erwähnten Mittellösung der Vererblichkeit, die einen Schritt des Verletzten selbst zu Lebzeiten voraussetzt, geblieben²⁸⁰. Wir möchten der Ansicht OFTINGERS folgen, da es in zahlreichen Fällen vom Zufall abhängen mag, ob ein Verletzter dazu kommen kann, selbst die Geltendmachung seiner Rechte einzuleiten. Oder soll die Genugtuung ausfallen bei einem Schwerverletzten, der im Augenblick der Verletzung das Bewußtsein verlor und vor seinem Tode nicht wiedererlangte? Das ist doch kein schlüssiges Kriterium.

Im Sinne dieser Ausführungen halten wir die Ansprüche aus BStP 122 und MStGO 122^{ter} für vererblich, nicht hingegen diejenigen aus BStP 237, die der Kassationshof nach dem Tod des Verfolgten denen zuerkennen kann, zu deren Unterstützung er verpflichtet war, oder die durch die Verurteilung besondere Unbill erlitten haben. Zürich hat keine ausdrückliche Vorschrift, Bern dagegen ein eigenes Recht derselben Personen, wie sie BStP 237 nennt. Die Quellen von Luzern, Uri, Schwyz, beider Unterwalden, Glarus²⁸¹,

²⁷⁹ a. a. O. (N. 277) S. 259 ff.

²⁸⁰ BGE 79 IV 106, 81 II 389 f.

²⁸¹ Glarus hat über die passive Vererblichkeit von Kosten- und

Zug, Freiburg und Solothurn geben keinerlei ausdrücklichen Aufschluß. Basel-Stadt verfügt über eine ausdrückliche Vorschrift²⁸², nach der die Entschädigungsansprüche vererblich sind²⁸³. Basel-Landschaft, Schaffhausen, beide Appenzell und St. Gallen haben keine ausdrücklichen Regeln, doch hat für St. Gallen die Gerichtspraxis entschieden, daß nur der Verfolgte selbst²⁸⁴ Entschädigungen fordern kann. Graubünden gewährt nach dem Tode des Verurteilten bei günstigem Ausgang des Revisionsverfahrens den Personen, die durch die Verurteilung zu Schaden gekommen sind, einen entsprechenden Entschädigungsanspruch²⁸⁵, womit ihnen offensichtlich ein eigenes Recht eingeräumt und zugleich die Nicht-Vererblichkeit dieses Anspruches statuiert sein dürfte, während Aargau²⁸⁶ mit der Formulierung, daß nach Absterben des Verurteilten die aus Revision folgenden Ansprüche den Unterstützungsberchtigten oder den durch die Verurteilung benachteiligten Personen zustehen sollen, sich offensichtlich an die Regelung Berns und des Bundes anlehnt. Im Geschworenengerichtsprozeß und kraft Verweisung auch im korrektionellen Verfahren des Kantons Thurgau²⁸⁷ scheint es, daß nach dem Tode des Verurteilten die Witwe, Verwandten oder Erben, die die Revision betreiben können, bei Freispruch insoweit zu entschädigen sind, als sie im Verfahren effektiv aufgetreten waren. Tessin erklärt ausdrücklich²⁸⁸, daß im Falle des Todes die Ansprüche auf die Erben übergehen, wobei eine Beschränkung auf Ansprüche aus Revision nicht stattfindet. Waadt²⁸⁹

Regreßforderungen aus Entschädigungen in StPO 139 eine Bestimmung. Dazu KEHL S. 380.

²⁸² StPO 83.

²⁸³ OSWALD S. 62.

²⁸⁴ Gerichts- und Verwaltungspraxis 1957 S. 86 = Rspr. in Strfs. 1958 Nr. 235.

²⁸⁵ StPO 153.

²⁸⁶ StPO 235.

²⁸⁷ Krim. 209, 215, Korr. 62.

²⁸⁸ StPO 273.

²⁸⁹ StPO 436, 446.

gibt den Blutsverwandten, den Verwandten kraft Adoption und dem überlebenden Ehegatten des verstorbenen Verurteilten das Recht, die Revision eines verurteilenden Erkenntnisses zu betreiben und gewährt dem Antragsteller bei Freispruch einen Entschädigungsanspruch eigenen Rechts. Wallis hat über die Aktivlegitimation keine Bestimmungen, Neuchâtel hingegen²⁹⁰ spricht die nicht auf Revision, wohl aber auf Haft beschränkte Entschädigung unter denselben Voraussetzungen, wie sie für den Verletzten gelten, nach dessen Tod dem Ehegatten, den Aszendenten und Deszendenten zu, wenn sie beweisen, daß sie durch die Haft einen Nachteil erlitten haben. Genf endlich²⁹¹ gibt im Falle, daß der Verurteilte tot ist, die Revision dem überlebenden Ehegatten, einem Verwandten, Erben oder Freund anheim²⁹², und im Falle des Erfolges hat der Freigesprochene oder «ses ayants droit» den Anspruch auf Entschädigung.

Eine Würdigung dieser Regelungen kann kurz gefaßt werden. In erster Linie besteht an sich ein Interesse nach möglichst großer Klarheit, dem durch allzu knappe Vorschriften oder durch Schweigen der Gesetze wohl wenig gedient ist. Dann ist materiell zu sagen, daß einerseits Unvererblichkeit der Ansprüche, andererseits aber ihre Zuerken-

²⁹⁰ StPO 271.

²⁹¹ StPO 453.

²⁹² Hinzu kommt als Legitimierter im Falle, daß die Verurteilung unter fremdem Zivilstand erfolgte, die Legitimation jedes Interessierten. Dieser, in der Novelle 26. 5. 1897 erstmals auftretende Sondertatbestand beruht offenbar auf dem Fall Bérard (BGE 25. 2. 998 ff., dazu GAUTIER ZStR 11 S. 91 ff., S. 129, wo der Text der Novelle wiedergegeben ist), wo es dem legitimen Träger dieses Namens nicht gelungen war, aus seiner Strafregisterkarte ein Urteil entfernen zu lassen, das ein Dritter unter Anmaßung seines Namens Bérard zugezogen hatte! Vgl. CLERC, Responsabilité S. 376 N. 2, ferner vergleichsweise die geltende Strafregisterverordnung Art. 15, Art. 748 des neuen frz. Code de procédure pénale, auch etwa die Thurgauer Entscheidung RB 1942 Nr. 31.

nung an Personen, die dem Verfolgten im Leben auf eine mehr oder weniger präzis umschriebene Weise nahegestanden hatten, bessere Möglichkeiten eröffnet, den Umständen des einzelnen Falles auf angemessene Weise Rechnung zu tragen, als dies bei aktiver Vererblichkeit der Fall wäre. Gegen die uneingeschränkte aktive Vererblichkeit der Genugtuungsansprüche bestehen u. E., sofern überhaupt man die aktive Vererblichkeit an Stelle eines eigenen Rechts Nahestehender wählt, keine triftigen Bedenken. Wollte man jedoch weder aktive Vererblichkeit noch bei Tod des Verfolgten ein eigenes Recht Nahestehender zulassen, würde das bedeuten, daß der Fiskus aus dem, möglicherweise wegen der Verfolgung vorzeitigen, Tod des Verfolgten Vorteile ziehen will. Regelungen solcher Art wären daher nicht zu empfehlen.

4. Passivlegitimation

Im Hinblick darauf, daß unsere Ausführungen ohnehin nur die staatlichen Entschädigungen berühren, sind es lediglich zwei Sonderfälle, in denen die Frage der Passivlegitimation zu Erörterungen Anlaß geben mag, nämlich Fälle der Delegation von Bundesgerichtsbarkeitssachen an die Kantone und Fälle interkantonaler Rechtshilfe nach StGB Art. 352ff.

Delegationssachen haben schon unter aBStP gelegentlich Schwierigkeiten verursacht²⁹³. Seit Inkrafttreten des geltenden Gesetzes sind in einer Reihe von Entscheidungen des Bundesgerichts einige Richtlinien entwickelt worden. So wurde erkannt²⁹⁴, daß auch ein von kantonalen Behörden in ihrer Eigenschaft als Hilfsorgane des Bundesanwalts spontan eröffnetes und prosequiertes Ermittlungsverfahren nach Bundesstrafprozeßrecht gegebenfalls zu bundesrechtlichen Entschädigungsansprüchen zu Lasten

²⁹³ BGE 19 S. 685.

²⁹⁴ BGE 64 I 74 ff., 138 ff.

des Bundes führt. Später²⁹⁵ wurde das bestätigt für den Fall, daß das Ermittlungsverfahren kraft Delegation an einen Kanton in ein nach kantonalem Prozeßrecht weiterzuführendes Strafverfahren übergeht und in der Folge eingestellt wird. Eine weitere Präzisierung führte dazu, daß für Haft, die in einem eidgenössischen Ermittlungsverfahren beginnt und im anschließenden kantonalen Verfahren endet, die Entschädigung für den Abschnitt vor der Delegation nach Bundesrecht zu Lasten des Bundes und für den Abschnitt nachher nach kantonalem Recht zu Lasten des Kantons zuzusprechen ist²⁹⁶. Eine letzte Schwierigkeit mußten schließlich Fälle verursachen, wo nach der Delegation nicht eine Verfahrenseinstellung verfügt wird, sondern das Gericht den Angeklagten freispricht; BStP 176, 206 und 237 handeln von Freisprechungen durch die Gerichte des Bundes, BStP 122 und 131 hingegen nur von der Einstellung des Verfahrens. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist demnach nicht Vorsorge getroffen für den Fall, wo ein kantonales Gericht in einem als Bundessache begonnenen und später als delegierte Sache zu Ende geführten Fall freispricht. Das Bundesgericht²⁹⁷ hat diesen Fall von Freisprechung durch Analogie der Verfahrenseinstellung nach BStP 122 gleichgestellt.

Schon diese, u.E. unvermeidlich mit der bundesstaatlichen Teilung der Gerichtsbarkeit zusammenhängenden Regeln sind als zu²⁹⁸ unübersichtlich, zu kompliziert und namentlich für den Verfolgten unhandlich²⁹⁹ beanstandet

²⁹⁵ BGE 67 I 156 ff.

²⁹⁶ BGE 69 IV 187 ff.

²⁹⁷ BGE 83 IV 207 ff., dazu WAIBLINGER ZbJV 95 S. 225.

²⁹⁸ KEHL S. 410 ff.

²⁹⁹ WAIBLINGER a.a.O. (N. 297). KEHLS Vorschlag, entgegen der Ansicht des Bundesgerichts (BGE 67 I 160 und 69 IV 188) zwecks einheitlicher Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfrage die Delegation rückwirkend auch das bundesprozeßrechtliche Ermittlungsverfahren erfassen zu lassen, schafft u.E. nur neue Komplikationen. Ein nach einem bestimmten Prozeßrecht effektiv geführtes Verfahren kann nicht hinterher durch

worden. Die Sache wird indessen noch schlimmer, wenn konnex mit dem delegierten Verfahren vom Kanton in eigener Kompetenz real konkurrierende weitere strafbare Handlungen verfolgt werden. Abhilfe, deren Notwendigkeit schwerlich zu leugnen ist, kann dadurch gebracht werden, daß durch Gesetz für Delegationsfälle, die allein oder mit real konkurrierenden weitem Fällen geführt werden, eine Instanz zur Entscheidung über bundes- und kantonalrechtliche Entschädigungsansprüche zuständig erklärt wird, wobei allenfalls ein Sonderverfahren nachfolgen mag, in dem die Repartition der Gesamtsumme auf die beteiligten Fisci nachzuprüfen wäre, was für den Bürger ohne Bedeutung ist und deshalb auch seine Beteiligung nicht erfordert. Noch radikaler und wirklich konsequent wäre die materielle und prozessuale Vereinheitlichung des Entschädigungsrechts durch den Bund.

Interkantonale Streitigkeiten könnten sich ergeben zum Beispiel aus Fällen, die nach StGB Art. 350 abgetreten oder nach BStP 262 einem andern Kanton zur Fortsetzung eines anderwärts eingeleiteten Verfahrens zugewiesen werden. Muß z.B. der übernehmende Kanton für eine Verfolgungshandlung entschädigen, die nur nach dem Recht des abtretenden, nicht aber nach dem des übernehmenden Kantons zu Entschädigung berechtigt? Oder muß er entschädigen, wenn nach seinem eigenen, nicht aber nach dem Recht des abtretenden Kantons eine Entschädigung gefordert werden kann? Wir halten auch hier dafür, es wäre falsch, eine Rückwirkung zu statuieren. Entschädigung schuldet der Kanton, der als *dominus litis* verfolgt nach seinem eigenen Recht, soweit er auf eigenem Territorium handelt, nach dem Recht des dritten Kantons, wenn er auf dessen Gebiet gemäß StGB 355 Amtshandlungen vor-

einen Kunstgriff zu einer nach einem andern Recht geführten Prozedur gemacht werden. Sonst hätten nicht die richtigen Behörden gehandelt, wären Zeugnisverweigerungsrechte widerrechtlich nicht beachtet worden, wäre eine Haft nachträglich gesetzwidrig und dergleichen mehr.

nimmt. Wenn nun aber das Verfahren vor Abschluß abgetreten wird, wonach dann die zuständige Behörde des übernehmenden Kantons es durch Freispruch oder Einstellung beendet, wird sie wohl den außer Verfolgung Gesetzten für Ansprüche aus Verfolgungshandlungen des abtretenden Kantons an diesen verweisen müssen, denn sie kann regelmäßig das für sie fremde Recht und die entsprechende Praxis nicht hinreichend übersehen, um solche nicht immer einfache Fragen verlässlich entscheiden zu können. Das kann zu Komplikationen führen, wenn im Recht des Kantons, an den verwiesen wird, statuiert ist, der Sachrichter habe auch über eine allfällige Entschädigung zu befinden, oder wenn über die Entschädigung in einer Klausel der Sachentscheidung gesprochen werden sollte, oder schließlich wenn zur Geltendmachung der Entschädigung eine ganz kurze Frist eingehalten werden muß. Die Strafprozeßordnungen der Kantone regeln Fragen, die sich aus Kompetenzkonflikten nach StGB ergeben können, überhaupt nicht, so daß sich die Praxis hier wie sonst den Weg ziemlich frei wird bahnen müssen.

Die andere in Betracht fallende Lösung, auch die Entschädigungsfrage dem Recht des übernehmenden Kantons zu unterstellen, scheint jedenfalls größere Härten in sich zu schließen. Dann erhält einer, der z.B. in Zürich als Unschuldiger in Haft war und die Haft auch nicht prozessual verschuldet hat, gar keine Entschädigung, wenn die Strafsache vor Abschluß von Genf übernommen wird. Im umgekehrten Fall erhält er sie, während seine im gleichen Fall befindlichen Mitinsassen von St. Antoine leer ausgehen. Gibt Zürich jedoch den Fall nicht nach Genf, sondern nach Baselland weiter, steht nur eine Entschädigung zu erwarten³⁰⁰, wenn der Verfolgte Haft ausgestanden hat, währenddessen er in Zürich, nach Abtretung des Falles dahin durch die basellandschaftlichen Behörden auch für Kosten und Umtriebe nach Zürcher Recht eine Entschädigung fordern

³⁰⁰ S. immerhin oben N. 216.

könnte. All dies liefe darauf hinaus, auf einen Tatbestand Rechtsnormen anzuwenden, die zur Zeit seiner Entstehung nicht anwendbar waren. Die Gründe, die das Bundesgericht in Delegationssachen³⁰¹ als entscheidend erachtet, nämlich daß für die Entschädigungspflicht dort anzuknüpfen ist, wo nach kantonalem Recht eine kantonale Behörde gehandelt hat, gelten analog auch hier. Der *dominus litis* hat es in seiner Hand, sorgfältig zu handeln und Schaden durch Pflichttreue und Klugheit zwar nicht immer zu vermeiden, wohl aber auf einem tragbaren Maß zu halten, abgesehen von Ausnahmefällen, wo trotz aller Sorgfalt großer Schaden unvermeidlich ist. Ihn und nicht den, der den Fall nach Durchführung der schadenstiftenden Maßnahmen übernimmt, soll auch das Risiko treffen.

Ähnlich sind schließlich gewisse Fälle der interkantonalen Rechtshilfe, was am besten mit einem Beispiel demonstriert wird. Ein Automobilist kollidiert mit einem Fußgänger, hält jedoch nicht an. Ein Zeuge gibt seine Polizeinummer an und die Verfolgung wegen fahrlässiger Tötung kommt in Gang. Die Behörden des Unfallortes ersuchen die Behörden des Kantons, in dem das Fahrzeug immatrikuliert ist, den Fahrer zu verhaften und zuzuführen. Der Halter wird verhaftet, es stellt sich aber heraus, daß nicht nur er selbst, sondern auch sein Fahrzeug am Unfall nicht beteiligt sein konnte. Für die Freiheitsentziehung als solche und allenfalls die Beschlagnahme des Wagens und weitere Verfolgungsmaßnahmen, die sie auf Grund eines genau detaillierten Ersuchens ohne eigenen Entschluß nur ausführten, wozu sie bundesrechtlich verpflichtet sind, werden die Behörden des ersuchten Kantons jede Haftpflicht ablehnen. Sind jedoch nicht durch die Maßregeln an sich, sondern durch die, den Prozeßvorschriften des ersuchten Kantons nicht entsprechende, Durchführung (Verletzung durch völlig unnötiges brutales Verhalten, Unterlassen der Einvernahme innert der gesetzlichen Frist usw.) Schädigungen

³⁰¹ BGE 69 IV 188.

eingetreten, wird der ersuchende Kanton mit Recht hiefür keine Haftung übernehmen wollen. Für den Verletzten selbst hat dies die bedauerliche Folge, daß er sich in zwei Kantonen je teilweise um die Entschädigung aus einem Vorgang bemühen muß. Je nach der anwendbaren Gesetzgebung erhält er am einen Ort nichts und muß am andern einen Zivilprozeß führen.

5. Regreß

Nicht alle Gesetzgebungen haben Regeln über den Rückgriff aufgestellt, und soweit sie es getan haben, differiert ihr Inhalt nicht unbeträchtlich. Einige Kantone haben sich auf den lakonischen Ausspruch beschränkt, dem Staat stehe für bezahlte Entschädigungen das Recht des Rückgriffs zu³⁰². Andere bestimmen ausdrücklich, gegen wen sie sich den Rückgriff vorbehalten³⁰³, was in der Regel zur Folge haben dürfte, daß *e contrario* ein Regreß gegen andere als die ausdrücklich Genannten nicht zur Verfügung stehen soll. Wo z.B. der Anzeiger allein erwähnt ist, wird das Regreßrecht des Staates gegen einen falschen Zeugen, Sachverständigen, eine Auskunftsperson o.a. problematisch sein. Wieder andere Vorschriften bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Rückgriff stattfindet. Wo bloß Arglist

³⁰² Welcher Regel neben OR 51 unmöglich große Bedeutung zu kommen kann. In diesem Sinne UR KV 29, OW KV 6, NW KV 5, TG Krim. 215 (OW gibt einen bloßen Verweis auf das Gesetz).

³⁰³ ZH StPO 43, 191 (Anzeiger), BE StPO 202/200, 258 (Privatkläger, Anzeiger), 358 (Dritte), UR 134/35 StPO (Anzeiger), SZ StPO 99 (Anzeiger, Strafantragsberechtigter, Geschädigter), GL StPO 139 (Anzeiger), ZG StPO 58 (Anzeiger), SO StPO 118 (Anzeiger, BS StPO 84 (Fehlbare), SG StPO 216 (Anzeiger, Kläger, Zeuge, Auskunftsperson, Sachverständiger), GR StPO 161 (Personen, die den Entschädigungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben), AG StPO 140 (Anzeiger). – Siehe indessen BGE 71 I 48 ff., wo über die «Urheber» des Schadens (MO 29, nämlich Militärpersonen) hinaus der Rückgriff nach «allgemeinen Rechtsgrundsätzen» (OR 51) auch auf Beteiligte, das Gesetz nicht nennt, zugelassen wurde.

genannt ist, kann demnach grobe Fahrlässigkeit nicht genügen. Wo anderseits jedes Verschulden als genügend bezeichnet wird, dürfte dies neben den bundesrechtlichen Anforderungen an die Deliktshaftung des Strafanzeigers³⁰⁴ kaum Bestand haben, denn wer nach OR 41 ff. direkt nicht einstehen muß, weil seine Strafanzeige keine unerlaubte Handlung ist, kann auch als Regreßschuldner nicht haften. Schließlich enthalten einige Bestimmungen Verfahrensregeln für den Rückgriff, und zwar meistens die Vorschrift, daß gleichzeitig mit der Entschädigung auch über den Rückgriff abgesprochen werde³⁰⁵. Wo solche Vorschriften fehlen, ist der Deckung für seine Verwendungen suchende Fiskus auf den ordentlichen Zivilrechtsweg verwiesen. Keine selb-

³⁰⁴ BStP 122 (Arglist und grobe Fahrlässigkeit), BE StPO 202/200, 258 (Arglist, Fahrlässigkeit), 358 (rechtswidrige Handlungen), UR StPO 134/35 (Arglist), SZ StPO 99 (vorsätzliche oder grob fahrlässige unrichtige Angaben), ZG StPO 58 (absichtliche oder grob fahrlässige unwahre Angaben, die zur Untersuchung Anlaß gaben), SO StPO 118 (wissenlich wahrheitswidrige oder übertriebene Anzeige), BS StPO 84 (vorsätzliche oder grob fahrlässige Schadensverursachung), SG StPO 216 (vorsätzliche oder grob fahrlässige Verursachung des Entschädigungsfalles), GR StPO 161 (Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit), AG StPO 140 (absichtliche oder grob fahrlässige unrichtige Angaben). – Vgl. auch den oben N. 214 erwähnten Fall BGE 84 I 13 ff., der die ordentlichen Prozeßkosten betrifft. Das Bundesgericht kommt im Ergebnis zur Aufstellung eines gemeinschweizerischen Rechtssatzes, daß dem Anzeiger oder dem neben dem öffentlichen Ankläger auftretenden Privatkläger die Kosten nur auferlegt werden dürfen, wenn er «die Einleitung des Verfahrens leichtfertig oder arglistig veranlaßt oder dessen Durchführung erschwert hat». Wenn die an den Verfolgten bezahlte Entschädigung einfach zu den staatlichen Verfahrenskosten geschlagen wird, wirkt sich dieser Satz unmittelbar auf den Regreß gegen den Anzeiger oder Privatkläger aus. Wo umgekehrt über Entschädigung selbständig Rechnung geführt wird, ist dennoch die analoge Bedeutung der zitierten Entscheidung nicht zu unterschätzen.

³⁰⁵ ZH in der Praxis, s. ZR 34 Nr. 99, BE (StPO 202, 258, 358), SZ StPO 99, GL StPO 139, SO arg. StPO 118, BS StPO 84 (über Geltendmachung des Regresses beschließt der Regierungsrat), SG StPO 217, AG StPO 140.

ständige Bedeutung haben Vorschriften, wonach der Regreßschuldner vor seiner Verurteilung zur Zahlung anzu hören sei. Gesetzesbestimmungen, wonach dies nicht zu geschehen brauche, wären bundesrechtswidrig, und auch dort, wo gar nichts statuiert ist, hat der Regreßschuldner seinen selbstverständlichen, aus BV 4 hergeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör.

C. Verfahren

Eine vollständige Darstellung der geltenden Verfahrensregeln und der behördlichen Praxis müßte, um verständlich zu sein, den aus Regeln des entsprechenden Gerichtsverfassungs- und -prozeßrechts gebildeten Rahmen mitgeben, was weit mehr als den verfügbaren Raum beanspruchen müßte, zugleich aber einen unverhältnismäßig geringen Nutzen bringen würde. Es wird daher davon abgesehen, die kantonalen Verfahrensnormen über Geltendmachung und Zusprechung von Entschädigungen für unschuldig Verfolgte vollständig zu entwickeln. Es muß statt dessen sein Bewenden haben mit der beispielsweisen Erörterung einiger typischer Verfahrensfragen.

Der Wichtigkeit nach gehören an die Spitze die Zuständigkeitsvorschriften. Meistens hat der Sachrichter auch über die Frage einer Entschädigung zu befinden, wobei einzelne Kantone auch Rechtsmittel gegen Entscheidungen erster Instanz einräumen. An andern Regelungen haben wir beispielsweise die von Genf, wo³⁰⁶ dem Ansprecher freigestellt ist, sich an den freisprechenden Strafrichter oder auf dem ordentlichen Rechtsweg an den Zivilrichter zu wenden, oder die von Waadt³⁰⁷, wo dem Verfolgten anheimgestellt ist, über den zusammen mit der Freisprechung zugesprochenen Teil der Entschädigungsforderung hinaus einen Rest im ordentlichen Zivilrechtsweg geltend zu ma-

³⁰⁶ StPO 458.

³⁰⁷ StPO 354, 445.

chen. Andere Kantone endlich, wie Neuchâtel³⁰⁸ oder St. Gallen³⁰⁹ haben die Anklagekammer für alle Entschädigungsfälle, sei es infolge Einstellung oder Freisprechung, im ordentlichen oder wieder aufgenommenen Verfahren zuständig erklärt. In einzelnen Regelungen, wie etwa dem BStP³¹⁰ ist teils der Sachrichter, teils an seiner Stelle die Anklagekammer für die Zusprechung von Entschädigungen kompetent. Im militärstrafrechtlichen Prozeß des Bundes entscheidet bei Einstellung des Verfahrens eine Verwaltungsbehörde auf Antrag des Oberauditors über das Entschädigungsbegehren³¹¹.

Soweit Schadenersatzforderungen an die Kantone in Frage stehen, ist es den Parteien, d.h. dem Ansprecher und dem Kanton, gemäß Art. 42 eidg. OG bei einem Mindeststreitwert von Fr. 8000.–³¹² freigestellt, das Bundesgericht als einzige Instanz anzurufen. Dabei kommt es nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nicht darauf an, ob nach der kantonalen Gesetzgebung die Streitsache im ordentlichen Rechtsweg oder in einem besondern Verfahren vor besondern Behörden auszutragen wäre.

Von der Überlegung ausgehend, daß dem Verfolgten in jedem Fall, auch wenn er nicht daran denkt, mindestens Fr. 8000.– zu fordern, zur Beurteilung seiner Entschädigungsforderung ein Unparteiischer zur Verfügung stehen sollte, der in keiner Weise die schädigenden Maßnahmen angeordnet oder in einem Beschwerdeverfahren genehmigt hat, der auch nicht als bloße Aufsichtsbehörde für die Verfolgungsmaßregeln entfernt verantwortlich ist, muß gefor-

³⁰⁸ StPO 272.

³⁰⁹ StPO 217.

³¹⁰ BStP 131, 176, 206, 237, im Gegensatz zu 122.

³¹¹ MStGO 122^{ter}. – Die Lösung wird jetzt als störend empfunden, und es ist beabsichtigt, anlässlich einer zur Zeit bearbeiteten Teilrevision den Art. 122^{ter} neu zu fassen. Der Oberauditor soll über das Entschädigungsbegehren entscheiden unter Vorbehalt der Weiterziehung an das Militärkassationsgericht innert 10 Tagen (Mitteilung des Oberauditors an Verf. vom 27. 7. 1959).

³¹² Fassung vom 19. 7. 1959.

dert werden, daß wahlweise neben dem Sachrichter ein besonderer, außerhalb des durchgeföhrten Strafverfahrens stehender Richter angerufen werden kann. Das kann in Verhältnissen mit mehreren Kammern eine andere Kammer des Strafgerichts oder das ordentliche Zivilgericht oder auch ein Verwaltungsgericht sein. Die häufig in solchen Zusammenhängen geäußerten Befürchtungen, die eine oder andere Instanz sei allenfalls mangels Vertrautheit mit dem Sachgebiet zur Entscheidung ungeeignet, halten wir für übertrieben. Wichtig ist vor allem, daß die eine zur Entscheidung der Entschädigungsfälle bestimmte Instanz alle entsprechenden Streitsachen des Kantons zugewiesen erhält, dann wird sie sehr wohl die erforderliche Erfahrung und den genügenden Einblick in die Materie gewinnen können³¹³.

³¹³ Siehe die Abhandlung von GEORG JELLINEK, Staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurteilter, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 20 (1893) S. 455 ff., wieder abgedruckt in «Ausgewählte Schriften und Reden» Bd. 2 (Berlin 1911) S. 470 ff. JELLINEK kam bei einem Vergleich der österreichischen mit der damals projektierten deutschen Regelung für den gerichtlichen Teil des Instanzenzuges (davon ausgehend, in erster Instanz werde über den Entschädigungsanspruch durch Verwaltungsakt befunden) zur Auffassung, für Österreich sei die Zuweisung an das Reichsgericht (von dem oben N. 241 ein Urteil erwähnt wurde), einen der zwei Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, richtig. Für Deutschland umgekehrt postulierte er im Hinblick auf den stark unterschiedlichen Stand der Verwaltungsjustiz in den Ländern und das Fehlen einer umfassenden Reichsverwaltungsjustiz den ordentlichen Zivilrechtsweg. – In neuerer Zeit ist um die Grenzziehung zwischen Zivil- und Verwaltungsjustiz wieder lebhaft gestritten worden. An der Tagung der Oberlandesgerichtspräsidenten vom Oktober 1953 wurde nach Referaten von RICHARD NAUMANN und WILHELM MEISS (Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953, 32 bzw. 44 S.) eine Entschließung gefaßt, «vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Zuweisung von Einzelmaterien» seien vermögensrechtliche «Interessenausgleichsansprüche ohne Rücksicht auf ihre privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Natur grundsätzlich den ordentlichen Gerichten» zuzuweisen. Hiergegen, d.h. namentlich

Indessen kann von einem praktischen Gesichtspunkt aus gesehen eine solche Regelung nicht genügen. So sehr es geboten ist, dem Verfolgten, der in der Entschädigungsfrage der Strafjustiz nicht vertrauen kann oder will, eine von ihr völlig getrennte Instanz anzubieten, so wenig ist das immer unerlässlich. Der Sachrichter hat nun einmal von der Bearbeitung der Strafsache her den Einblick mindestens in das Hauptelement des Entschädigungstatbestandes, nämlich die ungerechtfertigte Verfolgung, häufig zugleich aber auch in den Schaden des Verfolgten, in das Maß des von ihm erlittenen Schmerzes, und er kann, was die Regel sein wird, durchaus in der Lage sein, über die Ersatzansprüche zu urteilen. Der Verfolgte wird wenn auch nicht in der Regel, so doch mindestens immer noch häufig genug gegen die Mitbeurteilung seiner Entschädigungsforderung durch den Strafrichter keine Bedenken haben. Für alle diese Fälle wäre es verfehlt, notwendig einen getrennten Rechtsweg vorzuschreiben und damit entbehrliche Prozesse zu provozieren.

Dabei wären, damit ein wirklich vollkommener Rechtsschutz erreicht wird, die beiden Möglichkeiten der adhäsionsweisen Beurteilung im Strafverfahren und der selbständigen Geltendmachung im ordentlichen Zivilrechtsweg nicht notwendig als Alternative vorzusehen, vielmehr wie das in Waadt der Fall ist, dem Verfolgten freizustellen, im ordentlichen Rechtsweg eine Nachforderung zu stellen, wenn er nach der Entschädigung durch das Strafgericht dazu ein Bedürfnis empfindet.

Im allgemeinen ist von der Prozeßordnung gefordert, daß der Verfolgte, um Entschädigung zu erlangen, ein Begehren stellen müsse, oder es ist, unwesentlich weniger deutlich, gesagt, er habe einen Entschädigungsanspruch. Ver-

gegen MEISS, C. H. ULE im deutschen Verwaltungsblatt 1954 S. 137 ff., dann wieder MEISS in ZZP 67 (1954) 169 ff. und schließlich sehr eingehend KNOLL S. 209 ff. für Zuweisung von vermögensrechtlichen Ausgleichsansprüchen öffentlichen Rechts an die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

nünftigerweise kann man ja in der Tat eine Vermögensleistung nur dem zuwenden, der sie akzeptieren will, und richtigerweise muß man darüber Bescheid wissen, bevor man das entsprechende Verfahren einleitet. Das muß auch für die ja eher seltenen Genugtuungsformen der Urteilspublikation gelten. Der Verfolgte mag selbst entscheiden, ob es besser sei, eine möglicherweise nicht nennenswert publik gewordene Sache stillschweigend auf sich beruhen zu lassen, als durch eine amtliche Publikation – trotz deren Wortlaut – Verdächtigungen im Publikum zu provozieren. Immerhin wird dieses sogenannte Begehren in vielen Fällen darin bestehen, daß der Verfolgte auf die Frage des Richters, ob er eine Entschädigung fordere, mit Ja antwortet. Verständiges Verhalten dieser Art ist in Basel-Stadt³¹⁴ dem Richter ausdrücklich vorgeschrieben. In einzelnen Fällen verzeichnet die Praxis auch Zusprechung von Entschädigungen ohne ausdrücklichen Antrag des Ansprechers, was diesem noch besser dient als die wohlwollende Frage des Richters, ob er einen solchen Antrag stellen wolle³¹⁵. Das Bundesgericht hat nämlich in einem Falle, wo die kantonale Strafinstanz spontan eine Entschädigung zusprach, der Kläger dann den Kanton gemäß eidg. OG 42 auf eine zusätzliche Summe belangte, den Nichteintretensantrag des Kantons verworfen mit der Begründung, der Ansprecher habe im kantonalen Verfahren kein Begehren gestellt und damit auch sein Wahlrecht auf die Bundesgerichtsbarkeit nicht verwirkt³¹⁶.

Daß die Entschädigung nur auf Begehren zuerkannt wird, bedeutet, wie das Bundesgericht in einem Fall zum BStP ausführt³¹⁷, zugleich, daß grundsätzlich die Beweis-

³¹⁴ StPO 82.

³¹⁵ ZH in ZR 33 Nr. 126. – Ebenso BL, wie dem Verf. aus nicht veröffentlichten Entscheidungen bekannt ist. Vgl. die folgende Note zu SO.

³¹⁶ Im bereits angeführten (N. 111) Urteil Siegenthaler (SO) vom 3. 6. 1948.

³¹⁷ BGE 84 IV 47.

last dem Ansprecher obliegt. Indessen stehen Beweislastfragen bei unserem Institut nicht durchaus im Vordergrund. Der den Angeschuldigten außer Verfolgung setzende oder freisprechende Richter ist in der Mehrzahl der Fälle wie betont zugleich zur Entscheidung über die Entschädigungsfrage berufen. In aller Regel geben die Akten auch für die Entschädigungsfrage alle erforderlichen Angaben oder sie lassen sich durch eine beiläufige Aufforderung an den Angeschuldigten ohne Schwierigkeit ergänzen. Wo aber der Schaden oder ein anderes Tatbestandselement nicht liquid ist, so daß deswegen, wenn nicht ohnehin der ordentliche Zivilrichter angegangen werden muß, ist unvermeidlich, daß der Kläger bei Scheitern des Beweises das Risiko wird tragen müssen. Ohne Rücksicht auf die rechtliche Natur des Anspruchs ist dies auch durchaus natürlich, denn die Möglichkeiten des beklagten Staates, die genauen Einzelheiten z.B. des Schadens ohne prozessuale Zwangsmittel zu ergründen, sind höchstens zufällig ausreichend, während es dem Kläger nicht die geringste Mühe bereitet, den entsprechenden Beweis zu führen. Prozessuale Zwangsmittel sind schon deswegen fehl am Platz, weil es sich nicht mehr um ein Strafverfahren handelt und überdies die Gefahr groß ist, daß gerade durch Zwang neuer Schaden gestiftet wird, sei es auch nur durch Kreditschädigung infolge der Annahme, es sei gegen den Ansprecher noch immer ein Strafverfahren im Gang³¹⁸.

Eine Reihe von Rechtsordnungen setzt für die Geltendmachung der Ausgleichsansprüche Fristen, die im einzelnen stark variieren. Sie gehen von «sofort» bis zu einem Jahr³¹⁹. Soweit jedoch der Weg ans Bundesgericht nach eidg. OG 42 offen steht, wird jedenfalls eine gewisse Mindestfrist, be-

³¹⁸ Zur Beweislastfrage s. auch KEHL S. 400 ff.

³¹⁹ Sofort: FR StPO 43, 10 Tage: NE StPO 272, 15 Tage: TI StPO 268–270, 20 Tage: FR StPO 43 (bei Einst.), 30 Tage oder 1 Monat: LU StPO 281, BS StPO 89, BL StPO 139 (Adhäs.), AG StPO 140, VD 243 (non-lieu), 1 Jahr: BL StPO 139 (ord. Ziv. Klage), SG StPO 217.

ginnend im Augenblick, wo der Verfolgte von der Einstellung oder Freisprechung Kenntnis erhält, kraft Bundesrecht eingeräumt werden müssen. Als angemessen wird man *de lege ferenda* für das Adhäsionsverfahren eine Frist von einem Monat, gerechnet seit der Eröffnung des das Verfahren einstellenden oder des freisprechenden Erkenntnisses, erachten dürfen, wie sie das basellandschaftliche Recht³²⁰ vorsieht, währenddessen für die Klage im ordentlichen Rechtsweg ein Jahr zu gewähren wäre. Jedenfalls muß vermieden werden, daß begründete Entschädigungsbegehren infolge nicht vorwerfbarer Nichteinhaltung ganz kurzer Fristen untergehen.

³²⁰ StPO 139.

6. KAPITEL

EXKURS ÜBER DAS AUSLÄNDISCHE RECHT

1. Deutschland

Es bestehen das Gesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904 (geltend nur für Freisprechungen und für den Fall, daß der Angeschuldigte durch Gerichtsbeschuß außer Verfolgung gesetzt wird), das Gesetz betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 und schließlich bezüglich der Parteikosten (wieder eines freigesprochenen oder gerichtlich außer Verfolgung gesetzten Angeschuldigten) § 467 der Strafprozeßordnung. Nachstehend werden die wichtigsten Bestimmungen wörtlich wiedergegeben:³²¹

Gesetz betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft (1904)

§ 1

(1) Personen, die im Strafverfahren freigesprochen oder durch Beschuß des Gerichts außer Verfolgung gesetzt sind, können für erlittene Untersuchungshaft Entschädigung aus der Staatskasse verlangen, wenn das Verfahren ihre Unschuld ergeben oder dargetan hat, daß gegen sie ein begründeter Verdacht nicht vorliegt.

(2) Außer dem Verhafteten haben diejenigen, denen gegenüber er kraft Gesetzes unterhaltpflichtig war, Anspruch auf Entschädigung.

(3) Ein Anspruch auf Entschädigung besteht nicht, wenn im Urteil die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet worden ist.

³²¹ Die zur Zeit geltenden Fassungen der Texte sind wiedergegeben in der Sammlung des Bundesrechts (Bundesgesetzblatt, Teil III, Sachgebiet 3 Rechtspflege, 3. Lieferung, Stand 1.12.1958), S. 100, S. 99, 56. (Die Sammlung entspricht unserer BS).

(4) Im Sinne dieses Gesetzes steht der Verhaftung und der Untersuchungshaft die einstweilige Unterbringung, dem Verhafteten der einstweilig Untergebrachte, dem Haftbefehl der Unterbringungsbefehl gleich. Ein Entschädigungsanspruch besteht jedoch nicht, wenn das Gemeinwohl unabhängig von der Tat die einstweilige Unterbringung gefordert hätte.

§ 2

(1) Der Anspruch auf Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn der Verhaftete die Untersuchungshaft vorsätzlich herbeigeführt oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat. Die Versäumung der Einlegung eines Rechtsmittels ist nicht als eine Fahrlässigkeit zu erachten.

(2) Der Anspruch kann ausgeschlossen werden, wenn die zur Untersuchung gezogene Tat des Verhafteten eine grobe Unredlichkeit oder Unsittlichkeit in sich geschlossen hat oder in einem die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch begangen worden ist oder wenn aus den Tatumständen erhellt, daß der Verhaftete die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens vorbereitet hatte.

(3) Der Anspruch kann auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Verhaftete zur Zeit der Verhaftung sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befand oder unter Polizeiaufsicht stand oder wenn gegen den Verhafteten innerhalb der letzten zwei Jahre die Unterbringung in einem Arbeitshaus rechtskräftig angeordnet worden ist. Das gleiche gilt, wenn der Verhaftete mit Zuchthaus bestraft worden ist und seit der Verbüßung der Strafe drei Jahre noch nicht verflossen sind.

§ 3

(1) Gegenstand des dem Verhafteten zu leistenden Ersatzes ist der für ihn durch die Untersuchungshaft entstandene Vermögensschaden: Hat vor dem Erlass des Haftbefehls eine Vorführung oder eine vorläufige Festnahme stattgefunden, so erstreckt sich der Entschädigungsanspruch auch auf die dem Haftbefehl vorangegangene Zeit der Haft.

(2) Unterhaltsberechtigten ist insoweit Ersatz zu leisten, als ihnen durch die Verhaftung der Unterhalt entzogen worden ist.

(3) Über einen Kapitalbetrag von fünfundsiebzigtausend Deutsche Mark oder einen Rentenbetrag von jährlich viertausend-fünfhundert Deutsche Mark hinaus wird dem Verhafteten und den Unterhaltsberechtigten kein Ersatz geleistet. Reicht der Höchstbetrag für die Ersatzleistung an den Verhafteten und die

Unterhaltsberechtigten nicht aus, so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, indem ihr Gesamtbetrag zu dem Höchstbetrag steht.

§ 4 (Verfahrensregeln)

§ 5 (Wiederaufnahme zuungunsten des Angeschuldigten)

§ 6 (Geltendmachung, Verwaltungsbescheid, Berufung auf Rechtsweg)

§ 7 (Schuldner, Subrogation)

§ 8 (Sistierung des Verwaltungsverfahrens bei Wiederaufnahmeantrag zuungunsten d. A.)

§ 9 (Bundegerichtsbarkeitssachen)

§ 10 (Militärgerichtssachen)

§ 11 (Konsulargerichtsbarkeitssachen)

§ 12 (Gegenseitigkeitserfordernis bei ausländischen Staatsangehörigen)³²²

*Gesetz betreffend die Entschädigung
der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen (1898)*

§ 1 Abs. 1

Personen, welche im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen oder in Anwendung eines mildereren Strafgesetzes mit einer geringeren Strafe belegt werden, können Entschädigung aus der Staatskasse verlangen, wenn die früher erkannte Strafe ganz oder teilweise gegen sie vollstreckt worden ist. Das Wiederaufnahmeverfahren muß die Unschuld des Verurteilten bezüglich der ihm zur Last gelegten Tat oder bezüglich eines die Anwendung eines schweren Strafgesetzes begründenden Umstandes ergeben oder doch dargetan haben, daß ein begründeter Verdacht gegen den Angeklagten nicht mehr vorliegt.

Abs. 2

Wird im Wiederaufnahmeverfahren eine vom Gericht angeordnete Maßregel der Sicherung und Besserung, nachdem sie ganz oder teilweise vollstreckt worden oder wirksam geworden ist, aufgehoben, weil das Verfahren die Unschuld des Verurteilten bezüglich einer ihm zur Last gelegten Tat oder die Unrichtigkeit der Feststellung einer früheren Verurteilung ergeben oder doch dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt, so kann der Verurteilte eine Entschädigung aus der

³²² Betreffend das Verhältnis zur Schweiz s. die Bekanntmachung vom 15. 12. 1954 im BGBl. 1954 II S. 1473.

Staatskasse verlangen. Dies gilt nicht, wenn das Gemeinwohl unabhängig von der Tat oder der Verurteilung die Maßregel erfordert hätte.

(Abs. 3 wie Gesetz von 1904 § 1 Abs. 2*)

(Abs. 4 und 5 wie Gesetz von 1904 § 2 Abs. 1*)

§ 2 (Abs. 1 wie Gesetz von 1904 § 3 Abs. 1 Satz 1*)

(Abs. 2 wie Gesetz von 1904 § 3 Abs. 2*)

(Abs. 3 wie Gesetz von 1904 § 3 Abs. 3*)

§§ 3 bis 7 (Verfahrensregeln)

* mit den redaktionellen Anpassungen wie «Verurteilter» statt «Verhafteter», «Verurteilung» oder «Vollstreckung» statt «Untersuchungshaft» usw.

§ 467 StPO (i. d. Fassung v. 4. 8. 1953)

(1) Einem freigesprochenen oder außer Verfolgung gesetzten Angeschuldigten sind nur solche Kosten aufzuerlegen, die er durch eine schuldhafte Versäumnis verursacht hat.

(2) Die dem Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen können der Staatskasse auferlegt werden. Sie sind ihr aufzu erlegen, wenn das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß gegen ihn ein begründeter Verdacht nicht vorliegt; § 2 des Gesetzes betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904 in der Fassung des Gesetzes vom 24. November 1933 (Reichsgesetzbl. I S. 1000) gilt entsprechend.

(3) Diese Vorschriften gelten nicht, wenn gegen den Angeschuldigten die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt ange ordnet wird.

Die geltende Fassung des Gesetzes von 1898 ist gelegentlich als unerwünschtes Residuum der Verdachtsstrafe kriti siert worden³²³. Das Gesetz von 1904 regt teilweise zur Er

³²³ HANS VON HENTIG, Probleme des Freispruchs beim Morde, Tübingen 1957 S. 7: «Seitdem der Strafprozeß die Ausflucht der Evasiventscheidungen abgeschüttelt hat, ist nur die Einheitsform der freisprechenden Entscheidung geblieben. Die Schranke zwischen Schuld, die nicht bewiesen werden konnte, und erwiesener Schuldlosigkeit besteht nicht mehr, obwohl sie durch die Urteils gründe geistert. Nur noch ein Nebengesetz hat dem «begründeten Verdacht» erlaubt, sich wieder durch die Hintertüre einzuschleichen. In dunkler Formel haben rechtsstaatfeindliche Zeiten zwar

wägung von kasuistischen Ausschlußgründen an, namentlich in unsren Verhältnissen, wo kürzere und allgemeinere Fassungen von Gesetzen eher die Regel sind. Immerhin möchten wir weder für die Gesetzgebung noch für die Praxis § 2 Abs. 3 zur Nachahmung empfehlen, da diese Bestimmung in bedenklichem Gegensatz steht zu den Bestrebungen auf Resozialisierung Straffälliger. Es mag einigermaßen verwunderlich sein, daß dieser § 2 noch im Jahr 1953 im oben wiedergegebenen Paragraphen der Strafprozeßordnung als entsprechend anwendbar erklärt worden ist. Die Regierungsvorlage an den Bundestag enthält keine Ausführungen, die auf Bedenken schließen ließen³²⁴.

2. Frankreich

Durch das Gesetz vom 8.6.1895 ist die Entschädigung für die im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen eingeführt worden. Sie wird dem verweigert, der die Verurteilung schuldhaft herbeigeführt hat, besteht für den Verurteilten selbst oder nach seinem Tode für den überlebenden

nicht die Verdachtstrafe, für die andere Methoden bereitstanden, wohl aber die «Verdachtmaßregel» wieder eingeführt. – Der alte Satz: *in dubio pro reo* bedeutet somit Schutz vor strafrechtlichen, aber nicht vor sekundären Folgen...».

³²⁴ Der entsprechende Passus aus der Begründung lautet: «Nach § 467 Abs. 2 des geltenden Rechts können die einem freigesprochenen Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, diese Kann-Vorschrift für die Fälle in eine Muß-Vorschrift umzuwandeln, in denen das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr besteht. Der Entwurf trägt diesen Gesichtspunkten durch die vorgeschlagene Ergänzung Rechnung. Es empfiehlt sich jedoch, den Anspruch des Angeklagten auf Ersatz seiner notwendigen Auslagen durch die Staatskasse ebenso einzuschränken, wie dies in § 2 des Gesetzes betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904 in der Fassung des Gesetzes vom 24. November 1933 (Reichsgesetzbl. I S. 1000) für den Entschädigungsanspruch geschehen ist. § 2 dieses Gesetzes wird daher für entsprechend anwendbar erklärt.»

Ehegatten, die Aszendenz oder Deszendenz in Schadensersatz oder Genugtuung, für allenfalls weitere zum Zug kommende Verwandte hingegen nur in Ersatz des materiellen Schadens, wird nur auf ausdrückliches Verlangen verabfolgt, geht zu Lasten des Staates unter Vorbehalt des Regresses auf die Zivilpartei, den Anzeiger oder falschen Zeugen³²⁵.

Der den bisherigen Art. 446 des *Code de l'instruction criminelle* ersetzende Art. 626 des *Code de procédure pénale* lautet (die Änderungen gegenüber der bisherigen Fassung sind geringfügig):

Art. 626

La décision d'où résulte l'innocence d'un condamné peut, sur la demande de celui-ci, lui allouer des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui a causé la condamnation.

Si la victime de l'erreur judiciaire est décédée, le droit de demander des dommages-intérêts appartient, dans les mêmes conditions, à son conjoint, à ses descendants et descendents.

Il n'appartient aux parents d'un degré plus éloigné qu'autant qu'ils justifient d'un préjudice matériel résultant pour eux de la condamnation.

La demande est recevable en tout état de la procédure en révision.

Les dommages-intérêts allouée sont à la charge de l'Etat, sauf son recours contre la partie civile, le dénonciateur ou le faux témoin par la faute desquels la condamnation a été prononcée. Ils sont payés comme frais de justice criminelle.

Les frais de l'instance en révision sont avancés par le Trésor à partir de la transmission de la demande à la Cour de cassation.

Si l'arrêt ou le jugement définitif de révision prononce une condamnation, il met à la charge du condamné ou, s'il y a lieu, des demandeurs en révision, les frais dont l'Etat peut demander le remboursement.

Le demandeur en révision qui succombe dans son instance est condamné à tous les frais.

Si le demandeur le requiert, l'arrêt ou le jugement de révision d'où résulte l'innocence du condamné est affiché dans la ville où a été prononcée la condamnation, dans la commune du lieu où le crime ou le délit a été commis, dans celle du domicile des demandeurs.

³²⁵ ARDANT S. 98 ff.

en révision et du dernier domicile de la victime de l'erreur judiciaire, si elle est décédée; dans les mêmes conditions il est ordonné qu'il soit inséré au Journal officiel et publié, par extraits, dans cinq journaux au choix de la juridiction qui a prononcé le décision.

Les frais de la publicité ci-dessus prévus sont à la charge du Trésor.

Abgesehen von der oben³²⁶ erwähnten Staatshaftung für unerlaubte Handlungen, die im Verfahren der *prise à partie* zu verfolgen sind, ist die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen der einzige Einbruch in das «ancien dogme de l'irresponsabilité» des Staates für Justizschäden³²⁷, soweit die Gesetzgebung in Betracht fällt. Aus der Praxis können vielleicht zwei der Schrift von ARDANT entnommene Hinweise das Bild der Situation vervollständigen.

Bekanntlich hat der *Conseil d'Etat* in imposanter schöpferischer Rechtsprechung ein umfassendes Staatshaftungssystem entwickelt³²⁸, das indessen peinlich die Grenzen zur «Justice judiciaire» respektiert, und eben da herrscht das Prinzip der *irresponsabilité*. Nur im Abstecken dieser Grenze im einzelnen besteht eine gewisse Tendenz, den administrativen Bereich etwas weit und den gerichtlichen etwas eng zu ziehen. So galten etwa Verhaftungen bei Aktionen der «police administrative» (Für die öffentliche Sicherheit gefährliche Leute, Prostituierte, Vaganten, Betrunkene), aber auch die Festnahme von Verdächtigen, «arrestations motivées par des accusations qui, si elles avaient été fondées, étaient de nature à faire déférer l'intéressé aux tribunaux répressifs», als Verwaltungsakte (damit materiell unter die Staatshaftung und prozessual in die Jurisdiktion des *Conseil d'Etat* fallend), wobei indessen für die letzteren die Entschädigung aus materiellen Gründen verweigert wurde³²⁹.

³²⁶ N. 86 ff.

³²⁷ ARDANT S. 2.

³²⁸ Dazu MÜNCH *passim*, KAUFMANN 311 f., 350 f., GRAFF 389 f. und *passim*, STREET S. 56 ff.

Die zweite Bemerkung betrifft folgendes: Seit jeher war die Nichthaftung des Staates für Justizschäden stillschweigend hingenommen worden: «Cette extraordinaire faiblesse de notre système juridique n'a pas, jusqu'à ces dernières années, troublé la conscience des juges, ni piqué la curiosité des auteurs»³³⁰. Im Jahr 1952 hat dann das *Tribunal civil de la Seine* die Fesseln zu sprengen versucht. Der Tatbestand war so, wie man ihn zum Gebrauch in der Schule konstruieren könnte, wenn man darauf ausginge, das Ungenügen eines Rechtssatzes mit möglichst gesteigerter Deutlichkeit sichtbar werden zu lassen: Ein Arzt, Dr. Giry, war von der gerichtlichen Polizei, die in einem Haus eine Aktion durchführte, zur Hilfeleistung in dieses Haus gerufen worden. Während seiner Anwesenheit dort ereignete sich eine Explosion, durch die er verletzt wurde. Das Gericht hat die Haftpflichtklage des Arztes geschützt³³¹:

«Attendu que la réquisition créée entre l'Administration et celui qui en fait l'objet un lien de droit public et qu'on ne saurait nier que, par suite de cette réquisition, le docteur Giry a participé au fonctionnement du service public judiciaire; – attendu que si le Conseil d'Etat est seul compétent, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs pour connaître des litiges nés d'un contrat public et se rattachant au fonctionnement du service public il reste exact que l'application jurisprudentielle dudit principe réserve à la compétence judiciaire la connaissance des affaires se rattachant au fonctionnement du service judiciaire... Sur le fond: Attendu que, pour statuer le tribunal n'a pas à solliciter les textes pour s'efforcer de faire entrer le litige dans un des cas prévus par une disposition expresse du droit civil tels que les articles 1984 et suivants relatifs au mandat ou à l'article 1384 concernant le lieu de préposition; – Attendu en effet que ces textes ont toujours en considération les relations juridiques entre particuliers, alors que le présent litige met en présence un service public et un particulier victime d'un accident alors qu'il participait au fonctionnement dudit service; – Attendu que l'article 4 du Code Civil ne permet pas au juge de refuser de juger; sous prétexte du silence, de l'ob-

³²⁹ ARDANT S. 48 f.

³³⁰ ARDANT S. 1.

³³¹ ARDANT S. 54 f.

sécurité ou de l'insuffisance de la loi; Attendu que, dans ce cas, il reste au juge le soin d'appliquer les principes généraux du droit qui commandent tout à la fois le droit public et le droit civil, autrefois réunis sous le terme de «jus civile»; – Attendu que l'application de ces principes n'est pas le monopole d'une juridiction déterminée et qu'on ne saurait, au nom de la séparation des pouvoirs, la retirer aux magistrats de l'ordre judiciaire dont le rôle n'est pas limité à la seule application de la loi civile puisque, selon la nature des procès à eux soumis, ils peuvent avoir à connaître des dispositions du droit commercial français et même des lois étrangères concernant le statut personnel des étrangers; – Attendu enfin qu'il ne saurait être fait grief au tribunal de disposer d'une façon générale et réglementaire lorsqu'il applique au cas d'espèce un principe directeur de droit; – Attendu qu'il ne peut être contesté que le docteur Giry a subi un préjudice en participant sur réquisition au fonctionnement du service public judiciaire et qu'aucune faute ou imprudence n'a pu être retenue contre lui; – Attendu que, de toute évidence le principe d'équité commande l'ensemble des règles juridiques; – Attendu que cette règle d'équité exige que le préjudice subi par un particulier, au cours d'une opération indispensable exécutée dans l'intérêt d'un service public, par conséquent général, doit être supporté par la collectivité et non par la seule victime; qu'en décider autrement serait rompre l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques;il échet de faire droit à la demande du docteur Giry, quant à son principe...»

Die *Cour de Paris* hat dann allerdings den spektakulären Schritt der Vorinstanz auf Appellation der Verwaltung hin nicht gebilligt. Zwar hat sie den Arzt nicht leer ausgehen lassen, wohl aber seinen Anspruch auf CCfr. Art. 1384 gestützt³³². Das letzte Wort, sei es der Praxis, sei es des Gesetzgebers, dürfte nach all dem auch in Frankreich nicht gesprochen sein.

3. England

Keine Entschädigungen werden gewährt an unschuldig Verfolgte, soweit der Irrtum in dem gegen sie geführten Verfahren selbst noch richtiggestellt werden kann. Hier-

³³² ARDANT S. 56 ff.

über hat der Innenminister³³³ zu einem Fall Ashman³³⁴ im Unterhaus folgende Erklärung abgegeben:

“With regard to the question of compensation, the two charges against Ashman do not stand on the same footing. The Lord Chief Justice, in his Judgment, made it clear that Ashman’s innocence had been established on the charge of burglary, but with regard to the charge of larceny he said that the jury would probably not have convicted Ashman if he had been charged only with this offence. It is not the practice to grant compensation, to make an *ex gratia* payment, in cases where there has been a miscarriage of justice which is corrected by the ordinary process of law, and where there has been no failure or misconduct on the part of the authorities concerned; and, while I sympathise with Ashman, I can find no grounds in which I should be justified in authorising any *ex gratia* payment to him.”

Hingegen werden unschuldig Verfolgte mit Geld entschädigt für Nachteile aus rechtskräftigen und vollstreckten Urteilen³³⁵. Doch ist hiefür kein generelles Gesetz in

³³³ Sir David Maxwell Fyfe, heute als Viscount Kilmuir Lordkanzler.

³³⁴ Am 25. März 1954, s. Hansard Vol. 525 col. 137 f. (erwähnt bei WILLIAMS a.a.O. N. 1 S. 91). Der Tatbestand war folgender: Ashman war am 12.1.1954 von den *Middlesex Sessions* des Einbruchdiebstahls (burglary) und Diebstahls (larceny) schuldig erklärt und zu 9 Monaten (eigentlich je neun Monaten, aber «concurrent», d.h. die eine Strafe absorbiert die andere) verurteilt worden. Am 20. 1. ersuchte er den *Court of Criminal Appeal* um Bewilligung der Appellation gegen den Schulterspruch, ließ indessen bereits am 22. 1. sein Gesuch wieder fallen. Am 4. 2. wurde jedoch ebenfalls von den *Middlesex Sessions* ein gewisser Pigdon des Einbruchdiebstahls, für den schon Ashmann verurteilt war, schuldig erklärt. Letzterer erbat sich am 15. 2. vom *Court of Criminal Appeal* die Bewilligung, auf seine Erklärung vom 22. 1. (Rückzug der Bitte um Bewilligung der Appellation) zurückzukommen. Die Appellation wurde am 10. 3. bewilligt. Am 19. 3. wurde Ashman aus der Haft entlassen, am 22. 3. 1954 endlich wurde er freigesprochen.

³³⁵ STREET S. 43 f., WILLIAMS a.a.O. (N. 1) S. 90 f. Außer den beiden hier erwähnten Fällen Beck und Slater erwähnt HUMPHREYS a.a.O. (N. 99) kleinere Fälle Gooding (S. 126) und Johnson (S. 135). (Ob im Fall Gooding nicht doch eine Entschädigung ge-

Kraft. Es werden vielmehr in Einzelfällen «private acts» (Maßnahmengesetze) erlassen oder die Verwaltung greift von sich aus ein.

Gesetzlich geordnet ist hingegen die Erstattung von Verteidigungskosten. Das geschah zunächst durch Section 44 des *Criminal Justice Act* 1948. Bei Freisprechungen oder Strafloserklärung näher beschriebener Art sind dem Verfolgten zu Lasten der Lokalverwaltung «such sums as appear to the court reasonably sufficient to compensate the accused for the expenses properly incurred by him in carrying on his defence» zuzusprechen. Unter der Herrschaft dieser Bestimmung hat Lord Goddard C.J. im *Court of Criminal Appeal* am 24.3.1952 unter Bezugnahme auf frühere Äußerungen folgende Erklärung abgegeben³³⁶:

“The court desires to take this opportunity to correct some misapprehension which appears to have arisen about the exercise of the power conferred by section 44 of the Criminal Justice Act 1948, to award the payment of costs out of local funds to a person who has been acquitted on his trial. The misunderstanding may have arisen out of a circular sent, after consultation with the judges of this division, to chairmen of quarter sessions and recorders in November, 1948, and we think that this circular may have been construed in a more rigid manner than was intended.

In the circular of 1948 the judges approved a circular that had been sent out by the Home Office to the effect that costs under section 44 should be awarded only in exceptional circumstances. Some instances of exceptional circumstances were given, but they were intended only as examples and not as a comprehensive list.

Let me reiterate the principle that the judges think should be followed in this matter. While section 44 in terms imposes no limit on the discretion of the court, it was never intended, and it would be quite wrong, that costs should be awarded as of course to every defendant who is acquitted. Its use should be reserved for exceptional cases, and every case should be considered by the court on its own merits.

währt wurde für einen «by the ordinary process of law» richtiggestellten Irrtum? Die Darstellung von HUMPHREYS scheint diese Möglichkeit nicht auszuschließen.)

³³⁶ (1952) 1 T. L. R. 1131; 36 Cr. App. R. 13.

I may add that a reference to Hansard shows that this is in accordance with what the Attorney-General stated in Parliament was the intention of the clause when it was being considered in Committee."

Die erwähnte Regelung des *Crim. Just. Act* 1948 wurde dann im Jahre 1952 ersetzt durch einen neuen «Costs in Criminal Cases Act»³³⁷, wobei für uns hier die Änderungen nicht interessieren.

Gegen Mitte 1959 hin veröffentlichte dann die «Times» einen Leserbrief, der eine ordentliche Lawine ins Rollen brachte. Er lautete:

"At London Sessions a jury find a man and woman not guilty of a serious offence. Costs against the police who brought the prosecution are refused, and the innocent parties are left with a bill of £ 500. This judicial discretion as to costs raises serious problems. Apparently it costs more to prove one's innocence than to plead one's guilt. Must innocence be bought at a premium? — A refusal to award costs in a jury trial can be construed as a denial of the correctness of the jury's decision, and as such goes dangerously near to violating the well-tried principle that the jury alone are the judges of the facts. Trial by jury is the ultimate safeguard of an Englishman's liberties; and it is submitted that the financial penalization of jury-found innocence constitutes, even though unintended, an insidious attack upon this very safeguard."³³⁸

Im genannten Blatt³³⁹, aber auch im House of Commons³⁴⁰ und im House of Lords³⁴¹ wurde in der Folge das

³³⁷ 15 u. 16 Geo. 6 u. 1 Eliz. 2 Ch. 48.

³³⁸ 26. 5. 1959, unter dem Titel «Costs refused».

³³⁹ The Times, 28. 5., 29. 5., 30. 5., 1. 6., 2. 6., 3. 6., 4. 6., 5. 6. (an diesem Tage Leserbrief und Leitartikel, dieser unter dem Titel «The Cost of Acquittal»), 9. 6., 10. 6., 12. 6., 15. 6., 17. 6. 1959, alle unter dem Titel «Costs refused». — Am 4., 9., 12. und 14. 11. 1959 weitere Äußerungen zum gleichen Thema unter dem Titel «Defence Costs». S. ferner im «Spectator» vom 20. 5. 1960 den ebenfalls dieses Thema betreffenden Artikel «Costly Thy Habit».

³⁴⁰ S. The Times 3. 6. 1959 (Titel: More Questions on No Costs «Injustice») und die Unterhaus-Verhandlungsberichte in den Nummern vom 5. und 12. 6. 1959.

³⁴¹ Verhandlungsbericht in The Times, 6. 11. 1959.

Problem lebhaft verhandelt. Von außen her sind derlei Dinge natürlich nicht leicht verlässlich zu beurteilen, doch konnte es möglicherweise auf dieser öffentlichen Diskussion beruhen, daß in der Folge mehrfach wiederholt in der Tagespresse über Entscheidungen berichtet wurde, in denen entweder Verteidigungskosten zugesprochen oder für ihre Verweigerung Gründe gegeben wurden³⁴².

In der Folge ist auch der *Court of Criminal Appeal* auf die oben wiedergegebene Erklärung zurückgekommen, indem er sich durch Lord Parker C.J. am 19.10.1959 wie folgt äußerte³⁴³.

“The court’s attention has been drawn to the difficult question as to the lines on which the discretion to award costs to an acquitted person should be exercised. This discretion, so far as courts of assize and quarter sessions are concerned, is now given by section 1 of the Costs in Criminal Cases Act, 1952, under which the court ‘may, if the accused is acquitted, order the payment out of local funds of the costs of the defence’. The discretion is in terms completely unfettered, and there is no presumption one way or the other as to the manner of its exercise.

³⁴² S. als Beispiele für gewährte Kostenvergütungen: The Times 9. 6. 1959 (Titel: Comment on £ 40 Costs for acquitted man), 2. 7. 1959 (Titel: Cost for acquitted commander), 28. 7. 1959 (Law Report 27. 7. Titel: Costs of Appeal allowed, Court of Criminal Appeal i. S. R. v. Greene), 20. und 21. 10. 1959 (Titel: Constable cleared of assault charge, bzw. Policemen get 75 Gns. Costs), 22. 11. 1959 (Titel: Escape Trial collapse), 3. 12. 1959 (2 Fälle unter den Titeln: «Very near gang warfare» und «Speeding doctor» wins appeal), 23. 1. 1960 (Titel: Recorder criticizes magistrates, 29. 4. 1960 (Titel: 30 Guineas Costs for Cleared Man), 16. 6. 1960 (Titel: Mews Car Washing Appeal succeeds, Man gets 15 Guineas Costs against Police). – Verweigerungen von Kostenvergütung unter Angabe von Gründen: 4. 6. 1959 (Titel: Acquittals and Costs, Sessions chairman’s reply to critics) und 2. 7. 1959 (Titel: Cleared men are refused costs). – Siehe schließlich auch noch den Bericht über die Jahresversammlung des General Council of the bar in «The Times» vom 14. 7. 1959 unter der Überschrift: Attorney-General’s views on costs.

³⁴³ (1959) 1 W. L. R. 1090 = The Times 20. 10. 1959 (Law Rep. 19. 10.) = 3 All E. R. 471.

In a statement issued on March 24, 1952, this court while emphasising that every case should be considered on its merits, said that it was only in exceptional cases that costs should be awarded. That statement referred to a circular issued by Lord Goddard C. J., after consultation with the judges of the Queen's Bench Division, approving a Home Office circular issued in connection with section 44 of the Criminal Justice Act, 1948, which is now replaced by the section above referred to. While no attempt was there made to catalogue the exceptional cases in which costs might be awarded, such illustrations as were given were cases where the prosecution could be said to be in some way at fault. On the other hand, a suggestion has been canvassed that the mere fact of an acquittal should carry with it the expectation that the discretion would be exercised in favour of the acquitted person.

Were either of this views correct, the effect would be to impose a fetter upon the exercise of the absolute discretion conferred by the statute. As we have said, there is no presumption one way or the other as to its exercise. Each case must be considered on its own facts as a whole, and costs may and should be awarded in all cases where the court thinks it right to do so. It is impossible to catalogue all the factors which should be weighed. Clearly, however, matters such as whether the prosecution have acted unreasonably in starting or continuing proceedings, and whether the accused by his conduct has, in effect, brought the proceedings, or their continuation, upon himself, are among the matters to be taken into consideration. On the other hand, the court desires to make it plain that they entirely dissociate themselves from the view that the judge is entitled to base his refusal to award costs on the ground that he thinks that the verdict of the jury was perverse or unduly benevolent. The mere fact that the judge disagrees with the verdict of the jury is no more a ground for refusing to award costs to the acquitted person than the mere fact of his acquittal is a ground for awarding them."

Bereits zwei Tage nach dieser grundsätzlichen Stellungnahme hat Mr. Justice (jetzt Lord Justice) Devlin an den Sommerset – Assisen unter Berufung darauf über ein Kostenstengesuch entschieden³⁴⁴. Wir geben diese Entscheidung in extenso wieder, da sie nicht nur die Ubiquität der gegen Entschädigungen und Kostenvergütungen immer wieder vorgetragenen Scheingründe demonstriert, sondern auch deren schlüssige Widerlegung enthält:

³⁴⁴ Regina v. Sansbury (1959) 1 W. L. R. 1091.

"In this case I have had to consider an application by counsel for the defence that the costs of the defence should be paid out of local funds. The jury returned a verdict of Not Guilty after they had heard all the relevant evidence for the prosecution, but before they had heard any evidence for the defence. In my view, there was not sufficient evidence upon which the jury could have convicted even if they had been disposed to do so, and I indicated that that would probably be my view, but I desired in a case of this sort to be fortified by ascertaining the view of the jury; and this they gave me. The question is whether in these circumstances it would be proper to make the order for which counsel for the defence has asked.

The recent pronouncement by Lord Parker C. J. in the Court of Criminal Appeal on this subject has not, I think, laid down any new law, but it has perhaps made it clear that the judge's discretion to award costs is rather wider than has hitherto been thought; and, in particular, I think it has now been made quite clear that the notion, which was very generally entertained, that an award of costs against the prosecution necessarily involved some reflection on the conduct of the prosecution or on the propriety of its being brought is quite wrong.

In the present case the prosecution was properly brought. The investigations made by the police revealed what was apparently a *prima facie* case. But after a thorough and careful cross-examination by counsel for the defence it became clear that there was no reliable evidence that at the time of the collision the accused was on his wrong side of the road, and counsel for the prosecution rightly conceded that without such evidence he could not ask for a conviction.

Counsel for the prosecution, in resisting the application for costs, has argued that the police would be put in an impossible position if they had to constitute themselves as arbiters or quasi-judges in deciding whether to prosecute or not. I think they would be put in an impossible position if that was really their duty, but I think it is quite wrong to think that they are placed in that position. If the order which I am being invited to make involved any censure or criticism of the police, then they might be. But, as I have said, it is not so, and I expect the police to continue to prosecute in this type of case, as in any other type of case, wherever they think it right to do so in the future just as they have done in the past; and I think it would be wrong if, in making their decision whether to prosecute or not, they were to be influenced by any speculation about how the judge at the trial might be likely to exercise his discretion on this question of costs.

I am not dealing with the facts as a reasonable police officer would see them at the time of the decision to prosecute, but as they have emerged after the trial, or so much of the trial as has been found necessary to bring about a verdict of Not Guilty. I am satisfied not only, of course, that the accused was not guilty of the offence with which he was charged, but that he did not in the circumstances of this case in fact give just cause for the belief that he was, however it may have appeared to the police at the beginning of the proceedings.

In those circumstances, I think that it would be an undeserved hardship if he had to pay a heavy bill of costs, and one in respect of which the Costs in Criminal Cases Act, 1952, is designed in a proper case to give relief. I do not like the phrase "costs against the police". The order that I propose to make is that the costs of the defence, just like the costs of the police, should be paid out of local funds.

There are two other points which I should perhaps mention. First, it has not been suggested in this case that the conduct of the accused before, after or at the time of the alleged offence contributed in any way to his being placed in the dock. It has been suggested, however, that although the evidence might fall short of proving dangerous driving, it might be sufficient proof of careless driving. I say nothing at all about that. Careless driving is an offence with which the accused man can or could have been charged, and he would then have an opportunity of making his defence to it. But I think it would be wrong if I were to allow the fact, the bare fact without more, that the accused man might be guilty of an offence with which he is not charged to influence my mind, and I have not done so.

The other point is this. Counsel for the prosecution at the end of his submission rightly, I think, presented his apologies on behalf of the prosecution for some vicissitudes, as he described them, in the course of the presentation of the case. If I regarded this order as in any sense a penalty imposed on the prosecution, then, no doubt, it might be right for me to have regard to them. But I do not so regard it; and although such shortcomings of the prosecution as there were caused some inconvenience which might have been greater than turned out to be in fact, they did not in any way add to the burden of the costs which have to be borne either by the prosecution or by the defence, and I have disregarded them entirely. The order, therefore, will be as I have indicated."

Ob diese Kostenvergütungen mitunter auch die Funktion einer Entschädigung für unschuldig ausgestandene

Haft übernehmen, wagen wir hier auf Grund unseres Materials nicht auszumachen. Es kann lediglich darauf hingewiesen werden, daß in einem der oben³⁴⁵ erwähnten Fälle, in denen Entschädigungen für Parteikosten bewilligt wurden, die Vertreter der Gesuchsteller ihr Begehren mit der Haftdauer begründet haben («as some of the defendants had been in custody awaiting trial for five weeks»). Auch ist der dem erfolgreichen Ankläger zugebilligte Kostener-³⁴⁶ satz nicht beschränkt auf Anwaltskosten, er umfaßt nach einer jüngst erlassenen Entscheidung auch eine Vergütung für Zeitverlust eines Polizisten, der der Verhandlung nur als Zeuge beiwohnt.

³⁴⁵ Der in N. 342 erwähnte Fall vom 22. 11. 1959.

³⁴⁶ Regina v. Burt, ex parte Preßburg (1960) 2 W. L. R. 398 ff.

7. KAPITEL

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Der Überblick über die schweizerischen Regelungen der Entschädigung unschuldig Verfolgter und die Kenntnis ver einzelner Elemente aus den entsprechenden Disziplinen dreier Staaten des Auslandes erlaubt uns, einem letzten Problem näherzutreten: Sind verbessernde Eingriffe des Gesetz gebbers angezeigt? Sollen die Kantone und der Bund je für den Bereich ihrer Kriminaljurisdiktion gesondert Vorschriften erlassen oder soll der Bund das einheitlich für alle im Bundesgebiet geübte Strafrechtspflege tun?

Die erste Teilfrage, ob es gesetzgeberischer Eingriffe überhaupt bedürfe, beruht auf dem im Entschädigungsrecht noch immer herrschenden Legalitätsprinzip einerseits und der neuerlich dagegen vorgetragenen Kritik andererseits³⁴⁷. Die Beispiele der deutschen Rechtsprechung zum Aufopferungsanspruch³⁴⁸ und der französischen Ent schädigungsrechtsprechung des *Conseil d'Etat*³⁴⁹ zeigen, daß ungeachtet einer schmalen Grundlage oder sogar bei deren völligem Fehlen die Praxis ein hochentwickeltes Recht des Ausgleichs von Schädigungen durch die öffentliche Gewalt aufbauen kann. Anregungen nach dieser Richtung hin, d.h. auf der Grundlage von BV Art. 4 ein solches System

³⁴⁷ MAX IMBODEN, Das Gesetz als Garantie rechtstaatlicher Verwaltung (Basel 1954) S. 27 und 30, N. 79 und Text, ferner von demselben Verfasser: Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts, in ZSR 1959 S. 59 ff., S. 71 N. 43 und Text.

³⁴⁸ S. die Referate von SCHACK und REINHARDT, ferner KAUFMANN 348a ff.

³⁴⁹ A. DE LABAUDÈRE, Traité élémentaire de droit administratif, 2. Aufl. Paris 1957 S. 469 ff.; GRAFF, passim, KAUFMANN S. 350a.

zu errichten³⁵⁰, sind in unserem Lande nicht befolgt worden, obwohl in andern Bereichen das Bundesgericht es an schöpferischer Auswertung der im Prinzip der Rechtsgleichheit liegenden Regeln nicht hat fehlen lassen. Allerdings muß beachtet werden, daß etwa die französische Rechtsprechung zwar Schäden, die von der Verwaltung oder durch Akte der Gesetzgebung verursacht werden, ausgleicht, jedoch unerbittlich Halt macht, sobald es sich um Justizschäden handelt, wo Ersatz nur nach den ausdrücklichen Regeln des Gesetzes gewährt wird. In gleicher Weise folgt die deutsche Praxis den durch das Gesetz gezeichneten Linien, und nicht anders verhält es sich im englischen Recht, wo in keinem Falle klagbare Ansprüche gegen den Staat auf Entschädigung unschuldig Verfolgter bestehen. Auch scheint diese allgemeine Geltung des Legalitätsprinzips sehr weit zurückzugehen, jedenfalls weiter als in die Anfänge der Ausbildung des modernen öffentlichen Rechts, wie sich daran zeigt, daß Louis XVI und seine Minister als selbstverständlich erachteten, es sei nur bei ausdrücklicher Anordnung durch eine Gesetzesvorschrift Schadenersatz an unschuldig Verfolgte zu zahlen³⁵¹.

Wenn man noch immer überall, wo nicht ausdrückliche gesetzliche Grundlagen bestehen, Justizschäden auf sich beruhen läßt, obwohl gleichzeitig in benachbarten Gebieten von Schädigungen durch die öffentliche Gewalt etwa in Deutschland der Aufopferungsanspruch durchgesetzt oder in Frankreich ein Haftungssystem aus *Risque, Faute de service* usw. entwickelt oder in England das System der *Torts* im *Common Law* und der Staatshaftung im *Statute Law*³⁵²

³⁵⁰ So v. SPRECHER S. 138, HIS, Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen, ZSR 1923 S. 48 ff.

³⁵¹ Oben N. 14.

³⁵² Für summarische Informationen kontinentaler Leser eignen sich z. B. hinsichtlich unerlaubter Handlungen das Kapitel «Torts» in H. F. LAWSON, The rational strength of english law (London 1951) und hinsichtlich der Staatshaftpflicht (Lord) A. DENNING,

ausgebaut wurde, dürfte das tiefere Gründe haben. Einen Hinweis darauf enthält das bundesgerichtliche Urteil in der Sache Speziali³⁵³, wo dargelegt ist, daß es für die Rechts-sicherheit gefährlich wäre, wenn rechtskräftige Urteile indirekt durch das Mittel von Schadenersatzklagen doch noch in Frage gestellt werden könnten, daß es ferner gefährlich wäre, an den Richter Anforderungen zu stellen, die seine Amtstätigkeit lähmen könnten. Es läßt sich in der Tat nicht in Abrede stellen, daß eine unkontrollierte, ungezügelte, in Voraussetzungen, Inhalt und Auswirkungen ohne Rücksicht auf das Prozeßrecht konzipierte und praktizierte Regelung der Entschädigung für Justizschäden die Rechtsordnung als ganzes erschüttern könnte. Wo daher das Prozeßrecht auf dem Grundgedanken aufgebaut ist, daß die mit Gewährung vollständigen Gehörs und Zulassung aller Angriffs- und Verteidigungsmittel zustandegekommenen Entscheidungen der Gerichte nach Erschöpfung des Instanzenzuges nur ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen noch sollen in Frage gestellt werden können, spricht viel dafür, daß auch indirekte Angriffe gegen diese Entscheidungen nur nach Maßgabe der Gesetze stattfinden dürfen. Mit andern Worten: Im Bereich der Justizschäden ist das Prinzip der Normgebundenheit der staatlichen Entschädigungspflicht, wie immer es sonst um

The changing law (London 1953), hierin das Kapitel: The rule of law in the welfare state.

³⁵³ BGE 79 II 437/38 (s. oben N. 77). Dazu jetzt auch MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (Basel 1960) S. 134 ff. Nr. 43. – Dasselbe raisonnement ist erkennbar bei STREET S. 41 in den Erörterungen zu section 2 (5) des Crown Proceedings Act 1947: «No proceedings shall lie against the Crown by virtue of this section in respect of anything done or omitted to be done by any person while discharging or purporting to discharge any responsibilities of a judicial nature vested in him...», wenn er (zur Frage einer persönlichen Klage gegen den Richter) ausführt: «... it is contrary to public policy that litigants should reopen suits by bringing personal actions against deciding them. The state has an interest in the ending of litigation».

seine Standfestigkeit bestellt ist, nicht völlig unberechtigt. Indessen steht diese Erwägung in unsren Verhältnissen eher nicht im Vordergrund. Man mag hypothetisch einräumen, es sei ein legitimes Vorgehen, beim Fehlen jeder Sondernorm für den Ausgleich von Justizschäden etwa auf der Basis von BV Art. 4 ein Entschädigungssystem aufzubauen oder gar es zu tun, ohne sich dieser letzten Krücke zu bedienen. Kein Anhaltspunkt wäre jedoch zu finden für einen Satz des Inhalts, dieses System und seine Elemente seien der Ergänzung, Änderung oder Aufhebung durch ausdrückliches Gesetzesrecht unzugänglich. Nun zeichnet sich unser Land dadurch aus, daß es seit langem und in beträchtlicher Verbreitung im Anwendungsbereich aller 27 Strafprozeßordnungen Vorschriften über die Entschädigung unschuldig Verfolgter hat. Wo aber ein Staat in einem eher eng begrenzten Gebiet wie der Entschädigung unschuldig Verfolgter überhaupt Vorschriften erläßt, bestehen starke Gründe für die Annahme, er habe andere als die ausdrücklich bewilligten Entschädigungen ausschließen wollen. Damit ist die Frage ungeschriebener Quellen unseres Entschädigungsgrechts überwiegend der Aktualität beraubt. Mochte die frühe und ausgedehnte Setzung geschriebenen Rechts vorerst verdienstlich sein, so hat sie doch auch wieder zur Erstarrung geführt, indem Weiterentwicklungen, wie sie bei Aufbau eines Systems durch die Gerichtspraxis eingetreten wären, unterblieben sind oder doch nur im beschwerlichen Weg der Gesetzgebung sehr sporadisch erreicht wurden.

In letzter Linie kann man sich die Frage vorlegen, was man beim Fehlen jeder geschriebenen Regel wohl tun würde, wenn sich ein schwerer Fall von Justizirrtum ereignen würde, z.B. die Vollstreckung eines erwiesenermaßen falschen Todesurteils oder die Verbüßung einer zu Unrecht verhängten vieljährigen Freiheitsstrafe. Worauf beruhte es, daß Louis XV den Hinterbliebenen von Jean Calas eine Entschädigung gewährte, daß in England wiederholt durch *Private Acts* Schadenersatz an unschuldig Verurteilte

gezahlt wurde³⁵⁴, daß im Kanton Schwyz ohne gesetzliche Grundlage ein wegen Brandstiftung angeklagter und dann freigesprochener Mann³⁵⁵ Schadenersatz erhielt, daß schließlich in Baselland ein Verurteilter, der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wurde, durch Finanzbeschuß des Parlaments entschädigt worden ist, obwohl unterstellt war, die gesetzliche Grundlage sei nicht vorhanden³⁵⁶? Zeigt sich nicht am Ergebnis solcher Fälle, daß eben doch ein Satz ungeschriebenen Rechts die Schadloshaltung gebietet? Richtig ist, daß in harten Fällen wohl meist entschädigt würde, auch wenn eine das anordnende Gesetzesregel fehlt. Doch ist es wohl richtiger, darin die Erfüllung eines Gebots echter Billigkeit zu sehen, ein bewußtes Überschreiten dessen, was das Gesetz gebietet oder erlaubt. Das Versagen der Gesetzesvorschrift im Einzelfall wäre so schwerwiegend, daß es die Rechtsordnung als ganzes gefährden müßte. Unter den besondern Umständen wird sie daher übergangen, aber nicht um sie zu vernichten, sondern zu bewahren. Das ist Billigkeit im Sinne von Aristoteles oder auch Kant³⁵⁷. Jedenfalls würden wir noch immer zögern, im hier wirksamen Gebot, und sei es noch so unwiderstehlich, einen Rechtssatz zu erkennen. Aus all dem folgt, daß es als eine Aufgabe der Gesetzgebung erachtet werden muß, die Mängel unseres gesetzten Rechtes zu verbessern³⁵⁸.

Bei Prüfung der Frage, ob solche Gesetzgebung dem Bund oder den Kantonen oder beiden je für den Bereich

³⁵⁴ S. die in N. 335 angeführten Fälle.

³⁵⁵ TOBLER S. 34 f. zum Fall, der BGE 4 S. 616 zugrunde liegt.

³⁵⁶ Im oben N. 216 erwähnten Fall D.

³⁵⁷ Oben N. 55 und Text, ferner KANT a.a.O. (N. 53) S. 40.

³⁵⁸ Was man nicht so angriffig zu sagen braucht, wie es z. Zt. BRIEGLB (Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859) S. 167 bei der Frage ausdrückte, ob zivilprozessuale Reformen erwünscht seien: «Übrigens bin ich weit entfernt, unserer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozesses überhaupt abzusprechen. Das kann ich schon deshalb nicht, weil ich es für die nächste Aufgabe der Gesetzgebung halte, ihre eigenen Mißgeburen auf die Seite zu schaffen».

ihrer Strafrechtsprechung zufallen müsse, ist zunächst daran zu erinnern, daß gegen den, der schuldhaft eine falsche Strafanzeige erstattet, ein bунdesprivatrechtlicher Deliktsanspruch besteht. Nach den veröffentlichten Entscheidungen zu schließen, wird von Ansprüchen dieser Art kein großer Gebrauch gemacht, doch mag man sich die Frage stellen, ob nicht in außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen, wie sie mitunter der Erstattung einer privaten Strafanzeige vorausgehen, dann und wann mit der Drohung einer Schadenersatzklage operiert werde, um den Verletzten von der Anzeige abzuhalten. Jedenfalls liegt in diesem Anspruch potentiell ein Druckmittel, das die Verfolgung der Delikte störend beeinflussen kann, sobald sich ein finanziellkräftiger Angeschuldigter seiner bewußt wird. In den Rahmen einer gesetzlichen Regelung könnte es danach fallen, private Ansprüche aus Strafverfolgung zugunsten von Ansprüchen gegen den (regreßberechtigten) Staat preiszugeben, um so das Eingreifen oder Nichteingreifen der Strafverfolgung aus unsachlichen Motiven zu unterbinden. Hierfür ist kraft seiner Kompetenz zur Gesetzgebung im Gebiete des Privatrechts nur der Bund in der Lage.

Insoweit die Kantone zuständig sind zur Gesetzgebung im Gebiet des öffentlichen Rechts und des Strafprozeßrechts im besondern, können sie zweifellos über die Entschädigung der von ihrer Strafjustiz unschuldig Verfolgten Regeln erlassen. Indessen haben wir oben im Abschnitt über die Passivlegitimation dargelegt, daß bei Abtretungen zwischen den Kantonen, bei Fällen von Rechtshilfe und bei Delegationen vom Bund an einen Kanton, namentlich bei real mit Fällen der Kantonalgerichtsbarkeit konkurrierenden Tatbeständen Komplikationen auftreten können, die von den Betroffenen als schikanös empfunden werden müssen und die Strafrechtspflege selbst beeinträchtigen können. PFENNINGER hat deshalb³⁵⁹ mit Recht bedauert, daß bei Erlaß des Strafgesetzbuches nicht ähnlich wie bei

³⁵⁹ ZStR 1949 S. 375 (S. schon oben bei N. 45).

der Regel von StGB Art. 397 über bundesrechtliche Mindestanforderungen an die Wiederaufnahme von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, das Recht der Entschädigung für unschuldig Verfolgte im Ausmaß, wie dies für die Durchsetzung des Bundesrechts angezeigt ist, zu vereinheitlichen. Was jedenfalls die Delegationssachen betrifft, ist wiederum nur der Bund in der Lage, die heute wegen des wenig geordneten Ineinandergreifens unübersichtliche Rechtslage zu sanieren.

Ist mithin den Kantonen im Gegensatz zum Bund nicht möglich, das Entschädigungsrecht für unschuldig Verfolgte umfassend zu ordnen, ist aber anderseits diese einheitliche Ordnung zur Gewährleistung einwandfreier Strafrechtspflege eine Notwendigkeit, sollte der Bund die als notwendig erachteten Reformen erlassen³⁶⁰.

³⁶⁰ Die früher (s. GOLDSCHMIDT, TOBLER, GERBER u. a.) viel verhandelte Frage ob der Entschädigungsanspruch des unschuldig Verfolgten gegen den Staat dem öffentlichen oder Privatrecht angehöre, verliert ihre Aktualität, wenn sich die Frage der Gesetzgebungs Zuständigkeit ohne Stellungnahme dazu lösen lässt, wenn der Rechtsweg oder die Rechtswege ohne Rücksicht dieselbe Stellungnahme offen stehen und wenn schließlich Fragen wie die nach der Dispositionsmaxime oder nach der Beweislast in gleicher Weise unabhängig von der Zuweisung ins Privat- oder öffentliche Recht klargestellt sind. Übrigens legt REINHARDT a.a.O. S. 288 ff. dar, daß die Zugehörigkeit der Haftung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten wohl nie völlig eindeutig festzustellen sein wird und daß noch heute vieles für das Privatrecht spricht.