

Zur geschichte und kritik des Stooss'-schen entwurfes für ein ...

Placid Meyer von
Schauensee

11
05

21. Nov. 1930



HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.



Switzerland

L.S.
Sept. 30
C
Zur Geschichte

und Kritik

des

Stoß'schen Entwurfes

für ein

Schweizerisches Strafgesetz *22*

von

Dr. Alcid Meyer von Schauensee

Oberrichter in Luzern

Mitglied der Expertenkommission für ein Schweizerisches Strafgesetz.

Luzern.

Verlag von Geschw. Dolschal's Buchhandlung

Nachfolger J. Eisenring.

1897.

MATERIA
3.11
MEY

+ *Digitized by Google*

Digitized by Google

In generalibus latet error.

Lord Bacon.

Zur Geschichte und Kritik des Stooß'schen Entwurfes für ein schweizerisches Strafgesetz.

Anfolge eines von 25 Vereinsmitgliedern unterzeichneten Antrages des Herrn Professor Stooß wurde im schweizerischen Juristenverein in Bellinzona (27. September 1887) die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechtes angeregt und den 21. März 1888 vom schweizerischen Nationalrat ein hierauf bezügliches Postulat (Motion Forrer) angenommen. Das eidgenössische Justizdepartement übertrug alle bezüglichlichen Vorarbeiten Herrn Professor Karl Stooß in Bern. Von diesem Gelehrten erdient zuerst eine systematische Zusammenstellung der Gesetzestexte unter dem Titel: Die schweizerischen Strafgesetzbücher, zur Vergleichung zusammengestellt (Basel und Genf bei H. Georg 1890), 1892 und 1893 dann die Grundzüge des schweizer. Strafrechts (ebenfalls Verlag von H. Georg). Besonders der 1. Band dieses lehtern Werkes enthält wertvolle Angaben über den gegenwärtigen Zustand des schweizer. Strafrechts, speziell mit Rücksicht auf den Strafvollzug.

Im Frühjahr 1893 fand die Berufung einer Expertenkommission zum Zwecke der Beantwortung eines von Bundesrat Kuchonnet entworfenen Fragenschemas statt. Auf Grund dieser über prinzipielle Fragen gepflogenen Verhandlungen hätte dann nach der Meinung des Herrn

22

Bundesrat Muchonnet ein Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetz ausgearbeitet werden sollen. Als dann aber vor Eröffnung der ersten Session der Expertenkommission Herr Muchonnet erkrankte und später mit Tod abging, arbeitete Herr Stooß während dessen Krankheit einen fertigen Vorentwurf aus und auf Grund dieser Arbeit des Herrn Stooß, und nicht des Fragenschemas des Herrn Muchonnet, fanden dann die Verhandlungen der Expertenkommission statt.

Wann, resp. in welchem Zeitpunkt Herr Stooß vom Bundesrat oder vom eidgenössischen Justizdepartement den Auftrag zur Abfassung eines schweizerischen Strafgesetzes erhalten, kann unseres Wissens aus keiner amtlichen Publikation entnommen werden. Wenn aber in dem im März dieses Jahres vom eidgenössischen Justizdepartement im Druck herausgegebenen Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch im Vorwort ausdrücklich betont wird: obwohl die vorliegende Fassung nicht überall buchstäblich den Beschlüssen der Kommission entspreche, so dürfe der Entwurf gleichwohl als Kommissionsentwurf bezeichnet werden, so erlauben wir uns dieser von offizieller Stelle geäußerten Auffassung der Sache eine andere gegenüber zu stellen und begründen dieselbe folgendermaßen: Nachdem das von Muchonnet für die Beratungen der Kommission entworfene Schema bei Seite gelegt worden, waren sich die Mitglieder der Kommission von Anfang an vollständig bewußt, daß sie über eine rein individuelle Arbeit des Herrn Stooß zu beraten hätten. Wir wollen diesfalls behufs Ergänzung des amtlichen Protokolls speziell ein Vorkommnis erwähnen.

Es war in der Thuneression vom September 1894 als Herr Obergerichtspräsident *Värlocher* aus St. Gallen es als eine sehr gefährliche Tendenz des Entwurfs bezeichnete, möglichst kurz und allgemein gefaßte Begriffe aufzustellen. Auf diese Weise, bemerkte Herr *Värlocher*, werden wir in der Schweiz nur nominell die Rechtseinheit verwirklichen, nicht aber eine einheitliche Praxis bekommen, indem die Gerichte eines jeden Kantons die Auffassung des bisherigen kantonalen Rechts in das neue Gesetz hineinbringen werden. (Protokoll I, S. 373 u. f.)

Diese Bemerkung wurde von Herrn Redaktor *Stoof* unwillig aufgenommen und Herr *Stoof* machte für den Fall, daß seine Auffassung der Sache nicht mehr Billigung fände, Miene, sein Amt als Redaktor niederzulegen.

Nachdem sich die Gemüther bedeutend erhitzt hatten, fand dann der seither verstorbene Herr Bundesrichter *Cornaz* eine Vermittlung. Dieselbe bestand wesentlich darin: Es sollten in Zukunft nur Anträge eingebracht werden dürfen, die in das System des Entwurfs paßten. Dabei aber sei es selbstverständlich, daß bei dieser Art der Beratung die Kommissionsmitglieder sich nicht engagieren, für den Entwurf als solchen einzustehen. Dieser letztere sei die individuelle Arbeit des Herrn *Stoof*, die Experten seien bloß zur Mitwirkung *in n e r h a l b* des ihnen gesteckten Rahmens verpflichtet.

Diese Argumentation des Herrn *Cornaz* gab den Ausschlag und die Expertenberatungen sind auf dieser Basis weiter gepflogen worden.

Alle irgendwie prinzipiellen Erörterungen wurden immer durch die bloße Bemerkung abgechnitten, die be-

treffenden Vorschläge dürften vielleicht a priori gut sein, allein dieselben paßten nicht zum System des Entwurfes.

In dieser Beziehung verweisen wir auf das Protokoll II, S. 415, 449, wo grundsätzliche Entscheidungen über Strafvollzug und Strafzumessung immer unter Hinweisung auf das System des Entwurfes abgelehnt wurden. Der Entwurf ist daher seiner ganzen Anlage und Tendenz nach die individuelle Arbeit des Herrn Stooß und der ganze Verlauf der Expertenverhandlungen giebt hierfür Zeugnis.

Ich darf in dieser Angelegenheit um so aufrichtiger mich aussprechen, als ich von Anfang an Herrn St o o ß in seinen Bestrebungen für die schweizerische Strafrechtseinheit aufs kräftigste unterstützt und sogar gegen mir ungerechtfertigt scheinende Angriffe in der Presse nachdrücklich in Schutz genommen habe. Diese Parteinahme galt der Sache und nicht der Person des Herrn St o o ß, und sobald ich sah, daß Herr Stooß sich selbst mit der Strafrechtseinheit auf unzulässige Weise identifizierte, mußte sie aufhören.

Bei Bestellung der Kommission wurden der nun verstorbene Professor Pfenninger in Zürich, von dem die einzige wissenschaftliche Darstellung des schweizerischen Strafrechts auf historischer Basis herrührt, auf die sich auch Stooß in seinen Grundzügen überall beruft, ferner der Basler Strafgerichtspräsident G. d. Thurmejen, der Herrn Stooß bei seinen Vorarbeiten auf zuvorkommendste Weise unterstützt hatte, sowie der Verfasser des gründlich gearbeiteten aargauischen Strafrechtsentwurfes, Herr Oberichter J. Heuberger, in unbegreiflicher Weise übergangen. Die Zusammenziehung der Kommission geschah offenbar in der Weise, daß Herr Stooß glauben konnte, in derselben

keinerlei ernstliche Opposition riskieren zu müssen. Das wissenschaftlich-technische Element war in der Kommission spärlich vertreten und dieselbe unter dem gleichen Gesichtspunkt komponiert wie etwa eine Kommission für Schulbetreibung und Konkurs zusammengesetzt wird. Es gab wohl wenige Mitglieder, die sich darüber hätten Rechenschaft geben können, daß eine Strafrechtskommission nicht in gleicher Weise Kompromisse eingehen kann wie eine Eisenbahn- oder Bankkommission.

Eine kritische Haltung gegenüber dem Entwurf nahm zuerst Professor Gretener von Bern ein.

Diese Kritik war eine rein sachliche. Sehr oft erlaubte sich Herr Gretener, den Herrn Redaktor bloß um Begründung dieser oder jener Redaktion anzugehen. Herr Stooß trat jedoch nirgends auf die Materie selbst ein, sondern bekämpfte sämtliche Anträge des Herrn Gretener auf die hartnäckigste Weise.

Als Stooß einmal von Herrn Gretener auf gewisse Lücken des Entwurfs, die auch durch die Motive nicht hinlänglich gerechtfertigt würden, aufmerksam gemacht wurde, erklärte er, er habe von Herrn Gretener keinen Auftrag gehabt, die Motive zu schreiben und der Bundesrat habe ihm keinen Auftrag gegeben, die Thatbestände zu motivieren, die er nicht aufgenommen.

Die Kommission ließ sich im Interesse der Sache diese Behandlung gefallen.

Die Herrn Stooß vom Bundesrat übertragene hohe gesetzgeberische Mission war in den Augen deutscher Gelehrter und nach monarchischen Begriffen ein genügender Titel, um Herrn Stooß den Eintritt in die Gelehrtenzunft

nicht weiter streitig zu machen. Wiederum aber stellte das ihm vom Ausland so reichlich gespendete Lob Herrn Stooß in den Augen eigener Mitbürger bedeutend höher. Man glaubte in der Schweiz allen Ernstes, daß eine wirkliche Reform des Strafrechts dem Kopfe dieses derben Verners entsprungen sei und wollte sich des großen Zweckes wegen die etwas unliebsamen tumultuariischen Formen gefallen lassen.

So endete die erste Beratung mit einem wirklichen Triumph des Redaktors; bloß einzelne Mitglieder erlaubten sich gewisse Reservationen, glaubten aber gleichwohl, die Realisierung der großen reformatorischen Ideen werde im speziellen Teil zu Tage treten und dort juristische Form annehmen. Gleich nach Beendigung dieser ersten Session schrieb dann Herr Gautier in Gené, der Freund des Herrn Stooß, in seinem Aufsatz „Deux projets“ (in Zeitschrift für Schweiz. Strafrecht, 7. Band, Seite 44 und folgende) die Expertenkommission hätte den allgemeinen Teil des Entwurfes mit einigen bedeutungslosen Abänderungen gebilligt, der Redaktor werde nun unverzüglich den speziellen Teil in Arbeit nehmen und noch im Jahr 1894 könne die parlamentarische Beratung des Stooß'schen Gesetzbuches beginnen.

Am August 1894 begann dann wirklich die Beratung des speziellen Teils durch die Expertenkommission in Thun und da zeigte sich nun die ungenügende Befähigung des Herrn Stooß in hellstem Lichte, sowohl nach der theoretischen als der praktischen Seite hin.

Nicht nur hat Herr Stooß in der Diskussion sehr oft juristische Ungeheuerlichkeiten behauptet, so unter anderm einen Diebstahl an eigener Sache angenommen, die Mus-

stellung materiell unrichtiger Zeugnisse von Ärzten als Urkundenfälschung erklärt, sondern er hat, was von größerer Bedeutung war, sich in der flüchtig hingeworfenen Anlage seines speziellen Teils absolut nicht zurechtfinden können und die Tragweite mancher Bestimmungen seines Entwurfes völlig verkannt.

Für diese seine gesetzgeberische Unklarheit bilden die gedruckten Motive ein bleibendes Denkmal. Es brauchte die ganze Liebenswürdigkeit des nun verstorbenen Herrn Cornaz, um in der oben angegebenen Weise den Fortgang der Beratungen zu ermöglichen.

Die Thuner Sitzung im Sommer 1894 veranlaßte dann allerdings den Herrn Stooß zu einer teilweisen Umarbeitung des speziellen Teils, allein nicht viel ehrenvoller für den Redaktor verließen die Berner Session vom Januar und die Sitzung vom April 1895 in Locarno. Ganze Abschnitte wurden wiederum an den Redaktor zurückgewiesen. In der Kommission selbst spielte Herr Stooß plötzlich den bescheidenen, ging mit erzwungener Gefälligkeit auf alle Propositionen ein und außerhalb der Kommission in der Presse wurde von seinen Freunden die große Dankbarkeit des Herrn Redaktors gefeiert, mit der er auf alle Anregungen eingehe und allen berechtigten Wünschen zu entsprechen suche. Diese Sinnesänderung des Herrn Redaktors war aber nicht von langer Dauer. Gerade in der Langnauersitzung (August 1895) hatte Herr Stooß die Berechtigung der in der Kommission speziell von Herrn Professor Gretener gestellten Abänderungsanträge ausdrücklich anerkannt. Zwei Tage später erhielt Herr Gretener, auf dessen Initiative hin die meisten von Stooß

als Verbesserungen bezeichneten Abänderungen stattgefunden hatten, eine Mitteilung von Herrn Redaktor Stooß, laut welcher er ohne weiteres aus der Reihe der Mitarbeiter der Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, der er von Anfang an angehört hatte, gestrichen sei.

Daß so etwas in einem republikanischen Staatswesen möglich sei, empörte mich und ich schrieb Ende August 1895 drei Artikel in die Basler Nachrichten, worin ich den Gang der Verhandlungen einem größern Publikum darzulegen suchte, allerdings mit möglichster persönlicher Schonung, da die Verhandlungen der Expertenkommission noch nicht geschlossen waren. Herr Stooß spielte nun sofort den Beleidigten und erklärte im Bund (Nr. 234), es seien meine Ausführungen in einem Tone gehalten, der es ihm unmöglich mache, zu antworten.

Das wagte Herr Stooß dem Publikum zu bieten, das sein Benehmen in der Kommission nicht kannte, unmittelbar nachdem er ohne alle Veranlassung auf die rein sachliche Opposition des Herrn Gretener durch den oben erwähnten Ukas geantwortet hatte. Allein er konnte auf die vollständige Unkenntnis nicht nur des größern Publikums, sondern auch der Sachverständigen rechnen, die sich durch den Herrn Stooß vom Ausland her zu Teil gewordenen Ruhm blenden ließen. Als im Oktober 1895 die Kommission in Bevev ihre Sitzungen beendet hatte, erschien sofort nach Schluß der Beratungen wieder eine Mitteilung in den Basler Nachrichten, wonach der Entwurf Stooß ohne wesentliche Änderungen von der Kommission acceptiert worden. Ich schrieb darauf eine kurze Einwendung ins Luzerner Tagblatt (Nr. 256) vom

1. November 1895 und stellte darin fest, daß die Kommission in dieser Session einschneidende Änderungen nicht nur am Entwurfe Stooß, sondern auch an ihren eigenen frühern Beschlüssen vorgenommen habe. Bezüglich der Preßdelikte erlaubte ich mir darauf hinzuweisen, daß das Herr Stooß diametral entgegengesetzte System Zürcher acceptiert worden sei. Der Anregung des Herrn Stooß aber, auf diese wichtige Materie zurückzukommen, habe niemand aus dem Schoße der Kommission beigestimmt, Stooß sei mit seiner Stimme allein geblieben. Diese Notiz blieb unwidersprochen, aber von der gesamten übrigen Presse ignoriert. Herr Stooß aber fühlte sich durch die ihm überall her bewiesene Connivenz in seiner bewährten Taktik bestärkt und strich nun auch meine Person, diesmal ohne jede vorhergegangene briefliche Anzeige, aus der Reihe der Mitarbeiter der Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht. Es war dies der Dank für die seit Beginn der Zeitschrift gewährte thätige Mitarbeiterschaft und die vielen Mitteilungen zur Förderung der Vorarbeiten für Vereinheitlichung des Strafrechts. Auch dieses Vorkommnis wurde einzig von Seite des Herrn Obergerichter Kocher in Bern im schweiz. Handels-courier erheblich gemacht.

Während der Berner-Sitzung der Kommission vom Januar 1895 hat man in offiziellen Kreisen dazu geraten, von einer weiteren Beratung des Entwurfes zu abstrahieren, indem man die Haltlosigkeit des ganzen Elaborats sehr wohl begriff, der bald darauf erschienene Geschäftsbericht des Bundesrates, Abteilung Justizdepartement (Bundesblatt Nr. 14 vom 27. März 1895), spendete aber dem Herrn Stooß „die wohlverdiente Anerkennung für seine mit g r o ß e m

Geist und ungewöhnlichen Energie an die Hand genommene und in kurzer Zeit ausgeführte schwierige Arbeit der Strafrechtskodifikation.“

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, daß Herr Stooß nur beim beständigen Wechsel der Vorsteherchaft des eidg. Justizdepartements es wagen konnte, diejenige Rolle zu spielen, die ihm jetzt so meisterhaft gelungen ist.

Herr Stooß hat mir im Oktober 1893, gleich nach dem Tode Ruchonnets, persönlich bemerkt, Herr Ruchonnet hätte, nachdem sich die Vorarbeiten so lange hingezogen, sehr daran gezweifelt, ob es Herrn Stooß gelingen möchte, in verhältnismäßig kurzer Zeit einen Strafrechtsentwurf auszuarbeiten. Er, Stooß, werde nun die Bedenken des Herrn Ruchonnet durch die That widerlegen. Seit dem Tode Ruchonnets gelangte aber die Leitung des eidgen. Justizdepartements in rascher Folge an die Herren Zemp und Lachenal (provisorisch), Ruffy und Müller. Keinem dieser Herren kann bei diesem raschen Wechsel irgend ein begründeter Vorwurf gemacht werden, im Gegenteil muß anerkannt werden, daß alle sich mit großem und redlichem Eifer an der Sache beteiligten. —

Die von Lammaich in Wien aber am Entwurf gerühmte Knappheit, Kürze und Volkstümlichkeit hat sich, wie der Gang der Verhandlungen deutlich zeigte, thatsächlich als Lückenhaftigkeit und Unbestimmtheit der Begriffe herausgestellt. Cornaz sprach diesfalls mit Recht von einer *fausse originalité*. Die ganze Arbeit der Kommission bestand in weiter nichts, als in der Annäherung an die Begriffe der Mehrzahl der geltenden Gesetzbücher.

„Auf Grund des ersten Entwurfes kann nicht mehr diskutiert werden“, ruft Herr Stooß im „Rund“ aus. Dieser erste Entwurf war aber das eigenste Werk des Herrn Stooß, mit ihm ist auch die von den deutschen Gelehrten gepriesene Originalität verschwunden. Die Kommission aber war sich, indem sie bloß die allernotwendigsten Lücken ausfüllte, sehr wohl bewußt, daß sie damit keine originelle gesetzgeberische Arbeit verrichte. Es war vielmehr eine bloße Flickarbeit, deren Grenzen durch das Projekt Stooß gesetzt waren.

* * *

Nachdem wir nun kurz den Verlauf der Kommissionsverhandlungen skizziert, wollen wir den Entwurf selbst sowohl nach den Prinzipien eines allgemeinen als bezüglich einzelner Bestimmungen des speziellen Teiles einer juristischen Prüfung unterwerfen.

Herr Stooß hat bei Feststellung der Begriffsdefinitionen jeweilen im Schoße der Kommission erklärt: „Wir müssen uns nicht nach dem Stande der Theorie erkundigen, sondern immer nur prüfen: wie wird der Richter den betreffenden Artikel auslegen?“ Können wir nun aber von einem Richter a priori ohne alle Rücksichtnahme auf eine zukünftige schweizerische Gerichtsverfassung sprechen? Wie ist der Richter des Herrn Stooß, der die schweizer. Rechtseinheit erst herstellen soll, beschaffen? Ist es ein geleiteter oder ein dummer, ein erfahrener oder unerfahrener Richter, ein Richter, der in städtischen oder ländlichen Verhältnissen sich befindet, ist es schließlich ein Erstinstanzrichter, der den Thatbestand, die Schuldfrage festzustellen hat, oder ist es der Berufungsrichter, der das Gesetz

auszulegen hat? Auf alle diese Fragen ist Herr Professor Stoopß in der Kommission die Antwort schuldig geblieben. Nachdem das deutsche Reich schon lange ein einheitliches Strafgesetzbuch erhalten, schrieb Rudolf von Gneist in seinen vier Fragen zur deutschen Strafprozeßordnung (Berlin 1874) Seite 168: „Dem großen Werk des deutschen Strafgesetzbuches fehlt der reale Boden, so lange nicht dafür gesorgt ist, daß vor dem Ausspruch der Geschwornen der richtig verstandene Sinn des Gesetzes dargelegt und dadurch dessen wirkliche Anwendung ermöglicht und gesichert wird. Das Rechtsband zwischen Richter und Jury, zwischen dem Gesetz und seiner Verwirklichung bleibt zerschnitten, so lange diese Ergänzung fehlt. Der Beruf des höchsten Gerichtshofes zur Aufrechterhaltung der Einheit der höchsten Grundregeln des Rechtes bleibt von dem Boden der Wirklichkeit abgelöst, und das Rechtsmittel der Revision behält nur ein überwiegend formalistisches Gebiet, wenn nicht die maßgebende Rechtsweisung des Präsidenten, sondern die hinterher niedergeschriebenen sogenannten Gründe die Grundlage bilden. Für diese ist nur die größere oder geringere Geschicklichkeit des niederschreibenden Referenten verantwortlich zu machen. Der oberste Gerichtshof soll mehr sein, als ein bloßer Censor der Referentenarbeit.“

Diese Äußerung von R. von Gneist dürfte jedem denkenden Juristen die Überzeugung nahe legen, daß Strafrecht und Strafprozeß in innigem Zusammenhang stehen und daß erst durch eine richtige Gerichtsverfassung und ein passendes Strafrechtsverfahren die Strafrechtseinheit völlig realisiert werden kann. Man muß daher bei

einer Modifikation des Strafrechts wenigstens in allgemeinen Umrissen eine Vorstellung von der Anwendung der Strafrechtsätze und der dafür zu schaffenden Organe haben. Allein nicht ein einziges Wort ist über dieses ganze so wichtige Verhältnis in den Motiven zu lesen und alle in der Kommission an den Herrn Redaktor gestellten bezüglichen Fragen blieben, wie oben angedeutet, unbeantwortet. Die Natur der Schwurgerichte schließt das Rechtsmittel der Berufung an eine oberste Instanz aus. Wie soll z. B. für den Fall, wo die Schwurgerichte in der schweizerischen Gerichtsverfassung beibehalten würden, die Rechtseinheit im Strafrecht realisiert werden können? —

Gleich von Anfang an hat ferner Herr Professor Stooß betont, es könne sich in der Schweiz nicht um eine Modifikation des Strafrechts im rein juristischen Sinne handeln, indem diese eine bloß unfruchtbare Juristenarbeit wäre; die Hauptsache sei die ganze oder teilweise Vereinfachung des Strafvollzuges, nur dadurch sei der „Kampf gegen das Verbrechen“ möglich. Freund Gautier hat denn auch sofort diese auf den Strafvollzug gerichtete Strafrechtseinheit als die epochemachende That des Herrn Stooß im Gegensatz zu dem französischen Projekt mit seiner bloß formalen Auffassung geprießen. Allein auch in diesem Cardinalpunkt hat sich die Sachlage seit Beginn der Kommissionsverhandlungen wesentlich geändert.

Wie hat sich aber hier dieser Wandel vollzogen? Gleich in der ersten Session wurde vom Herrn Redaktor mit großem Pathos als Hauptdogma eines guten Strafvollzuges die obligatorische Trennung des Vollzuges der

Gefängnis- und Zuchthausstrafe aufgestellt und wirklich durchgeführt. Warum sollen nun aber gerade die Kantone mit vorzüglichsten, relativ neuen Strafanstalten diese ungeheuren finanziellen Opfer, wie sie die räumliche Trennung der Zuchthaus- und Gefängnissträflinge erfordert, bringen?

In der Thuner Sitzung vom 5. September 1894 erstatteten dann die Herren Clemenß Hartmann, Direktor der Strafanstalt in St. Gallen, und Theodor Gohl, Adjunkt des eidgenössischen Ober-Bauinspektorates in Bern, mündlichen Bericht über den Stand der Strafanstalten und Gefängnisse der Schweiz, die sie im Auftrag des eidgenössischen Justizdepartements besucht hatten.

Es zeigte sich aus den Berechnungen der Experten, welche ungeheure Kosten der Eidgenossenschaft durch eine auch nur teilweise Übernahme des Strafvollzuges entstanden. Ganz besonders schwierig und kostspielig würde sich aber die von Herrn Stooß in der Kommission durchgesetzte obligatorische Trennung von Zuchthaus- und Gefängnissträflingen gestalten! Allein auf diesem Gedanken der absoluten Trennung im Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafe beruhte ja die Strafrechtsreform des Herrn Stooß zum weitaus größten Teil! —

Für die Versammlung des schweizerischen Vereins für Straf- und Gefängniswesen, die den 14. und 15. Oktober 1895 in Lausanne und Chillon stattfand, erhielt der verdiente Strafanstaltsdirektor von Lenzburg, Herr Hürbin, vom Vereinspräsidenten, indirekt aber aus der Hand des Herrn Stooß, die Frage des Strafvollzuges nach dem im Entstehen begriffenen schweizerischen Strafgesetz als Referat zur Bearbeitung.

Ganz nach dem Rezept des Herrn Stooß verlangte nun der gute Herr Hürbin, der früher in hohem Grade sich der Gunst des Herrn Stooß erfreut hatte, für den Strafvollzug die Gründung von neun verschiedenen Anstalten. Das war nun aber den Waadtländern zu viel, und es wurden in der Versammlung zu Chillon sowohl die Thejen des Referenten als Korreferenten verworfen und eine Resolution dahin gehend angenommen, der schweizerische Verein für Straf- und Gefängniswesen halte eine Abstimmung über die Frage des Strafvollzuges für verfrüht, spreche aber den Wunsch aus, es möchte das Strafrecht möglichst bald vereinheitlicht werden.

Als nun Herr Hürbin tags darauf als Mitglied der eidgenössischen Strafrechtskommission nach Bevey kam, sehr bedürftig des Trostes und der Ermunterung der eben erlittenen schweren Niederlage wegen, war es Herr Stooß, der ihm die Mißbilligung über sein wenig opportunes Referat in Chillon aussprach, nicht wissend, daß Herr Hürbin längst erfahren, daß das Vereinspräsidium das Thema von Herrn Stooß selbst erhalten hatte. Seitdem war in der Kommission von der Unifikation des Strafvollzuges keine Rede mehr. —

Wir haben es früher schon ausgesprochen: was den Entwurf nunmehr allein charakterisiert, ist die von ihm beinahe durchweg geforderte Annahme eines schrankenlosen richterlichen Ermessens. Die Lösung der wichtigsten Probleme wird dadurch von den Schultern des Gesetzgebers auf diejenigen des Richters abgewälzt. Herr Professor Zürcher in Zürich, ein hervorragendes Mitglied der Kommission, behauptet zwar allerdings, das

„schränkenlose richterliche Ermessen“ entspringe unmittelbar aus der kriminalpolitischen Grundlage des Stoß'schen Entwurfes. Allein Herr Zürcher hat sich schon in seiner Antrittsrede als Anhänger der italienischen oder kriminalanthropologischen Schule eines Lombroso und Ferri bekannt und auch in der Kommission diese Richtung mit seltenem Freimuth vertreten. Dabei hat sich Herr Zürcher losgesagt von der hergebrachten Unterscheidung von Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen. Diese Auffassung des Herrn Zürcher involviert prinzipiell die Negation jeden Strafrechts und geht weit über die Postulate der von Liszt angeführten Reformpartei hinaus, indem von Liszt ausdrücklich das Strafgesetzbuch als die magna charta des Verbrechers betrachtet und letztern durch genaue Strafbestimmungen vor willkürlicher Verurteilung geschützt wissen will. In ihren Konsequenzen würde diese Auffassung jeden objektiven Maßstab bei Beurteilung des Verbrechens preisgeben und, wie neuerlich Finger betont hat, zu einem Nichten auf Leumund hinführen. Ein Gesetzbuch brauchte dann statt zweihundert Paragraphen höchstens zwei oder drei Bestimmungen zu enthalten, wonach eine Behörde mit der Ausmittlung und Behandlung gemeingefährlicher Individuen betraut würde. Gegen die Trostlosigkeit eines solchen Zustandes, wie ihn die einseitige Durchführung der rein subjektiven, kriminalanthropologischen Auffassung mit sich führen müßte, wäre, meint Hugo Meyer in Tübingen, die Wüste Sahara ein blühender Garten.

Uns scheint auch heute noch völlig zutreffend zu sein, was der alte Feuerbach in seinen Kriminalrechtsfällen (Gießen, bei Tausch und Müller 1808), 2. Bd., S. 57, sagt:

„So wahr es ist, was ein tiefer Menschenkenner von den Menschen sagte: jeder habe seinen Preis, um den er verkäuflich sei, so wahr ist es, daß fast jeder seine schwache Seite hat, die ihm den Fall bereiten kann, sobald ihn dabei die Gelegenheit mit hinreichender Stärke faßt. Es ist nicht allein der gute Wille der Moralphilosophie, der vor solchem Falle schützt. Der Stern der Vernunft leuchtet nur so lange ihn nicht der Sturm der Leidenschaften mit seinem Wollen bedeckt. Sobald der Kampf begonnen hat, entscheidet allein die Stärke den Sieg. Nur wer dem Streite selbst begegnend zuvorzukommen weiß, ist seiner Stärke gewiß. Und dieser ist nicht der Gutmütige, der in sorgloser Eintracht mit sich selber lebt, sondern der Mann von hellem, nach außen und innen beobachtendem Verstande, der im Bewußtsein der Gefahr, sich selbst mißtrauend, seine Neigungen in ihren Schritten bewacht, vorgehend der Gelegenheit entflieht, oder, wenn sie ihn zufällig angreift, sie für das erkennt, was sie ist, und schnell die zweckmäßigsten Gegenmittel faßt, damit sie ihm nicht werde, was sie ihm werden will und kann. Alle jene Verbrecher, welche das moralische Urtheil lospricht, während das Urtheil der Gerechtigkeit sie verdammt, sind ein Opfer des Mangels dieser moralischen Klugheit und Selbstkenntnis, und hiedurch der Schwäche, Beschränktheit, Einseitigkeit oder Unkultur ihres Verstandes. Das habe ich nicht vorgeesehen! Das habe ich nicht bedacht, hätte ich es besser überlegt, ich hätte es nie gethan! Dieses sind die Entschuldigungsgründe, die man aus dem Munde solcher Verbrecher hört, auf welche aber die Gerechtigkeit kein Gewicht legen kann, weil diese, die nur die That und den

verbrecherischen Entschluß in ihrem Gesichtspunkt hat, das moralische Urtheil dem ewigen Richter der Gesinnungen überlassen muß.“

Diese Worte des großen Psychologen Feuerbach kennzeichnen die Sachlage auch heutzutage völlig richtig und es ist daher Geist von unierm Geiste, der uns in den Gesetzen anspricht, uns im richterlichen Urtheil jetzt über einen Gegner siegen und jetzt unterliegen läßt und gegen rechtswidrige Handlungen Vergeltung übt.

Auch der wissenschaftlich vertiefte Determinismus kann, wie Professor Dppenheim in seiner Besprechung von Trägers rechtsphilosophischer Untersuchung über „Wille, Determinismus und Strafe“ in der kritischen Vierteljahrschrift 3. J., B. 1., S. 4, S. 597 und folgende trefflich ausführt, des Begriffes der Willensfreiheit ebenjowenig als der Begriffe der Schuld, Verantwortlichkeit, Gerechtigkeit und Strafe entbehren und es bildet auch für den wissenschaftlichen Deterministen die Willensfreiheit — Wundt nennt sie die praktische im Gegensatz zur theoretischen des Indeterminismus — die Grundlage der Zurechnungsfähigkeit.

Nach der Auffassung der italienischen Schule, wie sie neuerdings von Meuler: Der geborene Verbrecher, (München bei F. S. Lehmann 1896) vertreten wird, würde an die Stelle des Zuchthauses die Irrenanstalt treten und die Verbrecher bloß medizinisch zu behandeln sein.

Die Bedenken, die in der Übertragung einer solchen Machtvollkommenheit an den Stand der Ärzte liegen, wehrt Meuler mit folgenden Worten ab: „Die Rechte, welcher jeder Mensch ipso jure besitzt, welche man, mit Brief und

Siegel verpackt, aus den Sternen herunterholen kann, die machen sich überhaupt ganz hübsch in der Poesie und meinetwegen in der Phrazeologie politischer Redner. Wer auf die Thatsachen sieht, statt auf Theorien, welche auf gewisse Verhältnisse zugeschnitten worden sind, und unter andern Verhältnissen wieder beseitigt werden müssen, der wird ohne weiteres zugeben, daß Recht zu allen Zeiten immer das und nur das war, was die Allgemeinheit resp. die Mehrheit, resp. die maßgebende stärkere Klasse für nützlich hielt. Dies wird hoffentlich keines weitem Beweises bedürfen.“

Dieser Auffassung gegenüber müssen wir aber darauf hinweisen, daß das Recht eine äußere Form des menschlichen Zusammenlebens darstellt und demnach seinem Begriffe nach dem Großen und Mächtigen eine Schranke zu Gunsten des Kleinen und Machtlosen auferlegt. Von diesem modernen Standpunkt aus müssen wir aber den Regenten der vergangenen Jahrhunderte unbedingt eine große Mäßigung und Gerechtigkeit nachrühmen, indem sie nach dem von Meuler proklamierten Naturrecht mit vollem Recht alle widerstrebenden Elemente einfach zu eliminieren berechtigt gewesen. Nicht umsonst hat ein schweizerischer Historiker es als einen Vorzug vergangener Zeiten gerühmt, daß die Großen damals kleiner und die Kleinen größer gewesen als in der Gegenwart.

Diese von Direktor Meuler in Rheinau klar und deutlich geäußerten Anschauungen machen sich aber nicht bloß vereinzelt geltend. Forel in Zürich, Professor der Psychiatrie und Direktor von Burghölzli, hat die For-

derung des gelehrten Kräpelin: „Fort mit dem Strafmaß“ in die Devise verwandelt: „Fort mit jedem Sühnebegriff.“ —

Lammajch in Wien hat als den hauptsächlichsten um nicht zu sagen einzigen Vorzug des Stooß'schen Entwurfes die in demselben überall getroffene Berücksichtigung des Motivs erwähnt.

Professor Liszt führt aber in seinem Aufsatz: „Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik“ (Zeitschrift für gesamtes Strafrecht, 16. Bd., S. 477 und folgende) den Nachweis, daß Stooß in völlig unklaren, aller Bestimmtheit wie jeder Folgerichtigkeit entbehrenden Wendungen von „edlen“, „achtungswürdigen“, „gemeinen“ und „niederträchtigen“ Motiven spricht.

§. 504 a. a. O. bemerkt von Liszt: Der verwirrenden Abwechslung in den Ausdrücken des Entwurfes halte man die folgende Bemerkung von Stooß in den Motiven zum Entwurf von 1893 gegenüber: „Wenn auch Habjucht als Beispiel niederträchtiger Gefinnung angeführt wird, so ist darunter nicht schlechtweg Eigennutz und Gewinnjucht zu verstehen, sondern im Einklang mit dem Sprachgebrauch ein gewohnheitsmäßiges Streben nach fremdem Gut.“ Und dann noch für die verschiedenen Begriffe ein und derselbe französische Ausdruck!

Als Gretenier in der Kommission den Vorschlag machte, Rückfall nur bei Gleichheit der Triebfeder anzunehmen, sprach sich Stooß gegen diese Auffassung mit den Worten aus: „Wenn man auf die Triebfeder zurückgehen will, so ist zu bedenken, daß diese oft dunkel ist.“

Der ursprüngliche Entwurf des Herrn Stooß hat, trotz des Lobes des Herrn Lammajch in Wien, das Motiv so-

gar da nicht berücksichtigt, wo die meisten geltenden Gesetze daselbe schon berücksichtigen, z. B. bei der Entführung (zur Unzucht oder zur Ehe) und bei der Begünstigung (Gewinnucht). Meist hat aber Stooß mißverständlich das sittliche Werturteil einfach an die Stelle des rechtlichen (sozialen) gesetzt. Ob der Urheber eines Dynamitattentats aus reiner (simple) „Luft am Verbrechen“ oder aus fanatischer Überzeugung heraus gehandelt hat, ist für die Rechtsordnung völlig gleichgültig. Als aber in der Kommission der Redaktor bezüglich des Entwurfes von 1894 darauf aufmerksam gemacht wurde, daß derselbe einer einheitlichen, sorgfältig erwogenen Terminologie ermangle und man nicht rein willkürlich in Art. 73 (beim Raube) von schwerer, in Art. 91 dann von ernstlicher und in Art. 92 von gefährlicher Drohung sprechen könne, indem diese Ausdrücke nicht promiscue zu brauchen seien und der Richter wissen müsse, was er unter den einzelnen Worten zu verstehen habe, da erklärte Herr Stooß, er sei der Kommission über die Anwendung, resp. den Gebrauch dieser Worte keine Rechenenschaft schuldig, es beliebe ihm eben so und nicht anders zu legislieren.

Was soll man dazu sagen, wenn der qualifizierte Diebstahl in der Weise sich normiert findet, daß mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft wird, wer einen Diebstahl „auf besonders gefährliche und freche Art“ begeht, eine Bestimmung, welche es ermöglicht, je nach der Auffassung des urteilenden Richters den Kirchendiebstahl als peinlichen und nichtpeinlichen Fall zu behandeln. Wie ungemein weitgehend und vieldeutig sind dann in Art. 80 (unehrliche Konkurrenz) die Bezeichnungen „schwindel-

hafte Angaben“, „unehrliche Mittel“ und wie rein willkürlich ist hier die Hervorhebung des Motivs „Eigennuß“!

Herr Stoß erklärte in der Kommission zu wiederholten Malen, er gedenke keine Schulmeinung zu kodifizieren und glaube, daß die in der Kommission namentlich vom Redaktor geäußerten, durch das Protokoll veröffentlichten Anschauungen zur Interpretation des Gesetzes vom Richter absolut nicht verwendet werden könnten. Hier findet sich nun Herr Stoß bezüglich der Interpretationslehre allerdings einmal in Gesellschaft von großen Autoritäten, wie Schaffrath, Wächter und Binding, und wirklich jängt die Verachtung des Gesetzesmotivs an zum Gemeinplatz zu werden, sie hat einen drastischen Ausdruck in der Zeitschrift für schweizerisches Recht (Neue Folge, Bd. 1, S. 6) gefunden, wo Andreas Heusler als einen wesentlichen, nicht gering anzuschlagenden Vorzug des eidgenössischen Obligationenrechts den absoluten Mangel an „Gesetzgebungsmaterialien“ bezeichnet. —

Die deutschen Professoren aber, die Gutachten über den Entwurf des Herrn Stoß abgegeben, besaßen eine völlig ungenügende Kenntnis unserer schweizerischen Rechtsverhältnisse. Die gelehrten Herren begnügten sich damit, daß jeder sein eigenes Steckenpferd in irgend einem abgelegenen Artikel des Entwurfes wieder erkannte und von Liszt rühmt diesfalls an Herrn Stoß die große Selbstverleugnung. Infolge dieser stetigen Kompromisse, die der Verfasser mit den Vertretern der verschiedensten Richtung schloß, wurde der Entwurf zu einer wahren *Mosaikarbeit*.

Der gleiche Lammaſch in Wien, der im vergangenen Jahr den Entwurf des Herrn Stooß ſo maßlos geprieſen hat, lehnte noch 1894 bei Beſprechung des norwegiſchen Strafgeſetzbuches (Zeitschrift für geſ. Strafrecht, 14. Bd., S. 505) eine Berufung auf den ſchweizeriſchen Entwurf mit der Motivierung ab, daß die ſchweizeriſchen Richter nicht kriminaliſtiſch gebildet ſeien und daher hier vor allem an d e r n ein Grad von Einfachheit des Ausdrucks angeſtrebt werden müſſe, welcher für die Geſetze anderer Staaten nicht erlaubt ſei.

Alſo deſhalb, weil für ein Hirtenvolk nach der Anſicht eines Lammaſch gar keine juridiſchen Begriffsbeſtimmungen notwendig ſind, darum haben die deutſchen Professoꝛen den Entwurf des Herrn Stooß nur gelobt, aber wie ſich in der Folge durch brieſliche, in der Kommiſſion eröffnete Erklärungen der Herren Brunnenmeiſter und Merkel herausgeſtellt hat, nicht einmal eingehend geprüft.

In der Kommiſſion ſind alle noch ſo begründeten Einwendungen vom Redaktor mit der Phraſe niedergekämpft worden: „Liſzt hat nichts bemerkt“. Sein Schweigen galt als Zuſtimmung. Dabei wurde man nie müde, auf die maßloſen Lobeserhebungen des Herrn von Liſzt in der von Harden herausgegebenen Zeitschrift „Die Zukunft“ aufmerkſam zu machen, wo Herr Stooß als der bedeutendſte Geſetzgeber ſeit den Zeiten Schwarzberg's geprieſen wird. Als nun aber nachträglich Herr von Liſzt einzelne Beſtimmungen des Entwurfs einer eingehenden kritiſchen Beurteilung unterworfen und als unzutreffend widerlegt hatte, da beklagte ſich Herr Stooß in ſeiner Zeitschrift,

9. Bd., S. 170, daß der deutsche Gelehrte, dem er den größten Teil seines Ruhmes speziell in deutschen Landen verdankt, die volle Schale seines Hornes über den Entwurf ausgieße, und wirft ihm vor, daß er nun nicht scharf genug zu rügen wisse, was er früher besprochen, ohne den leisesten Tadel zu äußern.

Herr Professor Dr. v. Lilienthal in Heidelberg hat endlich in der Zeitschrift für ges. Strafrechtsw. 15. Bd., S. 97 u. f. eine Gesamtkritik des Stooß'schen Entwurfes veröffentlicht. Dieselbe hat aber durchaus nicht überall das Richtige getroffen und ist auch keineswegs frei von Widersprüchen und Unklarheiten.

Wenigstens mit ein paar Worten müssen wir die soziale Seite des Stooß'schen Entwurfes berühren. Professor Anton Menger in Wien hat in seiner Schrift: „Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (Tübingen 1890) darauf aufmerksam gemacht, daß der ungeheure Unterschied, welcher in der Rechtsverfolgung zwischen den besitzenden und besitzlosen Volksklassen bestehe, von den Juristen bisher nur wenig berücksichtigt worden sei. Diese Benachteiligung der besitzlosen Volksklassen werde dadurch bewirkt, daß die Gesetzgebung von ihrem formalistischen Standpunkt aus für Reich und Arm dieselben Rechtsregeln aufstelle, während die völlig verschiedene soziale Lage beider auch eine verschiedene Behandlung erheische. Was hat nun diesfalls Herr Stooß und der Entwurf in sozialpolitischer Hinsicht geschaffen? Im Entwurf von 1894 figurirte unter dem Titel: *Aufhebung*, eine Strafbestimmung, die der ehemals berückichtigten Klassengesetzgebung entstammte. Dieselbe lautete:

„Wer einen Teil der Bevölkerung böswillig gegen einen andern aufhebt und damit den bürgerlichen Frieden gefährdet oder stört, wird mit Gefängnis oder Geldbuße bis zu 5000 Franken bestraft.“ (Art. 93, Abj. 1.)

Diese Bestimmung hätte eine weitgehende Verfolgung aller sozialistischen Agitatoren gestattet und wäre, wie Gretener bemerkt hatte, viel weiter gegangen als § 130 des deutschen Gesetzbuches, wo nur die öffentliche Anreizung zu Gewaltthätigkeiten mit Strafe bedroht wird.

Bundesanwalt Scherb bemerkte: Gerade durch die behufs Anwendung dieser Bestimmung angehobenen Strafprozesse könnte leicht ein Teil der Bevölkerung gegen den andern aufgehebt werden.

Der Artikel ist mit großer Mehrheit gestrichen worden. Die dagegen von Stoß in Art. 161 (Entwurf von 1894) zum Schutze der durch die Bundesverfassung gewährleisteten Freiheitsrechte (Motion Vogeljanger) proponierte Bestimmung wurde in der Kommission mit der Motivierung bekämpft, daß unsere gegenwärtige Wirtschaftsordnung die Aufnahme einer solchen Bestimmung verbiete, worauf Professor Zürcher feststellte, daß nach der Anschauung der Mehrheit der Kommission die Macht des Geldes uns hindere, die gegenwärtig geltende Bundesverfassung durchzuführen.

Diesen Vorkommnissen gegenüber dürften die Artikel 68 (Überanstrengung von Dienstboten) und 115 (Mißbrauch der Not oder der Abhängigkeit einer Frauensperson zum Beischlaf) nur einen geringen sozialen Fortschritt bedeuten. Die Unklarheit dieser Artikel ist auch von Herrn Professor von Lilienthal in Heidelberg gerügt worden. Dieser Kritiker wirft die Frage auf, ob, wenn der Hausherr,

der seiner im Konzert befindlichen Gattin eingetretenen Regens wegen einen Schirm schicken will und das Dienstmädchen zu höchster Eile antreibt, dieses sich aber einen heftigen Schnupfen holt, weil es noch einige Zeit auf einem zugigen Flur warten mußte, dieser Hausherr mit Gefängnis oder Geldstrafe bis 10,000 Fr. bestraft werden solle. Wenn dieser Schnupfen aber in eine Lungenentzündung übergeht und den Tod des Dienstmädchens zur Folge hat, würde die Strafe des Entwurfes Zuchthaus bis 5 Jahre sein. Dagegen sind die Bestimmungen über die Geldstrafen, wie wir später noch sehen werden, keineswegs im Sinne humaner Reformen ausgefallen, der Entwurf kennt auch, was ebenfalls noch zu erörtern ist, keinerlei Garantie dafür, daß, wenn arme Verbrecher in Geisteskrankheit verfallen, dieselben nicht ganz anders behandelt werden als reiche. Bei Normierung der Eigentumsdelikte endlich ist den verschiedenen sozialen Verhältnissen ganz im altergebrachten Sinne eher im Geiste der Ungleichheit als wirklicher Rechtsgleichheit Rechnung getragen worden.

* * *

Bei den Beratungen des ganzen allgemeinen Teils wurden in der Kommission die verschiedenartigsten Doktrinen entwickelt und es ist dem Redaktor nie gelungen, auch nur in rein theoretischen Fragen die Diskussion zu beherrschen oder fruchtbar zu gestalten. Es konnte in dieser Beziehung auch nicht anders kommen, da der Verfasser, um nicht in den Fehler zu verfallen, nach fremden Mustern zu arbeiten, diesen Entwurf meist redigiert hat, ohne ein

anderes Gesetzbuch aufzuschlagen (S. 88 u. f., Protokoll I). Es scheint fast, als habe Herr Stooß sich eigentlich bemüht, alles, was er in den „Grundzügen“ mühsam zusammengetragen, vollständig zu vergessen.

Bezüglich des internationalen Strafrechts zeichnet sich allerdings der Entwurf (Art. 5) durch eine anerkanntenswerte Ausdehnung des Realprinzipes aus, hinsichtlich der Frage jedoch, unter welchen Bedingungen ein im Ausland begangenes Verbrechen im Inland nicht verfolgt werden könne, ist der Entwurf (Art. 5, Al. 2) nach fünfjachen Redaktionsversuchen wesentlich auf dem Standpunkt des § 5 des deutschen Gesetzes angelangt, während der Verfasser anfangs auf bezügliche Kritik nur zu erwidern mußte, er habe die Sache mit Gautier wohl überlegt. Mit der Definition des Vorsatzes in Art. 14, Abs. 2 „Vorsätzlich handelt, wer eine als Verbrechen bedrohte That mit Wissen und Willen begeht“, befindet sich der Verfasser wieder mitten in der von ihm laut Seite 7 der Motive verachteten Schulweisheit, indem er im Gegensatz zur Vorstellungstheorie die Willenstheorie kodifiziert. Lehrreich ist die Geschichte des Irrtumsartikels (Art. 13 des Entwurfes von 1893, gegenwärtig Art. 15). Dieser Artikel sollte nach der Erklärung von Stooß auf die kritischen Bemerkungen von Gretener hin nur zu Gunsten des Angeeschuldigten Platz greifen (Protokoll I, Seite 82), während Lammasch den Artikel im Anschluß an den Wortlaut auch zum Nachteil des Angeklagten gelten läßt. Die absurden Konsequenzen, welche sich aus letzterer Annahme ergeben und welche auch von Liszt zu dem Urteil veranlaßten, dieser Artikel sei völlig unhaltbar — sind

La mma jch völlig entgangen, indem er daraus die Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuchs ableitet, während St o o ß (Protok. I, S. 98 in fine) das Stillschweigen des Gesetzes über diese Frage im Sinne der Straflosigkeit deutet. Wenn aber die beiden ordentlichen Professoren des Strafrechts an der Wiener Hochschule den schweizerischen Entwurf in so diametral entgegengesetztem Sinne interpretieren, welches wird erst die Lage des schweizerischen Richters sein? Bezüglich Art. 17 (Versuch) hat jüngst Prof. Detker in Zeitschrift für gef. Strafrecht, 17. B., S. 53 und folgende nachgewiesen, daß die Fassung des Entwurfes nicht zur einheitlichen, sondern zu willkürlicher Praxis führen muß. Detker steht bezüglich des Versuchs an einem untauglichen Gegenstand und mit untauglichen Mitteln wesentlich auf dem Standpunkte des russischen Entwurfes, Art. 45, dem auch das von Bretener proponierte, von der Kommission aber abgelehnte Amendment entspricht. (Protokoll II, S. 400.) Speziell mit Rücksicht auf den Versuch am untauglichen Objekt bemerkt Detker S. 60 a. a. O.: „Die Rechtsordnung kann nur in den Rechtsgütern getroffen werden, deren Schutz Normen und Strafgesetze bezielen. Der Gesichtspunkt „sozialer Gefährlichkeit“ würde die Bestrafung des Versuchs am absolut untauglichen Objekt nur rechtfertigen, wenn es selbständige Normen und Strafgesetze wider die Erregung einer solchen Gefahr gäbe. Dann könnte von der mangelnden Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes, einer bestimmten Person abgesehen werden.“

Beim Notwehrartikel (19) glaubte sogar ein Mitglied der Kommission den etwas bedrängten Redaktor

damit unterstützen zu können, daß als Vorzug des Entwurfs geltend gemacht wurde, es seien mit seiner Definition der Notwehr alle drei in der Doktrin vertretenen Theorien vereinbar.

In seiner Schrift über die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen (Straßburg, M. J. Trübner 1895) hat Dr. Rudolf Merkel darauf hingewiesen, daß der den Notstand regelnde Paragraph in der Kommission Gegenstand einer beständig wechselnden Behandlung gewesen. Merkel bemerkt, daß durch den besonders in der zweiten Fassung proponierten, nun auch endgültig acceptierten subjektiven Standpunkt, die dem Gesetzgeber obliegende Aufgabe einfach auf den Richter abgewälzt werde und weist auf das Votum des Herrn Professor Gretener hin, der in der Kommission erklärte: „Sache des Gesetzgebers ist es, die Voraussetzungen zu bezeichnen, unter denen die Notstandshandlung entschuldbar ist.“ (Protokoll I, Seite 165.)

Was soll man endlich über die Definitionen des Entwurfs hinsichtlich der Teilnahme sagen? Wie faßt Herr Stoß die Anstiftung auf, huldigt er der subjektiven oder objektiven Theorie oder gar keiner?

Über alle diese Fragen ist ebensowenig wie über die für jeden Gesetzgeber wichtige Auffassung des Causalnexus etwas in den Motiven enthalten. —

Für den Praktiker, namentlich den Richter, ist gewiß die Lehre von der Strafzumessung eines der wichtigsten Kapitel eines Strafgesetzbuches.

Aus den weitläufigen Protokollen der Kommission vermag sich aber niemand über diese Frage zu orientieren.

Um die Theorie von der Strafzumessung und Strafmilderung hat sich der jüngst verstorbene Prof. Merkel in Straßburg großes wissenschaftliches Verdienst erworben. Nach Merkel ist das ordentliche Strafmaß lediglich auf die Abstufungen der Merkmale des besondern Thatbestandes und deren qualifizierende Verbindungen zu beziehen, bezüglich der Modalitäten des allgemeinen Thatbestandes ist dagegen dem Richter das Recht einzuräumen, den Strafmaß, welchen im einzelnen Fall das ordentliche Strafmaß an die Hand gibt, entsprechend herabzusetzen. Die allgemeinen Milderungsgründe stehen nach Merkel im Zusammenhang mit den allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit und den Ausschließungsgründen der letztern. Nothstand und Nothwehr z. B. erscheinen daher nach dieser Theorie sowohl als Strafausschließungs- wie als Strafmilderungsgründe, letzteres in Fällen, wo sie bloß in geringerem Grade, also weniger prägnant vorhanden sind. Das gleiche gilt auch beim Strafausschließungsgrund des Befehls. Die Praxis steht vielmal bewußt oder unbewußt auf diesem von Merkel wissenschaftlich begründeten Standpunkt. Gegen diese Auffassung hat sich nun Reichsgerichtsrat Mittelstädt in seiner Schrift: „Gegen die Freiheitsstrafen“ (2. Auflage, Leipzig 1879) ausgesprochen.

Mittelstädt fordert nicht um der größern oder geringern Härte der Strafgesetze, sondern einzig und allein um der Gerechtigkeit willen von der Gesetzgebung, daß sie die Strafzumessung aus dem bisherigen Bereiche haltloser relativ ver Unbestimmtheit zu bestimmteren, festeren, engeren Strafnormen zurückführe. „Wird“, sagt Mittelstädt, „auf den ethisch-metaphysischen Standpunkt der Strafzumessung end-

gültig Verzicht geleistet und die Besonderheit der einzelnen konkreten Missethat nur noch in ihrer objektiven, für das Recht greifbaren Erscheinung, also in der objektiven Rechtsverletzung selbst, in dem Willen aber nur soweit, als er zur That verkörpert worden, gesucht, so wird man sich bald überzeugen, daß diese objektiv = rechtlichen Gesichtspunkte eine erheblich bestimmtere gesetzliche Normierung zulassen, als heute üblich ist, und daß, soll für die strafrichterliche Würdigung des Einzelsalles nach dem Maße der rechtlichen Verschuldung Spielraum bleiben, dieser Spielraum ganz wesentlich eingeschränkt werden kann.“

Diese Bemerkungen von Mittelstädt enthalten unzweifelhaft einen Kern von Wahrheit, allein die individuelle Natur des Falles verlangt, wenn sie in sehr ausgeprägter Form erscheint, vom Richter doch oft eine über den Strafrahmen des einzelnen Thatbestandes hinausgehende Berücksichtigung. Die relativ bestimmten Strafdrohungen ermöglichen bei der Strafbemessung die Rücksichtnahme auf die Individualität des einzelnen Falles; das Mindest- und Höchstmaß derselben bezeichnet die Grenze, die der Richter mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung der That nicht überschreiten darf. Merkel sagt ganz richtig: „In den bezüglichen Maßbestimmungen liegt ein Kompromiß zwischen dem Sicherheitsinteresse der Gesellschaft und dem Freiheitsinteresse ihrer Glieder.“

Artikel 38 des Entwurfes gibt nun dem Richter den Maßstab an die Hand behufs Zumessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens des einzelnen Thatbestandes. Wenn hier auch vor allem die Individualität des Täters berücksichtigt werden muß und die soziale Bedeutung der That

in der Enge des Strafrahmens zur Geltung gelangt, so hätte der Entwurf doch auch hier das objektive Element nicht völlig außer Acht lassen sollen.

Artikel 39 handelt dann von der Strafmilderung, aber hier ist die Aufzählung der einzelnen Strafmilderungsgründe unvollständig und unklar, indem von keinem bestimmten Prinzip ausgegangen wird und eine vollständig unklare Vermischung der Strafminderungsgründe mit Strafmilderungsgründen stattfindet.

Neben dieser Strafmilderung des Art. 39 beziehungsweise 40 kennt dann der Entwurf noch eine ganz unbeschränkte. Diesfalls sind zu vergleichen Artikel 11, geminderte Zurechnung, Artikel 19, schuldhafter Notwehrerzehl, Artikel 20, notstandähnliche Zwangslage. In welchem Verhältnis stehen nun diese Artikel zu Artikel 39, der ganz ähnliche Fälle speziell aufzählt. Muß dieses System nicht in der Praxis sowohl durch seine innere Unklarheit als durch den Mangel jeder Übersichtlichkeit ebenfalls notwendig zur richterlichen Willkür führen?

Bei Art. 40 ist die Ergänzung, in welcher die bezüglichlichen Bestimmungen des allgemeinen Teils zum Inhalt des besondern Teils (resp. dem, was sich aus dem besondern Tatbestand der Deliktarten für die Strafzumessung ergibt) stehen, nicht genügend hergestellt, indem das Maß der Strafmilderung nach einer völlig unklaren, von der konkreten Strafdrohung völlig absehenden Skala normiert wird. Man wollte hier das alte, von den bisherigen Gesetzbüchern praktizierte System, das die Milderung nach einem mehr oder weniger arithmetischen Prinzip bewirkt, verlassen, aber schon in Art. 41 läßt man wieder die

Strafshärkung nach rein arithmetischem Maß, nämlich um die Hälfte eintreten, ebenso in Art. 45.

Gar nicht, oder völlig ungenügend, ist die für die Praxis so wichtige Lehre der Real- und Ideal Konkurrenz, sowie des Fortsetzungsverbrechens im Entwurf normiert. Statt von der Einheit des Verbrechens auszugehen und die juristische Natur dieser Einheit zu untersuchen, geht der Redaktor von den Strafen aus.

Der nun verstorbene Professor Merkel hatte den vorliegenden Entwurf zu Händen des eidgenössischen Justizdepartements zu begutachten und Herr Stoß berief sich speziell bei der Frage der Strafzumessung in der Kommission auf eine Abhandlung des Herrn Merkel (Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, 7. Jahrgang, S. 1 u. f.), die hauptsächlich gegen Herrn Präsident Thurneyjen in Basel gerichtet war. Ich teilte Herrn Merkel meinen in gleicher Zeitschrift, VII. Bd., S. 129 u. f. veröffentlichten Aufsatz über die Strafzumessung und Strafmilderung des Entwurfes mit und Herr Merkel antwortete mir hierauf: „Bei näherer Prüfung (der angegebenen Artikel) ergibt sich, daß sie einer Verbesserung in dem von Ihnen bezeichneten Sinne zugänglich sind. Geht das Gesetz einmal auf eine Spezialisierung ein, so ist es ohne Zweifel wünschenswert, daß diese im Wesentlichen erschöpfend sei, u.“ Als ich diese Bemerkung des Herrn Merkel der Kommission eröffnete, antwortete Herr Stoß, der Einwand, den Meyer v. Schauensee erhebe, sei bloß formaler Natur, das Strafgesetz sei aber kein Lehrbuch, sondern für die Praxis geschrieben.

In Art. 39 des ursprünglichen Entwurfes, der von

der Straferhöhung handelte und dem gegenwärtigen Art. 41 entspricht, hatte der Redaktor den Rückfall in der Weise normiert, daß bloß vorgezeichnet war: Die Strafe solle das mittlere Strafmaß überschreiten, aber keinerlei Kompetenz zur Überschreitung des ordentlichen Strafrahmens gegeben war. Der Entwurf kannte also gemäß dem frühern Art. 39 die Strafschärfung bloß dem Namen, nicht dem Weisen nach. Als ich in der Kommission hierauf aufmerksam machte, bemerkte Stoß: Die Bemerkung von Meyer von Schauensee ist bloß für die Redaktion von Bedeutung. (Protokoll I, S. 256.) Gleichwohl hielt er es später für notwendig, im gegenwärtigen Artikel 41 dann eine wirkliche Strafschärfung eintreten zu lassen. Die Mitglieder der Kommission vermochten indeß den Erörterungen über die Normierung der Strafzumessung nur geringes Interesse abzugewinnen und Herr Professor Zürcher erklärte, ihm persönlich würde am besten gefallen, im Gesetz einfach zu bestimmen: Wenn ein Verbrechen begangen wird, verfügt der Richter das Nötige und das Vernünftige.

* * *

Das Strafsystem ist in seinem Zusammenhang in der Kommission gar nie in Diskussion gesetzt worden. Am Schlusse der ersten Sitzung kam ohne jede Beziehung zu den übrigen Strafarten die Todesstrafe zur Sprache. Die Stellung zu derselben wurde vom Redaktor in der ersten Auflage seiner Motive als Gradmesser für das Gefühl und den Kulturzustand des Urteilenden

(Proponenten) erklärt. Auf eine Bemerkung des Herrn Präsidenten Bärlocher von St. Gallen, der das Ungeziemende einer solchen Sprache rügte und dem Verfasser der Motive mehr Selbstkritik empfahl, wurde der betreffende Passus in der zweiten Auflage der Motive weggelassen und im „Bund“ vom 10. Dezember 1894 (Nr. 342) stellte dann Herr Stooß die Einführung der Todesstrafe in das neue schweizerische Strafgesetzbuch wieder in ziemlich nahe Aussicht. Später ist die Frage der Todesstrafe in der Kommission nie mehr diskutiert worden.

Die vielfach auch von Anhängern der Reform angeregten Schärfungen der Freiheitsstrafe sind nie in Diskussion gezogen und der Verweis ist auch nicht mit einem Wort berührt worden.

So gut und fortschrittlich einzelne dem Entwurf zu Grunde liegende, von Männern des Strafvollzuges angeregte Ideen sein mögen, die juristische Fassung fehlt ihnen auch gegenwärtig vollkommen.

So wird z. B. jedermann damit einverstanden sein, daß Jugendliche, so viel wie möglich, dem verderblichen Einfluß des gewöhnlichen Strafvollzugs entzogen werden.

Nach dem gegenwärtigen Entwurf ist aber in keiner Weise bestimmt, ob und in wie weit die Besserungs- und Verwahranstalten für Jugendliche einen Strafcharakter haben und in wie weit die dort verbüßte Strafe rückfallbedingend wirkt.

Über die Arbeitsanstalten wird in Artikel 26 nur bestimmt: Ist ein Verbrechen auf Niederlichkeit oder auf Arbeitscheu zurückzuführen, und ist es mit Gefängnisstrafe

bedroht, so kann der Richter den Schuldigen statt der Gefängnisstrafe oder neben der Gefängnisstrafe für die Zeit von 1—3 Jahren in eine Arbeitsanstalt verweisen.

Bezüglich der Freiheitsstrafe ist es nun einmal feststehende Thatsache, daß sämtliche Vertreter des Strafvollzuges nur ein Kriterium kennen, das der Besserungsfähigkeit oder Besserungsunfähigkeit. Sie alle geben höchstens zu, daß bezüglich der Dauer der Freiheitsstrafe die Schwere der That vom Richter in Betracht zu ziehen sei, für die Art des Vollzuges der Freiheitsstrafe, erklären sie alle, sei die Persönlichkeit des Sträflings maßgebend.

In diesem Punkt herrscht unter den Vertretern der sogenannten Gefängniswissenschaft eine beinahe allgemeine Übereinstimmung. Die Konsequenz dieser Anschauung würde sein, daß die Gefängnisstrafe gegen jeden zu verhängen wäre, so lange derselbe vom Richter nicht als unverbesserlich erklärt worden, und müßte demnach nach dieser Anschauung die Gefängnisstrafe zur Normalstrafe werden. Nur gegen Unverbesserliche würde die Zuchthausstrafe als Sicherungsstrafe und zwar teils als zeitliche, teils als lebenslängliche Platz greifen. Dieser ganzen Praxis widerspricht aber die Auffassung der Strafe, wie sie gegenwärtig noch in der Theorie und Gesetzgebung die herrschende ist.

Schmidt: „Die Aufgaben der Strafrechtspflege“ (Leipzig, Duncker und Humblot 1895) sagt diesfalls: „Die von allen Seiten übereinstimmend eingestandene Thatsache, daß für Zuchthaus und Gefängnis in den deutschen Staaten und Oesterreich die Form der Strafverbüßung sich im

wesentlichen gleich gestaltet hat, liefert den drahtlichen Beleg, daß die Strafvollzugsbeamten das Verständnis für die Trennung der verschiedenen Delikten zugeordneten Strafarten verloren haben und ihr Augenmerk wesentlich auf die Behandlung des Verbrechers richten.“

Von einem Gesetzesredaktor, speziell einem solchen, der mit einer Verbesserung des Strafvollzuges den sogenannten „Kampf gegen das Verbrechen“ inauguriert will, hätte man nun allerdings erwarten dürfen, daß er diese Fundamentalfragen nicht etwa nur des Strafrechts, sondern gerade der Kriminalpolitik in der Kommission einer eingehenden und gründlichen Erörterung unterworfen hätte. Von all dem ist aber nichts geschehen.

Der Redaktor betonte immer: Ins Zuchthaus gehören die Schlechten, die Ehrlosen. Allein dieser bei der Beratung des allgemeinen Teils mit Nachdruck ausgesprochene Gedanke wurde dann bei der Redaktion des speziellen Teils wieder völlig außer Acht gesetzt. So kommen nach dem eigenen Vorschlag des Verfassers in Artikel 59 auch Ärzte, die durch ein wissenschaftliches Experiment eine neue, gewagte Kur das Leben eines Menschen gefährden, ins Zuchthaus. Und doch ist der Fortschritt der medizinischen Wissenschaft ohne Experiment nicht möglich. Schließlich hat dann die Kommission auch noch bei der Gefängnisstrafe den Entzug der Ehrenrechte fakultativ zugelassen, worauf dann der Herr Redaktor eines Tages während der Langnauersitzung erklärte, er wüßte nun wirklich keinen Unterschied mehr zwischen Gefängnis und Zuchthaus. Gegen diese Auffassung wurde aber in der Kommission lebhaft protestiert und der Wunsch ausgedrückt,

es möchte von der bezüglichen Äußerung des Herrn Redaktors im Protokoll keine Notiz genommen werden.

Es war dem von den Anhängern des Herrn Stooß als Formaljuristen qualifizierten Meyer von Schauensee vorbehalten, in der Kommission diejenige Regelung der Freiheitsstrafe vorzuschlagen, die nach dem gegenwärtigen Stand der Gefängniswissenschaft von den kompetenten Vertretern dieses Faches allgemein gefordert wird. (Protokoll II, S. 416 u. f.) Vergl. Sichert: Die Reform der Freiheitsstrafe in Zeitsch. f. gef. Strafr., Bd. XI, S. 478 und folgende.

Die Männer der Kriminalpolitik (Zürcher und Genossen) traten auf die Sache nicht ein und Stooß begnügte sich, wie schon oben angedeutet wurde, mit der Bemerkung: Das von Meyer von Schauensee entwickelte System der Freiheitsstrafen steht zu demjenigen des Entwurfes, wie es in den Artikeln 19—21 festgestellt ist, in direktem Gegensatz. Sie haben nun diese Artikel angenommen und wenn nicht in betreff derselben ein Wiedererwägungsantrag gestellt wird, so glaube ich, es sei auf die Frage dieses Systems nicht mehr einzutreten. (Protokoll II, S. 418.) —

In Nr. 234 des „Bund“ vom Jahr 1895 hat Herr Stooß erklärt, sein Entwurf weiche bloß in der Behandlung der Jugendlichen und der vielfach Rückfälligen vom System der bestehenden Gesetzgebungen ab. Und wirklich hat bei der Beratung des Stooß'schen Entwurfes die jogen. Verwahranstalt eine große Rolle gespielt.

Schmidt meint S. 291 a. a. D., die versuchte Einführung der Stooß'schen Verwahranstalt in der Schweiz illustrierte bloß die alte Thatsache neu, daß eine Demokratie

für die gerechten Anforderungen eines rechtsstaatlichen Zusammenlebens oft weniger Einsicht besäße, als eine gemäßigte Monarchie, denn in Deutschland — glaubt Schmidt — wäre schon ein Vorschlag dieser Art politisch undenkbar. —

Schon die Wandlungen, welche der Entwurf hinsichtlich der Verwahranstalt durchgemacht, zeigen, daß ihm diessfalls kein klarer Gedanke zu Grunde liegt. Der Entwurf von 1893 beschränkte dieselbe auf Verbrecher, die wiederholt Zuchthausstrafe verbüßt hatten. Meyer von Schauensee fragte schon in der ersten Diskussion, wer denn eigentlich in diese Verwahranstalt komme, wenn man die gefährlichen Verbrecher ins Zuchthaus bringe, die kleineren Gewohnheitsverbrecher ins Arbeitshaus kommen und für Epileptiker, Alkoholisten u. eigene Anstalten errichtet würden. (Protokoll I, S. 180 u. f.) Er wies darauf hin, daß Stooß selbst in der Zeitschrift für schweiz. Strafrecht (Bd. 2, S. 101) ausdrücklich den polizeilichen Charakter der Verwahranstalt betont hätte. Auf Antrag Gautiers wurde die Verwahrung auf Verbrecher erweitert, die mehrfach Freiheitsstrafen von über sechs Monaten verbüßt hatten.

In der Redaktion von 1894 (Art. 41) wurde dann von Herrn Stooß als Voraussetzung der Verwahrung die Erstehung von mindestens 10 Freiheitsstrafen verlangt, die gegenwärtige Fassung setzt bloß viele Freiheitsstrafen, gleichviel von welcher Dauer voraus. Diese Ausdehnung des Instituts auf Thäter, die zahlreiche, wenn auch noch so kurze Freiheitsstrafen verbüßt haben, geschah auf Antrag von Hürbin, gestützt auf die Erfahrung, daß

Personen, deren Unverbesserlichkeit durch über 100 Freiheitsstrafen festgestellt sei, doch so häufig nur zu kurzen Freiheitsstrafen verurteilt würden. Hürbin verlangte dann, wie oben bereits angeführt wurde, noch eine spezielle Anstalt für gefährliche Verbrecher.

Der ganze Gedanke der Verwahranstalt rührt von Statistikern, Gefängnisdirektoren u. her und hat auch nicht die elementarste juristische Gestaltung weder vom Redaktor noch durch die Kommission selbst erhalten. Ganz richtig bemerkt von Liszt: „Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik“ in Zeitschr. f. gef. Str., 16. Bd., S. 510: St o o ß hat infolge Nichtberücksichtigung oder unrichtiger Auffassung des Motivs die Verwahrung nicht von der Unausrottbarkeit des verbrecherischen Hanges, sondern von der Verbüßung „vieler“ Freiheitsstrafen abhängig gemacht. — Alle die berühmten Giftnischerinnen, meint von Liszt, würden anders und günstiger beurteilt werden als der Taschendieb und der Messerheld. Daraus erklärte sich ferner die völlig unbefriedigende Behandlung des gewerbsmäßigen Verbrechers: Der Typus des Hochtaplers sei dem schweiz. Entwurf des Herrn St o o ß fremd - er kenne nur den vorbestraften Betrüger. In gleicher Weise sagt L a m m a i c h: „Die Aufgaben der Strafrechtspflege“ in Zeitschr. f. gef. Str., 15. Bd., S. 652: Nur sollte hierbei meines Erachtens nicht, wie St o o ß dies allerdings beantragt, bloß die Zahl der frühern V e r u r t e i l u n g e n in Betracht gezogen werden, sondern, sofern nur überhaupt eine Mehrheit von Aburteilungen vorliegt, auch die über deren Zahl hinaus gehende Menge selbständiger (nicht etwa bloß idealkonkurrierender) strafbaren Handlungen. In diesem Sinne

wäre demjenigen, der z. B. zehnmal bestraft worden wäre, auch derjenige gleichzustellen, der vielleicht erst dreimal bestraft wurde, wenn diese drei Bestrafungen zehn oder noch mehr selbständige zu verschiedenen Zeiten und gegen verschiedene Personen begangene Delikte betreffen. Denn, wie insbesondere Geß betont, kommt der Rückfall wesentlich nur als Symptom der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit in Betracht und sind diejenigen, die durch ihre Schlaueit oder rücksichtslose Gewaltthätigkeit trotz vieler Delikte nur selten zur Bestrafung gelangen, ganz besonders gefährlich.

von Liszt sagt daher S. 510 a. a. O. mit Recht: Auch in der Berücksichtigung der subjektiven Seite der That zeigt mithin der Stoopf'sche Entwurf, und zwar mit jeder Fassung in steigender Deutlichkeit, jene Doppelseigenart, die mehr als jede andere Gefahr das Gelingen des großen Werkes in Frage stellen muß: kühnen Anlauf — auf halbem Wege erschlahmende Kraft. —

Die wissenschaftliche Begründung der erhöhten Bestrafung des gewohnheitsmäßigen Verbrechens findet man weder in den Stoopf'schen Motiven noch in den Protokollen der Kommissionsverhandlungen: lange vor Stoopf hat sie Professor Wahlberg in Wien gegeben (vergl. Wahlberg, Gesammelte kleinere Schriften, I. Bd., und das Prinzip der Individualisierung 1869).

Ich habe schon früher (Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, III. Bd., S. 507 u. f.: Die Psychiatrie in ihrem Verhältnis zum Strafrecht) darauf hingewiesen, daß der Bund die Aufsicht über das Irrenwesen in seine Kompe-

tenz ziehen müsse, wenn er den Strafvollzug ganz oder zum Teil übernehmen oder auch nur seiner Kontrolle unterstellen wolle. In Übereinstimmung mit Meynert in Wien stellte ich als Kriterium für die Notwendigkeit der Versorgung in einer Irrenanstalt die Gefährlichkeit eines Irnsinnigen auf und verlangte, daß grundsätzlich alle gefährlichen Irren, ohne Unterschied, ob reich oder arm, in staatliche Irrenanstalten gebracht würden, da private Anstalten für solche Individuen keine hinreichende Garantie böten. Diese meine Anregung hat aber durchaus keinen Anklang gefunden, man ist sogar in der Zeitschrift auf völlig ungerechtfertigte Weise über mich hergefallen.

Seither haben die schweizerischen Irrenärzte einen Entwurf für ein schweizerisches Irrengesetz vorbereitet. Als geisteskrank kann nach diesem Entwurf jede Person auch ohne tiefere Störung der Intelligenz bei nur krankhaften Anlagen erklärt werden, sobald **ihr Wohl** oder das ihrer Umgebung Schutz oder Pflege erheischt. Der Verein schweizerischer Irrenärzte erklärte sich dann ausdrücklich als Feind derjenigen Anschauung, nach welcher die persönliche Freiheit der Gesundheit und dem Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft vorangehe. (Vergl. Zeitschrift für Schweiz. Strafrecht, Bd. 8, S. 340 u. f.)

Artikel 13 des Entwurfes (Bewahrung und Versorgung Unzurechnungsfähiger und vermindert Zurechnungsfähiger) ist absolut unjuristisch, im rein medizinischen Sinne redigiert. Nicht nur wird der Aufenthalt in diesen Heilanstalten dem Versorgten im Widerspruch mit allen Rechtsgrundsätzen voll und ganz an die Strafzeit ange-

rechnet, sondern es ist von der Kommission sogar der Antrag des Herrn Cornaz, wonach die Versorgung in einer öffentlichen Anstalt stattzufinden hätte, ausdrücklich abgelehnt worden. (Cornaz: Une disposition fort commode pour **les gens riches**. (Protokoll I., S. 74.)

Das „Wohl“ des Verbrechers oder Kranken darf allerdings vom medizinischen Standpunkte aus zum Ausgangspunkt eines Raisonnements genommen werden, als Norm oder Begriffsbestimmung für ein Gesetzbuch kann dieser Ausdruck nie in dem Sinne dienen, wie ihn Art. 2 von Artikel 13 des Entwurfs verwendet hat.

In diesem speziellen Gebiet haben wir es überhaupt mit einer wahren Crux der Strafrechtswissenschaft zu thun. Alle die hierauf bezüglichen Fragen sind jedoch vom Redaktor weder in den Motiven, noch in der Kommission erörtert, ja nicht einmal gestreift worden. Wir begnügen uns daher mit einigen Andeutungen.

Es ist eine hinlänglich beglaubigte, insbesondere von Kirn hervorgehobene Thatsache, daß in unsern Strafanstalten eine Anzahl unentwickelter oder durch Krankheit geistig und körperlich heruntergekommener Individuen sich befindet, die sich vornehmlich aus den untersten Schichten der städtischen Bevölkerung rekrutiert und deren Widerstandskraft gegen verbrecherische Antriebe eine geringe ist. (Gretener, Cesare Lombrosos Verbrecher von Geburt, Bern, 1890, S. 35.)

Käcke: Die neuern Erscheinungen auf kriminalanthropologischem Gebiete und ihre Bedeutung (Zeitschr. für gef. Strafrechtsw. 14. Band, Seite 347) sagt: Von unsern 53 aus der Strafanstalt uns zugeführten geistes-

franken Frauen konnte als sicher krank zur Zeit der letzten That 15,1 %, als höchst wahrscheinlich krank 20,4 % bezeichnet werden, so daß wenigstens 20—25 %, also $\frac{1}{5}$ bis $\frac{1}{4}$ unschuldig verurteilt worden waren und so ihre Strafe antraten. Mendel nimmt sogar an, daß 1884/85 unter 1200 Geisteskranken in preußischen Strafanstalten $\frac{3}{4}$ zur Zeit der That geisteskrank waren, und Garnier erzählt, daß er allein aus den Gefängnissen der Seine in 5 Jahren (1886—1890) 225 unschuldig Verurteilte finden konnte (also durchschnittlich 50 im Jahr), unter denen nicht weniger als 40 % Paralytiker waren.

Die neuere Psychiatrie geht von der Anschauung aus, daß Charakterabnormitäten und geistige Störung in einander übergehen und daß die Symptome gewisser (konstitutioneller) Geistesstörungen äußerst nahe verwandt sein können mit gewissen Charaktereigenschaften. Einen absoluten Normalmenschen wird es kaum geben; sind die Abnormitäten aber minimier Natur, so fallen sie nicht in Betracht, überwiegen sie dagegen, so ist Geisteskrankheit oder Blödsinn vorhanden. Allein die größte Schwierigkeit bereitet hier eine mittlere Zone, wo der Prozentsatz der Abnormitäten nicht so groß ist, um Geisteskrankheit oder Blödsinn anzunehmen, aber doch in dem Maße als erheblich zu gelten hat, daß er die Fähigkeit der Selbstbestimmung beeinträchtigt.

Häufig genug kommt es nämlich vor, daß die Voraussetzungen der Zurechnung zwar nicht gerade fehlen, daß aber äußere gesellschaftliche (fehlende oder schlechte Erziehung) oder innere (organische) Bedingungen obwalten, welche die Fähigkeit der Selbstbestimmung beeinträchtigen.

Unter den organischen können es angeborene oder erworbene Zustände geistiger Schwäche, in erblicher Anlage begründete Anomalien der Persönlichkeit u. s. w. sein, welche die Zugkraft unsittlicher Motive verstärken, die Widerstandskraft schwächen, ungewöhnlich starke Affekte und Leidenschaften hervorriefen, die Besonnenheit und die Klarheit des Bewußtseins trübten (von Krafft-Ebing, Grundzüge der Kriminalpsychologie, 2. Auflage, Enke, 1882, S. 71 und folgende).

Bei all diesen Kategorien von Verbrechern läßt sich nun das somatische Element vom psychischen schwer oder gar nicht lösen, der Mensch wird eben in seiner Totalität zu beurteilen sein.

Man hat nun in neuerer Zeit neben den gewöhnlichen Irrenanstalten spezielle Anstalten für Alkoholiker, Epileptiker, Taubstumme u., gegründet, das Verhältnis dieser sog. Heilanstalten zu den Strafanstalten bedarf aber einer rechtlichen Regulierung.

Stoß bemerkt über diese Frage (Protokoll I, S. 79): Es soll nun, das ist der Zweck des zweiten Satzes des Artikel 9, verhütet werden, daß ein solches Individuum, das in eine Irrenanstalt gehört, zuerst der Strafanstalt übergeben wird. Ob nun in solchen Fällen förmlich auf Strafe erkannt wird und die Strafe dann in der Verwahrung oder Verjorgung aufgeht oder ob von Strafe überhaupt abgesehen wird, ist von geringer praktischer Bedeutung. Die Hauptsache ist, daß Geisteskranke — und auch vermindert Zurechnungsfähige können dies sein — nicht in Strafanstalten gebracht werden.

In der Zeitschrift für Schweiz. Strafrecht, 9. Jahrg.

S. 155 u. f., präzisiert Herr Stoß diesen seinen Gedanken dahin: Nach dem schweizerischen Entwurf wird der gemein- gefährlich vermindert Zurechnungsfähige zunächst versorgt und nicht bestraft, der kranke vermindert Zurech- nungsfähige wird zunächst behandelt und nicht bestraft. Aber wenn die Verwahrung oder Behandlung von so kurzer Dauer ist, daß der Thäter früher in Freiheit ge- langt, als wenn er bestraft worden wäre, so soll er die Strafe erstehen, die ihm für sein Verbrechen auferlegt wurde. Doch wird die in der Heil- oder Pflgeanstalt verbrauchte Zeit von der Strafzeit abgerechnet.

Allein diesem Raisonnement gegenüber darf man doch darauf hinweisen, daß es seine großen Bedenken hat, jog. Defektmenschen nur teilweise für ihre Handlungen rechtlich verantwortlich zu machen, resp. nur bezüglich eines kleinen Restes ihrer That Vergeltung zu üben.

Professor Forel hat doch wesentlich Recht, wenn er in der Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht: „Zwei kriminalpsychologische Fälle,“ 2. Bd., S. 32, be- merkt, das öffentliche Gewissen dürfte durch eine solche Reststrafe, die keineswegs mehr den Charakter der Sühne hätte, kaum befriedigt sein, ebensowenig böte eine derartig verbüßte Strafe irgend welche Garantie der Ab- schreckung und Sicherung.

„Man fragt sich aber unwillkürlich, was das für eine Logik sei,“ meint Forel, „welche zugleich einerseits straft und damit implicite die Zurechnung annimmt, anderer- seits versorgt und damit die Zurechnung verneint.“

Die von Forel hier getadelte Logik wird wesentlich nicht besser, wenn man das Verhältnis umkehrt

Bloß allgemein gefaßte Verjorgung, ohne weitere Charakterisierung der Anstalt, in welcher dieselbe stattfinden hat, und Strafe bleiben eben immer begriffliche Gegenjätze, die erstere bezieht sich in ihrer Allgemeinheit auf die Heilung bezw. Behandlung, die andere auf Vergeltung resp. Sühne.

Bei dieser Klasse von Defektmenschen hat der Entwurf den gleichen Fehler begangen, wie bei den Jugendlichen. Man hat vergessen, den Strafscharakter der betreffenden Anstalten festzustellen.

Warum kann man nicht in gleichem Maße wie einer Besserungsanstalt für Jugendliche, ebenso auch einer Anstalt für Alkoholiker, Epileptiker u. Strafscharakter verleihen? und dieselben als Strafanstalten organisieren, dann braucht man die betreffenden Insassen nicht die Hälfte Zeit in einer Verjorgungsanstalt und die andere Hälfte im Zuchthaus verbringen zu lassen. In dieser Beziehung finden wir in der deutschen Gesetzgebung ein analoges Verhältnis. Bei den während der Verbüßung der Freiheitsstrafe in Geisteskrankheit Verfallenen ist die Strafvollzugsfähigkeit das entscheidende Kriterium.

Krohne, Lehrbuch der Gefängnisfunde, Stuttgart, Enke 1889, S. 458, sagt diesfalls: „Strafvollzugsunfähig wird der Verurteilte, wenn er entweder so verblödet, daß er kein Verständnis mehr hat für die Strafe und den Strafvollzug, oder so verrückt ist, daß er durch sein Gebaren die Ruhe und Ordnung der Strafanstalt stört. Die Strafvollzugsfähigkeit ist das Maßgebende für die Entscheidung der Strafvollstreckungsbehörde; sie ist nicht gebunden an die Entscheidung des Zivilrichters, welcher

nach zivilrechtlichen Rücksichten entscheidet. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein geistig Defekter unfähig ist, im freien Leben sein Vermögen zu verwalten und zivilrechtliche Handlungen vorzunehmen, wohl aber fähig, innerhalb der Beschränkung der Strafanstalt seine Strafe weiter zu verbüßen.“

Wenn daher in einer solchen Strafanstaltsirrenabteilung der Strafvollzug seinen Fortgang nehmen kann, so ist dies auch möglich bei Besserungsanstalten für Jugendliche, bei Arbeitsanstalten u., allein es muß diesen Anstalten der Strafcharakter gewahrt werden.

Wir glaubten diese Anregung hier machen zu sollen, da mit bloßen Phrasen wie die: „Die Hauptsache ist, daß vermindert Zurechnungsfähige nicht in Strafanstalten gebracht werden,“ eine Verbesserung der gegenwärtigen Zustände nicht erreicht werden kann.

Es handelt sich eben bei dem Streite der Mediziner mit den Juristen größtenteils nicht um einen tiefern prinzipiellen Gegensatz, sondern um eine richtige juristische Gestaltung, um eine größere Klarheit der Auffassung, die durch die Anwendung der herrschenden Schlagwörter in keiner Weise gefördert wird.

Die ganze Frage der Zurechnungsfähigkeit hat der Redaktor scheinbar nach dem Vorschlag Schweiz. Irrenärzte normiert, allein es ist diese Regulierung, wie so manche andere des Entwurfes, eine bloß scheinbare. Die Irrenärzte wollten nämlich für den Fall, wo die geistige Gesundheit oder das Bewußtsein des Täters nur beeinträchtigt oder der Täter geistig mangelhaft entwickelt

war, je nach den Umständen des Falles die Strafe nicht nur mildern, sondern auch gänzlich ausschließen. (Zeitschrift für Schweiz. Strafrecht, 7. Band, Seite 190.) Nach Art. 11, Abj. 2, des Entwurfes kann aber in diesem Falle die Strafe nur unbeschränkt gemildert werden, es muß also, wenn nicht Geisteskrankheit, Blödsinn oder totale Bewußtlosigkeit angenommen wird, also bei allen Entwicklungshemmungen, wo nicht Blödsinn vorliegt, und bei noch so starker Trübung des Bewußtseins ohne Berücksichtigung des konkreten Falles immer eine Verurteilung eintreten. —

Von den für unsere schweizerischen Verhältnisse ganz exorbitant hohen Maxima bei der Geldstrafe wollen wir hier nicht reden, dagegen müssen wir eine Verwirrung konstatieren, die bezüglich dieser Strafart (Art. 29) in der Kommission entstanden. von Liszt sagt nämlich in seinen kriminalpolitischen Aufgaben (Zeitschrift f. ges. Str., 10. Bd., S. 68 u. f.): „Ist aber die Geldstrafe thatsächlich uneinbringlich, so darf in keinem Falle kurzzeitige Freiheitsstrafe an ihre Stelle treten. Denn das hieße den ärmsten Teil der Bevölkerung, an welchen die Versuchung zur Begehung strafbarer Handlungen ohne dies am häufigsten und am drängendsten herantritt, von Staatswegen entfittlichen und auf die Bahn des Verbrechens werfen.“ —

In Übereinstimmung mit diesem von Liszt klar ausgedrückten Gedanken forderten nun die Anhänger einer wirklichen Reform des Strafrechts, daß Geldstrafen nicht in Freiheitsstrafen umgewandelt werden sollten. Was hat nun diesfalls die Kommission in ihrer zweiten Beratung

des allgemeinen Teils festgesetzt? Sie hat die Eintreibung der Geldstrafen prinzipiell zugelassen und bestimmt, daß bei Arbeitsunfähigen (gerade der unglücklichsten Klasse) Freiheitsstrafe an Stelle der Geldstrafe zu treten habe und zwar nach dem Maßstab, daß ein Tag Haft gleich 5 Franken Geldbuße zu berechnen sei.

Also gerade das Umgekehrte wurde beschlossen, was die Anhänger der Reform verlangten, und, man darf kühn behaupten, auch dieser Beschluß wurde nur mangels prinzipieller Haltung des Redaktors gefaßt. (Protokoll II, S. 434.)

Die neuen Institute der Friedensbürgschaft (Art. 37) und der bedingten Verurteilung (Art. 50) tragen gewiß eine innere Berechtigung in sich, die Formulierung im Entwurf ist aber eine unklare, was vielleicht auch daher rühren mag, weil der Redaktor bezüglich des ersten Instituts in der Kommission erklärte, er empfinde für dasselbe keinerlei Begeisterung. In Art. 50 wird bei der bedingten Verurteilung (Einstellung des Strafvollzuges) als maßgebendes Kriterium der juristisch unzulässige Ausdruck „niedrige Gesinnung“ verwendet, der ins Gebiet der Moral gehört, der Rechtsprache aber fremd bleiben muß.

Als ein Unikum in der Ökonomie gesetzgeberischer Strafandrohung muß schließlich der Art. 107 des Entwurfes von 1894 erwähnt werden. Hier wurde nämlich die geschäftsmäßige Kuppelerei alternativ mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis 20,000 Franken bedroht. Jede Vermittlung durch Gefängnisstrafe fehlte.

* * *

Nachdem wir nun einige Fragen des allgemeinen Teils kurz berührt, müssen wir, wie wir oben schon angedeutet haben, darauf hinweisen, daß in der Expertenkommission sich allmählig ein Umschwung in der Beurteilung des Stooß'schen Entwurfes vollzogen hat. Bezüglich der Anlage eines Gesetzbuches stehen sich nämlich zwei Systeme gegenüber: dasjenige der Normierung allgemeiner und das der speziellen Strafschärfungs- resp. Milderungsgründe. In neuerer Zeit hat allerdings Schmidt a. a. O. es als Aufgabe zukünftiger Gesetzgebungspolitik bezeichnet, die schärfenden und mildern- den Umstände generell zu bezeichnen, entweder für alle Delikte oder wenigstens für gewisse ähnliche Deliktgruppen — und allgemein einen Berechnungsgrundsatz aufzustellen, nach welchem bei allen diesen Delikten ein schärferer oder milderer Strafrahmen oder Strafmaß zu finden ist.

Schmidt spendet dem Stooß'schen Entwurf in dieser Beziehung großes Lob und rühmt ihm nach, er sei diesfalls in die Fußstapfen des italienischen Strafgesetzbuches von 1889 getreten. Schmidt glaubt Stooß hätte die Aufgabe bei den objektiven Strafzumessungsgründen mit ziemlicher Vollkommenheit gelöst. „Stärkere Schwierigkeiten bieten die Umstände der Schuldseite,“ sagt Schmidt, „für die gesetzgeberische Formulierung, es läßt aber gerade die kräftige Initiative des Schweiz. Entwurfes, — so erhebliche Bedenken gegen seine Fassung erhoben worden sind und werden müssen, — bei sorgfältiger Beobachtung der Praxis und theoretischer Vertiefung der Lehre in absehbarer Zeit besseres erwarten.“ Allein Herr Professor Schmidt

nimmt den Schein für das Wesen der Sache, er begnügt sich mit bloßen Worten. Auch in dieser prinzipiellen Frage der ganzen Anlage des Gesetzbuches ist Herr Stooß wie in der Behandlung des Motivs und bei der Verwahrnstaalt auf halbem Wege stehen geblieben, sein Entwurf ist prinzip- und haltlos und die oben angeführten Worte des Herrn von Liszt über die Gefahr eines solchen Werkes haben ihre volle Berechtigung.

Die Expertenkommission, die allerdings das große Problem der Strafzumessung viel zu wenig erörtert hat, vermochte der vermittelnden Auffassung des Herrn Schmidt, in der sich nur in etwas unklarer Weise der Gedanke Merkel's wieder spiegelt, nicht zu folgen, sie verfiel im Verlauf ihrer Beratungen ins gegenteilige Extrem und erblickte später alles Heil in der Abgrenzung der einzelnen Delikts-Thatbestände. Dadurch wurde der Riß zwischen dem allgemeinen und speziellen Teil immer klaffender.

Vollständig umgearbeitet wurde nun auf Anregung des Herrn Grotener hin der Abschnitt betreffend die Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und Freiheit und dadurch, wie das Vorwort des eidg. Justizdepartements sagt, eine festere Abgrenzung der einzelnen Thatbestände, sowie eine einheitliche Terminologie gewonnen! Das gleiche wäre aber gewiß bezüglich anderer, nicht weniger wichtiger Materien (z. B. der Amtsdelikte) in erhöhtem Maße notwendig gewesen. In der Kommission, die eben in ihren prinzipiellen Arbeiten oft und leicht ermüdete, beklagte bald wieder der in entscheidenden Momenten maßgebende Herr Professor Zürcher „die zu weit gehende Begriffs-

spaltung“ und erblickte in der Entwicklung der Strafgesetzgebung, wie dieselbe sich in Deutschland und der Schweiz seit 90 Jahren vollzogen hatte, nur eine „große Kopistenarbeit“. Uns scheint im Gegensatz zu dieser Anschauung Zürchers viel berechtigter das Wort Bindings: „In den Strafgesetzen, welche die Summe der Verbrechen erschöpfend aufzählen und deren Strafen ohne Ansehen der Person androhen, besitzt das Volk die mit unsäglicher Mühe gewonnenen Bürgen für die Unantastbarkeit der höchsten Güter unschuldig Angeklagter und für die gerechte Ahndung der überführten Verbrecher.“ Es hat sich eben in jedem Stadium der Kommissionsberatungen gezeigt, daß die Modifikation des Kriminalrechts auch in der Schweiz nicht ohne wissenschaftliche Vertiefung geschehen kann. Wenn ich früher betonte, die Continuität mit der deutschen Wissenschaft müsse gewahrt werden, so habe ich darunter nicht die Bearbeitung der positiv rechtlichen Begriffe verstanden, sondern glaubte auf Deutschland hinweisen zu sollen, weil diese Nation bis jetzt vor allen andern den universalen Charakter der Rechtswissenschaft zu wahren verstanden. In Zukunft soll es ja auch hier anders kommen.

Durch einen bloßen Präjudizienkultus aber wird man allgemeine wissenschaftliche Untersuchungen, speziell im Gebiete des Strafrechts, nie entbehrlich machen können.

Sogar Binding, der sonst überall den ausschließlich positiv rechtlichen Charakter der Rechtswissenschaft betont, sagt diesfalls im Vorwort zu seinem Grundriß des ge-

meinen deutschen Strafrechts II, 1. Hälfte, S. 6 (Leipzig, Engelmann 1896): „Je größer die Macht des Präjudizes ist, je gefährlicher das Vorgehen unseres höchsten Gerichtes (Reichsgerichts) wirkt durch die Art seiner Publikation statt der Entscheidung den vielleicht vom Fall ganz absehenden, den „erratischen“ Entscheidungsgrund zum Machthaber zu erheben, desto dringender ist die Pflicht der Wissenschaft, gegen das falsche Präjudiz und den un schlüssigen und mehrdeutigen Grund den Kampf aufzunehmen.“

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen wird es nun leicht begreiflich erscheinen, daß die Gestaltung des speziellen Teils unseres Entwurfes sehr ungleichartig ausfallen mußte.

Wir werden daher, wie wir dies bereits beim allgemeinen Teil gethan, auch beim besondern bloß auf einzelne spezielle Punkte, resp. Artikel eintreten. Weiteres behalten wir uns eventuell für eine spätere eingehendere Besprechung vor.

Wie wenig prinzipiell nun der Redaktor im speziellen Teil vorgieng, zeigte sich in der Frage der Rothilfe und der Denunziation, welche Rechtsinstitute vom Redaktor weder in den Motiven noch in mündlichen Ausführungen irgend welcher nähern Begründung würdig befunden wurden.

Dagegen hat Pfenninger in seinem „Strafrecht der Schweiz“ (Berlin 1890) nachgewiesen, daß die Pflicht zur Hilfeleistung und die Denunziationspflicht aufs engste mit dem alten Friedensrecht verwachsen, ihren Grund im Volke verloren hätten. Pfenninger sagt diesfalls

Seite 800 a. a. D.: „Den prägnantesten Ausdruck hat dies in Luzern erhalten, wo Casimir Pfyster mit einer durchschlagenden Rede im gesetzgebenden Körper die Aufnahme einer Bestimmung über Denunziationspflicht ins Luzerner Gesetzbuch von 1827 verhinderte. Was Pfyster aus wissenschaftlichen und prinzipiellen Gründen verfochten, darauf konnte er zwanzig Jahre später mit berechtigtem Stolze in eigener Sache verweisen (Leuenmord). Möge das Heiligtum der Prinzipien in den Konsequenzen stets so gewahrt werden.“

* * *

Bei den Verbrechen gegen Leib und Leben ist die in der Marginalie (Art. 52, Abs. 2 und 3) ausgedrückte Unterscheidung von Mord und Totschlag eine rein äußerliche, während doch dieser Unterschied tief im germanischen, insbesondere im deutschen Rechtsbewußtsein wurzelt. Es ist ein gefährliches Experiment, sich mit diesem Rechtsbewußtsein in Widerspruch zu setzen. Meyerv. Schauensee hat in der Kommission vorgeschlagen, ein inneres und rechtlich definierbares Kriterium zwischen Mord und Totschlag anzunehmen und, wie dies schon von Feuerbach und Wachenfeld proponiert worden, dasselbe statt in der Prämeditation in der Gemütsregung zu suchen. (Vergl. Dr. Fr. Wachenfeld: „Die Begriffe Mord und Totschlag“, Marburg 1890, Seite 293 u. f.). Affekt und Überlegung gehören eben zwei ganz verschiedenen Grundkräften der Seele an, jener dem Willens-, diese dem Denkvermögen. Diese Erkenntnis, daß Affekt und Über-

legung keine Gegensätze bilden, führte mit der Zeit dahin, daß man das positive Merkmal des Totschlages beseitigte und ihn allein durch Nichtüberlegung charakterisierte. (Wachensfeld a. a. O. S. 293.)

Meyer von Schauensee hat ferner in der Kommission den Antrag gestellt, es sei die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang im Anschluß an die vorsätzliche Tötung zu behandeln, indem er seinen Antrag dahin motivierte: Bei Klassifikation der verbrecherischen Handlungen wird, wie mir scheint, auch in vorliegendem Entwurf das Rechtsgut und nicht der Vorjaß als Einteilungsgrund verwendet. Die Subjunktion der Tötung unter verschiedene Verbrechensbegriffe, je nach dem Vorhandensein des Tötungs- und Verletzungsvorsatzes widerspricht aber speziell auch der germanischen Grundanschauung, welche gerade auf den eingetretenen, nicht den vorgestellten Erfolg das Schwergewicht legt. Man kann es nicht mit Färke bedauern, wenn das Gesetz beim Totschlag den Tötungsvorjaß fordert, aber man darf nicht bei dessen Abwesenheit ein grundverschiedenes Delikt annehmen. Im einzelnen Fall aber hat man für die Richtung des Vorsatzes sehr wenig Anhaltspunkte und es ist sich der Thäter hierüber selbst gewöhnlich nicht einmal klar. Die durch die vorsätzliche Verletzung bewirkte Tötung ist daher ein eigenartiges Tötungsdelikt, das alles mit den vorsätzlichen Tötungen gemein hat bis auf den Punkt, daß sich der Vorjaß nicht gleich weit erstreckt.

Bei Art. 55 (Kindestötung) hat Gretener unter Hinweis auf Wehrli, Kindsmord St. Gallen 1890 S. 48 und 71, bemerkt, daß die Privilegierung des Kindsmordes auf eheliche Kinder auszudehnen, einen Mißgriff

bedeute und betont, daß angesichts der Anerkennung der geminderten Zurechnungsfähigkeit man sich fragen könne, ob Art. 55 in seiner jetzigen Fassung nicht überflüssig sei, da eine besondere Regelung des Kindsmordes nur dann Sinn habe, wenn der Entwurf eine wirkliche Präsuntion der geminderten Zurechnungsfähigkeit aufstelle oder auch die zwei andern Motive des Kindsmordes besonders berücksichtige, Prot. II, S. 493. —

Die Doktrin hat erst in neuerer Zeit das Gefährdungsdelikt geschaffen und dabei zugleich festgestellt, daß Gefährdungsverbote nicht nur die genaue Angabe der Gegenstände, sondern auch der Bewirkungsart der verbotenen Gefährdung enthalten müssen. Allgemein gefaßte Gefährdungsverbote würden eine geradezu unerträgliche Beschränkung menschlicher Freiheit bilden, es gehören daher die Gefährdungsverbrechen zu den Delikten mit geschloßenen Mitteln.

Gleichwohl findet sich entgegen allen Grundsätzen der Strafrechtswissenschaft in Art. 59 ein allgemeines Delikt der Lebens- und Leibesgefährdung, ohne Angabe eines speziellen Mittels aufgenommen. Daneben hatte der Herr Redaktor außer einer ganzen Menge spezialisierter gemeingefährlicher Verbrechen in Art. 171 des Entwurfes von 1895 noch ein Delikt der Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Menschen vorge schlagen. Dieser Verbrechensbegriff wurde von einem hervorragenden Mitglied der Kommission „ein Sprung ins Dunkle“ genannt und dann durch Mehrheitsbeschluß gestrichen. Der Entwurf von 1894 enthielt in Art. 67 ein spezielles Delikt der Leibes- und Gesundheitsgefähr-

dung, daß, obwohl es die Billigung der Kommission erhalten, dann wieder spurlos verschwunden ist.

Herr Stoß hat seinerzeit in die Zeitschrift für gesamte Strafrechtsw. (Bd. 15) einen zweiseitigen Aufsatz geschrieben und glaubte durch denselben den *dolus eventualis*, über den seit den Glossatoren die gründlichsten Untersuchungen angestellt worden, ohne alle Kenntnis der einschlägigen Litteratur aus der Welt geschafft zu haben. An die Stelle des *dolus eventualis* wollte er die Gefährdung von Leib und Leben, von Leib und Gesundheit u. sehen. Niemand aber weder aus dem Reiche der Theorie noch Praxis hat von dieser neuen Entdeckung Notiz genommen und da scheinen nun dem Herrn Stoß selbst Zweifel an der Lebensfähigkeit seiner Theorie überkommen zu sein, wenigstens hat er den ohne Opposition von der Kommission angenommenen Art. 67 dann selbst gestrichen, Art. 59 aber blieb als Denkmal der neuen Theorie stehen. — Eine merkwürdige legislatorische Schöpfung war auch Art. 163 (Vorlage vom 30. September 1895), der dahin lautete:

„Wer eine Sache, die zum Genuß oder Gebrauch für Menschen oder Haustiere (!!) bestimmt ist, oder Brunnen oder andere Wasserbehälter, oder Weiden vergiftet, — wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.“

Ich erinnere mich noch ganz lebhaft, wie bei der Beratung dieses Artikels ein Mitglied, das stets ein ganz besonderes Interesse für Hühner an den Tag gelegt, sich darauf freute, daß Einer, wenn er den Hühnern seines Nachbarn vergiftete Körner hinwerfe, mit Zuchthaus bis zehn Jahre bestraft werden könne. Herr Stoß schien

aber den nachbarlichen Hühnern nicht in gleichem Maße gewogen zu sein und die „Haustiere“ sind aus dem Artikel definitiv verschwunden.

Ganz selbstverständlich ist eben bei der Vergiftung der menschliche und nicht der tierische Organismus Objekt des Verbrechens. Bezüglich § 324 des deutschen Strafgesetzes (Vergiftung von Brunnen und Gebrauchsmitteln) bemerkt von Liszt in seinem Lehrbuch noch ausdrücklich:

Die Vergiftung von Brunnen und Wasserbehältern, die zum Gebrauche anderer, d. h. zur Wassergewinnung für den persönlichen Gebrauch von Menschen, also nicht etwa als Betriebsmittel, zur Wäiche (Viehtränke, Fischzucht u. s. w.) dienen.

Es mag hier darauf hingewiesen werden, daß die Vergiftung als ein gegen Leib und Leben gerichtetes gemeingefährliches Delikt in den meisten Gesetzgebungen nach älterem Vorbild mit Zuchthaus bestraft wird, während die Fälschung von Nahrungsmitteln ein ziemlich neues Delikt darstellt und sich vielfach dem Polizeiunrecht annähert.

Es ist seiner Zeit von kompetenter Seite darauf hingewiesen worden, daß trotz der so sehr gepriesenen Originalität des Stooß'schen Entwurfes der Umstand, daß darin die Verletzung des Fabrikationsgeheimnisses (Artikel 95) unter den Verbrechen gegen den Frieden figurirt, nicht aus innern Gründen, sondern einzig aus der Anordnung des v. Liszt'schen Lehrbuches erklärt werden könne. In gleichem Sinne war auch der besprochene Art. 163 des Entwurfes von 1895 lediglich dem § 324 des deutschen Strafg. nachgebildet, einzig das Einschließen „Haustiere“ rührte von Herrn Stooß her. Allein der gegenwärtige

Art. 163 ist ein noch größeres Unikum. Während nämlich in Art. 163 des frühern Entwurfes das Objekt unzulässig erweitert worden war, resp. Tiere den Menschen gleichgesetzt waren, ist im gegenwärtigen Art. 163 das Mittel unrichtig bezeichnet. Das Mittel kann nämlich hier bloß Gift sein, d. h. ein Stoff, der auch in kleinern Gaben auf chemischem Wege die Gesundheit zu zerstören geeignet ist (Gift im eigentlichen engern oder technischen Sinne) oder aber andere Stoffe, welche geeignet sind, die Gesundheit, sei es auf chemischem, sei es auf mechanischem Wege (z. B. gestoßenes Glas) zu zerstören. In Art. 163 hat nun aber Herr Stooß dem „vergiftet“ aus eigener Machtvollkommenheit, ohne durch Kommissionalbeschluß dazu ermächtigt zu sein, beigelegt „vorsätzlich vergiftet oder so verunreinigt, daß ihr Genuß oder Gebrauch gesundheits- oder lebensgefährlich ist.“

Durch diese von Herrn Stooß vorgenommene Veränderung hat dieser Artikel aber jeden vernünftigen Sinn verloren. Der Vorsatz beim Gefährdungsdelikt der Vergiftung muß die Vorstellung umfassen, daß die beigebrachten Stoffe die Gesundheit zu zerstören geeignet sind. Das ist aber nur beim vergiften, nicht beim bloßen verunreinigen möglich. —

Am auffälligsten vielleicht zeigte sich der Mangel juristischer Schulung bei Herrn Stooß bei Behandlung der Materie der Körperverletzung.

Das deutsche Strafgesetz kennt ähnlich wie das geltende österreichische und wie der Entwurf eines österreichischen Strafgesetzes neben den Verletzungsverbrechen, deren Thatbestand nur dann vollendet ist, wenn ein im Gesetz be-

zeichneter und vom Thäter gewollter als Rechtsgutverletzung zu bezeichnender Erfolg eingetreten ist, noch eine Reihe strafbarer Handlungen, bei denen nach dem Willen des Gesetzgebers das Maß der Strafbarkeit abhängig gemacht ist von dem Eintreten einer im Gesetze näher bezeichneten Folge.

Es ist bekannt, daß bei Interpretation dieser Gesetzesbestimmungen zwei Anschauungen einander gegenüberstehen, die man vielleicht dahin näher bezeichnen kann, daß die eine das qualifizierende Element in der Thatfache des Eintritts einer bestimmten Folge erblickt, während die andere die Voraussetzung zur Anwendung der strengeren Strafe nur dann als gegeben ansieht, wenn der eingetretene Erfolg zum *dolus* oder wenigstens zur *culpa* des Thäters zurechenbar ist.

Nicht völlig zutreffend bemerkt Binding (Handbuch I, S. 366) über diese Frage: „Wer durchdrungen ist von der Strafunfähigkeit des Zufalls, also auch von der Unmöglichkeit, ihn als Schärfungsgrund zu verwenden, der hat alle diese Bestimmungen als nach Sinn und Wortlaut gemünzt auf Fälle der sogenannten Idealkonkurrenz des jeweiligen Verbrechens mit fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung zu beziehen.“

Finger bemerkt dagegen in der krit. Vierteljahrschrift, 3. Folge, Bd. 2, S. 428 völlig richtig, daß diese Gesetzesbestimmungen, die den „zufälligen Erfolg“ als strafschärfendes Moment verwenden, keineswegs aus gesetzgeberischer Willkür entsprungen seien, aus Freude an einer Leidzufügung, „die Beobachtung der Welt, die Art ihres Urteilens und Empfindens hat sie hervorgerufen“:

„Zwei Personen, Nachbarn im selben Hause, stellen in ganz gleicher Weise Blumentöpfe vor die Fenster ihrer Wohnung, ohne sie gegen das Herabfallen genügend zu sichern. (§ 426 österr. St.-G.) Ein Sturmwind schlägt eines Tags von den Fenstern Weider je einen Blumentopf herab. Der Blumentopf des A fällt zu Boden und zerbricht, der Blumentopf des B erschlägt im Falle ein Kind. Der Richter, der in diesen Fällen den B strenger straft als den A, befindet sich mit seinem Urteile — so weit unsere Beobachtung reicht — im Einklang mit dem Urteil der Gesellschaft; der Erfolg einer That im guten wie im bösen Sinne spielt bei der sozialen Wertschätzung der That eine bedeutame Rolle.“

Wir stehen hier vor einem der schwierigsten Probleme des Strafrechts und stimmen Finger vollständig bei, wenn er a. a. O. S. 430 sagt: „Wird zugegeben, daß der Gesetzgeber sich mit der sozialen Wertung der einzelnen Thaten, die die Allgemeinheit bald in kleinern bald in größern Kreisen täglich vornimmt und auf deren Grundlage sie die einzelnen Urteilsprüche kritisiert, nicht in Widerspruch setzen darf, dann kann aus den heutigen Gesetzen die Haftung für den zufälligen Erfolg strafbarer That noch nicht eliminiert werden. Die heutige Gesellschaft verlangt noch, daß auf den Thäter zurückfallen die Folgen seines verbotenen Thuns; die Angstlichkeit im Bestreben, ihn von denselben völlig befreien zu wollen, kommt gleich der heute endlich energischer bekämpften Tendenz in den Fällen, in welchen jemand einem andern ersatzpflichtig wurde, bei Bemessung der Schadenersatzsumme lieber dem Geschädigten als dem Schädiger wehe zu thun; lieber den zu kränken, der Leid erlitten, als den, der es zugefügt hat.“

„Der Richter ist bei Bemessung der Strafe vom gesellschaftlichen Werturteil in gleicher Weise abhängig, wie der Gesetzgeber bei Androhung der Strafe.“

„Wie sehr der Richter auf dieses Werturteil Rücksicht nehmen muß, zeigt sich weiter regelmäßig darin, daß strengere Strafen verhängt werden, wenn gewisse strafbare Handlungen an einem Orte sich häufiger wiederholen. Die strengere Strafe (auch in den Fällen des Standrechts) ist eine Folge des gesteigerten Reaktionsbedürfnisses der Gesellschaft, das hier durch Zusammenfallen relativ vieler Verbrechen an einem Orte, in kurzer Zeit ebenso gesteigert wird, als dort durch die Schwere der Folge. Auch hier ist die strengere Strafe, die den Thäter trifft, durch rein objektive Momente bestimmt, nicht durch die Tiefe der Verschuldung.“

Vergl. die Gefahr im Strafrecht von Dr. W. von Kuhlmann, 2. Auflage, Dorpat und Leipzig 1888, und Dr. A. Finger, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, Prag. 1889.

Kuhlmann bemerkt a. a. O. Seite 68 ganz richtig: „Bei gewissen Delikten, denen das Merkmal der Gefährdung zukommt, z. B. beim einfachen Bankrott, dem Kaufhandel, der Anreizung zum Zweikampf, ist die Strafbarkeit der Handlung davon abhängig, daß ein bestimmtes Ereignis, die Zahlungseinstellung, der Zweikampf u. s. w., der gefährlichen Handlung zeitlich, wenn auch keineswegs als Wirkung derselben gefolgt ist. Läßt der Gesetzgeber dieses zufällige Zusammentreffen über die Strafbarkeit der Handlung entscheiden, so steht es damit durchaus im Einklang, wenn er den verletzenden Erfolg, der, sei es auch zufällig,

aus der Handlung des Thäters entspringt, als Strafschärfungsgrund verwertet. Ist der Zufall imstande, die Strafbarkeit zu schaffen, so ist er sicherlich erst recht befähigt, strafschärfend zu wirken.“

Und Seite 73: „Die Haftpflicht für Zufall tritt uns ferner beim Verletzungsdelikt in der Weise entgegen, daß wer schuldhaft einen geringeren Rechtschaden verursacht, für den zufälligen Eintritt eines schwereren einzustehen hat. So bei der Körperverletzung, der Abtreibung, Einsperrung, gewaltthamen Unzucht, Brandstiftung u. s. w., wenn durch die Handlung eine schwere Gesundheitsbeschädigung oder der Tod eines Menschen verursacht worden ist. Auch hier gründet sich die Verantwortlichkeit auf die schuldhaft geschaffene Möglichkeit; denn wer einen Rechtschaden herbeigeführt, hat damit den Eintritt des sich aus diesem entwickelnden größeren erst ermöglicht. In diesem Sinne ist es richtig, wenn schon das kanonische Recht sagt: «*Et sic propter unum delictum imputantur omnia, quae sequuntur ex illo.*»

Wie hat sich nun aber Herr Professor Stoß zu der Normierung dieser wichtigen Fragen, von deren richtiger Auffassung ganz besonders die juristische Technik eines Strafgesetzes abhängt, verhalten?

Wir haben bereits oben gesehen, daß in den Artikeln über die Zurechnungsfähigkeit der Redaktor mehr medizinischen als juristischen Begriffen gefolgt ist und zeitweise sich gerade im allgemeinen Teil ohne zwingendes Bedürfnis von den herrschenden Schuldbegriffen vollständig emancipiert hat.

Bei den Preßdelikten hat sich Herr Stoß aber plötzlich

im Gegensatz zu allen bisherigen Übungen und Gepflogenheiten unjeres politischen und parlamentarischen Lebens auf den doktrinären Satz versteift: „Nur der Schuldige ist zu bestrafen und jeder Schuldige ist zu bestrafen.“ —

Im Abschnitt über die Körperverletzungen wurde dann vom Entwurf Stooß im Anschluß an Meyer und nach Vorbild des russischen Entwurfes die Voraussehbarkeit des Erfolges zur Bedingung der Zurechnung erhoben, ohne jedoch schon im allgemeinen Teil eine bezügliche Bestimmung aufzunehmen, wie dies der russische Entwurf gethan. Als nun Meyer von Schauennee auch hier die Haftung für den zufälligen Erfolg unter Hinweis auf die ganze Rechtsentwicklung und die oben angeführten wissenschaftlichen Autoritäten verlangte, hat sich Herr Stooß in der Kommission dahin ausgesprochen (Protokoll I, S. 350): „Die geltenden Strafgesetzbücher machen in der That denjenigen, der einen andern mißhandelt hat, für den Erfolg der Mißhandlung auch dann verantwortlich, wenn er denselben weder gewollt hat, noch hat voraussehen können; damit verstoßen sie aber gegen den obersten Grundsatz des modernen Strafrechts: „Keine Strafe ohne Schuld“. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, daß auch bei der Mißhandlung der Thäter nur insoweit für den Erfolg seines Handelns haften soll, als er denselben gewollt hat oder hat voraussehen können. —

Gegen die neue Auffassung wird eingewendet, sie entspreche dem Rechtsgefühl des Volkes nicht. Allein es gibt in Wahrheit kein besonderes Rechtsgefühl des Volkes im Gegensatz etwa zum Rechtsgefühl der Juristen, da der Maßstab des Rechtsgefühls immer derselbe bleibt: „Die Gerechtigkeit.“

Diese Auffassung des Herrn Redaktors fand in der Kommission die allgemeine Billigung, und Herr Stooß hat dann in wiederholten Redaktionsversuchen die gegenwärtige Fassung endgültig festgestellt.

Von diesem neu gewonnenen Standpunkte aus fieng nun Herr Stooß an den Erfolg überall als völlig irrelevant zu behandeln, immer im Einverständnis mit der Kommission, aber im Widerspruch mit allen geltenden Gesetzbuchungen. Bei der Aussetzung (Art. 57) meinte der Redaktor: Das Wesentliche beim Verbrechen der Aussetzung ist, daß der Thäter eine Gefahr für Leib und Leben herbeiführen wollte; ob ein Erfolg, d. h. eine Körperverletzung oder der Tod eintritt oder nicht, ist rein zufällig und ändert an der Schuld des Thäters nichts; es rechtfertigt sich daher die Gefährdung als solche zu bestrafen und vom Eintritt eines Erfolges abzuhehen.

Sogar in Artikel 114 hat der Herr Redaktor seine neu acquirierte Theorie hineingetragen. Derselbe lautet: Stirbt eine Person infolge des geschlechtlichen Mißbrauches und konnte der Thäter diese Folge voraussehen, so wird er mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. — Wie lange aber die Konsequenz der neuen Theorie beim Herrn Redaktor angehalten, kann man aus einer Vergleichung von Artikel 114 mit dem oben schon besprochenen Vergiftungsartikel (Art. 163) ersehen. Hier genügt nun wieder auf einmal der bloß objektive Erfolg, ohne Beschränkung auf die Voraussehbarkeit des Erfolges. Wenn man aber die Erweiterung des technischen Begriffs von Gift auch auf „verunreinigen“ ins Auge

faßt, so nimmt sich die Motivierung des Redaktors, auf die Anfrage hin, warum er gerade hier das Requisite der Voraussehbarkeit als entbehrlich erachte, allerdings mehr wie merkwürdig aus. Herr Stooß jagt nämlich (Protokoll II, S. 182): Dagegen gebe ich die Konsequenz in Bezug auf die Vergiftung nicht zu; derjenige, der einem andern wissentlich Gift beibringt, muß stets den Tod oder wenigstens eine schwere Gesundheitschädigung der vergifteten Person als Folge seines verbrecherischen Handelns voraussehen. —

Aus Protokoll I, Seite 344 sieht man, daß der Herr Redaktor seiner neuen Theorie, gemäß welcher der alte *dolus eventualis*, durch einen sogen. Gefährdungsvorfall ersetzt wird, nicht geringe Bedeutung beimißt. Der Thatbestand der Gefährdung liege vor, wenn man von dem Thäter sagen müsse: „Er hat Gott versucht.“

Herr Stooß betont überall, er sei Feind aller Kasuistik. Wenn man jedoch unter diesem doppelten Gesichtspunkt, des neuen „Gefährdungsvorfalles“ und der Vermeidung aller Kasuistik, an den Art. 168 (Gefährdung des Eisenbahn- und Dampfschiffverkehrs) herantritt, so beschleicht einem ein wehmütiges Gefühl.

Für dieses Delikt ist nämlich die Strafe Zuchthaus nicht unter 5 Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus:

wenn der Thäter dadurch wissentlich das Leben vieler Menschen in Gefahr bringt (Absatz 3);

wenn viele Menschen dadurch schwer verletzt oder getötet wurden und der Thäter dies voraussehen konnte (Absatz 4).

Nun handelt es sich hier aber um ein sogen. reines

Gefährdungsdelikt. Der Gefährdungsvorfall bildet zwischen dem Verletzungsdolus und der Fahrlässigkeit eine Mittelstufe und soll nach Herrn Stoos den alten dolus eventualis überflüssig machen. Der Erfolg kann demnach einfach als zufälliger qualifizierend wirken, wird aber das Wissen verlangt (Absatz 3), so liegt offenbar eine Gesetzeskonkurrenz mit Mord, Totschlag oder schwerer Körperverletzung vor; „Voraussehbarkeit“ (Absatz 4) aber involviert ein kulpozes Delikt und wird daher im Sinne der Gesetzeskonkurrenz durch das Gefährdungsdelikt absorbiert. Jedenfalls ist dieser Artikel 168 in einem Sinne kasuistisch wie die Blütezeit der Scholastik ihn nicht kasuistischer hätte gestalten können.

In der Thuner Sitzung proponierten Bretener und Meyer von Schauensee die Aufnahme einer dem § 227, Abj. 2 des deutschen Strafgesetzbuches entsprechenden Zusatzbestimmung über den Kaufhandel. Eine solche Bestimmung ist notwendig, sie wird durch die Bedürfnisse der Praxis erfordert und von fast sämtlichen Autoritäten des deutschen Strafrechts gebilligt (Binding, Hälschner, Hugo Meyer und Geyer).

Hälschner II., S. 111 jagt: Die Verschuldung des Einzelnen wird dadurch erhöht, daß er die Verletzung unter Umständen zusügte, wo er wissen konnte, daß sie leicht schwerere als die von ihm beabsichtigten Folgen nach sich ziehen könne.

Auch hier passierte nun Herrn Stoos das Mißgeschick, daß er sich zur Bekämpfung dieses Antrages auf die von ihm völlig mißverstandene Meinung des Herrn v. Liszt berief. Herr v. Liszt spricht sich allerdings in seinem

Lehrbuch (§ 93, 3. Aufl.) gegen Annahme einer solchen Bestimmung aus, weil in seinen Augen Bedingung und Ursache identische Begriffe sind. Nach von Viszt wäre eben jeder Mitthäter als Verursacher der betreffenden Verwundung anzusehen und mit der Strafe des Thäters zu belegen. Nach der richtigen Auffassung des Kausalzusammenhangs (Wirkmeyer, Ursachenbegriff u. Kausalzusammenhang im Strafrecht, Gerichtsjaal Bd. 37, S. 257) ist aber die Ursache nicht der Bedingung gleichzusetzen und die Zumessung der Strafe geschieht hier nach den allgemeinen für Gefährdungsdelikte geltenden Grundsätzen. Die Kommission hatte demnach in der Thuner Sitzung die Aufnahme eines solchen Artikels mit 7 gegen 6 Stimmen beschlossen. Bei der zweiten Beratung in Vevey kam aber Stovß wieder auf die Sache zurück, mit der allerdings merkwürdigen Motivierung: „Nach dem Entwurf braucht die Frage des Kausalzusammenhangs gar nicht entschieden zu werden; denn nach ihm kann der Tod des Verletzten den Urhebern der mehreren Verletzungen in diesem Fall schon deshalb nicht zugerechnet werden, weil sie ihn nicht als Folge ihrer Thätigkeit haben voraussehen können.“ (Protokoll II, S. 520.)

Die Kommission war dieser Logik zugänglich und trich mit allen gegen die Stimmen von Bretener und Meyer von Schauensee diesen ganzen Artikel.

Daß Herr Stovß die ganze Frage des Kausalzusammenhangs unrichtig auffaßt, ergibt sich aus seinem Aufsatz über die Begehung von Verbrechen durch Unterlassung (Schweiz. Zeitsch. für Strafrecht 9. Bd., S. 223 und folgende).

Zum II. Abschnitt (Verbrechen gegen das Vermögen) enthielt der Entwurf von 1894 in Art. 76 ein spezielles Delikt der Vermögensschädigung, dahingehend: „Wer Jemanden vorsätzlich an seinem Vermögen schädigt, wird mit Gefängnis bestraft.“

Stoß motiviert diesen Artikel damit, daß dadurch auch die Fälle von Entwendung ohne Bereicherungsabsicht des Täters unter Strafschutz gestellt würden. Allein die Fassung des Art. 76 hätte noch viel weiter geführt, indem jeder dolose Vertragsbruch darunter gefallen wäre. Die Kommission strich daher den ganzen Artikel.

Als Professor Gretener bei der zweiten Beratung die Frage stellte, wie der Entwurf die Fälle der ohne Bereicherungsabsicht begangenen Entwendung regle, blieb der Redaktor die Antwort schuldig (Protokoll II, S. 524). Wie soll nun der Gläubiger, der seinem Schuldner eine Sache wegnimmt, um sich damit zu befriedigen, bestraft werden, wenn wenigstens der Wert der weggenommenen Sache den Betrag der Forderung nicht übersteigt? Kann bei ihm die Absicht, sich zu bereichern, angenommen werden? Die unerlaubte Selbsthilfe aber findet sich im Entwurf nicht mit Strafe bedroht (Gretener, Protokoll I, S. 369).

Bei der Behandlung des Delikts der Unterschlagung hat der Redaktor eine wirklich naive Unkenntnis der ganzen gesetzgeberischen Entwicklung an den Tag gelegt. Während der Fortschritt der modernen Gesetzgebung darin besteht, daß bei der Unterschlagung einerseits die früher vielfach sich findende Beschränkung auf anvertraute Sachen („Veruntreuung“) aufgegeben wird, andererseits die Unterschlagung

als Sachdelikt von der Untreue als Verletzung obligatorischer Ansprüche und von dem gegen das Vermögen überhaupt gerichteten Betrug abgefordert wird, ist der Entwurf nach beiden Richtungen hin sehr gegangen.

Stoß entfernte aus dem Begriff der Unterschlagung das Requisite der fremden Sache, indem er in der Kommission ausführte, nach dem Entwurf solle die Frage, ob das Eigentum der Sache auf den Thäter übergegangen sei, ganz außer Betracht; maßgebend sei einzig das wirtschaftliche Verhältnis. Dadurch werde der Richter in Stand gesetzt, die Fälle, die nach der Rechtsanschauung des Volkes Unterschlagung seien, ohne Schwierigkeit als solche zu bestrafen.

Damit hat aber der Begriff der Unterschlagung alle juristische Präzision verloren. Er figurirt nunmehr in Entwurf in doppelter Gestalt als Veruntreuung (Art. 73) und als Unterschlagung (Art. 75). Dieser letztere Artikel, der von der Aneignung gefundener oder durch besondere Umstände (Zufall oder Irrtum) in seinen Gewahrsam gelangter Sachen handelt, wurde erst auf eine spezielle Anregung des Herrn Professor Gretener hin aufgenommen. Herr Gretener wies nach, daß es beim Begriff der Unterschlagung nichts ändere, ob der Thäter den Gewahrsam an der Sache durch ein Rechtsgeschäft oder ohne solches erlangt habe.

Nicht unerwähnt dürfen wir die Redaktion vom 30. September 1895 lassen. Dieselbe lautete: Wer eine Sache, die einem andern gehört, oder eine Sache, die er für einen andern empfangen hat, veruntreut, wird auf Antrag mit Gefängnis bestraft (Art. 71). Mit diesem

Texte, der bloß von veruntreuten Sachen sprach, stand das Marginale „Unterichlagung“ in direktem Widerspruch. Auch das Requisit der Bereicherung, auf das Stovß beim Diebstahl so großes Gewicht legte, fehlte hier vollkommen.

Etwas korrekter lautete die Fassung des Art. 71 im Entwurf vom Juli 1894: Wer eine Sache, die er in Gewahrjam hat, oder eine Geldsumme, die er für einen andern eingenommen hat, behält, um sich oder einen andern damit unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft. Allein es fehlt hier vollständig das Requisit der fremden Sache.

Beim Betrug ist, wie Gretener in der Thunerfassung völlig zutreffend ausgeführt hat, bezüglich der Vollendung dieses Deliktes in praktischer Beziehung die Hauptfrage: Wann ist ein Vermögensschaden eingetreten? Dieses ist nach richtiger Ansicht bereits in dem Moment der Fall, wo der Getäufchte eine formell rechtsbeständige vermögensrechtliche Verpflichtung übernimmt, z. B. auf einen Wechsel seine Unterschrift setzt, oder wo er auf ein Vermögensrecht verzichtet. Von dieser Anschauung ausgehend hat die Kommission bei der ersten Lesung auf den Antrag von Meyer von Schauensee mit 7 gegen 6 Stimmen beschlossen, der Betrug sei erst mit der durch den Betrüger bewirkten Vermögenschädigung als vollendet zu betrachten, allerdings in der Meinung, daß zur Vollendung des Betruges die Eingehung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung oder der Verzicht auf ein Vermögensrecht genüge.

In der zweiten Beratung wurde dagegen mit Stimmenmehrheit die Fassung des ursprünglichen Entwurfs, wo-

nach das Verbrechen mit der Täuschung als vollendet zu gelten, wieder hergestellt.

Stoß hat in der ersten Beratung seine Auffassung, wonach die Vermögensschädigung als irrelevant erscheint, damit gerechtfertigt: Hat der Thäter getäuscht, so hat er alles gethan, was er thun kann; im weitern ist es nur noch der Betrogene, der handelt. Ob diesen letztern die schädigende Vermögensverfügung trifft, zu der er bestimmt worden ist, kann vom Zufall abhängen (Protokoll I, S. 410).

Alein auch bei der vorsätzlichen Tötung kann die Verwirklichung der verbrecherischen Absicht durch Zufall verhindert worden sein, z. B. wenn der Verletzte lediglich infolge sehr geschickter ärztlicher Behandlung am Leben geblieben. Stoß würde in letztern Fällen nach seiner Rechtsauffassung ebenfalls vollendeten Mord oder Totschlag annehmen müssen.

Der Fälschung wie dem Betrug gemeinsam ist eben das Mittel der absichtlichen Wahrheitsunterdrückung, der Täuschung, es dient beim Betrug zur Vermögensschädigung, bei der Fälschung zum Angriff „auf die Grundlagen der publica fides“.

Während also de lege lata nach deutschem Str.=Gei. der Betrug mit der Schädigung als vollendet anzusehen ist, hält Binding (Grundriß II, 1. Hälfte, S. 179) dafür, es wäre richtiger gewesen, beim Betrug die Vollendung des Vergehens mit der des Delikts, wie bei der Erpressung in der Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils für den Thäter oder einen Dritten zusammenfallen zu lassen.

Wenn aber Herr Stooß schon oben bei der Unterschlagung im Gegensatz zur juristischen Auffassung auf das wirtschaftliche Verhältnis hingewiesen hat, so dürfte hier betont werden, daß Binding a. a. O. S. 179 ganz richtig den Grund vieler gesetzgeberischer Ungenauigkeiten speziell bei den Eigentums- und Vermögensdelikten in der Übertragung national-ökonomischer Begriffe und Gesichtspunkte auf das Rechtsgebiet findet. „Die juristische Behandlung des Verbrechens ist durch die ewige Unterschiebung oft ganz vager wirtschaftlicher Schätzung an Stelle der Untersuchung, ob ein Vermögensrecht verletzt sei, schwer geschädigt. Es wird Zeit, dies Joch der Mode endlich abzuschütteln.“

* * *

Im III. Abschnitt des speziellen Teils (Verbrechen gegen den Frieden und die persönliche Sicherheit) findet sich in Artikel 101 das Delikt der Störung und Hinderung des Gottesdienstes normiert. In seinem ersten Entwurf hatte Herr Stooß in Art. 94 eine Bestimmung folgenden Inhalts vorgeschlagen:

„Wer den religiösen Glauben anderer in Argernis erregender Weise öffentlich verhöhnt, verpöthet oder verächtlich macht, wird mit Geldstrafe bis 5000 Franken bestraft.“

Für diese Proposition nahm der Redaktor das volle Lob des Herrn Lammasch in Wien, der das warme religiöse Gefühl des schweizerischen Strafrechtslehrers im Gegensatz zur materialistischen Weltanschauung deutscher Gelehrter

stark accentuierte, entgegen. In der Kommission selbst legte dagegen Herr Stooß sehr wenig Gewicht auf den angeführten Artikel und beantragte sogar in der zweiten Beratung selbst Streichung dieser Bestimmung, sich durch die in der Kommission gewaltete Diskussion ausdrücklich als belehrt erklärend. Bei der ersten Beratung machte Meyer von Schauensee Bedenken gegen die von Stooß vorgeschlagene Fassung geltend, indem er ausführte: Nach dem Entwurf soll die Verpötlung oder Verhöhnung des religiösen Glaubens anderer bestraft werden. Es kann mit dieser sehr wenig präzisen Fassung wohl kaum etwas anderes als die Abwehr eines Angriffs auf die allgemeine religiöse Grundlage des Staates, die Heiligung des Gottesglaubens als der Religion der Religionen bezweckt werden. Lästerungen dieses abstrakten monotheistischen Gottesbegriffes, unter den nach der kompetenten Anschauung Wahlbergs nicht einmal die Person Christi nach heutigen Begriffen fällt, sind im Grunde genommen sehr selten. Von größter praktischer Bedeutung sind aber Beschimpfungen von mit Korporationsrechten ausgestatteten Religions-Genossenschaften. Hier handelt es sich nicht um den Schutz von Glaubensmeinungen. Nicht nur die Verhinderung und Störung eines Gottesdienstes soll mit Strafe bedroht, sondern die im Staate bestehenden, mit diesem vielfach historisch und organisch verwachsenen Religions-Genossenschaften sollen vor Beschimpfung jeder Art beschützt werden. Man wird bei uns allerdings nicht so weit gehen können wie in Deutschland und diesen Schutz auf alle Einrichtungen dieser Genossenschaften, wie Cölibat, Tönur u. ausdehnen. Das deutsche Reich

befißt eben als Korrelat den sogen. Kanzelparagraphen (§ 130a R.-St.-G.); wir dagegen suchen soviel wie möglich die Spezialgesetzgebung zu vermeiden.

Der Antrag Meyer von Schauensee, im gegenwärtigen Artikel 101 nach „Wer einen Gottesdienst oder eine gottesdienstliche Handlung absichtlich stört oder hindert“ noch die Worte beizufügen „oder verpötteht“, wurde wie das Protokoll meldet, mit großer Mehrheit abgelehnt.

Nach der gegenwärtigen Fassung bleiben demnach Ausdrücke, wie D'Muttergottes ischt ne Huer gji wi ne andere Huer“, straflos. (Vergl. Entscheid des Bundesrates in Sachen Mfl. Felder vom 14. Oktober in Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, S. 514 u. 548, 5. Band, und die bei Stoß, Grundzüge II, S. 184, An. 1 mitgeteilten Fälle.)

Wie wenig sich übrigens der Redaktor und die Kommission in philosophisch-religiösen Fragen auf einen höhern allgemeinen Standpunkt zu stellen vermochten, ergiebt sich aus der Regulierung des Ehebruchs in Art. 128, wonach der Ehebruch nur nach stattgehabter Scheidung auf Antrag bestraft wird. Da nun die Katholiken nur im Widerspruch zu den Vorschriften ihrer Kirche die Ehescheidung verlangen können und in katholischen Kantonen daher nur ein minimier Prozentsatz von Ehen geschieden wird, so ist dieser Artikel ausschließlich für die protestantischen Landesteile von praktischer Bedeutung.

Allein das alles ist nebensächlicher Natur, von Interesse ist bloß zu konstatieren, daß der Herr Redaktor in seinen diesfälligen weitläufigen Ausführungen (Protok. II,

§. 72 u. f.) sehr nachdrücklich auf die Meinung der protestantischen Geistlichkeit und der protestantischen Bevölkerung Bezug nahm, mit keiner Silbe aber die Bedeutung der gegenwärtigen Fassung für die katholischen Volksteile berührte. (Vergl. auch Grundzüge II, §. 185 u. f., wo das Kirchenblatt für die reformierte Schweiz erwähnt und ein von Pfarrer Emil Güder in Marwangen verfaßtes Postulat für die eidgen. Strafrechtskodifikation besprochen wird.)

Bei den Verbrechen gegen die persönliche Freiheit (IV. Abschnitt) hatte Herr Stooß in seinen ersten Entwurf das Delikt der Nötigung nicht aufgenommen und es brauchte eines Mehrheitsbeschlusses der Kommission, um ihn dazu zu bringen. Allein nirgends, weder in den Motiven noch in der Kommission hat er sich über das Verhältnis des Delikts der Nötigung zur unerlaubten Selbsthülfe ausgesprochen. Und doch sind hier Probleme grundlegender Natur, die sehr mit dem Schutze der individuellen Freiheit zusammenhängen, zu erörtern. Ist die Nötigung zur Verhinderung einer nur unsittlichen Handlung oder wohl gar zur Vornahme einer sittlichen Handlung erlaubt oder berechtigt?

Der V. Abschnitt enthält die Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und Freiheit. Jeder Praktiker weiß, daß bei diesen Delikten feste Begriffsbestimmungen für den Richter sehr notwendig sind. Allein gerade in diesem Abschnitt waren im ersten Entwurf Systematik, Terminologie und Qualifikationsgründe gleich mangelhaft.

Meyer von Schauensee machte diesfalls hauptsächlich folgendes geltend: Die Ausdrücke „Unzucht“ und

„unzüchtige Handlungen“ werden im Entwurf promiscue gebraucht. Dies kann aber für die Praxis verhängnisvoll werden. Für ein schweizerisches Strafgesetzbuch dürfte nach meiner Auffassung bei den einzelnen Unzuchtsvergehen Unzucht in der Regel als gleichbedeutend mit „Weischlaf“ oder „beischlafähnlicher Handlung“ zu normieren sein. Eine Ausdehnung dieses Begriffes rechtfertigt sich bloß einerseits bei „unzüchtigen Handlungen“ gewisser Respektspersonen, andererseits im Verhältnis zu Minderjährigen überhaupt. Aber auch hier ist eine Begrenzung von großer praktischer Bedeutung. Wesentliches Thatbestandsmerkmal muß nach der subjektiven Seite hin stets die Willensrichtung des Thäters auf geschlechtliche Motive und Tendenzen (Motiv der Heilheit) sein. Die Vornahme unzüchtiger Handlungen liegt auch nur dann vor, wenn eine körperliche Berührung oder sonstige körperliche Beteiligung der zu schützenden Personen stattfindet. Bezüglich der Minderjährigen rechtfertigt sich diese erweiterte Begriffsbestimmung („unzüchtige Handlungen“) weitaus am ehesten; es sollte aber eine bestimmte Altersgrenze angegeben werden. § 116, litt. a des Zürcher Strafgesetzes nimmt bei Eltern, Pflegeeltern und Vormündern Verleitung zur Unzucht schon bei „unzüchtigen Handlungen“ an, litt. b verlangt dagegen bei Beamten, Ärzten und Bediensteten „Weischlaf“ oder „beischlafähnliche Handlungen“ zum Thatbestand.

Die Qualifikationsgründe, wurde ferner geltend gemacht, sind in Art. 99 des Entwurfs von 1894 im Widerspruch mit dem jogen. System des Entwurfs und teilweise auch mit der Natur der Sache selbst festgestellt.

Während nämlich sonst überall im Entwurf bei schwerer Körperverletzung die Voraussehbarkeit des Erfolges postuliert wird, genügt im letzten Article des Art. 99 der bloße Erfolg. Sodann steht der Mißbrauch einer willenlosen, bewußtlosen oder geisteskranken Person (Art. 2) ipso jure den Vollzug des Beischlafs voraus, andere unzüchtige Handlungen kommen hier gar nicht in Betracht (vergl. Werner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 17. Auflage, S. 453); gleichwohl wird für diesen Fall des Article 2 in Article 4 der Beischlaf wieder als Qualifikationsgrund aufgestellt. Der ganze Artikel, bemerkte Meyer v. Schauensee, sollte gründlich umgearbeitet werden. (Protokoll II, S. 58.)

Wir haben oben bereits mitgeteilt, daß dieser Abschnitt der Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und Freiheit dann an den Redaktor zurückgewiesen und auf Grund der in der Kommission gefallenen Voten und der schriftlich von Herrn Professor Gretener eingereichten Bemerkungen vollständig umgearbeitet wurde.

Noch ein Vorkommnis darf aber hier nicht übergangen werden. Als sich im letzten Jahr im Kanton Zürich ein Initiativbegehren behufs Abänderung des Zürcher Strafgesetzbuches im Sinne der gänzlichen Unterdrückung der gewerbsmäßigen Prostitution geltend machte, deutete Herr Stoß in seiner Zeitschrift an, das Vorgehen der Initianten sei vollständig überflüssig, indem der Entwurf für ein schweizerisches Strafgesetzbuch von weientlich gleichen Anschauungen wie die Initianten (Frauenbund) ausgehe. Als dann aber die Kommission die gewerbsmäßige Unzucht straflos ließ und auf den Antrag des Herrn Bundesrat Ruffy hin auch das bloße Vermieten von

Zimmern an Prostituierte nicht unter Strafe stellte, so daß der sogen. Kleinbetrieb der Prostitution sanktioniert wird da hat Herr Stooß dieser Auffassung der Sache durchaus nicht in ernsthafter Weise opponiert.

Völlig ungenügend sind die in VII. Abschnitt enthaltenen Delikte gegen die Ehre und den guten Ruf und gegen den Kredit normiert.

Herr Stooß hat sich hier völlig der Einsicht verschlossen, daß, wenn man in dieser Materie, wie dies der Entwurf thut, vom geltenden Rechte der Kantone ausgehen will, die Regelung der Beweisfrage von ausschlaggebender Bedeutung ist. Herr Stooß kannte immer nur ein Kriterium: das der Gut- oder Böswilligkeit („wider besseres Wissen“) und wies von diesem Gesichtspunkt ausgehend alle bezüglich der Regulierung der Beweisfrage ihm gemachten Bemerkungen mit dem Hinweis ab, im Strafprozeß gebe es keine Beweislast.

Allein bei der eigentlichen Verleumdung wird nach dem Vorbild von § 187 D. N.-St.-G. die Frage des Beweises der Wahrheit immer noch in erster Linie zu prüfen sein und erst in zweiter Linie darf die Gesinnung des Beklagten berücksichtigt werden. Wenn man daher die Fassung „wider besseres Wissen“ in den Vordergrund rücken wollte, hätte dieselbe doch durch ein objektives Merkmal ergänzt werden sollen. Der gute oder böse Glaube ist eben an und für sich etwas innerliches und läßt sich oft gar nicht oder nur schwer beweisen. Er eignet sich also wohl als Strafzumessungsgrund, aber nicht als Thatbestandsmerkmal. Herr Prof. v. Bar in Göttingen spricht sich in seiner Abhandlung „Zur

Lehre von den Beleidigungen“, mit besonderer Rücksicht auf die Presse (Gerichtssaal, 52. Bd., S. 81 u. f.) Seite 154 dahin aus:

„Wenn die vorstehenden Ausführungen über das Wesen der üblen Nachrede richtig sind, so müßte freilich, entgegen der bisherigen deutschen Auffassung, aber in Übereinstimmung mehr mit dem französischen Recht, der Beweis der Wahrheit mehr in den Hintergrund treten; statt um diesen Beweis würde es sich darum handeln, ob der Behauptende (Mitteilende) nach Maßgabe des Falles genügenden Anlaß und genügende Gründe hatte, die behauptete Thatsache für wahr zu halten.“

Und §. 171: Unglücklicherweise bestimmt nun aber § 186 des deutschen St.-G., daß, wenn Jemand eine einen Andern herabsetzende Mitteilung macht, er alle Male bestraft werden soll, falls er nur nicht nach den Regeln des Prozesses den Inhalt dieser Mitteilung oder Behauptung erweisen kann. Ob er sehr gute Gründe hatte, den Inhalt seiner Äußerungen für wahr zu halten, ist nach dieser die Praxis beherrschenden, dem unmittelbaren Wortlaute folgenden Interpretation völlig gleichgültig für die Frage, ob wegen Beleidigung bestraft wird; jener Umstand kann nur auf das Strafmaß Einfluß üben. Nun bemerkt man aber, daß es doch Fälle gibt, in denen eine Bestrafung wegen Beleidigung dem Rechtsgeföhle völlig widersprechen würde, obgleich der Inhalt der Äußerung nicht oder nicht vollkommen „erweislich wahr“ gemacht werden kann. Diese Fälle sind durch den § 193 R.-St.-G. (Privilegium für tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische Leistungen oder Äußerungen, welche in Aus-

übung berechtigter Interessen gemacht werden) gedeckt. Statt durch die Rechtskonsequenz, d. h. statt durch die wohlverstandene Lehre von der Beleidigung selbst, werden sie also, nach Maßgabe des § 186, durch ein Privilegium straffrei, und das Privilegium steht eben als solches im schroffen Gegensatz zu dem Grundsatze, dem es Abbruch thut. Es gibt da keine Übergänge; während nach § 186 nur der volle Beweis der Wahrheit straffrei macht, braucht, wer sich auf § 193 berufen kann, gar keine Beweisgründe auch nur anzugeben.“

Nach v. Bar soll der Beweis der Wahrheit nur bei einfachen Privatmitteilungen an Dritte in jedem Falle die Existenz einer Beleidigung im rechtlichen Sinne ausschließen, bei anders gearteten, insbesondere bei öffentlich erfolgenden Äußerungen aber nur ein zu billigendes Interesse jene Wirkung haben, freilich ohne daß ein strenger Beweis der Wahrheit erfordert wird. S. 174 sagt v. Bar: „Nicht der Zufall der Beweisbarkeit entscheidet, sondern der Umstand, ob demjenigen, der die verletzende Äußerung that, zur Zeit dieser Äußerung triftige Gründe vorlagen, den von dieser Äußerung Betroffenen für schuldig u. s. w. zu halten.“ S. 181: „Es wird danach schon nicht z. B. leicht Jemand einem Andern vorrücken dürfen, daß er vor langen Jahren eine (jest etwa verjährte) strafbare Handlung begangen habe, oder etwa eine nur auf Antrag strafbare Handlung, wenn derjenige, der die Mitteilung empfängt, gar kein Interesse hat, sich über den Charakter der beleidigten Person genauer zu informieren. Und andererseits kann ein solches Interesse ein so dringendes sein, daß selbst eine Freisprechung des Beleidigten nicht daran wird

hindern dürfen, auf gewichtige Gründe hin einen Verdacht auch andern Personen gegenüber aufrecht zu erhalten.

„Das aber ist klar, daß, wenn bei öffentlich vorgebrachten Vorwürfen nur ein vernünftigerweise anzuerkennendes Interesse die Einrede der Wahrheit zulässig erscheinen läßt, eben dieser Rechtszweck geeignet ist, über längst vergangene Dinge einen wohlthätig wirkenden Schleier zu werfen und in gewissem Umfange doch wenigstens Genugthuung zu schaffen, dem von Bindung eindringlich und mit gutem Grunde erhobenen Wunsche, daß es eine Lössung in dem Buche der Unehre, eine Verjähmung der Unehre geben möchte.“

Wie wenig aber Herr Stooß auch in dieser wichtigen Frage, die die Litteratur und Praxis bewegenden Ideen auch nur zu verstehen vermochte, geht daraus hervor, daß, als Professor Gretener und Perrier aus Freiburg in der Kommission an den Redaktor die Frage stellten, ob nicht eine dem § 193 des deutschen St.-G.-B. entsprechende Vorschrift in den Entwurf aufzunehmen sei, diese beiden Herren vom Redaktor auf Art. 18 („Wer eine als Verbrechen bedrohte That befugter Weise ausführt, ist nicht strafbar“) verwiesen wurden.

Nur im Sinne einer Kombination der §§ 193 und 186 deutschen St.-G.-B. gelangt man mit von Bar dazu, das objektive Kriterium der Beweisbarkeit nicht durch ein subjektives, sondern durch ein ebenfalls objektives der „hinreichenden Gründe“, der „berechtigten Interessen“ zu ersetzen. Nach Art. 131 des gegenwärtigen Entwurfes wird nun aber das subjektive Element des guten oder bösen Glaubens zum

ausschließlichen Thatbestandsmerkmal der Verleumdung erhoben, und gemäß Art. 132 muß wegen übler Nachrede jeder verurteilt werden, sobald es ihm nicht gelingt, seinen Vorwurf rechtsförmlich zu erweisen oder er nicht nach Abs. 5 des gleichen Artikels die Revokation vorzieht. Auf diese Weise wird der Zufall der Beweisbarkeit zum entscheidenden Moment gemacht und das sonst im Strafrecht geltende Prinzip, das im Allgemeinen zu einer strafbaren Handlung Vorjaß fordert, verfehlt.

* * *

Eine der für den Kriminalisten interessantesten Materien bildet offenbar die der Urkundenfälschung resp. der Verbrechen gegen öffentliche Treue und Glauben (8. Abschnitt des Entwurfes). Auch hier hat sich aber die bei Behandlung fast aller bedeutenden Probleme offen zu Tage getretene Erscheinung wiederholt, daß Herr Stooß sein Werk im Zeichen der Verachtung kriminalistischer und man dürfte vielleicht, ohne fehl zu gehen, noch hinzufügen, auch anderer Weisheit zu Stande gebracht hat.

Zuerst wollen wir hier konstatieren, daß bei der ersten Beratung dieser Materie Cornaz und Meyer von Schauensee umsonst der von Stooß in Art. 125 (jetzt 137) vorgeschlagenen Fassung: „Wer eine öffentliche Urkunde oder ein Wertpapier fälscht“ opponierten. Meyer von Schauensee betonte noch ganz ausdrücklich, daß die Hereinziehung der Wertpapiere in diesen Deliktäsbegriff nur Verwirrung bringe.

Gleichwohl beschloß die Kommission mit 9 gegen 5 Stimmen, die Fälschung von Wertpapieren mit Ausnahme der Banknotenfälschung bei Art. 125 zu regeln und lehnte den fernern Antrag von Meyer von Schauensee, die Fälschung von Inhaberpapieren, die von einer Staatsstelle ausgegeben worden, als Münz-, nicht als Urkundenfälschung zu bestrafen, mit allen gegen 3 Stimmen ab. (Protokoll II., S. 126.) Später mußte sich Herr Stöck von Herrn Professor Huber belehren lassen, daß die Gleichstellung öffentlicher Urkunden mit Wertpapieren absolut unzulässig sei und er trug dann trotz dem Mehrheitsbeschluß kein Bedenken, letztere aus Art. 137 zu eliminieren.

Bei der Behandlung des Delikts der Urkundenfälschung wird wohl vor allem zu untersuchen sein, wann dieses Delikt als vollendet anzusehen ist, ob man hier der französischen Auffassung, resp. der frühern gemeinrechtlichen Doktrin oder der gegenwärtig herrschenden Doktrin folgen will.

Die Motive von 1894 sprechen sich S. 207 kurz dahin aus: Allerdings tritt die Verletzung der öffentlichen Treue und des öffentlichen Glaubens erst mit dem Gebrauch der Urkunde ein; allein (doloses) Fälschen gefährdet die publica fides in so hohem Maße, daß es sich rechtfertigt, das Fälschen mit dem französischen Rechte als solches zu bestrafen.

Dem gegenüber ist zu bemerken: Wenn die frühere gemeinrechtliche Doktrin, soweit sie überhaupt zu einer Unterscheidung von Betrug und Fälschung gekommen war, die Verletzung des Rechts auf Wahrheit als das Wesen

der Fälschung betrachtete, so ergab sich folgerichtig, daß sie die rechtswidrige Absicht zu täuschen als den zur Fälschung erforderlichen dolus bezeichnete. Die in solcher Absicht verübte Wahrheitsentstellung an einem im Verkehr als echt geltenden Gegenstande wurde für genügend erachtet, so daß also ein Gebrauch des Falsifikats zum Zwecke der Täuschung nicht erforderlich sei. Damit meinte man zugleich den wesentlichen Unterschied zwischen Fälschung und Betrug im engeren Sinne festgestellt zu haben, indem die Vollendung des letztern die mittelst Täuschung verübte Rechtsverletzung eines Andern erfordere, die der Fälschung aber nur die in der Absicht zu täuschen verübte Fälschung des Gegenstandes. Obwohl schon in der gemeinrechtlichen Doktrin hiegegen Widerspruch erhoben und zum Thatbestand der Fälschung der Gebrauch des Falsifikats zum Zwecke der Täuschung verlangt wurde, so folgte doch die Mehrzahl der deutschen Strafgesetzbücher der bisher herrschenden Auffassung, und nur die Strafgesetzbücher von Württemberg, Braunschweig, Baden und Preußen forderten, daß von der gefälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht worden sei.

Sofern man die Urkundenfälschung als Verletzung des Rechts auf Wahrheit betrachtete, war es offenbar inkonsequent, das Delikt als mit der verübten Fälschung selbst vollendet zu betrachten; denn von einer solchen Verletzung könnte nur die Rede sein, wosfern von der Urkunde zum Zweck der Täuschung Gebrauch gemacht war. Aber auch dann, wenn es auf den strafrechtlichen Schutz der Beweisraft der Urkunde ankommt, wird die Vollendung des Vergehens von solchem Gebrauch abhängig gemacht

werden müssen. Die Thätigkeit, durch welche an einer echten Urkunde eine ihre Bedeutung alterierende Änderung vorgenommen oder durch welche eine unechte Urkunde hergestellt wird, kann zwar eine von der rechtswidrigen Absicht, das Falsifikat zu gebrauchen, bestimmte sein, ist aber nicht notwendig eine solche, und eben deshalb kann unmöglich schon diese Thätigkeit als eine solche betrachtet werden, in welcher die zur Fälschung erforderliche Absicht ihre vollständige Verwirklichung gefunden habe.

Dieser von Hälschner in seinem gemeinen deutschen Strafrecht, II. Bd., S. 543 u. f., im oben angegebenen Sinn begründeten Ansicht stimmt auch Professor Albert Reichmann in Basel bei in seiner Abhandlung: Die Urkundenfälschung nach den Strafgesetzen des Auslandes und der Schweiz in der Zeitschrift für schweizer. Recht, Neue Folge, 7. Bd., S. 347 u. f. Reichmann sagt, gestützt auf eine gründliche Durchforschung der modernen Gesetzgebungen Seite 369 a. a. O.: „Es ist diese Ansicht (von Hälschner) völlig gerechtfertigt und allein haltbar, wenn wir den oben eingenommenen Standpunkt, daß Urkundenfälschung eine Verletzung der sozialen Handlungsfreiheit ist, festhalten.“

Was hatte nun Herr Stovß für eine Veranlassung dieser Meinung eines Gelehrten, der die Entwicklung der modernen Gesetzgebung, auf die Herr Stovß scheinbar so viel Gewicht legt, in Wirklichkeit verfolgt hat, jenen oben angeführten apodiktischen Satz, wonach der Standpunkt der französischen Jurisprudenz der allein richtige wäre, ohne jede Begründung entgegenzusetzen?

Fast sämtliche ueuern Kriminalisten halten an der

Anschauung zeigt, daß Betrug und Fälschung von Urkunden nicht zusammengeworfen werden dürfen, wie Professor Zürcher in der Kommission proponierte (Protokoll II, S. 115), und daß die Stellung der Urkundenfälschung unter den Verbrechen gegen Treu und Glauben (Angriff auf die Grundlagen der publica fides) eine absolut richtige sei.

Über den Begriff der Privat- und öffentlichen Urkunden herrscht allerdings noch große Meinungsverschiedenheit und es sind über diesen Gegenstand eine lange Reihe von Abhandlungen geschrieben worden. Wie Weismann: Der Thatbestand der Urkundenfälschung in Zeitschrift für gesamte Strafrechtsw., 11. Bd., S. 22, richtig nachgewiesen hat, beruht das Wesen der Urkunde in ihrer Beweiskraft, in ihrer Fähigkeit, zum Urkundenbeweise zu dienen, und diese ist unabhängig von der Absicht des Ausstellers wie von der Absicht des Benutzers, unabhängig von irgend welcher Bestimmung. Es gibt nur einen feststehenden Begriff der Urkunde: das ist die Urkunde als Mittel des Urkundenbeweises, die Urkunde im prozessualen eigentlichen Sinne des Wortes. Zur vollendeten Urkundenfälschung gehört nach dem deutschen St.-G.-B. daß von der Urkunde zum Zwecke der Täuschung resp. des Urkundenbeweises Gebrauch gemacht sei. Es liegt also keine Urkundenfälschung vor, wenn ein gefälschter Schuldschein als ein Autograph Rembrandts verkauft wird. Die rechtswidrige Absicht ist nicht die Absicht, einen andern am Vermögen zu schädigen, denn Vermögensschädigung gehört nicht zum Begriff der Urkundenfälschung, dagegen ist auch die Benutzung einer falschen Urkunde zu einem an sich erlaubten Zwecke strafbar.

Es ist zweifellos keine strafbare Urkundenfälschung, wenn ein Dokument, z. B. eine Schenkungsurkunde, bloß zu dem Zwecke gefälscht wird, eine historische Thatsache darzuthun oder einen philosophisch-interessanten Beweis zu erbringen. Es fälscht ein junger Mann Quittungen, um den Vorwürfen der Seinigen über unbezahlte Schulden zu entgehen.

Ohne juristisch-technische Untersuchung wird man niemals zu einer für die Praxis auch nur einigermaßen befriedigenden Kodifikation dieser Materie gelangen. Die Erörterung in der Kommission konnte daher mit Rücksicht auf die Scheu des Redaktors vor jeder Vertiefung juristischer Begriffe nur einige der markantesten Punkte berühren.

Meyer von Schauensee verlangte zum Thatbestand der Fälschung von Privaturkunden den wissentlichen Gebrauch der fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde. Dieser Antrag wurde angenommen und demnach in der Fassung des Artikels (früher 124, jetzt 136): Wer in rechtswidriger Absicht eine falsche Urkunde anfertigt, oder eine echte Urkunde verfälscht oder eine solche Urkunde wissentlich gebraucht —, das lezte oder in und verwandelt. — Allein damit waren nicht alle Schwierigkeiten beseitigt, welche der Begriff Urkundenfälschung sowohl der Theorie wie der Praxis bietet. In der zweiten Lesung legte St o ß nun folgende Redaktion vor: „Art. 137: Wer eine falsche oder verfälschte Urkunde oder eine Urkunde, die durch Mißbrauch der echten Unterschrift einer Person hergestellt worden ist, wissentlich gebraucht —“ und es zeigte sich die begriffliche Unsicherheit des Herrn Redaktors wiederum darin, daß,

während im Entwurf von 1894 schon das sog. Fälschen als vollendetes Verbrechen bestraft werden sollte, Art. 137 des Entwurfes vom Sept. 1895 derart gefaßt war, daß die Fälschungshandlung im Thatbestand gar nicht hervorgehoben war. Stooß glaubte nun auf einmal wieder, daß die Kommission das Fälschen von Urkunden straflos lassen wolle, wenn von der gefälschten Urkunde nicht Gebrauch gemacht werde. „Falls die Fälschungshandlung als solche bestraft werden soll“, erklärte Stooß in der Kommission, „so dürfte es sich rechtfertigen, auf die ursprüngliche Fassung des Entwurfes zurückzukommen“, und verwechselte in gleichem Atemzuge den Betrug wieder mit der Fälschung, indem er sich dahin ausdrückte, es müsse die rechtswidrige Absicht als die Absicht „sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Vorteil zuwenden“, präzipiert werden. Gretener bemerkte, er habe den Beschluß der Kommission dahin aufgefaßt, daß die in rechtswidriger Absicht vorgenommene Fälschung einer Urkunde, wenn nicht der Gebrauch hinzukommt, als Versuch bestraft werden soll. (Protokoll II, S. 624 und 625).

Soll nun aber nach der gegenwärtigen Fassung von Artikel 136 die in rechtswidriger Absicht vorgenommene Fälschung einer Urkunde, wenn der Gebrauch dieser Urkunde noch nicht hinzugekommen ist, wirklich als Versuch bestraft werden oder nicht?

Berner spricht sich in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 17. Aufl., S. 587 dahin aus, daß der Schwerpunkt des Thatbestandes nicht in der Fälschung, sondern in dem Gebrauche liege. Bei vorhandener Fälschung,

wo der Gebrauch noch nicht stattgefunden hat, nimmt aber Werner immerhin Versuch an, der jedoch bei der einfachen Urkundenfälschung des D. St.-G. in Folge der allgemeinen Straflosigkeit der Versuchshandlungen nicht bestraft werde.

Anderer Meinung ist allerdings Prof. Virkmeyer in München. In seinem Buche: „Die Lehre von der Teilnahme“ (Berlin, Liebmann 1890) spricht er sich S. 107 dahin aus: Das Fälschen der Urkunde ist gegenüber dem verpönten Erfolge, der Gefährdung des Rechtsverkehrs durch Verwendung falscher Urkunden, nur Vorbereitung- nicht Ausführungshandlung, wie § 270 R.-St.-G.-B. deutlich beweist.

Inkonsequent aber bleibt es immerhin, daß der Entwurf in Art. 137 bei „die Fälschung einer öffentlichen Urkunde“ die Fälschung hier als solche, ohne den Gebrauch zu verlangen, bestraft und nicht einmal rechtswidrige Absicht verlangt.

Bei den Münzdelikten, die wie die Urkundenfälschung ebenfalls gegen die publica fides gerichtet sind, wird allerdings auch vom D. St.-G.-B. der Gebrauch zum Zwecke der Täuschung nicht erfordert, allein auch hier erklärt Hälschner ganz richtig diese Zurückschiebung der Vollendung in das Gebiet des Versuchs aus der Nachwirkung der älteren gemeinrechtlichen Doktrin, wozu dann bei den Münzdelikten allerdings noch kriminalpolitische Rücksichten hinzu kommen mögen.

Ob Unterdrückung, Vernichtung oder Beschädigung von Urkunden der Fälschung anzureihen sei, ist eine in der Litteratur lebhaft ventilirte Frage. Der Redaktor hat sich aber nicht darüber aus-

gesprochen, ob er Unterdrückung und Vernichtung als unter den Begriff der Fälschung fallend betrachte, oder ob und warum er eine dem § 274 Abj. 1 R. St.=G. analoge Bestimmung über Vernichtung, Beschädigung oder Unterdrückung von Urkunden für entbehrlich halte.

Ebenfalls ungenügend ist die schwierige Frage betreffend die intellektuelle Urkundenfälschung erörtert worden. Nach richtiger Anschauung ist es nicht die Entstellung der Wahrheit des Inhalts, sondern die Fälschung der Autorität, was die Verfälschung zur Urkundenfälschung macht. Vielfach ist gerade in neuester Zeit in der Litteratur die Anschauung ausgesprochen worden, daß durch Weglassung des § 271 R.=St.=G. über intellektuelle Urkundenfälschung in R. St.=G. keinerlei Lücke entstehe. Reichmann glaubt, es werde nie an Strafbestimmungen fehlen, nach denen die Strafbarkeit begründet wäre, entweder unter dem Gesichtspunkt des Betruges oder des falschen Zeugnisses, und verwirft mit Carrara, Schüke und von Schwarze diese Bestimmungen über intellektuelle Urkundenfälschung.

In der Kommission hat dagegen Perrier den Antrag gestellt, den Thatbestand der intellektuellen Urkundenfälschung auch auf die Privaturkunden auszudehnen, indem er glaubte, es würden sonst strafwürdige Fälle, wie z. B. falsche Eintragungen in Handelsbücher, nicht getroffen. Dieser Antrag ist jedoch mit 9 gegen 8 Stimmen verworfen worden. Gar nicht wurde vom Redaktor die Frage untersucht, ob es eine kulpöse Urkundenfälschung gebe.

* * *

Der V. Abschnitt über die *Amtsverbrechen* bietet nicht weniger Anlaß zu schweren Bedenken, und es darf auch hier wieder auf das zutreffende *Botum* des Herrn Prof. *Gretenner* verwiesen werden. *Gretenner* bemerkte: Die ganz allgemeine Fassung der im Art. 194 (Entwurf vom Frühling 1895) enthaltenen Thatbestände läßt eine Grenze gegenüber dem *Disziplinarstrafrecht* nicht ziehen. Eine solche Grenze könnte durch Präzisierung der einzelnen Thatbestände gewonnen werden. Was insbesondere den *Amtsmißbrauch* anbelangt, so geht die Fassung des Entwurfes offenbar zu weit; dieselbe sollte in mehrere bestimmt umgrenzte Thatbestände aufgelöst werden, wie dies z. B. im deutschen Strafgesetzbuch (§ 339 und folgende) geschieht. Ebenso scheint mir der Thatbestand der *Amtsausbeutung* der Präzisierung zu bedürfen. Ich frage mich übrigens, welche andern Fälle außer dem übermäßigen *Spottulieren* (§§ 352 und 353 des deutschen Strafgesetzbuches) in dieser Richtung noch unter Strafe gestellt werden sollen, ferner ob das „eigennützig“ sich nur auf *Vermögensvorteile* bezieht. „Ausbeutet“ ist wohl kein juristischer Ausdruck. (Protokoll II, S. 286 und folgende.)

Alein hier beliebte der Mehrheit der Kommission eine weitere Spaltung der Thatbestände, wie dieselbe bei den Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und Freiheit vorgenommen, nicht mehr, und die Anregung *Gretenners* blieb unberücksichtigt.

Als *Meyer von Schauensee* auf die gründliche Schrift von Professor *Dppenheim* „Die Rechtsbeugungsverbrechen des Rechtsstrafgesetzbuches“ (Leipzig, Duncker

und Humblot, 1886) hinwies, zeigte sich, daß den meisten Mitgliedern der Expertenkommission der technische Begriff der Rechtsbeugung völlig unbekannt war. So kam es denn, daß Stooß gegenüber Meyer v. Schauensee betonen konnte, der Begriff der Rechtsbeugung sei in einem schweizerischen Gesetzbuch nicht zu verwenden, da viele unserer Richter nicht verstehen würden, was Rechtsbeugung sei. Übrigens finde sich, meint Stooß, die Rechtsbeugung im Entwurf materiell völlig richtig normiert. (Protokoll II, S. 288). Art. 203, Abf. 2, der nach Ansicht des Herrn Stooß die Rechtsbeugung in „ausreichender Weise“ behandelt, lautet nun im gegenwärtigen Entwurf: Der Richter, Schiedsrichter, Geschworene oder Schöffe, der Geschenk oder andere Vorteile annimmt, oder sich versprechen läßt, wird mit Gefängnis nicht unter 1 Monat bestraft. Nimmt er Geschenk oder andere Vorteile an, oder läßt er sich Geschenk oder andere Vorteile versprechen, die ihm gegeben oder versprochen werden, damit er parteiisch urteilt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Erst auf Anregung von Scherb und Meyer von Schauensee hin wurde schon die Annahme von Geschenken durch richterliche Personen, ganz abgesehen vom Zwecke, zu dem sie gegeben werden, mit Strafe bedroht, eine Bestimmung, die einzig der richtigen Anschauung über richterliche Funktionen entspricht.

Getreu seinen verkehrten Auffassungen über den objektiven Erfolg hat Herr Stooß die Rechtsbeugung in Art. 203 so normiert, daß der Richter, welcher einen Menschen ungerechter Weise zu lebenslänglichem

Zuchthaus verurteilt hat, gleich bestraft werden kann, wie derjenige, welcher ein bloß auf ein paar Tage Gefängnis oder eine Geldstrafe lautendes Urteil ungerechter Weise abgegeben. Der Fall der Rechtsverweigerung findet sich im Entwurf gar nicht erwähnt und doch verhindert dieselbe die Geltendmachung bestrittener Rechte und schädigt damit gewaltig die ganze Rechtsordnung, da sie die Selbsthülfe provoziert.

Eine wesentliche Garantie persönlicher Freiheit bildet unzweifelhaft § 343 R. St.-G.-B. Derselbe lautet: Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Oppenheim hat darauf hingewiesen, daß sogar dieser § 343 ungenügend sei, indem die Erpressung von Aussagen bei der Leitung anderer Rechtsfachen als Untersuchungen, als Rechtsbeugung ungestraft bleibe und nur gemäß § 240 R. St.-G.-B. bestraft werden könne.

Bei uns sollen alle diese Thatbestände durch den allgemeinen Artikel 201, handelnd vom Amtsmißbrauch „Der Beamte, der die ihm anvertraute Gewalt wissentlich mißbraucht“ umfaßt werden.

Daß aber bei dem Delikt der Rechtsbeugung die von Herrn Stoß versuchte Definition „Der Richter der parteiisch urteilt“ (Entwurf von 1894) nicht genügt, sondern ein objektives Kriterium zu suchen ist, dürfte auch dem blödesten Auge einleuchten. Oppenheim hat a. a. O. in seiner Schlußbetrachtung folgende Proposition gemacht: Wer bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtsache

vorzüglich eine Ungerechtigkeit begeht, wird wegen Rechtsbeugung mit Gefängnis bestraft.

Wird die Rechtsbeugung zur Begünstigung oder Benachteiligung einer Partei begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter einem Jahr ein. --

* * *

Zu den wichtigsten Fragen, die bei den Vorarbeiten für ein eidgenössisches Gesetzbuch vor allem gründlich zu prüfen wären, gehören die Untersuchungen über das Verhältnis des kriminellen Unrechts zum bloß polizeilichen, ferner der Umfang der in das eidgenössische Strafgesetzbuch aufzunehmenden Übertretungen und schließlich die Abgrenzung der eidgenössischen und kantonalen Kompetenzen.

Keine dieser Fragen ist von Professor Stoß studiert worden und nirgends finden sich hierauf bezügliche Erörterungen in seinen Motiven. Einzig Professor Zürcher hat in der Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht (8. Jahrg., S. 143 u. f.) einen Aufsatz veröffentlicht: „Die Modifikation der Übertretungen mit Rücksicht auf den Vorentwurf des schweizerischen Strafgesetzbuches.“

Vor allem wäre es bei Behandlung dieser schwierigen Materie Pflicht des Redaktors gewesen, sich selbst und andern den Begriff des Polizeiunrechts klar zu machen. Es will uns scheinen, man dürfte auch heut zu Tage noch die Worte beherzigen, die Anselm von Feuerbach in seiner Abhandlung „Über die Polizeistraf-Gesetz-

gebung überhaupt und den zweiten Theil eines Entwurfes des Strafgesetzbuches“ im Jahre 1822 geschrieben (Leben und Wirken Anf. von Feuerbachs II. Bd., S. 347): „Wenn die Verfassung eines Staates, wie die bayrische, jedem Einwohner Sicherheit seiner Person, seines Eigentums und seiner Rechte gewährt, wenn sie deshalb die Personen, ihr Eigentum und ihre Rechte in den Schuß der „ordentlichen Gerichte“ stellt, wenn diese Gerichte, damit die Gerechtigkeit unparteiisch von ihnen gehandhabt werde, innerhalb der Grenzen ihres Amtes von der allerhöchsten Gewalt als unabhängig erklärt und deren Mitglieder, damit auch ihre Person sich unabhängig fühlen möge, durch besondere Vorrechte vor allen andern Staatsbeamten ausgezeichnet sind: wie möchte es mit solcher Verfassung vereinbar sein, daß Staatsbürger an ihrem Vermögen, an ihrer Ehre, an ihrer Freiheit bestraft werden können, ohne richterliches Erkenntnis, daß sie zu bedeutenden Geldsummen verurteilt, Jahre lang ihrer Freiheit beraubt werden können, nicht nach richterlichem Urteile, sondern durch den Ausspruch von Behörden, die als solche keine Gerichte sind, nach dem Urteile von Beamten, die als solche keinen Nichtereid geschworen haben und jener Unabhängigkeit und Selbständigkeit entbehren, welche die Verfassung, eben wegen der Sicherstellung jener Rechte, den Gerichten und den Richtern gewährt hat?

Wer möchte ohne Spott die Behauptung aussprechen: Vermögen, Ehre, Freiheit der Staatsbürger seien durch den Schuß unabhängiger Gerichte gesichert, wo ein Unterthan zwar nur durch gerichtliches Erkenntnis zum Strafgefängnis auf einige Tage — aber ohne richterliches

Erkenntnis auf ein Jahr zum „Arrest“, zwar nur durch Urteil eines peinlichen Gerichtshofes auf ein Jahr in das „Arbeitshaus“, aber, ohne solches Erkenntnis, auf das Urteil eines bloßen Polizeibeamten, auf ein Jahr oder unbestimmte Zeit zur „Zwangsarbeit“ in einem sogenannten „Veffierungshause“ verdammt werden darf? Es scheint denn doch der Sache nach vollkommen gleich viel, ob Jemand zur Strafe in einem „Arbeitshause“, oder in einem „Veffierungshause“ mit Zwang zur Arbeit angehalten wird; davon ganz abgesehen, daß es jogen. Veffierungshäuser gibt, welche noch weit ärger sind, als die allerärgsten Zuchthäuser. Wenn Polizeibeamte richten, warum sind sie nicht Richter? Wenn sie nicht Richter sind, mit welchem Rechte richten sie? Ist für die gewährten, heiligsten Rechte keine Gefahr dabei, daß Nicht-Richter die Macht haben, Unterthanen in Arrest- und Veffierungshäusern gefangen zu halten, so ist durchaus nicht abzusehen, warum ihnen nicht zugleich das Recht übertragen ist, auf Gefängnis, Arbeitshaus und Zuchthaus bis auf unbestimmte Zeit zu erkennen? Wenn sie aber dieses nicht dürfen, weil solche Macht zu gefährlich sein würde, warum dürfen sie gleichwohl jenes, was meistens ebenjo gefährlich und oft noch weit gefährlicher ist?“

Die neuere Theorie (Merkel, Hälschner, v. Liszt) grenzt nun allerdings im Gegensatz zu Feuerbach die Polizeiübertretungen als bloße Ungehörigkeitsdelikte von den Verlesungs- und Gefährdungsdelikten als Rechtsgüterbeeinträchtigungen ab.

Den Normen nämlich, welche Verlesung und konkrete Gefährdung eines Rechtsgutes verbieten,

stehen andere gegenüber, durch welche der Gesetzgeber ein gewisses Verhalten deshalb verbietet, weil dasselbe in abstracto die Möglichkeit einer Gefährdung von Rechtsgütern in sich birgt. (Vergl. das allgemeine Polizeistrafrecht in seinen Grundzügen von Dr. H. Rosin, S. A. aus v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts und die Objekte des Verbrechens von Dr. L. Oppenheim, Basel 1894.)

Diese und andere Begriffsuntersuchungen scheinen Herrn Stoß völlig unbekannt zu sein, sonst würde er gewiß sich und die Kommission vor einer derart heillofen Konfusion bewahrt haben, wie sie sich auch in dieser ganzen Materie dokumentierte und sogar an Hand der unter seiner Leitung und in seinem Sinne abgefaßten Protokolle nachweisen läßt.

Man muß gewiß prinzipiell Herrn Professor Berner in Berlin Recht geben, wenn er in seinem Lehrbuch, 17. Auflage, Seite 669, sagt, das deutsche St.-G.-B. habe in seinem 29. Abschnitt, der von den Übertretungen handelt, an Ordnung und Übersichtlichkeit wesentlich verloren, indem man viele hier aufgenommene Bestimmungen besser der Partikulargesetzgebung überlassen hätte. Allein auch jeder zukünftige Gesetzgeber wird in diesem Abschnitt nicht ausschließlich nach systematischen und theoretischen Rücksichten verfahren können. Wir wollen demnach durchaus nicht tadeln, wenn Herr Stoß bei der Anlage des zweiten Buches des Entwurfes (Übertretungen) nicht ausschließlich von dem Unterschied des kriminellen und polizeilichen Unrechts ausgegangen ist und neben eigent-

lichen Polizeiübertretungen auch eine Reihe kleinerer Rechtsverletzungen überhaupt aufgenommen hat.

Dieser Standpunkt, wonach auch kleineres kriminelles Unrecht in den Abschnitt über die Übertretungen aufzunehmen ist, müßte aber begründet werden und zwar wesentlich mit Rücksicht auf die für diesen Abschnitt geltenden geringeren und nicht insamierenden Strafen, also aus praktischen Gründen. Eine solche Begründung entbehren wir aber bei Stoß nicht nur vollständig, sondern es hat der Herr Redaktor vielmehr auf eine bezügliche Bemerkung in der Kommission erklärt: In der That würde es wohl die Aufgabe der Abgrenzung erleichtern, wenn wir sagen könnten, daß der Entwurf das ganze kriminelle Unrecht, vielleicht mit Ausnahme einzelner bestimmter Thatbestände, erschöpfend behandelt, sei es in Form von Verbrechen, sei es in Form von Übertretungen. Ich bin bereit, den Entwurf nach dieser Richtung hin noch näher auf seine Vollständigkeit zu prüfen und auf Grund des Resultates dieser Prüfung eine neue Bestimmung auszuarbeiten. (Protokoll II, S. 346.)

Hat Herr Stoß dieses Verbrechen später gehalten oder trägt auch diese Erklärung, wie so manche andere des Herrn Redaktors, den Stempel haltloser Konzeption?

Binding jagt in dieser Beziehung in seinem Lehrbuch I, Seite 54, vollständig richtig: „Es war deshalb der Stellung der Bundesgesetzgebung hoch über den kleinlichen, nach Ort und Zeit wechselnden Bedürfnissen des Lokalverkehrs dadurch Rechnung zu tragen, daß man das gemeinschaftliche Verbrechensgebiet frei hielt von Verbrechen untergeordneter Art, die aufzustellen und in ihrer Straf-

barkeit auszumessen der Einzelstaat und die Lokalbehörden weit geeigneter sind, als der Bund selbst. Keineswegs war die Aufstellung aller sogenannten Polizeiverbote und die gesamte sogenannte Polizeistrafgesetzgebung dem Bunde ab- und den Bundesstaaten allein zuzusprechen. Sobald ein solches Verbot oder Gebot im gemeinsamen Bedürfnisse des Bundes lag und sobald ihre Übertretung Strafe heischte, gehörte die Bedrohung dieses strafbaren Ungehorsams in das Bundesstrafgesetzbuch.“

Die Gesetzgebung über das Strafrecht schließt daher die sogen. Polizeistrafgesetzgebung in sich.

Also nicht der Unterschied zwischen kriminell und polizeilichem Unrecht kann mit Dr. Leo Weber und Stoß zum Ausgangspunkt der Grenzregulierung zwischen kantonalem und eidgenössischem Recht gemacht werden, vielmehr sollte ein rationell denkender Gesetzgeber mit Bindung die Frage aufwerfen: Entspricht das betreffende Verbot einem gemeinsamen Bedürfnis? Das Bundesstrafgesetz erfordert nämlich vernünftigerweise immer eine Bundesnorm und kann der Bund diesfalls vollständig zweckmäßig auch Verbote rein lokalen Charakters aufstellen, sobald sie einem gemeinsamen Zwecke entsprechen, z. B. Bestimmungen zum Schutze seiner Grenzen, seiner Festungen etc.

Es war daher sehr zu tadeln, daß das N. St.=G. einfach das Polizeistrafgesetzbuch von Preußen unter dem Titel der Übertretungen ins Reichsstrafgesetzbuch hinübergenommen hat. Ist nun aber Herr Professor Stoß in dieser Beziehung kritischer verfahren? Hat er bei den einzelnen Bestimmungen sich jeweilen gefragt, was entspricht

einem allgemeinen, was einem partikulären und was einem lokalen Bedürfnis? Eine unbefangene Prüfung wird das Gegenteil ergeben. Bestimmungen über Thierquälerei (Art. 250), Halten wilder Thiere (Art. 251), Reizen und Scheumachen von Thieren, Hezen und Nichtabhalten von Hunden (Art. 252) und viele andere derartige Paragraphen hätte man mit aller Gemütsruhe der Regelung durch die kantonale Gesetzgebung oder die Polizeiverordnung überlassen können.

Wie ist nun aber die Hauptfrage, die Kompetenz der Kantone im Entwurf reguliert worden?

Wir finden diesfalls die einzige Schlußbestimmung:

Den Kantonen bleibt die Gesetzgebung über das Polizeistrafrecht insoweit vorbehalten, als dasselbe nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist; insbesondere sind die Kantone befugt, die Übertretung kantonaler Verwaltungsvorschriften mit Strafe zu bedrohen. --

Den Kantonen wird in Folge der Beschlüsse der Kommission weder ein bestimmtes Strafenystem, noch, was die Hauptsache sein dürfte, ein Maximum dieser Strafen vorgeschrieben.

Unbedingt notwendig wäre die Aufnahme spezieller Bestimmungen über die Natur und rechtliche Wirkung sowohl der Polizeiverordnung als der Polizeistrafverfügung gewesen.

Die Polizeiverordnung hat nämlich eine doppelte Rechtsnatur. Sie ist materiell, ihrem Inhalte nach, ein Gesetz (im materiellen Sinne), eine Rechtsvorschrift, durch welche die Sphäre der Staatsgewalt und der Staatsange-

hörigen begrenzt und bestimmt wird; formell dagegen ist die Polizeiverordnung eine Verordnung, d. h. eine von den Organen der Verwaltung ausgehende Norm. Durch beide Momente ist ihr Recht beeinflusst.

Die Ortspolizei fungiert als Gesetzgeber kraft höherer Ermächtigung. Letztere erteilt die Bundes- oder Kantonalgesetzgebung — sie ist bundes- oder kantonsgesetzliche Delegation — die aufgestellte Norm dementsprechend materielles Bundes- oder Kantonsrecht.

Unter einer Polizeiverfügung versteht man dagegen eine Verfügung einer Polizeibehörde, durch welche dieselbe kraft gesetzlicher Ermächtigung in geringfügigern Straffällen über den Thäter unter Vorbehalt des Rechtsweges eine öffentliche Strafe verhängt. Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Polizeistrafverfügung ein Strafurteil: bei ihrem Erlaß fungiert die Polizeibehörde ausnahmsweise in richterlicher Eigenschaft.

Nach zwingendem deutschem Reichsrecht muß dem von einer Polizeistrafverfügung Betroffenen die Freiheit gewährt werden, auf gerichtliche Entscheidung über die ihm zur Last gelegte Strafthat anzutragen. Ob auch eine Beschwerde an eine höhere Polizeibehörde zuzulassen, hängt von landesgesetzlicher Bestimmung ab; reichsgesetzlich steht nur fest, daß die Beschreitung des Beschwerdeweges den Antrag auf gerichtliche Entscheidung endgültig ausschließt, so daß auch innerhalb der einwöchigen Antragsfrist der Beschuldigte nicht mehr den Beschwerdeweg verlassen und den Antrag wählen kann (Verh. der Reichstagskommission, Protokoll der 173. Sitzung, S. 14). Von all

diesen Garantien persönlicher Freiheit findet sich in unserm Entwurfe nicht eine Spur.

Das weite und wichtige Gebiet der Polizeiverordnung ist nicht genügend geordnet worden, man hat wahrscheinlich nicht einmal daran gedacht, daß zu ihrer rechtsförmlichen Normierung eine gesetzgeberische Delegation in klarer juristischer Form absolut notwendig ist.

Bezüglich der Polizeistrafverfügung dagegen hat allerdings Professor Zürcher a. a. O. nachgewiesen, daß eine ganze Reihe von Schweizertantonen unmaßsinnige Blankettgesetze kennen, deren Inhalt jeder Polizeibeamte nach Belieben ausfüllen könne. Nach der von Professor Zürcher geäußerten Anschauung widerstreiten diese Gesetze dem Grundsatz *nulla poena sine lege* und dürfte in dieser Beziehung das luzernische Polizeistrafgesetz typisch sein, das in § 36 bestimmt: Wer gegen Landesgesetze oder obrigkeitliche Verordnungen, auf deren Übertretung keine bestimmten Strafen ausgesetzt sind, sich verfehlt, soll mit einer Geldstrafe bis auf 150 Franken oder Gefängnis von 1 bis 50 Tagen bestraft werden.

Wie unklar übrigens Herr Professor Stoß alle diese Fragen auffaßt, ergibt sich aus seinem Votum: „Stoß erläutert, er habe in den vorliegenden Entwurf in betreff der Auscheidung der eidgenössischen und der kantonalen Strafgesetzgebungs-Kompetenz keine Bestimmung aufgenommen, da diese staatsrechtliche Frage seines Erachtens nicht im Strafgesetzbuch zu regeln sei. Es wird sich fragen, ob eine solche Bestimmung überhaupt notwendig ist, und, wenn ja, ob sie in die Bundesverfassung oder in das

Einführungsgesetz aufgenommen werden soll. Den Kantonen die Befugnis zum Erlaß von Strafbestimmungen administrativer und polizeilicher Natur ausdrücklich zu garantieren, ist nicht unbedenklich. Es würde dadurch die Entwicklung des Bundesstrafrechts verfassungsmäßig gehemmt.“ (Protokoll II, S. 723.)

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz wird auch bei uns wie in Deutschland die Regel gelten: „Wo das Bundesrecht ein Delikt nur teilweise unter Strafe nimmt, kann sich das Kantonalrecht nicht des Restes bemächtigen.“ „Der Rest des Deliktes wird der Strafe nicht wert erachtet“ und „Die authentische Auslegung des Bundesgesetzes steht nur dem Bunde zu.“ In § 2 des Einführungsgesetzes für das deutsche Reich vom 31. Mai 1870 wird das Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich sind, außer Kraft erklärt.

Man weiß nun allgemein, welche weitläufige Controverse dieser Ausdruck „Materien“ in der deutschen Praxis veranlaßt hat. Stooß hat daher vorgeschlagen, diesen Ausdruck Materie durch das Wort „Gegenstand“ zu ersetzen, aber auch in diesem Punkte, wie in so vielen andern den Kern der Sache nicht berührt, sondern nur eine andere Hülle gewählt.

Aus dem oben angeführten Votum ergibt sich, daß Herr Stooß sogar von einem speziellen Einführungsgesetz abstrahieren und alle diese wichtigen Fragen unentchieden lassen will. Speziell in der oben angeführten Schlußbestimmung schufen Redaktor und Kommission mit vollem Bewußtsein Unklarheiten, deren schließliche

Austragung man dem Zufall der Praxis überließ. So war man z. B. in der Kommission sehr zweifelhaft, ob den Kantonen nun das Recht zustehe, den Konkubinats mit Strafe zu bedrohen. Herr Stooß selbst stimmte für Streichung des Konkubinatsverbots (Art. 231 des Entwurfs vom 30. September 1895); wie er auch für die Streichung der Bestimmung über widernatürliche Unzucht stimmte.

Herr Professor Stooß hat der Kommission im Entwurf vom Frühling 1895 noch zwei auf die Übertretungen sich beziehende Bestimmungen vorgeschlagen, die allerdings mit Mehrheit verworfen wurden, aber hier doch erwähnt werden müssen, um nochmals zu zeigen, wie inkonsequent Herr Stooß bei seiner Modifikationsarbeit zu Werke gegangen ist.

Dieselben lauteten: Art. 207: Ist die Übertretung einer Polizeivorschrift mit Strafe bedroht, so wird auch die fahrlässige Übertretung derselben bestraft, wenn nicht ausdrücklich nur die vorsätzliche Übertretung mit Strafe bedroht ist.

Art. 208: Wer eine Polizeivorschrift aus Unkenntnis übertritt, kann von Strafe befreit werden, wenn ihm die Kenntnis dieser Vorschrift nicht zugemutet werden kann.

Es handelt sich hier um Fragen, die offenbar im allgemeinen Teil zu erörtern gewesen, und zeigt sich hier wiederum das völlig ungenügende des Stooß'schen sogenannten populären Dolusbegriffs mit der wohlklingenden Alliteration: „mit Wissen und Willen“.

Feuerbach spricht sich a. a. O. S. 358 dahin aus: Die vorgängige Warnung ist bei allen rein-polizei-

lichen Übertretungen darum notwendig: 1. eben weil bloße Polizeistrafen nur Ungehörjamsstrafen sind und sein dürfen; 2. weil das Wesen aller Polizei darin besteht, nicht durch Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit, sondern durch Aufsicht und Anstalten zu wirken, weil sie nur in so weit von Strafen Gebrauch machen darf, als nötig ist, um ihrer Aufsicht und ihren Anstalten Nachdruck zu verschaffen und weil ihr zur Ausübung jener Aufsicht und zur Handhabung jener Anstalten, nicht aber bloß zum Denunzieren und Strafheischen, Polizeidiener und andere Mittel gegeben sind; endlich 3. weil der Staat, dem es gewiß nicht darum zu thun sein kann, tüchtige Summen an Polizei-Strafgeldern zusammenzubringen, allen Untertanen unmöglich wird zumuten wollen, ihre Seele zu einem Polizeistrafreger zu machen, dieses Register stets gegenwärtig zu halten, und immer in jedem Augenblick, wo sie oder die Ahrigen etwas thun oder nichtthun, zu wissen, daß solches von diesem oder jenem Artikel des Polizeistrafcodex verboten oder geboten sei. --

Dieser Gedanke ist seit Feuerbach stets in der Theorie vertreten worden und ergibt sich unzweifelhaft aus einer richtigen juristischen Auffassung des zum Verbrechen oder Vergehen notwendigen Vorfasses.

Herr Stoß hätte darüber nachlesen können bei Binding, Normen I, wo Seite 95 geschrieben steht: Es steigert sich der Irrtum zu leiser Gewaltthat, wenn endlich gar die Norm des Gesetzesrechts, die vom Strafgesetz weit weg ihren Standort hat, in das Strafgesetz hineingezerrt wird, nur um wieder das ignorantia juris nocet zum Nachteil des Angeklagten anbringen zu können.

Allein die Praxis der Gerichte verstößt sich sehr oft gegen die richtige Anschauung. Das deutsche Reichsgericht hat zwar den 15. Februar 1883 (Entsch. VIII, S. 104 ff.) eine obrigkeitliche Verordnung über Veranstaltung einer Lotterie nicht als bindende Strafvorschrift, sondern als eine außerhalb des St.-G.-B. stehende Anordnung der Staatsgewalt erklärt und ausgesprochen: „Die Zulässigkeit der Berücksichtigung der Unkenntnis der Thatsache der Existenz einer solchen Verordnung ist vom Gesetze nirgends verjagt.“ Allein den 18. September 1884 hat das gleiche Reichsgericht (Entsch. XI, S. 95 und 96) erkannt: „Die Bestimmungen des Markenbuchgesetzes über die Voraussetzungen, unter denen ein strafbarer Eingriff in ein fremdes Schutzrecht vorliegt, bilden, soweit die Bestrafung einer solchen Verletzung in Frage steht, den unmittelbaren Inhalt der Strafnorm.“

Wollten wir auf die einzelnen Übertretungen eingehen, so würden wir ganz kuriose Thatbestände (z. B. Art. 225, Zechprellerei) zu kritisieren haben; wir ziehen es aber vor, für dermalen vom Werke des Wiener Professors Abschied zu nehmen.

Bei diesem Anlasse möchten wir Herrn Stoß noch die Worte M. Stinking's aus seiner Biographie von H. Jarius (Basel 1857, S. 249) in Erinnerung bringen: „Die Rechtswissenschaft, welche ihrer Natur nach in den Zeiten gewaltiger Umwälzungen in den Hintergrund tritt, weil sie dem Gange der Geschichte so wenig widerstehen, wie dem Umsturz Konzeptionen machen kann, ohne sich selbst zum Spott zu werden, verlor damals (zur Reformationzeit) alle Anziehungskraft.“ —

Eine auf historischer Basis erwachsene Nation wie die schweizerische, die in ihrer Mehrheit von jeher ganz besonders darauf angewiesen war, die praktischen und materiellen Beziehungen des Lebens zu pflegen, bedarf von Zeit zu Zeit idealer Anregungen, ansonst sie Gefahr läuft, in ihrem geistigen Leben in gefährlicher Weise zu verkümmern.

Fragen des Rechts und der Gerechtigkeit spielten eine Zeit lang in unsem eidgenössischen Staatsleben eine bloß untergeordnete Rolle und es schien beinahe, als werde dasselbe lediglich von materiellen Interessen bewegt: aus der jüngst (28. November 1896) erschienenen Notizhaft des Bundesrates aber ergibt sich, daß die gegenwärtige Bundesbehörde und speziell deren Justizdirektion sich der Bedeutung, welche Recht und Rechtswissenschaft für die Entwicklung der schweizerischen Eidgenossenschaft hat, voll und ganz bewußt sind.

Wenn Herr Stoß in seiner Abschiedsrede an die Studenten nach den Berichten der Tagespresse von seinem Entwurf den Ausdruck gethan hat: „Die Wissenschaft hat ihre Arbeit gethan — es bleibt bloß noch die politische That“, so kontrastiert mit dieser hochtönenden Sprache sehr wohlthätig die besonnene und nüchterne Auffassung am Schlusse der bundesrätlichen Notizhaft, wo es Seite 53 heißt: „Mit der Annahme der von uns vorgeschlagenen Verfassungsrevision wird freilich nur der erste Schritt gethan sein, der uns der Rechts Einheit zuführt. Die eigentlichen Schwierigkeiten der Aufgabe werden erst mit der Gesetzgebung beginnen. Wir unterdrücken sie keineswegs, aber wir hoffen auf den

guten Willen, auf die Opferwilligkeit, auf das Entgegenkommen aller Bürger.“

Als die bundesrätliche Notizhaft erschien, war gegenwärtige Schrift bereits verfaßt; wir würden aber deren Publikation gleichwohl verschoben haben, wenn nicht die „Basler Nachr.“ vom 1. Dezember 1896 (Nr. 327) offenbar mit Rücksicht auf uniere im gleichen Blatte (Nr. 225, 226, 227 und 258 des Jahres 1895) geäußerte Kritik den Ausspruch gethan hätten: „Für ein einheitliches Strafrecht liegt sogar bereits ein fertiger Entwurf vor, der von Sachverständigen in zwei langen Sessionen begutachtet und umgearbeitet worden ist und der in der Presse gegen die übelwollende Kritik einzelner aus ihrem Zusammenhang herausgerissener Artikel bereits wirksam verteidigt worden ist, so daß der Boden für dieses große Unternehmen als wohl vorbereitet gelten kann.“

Bei dieser Sachlage könnte Schweigen als Zustimmung gedeutet werden und so mögen denn die vorliegenden kritischen Ausführungen den Beweis erbringen, daß der sog. „Kommissionalentwurf“ einer gründlichen Umarbeitung bedarf, für dieselbe aber weder in den Motiven des Redaktors noch in den Protokollen der Kommission genügende Vorarbeiten enthalten sind.



