

I. Teil.

Schweizerisches Strafgesetzbuch.

\*\*\*\*\*

B e m e r k u n g e n

-----  
ZUM

Entwurf der II. Expertenkommission von Herrn Bundesrat Müller.

Vorarbeit für die Vorlage an den B u n d e s r a t .

-----  
Meinungsausserung von Professor Dr. C. S t o o s s , in Wien.

\*\*\*\*\*

Art. 5 & 6.

Auf staatenlosem Gebiete begangene Vergehen.

Die Bestimmung: "Begeht er die Tat auf staatenlosem Gebiete" halte auch ich für anfechtbar und für entbehrlich. Sie findet sich in § 85 des österreichischen Entwurfes: "Strafbare Handlungen der Inländer im Auslande".

Uebertretungen, die im Ausland begangen werden, sollten ausdrücklich als straflos erklärt werden. Es wäre zu untersuchen, ob dieser Grundsatz eine Ausnahme erfordert.

Grundsätzlich wichtig ist die Frage des Herrn Bundesrates: "Ist aber das in den Lemmata 1 dieses Artikels aufgestellte Kriterium der Auslieferung zutreffend?"

Die Theorie hatte bisher behauptet, der Inländer sei den inländischen Normen des Strafrechts auch im Ausland unterworfen. (Personalprinzip). Allein die Strafgewalt des Staates ist eine Schutzgewalt. Strafbar ist nicht der Ungehorsam gegen eine "Norm", sondern der Angriff auf ein strafrechtlich geschütztes Gut. Die Eidgenossenschaft und der Schweizer werden nach Art. 4 und 6 des Entwurfes auch gegen im Ausland begangene Angriffe geschützt, weil sie eines besonderen Strafschutzes würdig und bedürftig sind. Wie die Vergehen gegen den Staat, die im Ausland begangen werden (Art. 4) ohne weitere Voraussetzung in der Schweiz strafbar sind, so sollte dies auch für Vergehen



gegen Schweizer im Auslande gelten. Nur so wird der Schweizer, der im Ausland durch ein Vergehen angegriffen wird, in der Schweiz wirksam strafrechtlich geschützt. Nebenbei bemerkt umfasst dann der Begriff "Ausland" ebenso wie nach Art. 4 auch staatenloses Gebiet.

Art. 6. Wer gegen einen Schweizer im Ausland ein Vergehen verübt, ist nach schweizerischem Gesetze strafbar, wenn er in der Schweiz betreten und nicht an das Ausland ausgeliefert wird oder wenn er der Eidgenossenschaft wegen dieses Vergehens ausgeliefert wird.

Die Bestimmung sollte auch für den Täter gelten, der Schweizer ist. Der strafrechtliche Schutz des Schweizer gegen Angriffe, die im Ausland gegen ihn unternommen werden, soll nicht an die Voraussetzung gebunden sein, dass nach schweizerischem Rechte die Auslieferung wegen des Vergehens bewilligt werden könnte, ebenso nicht an die Voraussetzung, dass das Vergehen am Begehungsorte strafbar ist.

In Art. 7 werden allgemeine Kulturgüter gegen bestimmte schwere Angriffe strafrechtlich geschützt. Es besteht ein gemeinsames Interesse der Kulturstaaten, den Mädchenhandel, die Gefährdung durch Sprengstoffe, die Geldfälschung, wo sie auch begangen werden, zu bestrafen. Daher knüpft Art. 7 den Tatbestand mit Recht an keine weitere Voraussetzung, weder daran, dass die Tat am Begehungsorte strafbar sei noch daran, dass sie nach schweizerischem Recht zu den Auslieferungsvergehen gehöre. Als Täter sollte auch der Schweizer einbezogen werden. Art. 7 wäre demnach so zu fassen: Wer im Auslande.

Der Zusatz in Art. 7

"oder eines Vergehens schuldig macht, zu dessen Verfolgung die Eidgenossenschaft sich durch internationale Uebereinkunft verpflichtet hat"

ist staatsrechtlich kaum gerechtfertigt. Eine internationale Uebereinkunft, die der Schweiz die Verpflichtung auferlegt,



bestimmte Handlungen zu bestrafen, (nicht bloss, sie zu verfolgen) begründet noch kein positives schweizerisches Strafrecht, sondern nur die Pflicht, es zu erlassen. Der schweizerische Richter hat nicht eine internationale Uebereinkunft anzuwenden, sondern die schweizerische Strafbestimmung, die gemäss dieser Uebereinkunft erlassen wird. Dieses Gesetz wird auch bestimmen, der Täter sei strafbar, wenn er in der Schweiz betreten und nicht ausgeliefert wird. Es liegt bei dieser Sachlage für das schweiz. Strafgesetzbuch keine Veranlassung vor, auf künftige Novellen hinzuweisen.

Warum soll der Schweizer, der im Ausland ein (anderes) Vergehen begeht, nach schweizerischem Strafgesetz strafbar sein und unter welchen Voraussetzungen? Die Antwort ist: Wenn sich ein Schweizer, nachdem er im Ausland ein Vergehen begangen hat, in die Heimat flüchtet, so wird er nicht ausgeliefert. Die Nichtauslieferung des eigenen Bürgers begründet für den Heimatstaat naturgemäss die Pflicht, ihn nunmehr nach eigenem Strafgesetz zu bestrafen; sonst würde die Nichtauslieferung einem Freibriefe, Verbrechen zu begehen, gleichkommen. Diese Pflicht, den Schweizer wegen Vergehen, die er im Ausland begangen hat, in der Schweiz zu bestrafen, besteht jedoch natürlich nur für Auslieferungsvergehen.

So erklärt sich die Bestimmung des § 5: "Der Schweizer, der im Auslande ein Vergehen verübt, für das nach schweizerischem Rechte die Auslieferung bewilligt werden könnte". Die erste Expertenkommission hat diesen Gedanken gutgeheissen.

Die weitere Voraussetzung:

"sofern das Vergehen auch am Begehungsorte strafbar ist." ist dem Wesen nach eine Voraussetzung jedes Auslieferungsvergehens. Doch setzt Art. 3 des Bundesgesetzes betr. die Auslieferung gegenüber dem Auslande (vom 22. Januar 1892) voraus, dass die Handlung nach dem Rechte des ersuchenden Staates strafbar sei. Das wird aber regelmässig der Staat des Begehungsortes sein.



Da jedoch gegen einen Schweizer kein Auslieferungsbegehren an die Schweiz gestellt wird, so rechtfertigt es sich, ausdrücklich zu bestimmen:

sofern das Vergehen auch am Begehungsorte strafbar ist.

Diesem Gedankengang würde folgende Anordnung entsprechen:

Art. 3. Vergehen im Inland.

Art. 4. Vergehen im Ausland gegen den Staat.

Art. 5. Vergehen im Ausland gegen einen Schweizer.

Art. 6. Vergehen im Ausland gegen allgemeine Kulturgüter.

Art. 7. Vergehen von Schweizern im Auslande.

Mit den Art. 4 - 7 wäre auch Art. 8 entsprechend abzuändern. Der Art. 8 könnte überhaupt einheitlicher und übersichtlicher gefasst werden.

#### Art. 10. Militärpersonen.

Ich bin über den Stand der Frage nicht genügend orientiert.

#### Art. 11. Exterritoriale.

Ich möchte Streichung des Artikels befürworten, weil nach der richtigen Ansicht, die Beling zuerst vertreten hat, die Exterritorialen nur von der Gerichtsbarkeit des Staates, nicht von der Herrschaft der Strafgesetze befreit sind. Wenn freilich der Staat gegen den Exterritorialen nicht die Gerichtsbarkeit ausüben kann, so kann die Strafgewalt gegen ihn tatsächlich nicht ausgeübt werden. Wenn jedoch der Exterritoriale seine Eigenschaft verliert und das Vergehen noch nicht verjährt ist, so kann er nun wegen des Vergehens verfolgt und beurteilt werden. In das Strafgesetz gehört also eine Bestimmung über Exterritorialität nicht, sondern in die Strafprozessordnung. Zur Zeit dürfte es überhaupt zweckmässig sein, von einer Bestimmung über Exterritorialität und von einem Hinweise auf das Völkerrecht abzusehen.

#### Art. 11a. Immunität der Mitglieder eidgenössischer und kantonaler Räte.

Ueber die Grundsätze der Immunität bemerkt Laband (Staats-



recht des Deutschen Reichs I 1876 S. 570 ff.): "Alle diese Vorschriften begründen keine subjektiven Berechtigungen; sie sind vielmehr ihrem Inhalt nach Rechtssätze des Strafrechts und Prozesses, welche auf politischen und staatsrechtlichen Motiven beruhen. Es sind objektive Spezial-Rechtssätze, nicht durch Privileg begründete subjektive Rechte, welche bestimmten Individuen zustehen..... Die Tendenz aller dieser Vorschriften ist auch in ihrem Endziel nicht, den Mitgliedern des Reichstages eine Rechtswohltat zu erweisen, sondern die ungestörte Tätigkeit eines für das Verfassungsleben des Staates so wichtigen Organes, wie es der Reichstag ist, zu sichern; nur kommt das den einzelnen Reichstagsmitgliedern zu statten.

Da es sich um den strafrechtlichen Schutz der parlamentarischen Redefreiheit handelt, so ist eine Polemik gegen Privilegien von Mitgliedern der Räte nicht am Orte.

Im Deutschen Reich wird die Immunität für die Mitglieder des Reichsrates in der Verfassung festgestellt, die Immunität für die Mitglieder der Landtage und Kammern der Einzelstaaten im Strafgesetz. Das erklärt sich staatsrechtlich. Der Grundsatz der Reichsverfassung begründet ohne weiteres eine Ausnahme für das Reichsstrafrecht. Dagegen bricht Landrecht nicht Reichsrecht, wie kantonales Recht nicht Bundesrecht bricht. Daher müsste die Immunität für die Räte der Einzelstaaten im Strafgesetz ausdrücklich festgestellt werden.

Es wird sich rechtfertigen, die Immunität der eidgenössischen und der kantonalen Räte an dieser Stelle einheitlich zu regeln.

Art. 13 & 15. Verweisung Unzurechnungsfähiger und vermindert Zurechnungsfähiger in eine Heil- und Pflegeanstalt.

Herr Bundesrat Müller bemerkt sehr richtig: "Man fragt sich weshalb der Fall der Lemmata 1 (Gefährdung) und der Fall der Lemmata 2 (andere Gründe) auseinandergehalten werden, während doch für beide Fälle das Gleiche angeordnet wird."



Der erste Entwurf von 1893 hat die beiden Fälle in den Art. 10 und 11 streng auseinandergehalten; er hat sie auch verschieden geregelt. Der Entwurf von 1893 war so gefasst:

Art. 10. Verwahrung von Unzurechnungsfähigen.

Erfordert die öffentliche Sicherheit die Verwahrung des Unzurechnungsfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen in einer Anstalt, so ordnet sie das Gericht an.

Art. 11. Versorgung von Unzurechnungsfähigen.

Erfordert der Zustand des Unzurechnungsfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen irrenärztliche Behandlung in einer Anstalt, so überweist das Gericht den Kranken der Verwaltungsbehörde zu angemessener Versorgung. Verwahrt wird der gefährliche Unzurechnungsfähige oder vermindert Zurechnungsfähige aus Gründen der öffentlichen Sicherheit. Der Richter ordnet diese Sicherungsmassnahme an. Versorgt wird der (ungefährliche) Unzurechnungsfähige oder vermindert Zurechnungsfähige, der wegen seines kranken Geisteszustandes eine Anstaltsbehandlung bedarf. Die Versorgung ist Fürsorge für einen Kranken, nicht Sicherungsmassnahme. Der Richter überweist daher den Kranken der Verwaltungsbehörde, damit sie ihn versorge. Die Motive zu dem Entwurf von 1893 führen über diese Krankenfürsorge aus:

"Es würde nahe liegen, den Richter zu ermächtigen, solche Kranke auf so lange einer Irrenanstalt zu überweisen, als es ihr Zustand erfordert. Allein damit würde dem Staate eine Ausgabe erwachsen, die gewiss sehr wohl angewendet wäre, die ihm aber doch kaum durch ein schweizerisches Strafgesetzbuch auferlegt werden kann. Daher soll in diesen Fällen der Richter keine Verfügung treffen, sondern den Kranken der Verwaltungsbehörde zu angemessener Versorgung überweisen.

An dieser Regelung hat noch der Entwurf 1908 festgehalten. Nach dem neuen Entwurf ordnet der Richter auch die fürsorgliche Anstaltsbehandlung oder -Pflege eines nicht gefährlichen Unzurechnungsfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen an. Ueber



die "Kostentragung" bestimmt nun Art. 395:

"Das kantonale Recht bestimmt, unter Vorbehalt der Unterstützungspflicht der Verwandten (ZGB Art. 328), wer die Versorgungskosten eines Unzurechnungsfähigen/oder vermindert Zurechnungsfähigen/ zu tragen hat, wenn weder der Versorgte, noch falls er unmündig ist, die Eltern die Kosten bestreiten können."

Es ist sehr erfreulich, wenn auf diese Weise die richterliche Anordnung fürsorglicher Aufnahme in eine Heil- oder Pflegeanstalt ausführbar wird. Ich möchte gegen diese Lösung nichts einwenden, sondern sie befürworten.

Der Entwurf stellt in § 395 nur fest, wer die Versorgung von Unzurechnungsfähigen und vermindert Zurechnungsfähigen tragen soll, die Verwahrungskosten erwähnt er nicht. (vergl. auch die Marginale zu Art. 394). Ist das ein Redaktionsversehen? Wenn nicht: Wer trägt die Kosten der Verwahrung? Zur französischen Uebersetzung bemerke ich: Der Versorgte sollte nicht le délinquant genannt werden, da auch Unzurechnungsfähige versorgt werden. Herr Prof. Gautier erwähnt diese sprachliche Inkongruenz in seiner Abhandlung (Zeitschrift 30 S. 1 ff.) übrigens selbst.

Ich komme nun auf die Frage des Herrn Bundesrates zurück, warum Verwahrung und Versorgung auseinandergehalten werden, da sie doch dieselbe Anordnung begründen. In der Tat bedeutet die richterliche Anordnung der Verwahrung und der Versorgung gleichermaßen die Einweisung des Unzurechnungsfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen in eine Heil- oder Pflegeanstalt. Allein die gefährlichen Geisteskranken und die nicht gefährlichen anstaltsbedürftigen Psychopaten sind nicht nur für den Arzt, sondern auch für den Strafgesetzgeber und Kriminalpolitiker verschiedener Art. Die gefährlichen Geisteskranken gehören ihrem Zustande nach in eine besondere Anstalt oder doch in eine besondere Abteilung der Irrenanstalt. Da die öffentliche Sicherheit die Verwahrung von gefährlichen Unzurechnungsfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen, die die äussere Tat eines Vergehens



begehen, gebietet, so ist die Verwahrung dieser Kranken eine kriminalpolitische Notwendigkeit. Es ist Aufgabe der Eidgenossenschaft diese Verwahrung zu sichern, während die Versorgung ungefährlicher Geisteskranker nach schweizerischem Verwaltungsrecht den Kantonen obliegt. Daraus folgt wohl, dass die Eidgenossenschaft für die Kosten der Verwahrung aufkommen muss. Ist dies richtig, so tritt der innere Unterschied zwischen Verwahrung und Versorgung mindestens in der Kostentragung hervor. Die Hauptsache aber ist, dass dieser innere Unterschied besteht.

Die Verschiedenheit zwischen Verwahrung und Versorgung sollte auch in dem neuen Entwurf zum Ausdruck kommen.

Zu diesem Zwecke sind die Worte "aus andern Gründen", die Herr Bundesrat Müller mit Recht beanstandet in Art. 13 und 15, Abs. 2 zu streichen. Denn diese Worte lassen die Verwahrung als einen Fall der Versorgung erscheinen, was durchaus verkehrt ist (Begreift am Ende die Versorgung in Art. 395 und in der Marginale von Art. 394 nach der Absicht des Verfassers auch die Verwahrung ein?)

Im Uebrigen möchte ich an dem Text des Entwurfes festhalten, aber ihn anders anordnen. Ich schlage folgende Anordnung vor:

Art. 12. Zurechnungsfähigkeit (wie bisher)

Art. 13. Vermindert Zurechnungsfähige (bisher Art. 14)

Art. 14. Zweifelhafter Geisteszustand eines Beschuldigten  
(bisher Art. 17).

Art. 15. Verwahrung Unzurechnungsfähiger und vermindert Zurechnungsfähiger (bisher Art. 13 und 15, Satz 1)

Art. 16. Fürsorge für Unzurechnungsfähige und vermindert Zurechnungsfähige (bisher Art. 13 und 15, Satz 2)

Art. 17. Strafvollzug gegen vermindert Zurechnungsfähige (bisher Art. 16).

Art. 18. Vollzug der Verwahrung und Versorgung (wie bisher).



Art. 16 wäre nun so gefasst: Fürsorge für Unzurechnungsfähige und vermindert Zurechnungsfähige: Erfordert der Zustand des unzurechnungsfähigen oder vermindert zurechnungsfähigen Täters seine Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, so ordnet der Richter die Behandlung oder Versorgung an.

Zweifelhafter Geisteszustand eines Beschuldigten.

Herr Bundesrat Müller äussert Bedenken gegen die Bestimmung des Art. 17.

"Gibt der Geisteszustand des Beschuldigten zu Zweifeln Anlass, ist er taubstumm oder epileptisch, so ist er durch Sachverständige zu untersuchen."

Herr Bundesrat Müller wendet ein:

"Man weiss nicht recht, was die Taubstummen und Epileptischen hier zu tun haben."

Auf Art. 17 bezieht sich wohl auch seine Kritik: "Grundsätze für das Verfahren und solche für die Zurechnung werden zusammen geworfen."

Die Entstehungsgeschichte des Art. 17 beantwortet die Frage des Herrn Bundesrates.

Gabuzzi vermisste bei der ersten Beratung des Entwurfes von 1893 eine Bestimmung über die Taubstummen, wie sie das italienische Strafgesetz in Art. 57, 58 enthält. Das Unterscheidungsvermögen (discernement) des Taubstummen werde nach italienischem Strafrecht in jedem Falle untersucht. Der Taubstumme entwickle sich langsam und seine Willenkraft sei vermindert. Perrier beantragte, das Unterscheidungsvermögen von Taubstummen in jedem Falle so festzustellen, wie es für Jugendliche (nach dem Entwurfe von 1893) vorgesehen sei. Der Antrag fand Zustimmung. Vgl. Protokoll I von 1896, S. 68.

Die Kommission beschloss in der Folge einen Zusatz zu der Bestimmung über verminderte Zurechnungsfähigkeit:

"Ist der Täter taubstumm oder in anderer Weise mangelhaft entwickelt, so stellt der Richter seinen Zustand in jedem Falle



durch ein Gutachten von Sachverständigen fest. Vgl. Protokoll I S. 285 ff.

In der zweiten Beratung lag der Kommission eine allgemeine Fassung in der Form eines neuen Artikels vor:

"Gibt der Geisteszustand des Täters zu Zweifeln Anlass, so lässt ihn der untersuchende Richter durch ein Gutachten von Sachverständigen feststellen. Dies gilt insbesondere auch für Taubstumme und Epileptische."

Die Kommission nahm diese Fassung an, jedoch mit der Abänderung: so lässt der Richter (statt der untersuchende Richter)... Man fand nämlich, es sei möglich, dass erst der erkennende Richter den Geisteszustand des Beschuldigten als zweifelhaft ansehe und dann solle dieser ein Gutachten von Sachverständigen anordnen.

Der Entwurf von 1908 fasste die Bestimmung in den Satz zusammen.

Art. 15. Gibt der Geisteszustand des Beschuldigten zu Zweifeln Anlass, ist er taubstumm oder epileptisch, so lässt ihn der Beamte, der es wahrnimmt durch Sachverständige, in der Regel durch Irrenärzte, untersuchen". Dabei wurde der Bemerkung Rechnung getragen, dass nicht in allen Kantonen ein Richter die Untersuchung führe.

Es ist gewiss gerechtfertigt, dass ein Beschuldigter durch Sachverständige auf seinen Geisteszustand untersucht wird, wenn und sobald dem Untersuchungsbeamten oder dem urteilenden Richter Zweifel über dessen Zurechnungsfähigkeit entstehen. Da die Zurechnungsfähigkeit von Taubstummen und Epileptischen immer zweifelhaft ist, so sind sie in jedem Falle durch Sachverständige zu untersuchen.

So komme ich zu der neuen Fassung:

"hat der Untersuchungsbeamte oder der urteilende Richter Zweifel über die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten, so lässt er seinen Geisteszustand durch Sachverständige untersuchen."



Ist der Beschuldigte taubstumm oder epileptisch, so findet diese Untersuchung in jedem Falle statt".

Die Bestimmung betrifft das Verfahren.

Herr Bundesrat Müller hat nicht staatsrechtliche sondern systematische Bedenken gegen Art. 17. Man könnte die Bestimmung vielleicht systematisch richtiger in den Abschnitt über das Verfahren vor Art. 394 stellen. Allein es dürfte zweckmässig sein, den Artikel an die Bestimmungen über Zurechnungsfähigkeit anzuschliessen, da sein Inhalt in engem Zusammenhang zu der Zurechnungsfähigkeit steht. Der Richter findet dann alles, was er beachten und befolgen soll an gleicher Stelle. Ich würde den Artikel nach den Bestimmungen über Zurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit einstellen und vor den Vorschriften über die sichernden Massnahmen, da der Richter sich über sichernde Massnahmen erst schlüssig machen kann, wenn der Geisteszustand des Beschuldigten festgestellt ist.

Art. 28. Pressvergehen.

Ich schliesse mich durchaus der Auffassung von Prof. Gautier in der Zeitschrift für Strafrecht (1917) an. Es will mir nicht einleuchten und ich habe es nie verstanden, dass bei Pressvergehen in der Regel nur einer von mehreren Schuldigen bestraft werden soll. Es bleibt so dem Zufall überlassen, wer der Strafe verfällt und wer frei ausgeht. Das widerspricht dem Wahrheitsinne des Strafrechts und es genügt dem Bedürfnis des Strafschutzes nicht. Es widerspricht auch der Gerechtigkeit. Es ist nicht auffallend, dass das Verzeichnis der Vergehen, für die das Verbot prozessualer Zwangsmittel nicht gilt, Lücken enthält. Die Erfahrung lehrt, dass jede Aufzählung solcher Art unvollständig ist. Es sollte gelingen einen allgemeinen Grundsatz für diese Ausnahmen zu gewinnen.

Art. 36 Zuchthausstrafe.

Ich möchte an dem zweiten Satze des Art. 36, Zif. 3 grundsätzlich und mit grösster Entschiedenheit und Ueberzeugung fest-



halten. Dagegen sollten in dem ersten Satz der Zif. 3 die Worte gestrichen werden: "die ihm von der Anstalt zugewiesen wird".

Ich möchte die völlige Uebereinstimmung von Art. 36, Zif. 3 mit Art. 37, Zif. 3 herstellen. Ich schlage die Fassung vor:

"Der zu Zuchthaus Verurteilte wird zur Arbeit angehalten. Er soll womöglich mit Arbeiten beschäftigt werden, die seinen Fähigkeiten entsprechen und die ihn in den Stand setzen, in der Freiheit seinen Unterhalt zu erwerben."

Die Individualisierung der Arbeit in allen Strafanstalten und Gefängnissen ist das wichtigste Ziel der Strafpolitik. Die Arbeit darf niemals Strafe sein; sie ist die grösste Wohltat für den Gefangenen. Was man unter dem Besserungszweck versteht, ist in der Hauptsache die zweckmässige Beschäftigung der Gefangenen. Wenn der Verurteilte in der Strafanstalt seinen Beruf verlernt, wenn er zu Arbeiten angehalten wird, für die er nicht taugt, wenn er die Arbeit als Plage und Qual empfindet, so erreicht die Freiheitsstrafe nichts. Der Verurteilte verlässt die Anstalt nicht besser sondern schlechter und er ist der Arbeit, die er in der Gefangenschaft als unerträglicher Zwang empfand, mehr abgeneigt als je. Er wird auch nicht leicht im Stande sein, seinen Lebensunterhalt in der Freiheit ehrlich zu erwerben. Er kommt bald wieder in die Anstalt zurück. So wünschenswert es ist, die Zuchthausstrafe und die Gefängnisstrafe zu differenzieren, so eignet sich doch die Arbeit nicht dazu. Für die Arbeit des Gefangenen gilt überall dasselbe, mit dem Unterschied, dass Strafen von langer Dauer eine Erziehung des Gefangenen zur Arbeit ermöglichen, während kurze Freiheitsstrafen das nicht zulassen. Das Ideal der Strafhausarbeit wäre es, wenn ein jeder in seinem Beruf beschäftigt werden könnte und, wenn er keinen Beruf hat, zu einem Beruf ausgebildet würde, zu dem er befähigt ist. Für ländliche Verhältnisse sind landwirtschaftliche Anstalten das Richtige. Der Verurteilte sollte der Anstalt überwiesen werden, in der er angemessen beschäftigt werden kann.



Der Landmann und der Fabrikarbeiter eignen sich nicht für dieselbe Arbeit. Die Erwägung, die gesetzliche Vorschrift, der Gefangene solle womöglich mit Arbeiten beschäftigt werden, die seinen Fähigkeiten entsprechen, könnte Sträflinge zu scheinbar berechtigten Reklamationen veranlassen, tritt nach meinem Eindruck gegenüber der grundsätzlichen Bedeutung einer Individualisierung der Arbeit, durchaus zurück.

Art. 42. Verwahrungsanstalt.

Herr Bundesrat Müller findet, man könnte in Art. 42 den Hinweis auf den Hang zu Liederlichkeit oder Arbeitsscheu entbehren; es käme damit der kriminalpolitische Gedanke der Verwahrungsanstalt viel prägnanter zum Ausdruck. Ich teile diese Ansicht vollkommen, und ich bin stets dieser Meinung gewesen. Aber es wird freilich nicht genügen, die Worte "oder zu Liederlichkeit oder Arbeitsscheu" einfach zu streichen.

Der Entwurf von 1893 hat die Verwahrung in Art. 40 so bestimmt:

"Begeht ein Verbrecher der wiederholt Zuchthausstrafen erstanden hat, innerhalb von 5 Jahren nach Vollzug der letzten Zuchthausstrafe ein neues Verbrechen, und ist das Gericht überzeugt, dass ihn die gesetzliche Strafe nicht vor weiteren Verbrechen abzuhalten vermag, so überweist es den rechtskräftig Verurteilten der Bundesbehörde, welche über die Verwahrung von rückfälligen Verbrechern entscheidet".

Der Entwurf von 1896 setzt in Art. 44 voraus, dass der Täter wegen bestimmter Verbrechen schon viele Freiheitsstrafen erstanden hat.

Der Entwurf von 1908 hat die Bestimmung allgemein gefasst: Art. 31. Bekundet jemand, der wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe verurteilt wird und der schon viele Freiheitsstrafen erstanden hat, einen Hang zu Verbrechen oder zu Liederlichkeit oder Arbeitsscheu, so kann ihn das Gericht anstatt der Freiheitsstrafe in eine Verwahrungsanstalt, die ausschliesslich diesem Zwecke dient, einweisen.



Damit sollten die "Gewohnheitsverbrecher" getroffen werden. So nennt sie auch der neue Entwurf in der Marginale während er in der Marginale von einem "Hang zu Vergehen" spricht.

Der Entwurf von 1908 hat die Arbeitsanstalt zu einer Arbeitserziehungsanstalt umgestaltet. (Erziehung Liederlicher und Arbeitsscheuer zur Arbeit). Vorausgesetzt wird, dass der Liederliche oder Arbeitsscheue

"arbeitsfähig ist und voraussichtlich zur Arbeit erzogen werden kann".

Damit werden alle unverbesserlichen Liederlichen und Arbeitsscheuen, bei denen mit Erziehung zur Arbeit nichts auszurichten ist, von der Arbeitserziehungsanstalt ausgeschlossen.

Ich habe in einem Aufsatz über sichernde Massnahmen in der Zeitschrift für Strafrecht 1905, S. 179 über diese Liederlichen und Arbeitsscheuen bemerkt:

"Was soll man aber mit dem arbeitsscheuen Volk anfangen, das nicht mehr zur Arbeit erzogen werden kann und für das in der Tat Unschädlichmachung die Hauptsache ist? Wenn der Bund über die kantonalen Arbeitsanstalten verfügen könnte, so wäre die Lösung sehr einfach. Die einen Arbeitsanstalten würden als Arbeitserziehungsanstalten eingerichtet, die andern für diejenigen, die durch Verwahrung unschädlich gemacht werden sollen. So wäre lediglich eine Scheidung der Personen vorzunehmen, die schon gegenwärtig die Arbeitsanstalten bevölkern. Weitere Kosten würden daraus nicht erwachsen, aber der Zweck der Massnahme würde erreicht. Die Bestimmungen über die Einweisung in solche Anstalten wären durch den Zweck gegeben."

"Bekundet der Täter, der ein Verbrechen begangen hat, das mit Gefängnis bedroht ist, einen hartnäckigen Hang zu Arbeitsscheu und Liederlichkeit, so ist er einer Zwangsarbeitsanstalt - hier würde dieser Name zutreffen - zu überweisen. Die Dauer der Einweisung sollte mindestens 3 und längstens 10 Jahre sein.



Die zuständige Behörde würde den Eingewiesenen entlassen, wenn der Zweck der Verwahrung voraussichtlich erreicht ist. Wenn nur eine der beiden Anstalten errichtet werden kann, so würde ich der Arbeitserziehungsanstalt den Vorzug geben."

Die Kommission, der ich diese Auffassung vortrug, hat sich entschlossen, die gemeinschädlichen Liederlichen und Arbeitsscheuen der Verwahrungsanstalt für Gewohnheitsverbrecher zu überweisen; denn es sei nicht möglich, eine besondere Anstalt für sie zu errichten. Ich finde aber mit dem Herrn Vorsteher des Justizdepartementes, dass diese "schädlichen Leute" nicht Gewohnheitsverbrecher sind und nicht zu diesen gehören. Ich finde noch heute, es wäre das Richtige, die gemeinschädlichen Liederlichen und Arbeitsscheuen einer eigenen Verwahrungsanstalt zu übergeben, wie ich es vor 12 Jahren in meinem Aufsatz ausgeführt habe.

#### Art. 44. Trinkerheilanstalt.

Der erste Entwurf von 1893 führte in Art. 26 eine Heilanstalt für Trinker in das Strafgesetzbuch ein:

"Ist die Aufnahme eines Trunksüchtigen in eine Heilanstalt für Trinker geboten, so ordnet sie der Richter auf ärztliches Gutachten unabhängig von einer Bestrafung für die Zeit von sechs Monaten bis zu 2 Jahren an".

Zu der neuen Fassung des Entwurfes, die von dem Entwurf von 1908 bedeutend abweicht, bemerke ich:

Alle Entwürfe beschränken sich auf eine Heilanstalt für Trinker. Mit den unheilbaren Trinkern befasst sich der Entwurf nicht. Anders das Zivilgesetzbuch. Die Herren Dr. Bott und Staatsanwalt Dr. Zürcher stellen in ihrem Gutachten (Beilagenband S. 174) fest: Eventuell werden die Kantone eine Anstalt für Unheilbare erstellen müssen, ein "Bewahrungshaus für unheilbare Trinker". Darauf hat Prof. Forel schon vor Jahren hingewiesen. Die Kommission ist jedoch auf diesen Gedanken nicht eingegangen. Der Herr Vorsteher des schweizerischen Justizdepartementes wird zurzeit nicht geneigt sein ein solches Bewahrungshaus" in Erwägung zu ziehen.



Naturgemäss sollen nur heilbare Trinker in der Heilanstalt für Trinker behandelt werden. Mit Recht hat daher der Entwurf von 1908 bestimmt:

"so kann ihn der Richter, wenn er voraussichtlich heilbar ist, in eine Heilanstalt für Trinker einweisen.

Der neue Entwurf sollte diese Bestimmung wieder aufnehmen.

"Die Aufsichtsbehörde entlässt den Verurteilten aus der Heilanstalt, sobald er geheilt ist." Sie soll ihn gewiss auch entlassen, sobald er sich als unheilbar erweist. Richtiger wäre es freilich ihn nötigenfalls einer Anstalt für unheilbare Trinker zu übergeben. Aber da heisst es: Vacat.

Nach dem Entwurf von 1908 schiebt der Richter den Strafvollzug auf, wenn er den Verurteilten in eine Trinkerheilanstalt einweist. Nach dem Entwurf von 1916 „kann der Richter anordnen, dass der Verurteilte nach Vollzug der Strafe in eine Trinkerheilanstalt aufgenommen werde. Ich halte es für richtiger und wichtiger, dass der Kranke zuerst behandelt und geheilt werde. Ein Gewohnheitstrinker oder Trunksüchtiger, der nach ärztlichem Urteil in eine Trinkerheilanstalt gehört, gehört in diesem Zustand nicht in ein Gefängnis. Er wird psychisch heruntergekommen sein; nicht selten wird er vermindert zurechnungsfähig sein. Er muss anders behandelt und auch anders ernährt und beschäftigt werden, als ein gesunder Sträfling.

Herr Staatsanwalt Zürcher ist in seinem Gutachten S.186 zu dem Schluss gekommen, "dass der Richter den Strafvollzug im Falle der Einweisung (in eine Trinkerheilanstalt) aufschieben kann, nicht muss". Ich kann mich damit einverstanden erklären, wenn der Richter auch darüber Aerzte als Sachverständige anhört.

Herr Zürcher schlägt weiter vor:

"dass der Richter den Eingewiesenen bedingt entlassen kann; bewährt es sich, so fällt die Strafe weg."

Ich stimme auch diesem Vorschlage zu.

Vor allem soll der Richter, nicht die Aufsichtsbehörde,



wie der Entwurf nun vorsieht, über die Entlassung entscheiden. Weist der Richter den Trinker in die Heilanstalt ein, so soll er auch über seine Entlassung beschliessen. Damit ist eine gleichmässige, unbefangene Entscheidung gesichert. Die Aufsichtsbehörde ist sich des kriminalpolitischen Zwecks der sichernden Massnahme nicht bewusst, sie wird vielleicht geneigt sein, den Kostenpunkt zu berücksichtigen. Auch Gautier spricht sich für die Zuständigkeit des Richters aus.

Art. 44 bestimmt: Die Behandlung wird in einem Gebäude vollzogen, das ausschliesslich diesem Zwecke dient. Allein nach Art. 413 können Arbeitsanstalten und Trinkerheilanstalten bei durchgeführter Trennung von Innenbetrieb und Insassen miteinander verbunden werden. Zwischen den Art. 44 und 413 besteht ein Widerspruch. Ich zweifle ob die Verbindung von Arbeitserziehungsanstalt und Trinkerheilanstalt glücklich sei. Die Erfahrung lehrt, dass eine Anstalt tatsächlich nur einen Betrieb und ein System der Behandlung zulässt. Man sagt zwar, auch der Trinker solle erzogen werden, aber nicht nur zur Arbeit, sondern vor allem zur Abstinenz. Der Leiter einer Arbeitserziehungsanstalt kann für diesen Beruf trefflich geeignet sein, aber damit ist er noch nicht befähigt, Trinkerkuren zu leiten. Die besondere Aufgabe erfordert besondere Eigenschaften. Je mehr es gelingt, einen jeden nach seinem Zustande zu behandeln und die Gleichartigen zu vereinigen, desto eher wird der Zweck der Massnahme erreicht werden.

§ 413 lässt auch die Aufnahme von Trinkern in Privatanstalten zu, die den Anforderungen des Gesetzes entsprechen. Allein eine Privatanstalt wird die Freiheitsentziehung des Trinkers nicht zwangsweise durchführen können. Eine Privatanstalt wird den Vermögenden besser halten als den Unbemittelten.

Art. 50. Strafweise Entziehung von Gegenständen.

Art. 50 des Entwurfes unterscheidet die Einziehung als Strafe und als sichernde Massnahme. Die sichernde Massnahme der



Einziehung ist wichtiger als die Strafe der Einziehung.

Leider hat die Kommission den Art. 47 des Entwurfes 1908 zwiefach abgeändert. Nicht nur gefährliche Gegenstände, sondern Gegenstände, die geeignet sind, die Sicherheit und Ordnung zu gefährden werden eingezogen, aber die Einziehung ist nach dem Entwurf von 1908 obligatorisch, nach dem Entwurf von 1916 fakultativ. Vgl. dagegen den österreichischen Entwurf § 41 und den deutschen Gegenentwurf § 80. Der deutsche Entwurf regelt die Einziehung als sichernde Massnahme von Fall zu Fall im besondern Teil. Die neue Fassung des schweizerischen Entwurfes ist anfechtbar.

Der Natur der Sache nach kann die Einziehung nur subsidiär als Strafe in Frage kommen, nämlich wenn die Sache nicht wegen ihrer Gefährlichkeit aus Gründen der gemeinen Sicherheit einzuziehen oder gar zu vernichten ist.

Der Zusatz des Art. 50: "Der Richter kann anordnen, dass die (zur Strafe) eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden" ist verfehlt, ja unmöglich. Müssen die Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden, so ist die Einziehung als sichernde Massnahme geboten. Für eine Strafe bleibt kein Raum. Das gilt auch für falsche Münzen, Diebsschlüssel, Bomben, auf die Herr Bundesrat Müller hinweist. Der Abs. 2 beweist, dass über das Verhältnis der Einziehung als Strafe und als sichernde Massnahme nicht Klarheit gewonnen wurde. Der zweite Absatz von Art. 50 ist unter allen Umständen zu streichen. Aber ich fürchte, es sei damit nicht ausreichend geholfen. Es fragt sich zunächst, ob ein dringendes Bedürfnis besteht, an der Strafe der Einziehung festzuhalten. Es wird sich um Sachen handeln, die an und für sich nicht gefährlich sind, die aber in der Hand des Täters eine gleichsam persönliche Gefahr darbieten; man kann hier von einer relativen Gefährlichkeit sprechen. Ein Jagdgewehr ist als solches nicht gefährlich, aber es wird zweckmässig sein, es dem Wilderer wegzunehmen, selbst wenn es ihm



nicht gehört. Zur Strafe kann jedoch eine Sache nur dem Eigentümer entzogen werden, da nur er dadurch eine Vermögensverminderung erleidet.

Um das Verhältnis der beiden Einziehungen vor Verwechslung zu bewahren, vereinigt der deutsche Gegenentwurf sowie der schweizerische Entwurf von 1896 (Art. 30) beide Einziehungen in demselben § 80. Zuerst regelt der Gegenentwurf die Strafe der Einziehung; er beschränkt sie, wie der schweizerische Entwurf von 1896, auf den Fall, dass die Sache (Werkzeuge und Erzeugnisse des Verbrechens) dem Täter oder einem Teilnehmer gehört. Daran schliesst sich die Einziehung als sichernde Massnahme. (vergl. Art. 30 des schweizerischen Entwurfes von 1896).

Der deutsche Gegenentwurf bezieht die sichernde Massnahme der Einziehung auch auf relativ gefährliche Gegenstände:

"gefährdet das Verbleiben der in Abs. 1 bezeichneten Sachen in der Gewalt des Inhabers oder im Verkehr die Rechtssicherheit, so ist auf ihre Einziehung ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers und die Strafbarkeit einer Person zu erkennen."

Das Ergebnis meiner erneuten Prüfung ist: Es ist von der Strafe der Einziehung abzusehen und nur die sichernde Massnahme der Einziehung, die in rem, nicht in personam geht, beizubehalten. Sie könnte jedoch auf relativ gefährliche Sachen ausgedehnt werden, die nur in der Hand des Täters eine Gefahr darbieten. Einzuziehen wären nur gefährliche Sachen, nicht auch Sachen, die nur geeignet sind, eine Gefahr herbeizuführen. Was geeignet ist, eine Gefahr herbeizuführen, begründet eine Gefahr der Gefahr! Das ist ein Begriff des Polizeistaates. Entweder ist eine Sache gefährlich oder sie ist es nicht. Die Einziehung gefährlicher Sachen muss obligatorisch sein. Für die Einziehung relativ gefährlicher Sachen könnte vielleicht ein Vorbehalt zugunsten des schuldlosen Eigentümers gemacht werden, in dem Sinne, dass ihm die Sache ausgeliefert werden kann, mit der Auflage, sie nicht wieder in die Gewalt des Täters kommen zu lassen. Doch ist das ziemlich verwickelt.



Was den Satz betrifft:

"stirbt der Verurteilte, so fällt die Einziehung weg."  
so muss er stehen bleiben, wenn und soweit die Vermögensstrafe der Einziehung bestehen bleibt. Die Strafe der Einziehung ist genau so eine Vermögensstrafe wie die Geldstrafe und der Tod des Schuldigen muss auch diese Strafe aufheben. Dass hierüber ein Zweifel entstehen konnte, (der durch Art. 50, 2 begünstigt wurde), beweist, dass die Strafnatur der Einziehung missverstanden worden ist. Eben darum wird es ratsam sein, die Doppelnatur der Einziehung aufzugeben und die Einziehung nur als sichernde Massnahme beizubehalten. Die Strafpolitik erleidet dadurch keine wesentliche Schmälerung. Dagegen ist damit eine Quelle von Missverständnissen beseitigt.

Art. 56 bis Wirtshausverbot.

Die Frage des Herrn Bundesrates, ob der amendierte Art. 45 nicht wiederhergestellt werden soll, bejahe ich entschieden. Osenbrüggen führt in seinen rechtsgeschichtlichen Studien, 1868, S. 120 aus: "Das Wirtshaus- und Weinverbot als partielle Friedloslegung und als Massregel gegen Unmässigkeit und Liederlichkeit, in welchem letztern Falle es die allgemeine Stimme doch auch für ehrenrührig erklärt, hat sich von alter Zeit bis zur Gegenwart als ein eigentümliches Institut in der Schweiz erhalten."

Der deutsche Vorentwurf hat das Wirtshausverbot aus dem schweizerischen Recht und Entwurf übernommen: "§ 43. Ist eine strafbare Handlung auf Trunkenheit zurückzuführen, so kann das Gericht neben der Strafe dem Verurteilten den Besuch der Wirtshäuser auf die Dauer bis zu einem Jahr verbieten."

Als bernischer Richter habe ich wahrgenommen, dass das Wirtshausverbot als ein sehr empfindliches Strafübel angesehen wird, weil es an die Ehre geht, das Wirtshaus nicht besuchen zu dürfen.



Art. 63 & 64. Mildernde Umstände.

Gewiss sollen die mildernden Grundsätze des Art. 64 dann und nur dann angewendet werden, wenn der Richter von dem Strafmilderungsrecht Gebrauch macht, das ihm Art. 63 gibt. Ich habe jedoch bisher angenommen, dass Art. 51 des Entwurfes von 1908 und Art. 64 von 1916 diesen gesetzgeberischen Gedanken deutlich ausdrücken. Art. 63 bestimmt: Der Richter kann die Strafe mildern. Art. 64 bestimmt den Inhalt der Straf - Milderung. Die gesetzlichen Strafandrohungen werden für den Fall der Strafmilderung herabgesetzt und die Marginale besagt: Strafsätze bei Strafmilderung. Die mildernden Strafsätze gelten also für den Fall, dass der Richter sich für Strafmilderung entscheidet. Der Gedanke ist im französischen Text vielleicht noch schärfer ausgedrückt: En cas d'atténuation, les peines fixées par la loi seront converties comme suit: Die Marginale: Effets de l'atténuation weist auf die Wirkungen der richterlichen Strafmilderung hin.

Der Widerspruch, den Herr Bundesrat Müller zwischen den Art. 63 und 64 findet, wäre vorhanden, wenn Art. 64 bestimmen würde: "für den Fall mildernder Umstände" er bestimmt aber: "für den Fall der Strafmilderung".

Vielleicht war Art. 40 des Entwurfes von 1896 deutlicher:

"Mildert der Richter die Strafe, so setzt er die angedrohten Strafen in folgender Weise herab."

Es handelt sich nun darum eine Fassung zu finden, die jenes Missverständnis ausschliesst. Ueber den Sinn der Bestimmung besteht ja kein Zweifel.

Ich schlage vor die Art. 63 und 64 in einen Artikel zusammenzufassen mit der Marginale: "Strafmilderungsrecht des Richters"

Der erste und zweite Teil des Artikels würde mit den Worten beginnen:

1. Der Richter kann (oder: der Richter ist berechtigt), in den folgenden Fällen einen mildernden Strafsatz anwenden (anzuwenden).



2. Die mildernden Strafsätze sind: Zuchthaus von mindestens 10 Jahren statt lebenslänglichem Zuchthaus u.s.w.

Der Satz des bisherigen Art. 63, 2 würde Art. 63, 3. Ich halte diesen Zusatz nicht für glücklich. Ein mildernder Umstand im Sinne von Art. 63 wird kaum Tatbestandsmerkmal sein; wenigstens kann ich es mir nicht vorstellen. Dagegen ist es leicht möglich, dass einer der allgemeinen Strafmilderungsgründe für ein einzelnes Vergehen als besonderer Strafmilderungsgrund berücksichtigt wird. Daher hatte Art. 50, 2 des Entwurfes von 1908 einen guten Sinn:

"Berücksichtigt das Gesetz einen solchen mildernden Umstand bei einem Verbrechen besonders, so wird die Strafe nicht weiter gemildert."

Die Annahme, "dass nach der jetzigen Fassung bei Vorhandensein mildernder Umstände unter allen Umständen an Stelle von Zuchthaus Gefängnis von 6 Monaten bis zu 5 Jahren treten muss " erweist sich nach den bisherigen Ausführungen als irrtümlich. Aber mit Recht fragt Herr Bundesrat Müller: "Wie soll der Richter verfahren, wenn gleichzeitig Rückfall vorliegt? Diese Frage hatte Art. 43 des Entwurfes von 1896 ausdrücklich entschieden:

"Trifft ein Strafmilderungsgrund (Art.41) mit einem Straferhöhungsgrund zusammen (Art.41) so wird die Strafe nicht gemildert, der Richter kann aber von Straferhöhung absehen".

Art. 41 des Entwurfes von 1896 regelt den Rückfall.

Mit dem Gedanken, den Art. 52 des Entwurfes von 1908 wieder aufzunehmen bin ich sehr einverstanden. (Ausschluss der Zuchthausstrafe bei mildernden Umständen.)

#### Art. 66. Rückfall.

Der Richter kann nach Art. 66, wie mir scheint, nur die Dauer der angedrohten Strafe erhöhen, nicht auf Zuchthaus statt auf Gefängnis erkennen. Der Ausdruck: "Die Strafe erhöhen" bezieht sich nach dem Sprachgebrauch nur auf die Dauer der Strafe.



Der französische Text sagt freilich noch genauer: Le juge en fixant la peine en augmentera la durée. Da ein Zweifel über den Sinn des deutschen Textes entstanden ist, so ist es ratsam mit dem französischen Text zu bestimmen:

"so erhöht der Richter die Dauer der Strafe".

Sprachlich ist diese Wendung etwas gesucht.

Art. 67 und 68. Ideal- & Realkonkurrenz.

Der Entwurf fasst die Idealkonkurrenz nun als Zusammentreffen mehrerer Strafbestimmungen auf, die Realkonkurrenz als Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. Der Natur der Sache nach unterscheidet sich die Idealkonkurrenz von der Realkonkurrenz nur dadurch, dass der Täter durch eine und dieselbe Handlung mehrere Vergehen verübt. Der Antragsteller Lang behauptet (Protokoll I, S. 392): "Bei der Idealkonkurrenz handelt es sich um einen einzigen verbrecherischen Entschluss und um eine einzige Tat, durch die auch nur ein Vergehen verübt wird." Die Erfahrung widerlegt diese Behauptung. Wer vorsätzlich durch einen Schuss zwei Menschen schuldhaft tötet, wer vorsätzlich eine Strohütte anzündet, um die Menschen, die sich darin befinden zu ersticken; wer vorsätzlich auf ein Pferd schiesst und dadurch fahrlässig den Reiter tötet, der begeht überall durch eine Tat mehrere Vergehen, weil er durch diese Tat mehrere strafrechtlich geschützte Güter schuldhaft angreift. Das gilt auch für den Fall, dass durch eine Tat verschiedene Angriffe an derselben Person verübt werden. Beispiel: Der Vater, der noch verheiratet ist, vergewaltigt seine Tochter. Die Notzucht greift die geschlechtliche Freiheit der Tochter an, die Blutschande die Reinheit der Familie, der Ehebruch die Ehe. Auch in diesen Fällen begründet nicht der Ungehorsam gegen mehrere Gesetze die Strafbarkeit des Täters sondern die Verursachung verschiedener Uebel.

Es fragt sich nun, wie die eine und die andere Konkurrenz strafrechtlich zu behandeln sei. Eine verbreitete Ansicht hält die Realkonkurrenz grundsätzlich für strafwürdiger. Ich teile



diese Ansicht nicht. Die Fortschritte der Technik setzen den Menschen in den Stand, durch eine und dieselbe Tat verschiedene Erfolge zu bewirken. Das grossartigste Beispiel hierfür bietet die moderne Kriegsführung. Was wird nicht alles durch einen Wurf, einen Schlag, durch die Berührung eines elektrischen Apparates vernichtet und zerstört! Die Möglichkeit solcher konzentrierter Bewirkung von Uebeln macht sich auch der Verbrecher zu nutze. Es ist nicht einzusehen, warum der Täter weniger strafwürdig sein soll, wenn er die Uebel, die ein anderer durch mehrere Taten verursacht, durch eine und dieselbe Tat bewirkt.

Wenn das Gesetz, wie Art. 58 des Entwurfes von 1908, im Falle der Konkurrenz die Strafe des schwersten Verbrechens anwendet und den Richter ermächtigt, aber ihn nicht verpflichtet, den Strafsatz zu überschreiten, so kann der Richter den Umständen des einzelnen Falles Rechnung tragen. Es genügt hier, Bestimmungen über das Mass der Freiheitsstrafe festzusetzen, da die übrigen Strafen sowie die sichernden Massnahmen von dem Zusammentreffen nicht berührt werden.

Mit Herrn Bundesrat Müller und Herrn Prof. Gautier halte ich es für richtig, das Zusammentreffen auch dann zu berücksichtigen, wenn die eine Strafe schon vollzogen ist. In diesem Falle sind die Worte: "bevor eine Freiheitsstrafe erstanden, verjährt oder erlassen ist" in Art. 68 zu streichen. Die neue Bestimmung könnte im Anschluss an § 67 des österreichischen Entwurfes so gefasst werden:

"Wird jemand einer strafbaren Handlung schuldig erkannt, die er vor der Verurteilung wegen einer andern strafbaren Handlung begangen hat, so ....."

Damit ist alles gesagt.

#### Art. 96. "Andere Jugendliche."

Herr Bundesrat Müller findet, das Verhältnis des Art. 96 zu den Art. 91 und 92 sei nicht klar. Entweder müsse in Art. 96 nach "Behandlung" beigelegt werden: "und hat er kein sehr



schweres Vergehen begangen" oder man müsse den Art. 96 vor Art. 91 nehmen. Ich entscheide mich unbedenklich für die erste Alternative, also dafür, die Worte: "und hat er kein sehr schweres Vergehen begangen" in Art. 96 einzuschalten. Der Entwurf sieht in den Art. 91, 92 und 95 sichernde Massnahmen für "Jugendliche" vor (Fürsorgeerziehung, Korrekptionsanstalt, Besondere Behandlung); Strafe im Sinne des Art. 96 tritt nur ausnahmsweise und subsidiär ein, wenn keine dieser Massnahmen geboten ist. Daher steht Art. 96 an der richtigen Stelle.

Die sichernde Massnahme setzt ihrer Natur nach einen bestimmten Zustand des Täters voraus, die Strafe ein bestimmtes Vergehen. Art. 92 des Entwurfes von 1916 verkennt die Natur der sichernden Massnahme, indem er auch Jugendliche, die ein sehr schweres Vergehen begangen haben, der Korrekptionsanstalt überweist. In diesem Fall begründet nicht der Zustand des Täters, sondern seine Tat die sichernde Massnahme. Das Gegenstück zu dieser Anomalie wäre eine Bestimmung, die eine Person, wegen ihres Zustandes z.B. wegen ihrer sittlichen Verdorbenheit, mit Strafe bedroht.

Auch ich möchte die Bestimmung des Art. 92 ergänzen aber nicht durch die Voraussetzung eines sehr schweren Vergehens, sondern durch die Nennung eines zweiten Zustandes, nämlich der Gefährlichkeit des Jugendlichen. Es kann vorkommen, dass der jugendliche Täter zwar nicht sittlich stark verdorben ist, aber doch wegen seines Charakters und seines Vorlebens oder wegen seiner Tat gefährlich erscheint. Ich würde Art. 92 daher so fassen:

"Ist ein Jugendlicher sittlich so verdorben oder so gefährlich, dass er in eine Fürsorgeerziehungsanstalt nicht aufgenommen werden kann, so ....."

Nichts liegt mir ferner, als damit einen Jugendlichen, der ein "sehr schweres Vergehen" begangen hat, der Korrekptionsanstalt zu entziehen. Aber ein solcher gehört nicht in die Kor-



rektionsanstalt, weil das Strafgesetz ein solches Vergehen mit schwerer Strafe bedroht, sondern weil er sittlich arg verdorben oder gefährlich ist. Ein Jugendlicher kann auch sittlich stark verdorben oder gefährlich sein, wenn auch sein Vergehen nicht zu den sehr schweren gehört. Es ist jedoch kaum denkbar, dass ein Jugendlicher, der ein sehr schweres Vergehen begeht, weder sittlich stark verdorben noch gefährlich ist. Sollte dieser Fall einmal vorkommen, so liegt kein Grund vor, diesem Jugendlichen die Fürsorgeerziehungsanstalt zu verschliessen.

Zu dem Kriterium: "oder hat er ein sehr schweres Vergehen begangen" bemerke ich nur nebenbei, dass niemand bestimmt sagen kann, welche Vergehen sehr schwer sind. Das Unterscheidungsmerkmal ist daher unbestimmt und fliessend.

Der Entwurf von 1916, Art. 93, lässt eine Aenderung der Massnahmen auf Antrag der Anstaltsbehörde durch den Richter zu. Demgemäss wäre in Art. 93 die weitere Bestimmung aufzunehmen: "Der Richter kann einen Jugendlichen auf Antrag der Anstaltsbehörde aus der Fürsorgeerziehungsanstalt in die Korrekptionsanstalt versetzen." Diese Bestimmung würde die Worte in Art. 92 ersetzen:

"oder in der Anstalt nicht bleiben kann"

So ist es möglich eine Massnahme, die sich nicht bewährt, durch eine andere zu ersetzen.

Hat der Richter diese Freiheit, so kann umso eher von der Voraussetzung "oder hat er ein sehr schweres Vergehen begangen" abgesehen werden.

Sehr einverstanden bin ich mit dem Gedanken des Herrn Bundesrates, das Maximum der Einschliessung auf 3 Monate zu erhöhen. Ich frage mich sogar, ob dieses Maximum nicht auf 6 Monate oder auf 1 Jahr erhöht werden sollte. Es ist möglich, dass ein Jugendlicher keiner Anstaltsbehandlung bedarf, dass aber eine empfindliche Freiheitsstrafe gerechtfertigt ist. Die Strafmaxima sind, wie die Erfahrung lehrt, eine ultima ratio, von der



der Richter höchst selten Gebrauch macht. Allein die Möglichkeit, eine so hohe Strafe zu verhängen, wird dem Bedenken begegnen, dass die Jugendlichen gar zu sanft angefasst werden.

In diesem Zusammenhang möchte ich noch folgende Bemerkungen vorbringen:

1. Art. 97 (87) Die Bestimmung: "Der Richter kann den Eltern eine Ermahnung oder Verwarnung erteilen" ist sehr lakonisch. Man ergänzt: den Eltern des Jugendlichen. Aber es sollte doch auch gesagt sein, wegen welcher Verfehlung der Richter die Eltern des Jugendlichen ermahnen und verwarnen kann. Gegebenenfalls sollte die Mahnung oder Verwarnung wohl obligatorisch sein. Grossen Wert hat dieser richterliche Tadel kaum.

2. Art. 98. Der Satz: "Die Verjährungsfristen sind auf die Hälfte herabgesetzt" lässt nicht erkennen, auf welchen Fall oder auf welche Fälle er sich bezieht. Die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung verjähren nach Art. 70 ff., dagegen nicht die sichernde Massnahme. Art. 88 kennt ein "Absehen von Massnahmen wegen Zeitablaufes".

Da nur Art. 96 eine Bestrafung des Jugendlichen vorsieht, so muss sich der Satz des Art. 98 wohl auf diesen Fall beziehen. Dann sollte der Satz aber in Art. 96 einbezogen werden, zumal da Art. 96 die Verjährung des Vollzuges der Einschliessung auf 3 Jahre festsetzt.

3. Art. 101. Das Jugendrecht des Entwurfes sieht hauptsächlich sichernde Massnahmen vor, Strafe nur ausnahmsweise. Aber auch dieses Strafrecht des Art. 96 ist ein Jugendstrafrecht, mit besonderen Jugendstrafen, Verweis und Einschliessung.

Der Entwurf von 1916 reiht den Kindern und den Jugendlichen im 4. Abschnitt des allgem. Teils die Personen des "Uebergangsalters" an, die zurzeit der Tat das 18. aber nicht das 20. Jahr zurückgelegt haben. Die Unmündigen des Zivilrechts werden so auch strafrechtlich zu einer Gruppe zusammengefasst. Allein das entspricht der Kriminalpolitik des Entwurfes nicht. Das Jugend-



recht unterscheidet sich von dem gemeinen Strafrecht dadurch, dass die Strafsätze des Strafgesetzes für die Jugend nicht gelten und dass die sichernde Massnahme in der Regel an die Stelle der Strafe tritt. Das trifft für die Kinder und die Jugendlichen, aber nicht für die Personen des sog. Uebergangsalters zu. Für diese gelten die Tatbestände und die Strafsanktionen des Strafgesetzes. Sie sind strafrechtlich mündig. Aber ihr Alter wird als besonderer mildernder Umstand berücksichtigt. Die Strafsätze werden in bestimmtem Masse gemildert (Art. 101, 1, 2, 3), die Verjährungsfristen sind auf die Hälfte herabgesetzt; die Verurteilten werden, jedenfalls so lange sie unmündig sind, von mündigen Verhafteten (besser: Gefangenen) vollständig getrennt. Gerade diese Ausnahmen bestätigen die Regel, dass Personen, die zurzeit der Tat das 18. aber nicht das 20. Jahr zurückgelegt haben, dem gemeinen Strafrecht, nicht dem Jugendstrafrecht unterstehen.

Ich schlage vor, die Bestimmung des Art. 101 mit dem Marginalie: "Strafmilderung für Personen zwischen 18 und 20 Jahren" als Art. 64 einzustellen. Dabei setze ich voraus, dass der bisherige Art. 64 mit Art. 63 vereinigt wird.

4. Art. 100. Hat ein jugendlicher Täter am Tage der richterlichen Beurteilung das 18. Jahr zurückgelegt und erscheint es unangemessen, ihn wie einen Jugendlichen zu behandeln, so beurteilt ihn der Richter nach freiem Ermessen aber keinesfalls strenger als einen Täter im Uebergangsalter. Der Ausdruck: "so beurteilt ihn der Richter nach freiem Ermessen" ist offenbar ungenau. Es sollte heissen: "so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen". Das bestätigt die französische Uebersetzung: le juge.....fixera librement la peine. Mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen, so ist er nach Art. 65 an die Strafart und das Strafmass, die für das Vergehen angedroht sind, nicht gebunden. Das Strafmilderungsrecht des Richters geht also in diesem Falle weiter als die Strafmilderung,



die für das "Uebergangsalter" vorgesehen ist. Die Vorschrift, der Richter solle den Jugendlichen keinesfalls strenger bestrafen als einen Täter im Uebergangsalter ist daher mindestens überflüssig. Wichtiger und schwieriger ist die grundsätzliche Frage: Ist es gerechtfertigt, den jugendlichen Täter, der am Tage des richterlichen Urteils das 18. Jahr zurückgelegt hat, dem gemeinen Strafrecht - mit Strafmilderung nach freiem Ermessen des Richters - zu unterstellen, für den Fall, dass es unangemessen erscheint ihn wie einen Jugendlichen zu behandeln. Ob ein jugendlicher Täter, der zurzeit der Tat das 18. Jahr nahezu vollendet hat, vor oder nach seinem 19. Geburtstag vor das urteilende Gericht gestellt wird, das hängt von Umständen ab, die von seinem Willen unabhängig sind. In einigen Kantonen halten die Gerichte selten Sitzungen ab und der Gang des Verfahrens ist langsam; dagegen üben die Stadtgerichte rasche Justiz. Warum soll nun der jugendliche Täter, der erst einige Monate nach seiner Tat beurteilt wird, dem gemeinen Strafrecht, wenn auch mit Strafmilderung nach freiem Ermessen, unterstellt werden können, während er in einem andern Kanton als Jugendlicher behandelt würde. Hat der jugendliche Täter nicht ein Recht darauf, als Jugendlicher beurteilt zu werden, selbst wenn er zur Zeit des Urteils schon 19 Jahre alt ist? Warum sollte es unangemessen sein, einen jungen Menschen von 19 Jahren wegen einer Tat, die er als Jugendlicher begangen hat, einer Korrekptionsanstalt zu überweisen, in der die Jugendlichen 3 bis 12 Jahre bleiben? Es ist nach der gesetzlichen Bestimmung nicht ausgeschlossen, dass ein Jugendlicher fast bis zu seinem 30. Jahr in der Anstalt bleibt. Wie sollte es da unangemessen sein, einen Jugendlichen der am Urteilstermin 19 Jahre alt ist, in diese Anstalt aufzunehmen! In der Fürsorgeerziehungsanstalt bleibt der Jugendliche freilich längstens bis zum vollendeten 20. Jahr. Wenn der Jugendliche sich für diese Anstalt nicht mehr eignet, so kann er nach Art. 96 mit Einschliessung bestraft werden. Für einen solchen Fall wäre ein höheres Maximum der Dauer der Einschliessung



zweckmässig.

Ein Fall macht Bedenken. Wenn sich ein jugendlicher Täter, der eine mit Zuchthaus bedrohte Tat begangen hat, ins Ausland flüchtet und nach Jahren, aber vor Ablauf der Verjährungsfrist von 5 Jahren, zurückkehrt, so kann er vielleicht schon deshalb nicht in eine Fürsorgeerziehungsanstalt oder in eine Korrekutionsanstalt aufgenommen werden, weil er zurzeit weder sittlich verdorben oder gefährlich ist.

Wenn er jedoch zu Einschliessung von einem Jahr verurteilt werden könnte, so würde diese Strafe ausreichen.

Art. 102. Erklärung gesetzlicher Ausdrücke.

Ich rege an, die Erklärung des Ausdruckes "Jugendlicher" von Art. 39 nach Art. 102 zu übertragen.

W i e n , den 12. Mai 1917.

sig. C. S t o o s s .



§ 112. Strafloſe Abtreibung.

Was die ſtrafloſe Abtreibung im Falle der Schwängerung "bei Verübung von Notzucht, Schändung oder Blutschande betrifft, ſo ſtimme ich der Kritik von Gautier in der Zeiſchrift für Strafrecht 1917, S. 37 zu. Die Beſtimmung kann, ſo gut ſie gemeint iſt, unmöglich aufrechterhalten werden.

Dagegen gibt die Abtreibung zu Zweifeln Anlaß, die "erfolgte, um eine nicht anders abwendbare Gefahr für Leben oder Geſundheit der Schwangeren abzuwenden". Dieſe Abtreibung ſoll nach Art. 112 ſtrafloſ ſein, wenn ſie mit dem Willen der Schwangeren von einem patentierten Arzt vorgenommen wird.

Ueber den Stand der Geſetzgebungsfrage orientieren der öſterreichiſche und der deutſche Entwurf.

Der öſterreichiſche Entwurf beſtimmt in § 295:

"Der Arzt, der eine Leibesfrucht abtreibt oder im Mutterleiße tötet, um eine anders nicht abwendbare Lebensgefahr oder Gefahr dauernden ſchweren Schadens an der Geſundheit von der Schwangeren abzuwenden, iſt wegen Abtreibung nicht ſtrafbar".

Die "Erläuterungen und Bemerkungen" zu § 295 (S.259) führen namentlich aus:

"Ein Notſtand liegt nur vor, wenn die Verletzung unmittelbar droht"... "Das reicht nicht aus. Der Entwurf läßt darum auch die Unterbrechung der Schwangerschaft, die in einem frühern Zeitpunkte geſchieht, ſtrafloſ." und zwar im übrigen unter den Vorausſetzungen des Notſtandes. Strafloſigkeit wird aber nur dem Arzte zugeſichert.

"Ob die Frau in die Abtreibung einwilligt oder nicht, iſt gleichgültig; doch wird im letztern Falle der Arzt unter Umſtänden wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung (§ 325) ſtrafbar ſein."

Nach dem Vorbild des öſterreichiſchen Entwurfs ſchlägt der deutſche Gegenentwurf in § 259 a.E. den Zuſatz vor:

"Die Abtreibung, die ein Arzt in der Abſicht vornimmt, eine



auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr des Todes oder dauernder schwerer Gesundheitsschädigung von der "Schwangeren abzuwenden, bleibt straflos".

Wie Ebermayer (1914) S. 60 berichtet, hatte die Strafrechtskommission einen Zusatz zu § 217 beschlossen, nach welchem die Tötung der Frucht straflos bleibt, wenn sie von einem Arzte mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommen wird, um von dieser eine erhebliche, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für Leib oder Leben abzuwenden. Später wurde dieser Abs. 4 wieder gestrichen "da auch die zugezogenen ärztlichen Sachverständigen ihn nicht für erforderlich, kaum für wünschenswert hielten."

Ebermayer stellt den Rechtszustand nach dem deutschen Entwurf S. 19 so dar:

"Der in Nothilfe handelnde Arzt bleibt straflos, vorausgesetzt, dass er nicht gegen den Willen der Gefährdeten handelt. Trifft letzteres zu, so ist er, eventl. wegen Körperverletzung u.s.w. strafbar. Liegt Nothilfe nicht vor, so bleibt doch der Arzt straflos, wenn er - abgesehen von den Fällen der Einleitung der Frühgeburt, wo die Einwilligung der Schwangeren ihn nicht straflos machen kann - mit Einwilligung der Kranken handelt; wenigstens hat die Rechtssprechung dies bisher angenommen; fehlt die Einwilligung, so besteht die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung". Soweit Ebermayer. Als Nothilfe wird die Notstandshandlung zugunsten eines andern verstanden.

Für die grundsätzliche Frage, ob eine besondere Bestimmung über straflose Abtreibung von Aerzten notwendig sei, trifft auch für die Schweiz die Erwägung zu, dass die Notstandsbestimmung für die Fälle ausreicht, in denen der Arzt die Abtreibung vornimmt, um die Frau aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit zu erretten. Dagegen liegt Notstand auch im Sinne des schweizerischen Entwurfes (Art. 35) nicht vor, wenn der Arzt die Schwangerschaft der Frau unterbricht,



nicht um sie aus einer unmittelbaren Gefahr zu erretten, sondern um sie vor einer künftigen Gefahr zu bewahren.

Gewiss verdient auch dieser Fall - unter bestimmten Voraussetzungen - Straflosigkeit.

Wie Ebermayer berichtet, halten die deutschen ärztlichen Sachverständigen eine solche schützende Bestimmung für die Aerzte weder für notwendig noch für wünschenswert. Diese Zurückhaltung der Aerzte fällt auf. Sind denn die deutschen Aerzte einverstanden, dass der Arzt, der einer Frau die Frucht abtreibt, um sie vor einer Gefahr für Leben und Gesundheit zu bewahren, der Strafe der Abtreibung verfallen solle? Doch offenbar nicht. Und doch scheint dies die Consequenz ihres Verzichtes auf die gesetzliche Zusicherung der Straflosigkeit für Aerzte zu sein und sie ist es streng genommen auch. Allein in allen Ländern hat sich das Gewohnheitsrecht oder die Praxis der Staatsanwaltschaft gebildet, Aerzte wegen Abtreibungen, die sie medizinisch zur Rettung der Frau für indicirt halten, nicht strafrechtlich zu verfolgen. Die Grenzen dieser Praxis sind selbstverständlich nicht fest bestimmt. Es kommt daher kaum vor, dass ein Arzt strafrechtlich verfolgt wird, weil er eine Unterbrechung der Schwangerschaft ohne genügende medizinische Indication unterbrochen hätte. Anders gestaltet sich die Lage und die Verantwortlichkeit des Arztes, wenn das Strafgesetz die Voraussetzungen strafloser ärztlicher Abtreibung genau umschreibt.

Man wird mit der Abgrenzung der straflosen Abtreibung des Arztes, die § 295 des österreichischen Entwurfes aufstellt; einverstanden sein können: "um eine anders nicht abwendbare Lebensgefahr oder Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit von der Schwangern abzuwenden."

Manchen ängstlichen Aerzten wird eine solche Gesetzesbestimmung zur Beruhigung ihres Gewissens dienen; andere werden dadurch bestimmt werden, ihre laxen Auffassungen über die Indication zu Unterbrechung der Schwangerschaft zu berichtigen oder doch zur Vorsicht ermahnt werden.



Es ist in den letzten Jahren von einer sozialen Indication zur Abtreibung in dem Sinne die Rede gewesen, dass die sozialen Verhältnisse der Schwangeren die Abtreibung rechtfertigen. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre die Streichung des Haupttatbestandes der Abtreibung.

Solange der Gesetzgeber die Grenzen der straflosen ärztlichen Abtreibung nicht ausdrücklich festsetzt, weiss man nicht wie weit die straflose Abtreibung geht.

Ich möchte daher eine Bestimmung im Sinne des österreich. § 295 befürworten. Die romanischen Kantone der Schweiz haben in ihren Strafgesetzbüchern ähnliche, aber weniger glückliche Ausnahmsbestimmungen aufgestellt. vgl. meine Kritik in der Schrift: "Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung", Berlin 1898 S. 68 ff. Die Fassung des § 112 "um eine nicht anders abwendbare Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren abzuwenden" geht zu weit. Richtiger bestimmt Oesterreich § 295: Lebensgefahr oder Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit....

Dagegen halte ich es nicht für richtig, die straflose Abtreibung auf die "mit dem Willen der Schwangeren" vorgenommene Abtreibung einzuschränken. Gewiss soll sich der Arzt der Zustimmung der Schwangeren versichern. Bei unmittelbarer Gefahr kann jedoch die Einwilligung der Schwangeren vielleicht schon deshalb nicht eingeholt werden, weil sie nicht im Stande ist, zu entscheiden oder nicht urteilsfähig ist. Aber auch wenn der Arzt eigenmächtig abtreibt und der Eingriff die gesetzlichen Voraussetzungen der Straflosigkeit erfüllt, so begeht er nicht einen strafbaren Angriff auf das Leben des Embryo, sondern er verletzt die Verfügungsfreiheit der Frau. Der österreichische § 325 bedroht die eigenmächtige Behandlung des Arztes besonders mit Strafe.

Gautier berührt in seinen Erörterungen das Verhältnis des Art. 112 zu Art. 33: "Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Vergehen."



In der zweiten Lesung des deutschen Entwurfes hat die Strafrechtskommission vor Notwehr und Notstand die allgemeine Bestimmung aufgenommen:

"dass nicht strafbar ist eine Handlung, deren Rechtswidrigkeit durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist". Vgl. Ebermayer S. 19.

Der schweizerische und der deutsche Entwurf verweisen damit auf besondere Bestimmungen, die eine sonst strafbare Handlung ausnahmsweise für pflichtgemäss, rechtmässig oder straflos erklären. Sie erinnern den Richter daran, dass die gesetzlichen Tatbestände des Strafrechts gesetzliche Ausnahmen zulassen, die im Strafgesetz selbst oder in einem andern Gesetze begründet werden. So ist z.B. die Verhaftung des flüchtigen Verbrechers unter den gesetzlichen Voraussetzungen, Pflicht des zuständigen Beamten. Die Tötung des Angreifers ist im Falle der Notwehr rechtmässig; die Notstandshandlung, auch die Abtreibung im Notstande, ist straflos. Der Art. 33 schafft nicht erst diesen Rechtszustand; er folgt schon aus der allgemeinen Rechtsregel: Lex specialis derogat legi generali. Art. 33 stellt diesen Rechts- und Gesetzeszustand nur fest. Der Art. 33 ist ein pro memoria für den Richter, nicht mehr. Streich man den Art. 33, so ist der Inhalt des Strafgesetzes nicht verändert.

Die Vorschrift: "Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet..... ist kein Vergehen". wird verschieden verstanden. Allein es ist klar, dass eine sonst strafbare Handlung z.B. die Tötung eines Menschen oder auch eines Embryo nur dann und insoweit in Ausübung einer Amts- oder Berufspflicht vorgenommen werden kann, als diese Amts- oder Berufspflicht gesetzlich begründet ist. Der Zusatz in Art. 33: "oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet" ist daher nicht nur überflüssig, sondern irreführend. In der Tat hat man sogar behauptet, Art. 33 begründe eine Berufspflicht des Arztes zur Abtreibung. Diese Meinung wird nun durch den Art. 112 über



straflose Abtreibung widerlegt. Und ich frage: Welches Gesetz begründet eine Pflicht des Arztes zur Abtreibung? Nicht einmal ein Recht zur Abtreibung wird dem Arzt zugestanden; es wird ihm nur Straflosigkeit gewährt.

Ich schlage vor, die Worte: "oder eine Amts- oder Berufspflicht" in Art. 33 zu streichen.

Art. 120 und 121. Mensur.

Herr Bundesrat Müller möchte die studentische Mensur straflos lassen. Der österreichische und nun auch der deutsche Entwurf erklären die Mensur in der Tat für straflos.

Oesterreich bestimmt in § 310:

"Mensur. Die Beteiligung an einer Mensur, bei der vereinbarungsgemäss durch entsprechende Schutzmassregeln der Eintritt erheblicher Verletzungen verhütet werden soll, unterliegt nicht den Bestimmungen über Zweikampf". Daher bleibt auch die Aufreizung zur Mensur straflos. Die erläuternden Bemerkungen zum österreichischen Entwurf führen aus: "Die Mensur ist in Wahrheit nichts anderes als ein Waffenspiel, ein Sport, geeignet in einer weichlicheren Zeit die Jugend bei Männlichkeit zu erhalten; sie ist harmloser als manche andere Leibesübungen und es kann als sicher angenommen werden, dass sich bei ihr weniger Unfälle ereignen als z.B. beim Fussballspiel".

Dagegen ist freilich einzuwenden, dass der Fechtende die Absicht hat, seinen Gegner zu verletzen, wenn auch nicht schwer zu verletzen, während der Sportsmann den Gegner im Spiel nicht an der Gesundheit schädigen will.

Die deutsche Strafrechtskommission hat die Mensur, "den Zweikampf mit Schlägern unter Vorkehrungen, die bestimmt und geeignet sind gegen Lebensgefahr zu schützen", abweichend vom ersten Entwurf im Sinne des deutschen Gegenentwurfes (§ 262) für straflos erklärt. Dagegen soll die Anreizung zu diesem Zweikampf strafbar bleiben.

Herr Bundesrat Müller denkt daran, den Tatbestand des Zweikampfs auf einen Kampf mit schweren Waffen zu beschränken. Das



deutsche und das österreichische Strafrecht haben bisher den Kampf mit tödlichen Waffen als Zweikampf mit Strafe bedroht. Da ist nun die Streitfrage entstanden, ob der Schläger eine tödliche Waffe sei. Das deutsche Reichsgericht hat die Schlägermensur als Zweikampf mit tödlichen Waffen aufgefasst, während eine grössere Zahl von Schriftstellern die gegenteilige Ansicht vertritt. Daher muss die Gesetzgebung zu der Frage bestimmter Stellung nehmen.

Je gringer die Gefahr für Leib und Leben der Kämpfenden ist, desto geringer ist das Strafbedürfnis. Schützen sich die Kämpfer nach Vereinbarung durch geeignete Vorkehren gegen Lebensgefahr oder gegen schwere Verletzung (vgl. Art. 71 des Entwurfes von 1908) so könnte der Richter ermächtigt werden, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern oder allenfalls von Strafe abzusehen. In keinem Falle sollte die Strafe Gefängnis sein.

Die Bestimmung des Art. 120 über Aufreizung zum Zweikampf ist dem ersten Satz von § 226 des deutschen Entwurfes entnommen. Unser Entwurf von 1908 hat in Art. 71, 2 nur bestimmt:

"Strafbar sind nur die Teilnehmer, die zu dem Zweikampf angereizt haben".

Der österreichische Entwurf will namentlich "dem gesellschaftlichen Zwang zum Duell entgegenwirken" (Erläuterungen S. 269), was für uns geringe Bedeutung hat. Er stellt der Aufreizung den Fall gleich, wenn einer "jemanden Verachtung bezeigt, weil er einen andern nicht zum Zweikampf herausgefordert oder sich in einen Zweikampf nicht eingelassen hat." Fasst man die Mensur überhaupt nicht als strafbaren Zweikampf auf, so wird man auch die Aufreizung dazu nicht strafen wollen. In jedem Fall verdient die Aufreizung zur Mensur nicht Gefängnisstrafe.

#### Art. 140.

Die Frage des Herrn Bundesrates, ob nicht auch Vorschriften gegen die Ausbeutung einer Notlage zum Schutze der Allgemeinheit



aufzunehmen seien, z.B. im Sinne der Notverordnung des Bundesrates vom 10. August 1914; diese Frage ist ungemein schwer zu beantworten. Ausserordentliche Verhältnisse erfordern ausserordentliche Massnahmen. Es ist kaum möglich zum Voraus das Richtige allgemein zu bestimmen. So weit ich sehe, hat sich die Strafwalt in der Not nicht bewährt, wenigstens soweit ich es beobachten konnte. Es lag dies vielfach auch daran, dass sich die Maxima der Bussen als viel zu niedrig erwiesen haben ; das Richtige wäre die Busse überhaupt nicht zu begrenzen.

Art. 148 ff. Konkurs- & Betreibungsdelikte.

Mit der Streichung der Busse als alternativer Strafe in Art. 150, 151 und 152 bin ich völlig einverstanden. In diesem Sinne schon Art. 99 - 102 des Entwurfes von 1908. Das Konkurs- und Betreibungsstrafrecht des Entwurfes von 1916 steht hinter dem Entwurf von 1908 zurück. Es fehlt an einheitlichen Gedanken. Besonders bedenklich ist, dass der betrügerische Konkurs davon abhängt, ob der Konkurs eröffnet wurde und der Pfändungsbetrug davon, ob ein Verlustschein ausgestellt ist. Das bedeutet Straflosigkeit des Versuchs.

Art. 156 - 158 Vergehen gegen die Ehre.

Was ist Gegenstand des Strafschutzes bei den Vergehen gegen die Ehre. Herr Bundesrat Müller betrachtet die Verleumdung mit Herrn Lang als Schädigung des Ansehens einer Person gegenüber Dritten, die Beschimpfung als direkt geäusserte Missachtung. Herr Bundesrat Müller findet jedoch, ob die Aeusserung gegenüber Dritten oder direkt getan wurde, sei nicht das entscheidende Kriterium.

In der geschichtlichen Entwicklung treten 2 verschiedenartige Gegenstände des Strafschutzes hervor: der gute Ruf und das Ehrgefühl der Person. Der Täter greift den guten Ruf einer Person bei Andern an; er beschuldigt oder verdächtigt sie bei andern; er redet ihr bei andern Unehrenhaftes oder sonst Uebles nach. Wer jemanden ohne Zeugen beleidigt, greift nicht ihren guten Ruf an. Dagegen kann jemand auch durch eine Aeusserung,



die einem andern, nicht ihm selbst zur Kenntnis kommt, beschimpft werden; denn sein Ehrgefühl wird auch dadurch gekränkt.

Darüber besteht meines Wissens in der Literatur allgemeine Uebereinstimmung.

Daraus folgt:

1. Die üble Nachrede und die Verleumdung können nicht durch ein "Vorhalten" begangen werden, da der Vorhalt sich offenbar an den Verletzten richtet. Der französische Text sagt noch deutlicher: reproche. Solche Aeussderung der Missachtung gegenüber einer Person kann nur Beschimpfung sein.

Die üble Nachrede und die Verleumdung veranlassen Andere eine Person zu missachten.

2. Die üble Nachrede und die Verleumdung können gewiss mündlich und schriftlich, aber nicht durch "Bild, Gebärden oder andere Mittel" begangen werden, wie Art. 156, 4 voraussetzt.

3. Die Begehungshandlung der üblen Nachrede und der Verleumdung besteht, abgesehen von dem "Vorhalten" (vgl. 1) darin, dass der Täter jemanden ein unehrenhaftes Verhalten oder andere Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen

nachredet:

Nachrede ist (nach Heyne, Deutsches Wörterbuch 1892):

"was hinter und über einen geredet wird". Daher auch: "einem Uebles nachreden". Der Ausdruck "nachreden" schien mir bezeichnend auszudrücken, dass sich der Täter bei jemandem über und gegen einen andern äussert. Der französische Text übersetzt nachreden mit imputer. Allein imputer bedeutet beschuldigen, nicht jemanden bei andern beschuldigen. Es gibt im Französischen wohl kein Wort, das genau dasselbe bedeutet, wie das deutsche "nachreden". Deshalb muss, wie mir scheint, der deutsche Text geändert werden. Man könnte vielleicht bestimmen:

Wer jemanden bei einem andern (oder bei Andern) eines unehrenhaften Verhaltens ..... beschuldigt. Das wird der Uebersetzung keine Schwierigkeit bieten.



Der Entwurf von 1916 behandelt die Verleumdung in Art. 156 als qualifizierten Fall der üblen Nachrede. Das entspricht weder der geschichtlichen Entwicklung noch einer richtigen Kriminalpolitik. Die Verleumdung hat sich schon im gemeinen Rechte zu einem besonderen Tatbestand ausgebildet. So lehrt Feuerbach (Lehrbuch § 284) <sup>Verleumdung/</sup> begeht, wer "einem andern von einem Dritten solche Handlungen oder Tatsachen fälschlich mitteilt, welche <sup>in</sup> diesen/der Meinung des überzeugten Publikums der Ehre unwürdig machen".

Kriminalpolitisch ist zu beachten: Der Verleumder, der gewissenlose Ehrabschneider, ist ein Verbrecher eigener Art, der auch ethisch auf der untersten Stufe steht. Hic niger est! Er erfordert eine besondere strafrechtliche Behandlung, daher auch einen besondern Tatbestand. Ist es nicht merkwürdig, dass Art. 156 einmal Zuchthaus, ein anderes Mal nur Busse androht, dazwischen Gefängnis! Vgl. dagegen Art. 105 des Entwurfes von 1908 und nun auch der deutsche Entwurf. Darüber Ebermayer S. 72.

Gegenstand der Verleumdung und der üblen Nachrede sind nach Art. 156

"ein unehrenhaftes Verhalten oder andere Tatsachen, die geeignet sind seinen guten Ruf zu schädigen."

Diese Fassung stimmt mit dem Entwurf von 1908 überein, nur hat dieser noch "schwere sittliche Gebrechen" hervorgehoben. Ich frage mich, ob es nicht natürlicher, anschaulicher und weniger formaljuristisch wäre zu bestimmen:

"ein unehrenhaftes (oder unsittliches?) Verhalten, verächtliche Eigenschaften oder ehrlose Gesinnung."

Die abstrakte Formel: "Tatsachen, die geeignet sind seinen guten Ruf zu schädigen" ist dem Volksrichter fremd. Der Verleumder wirft dem andern nicht "Tatsachen" vor; was er ihm vorwirft, ist ja unwahr. Es ist jedenfalls richtiger die "Tatsachen" zu bezeichnen, so dass man sich vorstellen kann, was das Gesetz sagen will.



Stimmt die üble Nachrede mit der Verleumdung im objektiven Tatbestande überein, so ist das Verschulden in dem einen und dem andern Fall durchaus verschieden. Der Verleumder beschuldigt jemanden wider besseres Wissen bei andern. Diesen Vorsatz hat der Täter der üblen Nachrede nicht. Merkwürdigerweise wird das Verschulden des Täters der üblen Nachrede weder in den geltenden Gesetzen noch in den Entwürfen deutlich bezeichnet. Daraus ergeben sich Missverständnisse und Unklarheiten über den subjektiven Tatbestand der üblen Nachrede. Ich wage es noch in letzter Stunde eine neue Fassung der üblen Nachrede vorzuschlagen, die vielleicht zur Lösung der gesetzgeberischen Aufgabe beiträgt.

Ueble Nachrede. Wer jemanden bei andern (bei einem andern) leichtfertig und nicht der Wahrheit gemäss eines unehrenhaften (oder unsittlichen) Verhaltens, verächtlicher Eigenschaften oder einer ehrlosen Gesinnung beschuldigt oder verdächtigt und wer eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung leichtfertig weiter verbreitet, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Busse bestraft.

Böswillige wahre Nachrede. Wer jemanden bei Andern zwar der Wahrheit gemäss eines unehrenhaften Verhaltens verächtlicher Eigenschaften oder einer ehrlosen Gesinnung beschuldigt, aber ohne begründete Veranlassung und nur um der Person Uebles vorzuwerfen, wird mit Busse bestraft.

Bei dieser Fassung würde der Art. 157 über Widerruf mehr entbehrlich. Im Falle der Verleumdung hat die Bestimmung ohnehin keinen Sinn. Ueber das Ausstellen einer richterlichen Urkunde und deren Zweck verweise ich auf den Entwurf von 1896, Art. 132.

Die Kritik des Herrn Bundesrates über den Tatbestand der Beschimpfung:

"Man muss den Gehalt, der in das Gefäss dieses Artikels hineingehört erst an einem andern Orte suchen."

ist vollauf berechtigt. Die Worte: "wer jemanden in anderer Weise .....in seiner Ehre angreift" sind inhaltlos und nichtssagend.



Die schweizerischen Entwürfe haben von 1894 bis 1908 an der ersten Fassung festgehalten: "Wer jemanden durch Wort oder Tat beschimpft". Wie war es möglich diese Fassung durch die leere Formel des Entwurfes von 1916 zu ersetzen ?

Die Verunehrung des Andenkens eines Toten würde besser in einen besondern Tatbestand gefasst. Das hat nun auch die deutsche Kommission beschlossen: "Wer das Andenken eines Verstorbenen dadurch herabsetzt, dass er ihn böswillig beschimpft oder wesentlich der Wahrheit zuwider über ihn eine ehrenrührige Tatsache behauptet, oder mitteilt." Vgl. Ebermayer S. 72. Ich führe diese Fassung nur als Beispiel an.

Art. 165. Hausfriedensbruch.

Das Merkmal "eingefriedigt" hat den Vorzug, dass der Gegenstand des Strafschutzes äusserlich erkennbar abgegrenzt ist. Dass der Hof, Platz, Garten "unmittelbar" zu dem Hause gehört, ist nicht zu fordern.

Es wäre zweckmässig, die Wohnung ausdrücklich zu nennen. Es gibt Wohnungen, die sich nicht in einem Hause befinden.

Art. 171. Beischlaf mit dem eigenen Kind ist Blutschande.

Art. 172 bis.

Herr Bundesrat Müller stellt den Antrag Thormanns noch einmal zur Diskussion: "Wer mit einer Person, die ihm mit Rücksicht auf den von ihm ausgeübten Beruf anvertraut ist, (gegen ihren Willen) eine unzüchtige Handlung vornimmt, die nicht unter eine andere Bestimmung dieses Abschnittes fällt, wird mit Gefängnis bestraft."

Dieser allgemein gefasste Tatbestand soll die besondern Bestimmungen der Art. 189 und 190 des Entwurfes von 1908 (Unzüchtige Handlungen von Geistlichen und Aerzten) ersetzen und den Geistlichen und den Aerzten das Odium einer gegen sie gerichteten Strafdrohung ersparen.

Allein ein Bedürfnis zum Strafschutz gegen unzüchtige Handlungen, die bei Ausübung des Berufes begangen werden, besteht nur für bestimmte Berufe.



Ein Handwerker, ein Techniker, ein Kaufmann hat keine Gelegenheit eine unzüchtige Handlung mit einer Person vorzunehmen, die ihm mit Rücksicht auf seinen Beruf anvertraut ist. Dagegen kommt der Arzt bei Ausübung seines Berufes in die Lage, den Körper von Personen zu untersuchen (und Hand daran zu legen), die seinen ärztlichen Rat in Anspruch nehmen. Es ist vorgekommen, dass ein Arzt in Zürich Frauen, die er als Laryngologe behandelt hat, aus geschlechtlicher Begierde körperlich untersucht und sie betastet hat. Er liess die Patientin annehmen, er handle sie sachkundig oder er nahm unvermutet eine unzüchtige Handlung an ihr vor, so dass sie sich nicht dagegen wehren konnte. Das Zürcher Strafgesetzbuch hat mit Rücksicht auf diesen Fall eine Bestimmung aufgenommen, die der schweizerische Entwurf von 1908 als Art. 190 übernommen hat. Ich würde die Fassung vorziehen: "Der Arzt, der die ärztliche Untersuchung oder Behandlung einer Frau arglistig dazu benützt, um (gegen ihren Willen) eine unzüchtige Handlung an ihr vorzunehmen, wird .....

Wer sich durch einen Arzt untersuchen und behandeln lässt, ist dem Arzt nicht anvertraut, sodass der Vorschlag Thormanns auch insoweit nicht zutrifft.

Ich lehne daher den Vorschlag grundsätzlich ab.

Ueber die weitem Fragen darf ich mir meistens kein Urteil erlauben, da ich darüber nicht genügend unterrichtet bin.

Art. 233, 234, 235 und 250.

Der erste Entwurf von 1894 hat in Art. 156 die "Beschimpfung des Schweizervolkes und seiner Behörden" mit Strafe bedroht. Herr Bundesrat Müller sprach sich für die Bestimmung aus, aber die Kommission hat den Art. in zweimaliger Beratung abgelehnt. Vgl. Protokoll II, 1896, S. 252 und 684 ff. Ich freue mich, wenn die Lücke des Entwurfes nun ausgefüllt wird.

Art. 235, 236.

Mit der Streichung der Busse als alternativer Strafe hier und in den folgenden Artikeln einverstanden.



Art. 259. Bestechen.

Sind die Bestimmungen über Bestechung (Art. 259, 281, 283) zu eng gefasst? Wenn ich den Fall Mühlemann richtig verstehe, (Mühlemann tut sich mit einem Dritten zusammen, um ein Ausfuhrgeschäft zu machen"), so liegt nicht Bestechung sondern Amtsmissbrauch vor. (Art. 278). Missbrauch der Amtsgewalt ist anzunehmen, wenn der Beamte von den ihm als solchen zustehenden Befugnissen Gebrauch macht, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. So R. Frank, Kommentar 11-14. Auflage, S. 624. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Ausfuhrbewilligung lagen in diesem Falle offenbar nicht vor. Denn die Amtshandlung Mühlemanns sollte ihm einen unrechtmässigen Vorteil verschaffen. Ob die Erteilung der Ausfuhrbewilligung abgesehen davon gesetzlich war, bezweifle ich, denn die 200,000 frs. sollten doch wohl den Lohn für eine Ungesetzlichkeit sein!

Gewiss sollte Mühlemann die 200,000 frs. nicht behalten dürfen.

Es wäre demgemäss in Art. 278, analog dem Schlusssatz des Art. 282 einzuschalten:

"Der unrechtmässige Vorteil, den der Täter erlangt hat oder dessen Wert verfällt dem Staate."

Man könnte auch einen Zusatz zu Art. 51 einfügen z.B. in der Fassung:

"Der unrechtmässige Vorteil, den der Täter durch ein Vergehen erlangt hat oder dessen Wert verfällt dem Staat".

Ich stimme also dem Gedanken des Herrn Bundesrates grundsätzlich zu.

Art. 264. Angriffe auf fremde Hoheitszeichen.

Einverstanden.

Art. 275.

Mit der Streichung der Worte: "in jedem Fall" in Abs. 2 einverstanden.

W i e n , den 4. Juni 1917.

sig. S t o o s s .