Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Basler Strafprozess

Autor(en): **Nagler**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **26 (1907)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896600

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Basler Strafprozess.[1])

Von Prof. Dr. NAGLER, Basel.

I. Organisation.

A. Nach moderner Rechtsanschauung ist der aus dem Verbrechen abfliessende staatliche Strafanspruch der ausserprozessualen Befriedigung unzugänglich. Dieses Prinzip ist auch von dem gegenwärtig geltenden Basler Recht (E § 1) angenommen: die Feststellung und Durchsetzung der subjektiven Strafrechte bedarf — meist in formstrengem Verfahren — der Leistungsklage und des kondemnatorischen Urteils. Ausnahmen sind nicht zugelassen.[2]) Insbesondere hat auch das sog. Submissionsverfahren, das die gerichtliche Strafverfolgung durch die Verständigung der (den Staat vertretenden) Verwaltungsbehörde mit dem Delinquenten über die zu entrichtende Busse ausschliesst,[3]) keine Aufnahme gefunden. Der im Verfahren vor

---

[1]) Im folgenden sind als Abkürzungen verwendet:

BÜ für das Bundesgesetz über das Verfahren bei Uebertretung fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze, vom 30. Juni 1849.

E für das Basler Gesetz, betreffend die Einleitung des Strafverfahrens, vom 14. November 1881.

O für das Basler Gesetz, betreffend Wahl und Organisation der Gerichte und richterlichen Beamtungen, vom 27. Juni 1895.

P für die Basler Strafprozessordnung vom 5. Mai 1862.

PG für das Basler Verfahren vor (dem) Polizeigericht, vom 8. Februar 1875.

[2]) Die Abolition gegen ein Bezeigungsgeld gehört nicht in diesen Zusammenhang.

[3]) So nach BÜ Art. 10, 14: die freie Vereinbarung vollzieht sich in der Form der offiziellen Unterwerfung unter das den Strafbetrag einseitig feststellende Verwaltungsdekret. Höchst bedenklich ist die Inaussichtstellung einer Unterwerfungsprämie in BÜ Art. 12.

dem Polizeigerichtspräsidenten (P G §§ 8. ff.) ergehende bedingte Strafbefehl (ein summarisches, antezipiertes Strafurteil) kann nicht als Durchbrechung des Grundsatzes angesprochen werden.

Mit der Ausgestaltung des Rechtsgangs wird demgemäss schlechthin über die Verwirklichung des ohnedies illusorischen materiellen Rechts entschieden. Gegenwärtig lässt man dem System der öffentlichen Strafe auch das Prinzip der öffentlichen Strafklage korrespondieren (E §§ 2 und 3): Das Gemeinwesen, das sich in erster Linie durch den Rechtsbruch verletzt fühlt, führt den sühnenden Ausgleich durch seine eigenen Organe herbei. Die Basler Gesetzgebung erhält ziemlich starr das staatliche Anklagemonopol aufrecht. Sie macht den konkurrierenden Privatinteressen bei der Eröffnung des Rechtswegs wenig Konzessionen und lehnt vor allem die demokratischem Empfinden augenscheinlich angepasste subsidiäre Popularklage ebenso wie die subsidiäre Privatklage[4]) strikt ab.

Der Grundsatz der Staatsverfolgung gibt über deren Organisation noch keine bestimmte Auskunft. Es entscheiden reine Zweckmässigkeitserwägungen. So wäre etwa die Aufteilung der Klagfunktion unter den verschiedenen Verwaltungsstellen derart denkbar, dass jedes der Departemente die in seinen Wirkungskreis fallenden Straftaten zur Kognition des Gerichts zu bringen hätte. Spuren einer solchen Ordnung finden sich in der Tat im Basler Recht, nämlich in dem (freilich inquisitorisch aufgebauten) Polizeiverfahren, wo die öffentlichen Behörden zur Anzeigeerstattung berufen sind (P G § 6, dazu E § 9) und ihnen in ihrer Eigenschaft als Verzeiger das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde (P G § 43) eingeräumt ist. Eine solche Regelung mag den Vorzug der speziellen Sachkenntnis der Anklageträger aufweisen (man denke etwa an die komplizierten Vorschriften der sogen. sozialen Gesetzgebung!), allein die Verzettelung der Verfolgungsinstanzen

---

[4]) Gegen die subsidiäre Privatklage spricht sich der Ratschlag zum Einleitungsgesetz (dem Grossen Rat am 26. September 1881 vorgelegt) aus, da sie dem Ansehen der Strafbehörden kaum zuträglich sei und sich der Einzelne zu einer solchen Initiative nicht leicht entschliessen werde (S. 7).

mit der beständigen Reibung in positiven und negativen Kompetenzkonflikten, mit der Vergeudung der Arbeitskräfte und mit der unvermeidlichen Ungleichmässigkeit ihrer Betätigung würde den Interessen der Gesamtheit nur ärmliche Dienste leisten. Die Verhältnisse drängen zur Konzentration der Anklagekompetenz in einer Hand. Als solche Zentralstelle bietet die geschichtliche Entwicklung das Institut der Staatsanwaltschaft.

B. Die zur Ausübung des staatlichen Anklagemonopols bestellte, selbständige Behörde ist verschiedener Organisation fähig:

1. Man kann sie sich vorstellen als das Analogon zum Richteramt, also ausgestattet mit dessen staatsrechtlichen Garantien (der Unabsetzbarkeit, der Unabhängigkeit etc.). Darnach würde auch im Stadium der anfänglichen Erwägungen, ob überhaupt ein konkreter Strafanspruch wider ein bestimmtes Individuum durch Erhebung der Anklage geltend gemacht werden soll, das freie, lediglich Rechtsprinzipien würdigende Ermessen einer unparteiischen Beamtung massgebend sein. Für diese Gedankenfolge würde sich die Fortentwicklung vom Inquisitionsverfahren zum Anklageprozess, d. h. vom zweiseitigen zum dreiseitigen Prozessrechtsverhältnis, nur durch Spaltung des bisherigen Richteramtes vollziehen dürfen. An Stelle des bisherigen einen Richters hätten sich nunmehr zwei unabhängige, nur dem Gesetz und ihrem eigenen Gewissen unterstellte Magistrate im Strafverfahren zu betätigen. Zwischen beiden besteht dann sachlich wie formell das Verhältnis absoluter Koordination; der Parteicharakter der Staatsanwaltschaft ist verneint. In die Hände ihrer Vertreter wird eine unerhörte Macht gelegt. Selbständig in ihren Entschliessungen, brauchen sie bestimmte Interessen nicht zu berücksichtigen. Darunter muss die Energie der Anklageführung empfindlich leiden, eine Besserung der im Untersuchungsverfahren oft bemängelten Defensivreaktion ist nicht erzielt. Der Fortschritt erscheint noch problematischer, wenn man das Verhältnis des unabhängigen Staatsanwalts zum Angeklagten näher ins Auge fasst. Jener tritt ihm nur dem äusseren Anschein

nach als gleiche Potenz, mit der er kontradiktorisch in öffentlicher mündlicher Verhandlung den Straffall verhandeln kann, gegenüber; der Sache nach fehlt es an einem gleichgeordneten, mit den nämlichen Prozessbefugnissen wie -pflichten versehenen Gegner. Der Zeitforderung, „der bürgerlichen Gesellschaft ihre natürlichen Rechte wiederzugeben," ist in keinem Sinne genügt. Immerhin mochte sich eine solche Ordnung der Dinge dort empfehlen, wo man einen Ausgleich zwischen den Forderungen der liberalen und der am Althergebrachten haftenden konservativen Strömung suchte. Sie begegnet uns daher z. B. in der badischen Gesetzgebung der 1830er Jahre.

2. Wenn wir heute auf die Bewegung, die schliesslich um die Mitte des 19. Jahrhunderts den Inquisitionsprozess mit seiner richterlichen Allmacht hinwegfegte, zurückschauen, so will es uns bedünken, als ob nicht die blosse Loslösung und Verselbständigung eines Teils der Inquirententätigkeit, sondern nur die Einführung einer Anklagebehörde diskutabel war, die sich gleich der französischen Staatsanwaltschaft als abhängige Verwaltungsbehörde gab.

a) Einmal sprachen dafür alle politischen Gründe, mithin gerade die Erwägungen, die sich als die treibenden Kräfte der Reform des Strafverfahrens bewährten. Obschon das Endziel, das wir heute mit leichter Mühe erkennen, nicht immer klar vor Augen stand und obschon man im Uebermass an Aeusserlichkeiten und Einzelheiten haftete: es galt im Interesse der gerechten Rechtsprechung die Parteistellung des Angeklagten zu erringen. Er sollte aus einem blossen Untersuchungsobjekt, das sich als Beweismittel (sogar unter Anwendung der physischen und später wenigstens noch der psychologischen Folter) ausbeuten lassen musste und auf dessen Ueberführung um jeden Preis der ganze Prozess angelegt schien, zu einem dem Verfolger gleichwertigen Prozesssubjekt werden. Die neugegründete Anklägerschaft auf die gleiche Stufe wie den Verfolgten prozessual zu stellen, dies liess sich nur erreichen, wenn sie ohne die Prärogative des Richteramts neben ihn trat. Eine unparteiische, dem Richter koordinierte Behörde hätte sich ohne eine erdrückende Ueberlegen-

heit nicht aufstellen lassen.[5]) Die Staatsanwaltschaft musste folgeweise zu einem abhängigen Verwaltungsorgan werden. In demselben Mass wie der öffentliche Ankläger sich dem prozessualen Niveau des Verfolgten näherte, wuchs zugleich das von der Prozessinitiative entlastete, auf die vorurteilslose Findung des Rechts beschränkte Gericht an Ansehen und Einfluss.

b) Sodann musste der dogmatische Gesichtspunkt, der sehr zum Schaden des Ganzen bei der von politischen Ideen fast ausschliesslich erfüllten Legislative ungebührlich zurückgedrängt zu werden pflegte, dasselbe Ergebnis fordern. Die Klagerhebung gehört zu den Funktionen der vollziehenden Gewalt.[6]) Einer Behörde, die nur mit der Strafverfolgung betraut ist, kann ein Anteil an der staatlichen Gerichtsbarkeit i. e. S. (d. h. an der autoritären Feststellung des subjektiven Strafrechts) nicht zugesprochen werden; ihr ist folgeweise der richterliche Charakter zu versagen. Die Staatsanwaltschaft ist — staatsrechtlich betrachtet — nicht sowohl ein jurisdiktionelles, als vielmehr ein gerichtliches Organ. Sie ressortiert zur Justizverwaltung. Daraus folgt, dass sie wie die sonstigen Organe der Verwaltung zu ihren Vorgesetzten steht, darum auch dem Leitungs- und Aufsichtsrecht der Regierung unterfällt. Das Amt des Staatsanwalts duldet seiner

---

[5]) Mit Recht führte der freisinnige Abgeordnete Dr. Hänel (der Kieler Staatsrechtslehrer) bei der Beratung des Gerichtsverfassungsgesetzes im deutschen Reichstag aus: Die Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft gehöre zu den Garantien, welche die Liberalen der Verteidigung und dem Angeklagten in der Strafprozessordnung gegeben wissen wollten. Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl. S. 1357. Der Tübinger Prozessualist Gaupp hatte schon vorher in der Reichstagskommission darauf hingewiesen, dass der Schutz der Freiheitsrechte des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt nicht dadurch erreicht werden könne, dass man administrative Funktionen mit dem Richteramt verbinde oder Administrativbeamte in ihren administrativen Funktionen mit den Vorrechten des Richteramtes bekleide; es werde damit gerade das Gegenteil von demjenigen erreicht, was man erstrebe. A. a. O. S. 638.

[6]) Schon in dem französischen Dekret vom 16./24. Aug. 1790 werden die officiers du ministère public ausdrücklich als agents du pouvoir exécutif bezeichnet.

Natur nach keine Unabhängigkeit, dafür soll ihm auch nicht der Schein einer solchen werden — so formulierte Hänel a. a. O. juristisch präzise den Gedanken und begegnete sich dabei wieder mit Gaupp, der betont hatte, dass der tatsächliche Grund der Unabhängigkeit des Richteramts in dessen Beschäftigung mit der eigentlichen Rechtsprechung liege, „die im Gegensatz zur aktiven Rolle der Partei ruhig und fest die Wage der Gerechtigkeit zu halten habe."

Nach alledem wird die zunächst befremdende Tatsache erklärlich, dass selbst die Liberalen, deren Bestrebungen auf alles andere, nur nicht auf Stärkung der Rechte der Gewalthaber abzielten, den Zuwachs an Macht, den diese durch Einführung einer abhängigen Anklageinstanz erlangten, nach französischem Vorbild getrost mit in Kauf nahmen. Selbst zur Zeit der liberalen Hochflut sind im deutschen Reichstag keinerlei Tendenzen zur Unabhängigstellung der Staatsanwaltschaft hervorgetreten. Die Frage, wie der öffentliche Ankläger zu organisieren sei, war schon damals im wesentlichen zur Ruhe gekommen.

Auch de lege ferenda wird man sich heute ohne weiteres im Sinne der Abhängigkeit von der Regierung entscheiden müssen. Die Bedenken, die sich gegen die Unselbständigkeit der Staatsanwaltschaft erheben, knüpfen in erster Linie an die Möglichkeit eines Missbrauchs des Leitungsrechts durch die jeweilige höchste Staatsgewalt an. Die Justiz soll von den einseitigen Einflüssen des politischen Zentrums schon im Stadium der Vorerörterung und der Anklage möglichst frei bleiben; die reine, aller Rücksichten der Politik ledige Gerechtigkeit soll von Anbeginn das Strafverfahren beherrschen. Allein, wer die Regierung aus dem Prozess vollständig eliminieren will, verkennt gänzlich, dass die Abhängigkeit der Verfolgungsbehörde noch nicht die Durchtränkung des Instituts mit ausschliesslich politischen Ideen bedeutet. Die Einflussnahme der Justizverwaltung auf die Geschäfte der Staatsanwaltschaft ist nicht entfernt eine Regelerscheinung. Nur in vereinzelten, eigenartig liegenden Fällen wird in praxi von der Leitungsgewalt Gebrauch gemacht. Andererseits hat die

Unterstellung des öffentlichen Anklägers unter die (wenigstens jederzeit möglichen) Weisungen der Regierung als staatliche Notwendigkeit zu gelten. Die von der Strafe im Gemeinwesen zu wahrenden Interessen lassen sich richtig bloss von der Stelle einschätzen, die das Ganze überschaut. Nur dort findet sich das rechte Augenmass für die Förderung der allgemeinen Wohlfahrt. Die Staatsverwaltung bringt fortgesetzt eine grosse Anzahl von Rechtsfragen zur Diskussion, an deren grundsätzlicher Lösung durch die obersten Gerichte der Regierung gelegen sein muss, damit sie gegebenenfalls zur Abschleifung von Härten oder zur Schliessung von Lücken im Gesetze die Legislative anderweit in Anspruch nehmen kann. Soll die Vertretung der staatlichen Interessen in der Staatsanwaltschaft ein nie versagendes Organ finden, so ist die Verlegung der höchsten darüber befindenden Instanz in die Zentralstelle der staatlichen Organisation das Gegebene — um so mehr als sie dem Parlament über ihre Tätigkeit Rede und Antwort zu stehen hat und diese politische Verantwortlichkeit in Verbindung mit der ständigen Kontrole und Kritik der öffentlichen Meinung Missbräuche hintanzuhalten geeignet ist und den wahren Willen der Gesamtheit — soweit dies überhaupt realisierbar ist — zum Ausdruck bringt. Opportunitätserwägungen werden nie ganz aus unserer Materie gebannt werden können. Vielleicht verdient das Zweckmässigkeitsprinzip, das die Würdigung der Besonderheiten jedes Einzelfalls ermöglicht, sogar den Vorzug vor der starr generalisierenden Maxime der Legalität. Wenn die modernen Rechte sich gleichwohl überwiegend zu deren Gunsten bekannt haben, so hängt dies damit zusammen, dass die individualisierende Relevanzentscheidung viel zu schwierig und weittragend zugleich ist, als dass Willkürlichkeiten und damit Verletzungen des Rechtsbewusstseins sich vermeiden liessen.

Der zweite Einwand, der seines Eindrucks auf viele Gemüter sicher ist und insofern sich einer gewissen Durchschlagskraft rühmen kann, geht dahin, dass der Regierung durch die von ihr abhängige Staatsanwaltschaft eine Handhabe zur mittelbaren Beeinflussung der Gerichte gegeben werde. Es

scheint, als ob eine absolute Garantie der richterlichen Unparteilichkeit schwer durchführbar ist. Schliesslich sind auch die Richter von persönlichen Interessen, die mit ihrem Amte connex sind, geplagt. Was diesen förderlich ist, kann indirekt für die Art ihrer Amtsführung Bedeutung gewinnen: die Sorge um die bürgerlich-wirtschaftliche Existenz (etwa die Wiederwahl bei nicht lebenslänglicher Anstellung, die mit einer höheren Dienststelle verbundenen grösseren Bezüge), um eine hervorragende, den Ehrgeiz befriedigende Position, um weiteren Einfluss in einem höheren Wirkungskreis und dergleichen, ideale wie reale Momente können die Denkweise des Richters so gefangen nehmen, dass er mehr oder minder unbewusst bei der Entscheidung der Rechtsfrage Rücksichten Raum gibt, die mit der Sache selbst wenig zu tun haben. Das ist allgemein menschlich! Aber wenn irgend etwas, so ist das sicher: die Organisation der Staatsanwaltschaft, ihre grössere oder geringere Selbständigkeit ist auf die Lauterkeit der Judikatur ohne jeden Einfluss. Es müsste die moralische Widerstandslosigkeit des Richters schon ein so hohes Mass, dass es ihm die Qualifikation zu seinem Amt überhaupt nimmt, erreicht haben, sollte wirklich die blosse Tatsache, dass ihm der öffentliche Kläger als Organ der Regierung entgegentritt, auf seine Entschliessungen abfärben. Das Schreckgespenst der Kabinettsjustiz, das man an die Wand malt, zerflattert bei näherem Zusehen in nichts. Nur falls man die Staatsanwaltschaft — wie es Napoleons Scharfsinn und Skrupellosigkeit tat — als Gesetzeswächterin über die Gerichte stellt, kann deren Unabhängigkeit ins Wanken geraten.

Die Unterwerfung der Staatsanwaltschaft unter die Justizverwaltung darf man um so eher hinnehmen, als sich etwaige Exzesse der leitenden Stelle mühelos paralysieren lassen. Gegen ungerechte Anklagen besteht das Bollwerk des möglichst unparteiischen Richters, der die Freisprechung verfügt und so weitere Nachteile abwendet. Wider die erheblich grössere Gefahr unzulässiger Klagunterlassungen bietet der Grundsatz der Legalität (beachte auch § 175 Stgbs.) einen gewissen Schutz. Im übrigen gewährt die Prozesstechnik gegen

das einseitige Ueberwiegen der politischen Zweckmässigkeitsrücksichten zahlreiche Auswege: sei es die Einrichtung einer gerichtlichen Nachprüfung der vom Verletzten betriebenen, aber von der Verfolgungsbehörde abschlägig beschiedenen Anzeige, sei es die Zulassung einer (verständig umhegten) subsidiären Privat- oder gar Popularklage.

Weitaus überwiegende Gründe sprechen sonach für die Subordination der Staatsanwaltschaft unter den Gerichtsherrn. Diese Erkenntnis muss sich um so mehr festigen, je weiter die Einsicht sich Bahn bricht, dass nur die konsequente Durchführung des Parteiverfahrens prozessuale Fortschritte verbürgt.

C. Es bedarf kaum besonderer Hervorhebung, dass mit diesen theoretischen Auseinandersetzungen der Stellungnahme einer konkreten Gesetzgebung zur Organisationsfrage nicht vorgegriffen ist. Mehr als der Wunsch, höchstens die Vermutung, dass die Legislative die richtige Folgerung aus der rechtlichen und politischen Lage gezogen habe, ist nicht ausgesprochen. Die endgültige Aufklärung kann nur die genaue Einzeluntersuchung des positiven Rechtsstoffs schaffen.

Der Staatsanwalt hat erst im Jahre 1862, als der reformierte Strafprozess das Inquisitionsverfahren ablöste, seinen Einzug ins Basler Recht gehalten. Sein Vorgänger war seit dem Jahre 1825[7]) der abhängige,[8]) als Anwalt des „Staats, des Gesetzes und des öffentlichen Wesens“ gedachte Fiskal.[9])

---

[7]) Der zweite Teil des Kriminalgesetzbuchs und das Organisationsgesetz vom 3. April 1821 trat erst damals in Kraft.

[8]) In § 12 Abs. 4 des Organisationsgesetzes vom 3. April 1821 war bestimmt: „In wichtigeren Fällen steht ihnen frey, bey dem Rathe anzufragen, ob Rekurs von Seite des Fiskals statthaben solle oder nicht.“

[9]) Als erster Fiskal hatte Dr. jur. J. R. Burckhardt amtiert. Die Hauptobliegenheiten des Fiskals bestanden in der Beweisaufnahme während der Hauptuntersuchung (unter Mitwirkung eines Aktuars und eines Gerichtsbeisitzers: sog. Verhörkommission) und im Plaidoyer während der mündlichen Schlussverhandlung. Seine Stellung wird im allgemeinen zutreffend beschrieben in dem Gutachten der Entwurfskommission: „Es muss nach unseren Ansichten auch bei unserer Kriminalstelle ein Anwalt des Staats bestehen, dessen Stellung und Verrichtungen durch die Benennung Fiskal

In der (von Dr. J. J. Vischer bearbeiteten) Strafprozessordnung vom 5. Mai 1862 haben wir ein Gesetz, das bei seinem Erscheinen noch alle Spuren des Uebergangs vom Untersuchungsverfahren zum Parteiprozess an sich trug. Die Basler konservative Art hatte sich nicht verleugnet: die alten Ideen lebten auch in den modernen Formen fort und hinderten die prinzipgetreue Ausbildung der einzelnen Institute. Unbeschadet einschneidender Aenderungen späterer Gesetze und trotz zahlreicher Lücken, wo die Praxis die Ergänzung bringen muss und deshalb die Postulate einer fortgeschrittenen Epoche mühelos realisieren kann, ist auch heute noch nicht die grundlegende Idee des Parteiprozesses in ihrer Schärfe und Tragweite erfasst: das Interesse des Angeklagten ist über Gebühr vernachlässigt, die Untersuchungsinstanzen werden zu stark bevorzugt.[10]) Aus dieser Halbheit und Unsicherheit der Gesetzgebung erklärt sich auch ihr Schwanken über die Organisation der neugeschaffenen Staatsanwaltschaft. In dem Entwurf der P erschien der öffentliche Ankläger als abhängiger Verwaltungsbeamter. Der Kleine Rat hob in seinem Ratschlag

---

uns richtig ausgedrückt scheinen, indem, wie es neuere Beispiele in Deutschland zeigen, ein Fiskal nicht nur in finanzieller Hinsicht, sondern auch bei der peinlichen Justizpflege Mann des Staates ist. Unser Fiskal soll auch bei allen Kriminaluntersuchungen den Informativprozess leiten, ein Vorteil, der für die richtige Behandlung der Sache und auch für die Beschleunigung der Prozeduren unverkennbar ist; denn wir dürfen behaupten, es sei ein wesentliches Erfordernis bei dem rechtlichen Verfahren, dass bei allen Untersuchungen ein gleiches System befolgt werde, und dass sie ein Mann führe, der die erforderlichen Kenntnisse besitzt und sich berufsweise dieser Stelle widmet. Vertraut mit dem Gesetz, wird er seine Schlüsse auf das durch ihn erhobene Faktum und dessen Umstände bauen, die passenden Gesetzesstellen in Anwendung bringen und somit dem Richter den Leitfaden der Beurteilung vorarbeiten."

[10]) Aus welchen Anschauungen das Gesetz erfloss, zeigt am besten das Gutachten des Justizkollegiums zu dem Entwurf der P: „Auch wir beabsichtigen durchaus keine reine Durchführung des Anklageprinzips, die schon an äusseren, organisatorischen Schwierigkeiten scheitern müsste, sondern wir wünschen die Durchführung derselben nur so weit, um die Nachteile zu beseitigen, die sich aus dem bisherigen Untersuchungsverfahren allzu offenbar herausgestellt haben." S. 11.

(Motiven) vom 1. März 1861 S. 8 ausdrücklich als Zweck der neuen Behörde hervor, dass sie die Trennung der Funktionen des Untersuchungsrichters und des öffentlichen Anklägers durchzuführen und die Interessen der Administration zu vertreten habe. Das Gutachten seines Justizkollegiums (S. 19) erläuterte den zweiten Gedanken noch dahin: „Der Staatsanwalt soll den Verkehr der administrativen Behörden mit dem Strafgericht vermitteln und die Interessen der Administration, soweit sich dieselben mit dem Rechte vereinigen lassen, bei den Strafgerichten zur Geltung bringen. Die Unabhängigkeit der Justiz von der Administration ist gewiss eine der wohltätigsten Einrichtungen, welche die neuere Staatswissenschaft geschaffen hat; aber es lässt sich nicht läugnen, dass die Interessen der Administration in hohem Grade bei der Ausübung der Strafjustiz beteiligt sind und dass es daher durchaus gerecht ist, der Administration Gelegenheit zu geben, ihre Ansichten gegenüber den Strafgerichten zu äussern, sich durch ein Organ vertreten zu lassen.“ Der Gedanke wurde im Entwurf durch die Wendung: „Der Staatsanwalt steht unter der Aufsicht des Kleinen Rats“ zum Ausdruck gebracht (§ 3 Abs. 3). Daneben war in den (vom Grossen Rat gestrichenen) § 68, der von der ausnahmsweisen Funktion des Kleinen Rats als Ueberweisungsbehörde handelte, als Absatz 4 aufgenommen: „Nach dem gefällten Urteil hat er (der Staatsanwalt) dem Kleinen Rat über dasselbe (d. h. das Resultat der mündlichen Verhandlung) Bericht zu erstatten; er ist verpflichtet, auf Weisung desselben den Rekurs zu ergreifen und vor zweiter Instanz aufrecht zu erhalten.“ Die Vorschläge der Regierung fanden bei dem Grossen Rat kein Entgegenkommen; er fügte dem § 3 Abs. 3 der P hinzu: „er stellt jedoch seine Anträge nach freier Ueberzeugung“, und verlieh damit dem Staatsanwalt die richterliche Unabhängigkeit. Ueber das Wesen des neuen Amtes freilich herrschte im Grossen Rat eine ungewöhnliche Verwirrtheit. Man vindizierte dem öffentlichen Ankläger einen gemischten Charakter. Eine Minderheit der Grossratskommission führte gelegentlich des Wahlmodus (ob der Staatsanwalt vom Grossen Rat auf Vorschlag des

Kleinen Rats oder des Appellationsgerichts gewählt werden solle) aus: „Der Staatsanwalt sei vorwiegend ein richterlicher Beamter, während ihn der vorliegende (und so Gesetz gewordene!) Paragraph zu sehr zum Beamten des Kleinen Rats mache; er sei nicht dazu berufen, die Interessen der Administration, sondern (!) die strafgerichtsherrlichen Rechte des Staats überhaupt zu vertreten; er müsse daher der Aufsicht des Kleinen Rats entzogen und derjenigen des Appellationsgerichts unterstellt werden, welches kraft der ihm zustehenden Rechte die Oberaufsicht über sämtliche Gerichte und Gerichtsstellen ausübe.“ Es wurden also die Begriffe Administrativvertreter und gerichtsherrliches Organ in unzulässige Antithese gebracht. Die Mehrheit der Grossratskommission machte sich die Wendung, dass „die richterliche Stellung des Staatsanwalts überwiege“, zu eigen, erkannte aber zugleich an, „dass er Organ der Regierung bis zu einem gewissen Grade sein solle,“ vertrat auch schliesslich die Ansicht, dass bei dem Recht des Staatsanwalts, seine Anträge nach seiner Ueberzeugung zu stellen, eine Abhängigkeit desselben vom Kleinen Rat nicht zu befürchten sei und dass in dem Vorschlagsrecht des Kleinen Rats keinerlei Inkonsequenz gegen das Prinzip der Trennung der richterlichen und der vollziehenden Gewalt liege.[11]) Die Grossratskommission bezeichnete die verfügte Abänderung des Entwurfs als „von geringerer Bedeutung.“ Dies trifft deshalb zu, weil nach dem damaligen Verfahren die Prozessinitiative bei der (vom Kleinen Rat abhängig gebliebenen) Polizei lag. Man hatte die bis 1862 geltende polizeiliche Voruntersuchung (woran sich unmittelbar das Ueberweisungsverfahren des Kleinen Rats und die fiskalische Hauptuntersuchung schloss) zu dem polizeilichen Einleitungsverfahren, dem die gerichtliche Voruntersuchung folgte, zusammenschrumpfen lassen, sich aber nicht entschliessen können, die Polizei als Prozessbehörde ganz aufzugeben. Demzufolge war diese alleiniges Subjekt des Skrutinialverfahrens, verfügte bei mangelndem Verbrechensverdacht die Einstellung und übersandte im anderen Falle die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Anordnung der (damals

[11]) Vergl. Gutachten der Grossratskommission (Januar 1862) S. 8 f.

stets obligatorischen) Voruntersuchung und Weitergabe der bisherigen Erörterungen an den Untersuchungsrichter (P §§ 20, 28, 29).[12]) Mochte daher der Staatsanwalt ihrem Leitungsrecht entzogen sein, die Regierung blieb vermöge ihres Einflusses auf die Polizei höchste Verfolgungsinstanz. Eine Aenderung der Rechtslage trat nicht einmal mit dem Einleitungsgesetz vom 14. November 1881 ein, obschon nunmehr die Staatsanwaltschaft zur Durchführung der Vorerörterungen und Entschliessung über die Klagerhebung berufen wurde. Der grossen Umwälzung, die sich mit jenem Gesetz vollzog, war nämlich die nicht minder bedeutsame Abhängigkeitserklärung durch § 54 des Organisationsgesetzes vom 1. Februar 1875 vorhergegangen, so dass die Regierung ihren alten Einfluss auf den Prozessbeginn behielt.[13]) Mit dem 1875er Gesetz aber war eine wichtige Etappe in der sicher fortschreitenden Entwicklung zum konsequenten Parteiprozess erreicht: die Staatsanwaltschaft wird endgültig in die richtige Stelle innerhalb des Beamtenorganismus eingereiht; sie wird als gerichtsherrliches Organ an die Weisungen der Regierung gebunden. — Nach O § 47 „steht die Staatsanwaltschaft unter der Aufsicht des Regierungsrats; sie hat demselben alljährlich und überdies, wenn erforderlich, in einzelnen Fällen Bericht über ihre Tätigkeit zu erstatten“, ausserdem gibt der Regierungsrat nach O § 48 Abs. 3 eine Amtsordnung für sie heraus. Das Gesetz wiederholt die Einschränkung des § 3 Abs. 3 P: „(der Staatsanwalt) stellt jedoch seine Anträge nach freier Ueberzeugung“ nicht, gibt vielmehr lediglich den im Entwurf der P enthaltenen, schon damals im Sinne der sachlichen Unselbständigkeit zu verstehenden Wortlaut (oben S. 355) wieder. Dazu kommt, dass der in O § 63 Abs. 2[14]) bei der

---

[12]) Der Staatsanwalt war mithin blosse Durchgangsstation; er konnte die an ihn gediehenen Sachen nicht einstellen.

[13]) Die Materialien geben wenig Aufschluss.

[14]) „Das Appellationsgericht hat die Aufsicht über die untern Gerichtsstellen. Es übt diese Aufsicht, unbeschadet der Unabhängigkeit der Urteilssprüche, erforderlichen Falls durch Erlass von Beschlüssen und Weisungen aus etc.“

Wiederkehr des Wortes „Aufsicht“ hinzugefügte Vorbehalt: „unbeschadet der Unabhängigkeit etc.“ unterlassen ist, mithin auch e contrario aus dem Sprachgebrauch des Organisationsgesetzes selbst auf die sachliche, nicht bloss disziplinäre Unterordnung unter den Regierungsrat geschlossen werden muss. Was sich also schon aus allgemeinen Erwägungen ergeben würde, dass nämlich die Staatsanwaltschaft als Justizverwaltungsorgan mangels einer gegenteiligen Anordnung der Kontrole und Leitung der Regierung untersteht, bekräftigt das Gesetz nach seinem Wortlaut ausdrücklich. Ohne eine solche Subordination wäre auch die in O § 47 besonders hervorgehobene Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, „in einzelnen Fällen Bericht über ihre Tätigkeit zu erstatten“, nicht recht verständlich. Schliesslich stimmt damit auch die Entgegenstellung von Staatsanwalt und Untersuchungsrichter und des ersteren Ausnahme von der Ablehnung und Ausschliessung (O § 37)[15]) — was alles nur aus der Versagung der Richterprärogativen vernünftig gedeutet werden kann — überein. Die Anerkennung der straffen, fast militärischen Unterordnung der Staatsanwaltschaft unter den Regierungsrat ist sohin nach dem gegenwärtigen Stande der Basler Gesetzgebung unausweichlich.

D. Im einzelnen führt dieses Prinzip zu folgenden Konsequenzen:

a) Die Regierung ist zum disziplinären Einschreiten wider Pflichtwidrigkeiten der staatsanwaltschaftlichen Beamten berechtigt und verpflichtet. Sie hat also vom Boden des zwischen dem Staat und seinen Beamten bestehenden publizistischen Dienstverhältnisses aus über die persönliche Dienstführung des Staatsanwalts (Verzögerung und Verweigerung der Dienste, Amtsmissbrauch u. dergl.) zu wachen, ihn zur pflichtmässigen Erfüllung seiner Obliegenheiten anzuhalten, Dienstweisungen generell oder speziell zu erteilen, bei Verstössen im äusseren Geschäftsbetrieb Rügen und sonstige Disziplinarstrafen nach Massgabe des Beamtengesetzes zu erteilen.

---

[15]) Im Gegensatz zu dem früheren § 15 der P.

b) Ausserdem ist die Regierung zur sachlichen Ueberprüfung der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit befugt. Sie kann im Rahmen der Gesetze[16]) bindende Anordnungen über die Geschäftsbehandlung im einzelnen wie im allgemeinen erteilen, etwa befehlen, eine bestimmte Anklage zu erheben oder zu unterlassen, Rechtsmittel einzulegen, zurückzunehmen oder darauf zu verzichten; ja sie kann ihre Untergebenen sogar heissen, in einem bestimmten Sinne vor den Schranken des Gerichts zu plädieren.[17]) Der Vorgesetzte kann mithin jede Entscheidung, die an sich dem Staatsanwalt zu treffen obliegt, an dessen Stelle treffen und ihn zur sinngemässen Ausführung verpflichten.[18]) Da es auf die Art des äusseren Anstosses zur Anwendung der Leitungsgewalt nicht ankommt, so ist damit die Legitimation der Regierung, auf eine Beschwerde über die Amtsführung des Nachgeordneten autoritär zu befinden, ebenso gegeben wie die Berechtigung des Privaten, die höhere Instanz wider eine Verfügung oder eine Entschliessung des Staatsanwalts anzurufen.[19]) Zugleich erhellt weiter, dass dieser Beschwerdeweg weder an bestimmte solenne Formen noch an Fristen gebunden ist: so lange der Staatsanwalt selbst noch eine abändernde Verfügung treffen kann und sobald er sie bei pflichtmässiger Würdigung der Umstände treffen müsste, so lange und so bald ist die Angehung der höheren Instanz und deren Eingreifen möglich.

---

[16]) Nach Rechtsstaatsgrundsätzen besteht natürlich keine Verpflichtung zum Kadavergehorsam: an der Schranke des Legalen hört das Leitungsrecht des Oberen auf.

[17]) Ob nur die Feder oder auch der Mund des Staatsanwaltes von dessen Vorgesetzten dirigiert werden könne, war Gegenstand hitziger Debatten bei Beratung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes. Ein Antrag Reichensperger wollte dem Staatsanwalt das Plaidieren nach persönlicher Ueberzeugung vorbehalten, wurde jedoch auf lebhaften Widerspruch der Regierungskommissare hin schliesslich abgelehnt.

[18]) Beachte die Vorschrift in § 176 Basler St.-G.-Bs.

[19]) Dies wird bedeutungsvoll z. B. für staatsanwaltschaftliche Haftbefehle. Ein Rechtszug an das Gericht ist dagegen versagt. Die Abhängigkeit der die Haft verfügenden Behörde sichert aber wenigstens die Nachprüfung im Verwaltungswege.

Weil der Dienstvorgesetzte für die von ihm ausgehende Instruktion die dienstliche Verantwortung übernimmt, ist der Untergebene gehorsamspflichtig, selbst wenn die Handlung seiner Ueberzeugung zuwiderläuft oder ihm gar eine Gewissensbelastung bringt. Er mag um Enthebung von der ihn drückenden Verpflichtung ersuchen; wird sie ihm nicht gewährt, so muss er wohl oder übel sich zum Exekutor des höheren Willens bequemen. Seine Geschicklichkeit und sein Takt müssen ihn die Formen finden lassen, in denen er ohne Einbusse seiner persönlichen Würde den geschuldeten Gehorsam leisten kann.

Immer aber bewendet es bei einem blossen Anweisungsrecht des Regierungsrats. Zur selbständigen Vornahme der dem Staatsanwalt aufgetragenen Geschäfte (Einreichung einer Anklageschrift, Anordnung einer Voruntersuchung, Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung) sind die Vertreter der Justizverwaltung nicht legitimiert.[20]) Mögen sie auch die leitende Idee souverän ausgeben dürfen, des Armes des Staatsanwalts können sie zur Ausführung nicht entraten. Dies hat zur Folge: Die Weisung des Vorgesetzten hat nur interne Wirkung, sie bedeutet ein öffentlichrechtliches Mandat an den Beamten der Staatsanwaltschaft, in bestimmter Art von seiner Amtsgewalt Gebrauch zu machen. Nur das Innenverhältnis wird betroffen. Nach aussen behält der Staatsanwalt seine publizistische Vollmacht, für den Staat rechtsverbindlich zu handeln, mag er sich auch einer Disziplinwidrigkeit oder gar auch einer Zuwiderhandlung nach § 176 StgBs schuldig machen. Die volle Repräsentation der Behörde durch jeden einzelnen ihrer Beamten wird also nicht geschmälert. Dem Gericht oder einem sonstigen Prozessbeteiligten gegenüber hängt die Wirksamkeit seines Amtsakts von der Einhaltung des Mandats selbst dann nicht ab, wenn jene von den Vorgängen im Schoss der Behörde genau unterrichtet sein sollten.

Ueber das dienstliche Verhältnis des ersten zum zweiten Staatsanwalt (O § 48 Abs. 2), zum substituierten Untersuchungs-

---

[20]) Bei drohendem Ablauf der Rechtsmittelfrist kann diese Beschränkung recht hinderlich werden.

richter (O § 51 Abs. 1) oder sonstigen Substituten (O § 51 Abs. 2) schweigt sich das Gesetz aus. Obschon jeder Beamte der Staatsanwaltschaft diese Behörde nach aussen uneingeschränkt vertritt und deren Einheitlichkeit auch insofern gewahrt ist, als jeder Beamte grundsätzlich die höchste Spitze der ganzen Hierarchie vertritt, so ist damit doch noch nichts für ein Aufsichts- und Leitungsrecht des ersten Staatsanwalts gewonnen. Es ist auf das nach O § 48 Abs. 3 zu erlassende Reglement abzustellen. Darin kann die Zentralstelle ihr Aufsichtsrecht im Interesse der einheitlichen Geschäftsführung delegieren. Es wiederholt sich dann ein analoges Subordinationsverhältnis.

II. Die allgemeine Stellung der Staatsanwaltschaft im Prozesse.

Das dreiseitige Prozessrechtsverhältnis wird erst durch die Klagannahme seitens des Gerichts begründet.[21]) Der Augenblick der litis contestatio bringt für die Stellung der Staatsanwaltschaft zur Strafsache selbst eine tiefgreifende Wandlung mit sich.

1. Im Stadium der blossen Vorerörterungen[22]) nach E § 23 tritt der Staatsanwalt gleich dem ehemaligen Inquirenten dem Gegenstande der Untersuchung grundsätzlich unparteiisch entgegen. Dieser Teil des Verfahrens ist ja lediglich darauf angelegt, ihn zu informieren, ob eine Veranlassung zur Erhebung der Anklage besteht. Der Staatsanwalt befindet sich in der Rolle des unbefangenen Beurteilers der Anzeige und der Erörterungsergebnisse. Er ist noch nicht Partei, er hat sich noch nicht zum Träger eines bestimmten Rechtsschutzanspruchs und zur treibenden Kraft eines vorwärtsschreitenden Rechtsverfahrens bestellt.

Da er in der Ermittelungsinstanz bestenfalls erst künftige Partei ist, hat er inzwischen weder Rechte noch Pflichten einer

---

[21]) E § 25 steht nur scheinbar im Widerspruch (latente Dekrete!).

[22]) Die Durchbrechungen des Anklagemonopols durch die exklusive Privatklage gemäss E § 3 bedürfen im gegenwärtigen Zusammenhang nur der Erwähnung. Beachte E § 4.

solchen. Seine Betätigung unterliegt auch keinen sachlichen oder formellen Beschränkungen (z. B. Verbot der Klagänderung — Solennität der Akte und Niederschriften). Nur die Grenzen müssen auch von ihm respektiert werden, die zum Schutze der privaten Rechtssphäre gegen die Eingriffe der Staatsgewalt gezogen sind. Insbesondere sollte die Stellung des Beschuldigten im Skrutinialverfahren die denkbar freieste sein. Soweit zur Sistierung von Personen oder Sachen für den künftigen Prozess oder zur Ermöglichung der Orientierung ein Rechtszwang unumgänglich ist, sollte er grundsätzlich nur dem Richter eingeräumt werden. Dem Staatsanwalt dürfte — gleich der Polizei oder dem Privaten[23]) — der Zugriff nur in Eilfällen (periculum in mora) und bloss provisorisch (vorbehaltlich der alsbald einzuholenden, endgültigen Entscheidung des Gerichts) verstattet sein. Zu missbilligen ist folgeweise die Machtfülle, die E § 23 verb. P § 32 in die Hände des Staatsanwalts legt. Wenn irgendwo, so zeigt sich an dieser Stelle aufs drastischste, dass der liberale Aufschwung, den die mitteleuropäische Gesetzgebung seit dem Ende der 1860er Jahre in so erfreulicher Stärke aufweist, im Basler Recht nicht durchgedrungen ist. Obschon der öffentliche Ankläger der Gerichtsbarkeit i. e. S. darbt, mithin auch keinerlei Gerichtszwang sollte ausüben dürfen, hat man ihm doch alle Kompetenzen des Untersuchungsrichters zugesprochen — sogar ohne zeitliche Begrenzung, so dass er davon noch in dem Hauptverfahren Gebrauch machen könnte. Er darf daher z. B. Vorführungs-, Haftbefehle und Steckbriefe erlassen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen anordnen, Zeugen, Sachverständige und Beschuldigte laden und einvernehmen.[24]) Um das schon gerüttelte Mass von Gewalt voll zu machen, wird das Ganze noch durch den ungeheuerlichen, restriktivster Auslegung bedürftigen § 52 StgBs gekrönt, der dem Staatsanwalt

---

[23]) E § 17.

[24]) Es ist de jure möglich, dass die Staatsanwaltschaft eine Person auf geringfügige Verdachtsgründe hin während eines jahrelang hingezogenen Ermittelungsverfahrens interniert; weder gibt es eine sog. Haftverjährung, noch eine Provokation auf Gerichtsentscheid.

gestattet, durch die blosse Androhung der „Verzeigung zu strafrichterlicher Ahndung“ den Ungehorsam gegen seine Anordnungen zu kriminalisieren, letzteren also den grössten Nachdruck zu verschaffen! Je eher der Staatsanwaltschaft diese Zwangsbefugnisse genommen werden, um so besser. Denn erst dann wird mit dem verfassungsmässig verbrieften Persönlichkeitsschutz wirklicher Ernst gemacht. Mit dem Gedankensystem des Rechtsstaats, der in uns allen heute so lebendig ist wie je, ist die Ausstattung einer blossen Verwaltungsbehörde mit derartigen, zu den schwersten Beeinträchtigungen des Einzelnen berechtigenden Kompetenzen schlechterdings unverträglich.

Das Klagmonopol der Staatsanwaltschaft schliesst nach E § 5 die Klagpflicht in sich. Auch das Basler Recht wird mithin von dem Legalitätsprinzip (der sogen. strengen Bindung an das objektive Recht) beherrscht. So unerlässlich eine solche Ordnung als Gegengewicht gegen unberechtigte Regierungseinflüsse und als Garantie einer objektiven Strafrechtspflege scheint und so apodiktisch E § 5 den Gedanken ausspricht, so wenig strikt lässt sich die Legalität in praxi durchführen. In den §§ 2, 19, 38 Abs. 2 des Basler StgBs, in E § 4 und bei der Frage der Rechtsmitteleinlegung bricht die Opportunitätsmaxime wieder durch. Es ist heutzutage noch eine offene Frage, ob auf die Dauer mit der starren Legalität auszukommen sein wird.[25]) Die Anschauungen, die sich zu der Rechtsparömie minima non curat praetor verdichtet haben, machen sich hier geltend. Der Staat hat keine Veranlassung, schablonenmässig bei jeder Geringfügigkeit das grobe Geschütz des Strafapparats aufzufahren. Schon heute wird sich kein vernünftiger Staatsanwalt derartigen Ueberlegungen verschliessen können und ihnen durch Einstellungen mit vielleicht gelegentlich etwas gewaltsamer Motivierung Rech-

[25]) In der Kommission für die Reform des deutschen Strafprozesses hat man (allerdings nur mit knapper Mehrheit) die Einschränkung des Legalitätsprinzips bei „mangelndem öffentlichen Interesse“ beschlossen, doch ist diese Formel viel zu vag, um legislativ verwertbar zu sein. Mindestens bedarf es noch des Correktivs der subsidiären Privatklage.

nung tragen.[26]) Auch abgesehen von solchen Bagatellfällen wird dem Staatswohl durch Unterlassung der Strafverfolgung oft mehr gedient als durch rücksichtsloses Anklagen; man denke z. B. an politische Massenverbrechen in unruhigen Zeiten, an die Gefahr internationaler Verwicklung oder an die Straffälle, wo weitere Verurteilungen nach Erreichung des gesetzlichen Maximums auf die Strafbemessung ohne Einfluss bleiben müssen.

2. Im scharfen Gegensatz zum ministère public wird die Staatsanwaltschaft im Basler Ordinarverfahren im Augenblick der Klagannahme zur Vertreterin einer echten Partei, d. h. des aus dem materiellen Strafrechtsverhältnis (angeblich) berechtigten Staats.[27]) Sie hat den von ihr in Lauf gesetzten Prozess durch Sammlung und prozessuale Verwertung des Materials zu fördern und im Sinne der Staatsnotwendigkeit zu Ende zu bringen. Ihr liegt alles ob, was der Gerichtsherr zur Wahrung des Gesetzes und im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt vorgenommen wissen will. Aus seiner Parteistellung fliessen ab das Recht des Staatsanwalts auf Anwesenheit (z. B. P § 108), auf ordentliches Gerichtsgehör (in der Form der Anteilnahme an der Besetzung der Richterbank — O § 37, auch P G § 43 Ziff. 1 — wie der gehörigen Information des Gerichts durch Antragstellung, Mitwirkung bei der Beweisaufnahme, Schlussvorträge — E § 28 Abs. 3, P § 74, 43 Abs. 3, 85, 86, 92, 93 u. ö. —), auf gegenständliche Begrenzung der Gerichtstätigkeit (E § 29, P §§ 72, 83 Abs. 2, jedoch § 71 Abs. 2), auf Akteneinsicht (E § 28 Abs. 2), auf Eröffnung der Gerichtsdekrete (P §§ 108, 110), auf Anrufung des höheren Richters (P § 111 Abs. 1) und dergleichen mehr. Freilich — die Anerkennung der Parteiqualität des öffentlichen Anklägers ist im geltenden Recht erst eine prinzipielle, die folgerichtige Einzeldurchführung lässt noch viel zu wün-

---

[26]) Die Polizei hängt heute im praktischen Ergebnis noch immer dem Opportunitätsprinzip an.

[27]) Zutreffend hebt schon das Gutachten des Justizkollegiums zum Entwurf der P (S. 20) die Parteistellung des Staatsanwalts in der „Hauptuntersuchung“ hervor.

schen übrig. Es wird in den Grundsatz Bresche gelegt sowohl nach der Seite der Ueberspannung wie der Beschränkung der Befugnisse hin: über das der Partei einzuräumende Mass von Einfluss geht hinaus die Ueberordnung der Staatsanwaltschaft über den Untersuchungsrichter (unten III. C) und ihre Mitwirkung bei der Ueberweisung nach voraufgegangener Voruntersuchung (unten III. D), dagegen wird die Parteistellung beeinträchtigt z. B. durch das Verbot der Klagrücknahme, die wenigstens sachliche Eliminierung im Polizeiverfahren (unten III. E), die Versagung einer direkten Einwirkung auf den Umfang der Beweisaufnahme.[28]) Wir leiden eben noch zu stark unter der Last der Geschichte: der Inquisitionsprozess wurde nur allmählich, zuerst in der Form überwunden und tut noch heute der organischen Entfaltung des Parteiverfahrens erheblichen Abbruch. Aber, wenn wir die Gesetzgebungsarbeit seit 1862 überschauen, sehen wir deutlich, wie der Parteiprozess unaufhaltsam an Gelände gewinnt: die Entwicklungsrichtung steht fest. Wie sich der Fortschritt bisher mit der weiteren Anerkennung der Parteistellung und -rechte der Staatsanwaltschaft (weniger leider noch des Angeklagten) verband, so wird auch der künftige Umbildungsprozess lediglich in diesem Zeichen stehen können!

Um Missverständnissen vorzubeugen: der Parteicharakter der Staatsanwaltschaft gibt ihr noch nicht die ungebundene Position des Privatklägers. Denn sie bleibt zugleich Behörde. Zwar tritt die Beamteneigenschaft mit der prozessualen Coordination des Staatsanwalts zum Angeklagten nicht in Widerspruch, wohl aber äussert sie sich darin, dass sie ihn verpflichtet, zur Aufrechterhaltung seiner Amtswürde aller Parteilichkeit und Parteileidenschaft zu entsagen. Er muss sich weiter immer gewärtig halten, dass der Staat selbst dort, wo er anklagend tätig wird, nur die materielle Wahrheit erstrebt. Darum muss auch der Staatsanwalt an der Verteidigung des Angeklagten sachlich teilnehmen, auch er muss bei der Stoff-

[28]) Die Parteien können die Einführung eines neuen Beweismittels in den Prozess nicht erzwingen (weder durch Sistierung noch rechtzeitige Ladung). P § 74.

sammlung und -würdigung die zur Entlastung dienenden Momente voll berücksichtigen und seine Prozessverfügungen darnach treffen. Die Vorschrift des § 23 Abs. 1 E gilt über das Stadium der Klagvorbereitung hinaus bis zum Schluss des ganzen Verfahrens. Sie gewinnt insbesondere in der Rechtsmittelinstanz Bedeutung: der Staatsanwalt hat auch zu Gunsten des Verurteilten den höheren Richter in Bewegung zu setzen.[29])

III. Verhältnis der Staatsanwaltschaft zu den einzelnen Behörden.

1. Die Relation zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei gehört zu den schwierigsten Fragen der Prozesstechnik. Die erwünschte, viel angestrebte „organische Vermittelung" ist bisher noch nirgends gelungen. Aber die Regelung der Materie in der Basler Gesetzgebung bleibt weit hinter dem heute schon Erreichbaren zurück. Auch sie erklärt sich im wesentlichen genetisch: die letzten Reste der ehemaligen polizeilichen Voruntersuchung harren noch der Abtragung.

Nach modernen Verwaltungsgrundsätzen gehört die sogen. gerichtliche Polizei, die auf Aufspürung strafbarer Handlungen und Realisierung der Strafansprüche gerichtete staatliche Tätigkeit, zur Rechtspflege, nicht mehr zu den eigentlichen Polizeifunktionen. Polizei i. e. S. ist lediglich die administrative. Natürlich wird kein Gemeinwesen die Mitwirkung der zahlreichen, wohlunterrichteten und überall leicht erreichbaren Exekutivorgane des Polizeidepartements bei der Verbrechensverfolgung missen können. Aber deren Betätigung darf keine selbständige sein, sie müssen vielmehr in die Rechtspflegeorganisation eingefügt und zwar der Staatsanwaltschaft und den Gerichten als öffentlichrechtliche Mandatare oder negotiorum gestores (beim sogen. Recht des ersten Zugriffs) angegliedert werden.[30])

---

[29]) Dies gilt sogar in Polizeigerichtssachen, trotz P G § 38 Abs. 4 (jedoch in den Schranken der Abs. 1—3).

[30]) Man sollte der Staatsanwaltschaft und den Gerichten die Befugnis geben, mit den einzelnen Beamten der Polizei auch direkt zu kommunizieren, ihnen unmittelbare Anweisungen und Aufträge zu erteilen, direkte Berichte entgegenzunehmen u. s. f.

a) Als verfehlt ist folgeweise die Betrauung der Polizei mit der Aufgabe originärer Verfolgung (E §§ 10, 22) zu beanstanden. Die Polizei wird nach Basler Recht nicht nur als Hilfsorgan der Rechtspflegebehörden verwendet, sondern ist daneben eine Art Vorinstanz der Staatsanwaltschaft zur Einleitung der Untersuchung und Erhebung der nächsten Beweise. Im Ratschlag zu dem E (S. 5) wird ausgeführt: man sei von der Idee, der Polizei diese Funktion ganz abzunehmen, wieder abgekommen, da sie zu sehr mit der übrigen polizeilichen Tätigkeit verknüpft sei und die Staatsanwaltschaft, wenn sie die Initiative hätte, samt den Untersuchungsrichtern mit Geschäften überlastet würde. Die Motive sind nicht überzeugend. Es scheint, dass es mehr das Unvermögen der rechtlichen Konstruktion als eine tief und allseitig erwogene Zweckmässigkeit war, was der Polizei bislang die provisorische Vorerörterung zu eigenem Recht beliess.

Die Komplikationen, die sich aus den konkurrierenden Verfolgungsrechten von Polizei und Staatsanwaltschaft ergeben, werden vom Gesetz nicht berührt. Kann z. B. der Staatsanwalt der Polizei die Erörterungen aus der Hand nehmen und allein weiter betreiben? Da das polizeiliche Skrutinialverfahren nach E § 8, 23 Abs. 2 überhaupt nicht obligatorisch ist und eine doppelte Erörterung derselben Sache unter demselben Gesichtswinkel nicht gutgeheissen werden kann, scheint die Bejahung geboten. Dagegen dürfte ein Verbot der Staatsanwaltschaft, in bestimmter Angelegenheit polizeiliche Erhebungen zu veranstalten, oder ihr Gebot, die Ermittelungen in bestimmtem Sinne vorzunehmen, der staatsrechtlichen Grundlage entbehren. Auch wird die Polizei durch die vom Staatsanwalt verfügte Einstellung des Verfahrens nicht gehindert sein, in neue Erörterungen einzutreten und die Staatsanwaltschaft durch Einreichung der neuerlich ergangenen Akten zur Nachprüfung ihrer Verfügung zu nötigen.

Direkt eine Kalamität ist die Bekleidung der erörternden Polizei mit den Gewalten nach E §§ 11 ff. verb. § 52 StgBs (Verhaftungs-, Vorführungs-, Steckbrief-, Vernehmungsrecht;

bei Gefahr in Verzug volle untersuchungsrichterliche Gewalt!). Ist schon die Staatsanwaltschaft als Trägerin solcher Gerechtsame gänzlich ungeeignet, um wie viel mehr die Polizei, der die Verwechslung juristischer mit administrativer Anschauung nicht einmal zum Vorwurf gemacht werden kann! Die Gefahr bedauerlicher Missgriffe droht ohne Unterlass. Es wäre an der Zeit, die starken Reste des entschwundenen Polizeistaats über Bord gehen zu lassen!

b) Die theoretische Unsicherheit über die Funktionen der Polizei hat es weiter verschuldet, dass sie mit der Vollstreckung der Freiheitsstrafen (P § 122) beauftragt wurde. Man glaubte, die Trennung von Justiz und Verwaltung auch bei der Exekution durchführen zu sollen.[31]) Anstatt aber — wie es dann angebracht war — die Staatsanwaltschaft zur Vollstreckungsinstanz zu machen, hat man ihr lediglich die Oberaufsicht und das Berichtsrecht an den Regierungsrat eingeräumt, der die vorgesetzte Dienststelle der Polizei darstellt. Man knüpfte dabei an das Herkommen an. Vor 1862 lag dem Kleinen Rat die Exekution ob, dieser bediente sich der Polizei als Exekutivorgan. Allmählich hatte sich die Praxis eingebürgert, dass das rechtskräftige Erkenntnis von dem Amtsbürgermeister sofort kontrasigniert und der Polizei zum Vollzug übergeben wurde. Erst nachträglich (am nächsten Ratstag) wurde die Sache dem Kleinen Rat vorgetragen. Lediglich eine Vereinfachung dieser Uebung enthält P § 122.

2. Charakteristisch für das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Gericht ist die Inkongruenz der Funktionen beider Behörden. Der Staat als Strafkläger tritt dem Staat als Gerichtsstelle mit anderen Interessen entgegen. Dieser Zwiespalt der Aufgaben löst sich durch die Eigenart der Staats-

---

[31]) Es wurde mithin dem französischen System, das die Vollstreckung als Administrativakt behandelt, vor dem deutschen, das sie zum Richterakt macht (jurisdictio sine coërcitione esse non potest), der Vorzug gegeben. Wer hat aber zu entscheiden, falls das vollstreckbare Erkenntnis unvollständig ist oder Zweifel über Tragweite oder Zulässigkeit der Vollstreckung auftauchen? Sicher weder Polizei noch Staatsanwaltschaft, sondern das Gericht!

organisation. Als ideelles Gebilde bedarf das Gemeinwesen zur Bildung von Gedanken und Willen des physischen Substrats bestimmter Individuen. Damit entfällt für den Staat die für den Einzelnen notwendige Einheit des Fühlens, Denkens und Wollens; die Rechtsordnung kann sich mit deren Divergenz einrichten. Die Unvereinbarkeit der staatlichen Strafverfolgung mit der gleichzeitigen Staatstätigkeit unparteiischer Rechtsprechung ist bloss eine scheinbare; nur muss, je grösser die Konfliktsgefahr ist, die Selbständigkeit beider Beamtungen um so mehr gepflegt werden.

A. *a)* Demgemäss amtieren erkennendes Gericht und Staatsanwaltschaft, obschon beide von demselben Streben nach materieller Wahrheit und Gerechtigkeit erfüllt sind, sachlich in absoluter Unabhängigkeit von einander. Ersteres ist zur Wahrung der strengen Gesetzmässigkeit berufen, letztere steht bewusst in dem Dienste der Verfolgungsinteressen. Nach eigenem pflichtmässigen Gutdünken, ohne jede Rücksicht auf die Relevanzmeinung des Richters, macht der öffentliche Ankläger von den ihm zur Verfügung stehenden Formen und Behelfen des Prozesses Gebrauch, um die von ihm als richtig vertretene Anschauung allen Widerständen zum Trotz, gleichviel woher sie kommen, zum Sieg zu führen.[32])

Die sachliche Koordination bringt es mit sich, dass dem Gericht, wenn der Staatsanwalt seinen Parteiobliegenheiten

---

[32]) Das in den Ländern deutscher Zunge allenthalben ersichtliche Bemühen, den Gerichten ein möglichst hohes Ansehen zu gewähren und sie vor jeder bevormundenden Beeinflussung zu schützen, hat auch in Basel der Staatsanwaltschaft die Würde der Gesetzeswächterin in französischem Sinne versagen lassen. Wäre sie wirklich zum „oeil de la loi“ bestellt worden, könnte sie sich also — ohne an bestimmte Interessen und deren Wahrnehmung gebunden zu sein — jeweilen auf Seite der nach ihrem Ermessen im Rechte befindlichen Partei schlagen, wäre sie mit der allgemeinen Kontrole der Justizbeamten und Gerichtskörper betraut, so könnte sie kraft ihrer Eigenschaft als Superinstanz über den Gerichten der von ihr vertretenen Justizverwaltung zum Einfluss auf die sachliche Entscheidung der Gerichte verhelfen. Gerade diesen Erfolg hatte Napoleon I., der grosse Erneuerer des ministère public, in richtiger Würdigung der Verhältnisse vorausgesehen und beabsichtigt.

nicht nachkommt, keine Möglichkeit zum Eingreifen gegeben ist. Ist er z. B. mit der Angehung der Ueberweisungsbehörde (P § 60) oder der Einreichung der Anklageschrift (P § 66) säumig, hält er sich der Hauptverhandlung fern oder bleibt er darin untätig, so bleibt dem Gericht nur übrig, den dem Staatsanwalt übergeordneten Regierungsrat davon zu verständigen und dessen Einschreiten zu provozieren.

b) Formell unterliegt dagegen der öffentliche Ankläger bei Ausübung seiner Parteirechte der Prozessleitung des (erkennenden) Gerichts. Er schuldet ihm als der höchsten Manifestation der Staatsgewalt überdies äussere Ehrerbietung (die Franzosen nennen daher den ministère public, der sich beim Ergreifen des Wortes zu erheben hat, le magistrat debout).

Das Gericht ordnet in einer für alle Prozessbeteiligten und daher auch die Staatsanwaltschaft bindenden Weise Zeit, Ort, Ordnungsmässigkeit und — soweit das Gesetz selbst nicht nähere Anweisungen gibt — auch Aufeinanderfolge und Erscheinungsform der Prozesshandlungen, dies gilt insbesondere für die Gestaltung des Beweisverfahrens. Die formelle Subordination kulminiert in der prozessualen Disziplinargewalt des Gerichts. So begreiflich es ist, wenn der Staatsanwaltschaft die Tendenz, sich von der gerichtlichen Zucht zu emanzipieren, innewohnt,[33]) — sie kann sich der Korrektur des Gerichts bei dem dienstlichen Zusammenarbeiten, zumal in der Hauptverhandlung, nicht entziehen. Es ist das eine einfache Konsequenz des Parteiprozesses; auch ohnehin wäre die Konzentration der Leitung in der Hand des Richters im Interesse der Würde der Verhandlungen und eines gedeihlichen Zusammenwirkens der Prozesssubjekte geboten. Der Staatsanwalt muss es sich daher genau so wie der Angeklagte oder dessen Verteidiger gefallen lassen, dass unzulässige Fragen zurückgewiesen oder ungehörige Redewendungen gerügt werden, dass die Aufforderung, sich zu mässigen, an ihn

[33]) In Frankreich muss dieses Bestreben als berechtigt gelten, da ja dort die Staatsanwaltschaft Gesetzeswächterin ist. Es scheint sich — nach der französischen Judikatur zu urteilen — ein Zustand mimosenhafter Empfindlichkeit herausgebildet zu haben.

ergeht. Ob freilich auch eine Zwangsgewalt des Gerichts besteht, ist eine heikle Frage. Das Gesetz lässt uns hier wieder einmal im Stich. P § 78 scheint entgegenzustehen, aber die Bestimmung ist offenbar zu eng gefasst: sie zählt nur Angeklagte, Zeugen und Zuhörer auf, ignoriert also z. B. auch die Sachverständigen. Da als letztes Zufluchtsmittel — wenn z. B. auch die Unterbrechung der Sitzung und die Anrufung des Disziplinarvorgesetzten keine Remedur schafft — die Ungebührlichkeitsstrafe zur Aufrechterhaltung der Ordnung unentbehrlich ist, dürfte die analoge Ausdehnung des P § 78 auf Staatsanwälte das Richtige treffen.

B. Ein auffälliger und bedauerlicher Abfall vom Prinzip der sachlichen Koordination bietet das Wiederaufnahmeverfahren. Nach P § 129 erfolgt die Wiederaufrollung des durch ein rechtskräftiges Erkenntnis abgeschlossenen Prozesses auf Weisung des Staatsanwalts und zwar in der Form, dass er eine (neue) Voruntersuchung anordnet. (Wie es in Polizeigerichts- und Privatklagsachen, wo eine Voruntersuchung unstatthaft ist, gehalten werden soll, sagt das Gesetz nicht. Dass eine Wiederaufnahme hier ausgeschlossen sein sollte, ist kaum anzunehmen und wäre jedenfalls unerträglich). Mit diesem Beschluss wird das frühere Urteil aufgehoben; es ist unwiderruflich aus der Welt geschafft, der ganze Prozess ist in das Stadium der Voruntersuchung zurückversetzt (er kann nunmehr also auch mit einem Dahinstellungsbeschluss der Ueberweisungsbehörde enden; P § 130). Nach Basler Recht ist mithin die Staatsanwaltschaft — wenngleich nur ausnahmsweise — sogar Rechtsmittelinstanz. Sie ist insoweit über das Gericht gestellt. Nach ihrem freien, durch keinerlei richterliche Instanzen kontrolierten Ermessen kann sie ein rechtskräftiges Erkenntnis wieder auslöschen. Es wäre in der Tat angezeigt, der Staatsanwaltschaft diese ihrer Stellung als Partei höchst unangemessene[34]) Kompetenz zu nehmen. Auch für das Wiederaufnahmeverfahren muss ein Gericht Rechtsmittel-

---

[34]) Man denke an die Wiederaufhebung von Erkenntnissen, die gegen die Anträge des Staatsanwalts ergingen.

instanz sein, am besten der judex a quo, der die nach P § 128 erforderliche Probabilitätserwägung mit der grössten Garantie der Richtigkeit anstellen kann. Dass im Falle eines ablehnenden Bescheids auf das vom Beurteilten oder (nach dessen Tod) dessen nächsten Verwandten[35]) angebrachte Rechtsmittelgesuch schon heute der judex a quo (P § 129 Abs. 2) im Beschwerdeverfahren[36]) tätig wird, zeigt zur Genüge, dass der Gesetzgeber sich selbst dieser Einsicht nicht verschloss.

C. Das Wiederaufnahmeverfahren gehört zu den Seltenheiten der Praxis. Darum mag der Bruch mit einem Fundamentalprinzip des heutigen Prozesses — so unerträglich er theoretisch ist — ohne fühlbare Schädigung weiterer Interessen hingehen. Ganz anders verhält es sich mit der analogen Entgleisung nach E § 28 Abs. 1, wonach „die Staatsanwaltschaft die Beobachtung der gesetzlichen Formen während der Voruntersuchung zu überwachen und für Abstellung von Unregelmässigkeiten und Verzögerungen das Erforderliche zu veranlassen“ hat. Ob diese Vorschrift den Staatsanwalt zur Instanz einer Rechts- oder bloss einer Dienstaufsicht erhebt, kann nach ihrem Wortlaut zweifelhaft sein. Nach S. 26 f. des Gutachtens der Justizkommission (zur P),[37]) inhalts dessen der Staatsanwalt die Verhöre des Untersuchungsrichters zu kontrolieren und dabei ab- und zuzugehen berechtigt sein soll, scheint es, als ob man bei der ersten Aufstellung der Bestimmung an eine sachliche Leitungsbefugnis gedacht habe.[38]) Vielleicht hat den Redaktoren das französische Institut der Voruntersuchung vorgeschwebt. Glücklicherweise bleibt die Frage de lege lata in der Schwebe. Wir dürfen und müssen uns zur Vermeidung ärgster Misshelligkeiten daher im Sinne

---

[35]) Wer darunter zu verstehen ist, bleibt unklar.

[36]) Einer der seltenen Fälle einer Rechtsbeschwerde nach Basler Strafprozessrecht! Ein allgemeines Rechtsmittel der Beschwerde fehlt.

[37]) E § 28 entspricht ganz dem § 59 P.

[38]) Nach P § 54 Abs. 2 bedarf der Untersuchungsrichter zur Veranstaltung von Haussuchungen gar der Genehmigung (!) des Staatsanwalts (Ausnahme nur in Eilfällen).

der blossen Dienstaufsicht schlüssig machen. Immerhin bleibt auch so noch die Satzung bedauerlich genug. Die gerichtliche Voruntersuchung ist echter Prozess[39]) und zwar — trotz aller Abschwächungen in inquisitorischem Geist — Parteiverfahren. Ihr ist das Ziel gesteckt, die Entschliessung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubereiten und diesem selbst vorzuarbeiten (P § 30). Dominus litis ist der Untersuchungsrichter:[40]) er steht über den Interessen beider Parteien und dient lediglich der materiellen Gerechtigkeit; er soll insbesondere an der Verteidigung des Angeschuldigten tätigen Anteil nehmen. Dass er als Richter der Dienstaufsicht der Klagpartei unterworfen ist, erscheint damit durchaus unverträglich. Das normale Verhältnis zwischen Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, das analog dem zwischen erkennendem Gericht und öffentlichem Ankläger geregelt sein sollte, wird zum Schaden des Angeschuldigten gestört, wenn der Untersuchungsrichter den Kläger, mit dem er fortgesetzt in dienstliche Berührung kommt, als Dienstvorgesetzten respektieren muss. Der Wert des ganzen Instituts der Voruntersuchung wird in Frage gestellt, da man den Untersuchungsrichter durch die Klagpartei disziplinieren und diese so einen indirekten sachlichen Einfluss gewinnen lässt.

Die Vermischung der Kompetenzen von Staatsanwalt und Untersuchungsrichter setzt sich noch in einer Anzahl weiterer Bestimmungen fort: z. B. O § 51 Abs. 1 (Wechsel der Funktionen des Untersuchungsrichters und des zweiten Staatsanwalts), O § 53 (gemeinsame Kanzlei, Auftreten als Gesamtbehörde), P § 43 Abs. 3 (der Staatsanwalt fungiert bei der Augenscheinseinnahme durch den Untersuchungsrichter als Urkundsperson). Vor allem ist hier der Zusammensetzung der

---

[39]) Arg.: Die Einlassungspflicht des Angeschuldigten, die Einhaltung strenger Prozessformen, das Festhalten an der subjektiven und objektiven Identität der Tat, die Rechtskraftwirkung des Dahinstellungsbeschlusses etc.

[40]) Man könnte fast zweifeln, ob er wirklich Richter oder nicht vielmehr nur Gehilfe des Staatsanwalts ist. Vergl. jedoch Gutachten des Justizkollegiums S. 19 und der Grossratskommission zu P S. 6.

Ueberweisungsbehörde (O § 52) zu gedenken.[41]) Nach Beendigung der Voruntersuchung treten die beiden Untersuchungsrichter unter dem Vorsitz des Staatsanwalts zur Entscheidung darüber zusammen, ob die Sache dahingestellt oder das Hauptverfahren eröffnet werden solle. Der Staatsanwalt, der als Partei bei dieser Entschliessung überhaupt nicht mitwirken sollte, dominiert in dem Kollegium von vornherein; denn er führt das Präsidium, ist der dienstliche Vorgesetzte der beiden Beisitzer und kann überdies jederzeit das Gewicht, dass er die Sache ja weiterhin zu vertreten habe und daher seine Intentionen den Vorzug verdienen, in die Wagschale werfen. Die Berichterstattung liegt weiter dem Untersuchungsrichter ob, der die Untersuchung geführt hat. Auch das ist ein Fehler. Er ist zwar der Bestunterrichtete, da er die Sache sich hat entwickeln sehen, mitten darin gestanden hat und über die nichtprotokollierbaren persönlichen Eindrücke referieren kann. Aber auf der anderen Seite ist gerade er durch die Bearbeitung der Sache leicht voreingenommen, er hat sich schon während der Untersuchung leicht eine bestimmte Meinung gebildet. Zu der unparteiischen Vorprüfung des Straffalls, die der Ueberweisungsbehörde obliegt, ist sie so gut wie gar nicht befähigt. Sie ist heute nur eine Art Rückenstärkung des Staatsanwalts vor der Oeffentlichkeit: das Kollegium nimmt ihm einen Teil der Verantwortung ab. Die künftige Gesetzgebung muss die gegenwärtige halbe Einrichtung beseitigen. Entweder sie lässt den Staatsanwalt allein über die Fortführung der Sache ins Hauptverfahren entscheiden (Einreichung einer förmlichen Anklageschrift wie nach E §§ 25, 27 etc.)[42]) oder sie bestellt ein wirklich unparteiisches Richterkollegium (etwa einen Strafgerichtsausschuss) zur Ueberprüfung der staatsanwaltschaftlichen Anträge (auf Einstellung oder Eröffnung des Hauptverfahrens).

---

[41]) Dass gegen die gegenwärtige Besetzung der Ueberweisungsbehörde von Anbeginn Bedenken bestanden, wird durch das Gutachten der Grossratskommission zum Entwurf der P S. 9 ff. belegt.

[42]) Die Einstellungsverfügung wäre dann materiell Klagrücknahme.

D. *a)* Gewissermassen zum Ausgleich der Prävalenz der Staatsanwaltschaft zu B und C wird ihr im Verfahren vor dem Polizeigericht eine um so unwürdigere Stellung zu Teil. Sie wird hier während der ersten Instanz aus der Parteirolle verdrängt. Geleitet von dem an sich berechtigten Bestreben, für die polizeilichen Bagatellsachen ein Summarverfahren einzuführen, ist man darauf verfallen, den Prozess ganz inquisitorisch zu gestalten. Ob dies zweckmässig ist oder einen erheblichen Mangel an prozessualer Technik verrät,[43]) kann hier auf sich beruhen bleiben. In diesem Zusammenhang interessiert nur, dass der Staatsanwalt in dem Verfahren vor dem Polizeigerichtspräsidenten überhaupt nicht zu Wort kommt und dass er vor dem vollbesetzten Polizeigericht nur in der Hauptverhandlung zugezogen wird. Da die Begründung und Individualisierung des Prozessrechtsverhältnisses durch den Polizeigerichtspräsidenten erfolgt,[44]) so fungiert der Staatsanwalt tatsächlich als blosser Statist. Er gibt die Zielscheibe für die kontradiktorische Verhandlung des Angeklagten ab. Gleichviel wie er sich zum Gegenstand des Verfahrens stellt, der Prozess nimmt nach den Intentionen des Präsidenten seinen Lauf, die Staatsanwaltschaft, der die Klagänderung ebenso wie die -rücknahme verwehrt ist, kann sich erst beim Schlussvortrag (konsultatives) Gehör verschaffen. Um als blosses Dekorationsstück, zum akkusatorischen Aufputz des reinen Untersuchungsprozesses, in der Hauptverhandlung erster Instanz verwertet zu werden, ist schliesslich die Staatsanwaltschaft doch eine zu ernsthafte Behörde!

b) Einen weiteren Fall sachlicher Abhängigkeit des Staatsanwalts vom Gericht enthält E §§ 30 ff.[45]) Es handelt sich

---

[43]) Das ganze Arsenal von Gründen, das von jeher wider das Inquisitionsverfahren bereit stand, kann auch gegen das Polizeigerichtsverfahren Verwendung finden.

[44]) Wirklicher Akkusationsprozess besteht nur ausnahmsweise, nämlich für die Fälle der Nachklage.

[45]) Dies Verfahren wurde erst durch das Einleitungsgesetz in den Basler Strafprozess gebracht. Ein Analogon bietet der oben schon berührte P § 129 Abs. 2. — Umgangen wird die Staatsanwaltschaft in P § 71 Abs. 2.

um die Garantierung des Legalitätsprinzips. Dem Verletzten, der sein Genugtuungsbedürfnis irgendwie im Verfahren zum Ausdruck gebracht hat,[46]) wird wider den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft eine befristete, an das Schriftlichkeitserfordernis gebundene Beschwerde eingeräumt. Es befindet ein Ausschuss des Appellationsgerichts, bestehend aus dem Präsidenten und zwei Richtern, über die Verfügung der Verfolgungsbehörde. Erachtet dieser die Beschwerde für begründet, so weist er unter Bezeichnung des Anzuklagenden und der Straftat den Staatsanwalt zur Klagerhebung an. Damit wird die Regel, dass nur das gerichtsherrliche Klagorgan, nicht der Richter im Ordinarverfahren die Prozessinitiative ergreifen dürfe, preisgegeben. Der Wert der Vorschrift nach E §§ 30 ff. ruht mehr in ihrer blossen Existenz als in ihrer praktischen Anwendung im Einzelfall: Wo eine Nachprüfung ihrer Verfügungen jederzeit möglich ist, pflegen die Behörden sorgfältiger als ohnedies zu arbeiten.

IV. Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Angeklagten.

Als Losung hierfür wird herkömmlich der Grundsatz der Gleichordnung der Parteien ausgegeben. Sonne und Wind sollen unter sie gleichmässig verteilt werden, Rechte und Pflichten nach dem nämlichen Massstab bemessen sein: non debet actori licere, quod reo non permittitur. Aber die Gleichstellung des Angeklagten mit dem öffentlichen Kläger ist nicht viel mehr als ein schöner Traum, der vor der rauhen Wirklichkeit zerfliesst. Nur eine nominelle, äusserliche Gleichheit ist erreichbar. Verschiedengeartete Parteiinteressen müssen eine ungleiche Stellung im Verfahren notwendig nach sich ziehen. Der Staatsanwalt als persönlich unbeteiligtes Staatsorgan geniesst von vornherein das grössere Vertrauen; er befindet sich in der vorteilhafteren Angriffsposition, ihm steht ausserdem der Apparat der Gerichtspolizei zur Verfügung.

---

[46]) „welcher Anzeige erhoben oder auf andere Weise im Strafverfahren seine Rechte geltend gemacht hat“.

Mag der Angeklagte auch in der Regel der Bestunterrichtete sein und zur Mitteilung seines Wissens nicht gezwungen werden können, so gleicht doch dieser Vorzug nicht entfernt die dem Gegner günstigen Faktoren aus. Auch der sogen. favor defensionis[47]) kompensiert nicht dessen Uebergewicht: es bewendet bei der materiellen Ungleichheit.

Die der Natur der Sache nach allein mögliche formelle Gleichheit prozessual zu erzielen, ist eine bisher im Basler Rechte kaum angestrebte Aufgabe. So wird dem Beschuldigten das Gehör zwischen Rechtshängigkeit und Klagannahme verweigert, in der Voruntersuchung ist er so ziemlich aller Rechte bar: er hat weder einen Anspruch auf richterliches Gehör noch auf Anteilnahme an präsumtiv nicht wiederholbaren Beweiserhebungen (Augenschein, Vernehmung totkranker Zeugen), noch ist ihm Akteneinsicht oder die formelle Verteidigung verstattet. Gegen die vom Untersuchungsrichter verfügten schwersten Eingriffe in seine Persönlichkeitssphäre (Haft, Beschlagnahme etc.) ist ihm kein Rechtszug eröffnet. Der Geist der Inquisition geht in der Basler Voruntersuchung noch um: der Angeschuldigte ist nur Objekt des Verfahrens. Es ist zu erwarten, dass in freiheitlicherem Sinn hierin Wandel geschafft werde.

Während des Skrutinialverfahrens fehlt es an einem Prozessrechtsverhältnis. Infolgedessen verbietet es sich von selbst, hier die Staatsanwaltschaft in die Parteistellung zu drängen oder dem Beschuldigten Parteirechte zu gewähren. Den richtigen Ausgleich der Interessen zu finden, hindert in Basel heute noch die Ausstattung der Polizei und der Staatsanwaltschaft mit richterlichen Zwangsbefugnissen. Vermöge dieser Kompetenzen ist der Beschuldigte — statt frei und selbständig den erörternden Instanzen entgegen zu treten — ihnen an Händen und Füssen geknebelt ausgeliefert. Er ist ihnen gegenüber

---

[47]) Solche Vergünstigungen des Angeklagten sind im Basler Prozess ziemlich spärlich, so fehlt z. B. das Erfordernis der künstlichen (qualifizierten) Mehrheit bei Bejahung der Schuldfrage. P § 99 hatte Zweidrittelmehrheit nur für Todesurteile vorgesehen.

ebenso macht- und rechtlos wie es ehedem der Inquisit dem Inquirenten gegenüber war. Wie ein Anachronismus ragt dieses Trümmerstück entschwundener Einrichtungen in unsere vom Gedanken des Rechtsstaats erfüllte, längst sogar für die eigentlichen Verwaltungssachen Justizförmlichkeit fordernde Zeit herein. Auch hier muss die geplante Reform gründlich Wandel schaffen. Wie das deutsche und österreichische Beispiel zeigt, wird die Energie und Präzision der Strafverfolgung durch eine liberale Ordnung des Vor- oder Hauptverfahrens nicht beeinträchtigt. Dafür aber wird das grosse Problem des 19. und 20. Jahrhunderts, die richtige Diagonale zwischen den berechtigten Interessen des Einzelnen und der Gesamtheit nach den Grundsätzen des Rechtsstaats zu ziehen, auf diesem Teilgebiet gelöst.