Die Appellation im Basler Strafprozesse

Autor(en): **Lüssy, Felix**

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): **31 (1912)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896497

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 Appellation im Basler Strafprozesse.

Von Dr. Felix Lüssy.

Das Problem der Appellation.

Die Einrichtung von Rechtsmitteln gegen strafrichterliche Urteile ist in ihren Grundzügen fast so alt wie die Festsetzung geordneter Formen der Verbrechensverfolgung und Bestrafung überhaupt. Keine auch nur einigermassen entwickelte Rechtsauffassung kann die Rechtsgenossen ohne starke Garantien gegen mögliche Irrtümer und Missgriffe der strafenden Justiz überliefern.[1]) In diesem Gesichtspunkte lag allezeit und liegt noch heute der Ausgangspunkt für alle an diesen Teil des Strafverfahrens anknüpfende Betrachtung. Schon Gönner, der Theoretiker des gemeinen Rechtes, schrieb 1804: „Sicherung der Rechte als Zweck der richterlichen Gewalt im Staate fordert, dass die Rechte des Bürgers auch gegen diejenigen Verletzungen sichergestellt werden, welche ihm durch den Richter zugefügt werden können, und mit rechtlicher Notwendigkeit gehet hieraus das Dasein von Rechtsmitteln hervor“,[2]) und ein moderner Jurist und Philosoph fasst daran anklingend unser modernes Empfinden schärfer

[1]) Deshalb beobachten wir auch, wie in denjenigen Epochen, die eigentlicher strafprozessualer Rechtsmittel zu ermangeln scheinen, die Entwicklung sofort auf einem andern Wege Hilfe schafft. Dies gilt z. B. für den germanischen Prozess im Hinblick auf Urteilsschelte und Gottesurteil (vergl. Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte I S. 252, II § 101), für das deutsche Mittelalter im Hinblick auf die Möglichkeit der Rechtserholung bei benachbarten Gerichten, den sogen. Oberhöfen (vergl. Walther: Die Rechtsmittel im Strafverfahren, München 1853/1855 I S. 25—36, Michelsen: Der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtssprüche, Altona 1839, S. 20—29).

[2]) Gönner: Handbuch des deutschen Gemeinen Prozesses III 2. Aufl. S. 110.

akzentuiert in die Worte: „dass ausnahmsweise einmal ein Schuldiger unbestraft bleibe, das muss man von der Begrenztheit der staatlichen Wirksamkeit als unvermeidliche Folge hinnehmen und das mindert auch die Majestät des Staates nicht, aber absolut widersinnig und empörend für Gefühl und Einsicht wäre es, dass ein Unschuldiger unverdiente Strafe trüge“.[3]) Aber — dürfen wir hinzusetzen — wenn die Schaffung einer Rechtsmittelinstanz so zunächst von individuellen Solidarinteressen ausgeht, so befriedigt sie doch zugleich in ihrer weiteren, namentlich der heutzutage geforderten Durchbildung das allgemeine staatliche Interesse. Nicht nur als Hilfe zur Verhütung ungerechter Verurteilungen, sondern ganz allgemein als Mittel zur Erzielung immer grösserer materieller Wahrheit in der Strafjustiz haben wir sie aufzufassen.

Wenn im folgenden versucht werden soll, das hauptsächlichste der Rechtsmittel des Strafprozesses, die Appellation, in der Ausgestaltung, die sie in der geltenden Basler Prozessordnung erhalten hat, kritisch darzustellen, so müssen vorerst einige einleitende Bemerkungen über den derzeitigen Stand des Problems der Appellation an sich in der deutschen Rechtswissenschaft[4]) unabhängig von den positiven legislatorischen

---

[3]) Lasson: System der Rechtsphilosophie S. 538.

[4]) Ich habe mich in dieser Arbeit konsequent auf das deutsche theoretische Material beschränkt und auf rechtsvergleichende Bemerkungen mit Ausnahme gelegentlicher Verweise auf die deutsche Strafprozess-Ordnung überhaupt verzichtet. Dies rechtfertigt sich für den vorliegenden Stoff dadurch, dass in der Entwicklung tatsächlich andere Einflüsse als diejenigen der deutschen juristischen Theorie gefehlt haben. Genau die gleichen Gedanken und Gesichtspunkte, wie sie die deutschen juristischen Schriftsteller bei der Einführung des neuen mündlichen Verfahrens und den daran anknüpfenden Kontroversen beherrscht haben, finden wir auch in den Akten der Vorgeschichte der Basler Prozessordnung, wie sie in der Sammlung des Basler Staatsarchivs mir zugänglich waren, und auch für eine Betrachtung de lege ferenda dürfen wir auch für schweizerische Verhältnisse ruhig an die bei der neuesten deutschen Prozessreform zu Tage getretenen Gedanken anknüpfen, da sie in eingehender Bearbeitung alle wesentlichen Gesichtspunkte enthalten. Schweizerische oder das Schweizerrecht speziell behandelnde Literatur war nirgends aufzufinden.

Bildungen vorangehen. Denn wenn auch die eingangs angezogene Notwendigkeit von Garantien der Individualinteressen und der materiellen Gerechtigkeit im Strafverfahren allgemein anerkannt wird, so gehen doch über das Wie dieser Garantien die Meinungen weit auseinander. Vor allem wird vielfach und aus verschiedenen Gründen auch heute noch die Berechtigung einer Appellation, worunter wir die umfassende Nachprüfung eines richterlichen Spruches durch eine zweite Instanz sowohl in Beziehung auf seine tatsächlichen als auch auf seine rechtlichen Elemente verstehen, im Strafprozesse überhaupt bestritten, und auch wo diese Berechtigung anerkannt wird, herrscht doch über die wünschenswerte Ausgestaltung des Rechtsmittels so viel Streit, dass wir wohl noch von einem eigentlichen Probleme der Appellation sprechen können. Ihren Ursprung haben all diese Fragen in den Kämpfen, die vor 60 und 70 Jahren bei Einführung der Grundlagen des heutigen Strafprozesses ausgefochten wurden. Die Appellation, die erst kurz vorher unter dem Einflusse einiger bedeutender Schriftsteller wieder zu voller Geltung gekommen war,[5]) schien mit einem Verfahren, das seinen Mittelpunkt in der mündlichen Hauptverhandlung mit freier Beweiswürdigung des Richters auf Grund unmittelbarer Beweisaufnahme hat, nicht mehr vereinbar. Auf das Einzelne der damals erhobenen Einwände und Bedenken ist hier nicht der Ort einzugehen. Walther und Schwarze als Gegner, Mittermaier als Verteidiger der Berufung sind die hauptsächlichsten Führer der Kontroversen gewesen.[6]) Praktisch hatte allerdings alle gegen die Appellation erhobene Kritik wenig Erfolg. Die Be-

[5]) Vergl. besonders Weber: Ueber die Appellation in Kriminalsachen. Würzburg und Bamberg 1805.

[6]) Vergl. insbes. Walther: Die Rechtsmittel im Strafverfahren. München 1853/55, 2 Bände; Schwarze: Die zweite Instanz im mündlichen Strafverfahren, in dem „Gerichtssaal", 7. Jahrg., Bd II, S. 1 ff. und 81 ff.; Mittermaier: Das Verhältnis der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Strafprozesse zur Motivierung der Strafurteile und zur Gestaltung der Berufung in Strafsachen. Archiv für Kriminalrecht. Neue Folge 1843, S. 69 ff.; ders.: Die Gesetzgebung und Rechtübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt. Erlangen 1856.

rufung behauptete sich trotzdem in den Kodifikationen. Das gilt sowohl für die deutsche Strafprozessordnung von 1877[7]) als auch für unser baslerisches Prozessgesetz von 1862. Aber es waren beiderorts Kompromisslösungen, unbefriedigend im Prinzip wie in vielen Einzelheiten. Dies ist für die deutsche Regelung durch die lange Reihe von Reformversuchen, die in der grossen Revisionsarbeit von 1904/1908 gipfeln, zur Genüge erwiesen.[8])

Halten wir nun Umschau in der heutigen juristischen Literatur, die zum grossen Teil auf diese historischen Gesichtspunkte direkt zurückführt, so lassen sich drei Gruppen von Berufungsgegnern unterscheiden.

1. Der Standpunkt eines Teils derselben erscheint uns als die konsequente Fortsetzung und Weiterbildung der sofort mit Aufkommen des neuen Prozesses gegen die Appellation erhobenen Gründe. In erster Linie ist hier Binding zu nennen.[9]) Seine Einwendungen gegenüber der wichtigsten Funktion der Berufung, der Heilung von Irrtümern des ersten Richters in der Tatfrage, basieren so viel ich sehe auf demselben Grunde, der schon Walther und Schwarze zu Berufungsgegnern gemacht hat. Er schreibt,[10]) nachdem er die Möglichkeit, dass der Strafrichter in falscher Würdigung der Beweise zu einer falschen Entscheidung der Beweisfrage komme, zugegeben hat: „Ein

---

[7]) Vergl. Hahn: Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben auf Veranlassung des Kaiserl. Justizamtes, Bd 3 [1] und 3 [2].

[8]) Vergl. die Zusammenstellung in den Protokollen der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Herausgegeben vom Reichsjustizamte. Berlin 1905, I, S. I und S. 443 und 444, sowie Bülow: Die Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen, Deutsche Juristenzeitung 1899, S. 76 ff.

[9]) Binding: Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl., S. 240 und 254/256, ferner ders.: Der Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes uud der Strafprozessordnung, Berlin 1895. Dazu Ullmann: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, München 1893, S. 588 Note 1; Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts, Leipzig 1880, S. 802/3; von Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg i./B. 1892, S. 646. Die Zusammenfassung der früheren Literatur am besten in Anlage I zu den Motiven der Strafprozessordnung von 1873 bei Hahn a. a. O., Bd 3 [1], S. 315 ff.

[10]) Grundriss S. 240.

solcher Fehler aber ist in jedem mündlichen Prozesse unverbesserlich, weil infolge der Grundsätze unmittelbarer Beweisaufnahme und freier Beweiswürdigung überhaupt nicht nachzuweisen. Dies gilt vor allem von allen Beweismitteln, die in persönlichen Aussagen bestehen, zum Teil aber auch von den Augenscheinsobjekten. Dem Oberrichter auf Grund der Akten eine Revision der unterrichterlichen Feststellung zu gestatten, hiesse den schlechter über den besser informierten Richter setzen. Eine Reproduktion des ganzen unterrichterlichen Beweisverfahrens vor dem Oberrichter in unveränderter Form ist ebenso unmöglich. Eine ganz neue Beweisaufnahme daselbst bedeutete die Schöpfung einer anderen ersten, aber nicht die einer zweiten Instanz. Somit darf weder die Appellation noch ein anderes Rechtsmittel wider unterrichterliche Feststellungen im neueren Prozesse eine Stelle finden.“ Dieser Beweisführung Bindings und der anderen Anhänger dieser Theorie könnte etwa das folgende entgegengesetzt werden. Was einmal die Unüberprüfbarkeit der erstrichterlichen Feststellungen anlangt, so muss betont werden, dass eben die Aufgabe der Berufung nicht dadurch erfüllt wird, dass ein zweiter Richter den Irrtum der ersten Instanz an einem ganz bestimmten, logisch feststellbaren Punkte nachweist und verbessert, das wäre freilich bei mündlicher Beweisaufnahme und freier Beweiswürdigung ein Ding der Unmöglichkeit; die Aufgabe der Berufung findet vielmehr darin ihre Erfüllung, dass die ganze Prozessmaterie von einem schon durch seine höhere Stellung mit höherer Autorität versehenen Richter mit geläutertem Verständnisse nochmals umfassend nachgeprüft werde. Von geläutertem Verständnisse kann aber ganz sicher geredet werden, wenn dem Richter nochmals das gleiche Material zur Verfügung gestellt wird, wie es der ersten Instanz zur Verfügung gestanden hat; denn neben diesem Materiale besitzt nun der Richter das ihm zur Kritik und Weiterförderung der Beurteilung des Falles sehr förderliche Resultat der ersten Untersuchung, wie es in den Motiven, deren sorgfältigste Ausarbeitung deshalb im Interesse der Berufungsinstanz zu

fordern ist, vorliegt. Auf diesem Resultate kann er nochmals an Hand des vollen Materiales mit kritischer Methode vorgehend weiterbauen; neu Vorgeführtes wird ihm dies Resultat in neuer Beleuchtung erscheinen lassen und die Verknüpfung des neuen mit dem alten Beweisstoffe, die Möglichkeit der kritischen oder zustimmenden Rückbeziehung seiner eigenen Schlüsse aus dem Materiale auf die Schlüsse früherer Bearbeiter desselben, verleiht seinem Urteile alle Garantien höherer materieller Wahrheit.[11]) Wollte man die Möglichkeit dieser Untersuchungsmethode und die Gewissheit, durch eine solche Methode zu unanfechtbareren Erkenntnissen zu gelangen als auf Grund einer bloss einmaligen Ueberprüfung des Materials, bestreiten, so müsste man zugleich die Methoden wissenschaftlichen Forschens und Erkennens überhaupt aufgeben; denn auch da handelt es sich für den spätern Forscher durchaus nicht immer darum, einen bestimmten logischen Fehler der Vorinstanz aufzuweisen, als vielmehr darum, durch die blosse zweimalige Ueberprüfung mit der Möglichkeit kritischer Beleuchtung der ersten Schlüsse zu gesicherteren Ergebnissen zu gelangen. Aber freilich, gerade einem solchen Bilde gegenüber liesse sich aus der Binding'schen Beweisführung ein weiterer gewichtiger Einwand entgegenstellen. Das Material, das der Richter zweiter Instanz erhält, ist eben nicht wie dasjenige eines Forschers, der die Resultate früherer Untersuchungen nachprüfen will, identisch mit dem früheren, es ist ein anderes. Hier gilt es sich zunächst über den Sinn des Wortes klar zu werden. Wenn darunter, das Material sei ein anderes als dasjenige des ersten Richters, nur dies gemeint ist, dass in der Beweisaufnahme nicht die gleiche Reihenfolge inne gehalten werden kann, dass naturgemäss die Zeugen nicht mit den gleichen Worten ihre Aussagen deponieren, wie das erste Mal, dass neue Zeugen zu den

[11]) Die Bedeutung dieser Gesichtspunkte ist durch die deutsche Reformkommission scharf hervorgehoben worden. Vergl. Prot. I S. 452. Nur so ist eben auch ein fester Standpunkt gegenüber den aus der angeblichen Verschiebung des Beweisbildes und der Unmöglichkeit exakter Ueberprüfung gefolgerten Argumenten zu gewinnen.

alten treten, etc., etc., so vermag ich darin absolut keinen Nachteil zu sehen. Mag man immerhin behaupten, das Verfahren sei eben auf diese Art kein Rechtsmittelverfahren mehr, es sei ein zweites Erstinstanzverfahren, wenn nur dies zweite Erstinstanzverfahren bessere Resultate erbringt, als das andere Erstinstanzverfahren. Und dies ist als ganz sicher anzunehmen, falls nur die ganze Tendenz und das Gesamtbild des Materiales (abgesehen natürlich von den eigentlichen Nova) dieselben bleiben, wie bei der ersten Instanz. Aber hier kommt der weitere, ernstere Einwand, das Material sei nicht nur ein anderes, sondern ein schlechteres.

2. Wir kommen damit zur zweiten Gruppe von Gründen gegen die Berufung. Es sind vorwiegend Gründe praktischer Natur. Als Vertreter sind neben den bereits unter 1 genannten Berufungsgegnern, die neben den rein prinzipiellen Gründen stets auch diese praktischen Erwägungen vertreten, hier vor allem von Liszt und Aschrott zu nennen.[12]) Aschrott vermischt die Frage (für deutsche Verhältnisse wohl zutreffend) mit derjenigen der Beteiligung des Laienelementes an der Rechtsprechung.[13]) Da solche gerichtsorganisatorischen Bedenken für diejenigen Verhältnisse, die ich hier immer zunächst im Auge habe, für die baslerischen ausser Betracht fallen, so übergehe ich diese Punkte. Aschrott wie von Liszt und übrigens auch Binding und Birkmeyer[14]) behaupten übereinstimmend eine

---

[12]) Vergl. von Liszt: Die Reform des Strafverfahrens, Berlin 1906, S. 21/28. Aschrott: Die Reform des Strafprozesses (Sonderabdruck aus dem auf Veranlassung der J. K. V. von Aschrott herausgegebenen Sammelwerke: Die Reform des Strafprozesses), Berlin 1906, S. 23/30. Auch Heinemann: Die rechtliche Stellung des Angeklagten nach den Protokollen der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Berlin 1906, S. 55 ff. behauptet, trotzdem er andererseits eine so eingehende Beweisaufnahme in zweiter Instanz verlangt, dass das Gericht gezwungen sein soll, jeden auch noch so unnützen Ladungsantrag des Angeklagten auszuführen, eine Verschlechterung des Materiales in zweiter Instanz. Trotzdem geht sein Postulat auf Aufrechterhaltung der Berufung, aber als reines Beneficium für den Angeklagten, also ohne Rekurs des Staatsanwaltes.

[13]) a. a. O., S. 519.

[14]) Deutsches Strafprozessrecht, Vorlesungen, Berlin 1898. S. 10/23 und 25.

starke, ja entscheidende Verschlechterung der richterlichen Erkenntnisquellen. Diese Verschlechterung des Materials soll vorliegen: einmal bei Augenscheinsobjekten und dann bei allem persönlichen Beweismateriale. Was Augenscheinsobjekte anlangt, so ist hier meines Erachtens die Stellung des Berufungsrichters genau dieselbe wie schon die Stellung des Erstinstanzrichters. Entweder handelt es sich bei Augenscheinen um sinnlich mögliche Wahrnehmungen, die nur in dem auf die Tat unmittelbar folgenden Zeitraum vornehmbar waren; dann schöpft schon der erstinstanzliche Richter aus zweiter Hand seine Erkenntnisse, er ist dann auf ein untersuchungsrichterliches Protokoll angewiesen, ja es mag sich oft ereignen, dass schon der Untersuchungsrichter sich mit einem polizeilichen Befundrapporte wird begnügen müssen und selbst nicht mehr zur Vornahme eines eigentlichen Augenscheines schreiten kann. Handelt es sich jedoch um sinnliche Wahrnehmungen, deren Vornahme für längere Zeit ermöglicht ist (durch eine Tat hervorgerufene dauernde oder erst nach längerem Zeitraume reparable Zustände), so dass der erstinstanzliche Richter schon zu einer Wiederholung des untersuchungsrichterlichen Augenscheines schreiten konnte, um auf Grund lebendiger Anschauungen zu erkennen, so wird wohl meist ohne jede Mühe dem Berufungsgerichte noch dieselbe Möglichkeit erhalten werden können. Wichtiger ist die Frage nach der Verschlechterung des Materials von der ersten zur zweiten Instanz bei Zeugenaussagen. Die Behauptungen, die hier hauptsächlich aufgestellt werden, sind folgende: 1. Das Erinnerungsvermögen der Zeugen nehme in dem Zeitraume zwischen Erst- und Zweitinstanzverhandlung ab, 2. deshalb werden sie oft durch die seither ihnen bekannt gewordenen Resultate der Erstgerichtsverhandlung beeinflusst, Selbstausgesagtes wird mit dem dort Gehörten konfundiert, 3. Einwirkungsversuche des Angeklagten oder seiner Freunde sind in der Zwischenzeit möglich, 4. durch Abreise, Tod, etc. werden überdies empfindliche Lücken entstehen. Hier ist vor allem zu Punkt 4 zuzugeben, dass die objektive Möglichkeit des Entstehens von Lücken im Materiale vorhanden ist, wenngleich, falls wenig-

stens das Verfahren mit der nötigen zu fordernden Promptheit ausgestaltet ist, nicht in überaus grossem Masse. Dies ist aber eine Möglichkeit, mit der im Strafprozess überhaupt stets gerechnet werden muss. Der Zeitraum vom Erstinstanzverfahren zur Berufungsverhandlung wird denjenigen von der Tat zur Erstinstanzverhandlung kaum jemals überschreiten, meist sogar hinter ihm bleiben. So wäre in Hinsicht auf die objektive Möglichkeit des Entstehens von Lücken der Berufungsrichter jedenfalls nicht schlechter gestellt als der Erstinstanzrichter, ja diese Möglichkeit wird durch die entgegengesetzte Möglichkeit des Vorbringens von Nova reichlich kompensiert. Noch stärker gilt dies von Punkt 3. Derartige Einwirkungen durch den Angeklagten oder seine Freunde werden relativ leicht vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, nachher aber nur noch selten stattfinden können. Vor der Hauptverhandlung erster Instanz liegen für den Zeugen nur Aussagen vor dem Untersuchungsrichter vor (ev. nicht einmal solche), bei denen nachträgliche Rücknahme in der Hauptverhandlung unter dem Gesichtspunkte besserer Erinnerung etc. noch möglich erscheint. Hier in diesem Zeitpunkte werden eventuelle Versuche des Angeklagten oder seiner Freunde einsetzen. Hat ein Zeuge aber einmal in der öffentlichen Hauptverhandlung vor Gericht in Bestätigung bereits vor dem Untersuchungsrichter gemachter Angaben in einer bestimmten Richtung ausgesagt, so erscheint für ihn ein Abgehen von diesen Aussagen in der Berufungsverhandlung doch stets sehr gefährlich. Es würden wohl auch derartige Einwirkungen nicht leicht verborgen bleiben können. Ich glaube also, dass in diesem Sinne Verschlechterungen des erstinstanzlichen Materiales sehr selten zu befürchten sein werden. Wie aber steht es mit den Einwendungen 1 und 2, die wir zusammenfassen können, also mit der angeblichen Verwischung der Erinnerungen und demzufolge eintretender Verwechslung der eigenen Aussagen mit von anderen Gehörtem durch die Zeugen? Auch hier gebe ich zu, dass eine Gefahr vorliegt, aber auch hier glaube ich, dass sie vorzugsweise vor der ersten Hauptverhandlung liegt und nicht zwischen dieser und der

Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz. Die unklare Art, wie die Menschen im allgemeinen beobachten, ist etwas allanerkanntes und durch Versuche genügend festgestelltes. Wenn nun jemand plötzlich durch Vorladung vor den Untersuchungsrichter oder vor die Hauptverhandlung erster Instanz in die Lage versetzt wird, über einen vielleicht zeitlich schon weit abliegenden Vorgang, dem er ganz oder zum Teil als Beobachter beigewohnt hat, Aussagen zu machen, so ist es ganz selbstverständlich und natürlich, dass er schon vor diesem Gange zum Gericht sich ein Bild dieses Vorganges aus dem Gedächtnis wird zu rekonstruieren suchen. Wenn er auch natürlich nicht genau wissen wird, in welcher Richtung er auszusagen haben werde, so wird er doch versuchen, sich auf alle irgendmöglichen Fragen zu präparieren, und hier liegt meines Erachtens der kritische Moment. Es handelt sich um einen Vorgang, über den er vielleicht seither schon mehr als einmal mit Bekannten seine Meinung ausgetauscht und ihre Ansichten angehört hat, über den er sich mit anderen Augenzeugen besprochen hat, über den die Zeitungen berichtet haben. Da mag sehr oft, den Zeugen selbst unbewusst, bei der genauen Rekonstruktion des Geschehenen und der Präparation für die eventuellen Fragen eine Vermischung von selbst Geschautem mit bloss Gehörtem oder Gelesenem eintreten. Aber all dies vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung. Nach derselben scheint mir diese Möglichkeit nur noch in verschwindendem Masse vorhanden zu sein. Was ein Zeuge in der öffentlichen, mit der Förmlichkeit der Ermahnung zur wahrheitsgetreuen Aussage versehenen Hauptverhandlung selbst ausgesprochen hat, das wird sich seinem Gedächtnisse klar einprägen. Es ist die Form, in der, gleichviel ob sie in allen Punkten der ursprünglichen Beobachtung entspricht, das Bild des Geschehens, über welches er zu berichten hatte, in seiner Erinnerung weiterleben wird, das Resultat des vor dieser Aussage und Befragung von ihm vollzogenen Denkprozesses. Ausnahmen möchte ich nur für entschieden geistig minderwertige Zeugen zugeben, deren Aussagen aber in erster wie in zweiter Instanz nur mit einer beträchtlichen Dosis Misstrauen verwendet werden können.

So glaube ich gegenüber diesen Einwendungen gegen die Berufung im heutigen Verfahren zusammenfassend sagen zu dürfen: Eigentliche unbewusste oder durch Einwirkungen von seiten des Angeklagten oder seiner Freunde zustande gekommene Verwischungen der Zeugenaussagen halte ich bei geistig vollwertigen Zeugen für ausgeschlossen; vereinzelte Fälle solcher Verwischungen, namentlich bei auch sonst durch die Person des Aussagenden zweifelhaften Zeugenaussagen aber, sowie durch objektiven Wegfall eventuell entstehende Lücken halte ich für zu selten, um daraus verallgemeinernd die Folgerung zu ziehen, das zweite Verfahren müsse unter starker Verschlechterung der Erkenntnisquellen durchgeführt werden. Im Gegenteil glaube ich behaupten zu dürfen, dass das Material in der allgemeinen Tendenz als identisch mit demjenigen der Vorinstanz und durch geschehene Ergänzungen sehr oft als demselben überlegen angesehen werden kann.

3. Einen weitern, früher allerdings auch schon formulierten Einwand gegen die Nachlassung der Berufung hat schliesslich neuerdings in scharf ausgeprägter Form und unter Bezugnahme auf England der bekannte Politiker Oberbürgermeister Dr. Adickes erhoben.[15]) Es wird von ihm verlangt, dass alles Gewicht in die erste Instanz verlegt werde, dafür aber deren Sprüche mit einer solchen Fülle von Autorität ausgestattet würden, dass das auch von Adickes zugegebene Bedürfnis des Volkes nach mehreren Instanzen von selbst schwinde. Der bedeutendste und wohl entscheidende Punkt der Adickes'schen Ausführungen bezieht sich allerdings völlig auf deutsche Verhältnisse und fällt für mich daher ausser Betracht. Adickes kämpft für eine Hebung des deutschen Richterstandes auf die englische Stufe. Richter mit Ministergehältern und einer uns im ersten Augenblicke schier erschreckenden Autorität sind aber bei uns nicht nur unmöglich, sondern würden direkt einen solchen Gegensatz zu allen Anschauungen und öffentlichen Einrichtungen bilden, dass ihre

[15]) In seiner Schrift: Grundlinien durchgreifender Justizreform, Betrachtungen und Vorschläge unter Verwendung englisch-schottischer Rechtsgedanken, Berlin 1906, insbesondere S. 50 ff. und S. 105 ff.

Wünschbarkeit nicht einmal diskutiert werden darf. Die Institutionen des englischen Volkes, die auf Jahrhunderte alten Traditionen beruhen, sind eben trotz des immer wieder betonten Demokratismus in keiner Weise für unsere Demokratie in Analogie zu ziehen. Die Ausführungen von Adickes, namentlich in Hinsicht auf die Berufung, haben sofort lebhaften Widerspruch gefunden.[16]) Es wurde darauf hingewiesen, dass einmal Rechtsanschauungen sich nicht einfach von einem Volke auf das andere übertragen lassen; Adickes hatte ja selbst ausgesprochen,[17]) dass das Gefühl für Rechtsgleichheit und das Interesse für die materielle Gerechtigkeit weit schärfer und empfindlicher im deutschen Volke — und hier können wir die Schweiz ohne weiteres einrechnen — ausgebildet sei als in England. Dann aber wurde weiter von den Kritikern darauf hingewiesen, wie auch in England die Seltenheit der Berufung durchaus nicht nur mit der Autorität des ersten Richterspruches motiviert werden könne, sondern wie da noch allerhand andere Tatsachen mitspielen, wie: hohe Prozesskosten, Fortdauer der Untersuchungshaft bis zur nächsten, oft sehr entfernten Schwurgerichtsperiode, etc., und dass schliesslich selbst in England eine Bewegung auf Erweiterung der Berufung immer mehr Boden gewinne und bereits in einer Bill von 1907 einen allerdings vorläufig nur partiellen Erfolg (unbeschränkte Berufung in der Rechtsfrage, beschränkte in der Tatfrage) errungen habe. Adickes selbst hat daraufhin eingelenkt.[18]) Er bekennt, wenn auch mit Bedauern, dass er z. Z. keine Möglichkeit sehe, „eine vom Vertrauen getragene Justiz zu bewahren oder zu gewinnen ohne Aufrechterhaltung oder Einführung der Berufung gegen alle Urteile

---

[16]) Vergl. Hamm: Englische Justiz auf deutschem Boden, Deutsche Juristen-Zeitung 1906, Nr. 19, S. 1051; Stein: Zur Justizreform, Tübingen 1906, S. 49 und 86 ff.; von Lewinski: England als Erzieher? Sonderabdruck aus Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 51. Jahrgang, Berlin 1907, S. 32 ff.

[17]) a. a. O., S. 28/29.

[18]) Vergl. Adickes: Zur Justizreform, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie, Bd 4, S. 1 ff. Ders.: Zur Verständigung über die Justizreform, Berlin 1907.

ausser denen der Schwurgerichte".[19]) Wenn er dann weiter einen konsequenten und modernen Ausbau des Institutes fordert (keine zu grosse Hierarchie, sondern möglichst alle Fälle an eine Berufungsinstanz, keine Beschränkung der Urteilskraft der Oberrichter durch das Verbot der reformatio in pejus[20]) etc.), so kommt er damit zu Folgerungen, denen nur beizustimmen ist.

Aus welchen Gesichtspunkten lässt sich nun, entgegen solchen Versuchen, die Berufung aus dem neuen mündlichen Strafverfahren zu eliminieren, ihre Rechtfertigung für dieses Verfahren begründen?

I. Die Berufung ist zunächst ein entschiedenes Postulat der Rechtsgenossen. Ich gehe von dieser reinen Tatsache aus. Das Volk will die Möglichkeit zweimaliger Ueberprüfung der Tatfrage in einem Strafprozesse.[21]) Das von einzelnen Juristen immer wieder aufgestellte Ideal des einen inappellablen Gerichtes ist nicht das Ideal des Volkes. Die Geschichte der Kodifikationen erweist dies deutlich und gerade bei der in kleinen Verhältnissen sich abspielenden Schaffung des Basler Prozessgesetzes kann der (gegen die deutsche StPO oft erhobene) Einwand nicht zugelassen werden, als ob das was im Ratssaal verhandelt wurde, nicht die Meinung der grossen Masse, sondern nur gewisser Führer gewesen sei. Die Haltung der Majorität des damaligen Basler Grossen Rates entsprach, wie wir aus den damaligen Pressstimmen sehen, ganz gewiss den Auschauungen

---

[19]) Zur Verständigung über die Justizreform, S. 42.

[20]) „Wenn die Berufung als neues Verfahren unter Zulassung neuer Beweise und Behauptungen gestattet wird, so fordert . . . nicht nur die Konsequenz, sondern auch Vernunft und Billigkeit, dass dem Berufungsgerichte auch bezüglich der Bemessung der Strafe dieselbe Freiheit gegeben wird, wie dem Gerichte erster Instanz. Das alte Verbot der reformatio in pejus beruhte auf völlig anderen Voraussetzungen und Verhältnissen und ist deshalb jetzt zu beseitigen." Monatsschrift für Kriminalpsychologie, Bd 4, S. 22.

[21]) Es handelt sich hier um ein besonders bei dem deutschen Stamme lebhaft ausgebildetes Rechtsempfinden. Vergl. Nagler: Die Protokolle der Strafprozesskommission, Gerichtssaal, Bd 73, S. 216.

der Mehrheit der Basler Bürgerschaft, und ich bin überzeugt, dass heute eine Strafprozessordnung ohne Berufung, wenn sie im Rate auch Annahme fände, sicherlich die Schranke des Referendums nicht passieren könnte. Und weiter ist hinzuzufügen: Das Volk verlangt eine Berufung in ihrer eigentlichen Funktion, nicht einfach ein Rechtsmittel im Strafprozesse schlechtweg, wie von Liszt einmal behauptet.[22]) Dem Volke ist es durchaus nicht gleichgültig, ob es eine Berufung erhält oder etwa nur die Revision. Der Unterschied ist doch zu auffällig. Was das Volk will, das ist die Möglichkeit einer zweiten umfassenden, eventuell vermehrten Verteidigung gegen den Schuldspruch; das wird ihm aber mit der Revision nicht geboten. Die öffentliche Meinung lehnt sich mit Recht dagegen auf, dass die Möglichkeit mehrmaliger Verteidigung in Zivilfällen, falls es sich nur um Werte in der Höhe von Fr. 500.— handelt, anstandslos gewährt werden soll, aber im Strafprozesse, wo es sich um die höchsten Güter des Menschenlebens: Ehre, Freiheit und Leben handelt, versagt werden sollte.[23]) Gerade deshalb darf nicht aus Statistiken gegen die Berufung operiert werden. Gewiss ergibt sich aus jeder Statistik, so auch aus der Baslerischen, dass Bestätigungen des erstinstanzlichen Urteils die überwiegende Mehrzahl der Fälle bilden, aber daneben stehen doch Jahr für Jahr eine oder mehrere Freisprechungen erstinstanzlich Verurteilter und ein einziger solcher Fall bedeutet, wie das Rechtsgefühl des Volkes richtig erfasst hat, bereits eine Rechtfertigung der Berufung. Das Rechtsgefühl des Volkes begegnet sich hier mit dem bereits mitgeteilten Ausspruche eines Rechtsphilosophen, dass eine einzige ungerechte Verurteilung die Majestät des Staates verletze. Schon diese Tatsache allein, dass es sich hier um eine von der Mehrheit des Volkes geforderte Einrichtung des Rechtslebens handelt, ergibt eine allerdings vorläufig rein tatsächliche Rechtfertigung der Berufung für das heutige Ver-

---

[22]) a. a. O., S. 21, ähnlich Aschrott: a. a. O., S. 26.

[23]) Vergl. den sehr guten, nicht für Juristen, sondern für weitere Kreise berechneten Aufsatz von Kayser: Zur Berufung im Strafverfahren in „Die Grenzboten", Jahrgang 53, Nr. 21, S. 353 ff., insbes. S. 364/365.

fahren; denn die Gestaltung des Rechts soll im demokratischen Staate der Richtung des Willens der Majorität der Rechtsgenossen entsprechen.

II. Die Berufung ist aber darüber hinaus ein Postulat der materiellen Gerechtigkeit. Die zweimalige eingehende Ueberprüfung der gleichen Frage ist eine Garantie gerechter Rechtsprechung, die durch keine andere Garantie ersetzt werden kann. Es ist oft behauptet worden, ein ausgedehntes Wiederaufnahmeverfahren und ein genügender Ausbau der ersten Instanz würden eine zweite Instanz entbehrlich machen.[24]) Was das erstere anlangt, so wird dabei ein Zweifaches übersehen. Einmal vermag die Wiederaufnahme der Untersuchung in all den Fällen, in denen es sich nicht um eigentlich neues Beweismaterial zwecks Revision des Resultates erster Instanz handelt, keinerlei Hilfe zu bringen und ferner muss sie als ausserordentliches Rechtsmittel notwendig an bestimmte strenge Bedingungen (in Basel nach § 128 P.: Auffinden neuer Beweise, die entweder die Schuld eines Verurteilten aufheben, oder doch Natur und Umfang der strafbaren Handlung in erheblicher Weise zu Gunsten oder Ungunsten des Beurteilten verändern oder die schliesslich die Schuld eines Freigesprochenen dartun) geknüpft werden und wirkt ausserdem nicht suspensiv. Versteht man aber den Ausbau dieses Rechtsmittels dahin, dass man seine Bedingungen auf das blosse Vorliegen irgend eines Novums beschränken und ihm Suspensivkraft verleihen will, so hiesse das nichts anderes, als die Berufung unter einem anderen Namen in den Strafprozess einzuführen, da dann jeder durch Zurückhalten eines Beweisstückes in erster Instanz sich die spätere Wiederaufnahme sichern könnte. Das Verfahren selbst würde aber viel kostspieliger und komplizierter. Und auch ein derartiger Ausbau der ersten Instanz, dass Fälle in denen der Angeklagte erst durch das Urteil über Verteidigungsmöglichkeiten aufgeklärt wird, vermieden und überhaupt die

[24]) Zum Beispiel bei der Schaffung der St. P. O. in der Anlage I zu den Motiven. Vergl. Hahn a. a. O. Bd 3[1], S. 317 ff. Von Neuern Liszt a. a. O., S. 21 ff.

Möglichkeit eines Gravamens durch das erste Urteil ausgeschaltet würde, erscheint ausgeschlossen. Wie oft hat sich nicht schon der Glaube gezeigt, die Entwicklung des Strafverfahrens sei nun auf einer derartigen Höhe angelangt, dass es keiner Korrektur der ersten durch eine zweite Instanz mehr bedürfe. Wir haben gesehen, dass die Männer, die das schriftliche mit dem mündlichen Verfahren vertauschten, diesen Glauben besassen. Heute gibt es wieder solche, die das gleiche von einer erneuten Reform eben dieses mündlichen Verfahrens, vor allem der Voruntersuchung erhoffen, und in späteren Zeiten werden wieder andere zu anderen Reformen schreiten. Vollkommenheit lässt sich in menschlichen Lebensverhältnissen eben nicht erzielen und die jeweiligen Reformen bedeuten vielmehr stets nur die Umwandlung und Ersetzung von Rechtssätzen, die durch die fortschreitende Entwicklung veraltet und ungerecht geworden sind. Gerade das Recht, dessen Entstehen und Entwicklung nicht naturmässig von selbst, sondern langsam auf dem Wege praktischer Gesetzgebung sich gestaltet, wird kaum jemals in Gefahr kommen, seiner Zeit voranzueilen. „Nicht bloss von einem einzelnen bestimmten Rechtssystem, das zu einer bestimmten Zeit, und für eine bestimmte menschliche Gemeinschaft gilt, sondern von allem Rechte ohne Ausnahme und wegen der unaustilgbaren Natur des Rechtes überhaupt gilt der Satz, dass das Recht nur eine teilweise und unvollkommene Verwirklichung des Gerechten in den äusseren Lebensverhältnissen ist".[25]) Und wenn Adickes verlangt, es sei Sache der Prozessordnung, das Verfahren erster Instanz so zu gestalten, dass sich keinerlei Beschwerungen aus ihm ergeben können, so hält ihm Stein[26]) mit Recht entgegen, dass ein solcher Gedanke utopistisch genannt werden müsse. Ich bin mir wohl bewusst, dass diese rechtsphilosophische Betrachtung auch das Verfahren mit Berufung ergreift. Auch ein Strafverfahren mit diesem Rechtsmittel kann, absolut betrachtet, nicht als Verwirklichung der

---

[25]) Lasson: System der Rechtsphilosophie S. 237.

[26]) a. a. O., S. 87.

Gerechtigkeit betrachtet werden. Aber einen Schritt weiter zu ihr hin bedeutet es doch, gegenüber einem Verfahren ohne Berufung.

III. Ein den Prinzipien des mündlichen Verfahrens entsprechender Ausbau der Berufung erscheint schliesslich als durchaus möglich. Freilich müssen alle Reste aus der Zeit des früheren schriftlichen Verfahrens, die hier in der Rechtsmittelinstanz am hartnäckigsten sich gehalten haben, fallen, damit verbunden aber auch die Auffassung, die im Bewusstsein des Mangelhaften einer solchen Einrichtung den Berufungsrichter ängstlich in seinen Kompetenzen beschränkte und die Appellation lediglich als Beneficium für den Angeklagten betrachtete. An Stelle dessen muss eine Berufungsinstanz treten, aufgebaut auf dem Gedanken einer Neuverhandlung, gestützt auf die Resultate des früheren Verfahrens einerseits, auf eine umfassende neue Beweisaufnahme andererseits. Die Konsequenz eines derart gestalteten Rechtsmittels wäre dann die Ausstattung des Berufungsrichters mit der vollen Urteilskompetenz des Erstrichters ohne Rücksicht auf Parteianträge und ohne Einschränkung durch ein Verbot der reformatio in pejus.[27]) Wie ein solches Verfahren im einzelnen ausgebaut werden könnte, möchte ich nun an Hand des geltenden Basler Rechtes nachzuweisen versuchen.

Die Appellation nach dem bestehenden Basler Prozessgesetz.

I. Historisches.

Der Beginn einer eigenen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafverfahrens fällt für Basel in die Revolutionsepoche. Freilich die Umgestaltung der bürgerlichen und peinlichen Rechtspflege, wie wir sie aus den Protokollen der Nationalver-

[27]) Dies wird neben Adickes an der zitierten Stelle (vergl. auch „Zur Verständigung über die Justizreform“ S. 43) auch von dem Berufungsgegner Aschrott a. a. O. S. 27 zugegeben.

sammlung vom 22. und 23. Februar 1798 kennen lernen,[28]) zeigt uns neben der Einrichtung eines öffentlichen Anklägers nur die Gliederung der städtischen Gerichtsverfassung in ein Zuchttribunal zu Basel (dem ein ebensolches in Liestal für die Landschaft beigeordnet war) und in ein Oberkriminalgericht zu Basel. Einen eigentlichen Instanzenzug vermögen wir aber nicht zu ersehen. Vielmehr sind gewisse prominente Fälle der sofortigen Erledigung durch das letztgedachte Gericht vorbehalten. Dagegen anerkennt die Mediationsverfassung vom 19. Hornung 1803 ausdrücklich die Appellation.[29]). Sie bestimmt in Art. VIII: „Ein Appellationsgericht aus 13 Mitgliedern des Grossen Rats unter dem Vorsitze des nicht im Amte stehenden Bürgermeisters beurteilt in letzter Instanz alle bürgerlichen und peinlichen Rechtsfälle". Ihren legislatorischen Ausbau fand diese Verfassungsbestimmung einmal in dem „Gesetze über die Einrichtung der richterlichen Behörden" vom 12. Heumonat 1803,[30]) dann in den Verordnungen für das Appellationsgericht von verschiedenen Daten desselben Jahres[31]) und schliesslich in dem „Gesetz über Rekurs und Revision der Urteile in Kapital-Vergehen" vom 8. Mai 1804.[32]) In seinen Grundzügen verblieb es sodann für die Folgezeit trotz der nach dem Sturze der Mediationsverfassung einsetzenden rückläufigen politischen Bewegung bei diesem Verfahren. Und auch die Reformierung des Prozesses in den Gesetzen und Verordnungen von 1821 bis 1825[33]) liess die Grundlage

[28]) Schnell: Rechtsquellen von Basel, Stadt und Land I, 2, S. 1093 ff.

[29]) Amtliche Sammlung der Basler Gesetze I S. 5.

[30]) Ebenda I S. 97 ff.

[31]) Ebenda I S. 91 ff.

[32]) Ebenda I S. 106/07.

[33]) Kriminalgesetzbuch für den Kanton Basel von 1821.

Gesetz über Annahme und Einführung des Kriminalgesetzbuches für den Kanton Basel vom 3. April 1821, Sammlung V, S. 147/48.

Organisation des Kriminalgerichts und einer Abteilung desselben als korrektionellen Gerichts für den Kanton Basel, vom 6. Weinmonat 1824. Ebenda VI, S. 58 ff.

Gesetz über die korrektionelle Gerichtsbarkeit für den Kanton Basel vom 6. Weinmonat 1824. Ebenda VI, S. 73 ff.

Bekanntmachung betreffend die Einführung des Gesetzes über die Organi-

unangetastet, aber es kam zu Erweiterungen. Als damals gleichzeitig mit der Trennung des Verfahrens in ein kriminalgerichtliches und in ein solches vor dem neugeschaffenen korrektionellen Gerichte der Fiskal als Vertreter des Staates und Vorläufer des heutigen Staatsanwaltes in den basler Strafprozess eintrat, erhielt er auch sofort das Rekursrecht.

Zu eingehender Diskussion über die Frage der Appellation kam es erst wieder bei der Einführung des neuen mündlichen Verfahrens in den Prozessreformarbeiten von 1858 bis 1862 (ein erster Anstoss zur Reform datiert schon aus dem Jahre 1851), [34]) und zwar erfolgte die Lösung zunächst in einer prinzipiell klar formulierten berufungsgegnerischen Form. Der auf einem Entwurfe vom Kriminalgerichtspräsident Dr. J. J. Vischer beruhende, vom Justizkollegium und vom Kleinen Rate eingehend durchgearbeitete „Ratschlag zu dem Entwurfe eines Gesetzes über das rechtliche Verfahren bei der Untersuchung und Beurteilung von Verbrechen und Vergehen", der datiert vom 1. Mai 1861 dem Grossen Rate zuging, bestimmt in § 116: „Der Rekurs kann ergriffen werden: 1. wegen Verletzung gesetzlicher Prozessformen, wenn sich mit Wahrscheinlichkeit ergibt, dass dieselben auf das Urteil Einfluss gehabt haben, 2. wegen Nichtanwendung oder falscher Anwendung des Strafgesetzes, 3. wegen allzustrenger oder allzumilder Ausmessung der Strafe. Dagegen unterliegt die Beweisfrage, ob der Angeklagte eine bestimmte Tat begangen habe oder nicht, keiner zweitinstanzlichen Beurteilung", und die vom Grossen Rate eingesetzte Kommission hielt in ihrer Majorität diesen prinzipiellen Standpunkt fest,[35]) ja verschärfte denselben noch, indem sie durch Streichung von lemma 3 des § 116 die einzige Inkonsequenz, die bis dahin durch Gestattung

---

sation des Kriminalgerichts, des Gesetzes über die korrektionelle Gerichtsbarkeit und des zweiten Teiles des Kriminalgesetzbuches vom 29. Jenner 1825. Ebenda VI, S. 109/110.

[34]) Vergl. die im Basler Staatsarchive befindlichen Straf- und Polizeiakten, B. 7. Ebenda die Protokolle des Justizkollegiums Prot. E. 1 [7].

[35]) Vergl. Gutachten der Grossratskommission zu dem Entwurfe eines Gesetzes über das rechtliche Verfahren . . . Januar 1862.

des Rekurses gegen die Strafausmessung im Entwurfe enthalten war, beseitigte. Bei der Beratung im Grossen Rate aber zeigte sich, dass diese theoretische Juristentendenz nicht mit dem Willen der Majorität der Bürger übereinstimmte. Pressstimmen der damaligen Zeit verstärken in uns noch den Eindruck, es müsse diese Strafprozessordnung ohne Appellation in weiten Kreisen Unruhe erweckt haben.[36]) So wies der Grosse Rat den bezüglichen Abschnitt des Entwurfes an die Kommission zurück. Diese aber blieb im Prinzipe fest.[37]) Sie suchte zwar auch dem Ratswillen entgegenzukommen durch Einführung von einer Reihe erhöhter Garantien des erstinstanzlichen Verfahrens (qualifizierte Mehrheit für den Schuldspruch, Erhöhung der Richterzahl des Kriminalgerichts), eine eigentliche Appellation in der Schuld- und Straffrage aber wollte sie auch jetzt nicht zulassen. Dagegen stellte eine Minorität der Kommission selbständig dem Entwurfe der Mehrheit gegenüber den ausgearbeiteten Vorschlag einer Appellation auf und zwar einer solchen auf Grundlage eines gemischt mündlich-schriftlichen Zweitinstanzverfahrens. Die Motivierung bringt dazu das unumwundene Geständnis, man erachte sich für berechtigt ein derart gestaltetes Appellationsverfahren vorzuschlagen, da es sich bei dem ganzen Gesetze ja durchaus nicht um eine nach einem Prinzipe gearbeitete legislatorische Tat handle, vielmehr um eine Vereinigung von Anklage und Inquisitionssystem, von Mündlichkeit und Schriftlichkeit. Die Entscheidung fiel im Sinne der Minorität. Der Grosse Rat lehnte in seiner Sitzung vom 31. März 1862 die Fassung der Majorität endgültig ab und die Kommission sah in der erneuten Zurückweisung dieser Materie mit Recht eine Annahme des Prinzips der Tatfrage-Appellation.[38]) Die von ihr auf dieser Basis ausgearbeiteten Gesetzesvorschläge wurden dann auch vom Grossen Rate mit unwesentlichen Aenderungen angenommen

---

[36]) Vergl. z. B. „Basler Nachrichten“ vom 15. Februar 1862.

[37]) Vergl. Bericht der Grossratskommission über die zurückgewiesenen Paragraphen des Gesetzentwurfs . . . . vom März 1862.

[38]) Vergl. weiterer Bericht der Grossratskommission über die zurückgewiesenen Paragraphen . . . vom April 1862.

und bilden nun die §§ 111 bis 121 unserer vom 5. Mai 1862 datierten Strafprozessordnung.

Der Sieg, den das Prinzip der Appellation in vollem Umfange dadurch errungen hatte, ward in der Folgezeit nicht mehr in Frage gestellt. Die Appellation wurde demgemäss ohne weiteren Kampf als ordentliches Rechtsmittel in das Verfahren vor Polizeigericht (§§ 15 und 38/43 des Gesetzes vom 8. Februar 1875, von denen die §§ 15, 38 und 43 seither durch diejenigen der Novelle vom 14. März 1907 [39]) ersetzt wurden) aufgenommen. So teilt das Basler Berufungsverfahren mit dem später entstandenen reichsdeutschen das Schicksal, nicht organisch mit dem Ganzen des Gesetzesentwurfs zusammen erwachsen zu sein, sondern als Produkt eines heftigen Kampfes zweier, beidseitig starker Parteien nachträglich dem sonst fertigen Gesetze aufgepfropft worden zu sein. Die Regelung, die die Berufung im Basler Gesetze zuletzt fand, zeigt durchaus nichts Originales. Sie ist ein getreues Abbild der damaligen, noch ungeklärten und unentschiedenen theoretischen Kämpfe. Die Skepsis aber, die diese Kämpfe an und für sich gegen die Berufung erweckt hatten, zeigt sich in der Ausgestaltung des Rechtsmittels im Basler Gesetze deutlich. Es handelt sich um eine Uebergangszeit und den Redaktoren des Gesetzes kann daraus keinerlei Vorwurf erwachsen. Sie haben im Gegenteil die für die damalige Lage in Basel mögliche Lösung gefunden. Man wagte einerseits nicht mehr die Berufung als reines Rechtsmittelverfahren hinter die abgeschlossene mündliche Prozedur zu setzen; denn man fühlte das Widersinnige das darin gelegen hätte. Aber den Schritt zum neuen Erstinstanzverfahren (was die Tatfrage anbelangt) konnte man so wie die Dinge damals lagen, noch weniger tun. Denn einmal herrschte noch ganz allgemein die Anschauung, dass auch so eine Nachprüfung im wahren Sinne des Wortes nicht ermöglicht werde, und andererseits war die Scheu vor der dadurch erwachsenden Zeugen- und Sachver-

[39]) Durch dieselbe Novelle fand bei der Appellation im Privatklageverfahren nach § 158 der Prozessordnung Abänderung im Sinne einer Einschränkung des Rechtes statt.

ständigenbelästigung viel zu gross. So kam man eben zu dem gemischten schriftlich-mündlichen, vorwiegend schriftlichen Beweisverfahren für die zweite Instanz.

Ueber die bisherige Wirksamkeit der Appellation im Basler Strafprozesswesen, soweit sie zahlenmässig darstellbar ist, erteilen die Berichte des Appellationsgerichts über die Justizverwaltung, wie sie in den kantonalen Verwaltungsberichten gedruckt vorliegen, Aufschluss. Leider ist das Material nicht ausreichend, seine Zusammenstellung dazu in den verschiedenen Perioden nicht gleichmässig, so dass eine eigentliche Tabelle nicht herzustellen war. Immerhin lässt sich über den Umfang der Benützung des Rechtsmittels und über den Erfolg im allgemeinen ein schöner Ueberblick gewinnen. Vor allem darf im Hinblick auf diese Zahlenreihen gesagt werden, dass einmal schon die effektive Zahl der eingelegten Appellationen ganz erheblich ist (sie beträgt z. B. in den 20 Jahren von 1890/1909 837 Appellationen auf 9191 Strafgerichtsfälle, was einen Durchschnitt von 460 Strafgerichtsfällen und 42 Appellationen ergibt. Es wird also bei 9 % aller Strafgerichtsfälle appelliert); und dass die Appellation vor allem bei den hauptsächlich wichtigen Fällen, nämlich den Strafgerichtsurteilen, proportional der Steigerung dieser selbst gestiegen ist, dokumentiert jedenfalls die Richtigkeit des bei der Schaffung des Instituts behaupteten Bedürfnisses.

II. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen.[40])

Die Appellation erscheint im Basler Rechte als das ordentliche, im Angriffsgebiet gesetzlich unbeschränkte, stets devolutive, meist suspensive Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Erstinstanzgerichte in Strafsachen und Polizeisachen. Neben ihr finden wir nur die Wiederaufnahme des Verfahrens, die man als das ausserordentliche Rechtsmittel des

[40]) Im folgenden gebrauchte Abkürzungen: P. = Basler Strafprozessordnung vom 5. Mai 1862. Pol. = Verfahren vor Polizeigericht vom 8. Februar 1875. St.P.O. = Strafprozessordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877.

Basler Prozesses bezeichnen kann, ferner die Revision nur für gewisse ausserordentliche Fälle (Todesstrafe, was nach dem Standpunkte des Strafgesetzes obsolet ist, und Kontumazfälle), und endlich die ebenfalls nur in bestimmten Fällen vorgesehene Beschwerde. Durch die Appellation ist im Basler Prozesse sowohl Anfechtung von Irrtümern in der Tatfrage (Schuldfrage und Straffrage) als auch von solchen in der materiellen Rechtsfrage, als schliesslich auch von rein prozessualen Verstössen möglich.

A. Die Appellation ist demnach zulässig:

1. In allen vor dem Strafgericht zur Aburteilung gelangenden Fällen nach den §§ 111 P und 158 P (letzterer in der Fassung der Novelle von 1907).

a) Für den Beurteilten falls eine Verurteilung zu Strafe [41]) oder zu einer Entschädigung in Höhe der zivilen Appellationssumme (Fr. 500.— vergl. CPO § 220 neu laut Gesetz vom 14. März 1907) vorliegt. Bei Freisprechung steht dem Beurteilten bloss die Motivbeschwerde nach § 114 P zu. Entgegen der ausdrücklichen Normierung beim Verfahren vor Polizeigericht und vor dem Polizeigerichtspräsidenten als Einzelrichter (Pol. §§ 15 und 38) schweigt das Gesetz darüber, ob ein vom Strafgericht in contumaciam Verurteilter das Recht zur Appellation habe oder nicht. Das Appellationsgericht hat in einem Entscheide von 1909 die Frage verneint.[42]) Die Gründe, mit denen es diesen Beschluss stützt, sind meines Erachtens nicht stichhaltig. Wenn damit argumentiert wird, § 137 P gewähre einem später beigebrachten oder sich freiwillig stellenden Kontumazierten die Möglichkeit, binnen

---

[41]) Vom Gericht ausgesprochene administrative Massnahmen sind einer Verurteilung nicht gleichzusetzen, auch wenn, wie z. B. in der Beantragung der Versorgung eines Jugendlichen beim Regierungsrat in ihnen ein die Person des Betreffenden gravierendes Moment liegt. Das Appellationsgericht hat mit Recht in einem Entscheide von 1903 die Appellation gegen einen solchen Antrag unstatthaft erklärt. Bei den „sichernden Massnahmen", die der eidg. Entwurf neben den Strafen dem Richter zur Verfügung stellt, wäre allerdings m. E. gegenteilig zu verfahren.

[42]) Vergl. Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte I. Instanz des Kantons Basel-Stadt 1909, S. 163 ff.

10 Tagen Revision des Urteils zu verlangen, somit könne ein solches Urteil gar nicht in Rechtskraft erwachsen, und nur gegen diese Möglichkeit wolle die Appellation Abhilfe gewähren und es könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, „einen Kontumazierten zunächst alle Instanzen durchlaufen zu lassen, um ihm dann das Recht einzuräumen, durch einfaches Revisionsbegehren das ganze Verfahren wieder zu kassieren“, so wird diese Begründung meines Erachtens der speziellen Stellung des Kontumazialverfahrens zum Ordinarverfahren nicht gerecht. Es handelt sich allerdings bei jedem Kontumazurteile um ein Provisorium, aber doch um ein nach § 137[2] P mit der Möglichkeit spätern unmittelbaren Rechtsbeständigwerdens ausgestattetes Provisorium. Der Staat hat also hier so gut wie im Ordinarverfahren alles Interesse am Vorliegen eines möglichst der materiellen Wahrheit entsprechenden geläuterten Spruches und darf deshalb den Parteien die Mittel nicht weigern, ein solches Resultat herbeizuführen. So glaube ich, dass kein Grund vorhanden ist, der einem Kontumazierten verwehren könnte, ausser in den ausdrücklich festgelegten Fällen der §§ 15 und 38 Pol. den Weg der Appellation zu beschreiten. Dass es trotzdem nach § 137 P später noch zum eigentlichen Ordinarverfahren kommen kann, erscheint durch die Stellung der beiden Verfahrensarten zu einander begründet und somit nicht als unnötige Rechtsmittelhäufung.

b) Für den Staatsanwalt überall da, wo seiner Auffassung nach ein materiell unrichtiger und deshalb den Staat gravierender Spruch vorliegt. Das ist das wegleitende Prinzip und dabei ist für seine Beurteilung der Sachlage einzig der Moment der Appellationseinlegung massgebend, ohne dass er im geringsten an seine frühere Auffassung, auch nicht an die in der Hauptverhandlung vertretene gebunden wäre. Also nicht nur bei Freisprechungen entgegen einem auf Verurteilung lautenden Antrage oder bei unter diesem Antrage bleibenden Verurteilungen ist er rekursberechtigt, sondern auch bei Verurteilung, falls sein Antrag auf Freisprechung lautete, oder bei über den Antrag hinausgehenden Verurteilungen. Ferner ist

dem Staatsanwalte, auch wenn in der Strafausmessung nach seinen Anträgen, die er nach wie vor für richtig hält, verfahren wurde, ein Recht zur Berufung dann zuzugestehen, wenn das Gericht in der rechtlichen Beurteilung so erheblich von seiner Auffassung abgewichen ist, dass der Staat dadurch graviert wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn durch die veränderte juristische Motivierung der Verurteilte bei späterer Rückfälligkeit besser gestellt ist, als wenn er nach dem vom Staatsanwalte vertretenen Gesetze verurteilt worden wäre. (Es wird auf Fundunterschlagung, statt auf einfachen Diebstahl, auf Unterschlagung statt auf Hehlerei erkannt, etc.) Darüber hinaus ist allerdings dann dem Staatsanwalt in reinen Motivsachen, die leicht den Charakter juristischer Rechthaberei annehmen, kein Rekursrecht zuzugestehen.[43]) Ein solches ist ihm aber endlich wiederum zuzuerkennen, wenn die erste Instanz zwar seine Auffassung in Beziehung auf Rechtsfrage und Strafmass geteilt hätte, ihm selbst sich aber nach dem Spruche und noch innerhalb der Appellationsfrist Bedenken gegen diesen Spruch ergeben. Die spätere Auffassung über den Strafanspruch des Staates derogiert der früheren und so erscheint er als beschwert. Der Fall ist praktisch wohl nur bei neuauftauchenden Tatsachen denkbar, wobei aber sehr wohl die Appellation der schwerfälligen Wiederaufnahme gegenüber vorgezogen werden kann.

Aus den Zahlen der Justizberichte sehen wir, in welchem Umfange der Staatsanwalt von seinen Befugnissen Gebrauch macht. Ich glaube, sie sind geeignet, die Gegner der staatsanwaltschaftlichen Berufung eines besseren zu belehren. Wir können aus ihnen nicht den Eindruck gewinnen, als werde, wie die Gegner stets versichert haben, der Staatsanwalt durch das Recht der Berufung zu einer pedantischen Verfolgung seiner Anschauung um jeden Preis erzogen. Auf 149 vom Verurteilten eingelegte Berufungen gegen strafgerichtliche Urteile sehen wir im Jahrzehnt 1870/1880 28 staatsanwaltliche Rekurse kommen und während im Jahrzehnt 1890/1900

---

[43]) So auch ein Entscheid des Appellationsgerichts aus dem Jahre 1903.

die Zahl der ersteren auf 364 steigt, bleibt es bei 24 Appellationen des Staatsanwaltes und im Jahre 1909 steht das Verhältnis 53 : 4. Dies zeugt von einer vernünftigen Selbstbeschränkung auf Fälle, in denen dem Staatsanwalte wirklich der staatliche Strafanspruch schwer verletzt erscheint und wohl auch — dies lässt sich wiederum aus den Zahlen schliessen — verletzt wurde. Sehen wir doch sehr oft die Zahl der zweitinstanzlichen Verurteilungen und Schärfungen genau derjenigen der staatsanwaltschaftlichen Rekurse entsprechen. Dass diese Tatsache auch eine bedenkliche Kehrseite besitzt, in Rücksicht auf das herrschende Beweisverfahren nämlich, wird noch nachzuweisen sein. Für die Frage nach dem Prinzip, ob staatsanwaltschaftliche Berufung, ob nicht, darf dies aus dem Spiele bleiben.

c) Für den Geschädigten, sofern es sich um Anerkennung eines Anspruchs in der Höhe der zivilen Appellationssumme handelt. Jedenfalls ist hier die Möglichkeit einer Appellation zu Gunsten des Verurteilten, falls etwa das Gericht in der Zumessung der Entschädigung weit über die beantragte Summe hinausgegangen ist, abzulehnen, da ja keinerlei Gravierung der Appellanten in einem solchen Falle vorläge.

d) Für den Kläger im Privatklageverfahren, falls Freisprechung des Beklagten erfolgt ist, nach den §§ 152 und 162 P.

2. In den vor dem Strafgerichtspräsidenten als Einzelrichter zur Aburteilung gelangenden Fällen nach § 158 P in der Fassung der Novelle von 1907:

a) Falls es sich um Ehrbeleidigungen durch die Presse[44]) handelt, für den Kläger wie für den Beklagten gleichmässig und ohne jede Beschränkung. Jedem aber natürlich im Sinne seiner Parteistellung.

---

[44]) Die Motivierung dieser Ausnahmebestimmung für Pressbeleidigungen dürfte wohl weniger in der besonderen Bedeutung dieser Prozesse, als darin liegen, dass nach § 30[3] Abs. 3 des Org.-Ges. von 1895 es in die Wahl des Klägers gelegt erscheint, ob er seine Klage vor Strafgericht oder vor den Einzelrichter bringen will. Der Gesetzgeber will ihn dann durch die getroffene Wahl in seinem Rekursrechte nicht präkludiert werden lassen.

b) In allen andern laut § 30 des Org.-Ges. vom 27. Juni 1895 in die Kompetenz des Einzelrichters in Strafsachen fallenden Streitigkeiten nur für den Angeklagten, falls er durch das Präsidialurteil entweder in eine Gefängnisstrafe oder in eine Geldbusse von über Fr. 50.— verfällt wurde.[45]) Der Geldbusse von über Fr. 50.— ist die hier wiederum nicht ausdrücklich ausgeführte Konfiskation im Werte von über Fr. 50.— in Analogieanwendung von § 38 Pol. gleichzustellen.

Für den Kontumazierten gilt analog das oben sub 1 Bemerkte.

3. In den vor Polizeigericht abgeurteilten Fällen nach § 38 Pol. in der Fassung der Novelle von 1907:

a) Für den Verurteilten mit Ausnahme der Kontumazfälle in allen Fällen, wo Haft, Geldbusse über Fr. 50.— oder Konfiskation in dieser Höhe ausgesprochen wurde. Ferner wenn er in eine Entschädigung in der Höhe der zivilen Appellationssumme verfällt wurde.

b) Für den Staatsanwalt, falls das Urteil „entgegen seinem Antrage keine Haftstrafe ausgesprochen, oder entgegen seinem Antrage nicht auf eine Geldbusse über Fr. 50.— erkannt hat". Die kasuistische Fassung dieser Bestimmung zeigt die Tendenz des Gesetzgebers, wie die Appellation in Polizeisachen überhaupt, so insbesondere die staatsanwaltschaftliche Appellation möglichst zu beschränken.

c) Für den Geschädigten in gleicher Weise wie bei Strafgerichtsurteilen.

4. In den vom Polizei-Gerichts-Präsidenten als Einzelrichter abgeurteilten Fällen nach § 15 Pol. in der Fassung der Novelle von 1907 für den Verurteilten, falls er in eine Haftstrafe verfällt wurde, wiederum mit Ausschluss der Kontumazfälle.

Die nacb den zerstreuten gesetzlichen Bestimmungen gegebene Zusammenstellung zeigt eine kasuistisch geordnete

[45]) Ein Entscheid des Appellationsgerichts aus dem Jahre 1890 stellt fest, dass selbstverständlich bei Verurteilungen in ideeller Konkurrenz die ausgesprochene Gesamtstrafe massgebend sei.

Abstufung. Ein leitendes Prinzip lässt sich aber kaum entdecken und es fragt sich sehr, ob diese Zersplitterung zu rechtfertigen ist. Zwar, dass für Appellationen in der Zivilfrage die in der CPO festgesetzte Appellationssumme auch im Strafprozess entscheidet, ist vernünftig; die Beteiligten sollen in dieser Frage gleichgestellt sein, ob nun der Strafrichter die Frage auf den Zivilweg verweist oder gleich mitentscheidet. Anders aber steht es mit den weitern nach der Strafhöhe gegebenen Abstufungen bei Appellationen in der eigentlichen Schuld- und Straffrage. Das Gravierende am Spruche des Richters ist doch wohl nicht die spezielle Höhe der ausgesprochenen Strafe, sondern der Schuldspruch schlechthin. Auch in zu minimaler Strafe führenden Polizeiübertretungen kann die Ehre eines Menschen engagiert sein. So ist aus den gleichen Erwägungen, aus denen eine Berufung überhaupt nötig erscheint, diese in Basel geltende Abstufung abzulehnen und die Ausdehnung der Appellationsmöglichkeit auf alle strafrechtlichen Verurteilungen überhaupt zu fordern. Sonst ist zur gegebenen Zusammenstellung wenig zu bemerken. Dass der Staatsanwalt auch das Recht haben soll, Appellationen zu Gunsten des Verurteilten einzulegen, wie es z. B. die StPO in § 338[2] ausdrücklich vorsieht, lässt sich aus dem Gesetze nicht belegen, scheint aber aus allgemeinen Gründen richtig. Zunächst hat hier allerdings zu gelten, dass im modernen auf Anklageverfahren begründeten Prozesse die Rechtsmittel beiden Parteien in gleichem Umfange zustehen sollen. Ich kann aus diesem Prinzipe nun aber nur herauslesen, dass eine Versagung des Rechtsmittels gegenüber dem Staatsanwalt ungerecht wäre, nicht aber, dass es ihm verboten sein sollte, Rechtsmittel zu Gunsten des Verurteilten einzulegen. Zunächst spricht das rein praktische Bedürfnis gegen eine solche extreme Prinzipbefolgung. Denn einem Bedürfnisse der praktischen Gerechtigkeit entspricht die in Deutschland vorgenommene Regelung ganz gewiss. Sie steht aber darüber hinaus weder mit allgemeinen Prinzipien noch mit unserem Basler positiven Rechte im Widerspruche. Der Staat in seinen judiziellen Funktionen und damit sein Organ,

in dem diese Funktionen in Erscheinung treten, ist wohl Partei im materiellen und meist auch (im Offizialverfahren) im formellen Begriffe des Wortes. Der Anspruch aber, den er in dieser Parteistellung verficht, geht ganz allgemein auf ein gerechtes Urteil. So wird er durch jeden Spruch, der der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit nicht entspricht, laute er nun im Sinne der reinen Anklage zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten, verletzt. Und deshalb entspricht auch beim Tätigwerden des Staatsanwalts zu Gunsten des Angeklagten der Appellation eine Verletzung des Rekurrierenden.

Wir finden also den Kreis der Subjekte des Rechtsmittels auf den Verurteilten, den Staatsanwalt und den vermögensrechtlich Geschädigten beschränkt. Dass dem Verteidiger kein eigenes Recht zur Fortführung einer Prozesssache erteilt wurde, erscheint richtig; sehr diskutabel und meines Erachtens ungerecht erscheint es aber, dass in der Basler Prozessordnung von der Erteilung eines solchen Rechtes an den gesetzlichen Vertreter sowie an den Ehemann eines resp. einer Verurteilten Umgang genommen worden ist.

Indem der Berechtigte innerhalb der vorgeschriebenen Frist von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, wird er präkludiert. Denselben Erfolg kann er schon vor Ablauf der Frist durch ausdrückliche Verzichterklärung herbeiführen. Es handelt sich dabei um keinen Formalakt, sondern nur um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Empfangsberechtigt und -verpflichtet ist dieselbe Stelle, bei der die Einlegung stattzufinden hat, und aus denselben Gründen, aus denen eine Einlegung direkt nach gefallenem Spruche dem erkennenden Richter gegenüber unzulässig ist, erachte ich auch einen Verzicht an dieser Stelle für unstatthaft. Aus den gleichen Gesichtspunkten heraus ist ein unbeschränktes Recht auf Zurücknahme der eingelegten Berufung anzuerkennen. Eine Bestimmung, wonach die Rücknahme nach Beginn der Hauptverhandlung nur noch mit Zustimmung des Gegners gestattet ist, wie sie die StPO kennt, halte ich für entbehrlich, wohl aber ist zu bedauern, dass die P nicht eine

der deutschen analoge Beschränkung der Rücknahmemöglichkeit für den Fall, dass der Staatsanwalt die Appellation zu Gunsten des Beurteilten eingelegt hat, kennt. Wenn hier einseitige Rücknahme durch den Rekurrenten nach Ablauf der Appellationsfrist eintritt, so liegt die Gefahr sehr nahe, dass der beurteilte Appellat, der im Vertrauen darauf, dass ja sogar der Staatsanwalt sich zu seinen Gunsten verwende, es unterlassen hat, selbst auch noch Berufung einzulegen, nun in sehr ungerechter Weise in seinen Rechten präkludiert wird. Es wäre eine derartige Bestimmung umso gerechtfertigter, als in einer durchaus ähnlichen Frage das Basler Appellationsgericht im Sinne billigen Ermessens für den Angeklagten entschieden hat.[46]) Es gestattete nämlich innerhalb der Appellationsfrist Widerruf eines Verzichtes auf Appellation, als dieser Verzicht unter der Voraussetzung der Nichtappellation des Staatsanwaltes eingelegt war und der Staatsanwalt doch appelliert hatte. Ob sich dieses Vorgehen freilich de lege lata rechtfertigen lässt, erscheint sehr zweifelhaft, denn der Verzicht ist als actus legitimus notwendigerweise eine bedingungsfeindliche Erklärung.

B. Wirkung der Berufung.

1. Die eingelegte Berufung wirkt nach Basler Rechte stets devolutiv, d. h. sie bringt die Prozessmaterie zur Kognition eines neuen in der gerichtlichen Organisation höheren Forums. Basel hat dabei das in grösseren Territorien unmögliche, in einer kleinen Stadtrepublik aber durchführbare System gewählt, alle strafprozessualen Rekurse einem einzigen Gerichte zu endgültigem Spruche zuzuweisen. Jedem, der sich durch ein richterliches Erkenntnis beschwert fühlt, sei es durch ein Urteil des Strafgerichts oder des Einzelrichters in Strafsachen, des Polizeigerichts oder des polizeilichen Präsidialverhöres, ist so die gleiche Hilfe gewährt und keiner kann sich zurückgesetzt fühlen; denn der einzige Unterschied der existiert, dass nämlich nach den §§ 68 a und b des Organisations-

---

[46]) Vergl. Bericht des Appellationsgerichts über die Justizverwaltung 1863 S. 63/64.

gesetzes (Fassung der Novelle von 1907) Rekurse in Strafsachen (Gericht und Einzelrichter) von einer Kammer, dagegen Rekurse in Polizeisachen von einem Ausschusse des Appellationsgerichts beurteilt werden sollen, kann hier nicht in Betracht fallen. Das Wesentliche ist doch, dass auch die Rekurse in Polizeisachen an das Appellationsgericht gehen und nicht etwa zuerst an das Strafgericht. Wo das andere System herrscht, dass nämlich in strenger Gliederung die Urteile der untersten Gerichte an die Gerichte mittlerer Stufe als Appellhöfe gehen, diese selbst aber, wo sie als Erstinstanzgerichte funktionieren, die eigentlichen Obergerichte als zweite Instanz erhalten, da wird aus ganz begreiflichen psychologischen Motiven der in einer Sache unterster Ordnung Verwickelte das Gefühl der Beeinträchtigung erhalten, woraus dann leicht die Tendenz erwächst, beim Spruche des mittleren Gerichtes als Appellhof eine Weiterziehung, und sei es auch nur in der Form der Revision, an das Obergericht zu gestatten, wobei wir zu dem ungerechten Ergebnisse gelangen, dass bei ernsten und wichtigen Fällen weniger Remedurmöglichkeit vorhanden ist als bei Bagatellen. Auch die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung erscheint bei dem von Basel gewählten Systeme weitaus am besten gewährleistet.

2. Die Berufung wirkt des ferneren suspensiv, d. h. der ergangene Spruch der ersten Instanz bleibt in seinem ganzen Umfange in der Vollstreckung bis nach ergangener Entscheidung des Appellationsgerichtes ausgesetzt. Dies gilt für den Rekurrenten wie für seinen Prozessgegner. Diese Suspensivkraft erleidet aber bei Polizeisachen eine Ausnahme durch § 40 Pol., verbunden § 50 Pol. Unter sofortiger motivierter Anzeige an den Präsidenten des Appellationsgerichts und unbeschadet dessen Entscheid kann nämlich hier der Polizeigerichtspräsident bei von ihm als Einzelrichter beurteilten Sachen nach eigenem Ermessen, bei vom Polizeigerichte beurteilten Sachen nur auf Antrag des Staatsanwalts die einstweilige Vollstreckung des Urteils oder statt dessen Sicherstellung anordnen. Die Massregel, deren Wirkung in der Praxis ich nicht beurteilen kann, erscheint mir von

problematischem Werte. Sicherstellung mag zwar oft von Nutzen sein, doch wäre ihre Ermöglichung dann ebensosehr für viele strafgerichtliche Fälle zu wünschen, und die direkte Vollstreckung kann bei den kleinen Strafen, um die es sich hier handelt, namentlich bei kürzeren Inhaftierungen, doch wohl nur als Härte wirken.

An die Frage nach der Wirkung der Berufung auf den Rekurrenten und seinen Prozessgegner haben wir diejenige nach der Wirkung auf Drittpersonen anzuschliessen. Eine solche wäre denkbar und ist auch von Seiten der Theorie schon öfters gefordert worden, falls es sich um mehrere Mitverurteilten handelt, von denen nur einer appelliert hat, oder um eine Appellation des Haupttäters, während die in der gleichen Materie wegen Gehilfschaft oder als Anstifter verurteilten Personen kein Rechtsmittel eingelegt haben. Freilich, die gesetzliche Regelung dieser Wirkung hätte grossen Schwierigkeiten zu begegnen und so sehen wir sowohl die StPO als auch die P sich über diesen Punkt völlig ausschweigen, wobei wir zu dem Resultate gelangen, dass für die nichtappellierenden Mittäter, Gehilfen oder Anstifter das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwächst. Dies Resultat aber kann durchaus nicht befriedigen.[47]) Wenn das Obergericht zu einer von der ersten Instanz abweichenden milderen Beurteilung z. B. für die Strafausmessung gelangt, so sieht es sich, im Falle nichtappellierende Mittäter vorhanden sind, vor die peinliche Wahl gestellt, entweder seiner Rechtsüberzeugung zu folgen, wodurch, da dann für dieselbe Tat verschiedene Strafzumessungen vorliegen, die Idee gerechter Rechtsprechung entschieden verletzt erscheint, oder es drängt, um diesen Effekt zu vermeiden, seine eigene Rechtsüberzeugung zurück, was wiederum eine ausgesprochene Ungerechtigkeit gegenüber dem Rekurrenten bedeutet. Zu ähnlich zweifelhaftem Ergebnisse, ja zu direktem

---

[47]) Für das deutsche Recht finden wir dies namentlich ausgesprochen in den Protokollen der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Vergl. I, p. 489 ff., ferner Geyer, Lehrbuch S. 811.

Konflikte mit dem Gesetze gelangen wir, wenn wir z. B. annehmen, dass ein in erster Instanz wegen eines leichten Diebstahls nach § 138 [1] Basler Strafgesetz zu einer kurzen Gefängnisstrafe Verurteilter appelliert hat, während der Anstifter, der nach § 28 StrG verbunden § 138 ebenfalls mit Gefängnis bestraft worden war, kein Rechtsmittel einlegt. Das Obergericht findet keinen Diebstahl in der Tat, sondern bloss den viel weniger schweren Tatbestand der Fundunterschlagung und geht für den Rekurrenten auf eine mässige Geldbusse herunter. Für den Anstifter muss es nach dem geltenden Rechte bei der Gefängnisstrafe bleiben. Allerdings wird man in einem solchen Falle von einer Pflicht des Staatsanwalts, die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 128/129 P zu bewirken, sprechen dürfen. Wenn aber die Vollstreckung etwa gleich nach dem erstinstanzlichen Spruche erfolgt ist, so ist es leicht möglich, dass bei einer kürzeren Freiheitsstrafe die Verbüssung bereits beendet ist[48]), abgesehen davon, dass das in dem Wiederaufnahmeverfahren erkennende Gericht keineswegs an die rechtliche und sachliche Beurteilung des Falles durch die Berufungsinstanz gebunden ist. Es scheint hier doch notwendig, dass eine moderne Strafprozessgesetzgebung wenigstens einen Versuch machen sollte, solche das Rechtsgefühl entschieden verletzenden Ergebnisse zu beseitigen. Freilich ein gangbarer Weg hiezu[49]) ist wohl kaum zu finden ohne Einschränkung der Dispositionsgewalt der Parteien an einem Punkte, an dem sie bis jetzt keine Anfechtung erfahren hat. Es müssen nämlich, wo es sich um so eng zusammenhängende Beziehungen, wie diejenige von Mittäter zu Mittäter, von Anstifter zu Täter, von Täter zu Gehilfe handelt, durch Appellation des einen Ver-

---

[48]) Vgl. die erwähnten Protokolle II S. 262 ff.

[49]) Ueber die verschiedenen von der deutschen Kommission in Erwägung gezogenen Möglichkeiten vgl. Prot. I, S. 489/490, II S. 146 und 155 ff. Die Kommission hat schliesslich darauf verzichtet, eine nähere prozessuale Gestaltung vorzuschlagen und hat sich mit der blossen Postulierung der Wünschbarkeit einer solchen begnügt. Der im Text vertretene Ausweg wurde von ihr fallen gelassen.

urteilten auch sämtliche nicht rekurrierende Verurteilte ex off. in die Behandlung vor der zweiten Instanz hineingezogen werden. Dies hat dann freilich bei einem nach modernen Prinzipien auf voller Mündlichkeit aufgebauten und die Richter mit der vollen Urteilskompetenz des Erstrichters ausstattenden Berufungsverfahren (also bei Wegfall des Verbots der reformatio in pejus) die unser Gefühl im ersten Augenblick stossende Folge, dass, falls das Obergericht zu einer strengeren Auffassung der Sachlage als das Erstinstanzgericht gelangt, dieses strengere Urteil die Nichtrekurrierenden wie den Rekurrenten trifft. Bei einer alle Garantien höherer Wahrheit bietenden Ausstattung des Berufungsverfahrens aber (also nicht etwa bei einem Beweisverfahren wie dem gegenwärtig in Basel noch üblichen) glaube ich, dürften wir nicht zögern, ein solches Resultat als der materiellen Gerechtigkeit entsprechend, dem Resultate der bestehenden Gesetzgebung vorzuziehen; denn auch das Resultat der heutigen Gesetzgebung führt zu Härten und, was weit schlimmer ist, zu materiellen Ungerechtigkeiten.

C. Das Berufungsverfahren selbst.

Wir haben es zu teilen in ein Zulässigkeits- und in ein Sachprüfungsverfahren:

1. Das Zulässigkeitsverfahren.

Damit eine formell gültige Berufung vorliege, müssen gewisse Voraussetzungen gewahrt sein:

a) Die Berufung muss gegen einen anfechtungsfähigen Prozessentscheid gerichtet sein.

b) Es muss die Berufung von einem Berechtigten ergriffen sein. Diese Punkte erledigen sich durch das bereits Gesagte.

c) Die Berufung muss an der richtigen Stelle eingelegt sein. Als solche ist im Basler Rechte durchwegs der judex a quo bezeichnet. P § 112, Pol § 115 und § 39. Bei der Appellation nach § 158 P gilt ebenfalls § 112 P.

d) Die Berufung muss innert der vorgeschriebenen Frist erfolgen. Als solche gilt nach § 112 P und § 39 Pol. der Zeitraum von drei Tagen. Nur bei Appellationen von Urteilen des Polizeigerichtspräsidenten nach § 15 Pol. treffen wir eine

Frist von nur einem Tage. Diese Fristbestimmung erscheint in engem Zusammenhange mit der in § 109 P getroffenen Regelung der Protokollaufnahme.[50]) Durch die Bestimmung, dass der materielle Inhalt der gefallenen Aussagen vom Gerichtsschreiber in Reinschrift nach seinen Sitzungsnotizen nur bei Rekursfällen auszufertigen sei, war man genötigt gewesen, die ursprünglich beabsichtigte 10tägige Appellationsfrist aufzugeben, da sie an die Gedächtniskraft der Gerichtsschreiber zu starke Anforderungen gestellt hätte. Die Regelung kann nicht als glücklich bezeichnet werden. Bei den summarischen Polizeigerichtsfällen kann die dreitägige Frist genügen, obwohl auch hier nach § 33 Pol. es in die Kompetenz des Gerichtes gestellt ist, die Publikation der Motive auszusetzen (wobei für die Frist. § 108 [2] P massgebend ist). Der viel weniger komplizierten Natur dieser Fälle gemäss wird jedoch selten dazu Anlass sein. Dagegen musste das Strafgericht von diesem ihm nach § 108 [2] P zustehenden Rechte der Aussetzung der Publikation der Motive um 48 Stunden seit jeher öfter Gebrauch machen. Die ungenaue Abfassung des § 112 P lässt nun nicht erkennen, ob die dreitägige Appellationsfrist vom Momente der Publikation des Dispositives oder der Motive an zu laufen beginnt.[51]) Jedenfalls ist sie, wenn das erstere der Fall wäre, zu kurz. Denn gerade die Motive orientieren ja den Verurteilten über die wesentlichsten Belastungsgründe, also auch über eventuelle neue Verteidigungsmöglichkeiten in der zweiten Instanz. Unsere Bedenken wachsen aber noch, wenn wir wissen, dass auch bei dieser 48stündigen Verspätung es oft nicht möglich war, die so abgefassten Motive den Mitgliedern des Gerichts zur Billigung vorzulegen, so dass diese für eine Berufung und namentlich bei dem in Basel gebräuchlichen Beweisverfahren zweiter Instanz für das Urteil des Appellationsgerichts oft entscheidend wichtigen Akten sich nicht als genaue Meinung der ersten Instanz erweisen. Wir gewinnen darein einen Einblick durch

---

[50]) Vgl. den Weiteren Bericht der Grossratskommission vom April 1862 S. 8 und 9.

[51]) Die neueste Praxis des Appellationsgerichts hat sich für das letztere entschieden, in praktischer Hinsicht jedenfalls mit Recht.

Reformversuche des Jahres 1887.[52]) Damals hatte sich infolge dieser Verhältnisse beim Strafgerichte der allerdings de lege lata und auch den Prinzipien des Verfahrens nach unzulässige Usus gebildet, in komplizierteren Fällen die Urteilsfällung einfach einige Tage auszusetzen, in der Zwischenzeit die Motive unter Zuziehung aller Richter auszuarbeiten und dann Dispositiv und Motive in einem neuen Termine gemeinsam zu eröffnen. Auf eine diesen Usus rügende Zuschrift des Staatsanwaltes hin erging ein Verbot dieser Praxis durch das Appellationsgericht, und eine Eingabe des Strafgerichts um Sanktionierung seiner Praxis durch eine bezügliche Gesetzesrevision ward vom Regierungsrat nach Gutachten des Justizkollegiums abschlägig beschieden. Eine erneute ähnliche Eingabe des Strafgerichts von 1888 hatte ebensowenig Erfolg. Aber schon das Gutachten des Justizkollegiums von 1887 hatte auf den einzig richtigen Ausweg hingewiesen: Festhalten an der sofortigen Publikation des Dispositivs, Ermöglichung der Aussetzung der Motivpublikation auf drei oder vier Tage und damit verbunden eine zehntägige Appellationsfrist. Eine solche erscheint aber, abgesehen von den Bagatellsachen des polizeilichen Präsidialverhöres, auch ganz unabhängig von solchen praktischen Schwierigkeiten als erstrebenswert.[53]) Die Abänderung der Appellationsfrist würde freilich auch eine Abänderung des Protokollierungssystems mit sich bringen. Nach den Motiven wurde das bestehende System gewählt, um ein ausführliches, für die zweite Instanz wertvolles Protokoll zu

---

[52]) Vgl. die cit. Polizei- und Strafakten des Staatsarchivs.

[53]) Die Motive (Weiterer Bericht S. 9) erklären allerdings eine längere Frist für völlig überflüssig. Es gebe für die Frage, ob man appellieren wolle oder nicht, vornehmlich das Gefühl des Verurteilten den Ausschlag, welches, sobald die erste Aufregung der Ruhe Platz gemacht habe, sich so gut aussprechen könne wie einige Tage später. Für viele Fälle mag das zutreffen, aber der Kreis des Möglichen wird damit nicht erschöpft. Auch im Strafprozess wird mancher, namentlich wo es sich vielleicht nur um eine Appellation in der Straffrage handelt, die Rekursergreifung von der vorherigen Nachforschung nach der Möglichkeit neuer Zeugen, neuer Beweismittel etc. abhängig machen. Gewisse Punkte der Motive wollen überdacht sein etc. Für all dies ist nun aber unsere Frist doch entschieden zu knapp bemessen

gewinnen, ohne dem Gerichtsschreiber in jedem einzelnen Falle die weitläufige Reinschrift des materiellen Inhalts der Aussagen überbinden zu müssen. Man wird sich starker Bedenken gegen diesen Ausweg nicht entschlagen können. Der Gerichtsschreiber kann in der Sitzung nur die notdürftigsten Notizen nehmen. Dieselbe Sitzung wird ihm oft eine ganze Reihe sich ähnelnder Fälle bringen. Nach drei Tagen soll er dann plötzlich von einem dieser Fälle den Gang der Beweisaufnahme nach seinen Notizen und dem Gedächtnisse rekonstruieren. Entweder will er, wie es in der Idee der Einrichtung ursprünglich lag, ausführlich sein: dann wird die Darstellung eben konstruiert herauskommen und, da eine Nachprüfung durch den Gerichtspräsidenten oder, was noch wichtiger wäre, durch die aussagenden Personen, im Gesetze nicht vorgesehen ist, auch ganz unmöglich durchzuführen wäre [54]), so wird das Protokoll vielleicht in mancher Hinsicht kein treues Bild vom Verlaufe der Verhandlung erster Instanz bieten; oder er bleibt in den Grenzen des absolut Sichern: dann wird sein Protokoll sehr dürftig ausfallen müssen und kaum irgendwie über die Sitzungsnotizen hinausgehen. Dies letztere ist denn auch

---

[54]) Der Entwurf der Minorität der Grossratskommission von 1862 hatte in lemma 2 des § 113 in Rekursfällen einen obligatorischen Aktenschluss vorgesehen, wobei die Protokolle der erstinstanzlichen Verhandlungen durch den Verurteilten, der von seinem Verteidiger assistiert werden konnte, dem Staatsanwalte und der Zivilpartei resp. deren Vertreter zu unterzeichnen und etwaige Proteste als Anhang zum Protokoll aufzunehmen gewesen wären. Der definitive Entwurf liess diesen Vorschlag mit Recht fallen. Er hätte zu nichts besserem geführt, als wir heute besitzen. Die Ansicht der Parteien über die Glaubwürdigkeit der Zeugen und Sachverständigen sowie über die Tragweite und Bedeutung ihrer Aussagen lernt das Appellationsgericht auch beim bestehenden Verfahren durch die Plaidoyers und die kontradiktorischen Verhandlungen kennen. Das wirklich wesentliche, nämlich die Zustimmung der Zeugen und Sachverständigen selbst zur Art der Protokollierung ihrer Aussagen hätte auch dieser Vorschlag nicht erreicht. Dazu wäre nötig gewesen, die Anwesenheit aller, die in der Hauptverhandlung erster Instanz Aussagen gemacht haben, bei diesem Aktenschlusse vorzuschreiben. Dann aber kann man mit nicht grösserer Belästigung dieser Personen zu einem noch viel besseren Resultate gelangen durch ihre Vorladung zur zweitinstanzlichen Hauptverhandlung.

tatsächlich fast immer der Fall. So sehen wir, wie auch in der Basler Prozessordnung die Frage nach der Schaffung befriedigender Grundlagen für ein auf Grund der Akten erkennendes Zweitinstanzgericht nicht gelöst ist. Die getroffene Regelung verkürzt die Appellationsfrist in unbilliger Weise, ohne doch irgendwie eine für die Urteilsbildung genügende Basis liefern zu können. Die richtige Lösung liegt in einer vollständigen Abänderung des bestehenden Beweisverfahrens. Wenn dies geschehen, können wir uns mit kurz gefassten Protokollen begnügen, in denen vom materiellen Inhalt der Aussagen nur die allgemeine Tendenz und ein Resumé enthalten sein müsste. Ein solches Protokoll wäre dann vom Gerichtsschreiber für jeden Fall ohne Rücksicht darauf, ob eine Appellation eingelegt wird oder nicht, auszufertigen. Dann steht aber auch einer Verlängerung der Appellationsfrist von 3 auf 10 Tage nichts mehr im Wege.

e) Die Berufungseinlegung muss in gesetzlicher Form geschehen. Als solche erscheint die schriftliche Eingabe und zwar wird nach einem Entscheid des Appellationsgerichts von 1903 die eigene Schrift des Appellanten verlangt, ausser wo eine eigentliche Advokatenvollmacht vorliegt. Das Telegramm ist ebenfalls als zulässig anzusehen, sofern es in der nötigen Ausführlichkeit gehalten ist, also neben der Adressstelle den Ausdruck des Rekurswillens, die genaue Bezeichnung des angefochtenen Urteils und den genauen Namen des Rekurrenten enthält. Die Einlegung zu Protokoll des Gerichtsschreibers, obwohl im Gesetze nirgends aufgeführt, muss, falls vom Appellanten unterzeichnet, als Art der schriftlichen Uebermittlung an den Gerichtspräsidenten angesehen werden und ist deshalb auch zuzulassen. Dafür spricht insbesondere auch § 112 P, wo beim inhaftierten Verurteilten der Gerichtsschreiber eben in dieser Funktion auftritt.

Während ein Mangel in einer der bisher besprochenen Voraussetzungen die Verwerfung des Rechtsmittels durch ein deklaratorisches Prozessdekret der zweiten Instanz hervorruft, darf dies nicht geschehen, wenn dem Erfordernisse des § 112 [2] P, dass beim inhaftierten Verurteilten zur Protokoll-

erklärung der Berufung der Verteidiger müsse zugezogen werden, nicht Genüge geschehen ist. Der Rekurrent würde ja sonst für einen Fehler der staatlichen Organe büssen müssen. Auf die Bestimmung selbst haben schon die Motive Gewicht gelegt und wenn wir daran denken, dass die Fälle, in denen der Verurteilte sich in Haft befindet, meist zu den schwereren gehören werden, dass es sich dabei auch meist um rechtskundigen Beistands besonders bedürftige Personen handeln wird, so werden wir völlig damit übereinstimmen.

Wir haben damit die nach Basler Rechte geforderten Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung erledigt. Es fehlt unter ihnen die Rechtfertigung der Berufung, wie sie früher im gemeinen Rechte meist obligatorisch, nach heutigem Reichsrechte wenigstens fakultativ in den Strafprozess aufgenommen ist. Und doch erscheint ein Bedürfnis nach einer solchen Rechtfertigungsschrift auch für den heutigen Prozess begründet. Die Initiative des Erstinstanzverfahrens, die auf der Klagseite liegt, muss ja auch ihre Präzisierung und Zusammenfassung in der Anklageschrift finden. Diese befähigt, verbunden mit den Beweisanträgen der Gegenpartei, den erstinstanzlichen Richter, die Vorbereitungen zur Hauptverhandlung in angemessener Weise auszuführen. Der Gerichtspräsident der zweiten Instanz bedarf, besonders wenn wir den modernen Anforderungen gemäss die Verhandlungen der zweiten Instanz auf die gleiche Stufe der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bringen wollen, eines gleichen Hilfsmittels. Die Initiative des Zweitinstanzverfahrens kann auf beiden Seiten liegen. Die Seite, die sie ergriffen hat, sollte ihr einen präzisen Ausdruck in einer Rechtfertigungsschrift verleihen. Diese Rechtfertigungsschrift hätte dann zugleich die Beweisanträge der rekurrierenden Partei, ohne dass sie deshalb das Recht weiterer in zulässiger Frist erfolgender Ladungsanträge verlöre, zu enthalten, und diese Schrift böte in Verbindung mit den Beweisanträgen der Gegenpartei dem Appellationsgerichtspräsidenten die Basis für die Vorbereitung der Hauptverhandlung. Liegen von beiden Parteien Rekurse vor, so hätten beide Teile Rechtfertigungs-

schriften einzureichen. Es soll allerdings das eine sehr wesentliche Bedenken, das sich diesem Institute der obligatorischen Rechtfertigungsschrift [55]) entgegenstellt, nicht verschwiegen werden. Der Bildungsgrad vieler strafrechtlich Verurteilter scheint nämlich den theoretisch nicht zu leugnenden Nutzen ziemlich illusorisch zu machen. Eine Klärung dieser Frage könnte aber nur durch Erfahrungen der Praxis erbracht werden.

Dass die Prüfung all dieser Einleitungsformalien nach Basler Recht dem Appellationsgerichte und nicht dem judex a quo überbunden ist, lässt sich trotz Fehlens einer ausdrücklichen Normierung in der P aus der Natur der Sache ableiten. Für den judex a quo ist die Prozessmaterie mit dem von ihm gefällten Spruche absolut erledigt. Er bleibt, da sich die Akten über das bisherige Verfahren bei ihm vorfinden, zwar noch die gegebene Adressstelle für die Einlegung, aber nichts weiter. Wo ihm auch nur ein Teil der Prüfung der formellen Zulässigkeit der an ihn adressierten Einlegung überbunden wird, wie etwa nach § 360 StPO die Untersuchung über die Fristwahrung, da wird ein Widerspruch in das Verfahren getragen [56]), ein Widerspruch, der übrigens nur zu Umständlichkeiten und Umwegen führt, da gegen einen solchen Entscheid dann doch wieder ein Rechtsmittel (in Deutschland in Form der Beschwerde) an die Appellationsinstanz gewährt werden muss.

Für die Frage endlich, in welcher Art und Form der das Zulässigkeitsverfahren abschliessende Beschluss des Appellationsgerichts zu erfolgen habe, lässt uns wiederum das positive Recht völlig im Stich, obwohl gerade hier eine gesetzliche Weisung sehr am Platze wäre. Meist wird wohl, nachdem nach § 113 P die Aktenübersendung, die spätestens 8 Tage nach Ablauf der Appellationsfrist geschehen muss, stattgefunden hat, die Appellation stillschweigend (d. h. durch

---

[55]) Die z. B. neuestens entgegen den Beschlüssen der vorberatenden Kommission Eingang in den deutschen Entwurf gefunden hat. Vgl. Prot. I S. 472 ff., II S. 142 und Entwurf 1908 § 317. (Amtl. Ausgabe Berlin 1908).

[56]) Vgl. Binding, Grundriss S. 259.

konkludente Handlung) zugelassen werden, indem der Appellationsgerichtspräsident, dem die Prüfung der Formalien zunächst obliegt, nachdem er nirgends einen Fehler wahrgenommen hat, die Vorbereitungen zum Sachprüfungsverfahren trifft. Wie aber, wenn er Fehler bemerkt? Das richtigste wäre wohl, dass der die Vorbereitungen treffende Präsident, wenn der betreffende Fehler offenkundig erscheint (z. B. eine Appellationseinlegung 10 Tage nach erfolgter Publikation des erstinstanzlichen Urteils), die Appellation sofort verwerfen könnte (es erscheint dies im Gegensatze zu der Zulassung durch latentes Prozessdekret als ausdrückliches Prozessdekret), und nur, wenn sich ihm Zweifel ergeben würden, unter Besammlung der betreffenden Kammer oder des betreffenden Ausschusses einen Beschluss des Gerichtes selbst entweder auf Zulassung oder Verwerfung veranlassen müsste. Die Konsequenz einer derartigen Regelung wäre die Nachlassung eines Rechtsmittels (Beschwerde) für den Appellanten gegenüber einem die Appellation zurückweisenden Präsidialentscheide auf Entscheid durch die Kammer resp. den Ausschuss des Appellationsgerichtes. Da unser positives Basler Recht eine derartige Bestimmung nicht kennt, wie ja überhaupt das ganze Zulässigkeitsverfahren in der P keine Regelung findet, so hat man sich m. E. dahin zu entscheiden, dass ein die Appellation wegen formeller Mängel zurückweisender Beschluss überhaupt nur vom Gericht, nicht vom Präsidenten [57]) getroffen werden kann; denn durch seine Appellation erwirbt der Rekurrent ein Recht auf Gehör beim Plenum der Kammer oder des Ausschusses.

Und noch eine andere sehr wichtige hieher gehörige Materie ist in der Basler Gesetzgebung nur in einem speziellen Falle, nicht aber allgemein geregelt worden: die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Wir haben gesehen, dass die Nichtbeachtung der Formalien des Zulässigkeitsverfahrens Präklusion auch für die materielle Kognition zur Folge hat. Das Rechtsleben fordert solche feste Grenzen und for-

---

[57]) Selbstverständlich nie von der Kanzlei.

melle Grundlagen durchaus, und würde bei Nichtvorhandensein oder zu laxer Anwendung derselben der Stetigkeit, Promptheit und Ruhe ermangeln. Es lassen sich aber doch Möglichkeiten denken[58]), bei denen eine solche Präklusion infolge eines entschuldbaren Irrtums, eines entschuldbaren Nichtwissens des von ihr Betroffenen eingetreten ist, und für solche, aber nur für solche Fälle, scheint es mir Pflicht der Gesetzgebung zu sein, Hilfe zu gewähren. Zunächst ist daran festzuhalten, dass nur Fristversäumnisse oder unentschuldigtes Ausbleiben im Termine die Grundlage für eine Wiedereinsetzung im Berufungsverfahren abgeben können. Ueber Fristversäumnisse finden wir nun in Basel gesetzlich nichts fixiert. Betreffs Versäumung des Termins haben wir für die erste Instanz eine Bestimmung in § 34[2] Pol., wonach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt wird, wenn der Verurteilte binnen 5 Tagen nach Zustellung des Urteils nachweist, dass er die Vorladung nicht erhalten hat, oder dass er wegen Abwesenheit oder Krankheit verhindert gewesen sei, derselben Folge zu leisten. Für das Verfahren vor Strafgericht treffen wir keine solche Bestimmung, wohl einzig aus dem Grunde, dass wir hier auch kein Analogon zum § 29 Pol. haben, und deshalb angenommen werden muss, es könne das Verfahren vor Strafgericht in Abwesenheit des Angeklagten (ausser im eigentlichen Kontumazialprozesse nach §§ 131 ff. P) nicht durchgeführt werden, sondern es müsse in einem solchen Falle stets eventuell durch Zwangsmassregeln das Erscheinen des Angeklagten durchgesetzt werden. Für die Berufungshauptverhandlung aber, wo die Verwerfung des Rechtsmittels auch bei Strafsachen die Folge des Nichterscheinens ist, haben wir nun wiederum absolut keine Bestimmung. All diesen Möglichkeiten entschuldbarer Fristversäumnis oder entschuldbaren Nichterscheinens im Termin gegenüber genügt es nun nicht, wenn, wie dies derzeit in

---

[58]) Die Basler Prozessordnung kennt z. B. kein „Zustellungsverfahren". Wie leicht können aber bei gewöhnlicher postalischer Besorgung wichtige Mitteilungen z. B. Ladungen ohne Verschulden des Betroffenen nicht oder zu spät in die Hände des Adressaten gelangen.

Basel der einzig offene Weg ist, das Gericht die Möglichkeit hat, bei zufällig zu seiner Kenntnis gelangenden Fällen von Entschuldbarkeit auf sein Urteil zurückzukommen und auf die Sache einzutreten. Das Gesetz sollte ausdrücklich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand umfassend geregelt enthalten. Nur so ist es jedem von einer ungerechten Präklusion Betroffenen, auch solchen, die nicht sofort nach dem Versäumnis mit Entschuldigung und Beschwerde beim Gerichte erscheinen und so nach geltendem Rechtszustande eventuell eine Berücksichtigung ihrer besonderen Verhältnisse noch finden können, möglich, sich Hilfe zu verschaffen. Das Gesuch um Wiedereinsetzung wäre beim Appellationsgericht vorzubringen und an eine Frist zu binden, entsprechend den besonderen Bedingungen der Einrichtung aber nicht an eine stabile, sondern an eine erst vom Momente der Beseitigung des die Präklusion verursachenden Ereignisses an laufende. Der Entscheid über das Gesuch wäre unwiderruflich vom Appellationsgericht zu fällen. Die einzige Schwierigkeit in der gesetzlichen Regelung der Einrichtung bietet sich in der Frage der prinzipiellen Voraussetzung für die Zulassung der Wiedereinsetzung. Eine kasuistische Regelung verbietet sich von vornherein. Sie würde der Mannigfaltigkeit der möglichen Lebensverhältnisse niemals Rechnung tragen können. Wohl aber muss man vom Gesetz einen Leitsatz verlangen, der zwar nicht die Zulässigkeit des Antrags an sich regeln soll; denn schliesslich kann ja jeder, auch der durch eigene Schuld Präkludierte den Antrag stellen, der aber dem Gerichte für die Beurteilung der Frage der Entschuldbarkeit im Einzelfalle das allgemeine Prinzip wegleitend aufzustellen hat. Entgegen der unglücklichen Formulierung der deutschen StPO, die einen Antrag auf Wiedereinsetzung zuliess, wenn „Naturereignisse oder sonstige unabwendbare Zufälle“ dem Betroffenen die Wahrung der Frist, resp. das Erscheinen zum Termin verunmöglichten[59]), stellt in glücklicher Weise der Entwurf von

---

[59]) Auch die Fassung der Reformkommission, die diese Frage eingehend ventilierte, bedeutete noch keinen Fortschritt, vgl. Prot. I S. 484 ff. II S. 146.

1908 auf das „Verschulden" des Beteiligten ab.[60]) Dies ist in der Tat der einzig gangbare Weg. Einem Verschulden des Beteiligten ist ein Verschulden seines Vertreters (die Möglichkeit der Vertretung besteht bei uns, ausser der gesetzlichen Vertretung, nur im Privatklageverfahren) oder gar des Verteidigers nicht gleichzustellen. Auch in dieser kontroversen Frage[61]) halte ich die Regelung des deutschen Entwurfs für zutreffend und gerecht. Es scheint in der Tat zu hart, dass einem Beurteilten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und damit die Appellationsinstanz überhaupt versagt sein soll, weil sein Vertreter oder Verteidiger aus Nachlässigkeit die Appellationserklärung etwa einen Tag zu spät zur Post gegeben hat.

2. Das Sachprüfungsverfahren.

a) die Vorbereitung der Berufungshauptverhandlung.

Wenn die Akten dem Appellationsgericht übersandt sind (§ 113 P) und sich demselben kein Bedenken gegen die formelle Zulässigkeit des Berufungsverfahrens ergeben hat, so beginnen die Vorbereitungen für die Hauptverhandlung vor dem Appellationsgericht.

Sie liegen in erster Linie in den Händen des Präsidenten der mit dem Prozesse befassten Kammer des Appellationsgerichts, resp. des befassten Ausschusses dieses Gerichts. Gesetzlich festgelegt finden wir das bei der Regelung des Beweisverfahrens vor Appellationsgericht in § 118² P: „Wobei die für die erste Instanz festgesetzten Vorschriften (§§ 68—93) im allgemeinen ebenfalls gelten". Daraus, dass mit den angeführten Paragraphen der ganze Abschnitt über die Hauptverhandlung zur Analogie-Verwendung herangezogen wird, sehen wir deutlich, dass durch die Stellung der Bestimmung im Gesetze nicht eine Beschränkung auf das Beweisverfahren beabsichtigt ist. Für die Vorbereitung der Appellationshauptverhandlung kommen nun hauptsächlich die §§ 68 (Einleitung

---

[60]) Vgl. Entwurf S. 28, dazu die Motive S. 206.

[61]) Vgl. die cit. Protokolle der Reformkommission I, S. 507 ff. und II, S. 231 ff.

des Hauptverfahrens) und 70 (Präsidialbefugnis), verbunden mit dem § 32 (Untersuchungsrichterliche Befugnisse), auf den § 70 verweist, in Betracht. Was die in § 68 normierte Verfügung über den Angeklagten betrifft, so sind hier verschiedene Möglichkeiten denkbar. Einmal die Aufhebung noch bestehender Untersuchungshaft, schlechtweg oder unter Kautionsstellung. Seltener, aber theoretisch durchaus in die Kompetenz des Appellationsgerichtspräsidenten nach zugelassenem Berufungsverfahren fallend, wäre die Verhängung der Untersuchungshaft bei vom Staatsanwalte nach in erster Instanz erfolgter Freisprechung eingelegter Appellation. Hieher gehört auch das Verfügungsrecht des Appellationsgerichtspräsidenten auf Suspension der Strafvollstreckung, entgegen einem nach Massgabe der §§ 40 resp. 15 Pol. gefällten Entscheide des Polizeigerichtspräsidenten. Von den Präsidialbefugnissen nach den §§ 70 resp. 32 P. werden wohl die meisten gemäss dem Charakter des Beweismateriales, das ja bereits durch einmalige resp. bei Straffällen bereits zweimalige Durchsicht seine Läuterung erfahren hat, in zweiter Instanz kaum in Anwendung kommen müssen. Allerdings, Vorladungen und Abhörungen des Beurteilten durch den Appellationsgerichtspräsidenten, z. B. zur Aufklärung und näheren Spezifikation undeutlicher Beweisanträge scheinen mir sehr wohl denkbar und erforderlich. Auch die Anordnung erneuter Sachverständigengutachten, Oberexpertisen etc. wird durch den Appellationsgerichtspräsidenten erfolgen müssen, falls die Appellation die Erheblichkeit oder Glaubwürdigkeit von Gutachten erster Instanz, die für die Beurteilung massgebend gewesen sind, anficht. Ebenso wird, wenn immer möglich, zu einer Wiederholung von Augenscheinen zu schreiten sein, falls die aus solchen in erster Instanz gezogenen Schlüsse die Basis für die Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils durch den Rekurrenten bilden. Vor allem aber gewinnen die Bestimmungen der angezogenen Paragraphen in Verbindung mit § 71 P. Bedeutung für den Fall, dass die Appellation auf Nova gestützt wird. Auch die Basler Denkschriften und Motive legen für Beibehaltung der Berufung namentlich auf den Umstand Gewicht, dass oft erst

durch das Urteil mit seinen Motiven dem Beurteilten die Bedeutung gewisser Tatsachen und Umstände, die er vielleicht im bisherigen in seiner Verteidigung als wenig bedeutsam zum Teil oder ganz beiseite gelassen hat, klar werde, und er in der zweiten Instanz das Mittel in die Hand erhalte, dieses Versäumnis nachzuholen. Wo nun zur Bewährung solcher Nova vom Angeklagten bloss die Abhörung eines oder mehrerer bisher nicht herangezogener Zeugen oder die Befragung bereits aufgetretener Zeugen über gewisse noch nicht zur Sprache gekommene Punkte verlangt wird, da genügt vollständig die Ladung dieser Zeugen zur Hauptverhandlung. Wo es sich aber zur Bewährung der neuen Beweistatsachen um einen ganzen Komplex von Beweisführungen handelt, da wird eine vorherige vorbereitende Prüfung und Sichtung durch den Appellationsgerichtspräsidenten nach Massgabe der Mittel des § 32 P. (Haussuchungen, Beschlagnahmen, Konfrontationen etc.) unerlässlich sein, und zwar, wenn nicht wegen materieller Unvollständigkeit das Gericht es vorzieht, Rückweisung an die erste Instanz nach § 119 P eintreten zu lassen, entweder durch ihn oder nach § 71 P durch den Untersuchungsrichter, der hier als Hilfsperson des Gerichtspräsidenten auftritt. Festzuhalten ist dabei, dass es sich um Untersuchungshandlungen im Stadium des Rechtsmittelverfahrens handelt und nicht um eine neue Voruntersuchung. Kommt es zu der ebenfalls von § 71 P ins Auge gefassten Möglichkeit der Entdeckung neuer bisher nicht berücksichtigter strafbarer Handlungen, so kann das Appellationsgericht je nach der grössern oder geringern Komplexität der Fälle entweder für den ihm vorliegenden Fall sein Urteil fällen, ohne Rücksicht auf die andern jetzt zur Voruntersuchung (Eröffnungsbeschluss vgl. § 71^2 P) gelangenden neuentdeckten Fälle oder aber zur Zurückweisung der ganzen Sache nach § 119 P schreiten. Hier anschliessend ist auch zu bemerken, dass der § 72 P (Ausmittlung neuer Mitschuldiger) nur modifiziert für das zweitinstanzliche Verfahren Geltung beanspruchen kann. Von einer Aussetzung des zweitinstanzlichen Urteils bis zur Erledigung des Untersuchungs- und erstinstanzlichen Hauptverfahrens gegen die neu ausgemittelten Mitschuldigen wird

meist keine Rede sein können, ebensowenig aber von einer materiellen Beendigung des Zweitinstanzverfahrens rücksichtlich des Rekurrenten; als richtigster Weg bleibt wiederum Rückweisung nach P. § 119, wobei dann das erstinstanzliche Hauptverfahren hinsichtlich des rückgewiesenen Rekurrenten bis zur Beendigung der Voruntersuchung gegen die neuen Angeklagten auszusetzen wäre.

Ebenfalls als zur Vorbereitung der Hauptverhandlung zweiter Instanz gehörende Obliegenheit des Appellationsgerichtspräsidenten haben wir hier die Verpflichtung zum Inzirkulationsetzen der erstinstanzlichen Akten zu erwähnen. Das Gesetz (P. § 115) lässt die Wahl zwischen Verlesung der erstinstanzlichen Akten zu Beginn der Hauptverhandlung und Zirkulation dieser Akten unter den Mitgliedern des Gerichtes vor der Hauptverhandlung. Die Praxis des Appellationsgerichts scheint sich namentlich in den letzten Zeiten ganz allgemein für Aktenzirkulation[62]) entschieden zu haben. Und bei den beiden gebotenen Möglichkeiten erscheint dies in der Tat als die richtige Wahl. Soll der Akteninhalt den Richtern zweiter Instanz zur Kenntnis gebracht werden, so können wir uns namentlich bei grösseren, umfangreicheren Sachen — und gerade solche werden doch häufig vor das Appellationsgericht gelangen — die Verlesung allerdings nicht als geeignetes Mittel denken. Sie wird in der Hauptverhandlung unverhältnismässig viel Zeit wegnehmen und trotzdem wird bei der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes in komplizierteren Fällen die Orientierung eine mangelhafte sein. Missverständnisse und falsche Anschauung über gewisse Resultate der ersten Instanz faktischer und juristischer Natur werden sich bilden, die dann erst wieder im weitern Verlauf der Verhandlung durch Befragungen etc. umständlich geklärt werden müssen oder gar ungeklärt die Urteilsfällung beeinflussen können. Das alles wird, eine nicht zu starke Belastung des Appellationsgerichts mit Prozessen vorausgesetzt, bei der Aktenzirkulation, die jedem Richter die

---

[62]) Die übrigens schon in den Motiven bevorzugt erscheint. Vgl. Weiterer Bericht S. 11.

Mittel zum eingehenden Studium der Ergebnisse des bisherigen Verfahrens an die Hand gibt, vermieden. Ein anderes ist es um die Frage, ob und wie weit wir überhaupt eine solche eingehende Aktenkenntnisnahme durch jeden einzelnen Richter für wünschbar und erstrebenswert zu halten haben. Man könnte von dem Gesichtspunkte der auch für die zweite Instanz zu fordernden vollen Mündlichkeit des Verfahrens aus die Frage verneinen. Es sei sonst zu erwarten, dass die Richter mit einer abgeschlossenen Meinung in der Sache zum Termin kommen, und doch solle auch in der zweiten Instanz nicht aus den Akten, sondern aus der lebensvollen Erscheinung der mündlichen Hauptverhandlung das Urteil geschöpft werden. Zum Teil gehen aber solche Einwände zu weit. Vor allem haben wir uns doch hier mit dem Probleme zu befassen, wie dem Richter zweiter Instanz die genügende Orientierung und Vorbereitung zu Teil werde, damit er befähigt sei, mit wirklich geläutertem Verständnisse dem Gange der mündlichen Hauptverhandlung zu folgen. Dem Richter erster Instanz wird diese Orientierung durch Verlesung des Eröffnungsbeschlusses und der Anklageschrift zu Teil. Man könnte nun zunächst auf den Gedanken kommen, die Zirkulation dieser beiden Schriftstücke, zu denen das motivierte erstinstanzliche Urteil, das Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung sowie die für ein mündliches Verfahren ja ebenfalls wünschbare Berufungsrechtfertigung des Appellanten treten würden, wäre imstande, der zweiten Instanz die gleichen Dienste zu tun. Meist würde dies in der Tat auch genügen. In komplizierteren Fällen werden aber noch andere Akten dazu treten müssen. Dies wird uns klar, wenn wir bedenken, dass gerade die für die Orientierung der zweiten Instanz wesentlichsten unter den erwähnten Schriftstücken: die Motive des erstinstanzlichen Urteils und die Berufungsrechtfertigung sich sehr oft auf in den übrigen Akten enthaltene Ergebnisse kritisch oder zustimmend beziehen werden. Gutachten, Augenscheinsprotokolle etc. werden darin als Stütze eigener Anschauung benützt sein oder angegriffen werden, vom Appellationsgericht angeordnete Oberexpertisen werden zu den Expertisen erster Instanz Stellung

nehmen etc. Kurz, wir kommen zum Schlusse, dass alle Akten, die neben der mündlichen Beweisaufnahme als Basis des erstinstanzlichen Urteils in Betracht kommen, in diese Aktenzirkulation zweiter Instanz einbezogen werden müssen.[63]) Aber freilich: diese als Vorbereitung für die mündliche Beweisaufnahme nützliche und deshalb auch für ein modernes Verfahren beizubehaltende Aktenkenntnisnahme im Wege der Zirkulation unter den Appellationsrichtern muss unbedingt ihre feste Grenze in den Prinzipien des mündlichen Verfahrens finden. Das Basler Gesetz spricht nur von „Akten" schlechthin, der Ausdruck darf uns aber nicht darüber täuschen, dass diejenigen Schriftstücke, die wie Voruntersuchungs- oder Polizeiakten auch der ersten Instanz als Urteilsbasis nicht zur Verfügung stehen, niemals Grundlage der zweitrichterlichen Urteilsbildung werden dürfen. Nur wo aus notwendigen Opportunitätsgründen das Gesetz nach P. § 91 diesen strengen Grundsatz für die erste Instanz durchbricht, da sollen auch solche Schriftstücke in die Aktenzirkulation einbezogen werden können. Dieser Elementargrundsatz eines mündlichen Verfahrens bedarf keines weitläufigen Beweises:[64]) dass das Basler Appellationsgericht trotzdem auf einem entgegengesetzten

---

[63]) Diese Aktenzirkulation ist auch dem nach § 365 StPO in Deutschland geltenden Systeme des einleitenden Referats durch ein Mitglied des Appellationsgerichts vorzuziehen; denn auch bei ehrlichstem Streben nach Objektivität wird sich hiebei in der Auswahl und Gruppierung des Stoffes ein gewisses subjektives Moment nicht vermeiden lassen.

[64]) Was der Prima nicht offen stand, darf eben der Sekunda auch nicht offen stehen. Wenn das Gesetz erlaubt, dass das Gericht nach „Akten" urteile, so heisst Akten nicht das zufällige Convolut von Schriftstücken, die sich im ganzen Verlaufe des Verfahrens angesammelt haben, sondern nur dasjenige Material, das bestimmt ist, mündliche Beweisaufnahmen der ersten Instanz für die zweite zu ersetzen. Und das sind eben die Protokolle über die mündlichen Aussagen dieser Personen vor erster Instanz. Ebensowenig wie das Strafgericht gegenüber der mündlichen Beweisaufnahme sich auf das Aktenmaterial des polizeilichen oder untersuchungsrichterlichen Prozessstadiums stützen kann, darf dies die zweite Instanz tun. Diese Konsequenzen eines auf Mündlichkeit und Unmittelbarkeit aufgebauten Strafverfahrens haben die Theoretiker sofort gezogen. Vgl. z. B. Mittermaier in Archiv f. Preuss. Strafrecht 1862 S. 312/313 und S. 591/593.

Standpunkte steht und unter Akten alles vorhandene schriftliche Prozessmaterial begreift, also auch dasjenige, das durch § 91 P. ausdrücklich schon den Richtern erster Instanz als Urteilsbasis entzogen ist, lässt sich nur aus dem in Basel herrschenden Beweisverfahren erklären. Wo wie in Basel mündliche Abhörungen in zweiter Instanz die seltene Ausnahme bilden, da ist freilich begreiflich, dass das Gericht auf alle möglichen andern Quellen zurückgeht und selbst zu den Mitteln des gemeinen Prozesses vor 1862 seine Zuflucht nimmt.

In der Vornahme eventuell noch notwendiger Untersuchungshandlungen und in der Veranlassung der Aktenzirkulation erschöpft sich der Umkreis der Präsidialgeschäfte zur Vorbereitung der Appellationshauptverhandlung nicht. Es bleiben noch anzuführen: Ansetzung des Gerichtstages (§ 72 P.), Festsetzung der Zeugen- und Sachverständigenliste (§ 72 P.) und Erlass der Vorladungen (§ 76 P.). Ueber diese letzteren sowie die Festsetzung des Gerichtstages ist nichts zu bemerken. Etwas anders verhält es sich mit der Festsetzung der Zeugen- und Sachverständigenliste, die übrigens in engem Zusammenhange mit dem weiterhin zu behandelnden Systeme der Beweisaufnahme steht. Das deutsche Strafverfahren und der Basler Prozess stimmen darin miteinander überein, dass sie das System einer relativen Mündlichkeit gewählt haben. Nur nehmen sie die beiden entgegengesetzten Möglichkeiten dieses Systems ein. Während in Deutschland die Mündlichkeit laut Gesetz als Regel gilt und die Schriftlichkeit des Verfahrens, das heisst Verlesungen aus Akten, die Ausnahme bildet, hat Basel den umgekehrten Weg eingeschlagen. Die StPO bestimmt in § 364[2]: „Die Ladung der in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen kann nur dann unterbleiben, wenn deren wiederholte Vernehmung zur Aufklärung der Sache nicht erforderlich erscheint“, während es in Basel in § 118[2] P. heisst; „Das Appellationsgericht hat jedoch das Recht, vor dem Beginn der Parteivorträge von sich aus oder auf Antrag des Staatsanwalts, oder des Angeklagten und seines Verteidigers in Fällen, wo die Aussagen des Angeklagten und der Zeugen und die Gutachten der Sachverständigen von ent-

scheidender Wichtigkeit erscheinen oder zu erheblichen Zweifeln Anlass geben, den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen ausnahmsweise vor seinen Schranken selbst abzuhören bezw. neue Gutachten einzuholen.“ Beide Gesetzestexte befriedigen nicht und wenn der § 324[2] des deutschen Entwurfs von 1908 bestimmt: „Die Ladung der in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen unterbleibt, soweit ihre Vernehmung nach dem Inhalte der Berufungsanträge für die Entscheidung der Sache ohne Bedeutung ist“, so ist das die weitest zulässige Einschränkung, die wir uns denken können. Und auch diese hat nur relative Bedeutung, da, wie weiterhin näher zu begründen sein wird, wir dem Berufungsrichter im modernen Verfahren das Recht einräumen müssen, auch über den Inhalt der eventuellen Berufungsanträge hinaus das ganze Gebiet des erstinstanzlich Verhandelten in seine Kognition einzubeziehen[65]). Für jedes in die Untersuchung einbezogene Gebiet aber hat als Regel zu gelten: alle in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen sind zu laden. Wo liegt nun die Initiative für solche Ladungen? Für unser Recht finden wir in § 118[4] P. eine Normierung. Die Parteien können danach in dem vierzehntägigen auf den Ablauf der Appellationsfrist folgenden Zeitraume Beweisanträge stellen. Gegen die Fristansetzung, besonders da sofortige Akteneinsicht gestattet wird, ist nichts einzuwenden. Wenn das Gesetz eine obligatorische Rechtfertigung der Berufung kennen würde, so begönne eine solche Frist zweckmässig erst nach Ablauf der für die Rechtfertigung gesetzten Zeit. Dem Wortlaut der Bestimmung nach hat der Appellant resp. Appellat nicht bloss Abhörung neuer Zeugen, sondern auch die von ihm gewünschte Einvernahme von bereits in erster Instanz einvernommenen Zeugen ausdrücklich zu beantragen. Es passt dies in das System des heutigen Basler Prozesses. In einem rein mündlichen Verfahren wären die Parteien von diesem Teile der Vorbereitung zu entlasten. Ihnen verbliebe dann nur der An-

---

[65]) Eine Konsequenz, die der deutsche Entwurf allerdings selbst noch nicht gezogen hat.

trag auf Einbeziehung noch nicht benutzten Beweismaterials. Was nun die Entscheidung über solche Anträge anlangt, so hat die Motivierung der P.[66]) den bedenklichen Standpunkt eingenommen, es solle der Praxis überlassen bleiben, ob der Appellationsgerichtspräsident allein oder ob das gesamte Gericht darüber zu befinden habe, ob solche Reproduktionsanträge anzunehmen oder abzulehnen seien. Der allein richtige Standpunkt wäre gewesen, die Entscheidung zwar dem Appellationsgerichtspräsidenten allein zu übertragen, gegen den Entscheid jedoch eine Beschwerde an das Gericht selbst zuzulassen[67]).

b) Die Berufungshauptverhandlung.

Den Vorbereitungen für die Hauplverhandlung schliesst sich diese selbst an. Ihre Einleitung bietet zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Sie wird nach den Bestimmungen des § 117 P, eventuell zufolge § 118 [2] P nach denen der §§ 79 ff. verbunden § 37 P eröffnet. Doch wird bei der heutigen Praxis des Appellationsgerichts es wohl selten zu einer Befragung des Angeklagten kommen, vielmehr, falls keine Aktenverlesung mehr erforderlich und keine Beweisaufnahme angesetzt ist, sofort nach Feststellung der Persönlichkeiten zur Appellationsbegründung und -Beantwortung, also zu den Parteivorträgen geschritten werden. Keinerlei Regelung gewährt unser positives Recht der Frage, wie bei Nichterscheinen der Prozessbeteiligten zu verfahren sei. Für das deutsche Recht gelten die §§ 370 und 371 St. P. O. Danach ist die Berufung, wenn weder der Angeklagte, noch, wo solches zulässig[68]), ein Vertreter von ihm erschienen ist und das Ausbleiben nicht ge-

---

[66]) Weiterer Bericht der Grossratskommission S. 12.

[67]) Der deutsche Entwurf trifft diese Regelung, noch bereichert durch die dem Angeklagten gewährte Möglichkeit, in der mündlichen Hauptverhandlung den betreffenden Beweisantrag nochmals aufzunehmen, was ebenfalls als nützliche Einrichtung anzusehen ist.

[68]) Diese Vertretung ist nach § 132 StPO in erster Instanz stets gestattet, wenn die Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Angeklagten stattfinden kann. Dies letztere ist in ziemlichem Umfange erlaubt. Vergl. §§ 230/32, 427, 451, 457 StPO. Doch bleibt nach genereller Vorschrift des § 235 StPO dem Gerichte stets das Recht, die persönliche Anwesenheit des Angeklagten zu verlangen.

nügend entschuldigt wurde, einfach zu verwerfen, falls sie vom Angeklagten eingelegt war; falls sie vom Staatsanwalte eingelegt war, kann das Gericht nach seiner Wahl entweder in Abwesenheit des Angeklagten verhandeln oder diesen vorführen lassen. War die Appellation von einer Drittperson eingelegt, so hat das Gericht auch den Angeklagten zu laden und kann ihn im Falle seines Ausbleibens vorführen lassen. Im allgemeinen entsprechen diese ebenfalls noch lückenhaften Bestimmungen den allgemeinen Prinzipien des Verfahrens. In einem allerdings wichtigen Punkte gelangen wir zu einem andern Standpunkte sowohl aus allgemeinen Erwägungen als aus Schlüssen aus dem bestehenden Basler Rechte. Wie wir überhaupt nach der P. auch für die erste Instanz und zwar mit vollem Rechte die vielen in Deutschland beliebten Fälle der Möglichkeit einer Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten resp. bei blosser Vertretung desselben in Strafsachen nicht kennen (in Polizeisachen ist für die erstinstanzliche Verhandlung im Interesse prompter Justiz die Möglichkeit einer Verhandlung ohne Beisein des Angeklagten nach § 29 Pol. ohne Einschränkung gewährt, was aber nicht analog für die zweite Instanz zu gelten hat), sondern bloss nach § 157 P. im Privatklageverfahren und auch da nur vor der Strafkammer unbedingt, vor dem Präsidentenverhör dagegen bloss „bei nachgewiesener Verhinderung oder aus anderen erheblichen Gründen ausnahmsweise“ (auch bei diesen Ausnahmen steht nach § 157[3] P dem Gerichte stets das Recht zu, persönliches Erscheinen zu fordern), so ist dem auch für die Berufungsinstanz Rechnung zu tragen. Es ergeben sich uns demnach folgende Fälle:

Der Angeklagte erscheint unentschuldigt nicht zum Termin. War er Appellant, so ist die Berufung ohne weiteres zu verwerfen[69]). Eine Ausnahme gilt für Berufungen aus Privatklagefällen in Analogieanwendung des bereits angezogenen § 157 P, falls eine gültige Vertretung anwesend ist. Doch kann auch hier der Gerichtshof auf dem persönlichen Erscheinen beharren, die Sache bis dahin aussetzen, eventuell

[69]) Vergl. dagegen Nagler a. a. O. S. 220/221.

zur zwangsweisen Vorführung schreiten. War der Angeklagte Appellat, so ist stets zur Vorführung eventuell durch Zwang zu schreiten. Für Privatklagen gilt dasselbe wie im Falle des Ausbleibens des Privatbeklagten als Appellanten. Ist eine Entschuldigung des Ausbleibens des Beklagten eingelaufen, so hat das Gericht darüber Beschluss zu fassen, ob sie als erheblich oder unerheblich anzusehen sei. Hier liegt alles auf der Beurteilung des Einzelfalles und selbst allgemeine gesetzgeberische Leitlinien erscheinen unmöglich. Wird eine Entschuldigung als erheblich vom Gerichte angesehen, so wird die Verhandlung bis zur Behebung der momentanen Unmöglichkeit des Erscheinens, eventuell bei Privatklagefällen bis zur Stellung einer Vertretung auszusetzen sein.

Der Vertreter der Anklage erscheint unentschuldigt nicht zum Termin. Handelt es sich um einen Beamten der Staatsanwaltschaft, so ist, gleichgültig ob er Appellant oder Appellat war, stets die Verhandlung bis zu seinem Erscheinen auszusetzen. Der Grund für die ungleiche Behandlung des Angeklagten und des Staatsanwalts als Appellanten liegt in der Stellung des Staatsanwalts als Organ der allgemeinen Rechtspflegeinteressen. Die von ihm eingelegten Appellationen verfolgen dementsprechend nicht eigene Interessen, sondern Interessen des Staats, bei denen die Annahme des Verzichtwillens durch Nichterscheinen im Termin nicht zulässig ist[70]). Handelt es sich um den Privatkläger, so sind wiederum die zwei möglichen Fälle zu unterscheiden. Bleibt der Privatkläger als Appellant im Termine aus, so ist seine Appellation ohne weiteres zu verwerfen. Schwieriger ist die Frage, wenn der Privatkläger als Appellat sich für die Hauptverhandlung nicht einstellt. Man kann darin den Ausdruck des Verzichtwillens sehen, demnach die Privatklage im vollen Umfange als zurückgenommen erachten. Dies ist die Auslegung, die ein Teil der Theoretiker dem deutschen Prozessrechte gibt[71]). Ich

[70]) Auch die Möglichkeit staatsanwaltschaftlicher Appellationen zu Gunsten des Verurteilten fällt hier in Betracht.

[71]) Vergl. z. B. Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozessrechts. Breslau 1900 S. 579/580.

halte sie für richtig und für das Basler Recht speziell zufolge P. §§ 154 und 155 zutreffend. Ersterer bestimmt ausdrücklich, dass eine Privatklage „zu jeder Zeit" zurückgenommen werden könne, und § 155 fügt bei, dass das Nichterscheinen in der Hauptverhandlung zur Deserterklärung der Klage schlechthin führe, stellt also dies Nichterscheinen der Rücknahme gleich. Beide Bestimmungen haben auch für die Appellationsinstanz bei Privatklagefällen unbedingt Geltung. Beim Vorliegen von Entschuldigungen gilt das bereits Gesagte.

In all diesen Fällen bietet sich wie bei der Frage der Fristversäumnis mancherlei Möglichkeit zu formell unanfechtbaren, materiell ungerechten Entscheiden. Hier wie dort ist Remedur nur durch sorgfältige Ausgestaltung des im Basler Strafprozesse noch fehlenden Institutes der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ermöglichen.

Das hauptsächlichste Problem für die Hauptverhandlung zweiter Instanz, zugleich überhaupt das Hauptproblem der Appellation aber bildet die Frage der Ausgestaltung der Beweisaufnahme. Die, wie es zurzeit der Einführung der P schien, unlösbare Schwierigkeit dieses Punktes hatte die Verfasser des ersten Basler Entwurfs zur Beseitigung der Berufung überhaupt geführt und die Lösung, die die Kommission schliesslich dem mit theoretischen Argumenten nicht zu besiegenden Verlangen des Grossen Rats gegenüber fand, erscheint uns heute nicht mehr als eine gute. Vergegenwärtigen wir uns zusammenfassend das Problem. Das Beweisverfahren ist der Punkt, in dem sich Mündlichkeit und zweitinstanzliche Behandlung des materiellen Prozessstoffes scheinbar als scharfe Gegensätze treffen. Der Begriff der Berufung erfordert — so wird behauptet — eine zweite Ueberprüfung eines gegebenen Prozessstoffes, während eine mündliche Beweisverhandlung stets einen neuen, vom Ergebnisse erster Instanz verschiedenen Prozessstoff erbringe. Die Lösung des vermeintlichen Gegensatzes, die in der Erkenntnis liegt, dass gerade in dem durch eine neue mündliche Beweisaufnahme gewonnenen neuen Prozessstoffe und in den Abweichungen desselben vom erstinstanzlich Festgelegten die Ueberarbeitung des Gegebenen er-

reicht wird, dass der Richter durch eine eingehende neue mündliche Hauptverhandlung sich erst die Möglichkeit schafft, das in den Protokollen vorliegende Resultat der ersten Verhandlung zu verstehen, zu ergänzen und sich kritisch mit ihm auseinanderzusetzen, konnte von den Basler Gesetzgebern von 1862 dem damaligen Stande der wissenschaftlichen Kontroversen gemäss nicht erwartet werden.[72]) So tendiert das Ergebnis des Basler Kompromisses entschieden nach der Seite der Schriftlichkeit. Als normale Grundlage des Urteils zweiter Instanz ergibt sich nach den §§ 115/118 P die durch Aktenzirkulation jedem Richter bekannt gewordene protokollarische Fixierung der Beweisaufnahme erster Instanz verbunden mit den Parteivorträgen und nur ausnahmsweise treten dazu mündliche Abhörungen. Diese Tatsache kontrastiert eigentlich mit den begleitenden Motiven der Vorlage vom April 1862. Da lesen wir[73]), nachdem zunächst ausgeführt war, wie eine vollständige Reproduktion aus finanziellen Gründen und aus dem Gesichtspunkte zu starker Belastung des Bürgers als Zeugen etc. nicht angängig sei: „eine zweitinstanzliche Verhandlung auf alleiniger Grundlage des Protokolls der ersten Instanz würde aber einmal in schroffem Gegensatze zu dem erstinstanzlichen mündlichen Verfahren stehen, sodann auch nicht das Material so vollständig zu liefern imstande sein, wie das von uns vorgeschlagene gemischte System.“ Wenn wir diesen Satz mit dem Wortlaute des Gesetzes zusammenhalten, so kommen wir zur Annahme, dass die Verfasser des Gesetzes ein gemischtes System schon in der Verbindung von Protokoll und mündlichen Parteivorträgen erblickten. Das was wir heutzutage als gemischtes System ansprechen, ein Beweisver-

[72]) Eine solche Lösung findet sich zwar, allerdings ohne die klare Formulierung der notwendigen Doppelnatur des zweitrichterlichen Urteils, schon mannigfach in Schriften der damaligen Zeit angedeutet. Vgl. hauptsächlich Mittermaier in: Gerichtssaal 1862 S. 312/313 und 591/593 (In der Art, wie hier Rechtfertigungsschrift und Referat verworfen werden, als den Eindruck der mündlichen Handlung gefährdend, zeigt sich eine starke Unterschätzung der doch auch bestehenden Notwendigkeit, den Richter zweiter Instanz mit den Ergebnissen erster Instanz bekannt zu machen).

[73]) Vgl. Weiterer Bericht der Grossratskommission S. 7.

fahren nämlich, in dem mündliche und schriftliche Teile nebeneinander statthaft sind, wo z. B. neben mündlicher Aufnahme neuer Beweise Protokollverlesung für schon in erster Instanz abgehörte Zeugen, deren Neuerscheinen nach Annahme des Gerichts zur Aufhellung der Sache nicht mehr erforderlich ist, gestattet wird etc., und was in der deutschen StPO so ziemlich verwirklicht wurde, ist in unserer P nicht erreicht. Vielmehr stellt sich ihre Fassung als die äusserste Grenze dar, bis zu welcher in der Verklausulierung der Möglichkeit direkter Beweisaufnahme überhaupt gegangen werden kann. „Ausnahmsweise“ wird da dem Gericht das Recht gegeben, „in Fällen, wo die Aussagen des Angeklagten und der Zeugen und die Gutachten der Sachverständigen von entscheidender Wichtigkeit erscheinen oder zu erheblichen Zweifeln Anlass geben, den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen vor seinen Schranken selbst abzuhören, bezw. neue Gutachten einzuholen“. Schon die Ausdrucksweise dieses Paragraphen ist unglücklich. Zwei koordinierte Bedingungen werden aufgestellt. Das Vorhandensein einer derselben soll genügen, um das Gericht zu mündlicher Beweisverhandlung zu autorisieren. Einmal soll es dazu schreiten dürfen, wenn Aussagen von Zeugen, Sachverständigen oder vom Angeklagten von entscheidender Wichtigkeit erscheinen. Es sind eigentlich nur zwei Gründe denkbar, die dazu führen können, den Aussagen dieser Personen, namentlich denen des Angeklagten selbst, eine geringere als entscheidende Wichtigkeit beizulegen, einmal wenn der Beweis allein durch Urkunden führbar ist, ein jedenfalls im Strafprozess sehr seltener Fall, oder wenn der Angeklagte ein unzweideutiges und unbedingtes Geständnis abgelegt hat. Aber gerade dieser Fall wird dann vom Gesetze im folgenden Absatze des cit. Paragraphen noch speziell normiert, und zwar in der Weise, dass beim Vorliegen eines derartigen Beweises durch Geständnis die Einleitung eines mündlichen Beweisverfahrens dem Gerichte überhaupt verboten wird. Was soll aber dann die angeführte Bedingung im zweiten Absatze des § 118 P? Ein im einzelnen Falle praktisch entscheidendes Merkmal lässt sich aus ihr nicht gewinnen

und isoliert betrachtet scheint sie in der Mehrzahl der Fälle eher einer mündlichen Beweisaufnahme zu rufen als eine solche auszuschliessen. Und ähnlich steht es mit der zweiten Bedingung. Das Gericht soll zur direkten Abhörung schreiten dürfen, wenn die in den Akten vorliegenden Aussagen des Angeklagten, der Zeugen und Sachverständigen zu erheblichen Zweifeln Anlass bieten. Aus was aber soll das Gericht oder der die Hauptverhandlung einleitende Präsident sich schlüssig werden, ob eine neue Abhörung angezeigt sei, da die Zeugenaussagen unklar seien? Die vorliegenden Protokolle werden in der knappen Kürze ihrer Abfassung meist zwar das Resultat des Zeugenverhörs darbieten, nicht aber sich darüber aussprechen, wie diese Aussagen gemacht wurden, ob bestimmt und fest, ob zögernd und unsicher. So werden aus den Akten allein gesehen die meisten Zeugenaussagen kaum je zu erheblichen Zweifeln Anlass bieten, mögen sie de facto noch so anfechtbar sein, den einzigen Fall etwa ausgenommen, dass ein Zeuge im bisherigen Gange der Verhandlung zu verschiedenen Malen entgegengesetzt ausgesagt haben sollte. Wohl aber ist von einer andern Seite betrachtet für ein Berufungsgericht stets eine ganze Reihe Zeugenaussagen zweifelhaft, nämlich bei Berufung des Verurteilten die Belastungszeugen, bei Berufung des Staatsanwalts die Entlastungszeugen. Bei beiden lässt sich vermuten, dass in der mündlichen Appellationsbegründung der Appellant sich kritisch mit ihnen auseinandersetzen werde. In welcher Richtung dies aber speziell geschehen werde, davon können unsere Richter bei dem bereits erwähnten Mangel einer eigentlichen Berufungsrechtfertigung keine Ahnung haben. So lässt sich aus dieser zweiten gesetzlichen Bedingung der Beweisaufnahme ebenfalls kein eigentliches praktisches Indiz für die Anordnung oder Unterlassung einer solchen herauslesen. Beide Bedingungen aber zusammengestellt und in der Fassung, wie sie ihnen durch unser Gesetz gegeben ist (entscheidende Wichtigkeit . . . . erhebliche Zweifel . . . . ausnahmsweise), bilden dem Gerichte allerdings ein Indiz für die Anordnung von Beweisaufnahmen resp. deren Unterlassung. Sie

müssen notwendig zur Auslegung führen, dass eine mündliche Beweisaufnahme im Basler Berufungsverfahren nach den Intentionen des Gesetzgebers eine ganz seltene Ausnahme darstellen soll. Und diese Auslegung hat denn in der Tat die Praxis den Bestimmungen gegeben. Im ersten Jahre allerdings ist der Bericht vom gewählten Systeme durchaus befriedigt. Bei fünf Appellationsfällen war das Gericht in einem Falle auf Antrag des Appellanten zu einer partiellen Beweisaufnahme geschritten und auf Grund dieser dann zu einer Freisprechung des erstinstanzlich Verurteilten gelangt. Der Bericht schreibt: „Wenn auch derartige Fälle wiederholter Zeugenproduktion immer zu den selteneren gehören werden, so dienen sie doch als Beleg dafür, dass manche Informationen und Erhebungen, welchen bei dem neuen mündlichen Verfahren in erster Instanz mitunter nicht wie früher bei dem schriftlichen die gebührende Aufmerksamkeit kann zugewandt werden, bei Behandlung vor zweiter Instanz, sofern sie auf die Entscheidung von Einfluss sein mögen, nachträgliche Berücksichtigung finden";[74]) und im Verwaltungsberichte von 1864 findet sich an gleicher Stelle eine ähnliche Bemerkung. Aber in den folgenden Jahren ändert sich die Stimmung. Die Gesuche um neue Abhörung wachsen stark an, aber die Lust des Appellationsgerichts, auf sie einzutreten, vermindert sich. Fast jedes Jahr finden wir nun Notizen über zurückgewiesene derartige Anträge, zuerst noch einzeln aufgeführt, bis es im Jahre 1876 generell heisst: „In die immer häufiger sich wiederholenden Begehren um Wiederaufnahme der Zeugenabhörung ist nicht eingetreten worden"[75]), und die Erklärung dieses Verhaltens liefert eine Bemerkung des Berichts von 1874, wo wir ausgeführt finden: „Zeugenabhörungsbegehren in Strafsachen lagen acht vor, . . . das Tribunal findet sich nur selten veranlasst, dergleichen Begehren zu entsprechen, da das Appellationsverfahren im Gegensatz zum erstinstanzlichen Straf-

---

[74]) Vgl. Bericht des Appellationsgerichts über die Justizverwaltung 1863 S. 50.

[75]) Ebenda 1876 S. 62.

verfahren wesentlich schriftlich ist und die nachträgliche Abhörung einzelner Zeugen in zweiter Instanz immer etwas missliches hat.“ Die Stelle ist sehr instruktiv. Sie zeigt deutlich, wie sich in der Praxis eigentlich entgegen den Worten der Motive und wie wir vielleicht auch annehmen dürfen, entgegen anderartigen Bestrebungen der ersten paar Jahre sofort die Auslegung des Gesetzes durchsetzte, die ich oben als naturgemäss aus der Fassung der Bestimmungen resultierend bezeichnet habe. Und dass sie sich durchsetzte, mag, wie wir ferner aus der Stelle entnehmen können, wohl in Zusammenhang gesetzt werden mit der im Gerichte aufkommenden Erkenntnis des Grundfehlers der gemischten Systeme überhaupt. Auch das Basler Appellationsgericht machte die von den Theoretikern schon in den 40er und 50er Jahren berücksichtigte Erfahrung der Wertlosigkeit, ja sogar der Gefährlichkeit vereinzelter Zeugenaussagen. Ein einzelnes Beweismoment aus dem Zusammenhange der ganzen Beweisaufnahme gerissen, verliert seine natürliche Stellung, sein natürliches Mass. Was im ganzen Zusammenhange vielleicht nur von sekundärer Bedeutung geschienen hätte, gewinnt, isoliert betrachtet, entscheidende Wichtigkeit. Auf solche einzelne Beweisakte hin war man, wie erwähnt, in den ersten Jahren wiederholt zu Freisprechungen erstinstanzlich Verurteilter gelangt. Vielleicht hatte man sich nachträglich gefragt, ob das Ergebnis ein so unbedingt richtiges gewesen sei, und nun negiert man die optimistische Betrachtung solcher Fälle im Berichte von 1863. So blieb es in der Folgezeit. Man hütete sich vor den partiellen Beweisaufnahmen, die das — vom Standpunkte des Berufungsrichters aus gesehen — bequem-klare Aktenbild nur zu verwirren geeignet waren, und schritt nur dann dazu, wenn man absolut nicht anders auskam. Man blieb bis heute in der Regel beim schriftlichen Zweitinstanzverfahren, nur ergänzt durch die mündlichen Parteiplaidoyers; man blieb damit aber auf einem Standpunkte, der von den Theoretikern schon vor 60 und 70 Jahren bekämpft, heute mit Recht keinen einzigen Vertreter in der Literatur mehr hat. Ich kann es mir ersparen, nochmals in

eine eingehende Kritik dieses Systems einzutreten. Während die Strafprozessordnung weitgehende Garantien dafür trifft, dass in jedem, auch dem geringfügigsten Straffalle die Aburteilung in der Hauptverhandlung erster Instanz nur auf Grundlage lebensvoller Anschauung der Richter erfolge, gewonnen durch mündlich unmittelbares Auftreten aller Beteiligten, Zeugen, Sachverständigen, ev. des Untersuchungsrichters (§ 91[3] P) und dann zum Schlusse der Parteien vor den Gerichtsschranken, lässt sie es zu, dass gerade in der letzten Entscheidung in einem streitigen Fall bloss auf Grund schriftlicher Aufzeichnungen, die stets summarisch und (vom Protokollierenden ungewollt und unbewusst) subjektiv gefärbt sein müssen und zu denen im besten Fall ein vereinzelter mündlicher Beweisakt kommt, geurteilt werde. Das ist inkonsequent, es ist aber vor allem ungerecht. Die Massregel, die das Berufungsverfahren dieser berechtigten Kritik entziehen und mit den übrigen Teilen des modernen Prozesses in Einklang bringen könnte, ist die Einführung der vollen Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens auch in der zweiten Instanz.[76]) Alle in erster Instanz verhörten Zeugen und Sachverständigen müssen wiederum geladen werden mit Ausnahme nur der Fälle, in denen das Gericht infolge eines darauf zielenden Antrages des Appellanten sich in seiner Kognition auf einen Teil des erstinstanzlichen Erkenntnisses zu beschränken beschliesst und in denen dann, was jedenfalls oft praktische Schwierigkeiten mit sich bringen wird, eine dementsprechende Abgrenzung der Ladungen möglich wird. Doch muss auch in solchen Fällen der Rahmen der Ladungen eher zu weit als zu eng gezogen werden, und das Gericht darf, sobald sich ihm wesentliche Bedenken an andern Teilen

[76]) Dies ist bei der deutschen Prozessreform von der Kommission klar erkannt worden. Vgl. Prot. I S. 479 ff., II S. 143/144, dazu Nagler: a. a. O. S. 177/178. Zu weitgehend ist aber m. E. die nach Abschaffung des Referats vom Entwurfe (§ 327) getroffene Reduzierung der Orientierung des Obergerichts über das bisherige Verfahren auf blosse Verlesung des erstinstanzlichen Urteils und der (obligatorischen) Berufungsanträge. Vgl. das anlässlich der Aktenzirkulation Gesagte.

des Urteils ergeben, im Interesse der materiellen Gerechtigkeit nicht zögern, auch diese in den Kreis der mündlichen Beweisaufnahme einzubeziehen. Dazu kämen dann die von den Parteien, sei es zur Erweisung von Nova, sei es zur stärkeren Heraushebung gewisser, ihrer Meinung nach im Erstinstanzverfahren nicht genügend berücksichtigter Punkte neu gestellten Ladungsanträge, wobei in Analogie der ersten Instanz (§ 74 P) der Präsident verpflichtet wäre, solchen Gesuchen zu willfahren, wenn sich irgend erhebliche Aussagen von den neu benannten Personen erwarten lassen. Den Parteien müsste übrigens das Rekursrecht auf einen Entscheid des Gerichtes von einem ablehnenden Präsidialentscheide zustehen. Eine dem jetzigen lemma 3 des § 118 P (Ausschluss der mündlichen Beweisaufnahme bei vorliegendem erstinstanzlichem Geständnisse des Verurteilten) entsprechende Bestimmung dürfte in einer derartigen Fassung des Beweisverfahrens keinen Platz mehr finden. Die Bestimmung erscheint bei näherer Betrachtung überhaupt unrichtig. Es sind dabei drei Fälle denkbar. Entweder appelliert der Staatsanwalt bei einem auf ein derartiges Geständnis des Verurteilten hin ergangenen Urteile, da er es für zu milde hält. Hier darf so wenig wie bei andern Appellationen des Staatsanwalts dem Gerichte eine Beweisaufnahme versagt sein. Oder der Verurteilte rekurriert gegen die Strafe, die ihm zu hoch erscheint, und lässt dabei sein Geständnis intakt; auch hier muss durch eine Einvernahme das Gericht sich vom Stande der Tatseite, die ja für die Strafausmessung auch bedeutungsvoll ist, überzeugen. Oder es appelliert der Verurteilte gegen den Schuldspruch, dann liegt in seiner Appellation eine Rücknahme des Geständnisses und erfordert unter allen Umständen eine neue sorgfältige Beweisaufnahme.

Praktische Schwierigkeiten für eine derartige Ausgestaltung der zweiten Instanz vermag ich keine zu sehen. Die oft behauptete starke Belästigung von Bürgern als Zeugen usw. existiert m. E. nicht. So oft kommt der ruhige Bürger (vielleicht abgesehen von gewissen durch ihren Beruf häufig zu Expertisen benötigten Fachleuten) überhaupt nicht in den Fall,

in einen Straffall verwickelt zu werden. Kommt es aber dann einmal dazu, so ist es durchaus nicht von Belang, ob er den Gang zum Gerichte statt einmal oder zweimal[77]) (Untersuchungsrichter, Hauptverhandlung) zweimal oder dreimal tun muss. Was schliesslich die finanzielle Seite der Frage anlangt, so fällt ihre Erörterung selbstverständlich aus dem Kreise dieser Arbeit. Doch glaube ich, dass die jedenfalls nicht unmässigen Mehrkosten in der Aufgabe des Staates, seine Rechtspflege stets allen Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechend zu erhalten, mehr als genügend ihre Rechtfertigung und Deckung finden.

Freilich: alle Schuld auf das Gesetz schieben und sich deshalb bis zu einer eventuellen Revision desselben passiv verhalten, scheint mir in dieser wichtigen Frage nicht der rechte Ausweg. Schon unter dem bestehenden Rechte könnte die Praxis in weitem Umfange den modernen Prinzipien Eingang verschaffen; denn das Gesetz stellt sich der bisher vom Appellationsgerichte beibehaltenen Schriftlichkeit der Beweisaufnahme zwar allerdings nicht entgegen, fordert dieselbe aber durchaus nicht.

3. Das Urteil im Berufungsverfahren.

Die Appellation des Basler Prozesses ist, wie zu Beginn festgestellt wurde, sowohl zur Anfechtung von Irrtümern des Erstrichters in faktischer als auch von solchen in rein rechtlicher Hinsicht als schliesslich auch von blossen Prozessverstössen zulässig. Dadurch ist für uns die Frage gegeben, ob wir uns dahin zu entscheiden haben, dass jeder zur Kognition des Appellationsgerichtes gelangende Straffall von demselben in Rücksicht auf alle drei möglichen Angriffsgebiete in seinem vollen Umfang nachgeprüft werden muss. Jedenfalls ist dies dann zu bejahen, wenn die rekursergreifende Partei in ihrer Appellationserklärung ohne irgendwelche Beifügung sich dahin ausspricht, dass sie das ergangene Urteil anfechte,

[77]) wobei noch zu bemerken ist, dass bei der in Basel bestehenden Teilung der Voruntersuchungskompetenzen zwischen Polizei und Untersuchungsrichter es im ersten Prozessstadium sehr oft nicht mit einer Vorladung getan ist.

und dann auch weiterhin keine einschränkenden Anträge stellt. Wie aber steht es mit der Möglichkeit einer ausdrücklichen Selbstbeschränkung der Parteien im Basler Rechte? Ist eine solche, die wir im Gesetze nirgends ausdrücklich normiert finden, aus allgemeinen Prinzipien wünschbar und deshalb durch die Praxis zu ergänzen? Das Reichsrecht statuiert eine solche in dem § 368 StPO mit bindender Wirkung für das Obergericht und die deutsche Theorie, obwohl in Einzelheiten differierend, folgt ihm im grossen und ganzen unter Anerkennung des von der Gesetzgebung eingenommenen Standpunktes. Dieser Standpunkt beruht auf der Lehre von der partiellen Rechtskraft und folgt dem logischen Schlusse a majore ad minus. Wenn doch, so argumentiert man, es in die Dispositionsgewalt der Parteien gelegt ist, ob sie das Urteil als Ganzes anfechten wollen oder in Rechtskraft erwachsen lassen, so muss ihnen auch das nur einen Teil dieser Dispositionsgewalt darstellende Recht zustehen, das Urteil nur in gewissen Punkten in Rechtskraft erwachsen zu lassen und die andern Punkte anzufechten, wobei dann jede reformierende Tätigkeit des Obergerichts für die in Rechtskraft erwachsenen, nicht angefochtenen Teile des Urteils verboten erscheint. Ich glaube, dass aus höheren, den Strafprozess beherrschenden Prinzipien und Interessen eine Statuierung der Lehre in dieser scharf akzentuierten Form abzulehnen ist. Mit ihrer Akzeptierung gelangen wir in vielen praktisch durchaus denkbaren Fällen zu peinlichen und unerträglichen Widersprüchen mit der das ganze Strafverfahren sonst beherrschenden Maxime, dass der Strafrichter nur in Rücksicht auf die Erforschung der materiellen Wahrheit ohne Gebundensein an Parteianträge seinen Spruch fällen soll. Der Schluss a majore ad minus verliert auch, näher betrachtet, in diesem speziellen Falle seine Ueberzeugungskraft und wird zum Trugschluss. Die Rechtsordnung duldet ja gar nicht, dass durch den Willen der Parteien ein Spruch in Rechtskraft erwächst, es handelt sich doch wahrlich nicht um eine Parteibefugnis, dass, weil sie nicht Einspruch erhoben, Rechtens werde, was das Organ der staatlichen Justizpflege ausgesprochen hat; für die Rechts-

ordnung ist einfach eine res judicata vorhanden und sind die Akten geschlossen, ob die Partei es wolle oder nicht. Einzig das duldet sie, dass, wenn ein Beteiligter im Spruche des Richters eine Beschwerung seines Rechtes erblickt, die Frage nochmals aufgerollt werde. Dabei aber kann nicht von einem abstufbaren Rechte gesprochen werden. Durch die Berufung wird der Erfolg der ersten Untersuchung, der Abschluss, den diese Untersuchung durch den Spruch des ersten Richters gefunden hat, wieder zweifelhaft und vor einen neuen Richter zur endgültigen Erörterung gebracht. Damit tritt aber notwendigerweise eine vorläufige Entkräftung des Spruches der ersten Instanz gegenüber der rekurrierenden Person in vollem Umfange ein. Dass die Ueberweisung an einen zweiten Richter überhaupt geschehe, soweit reicht die Dispositionsgewalt der Parteien, muss diese Dispositionsgewalt reichen, weil von der Rechtsordnung aus gegenüber einer für sie erledigten Sache nichts mehr getan werden kann. Sobald dies aber geschehen, sobald der Effekt, die Rechtsordnung von neuem zur Befassung mit der Materie zu zwingen, erreicht ist, findet die Dispositionsmaxime ihr Ende und tritt die Offizialmaxime wieder in ihr Recht. Dies erscheint auch als notwendige Konsequenz der geforderten Ausgestaltung des Appellationsverfahrens als Erstinstanzverfahren, was die Beweisaufnahme anlangt. Der auf solchen Grundlagen urteilende Oberrichter darf m. E. nur durch das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung geleitet, nicht aber durch Parteianträge gebunden werden.[78])

---

[78]) Die deutsche Reformkommission ist in dieser Frage nicht konsequent gewesen. Vgl. Prot. I S. 472 ff., II S. 142. Sie wollte zwar vom Obligatorium bestimmter, das Obergericht bindender Beschwerdepunkte nichts wissen, da dadurch zu leicht ungerechte Präklusionen entstünden, lehnte aber andererseits einen Antrag folgenden Inhalts ab: „Ist eine Beschränkung der Berufung erfolgt, so kann das Berufungsgericht die Verhandlung und Entscheidung entsprechend beschränken, es ist aber an die Beschränkung nicht gebunden.“ Der Entwurf hat darüber hinaus zu dem bedenklichen Systeme der obligatorischen Beschwerdepunkte gegriffen (§ 317), wobei freilich die Möglichkeit, das Urteil in seiner Totalität anzufechten, auch gegeben ist. Nagler, der sich sonst a. a. O. S. 221/222 für das Prinzip der partiellen Rechtskraft ausspricht, begrüsst doch die von der Reformkommission vorge-

Damit wird nun aber keineswegs das einem praktischen Bedürfnisse entsprechende Recht der Parteien, ihre Berufung, die ja gewiss oft auf einem, nur durch einen speziellen Punkt des Urteils ihnen zugefügten Gravamen beruht, auch ausdrücklich auf diesen Punkt zu beschränken, ausgeschlossen. Eine solche Beschränkung ist vielmehr durchaus zulässig. Nach geltendem Basler Rechte kann sie sowohl mit der Einlegung der Berufung als auch in Verbindung mit den Beweisanträgen nach § 118[4] P nnd § 41 Pol. erfolgen. Ebensowenig soll das gewiss praktisch ebenfalls unentbehrliche Recht des Obergerichts, sich seinerseits in der Durchführung der Verhandlung auf den von der Partei benannten speziellen Punkt zu beschränken, was in der grossen Mehrzahl der Fälle keinerlei Bedenken rufen kann, beseitigt werden; unzulässig erscheint mir nur die vom deutschen Gesetze und von der deutschen Theorie konstruierte Folge, für die wir übrigens, wie bemerkt, in unserm Basler Gesetze gar keine Analogie besitzen, dass das Obergericht, wenn es durch das Studium des erstinstanzlichen Urteils und seiner Motive oder durch Beweisverhandlungen dazu geführt wird, auch andere nicht angefochtene Punkte des Urteils für fehlerhaft zu halten, gehindert sein soll, seine Untersuchung und Urteilsfällung nun auch auf diese Punkte zu erstrecken und durch Parteianträge gezwungen sein soll, ein seinem Rechtsempfinden widersprechendes Urteil zu fällen.

Die Bestimmungen, die unsere Prozessgesetze über die Urteilsfällung in der Berufungsinstanz getroffen haben, entsprechen dem Charakter des Rechtsmittels als eines Angriffsmittels gegen alle möglichen Verletzungen durch Erkenntnisse der ersten Instanz. Wir finden die drei wesentlichen Kategorien auseinandergehalten, wenn auch nicht mit ganz zutreffender Ausdrucksweise. Die Urteilsfällung bei Appellation wegen formeller Prozessverstösse wird vorweg genommen und der § 119 P bestimmt hinsichtlich dieser Fälle, die in den

sehene Möglichkeit, dass bei Appellationen des Staatsanwalts das Gericht über den Bereich der gestellten Berufungsanträge hinaus zu Gunsten des Verurteilten solle erkennen können, also einen Einbruch in das Prinzip.

ausländischen Prozessordnungen meist zum Anlasse eines eigenen Rechtsmittels, der Revision, gemacht zu werden pflegen, dass es bezüglich ihrer Beurteilung dem Appellationsgerichte freistehe, die nötigen Vervollständigungen von sich aus vorzunehmen und daraufhin selbst materiell zu judizieren, oder das Verfahren mit ausdrücklichen sachlichen Direktiven an die erste Instanz zurückzuweisen. Der Grund, warum in den meisten Gesetzgebungen bei Fällen von Verletzung formeller Prozessvorschriften durch die erste Instanz der Weg der bloss präparatorischen, bloss die speziellen Beschwerdepunkte prüfenden Tätigkeit des Oberrichters und auf sie folgend der mit Direktiven versehenen Rückweisung an die erste Instanz gewählt wurde, liegt ja offenbar darin, dass in der reinen Entscheidung des Materiellen den Parteien die Möglichkeit zweier Instanzen gewahrt bleiben soll. Die Beseitigung des formellen Fehlers kann das Gericht zu einem völlig geänderten materiellen Entscheide führen, und diesen materiellen Entscheid soll nicht das Obergericht fällen; denn es wäre ja darin erste und letzte unangreifbare Instanz. Trotzdem halte ich die Regelung des Basler Gesetzes für berechtigt. Es wird dem Appellationsgerichte in sehr vielen einfachen Fällen möglich sein, zugleich mit der Prüfung des formellen Beschwerdepunktes das Materielle des vorliegenden Falles sowie eventuelle Modifikationen so genau und klar zu übersehen, dass von einer direkten Urteilsfällung durch das Appellationsgericht keinerlei Verkürzung der Rechte der Appellanten zu befürchten steht und deshalb eine Rückweisung des Prozesses an die erste Instanz nur unnötigen Zeitverlust und überflüssige Kostenvermehrung bedeuten würde. Die Möglichkeit der zweiten Instanz, in Strafsachen bei Angriffen gegen Prozessverstösse ohne Rückweisung selbst zu erkennen, wird nach § 42 Pol. zur obligatorischen Regel bei derartigen Appellationen in Polizeisachen. Was von einfach liegenden Straffällen gilt, gilt eben auch allgemein von Polizeifällen. Was nun die beiden andern möglichen Richtungen des Angriffs auf ein erstinstanzliches Erkenntnis betrifft, einmal die Appellation wegen unrichtiger rechtlicher Subsumtion und dann die Appellation wegen un-

richtigen Entscheids der Tatfrage, so bestimmt der § 120 P, der auch für Polizeifälle gilt, dass in solchen Fällen stets das neue Urteil vom Appellationsgerichte zu fällen ist[79]). Als einzige Ausnahme gilt nach § 119 P, dass auch bei Appellationen in der Tatfrage, falls sich weite Lücken in der Untersuchung finden, die zu einer ganz neuen Beurteilung der Tatfrage führen könnten, das Appellationsgericht zur Rückweisung berechtigt sein soll. Auch in dieser Massregel ist das Motiv massgebend, dem Angeklagten in der Tatfrage zwei Instanzen zu erhalten. Die als Regel geltende materielle Kognition des Appellationsgerichts in Fällen der Anfechtung in der Tatfrage oder in der rechtlichen Subsumtion hat ihre volle Berechtigung; denn bei den einen handelt es sich um diejenigen Rekurse, derentwegen die devolutive und suspensive Berufung recht eigentlich geschaffen wurde, bei den andern um Streitigkeiten in der Gesetzesauslegung, die am besten direkt durch das mit seiner Autorität spätere in diesem Gebiete ergehende Sprüche des Untergerichts wegleitende Appellationsgericht entschieden werden.

Demnach haben wir für den Urteilseffekt folgende Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

a) Das Urteil kann seiner Natur nach einmal ein reiner Prozessentscheid sein. Dies in den zwei Fällen, dass das Verfahren entweder mit einer Einstellung des ganzen Prozesses oder mit einer Verwerfung der eingelegten Berufung endigt. (Man pflegt hier von „Verwerfung“ zu sprechen im Gegensatze zur „Zurückweisung“ eines Rechtsmittels im Stadium des Zulässigkeitsverfahrens.) Das letztere dann, wenn sich formelle Mängel der Berufungseinlegung erst in diesem Stadium des Prozesses ergeben.

---

[79]) Hier ist es, wo die Ausdrucksweise des Gesetzes unklar erscheint: § 120 unterscheidet nämlich 3 Fälle, entweder unrichtige Entscheidung in der Schuldfrage oder unrichtige Strafausmessung oder unrichtige Gesetzesanwendung. Die unrichtige Strafausmessung ist aber kein selbständiges Moment, vielmehr bloss die Konsequenz entweder einer Subsumtion der Tat unter das falsche Strafgesetz oder einer unrichtigen Würdigung der Schuldfrage.

b) Die Berufung wird vom Gerichte als materiell nicht gerechtfertigt erachtet und deshalb das Rechtsmittel zurückgewiesen. Die gewöhnliche Ausdrucksweise hiefür lautet, dass das Gericht das erstinstanzliche Urteil bestätige.

c) Das Gericht gelangt nach der materiellen Prüfung zur Ueberzeugung, dass die erste Sentenz fehlerhaft sei. Es erkennt deshalb auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und setzt an dessen Stelle, falls es nicht zu Beauftragung der untern Instanz mit der Findung des richtigen Urteils schreitet, selber die richtige Sentenz.

Was den sachlichen Inhalt des Urteils betrifft, so ist darin das Gericht, abgesehen davon, dass der Grundsatz der eadem res festgehalten werden muss, und dass jedes Abgehen von den Feststellungen der ersten Instanz zu motivieren ist (was in der Basler Gesetzgebung durch § 42[2] Pol. für Polizeisachen noch ausdrücklich festgelegt ist), völlig frei, frei einmal von eventuellen Parteianträgen über den Umfang der Berufung (vergl. das oben Gesagte), frei aber auch dem Wortlaute des Basler Rechtes nach von dem Verbote der reformatio in pejus. Die Basler Prozessgesetze haben nämlich überhaupt keine bezüglichen Bestimmungen, während die deutsche StPO in § 372 ein ausdrückliches Verbot der reformatio in pejus gegenüber dem Angeklagten enthält, falls er selbst, eine Drittperson oder der Staatsanwalt zu seinen Gunsten die Berufung eingelegt hat. Gestattet ist die reformatio in pejus gegenüber dem appellierenden Staatsanwalte, falls er zu Ungunsten des Verurteilten appelliert. Die deutsche Regelung ist also rein im Interesse des Angeklagten getroffen. Aus dem Schweigen der Basler Gesetze — auch die Motive der P enthalten keinerlei Bemerkungen — liesse sich nun entweder auf die Absicht der damaligen Gesetzgeber schliessen, die reformatio in pejus im Strafprozesse zu gestatten, oder aber ihre übereinstimmende Anschauung folgern, dass das Verbot einer solchen reformatio mit dem Charakter des Rechtsmittels schlechtweg verknüpft sei und deshalb gar keiner nähern Aufführung bedürfe. Die Praxis des Appellationsgerichts hat den letztern Standpunkt eingenommen. Schon ein Entscheid von 1882 führt aus, dass

sich das Gericht an das Verbot der reformatio in pejus gebunden halte. 1894 ist das von neuem ausgesprochen und in einer Entscheidung von 1910 heisst es: „Es ist ein von der hiesigen Praxis von jeher anerkannter Grundsatz, dass der zweitinstanzliche Richter ein Strafurteil, gegen welches einzig der Verurteilte appelliert hat, nicht zum Nachteil dieses letztern ändern darf“ [80]). Eine nähere Begründung dieses Standpunktes der Praxis findet sich nicht, sie wäre namentlich durch Hinweis auf das schlechte zur Zeit noch übliche Beweisverfahren zu führen, welches eine solche Sicherheitsmassregel nötig macht. Weder die Motive der Gesetzgeber von 1862 noch die Praxis des Appellationsgerichts aber dürfen uns das Material zur Beantwortung der Frage nach der Wünschbarkeit eines Verbots der reformatio in pejus für eine gut ausgestaltete zweite Instanz liefern. Diese kann vielmehr nur beantwortet werden im Hinblick auf den Charakter und die Stellung einer solchen Instanz überhaupt. Theorie und Gesetzgebung haben in dieser Frage seit jeher gewechselt, je nachdem man die Berufung mehr als reines Benefizium für den Angeklagten oder als Mittel, im Strafprozesse der materiellen Wahrheit ein Stück näher zu kommen, betrachtete. Bereits die Theoretiker des gemeinen Rechtes, dann wieder diejenigen des regenerierten Strafverfahrens der vierziger und fünfziger Jahre haben sich über diesen Punkt heftig bekämpft und die einzelnen Teile der Beweisführung Schwarze's z. B.[81]) können noch heute als die klassische Zusammenfassung der Gründe gegen eine reformatio in pejus gelten; neuere Arbeiten haben wenig hinzugefügt[82]). Die Polemik Schwarzes geht nun eben ganz aus

[80]) Vgl. Gedruckte Entscheide 1910 S. 227.

[81]) Vgl. Schwarze: Gerichtssaal 1862 S. 279 ff.

[82]) Von Schriften gegen die reformatio in pejus vgl. Lueder: Zwei Bemerkungen zur Lehre von den Rechtsmitteln des Strafprozesses. Gerichtssaal 1865 S. 465 ff., ferner Kleinfeller: Das Verbot der reformatio in pejus, ebenda 1886 S. 579 ff.; für die reformatio in pejus schon von Kries: Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, Breslau 1880 S. 112 ff. und neuerdings Brachvogel: Zulässigkeit der reformatio in pejus. Zeitschrift f. Strafrechtswissenschaft 1893 S. 206 ff., fernere Lit. bei Binding Grundriss S. 254.

seinen übrigen Anschauungen über die Berufung hervor. Er fasst die Berufungsinstanz als reines Parteibenefizium. Wie sie nur in Funktion tritt, wenn es der Angeklagte will (im Prinzipe bekämpfte Schwarze stets auch die staatsanwaltschaftliche Appellation), so soll sie auch nur soweit kompetent sein zu urteilen, als es ihr dieser Angeklagte zugesteht. Er schreibt ihr in den Beschwerdepunkten ihre Route vor und nur die in diesen Beschwerdepunkten zu Tage tretenden Zweifel an der Richtigkeit gewisser Partien des erstinstanzlichen Urteils hat die zweite Instanz in bejahendem oder verneinendem Sinne zu beheben. Im übrigen gilt: ne eat judex ultra petita partium. Wir sehen eine festgefügte Anschauung vor uns, die aber allerdings die Stellung des Richters zweiter Instanz auf ein sehr bescheidenes Niveau herabdrückt. In ganz ähnlichen Geleisen bewegen sich auch die Argumente verschiedener neuerer Theoretiker. Es wird dabei stets von der Dispositionsgewalt der Partei im Rechtsmittelverfahren des Strafprozesses ausgegangen, ohne dass die Berechtigung dieses Prinzips gegenüber dem andern Prinzipe des Strafprozesses, nämlich dem Streben nach möglichster Erreichung der materiellen Wahrheit, genügend untersucht würde[83]). Demgegenüber habe ich mich im bisherigen stets der Anschauung angeschlossen, die zwar den Ausgangspunkt für die Tätigkeit zweiter Instanz in den Parteiwillen verlegt, mehr aber nicht. Wie z. B. der Ausgangspunkt für die Untersuchung eines nicht als Offizialdelikt gesetzlich normierten Verbrechens auch in dem Willensakte des Privatklägers liegt, dann aber die höhern staatlichen Interessen den Privatkläger von der Bestimmung etwa des Umfangs der Beweisaufnahme oder der Strafhöhe ausschliessen und den ganzen weitern Fortgang des Prozesses allein nach den Forderungen der materiellen Gerechtigkeit vornehmen lassen, so macht auch die Befassung der zweiten Instanz mit einer Strafsache, obgleich sie vom Parteiwillen ausgeht, den zweitinstanzlichen Richter im weitern Fortgange der Unter-

---

[83]) Namentlich Ullmann Lehrbuch S. 599, Kleinfeller a. a. O. S. 590/591, dagegen: Brachvogel a. a. O. S. 211/215.

suchung zum absoluten Herrn der Tatfrage, der durch den Inhalt des angefochtenen Urteils und die Richtung der Beschwerde in keiner Weise als gebunden betrachtet werden darf, sondern allein nach seiner richterlichen Ueberzeugung judiziert. Diese Auffassung kann zu schlimmen Konsequenzen nur bei einem schlecht normierten Berufungsverfahren führen. Wo wie gegenwärtig noch in Basel der Richter zweiter Instanz in der Tatfrage eher als der schlechter, jedenfalls nicht als der besser informierte angesehen werden muss, da ist es wohl auch im Interesse der Gerechtigkeit besser, auf dem Standpunkte der Gegner der reformatio in pejus, der ja eigentlich auf diese Art Berufung aufgebaut ist, zu verharren. Wo aber das Berufungsverfahren auf die Höhe der übrigen Teile des Prozesses gebracht ist und mit der vollen Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens ausgestattet wird, da sollte man nicht zögern, auch die Konsequenzen zu ziehen und dem durch seine Stellung und Autorität ausgezeichneten Berufungsrichter, der nun wirklich als der besser instruierte von den Richtern der beiden Instanzen gelten kann, auch die völlige Unabhängigkeit des richterlichen Spruches zuzuerkennen[84]). Es wird dies das Rechtsmittelverfahren mit einem heilsamen

---

[84]) Leider hat sich die deutsche Kommission auch nicht dazu entschliessen können, die reformatio in pejus zuzulassen, trotzdem auch in ihrem Kreise auf den Widerspruch, der derart zwischen Beweisaufnahme und Urteilsspruch entsteht, hingewiesen wurde. Vgl. Prot. I S. 477. Statt dessen schuf man die Anschlussberufung des Staatsanwalts, ein Institut, das die guten Seiten der staatsanwaltschaftlichen Berufung nicht besitzt, da es nicht sofort nach dem Spruche aus freier Ueberlegung im Interesse der materiellen Wahrheit eingelegt wird, sondern nachträglich als Strafe für die vom Verurteilten eingelegte Appellation. Die Kritiker der Kommission sind deshalb speziell in der Verurteilung dieses Beschlusses einig. Vgl. Liszt a. a. O. S. 25, Aschrott: a. a. O. S. 26/27, Heinemann: a. a. O. S. 57/58. Nagler, der a. a. O. S. 222/223 sich ebenfalls gegen die Anschlussberufung ausspricht, die nur eine Machterhöhung des Staatsanwalts bedeute, stellt fest, dass man in dieser Frage entweder beim bisherigen Verbot der reformatio in pejus es belassen müsse oder sich dann ganz für das Prinzip der materiellen Wahrheit entscheiden. Ihm scheint allerdings, dass die Frage im Sinne der ersteren Meinung gelöst werden müsse. So auch der Entwurf von 1908 (§ 330).

Ernste erfüllen. Wirklich durch den Spruch der ersten Instanz gravierte Verurteilte werden durch die Möglichkeit der reformatio in pejus, wenn sie daneben wissen, dass ihnen nochmals die Möglichkeit umfassender Verteidigung offen steht, nicht von der Appellation abgeschreckt werden, dagegen werden eigentlich frivole Berufungen vermieden werden[85]). Vollständige Beweisaufnahme ohne zugleich Beseitigung des Verbots der reformatio in pejus müsste zu völliger Verkehrung des Rechtsgefühles führen; denn es lässt sich allerdings mit der Vorstellung ernster Justizpflege kaum vereinigen, einerseits einen komplizierten Apparat weitläufiger Beweisaufnahme in Gang zu setzen, damit ein möglichst der materiellen Wahrheit entsprechendes Bild der Sachlage konstruiert werden kann, und dann dem Richter zu verbieten, den dieser Sachlage angemessensten Spruch zu fällen, wenn er zu Ungunsten des Angeklagten lauten würde.

Schluss.

Im Verlaufe dieser Darstellung haben sich uns Lücken und Missgriffe mancherlei Art im bestehenden Basler Rechte erwiesen. Es ist dies bei einer Rechtssetzung aus dem Jahre 1862 nur natürlich. Gesetze, vornehmlich Prozessgesetze veralten rasch. Neue Ideen und neue Formen machen sich geltend und heischen nach einer Neugestaltung des Verfahrens. „Die Entwicklung von Geschehnissen der Gesellschaft ist der Gedanke eines Fortschreitens von Mitteln und Zwecken". Stammler[86]) hat diese Auffassung gegenüber derjenigen einer mechanistischen Entwicklungslehre für das Recht mit voller Klarheit hervorgehoben. Und der Entwicklungsbegriff überhaupt, losgelöst von der speziellen Anwendung auf das Gebiet der sozialen Menschheitsgeschichte heisst ihm: „Stetig vermehrte fortlaufende Anpassung an ein festes Ziel". Eine heu-

---

[85]) So auch Brachvogel a. a. O. S. 208/209.

[86]) Vgl. Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902 S. 622, überhaupt S. 501 ff.

ristische Maxime, neben der die Einsicht in die Zielbestimmung an sich unabhängig besteht. Die Zielbestimmung der Entwicklung des Rechtslebens finden wir nun in dem Gedanken der möglichsten Annäherung an das materiell Gerechte. Auf das spezielle Gebiet des Strafprozesses übertragen: Vervollkommnung der Methoden des Verfahrens zwecks vollkommener Ermittlung der materiellen Wahrheit in den Lebensverhältnissen des Strafprozesses.