62.

Das Verhältnis der mildernden Umstände zu den besonders leichten und besonders schweren Fällen.

Von Staatsanwalt Dr. A. Feisenberger in Magdeburg.

In der Kritik über den Abschnitt „Strafbemessung“ des Vorentwurfs ist die Frage des Zueinandergreifens der §§ 82 und 83 bzw. 82 und 84 meines Wissens fast unerörtert geblieben. Erst die eingehende Untersuchung eines einzelnen Delikts in allen seinen Beziehungen zum allgemeinen Teil hat auf diese Frage geführt. Es ist das große Verdienst von Höpfner¹⁾, als erster und — soviel ich sehe — auch bisher als einziger das Verhältnis der mildernden Umstände (§ 82 B.G.) zu den besonders leichten (§ 83 B.G.) und den besonders schweren (§ 84 B.G.) Fällen berücksichtigt zu haben. Im Anschluß an Höpfner²⁾, aber nicht überall in Übereinstimmung mit ihm³⁾, seien einige Bemerkungen über das bezeichnete Verhältnis gemacht, nicht um das Thema zu erschöpfen, sondern nur zu dem Zwecke, weitere an der Reform interessierte Kreise auf die Bedeutung der Frage hinzuweisen.

I. Der Wortlaut der §§ 82, 83 B.G. gibt über ihr gegenseitiges Verhältnis keine Aufklärung. Die Begründung beschränkt sich auf den Ausspruch⁴⁾: „Bei diesen“ — nämlich den „besonders leichten Fällen“ — „liegen stets „mildernde Umstände“ vor, aber außer diesen noch etwas weiteres.“ Diese Behauptung ist aber durchaus nicht so selbstverständlich zutreffend, wie die Begründung offenbar meint. Der Ausspruch muß im Gegenteil, gemessen an der allein maßgebenden Fassung der §§ 82, 83, als unrichtig bezeichnet werden. Es gibt sehr

¹⁾ Prof. Dr. W. Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Zugleich ein Beitrag zu den Bestimmungen über besonders leichte und besonders schwere Fälle. Berlin 1910 bei Bahlen.

²⁾ a. a. O. S. 29 ff.

³⁾ Von einer Auseinandersetzung mit Höpfner ist, als außerhalb des begrenzten Zwecks dieser Arbeit liegend, abgesehen.

⁴⁾ I, 319 Anm. 2.

wohl und nicht selten Fälle, die zwar nach der Begriffsbestimmung des § 83 II „besonders leicht“ sind, bei denen aber sonst — außer den Gründen, die den besonders leichten Fall ausmachen — keine Gründe vorliegen, die für Milderung der Strafe sprechen. Es gibt ferner Fälle, bei denen, wenn man die den besonders leichten Fall ausmachenden Gründe in Verhältnis setzt zu allen anderen für eine höhere oder geringere Strafe sprechenden Umständen, die für Milderung der Strafe sprechenden Gründe an sich nicht überwiegen. Es ergibt sich also, daß „mildernde Umstände“ nicht vorzuliegen brauchen, trotzdem ein „besonders leichter“ Fall vorliegt. Daß dieses Ergebnis — schon allein im Interesse einer gesunden Gesetzestechnik — kein sehr erfreuliches ist, leuchtet ohne weiteres ein. Vermeiden läßt es sich nur, wenn die Voraussetzungen des „besonders leichten“ Falls schlechthin als mildernde Umstände Geltung erhalten. Geschieht das, so ist für die besonders leichten Fälle kein Raum mehr — sie sind dann nichts anderes als Fälle, in denen nach ausdrücklicher Vorschrift mildernde Umstände stets vorliegen. Der § 83 II wird sohin ohne jeden Schaden nicht nur, sondern sogar vorteilhaft zur Beseitigung unrichtiger Auffassung, wie sie in dem angeführten Ausspruch der Begründung steckt, dem § 82 als dritter Absatz angegliedert werden können, indem an die Stelle der Worte „Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn....“ die Worte treten „Mildernde Umstände liegen stets vor, wenn“ und die letzten Worte von „so daß“ an wegfallen.

Was aber soll aus § 83 I werden? — Wer mit mir ⁵⁾ auf dem Standpunkt steht, daß es bedenklich und für die Rechtspflege schädlich ist, dem Richter ein so weitgehendes Strafmilderungsrecht zu gewähren, das man schlechterdings nur als Begnadigungsrecht bezeichnen kann, wird den völligen Wegfall des § 83 I nicht betrauern. Wer aber diesen Standpunkt nicht teilt — und das ist die große Mehrheit ⁶⁾ — wird die nach dem Schicksal des § 83 I gestellte Frage dahin lösen, daß er ihn dem vorgeschlagenen dritten Absatz des § 82 zufügt, indem an die Stelle der Worte „In besonders leichten Fällen darf“ die Worte treten „In diesen Fällen darf”.

Hiernach würde unter Streichung des § 83 der § 82 folgenden dritten Absatz erhalten:

⁵⁾ Vgl. meine Ausführungen Z 31, 11 und Ratgeber in Rechtsfragen (Beiblatt des Schulblatts der Provinz Sachsen) 1911 Nr. 2.

⁶⁾ Vgl. v. Liszt, Reform I 382f.

Mildernde Umstände liegen stets vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint. In diesen Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist⁷⁾, von einer Strafe überhaupt absehen. —

Mit dieser Fassung wären m. E. zugleich die Schwierigkeiten beseitigt, die sich in prozessualer Hinsicht ergeben und auch von der Begründung angedeutet, aber nicht gelöst sind. So sicher, wie die Begründung meint⁸⁾, ist es nämlich durchaus nicht, daß die Vorschrift des § 83 nur einen Grundsatz für die Strafzumessung enthält und nicht etwa einen eigenen Tatbestand, dessen Vorhandensein oder besser dessen Nichtvorhandensein bewiesen werden muß. Bei der hier vorgeschlagenen Fassung aber ist durch den engen Zusammenhang des dritten mit den beiden ersten Absätzen des § 82 jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß § 82 III nur einen Grundsatz für die Strafzumessung ausspricht. Ohne daß es einer besonderen Bestimmung bedürfte⁹⁾, wäre ohne weiteres gemäß § 297 StPD. auch die Frage gelöst, wer im schwurgerichtlichen Verfahren zu entscheiden hat.

Die vorgeschlagene Fassung würde auch die Möglichkeit, für die mildernden Umstände einen besonderen allgemeinen Strafrahmen aufzustellen, nicht beeinträchtigen; z. B. könnte dem § 87 Gegenentwurf mutatis mutandis der vorgeschlagene Absatz III — entsprechend dem § 88 GE. — hinzutreten.

So komme ich zu dem Ergebnis, daß nicht die „besonders leichten Fälle“ die „mildernden Umstände“, wohl aber die letzteren die ersteren entbehrlich machen¹⁰⁾.

II. Ebensowenig wie das Verhältnis des § 82 zu § 83 wird das des § 82 zu § 84 durch die Fassung des BE. geklärt. Auch hier versagt die Begründung, die sich auf den Ausspruch beschränkt¹¹⁾, daß „der Fall „natürlich“ aufhört, als ein „besonders schwerer“ zu erscheinen,

⁷⁾ Die Zulassung würde jeweils die Form erhalten: „In Fällen des § 82 III kann von Strafe abgesehen werden“.

⁸⁾ I, 324.

⁹⁾ Vgl. Begründung I, 324 Anm. 3.

¹⁰⁾ Umgekehrt anscheinend Aschrott Z 31, 340. Seine dort in Aussicht gestellte Arbeit ist mir nicht bekannt geworden.

¹¹⁾ I, 326.

wenn sich ergibt, daß die „für Milderung der Strafe sprechenden Gründe“ überwiegen.“ Der Ausspruch ist unrichtig. Die Bedingungen des „besonders schweren“ Falles sind in § 84 II ausdrücklich und ausnahmslos bestimmt. Der Fall bleibt mithin ein „besonders schwerer“, auch wenn die Gründe, die für Milderung der Strafe sprechen, die dagegen sprechenden und sich mit den den besonders schweren Fall ausmachenden Bedingungen deckenden Gründe überwiegen. Will man diesem wenig befriedigenden Ergebnis, welches solchenfalls die Festsetzung der Strafe nach § 84 I notwendig machen würde, entgehen, so bleibt nur übrig, entweder den § 84 zu streichen und zu seinem Ersatz die einzelnen Tatbestände der Delikte, bei denen jetzt seine Anwendung vorgesehen ist, kasuistisch auszuarbeiten, oder das Verhältniß der §§ 82 und 84 ausdrücklich klarzustellen. Der erste Weg ist nicht zu empfehlen. Der zweite Weg ist gangbar. § 84 würde einen dritten Absatz erhalten etwa folgender Fassung:

Ein besonders schwerer Fall liegt nicht vor, wenn trotz Erfüllung der Bedingungen des vorhergehenden Absatzes mildernde Umstände (§ 82 II) vorliegen. Solchenfalls findet die ordentliche Strafe das Gesetzes Anwendung.

Im GE. wäre ein entsprechender Zusatz zu § 89 zu machen.

In prozessualer Hinsicht ist zu bemerken, daß § 84 über die Beweislast keinen Aufschluß gibt. Die Begründung schweigt. In Analogie ihrer oben wiedergegebenen Bemerkung betr. die besonders leichten Fälle wird man annehmen dürfen, daß sie der Ansicht ist, daß auch die Vorschrift des § 84 nur einen Grundsatz über die Strafzumessung enthält. Wie dort, so ist das auch hier mindestens zweifelhaft. Es läßt sich sehr wohl die Ansicht vertreten, daß es sich überhaupt — wenigstens aber in Ansehung der „ungewöhnlich bedeutenden Folgen“ — um ein in jedem Einzelfall dem Angeklagten zu beweisendes Tatbestandsmerkmal handelt, „um solche vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen“. Von fast noch höherer Bedeutung wie für den GE. ist diese Frage für den StGE., der das Wort „und“ des § 84 II in seinem § 89 II durch „oder“ ersetzt hat. Die Frage bedarf m. E. dringend der gesetzlichen Beantwortung. Im Schwurgerichtsverfahren müßte wohl eine besondere Nebenfrage gestellt werden; vgl. § 295 StPD.