

den Strafe zu erkennen ist, dieser aber das nach Art. 17 zulässige niedrigste Maaf der vorgeschriebenen Strafart nicht erreicht, und

b) der Fall, wenn von einer Strafart auf die nächsthöhere in gleicher Dauer überzugehen ist, die höhere Strafart aber nach Art. 17 nicht in dieser Dauer erkannt werden darf.

Der letztere Fall, um von diesem, als dem einfacheren, zuerst zu sprechen, kann bei den hier fraglichen Strafarten nur nach Art. 240 vorkommen, in so fern der Richter sich für veranlaßt und ermächtigt hält, die von einem rückfälligen Diebe, Hehler, oder Parthierer verurtheilte, und den sonstigen Umständen nach auf Zuchthaus zweiten Grades von noch nicht ganz zwei Jahren festzusetzende Strafe durch Zuchthaus ersten Grades verbüßen zu lassen. Ob der Uebergang auf die höhere Strafart in einem Falle dieser Art, wo man dadurch auf eine nach Art. 17 unzulässige Dauer dieser Strafart gelangt, statthaft sei, konnte nach der Fassung des Art. 240 bestritten werden. Die Mehrzahl der Gerichtshöfe hat jedoch diese Frage bejaht und sich dann dadurch geholfen, daß man statt der nach Art. 17 nicht zuerkennbaren höhern Strafart auf die niedere in einer nach Maßgabe des Art. 53 verlängerten Dauer erkannte. Legislativ läßt sich auch nicht verkennen, daß es zu vielen Ungleichheiten führt, wenn der im Art. 240 gestattete Uebergang in die höhere Strafart nur in so weit zur Ausführung gebracht wird, als dies mit Art. 17 vereinbar ist, und es schien daher angemessen, durch das vorliegende Gesetz, in welchem dieser Punkt nicht füglich unberührt bleiben konnte, den von der Mehrzahl der Criminalspruchbehörden bereits angenommenen Gerichtsgebrauch zu bestätigen. Für den hier speciell vorliegenden Fall, wo es sich um den Uebergang von Zuchthaus zweiten auf Zuchthaus ersten Grades handelt, ließ sich aber die sogenannte Rückverwandlung dadurch vermeiden, daß man, wie im §. 10 des Gesetzentwurfs geschehen, dem Richter gestattete, hier ausnahmsweise bis auf Zuchthausstrafe ersten Grades von einem Jahre (ein geringeres Maaf kann hier nicht vorkommen) herabzugehen.

Der Fall unter a. kommt bei dem Versuche der ungleichen Theilnahme und der Begünstigung (Art. 26, 45, 46) vor. Denn läßt sich auch wohl bezweifeln, ob es im Sinne des Gesetzes liege, in diesen Fällen die Strafe stets nach einem Verhältnistheile der ordentlichen Strafe zu berechnen, da die nach Art. 26 zu erkennende „verhältnismäßig geringere Strafe“ auch auf anderm Wege, als dem arithmetischer Theilung, nämlich auf dem des richterlichen Ermessens bestimmt werden kann, bei der ungleichen Theilnahme aber, und besonders bei der Begünstigung eine Berechnung der Schuld nach Verhältnistheilen kaum ausführbar erscheint, so kann es doch vorkommen, daß der Richter sich den besondern Umständen nach bewogen findet, die erkannte Strafe als einen Verhältnistheil der ordentlichen Strafe zu bezeichnen. Namentlich kann dies dann angemessen sein, wenn er auf das Maximum der beim Versuch, der ungleichen Theilnahme, oder der Begünstigung zulässigen Strafe erkennen will, da dieses Maximum in den betreffenden Artikeln (außer bei den mit Lebens- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen) durch Verhältnistheile ($\frac{2}{3}$ und $\frac{1}{2}$ der ordentlichen Strafe) ausgedrückt ist; ja er wird dies, wenn es sich von Herabsetzung einer in erster Instanz bereits zuerkannten Strafe handelt, oft kaum vermeiden können, und hierbei kann er dann leicht mit Art. 17 in Collision kommen. Z. B. der Richter erster Instanz hat in einem Falle des Art. 160 im zweiten Satze, indem er das Verbrechen als vollendet ansah, dabei aber subjective Strafminde- rungsgründe zu berücksichtigen fand, auf das Strafminimum

von zwei Jahren Zuchthaus ersten Grades erkannt; der Richter zweiter Instanz billigt die Strafzumessung, hält aber das Verbrechen für unvollendet, findet jedoch wegen der Nähe des Versuchs für nöthig, auf das Maximum der Versuchsstrafe zu erkennen. Hier wird er die Strafe aussuchen müssen, welche zwei Dritttheilen einer Zuchthausstrafe ersten Grades von zwei Jahren entspricht, und er kommt dadurch auf $1\frac{1}{3}$ Jahr Zuchthaus ersten Grades, eine nach Art 17 unzulässige Strafe. In diesem Falle den Richter, zu Vermeidung einer Strafverwandlung, unbedingt von der Beobachtung der im Art. 17 ertheilten Vorschriften zu entbinden, würde bedenklich sein, da dies bei der hier und da in praxi vorwaltenden Meinung, daß bei Bestimmung der wegen Versuchs, ungleicher Theilnahme, oder Begünstigung zu erkennenden Strafe die auf das vollendete Verbrechen und auf die gleiche Theilnahme gesetzte Strafart schlechterdings beibehalten werden müsse, so lange dies nach den Vorschriften über die mögliche Dauer dieser Strafart ausführbar sei, leicht dazu führen könnte, daß auf Zuchthaus ersten Grades von wenigen Tagen oder Wochen erkannt würde. Es hat daher angemessen geschienen, auch hier, wie im Falle unter b., den Richter durch §. 7 des Gesetzentwurfs nur zum Herabgehen bis auf ein Jahr Zuchthaus ersten Grades zu ermächtigen, in Fällen aber, wo dies nicht ausreicht, die Dauer der statt der Zuchthausstrafe ersten Grades dann eintretenden geringern Strafart lediglich auf das richterliche Ermessen zu stellen, so jedoch, daß sie niemals die Dauer von einem Jahre überschreiten dürfe, weil, wenn dies gestattet werden sollte, man zur Bestimmung des Maximums dieser Strafe immer wieder eines Maßstabes zur Vergleichung derselben mit der Zuchthausstrafe ersten Grades bedürfen würde, was man eben durch die getroffenen Abänderungen vermeiden wollte.

Die Frage, wie sich die Zuchthausstrafe ersten Grades zur Zuchthausstrafe zweiten Grades verhalte, kommt hiernach künftig in praxi gar nicht mehr vor, und der dafür im Art. 53 gegebene Maßstab verliert, wenn er auch eben deshalb nicht ausdrücklich aufgehoben zu werden braucht, seine practische Bedeutung.

Bei

2) der Arbeitshausstrafe und in Beziehung auf deren Verhältniß zur Zuchthausstrafe zweiten Grades schien eine unbedingte Durchführung der successiven Strafverbüßung nicht angemessen, da es unzweckmäßig sei und dem natürlichen Gefühle widerstreiten würde, einen Verbrecher nach Verbüßung einer vielleicht zehn- oder mehrjährigen Zuchthausstrafe noch eine Arbeitshausstrafe von nur wenigen Monaten antreten zu lassen. Man hat daher die successive Strafverbüßung auf die die große Mehrzahl bildenden Fälle beschränkt, wo die concurrirende Arbeitshausstrafe wenigstens die Dauer von 6 Monaten erreicht. Bei geringern Arbeitshausstrafen konnte man die Verwandlungsmaxime um so eher beibehalten, da die Festsetzung eines Verhältnisses der Arbeitshausstrafe zur Zuchthausstrafe zweiten Grades ohnehin aus andern, sogleich näher zu erörternden Gründen nicht umgangen werden konnte. Dagegen bedurfte es darüber, wie sich die Arbeitshausstrafe zu Zuchthaus ersten Grades verhalte, keiner Bestimmung, da nach §. 3 des Gesetzentwurfs die Arbeitshausstrafe stets nur in Zuchthaus zweiten Grades verwandelt werden soll, und dieses dann nach §. 1 neben der etwa concurrirenden Zuchthausstrafe ersten Grades zu vollstrecken ist.

Die Fälle, in denen außerdem bei den fraglichen Strafarten eine Strafverwandlung vorkommt, sind: