und politische Leben Deutschlands aufwühlende Ringen zwischen Arbeiterschaft und Unternehmertum um Gestaltung des Lohn- und Arbeitsverhältnisses die Überzeugung festigen mußte, daß die Koalitionsfreiheit nicht den Frieden bedeute, sondern den Krieg.

An der Westfront. Ostermontag 1916.

33.

Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts vom 6. Oktober 1902 bis 19. April 1912 (Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts Bd. 4 bis 16) auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts.

Von Professor Dr. Ernst Beling in München.

(Fortsetzung.)*)

14. Perfektion von Entscheidungen, die nicht durch Verkündung ins Leben treten.

Diese in der Literatur schon vielerörterte Frage wird im Rahmen eines anderen Problems (vgl. den Bericht Nr. 10, oben S. 485) vom Reichsmilitärgericht in einer Plenarentscheidung — 16 75 — erörtert und in dem Sinne beantwortet, daß eine Entscheidung, die in Abwesenheit des Beteiligten ergeht, damit „ergeht“, daß sie zugestellt wird.

M.E. krankt diese Auffassung zunächst an einem Übel, das bisher in der ganzen bisherigen Literatur über die Frage — auch soweit letztere gegenteilig beantwortet wird — epidemisch war. Es wird nämlich das, was „Perfektion einer Entscheidung“ ist, zuerst ganz isoliert, rein konstruktiv, festgestellt, und es werden dann mittels Schlußfolgerung aus dem Begriff Rechtsätze deduktiv abgeleitet. Diese „begriffsjuristische“ Methode befriedigt nicht.²⁷⁾ Um zu wissen, ob man sich ja ausdrücken darf, daß eine Entscheidung in dem oder jenem Zeitpunkt „perfekt“ sei, muß man zuerst den Rahmen des Rechtsatzes ins Auge gefaßt und innerhalb seiner vermittelst umfassender, der von ratio beherrschter Erwägungen klargestellt haben, inwiefern die Frage sachlich interessiert. Je nachdem es sich um diese oder jene Rechtsfolge handelt, kann die „Perfektion“ etwas ganz Verschiedenes

*) Vgl. Z. 38, 465

²⁷⁾ Vgl. meine Ausführungen oben S. 487.

bedeuten²⁸⁾, und ohne daß man diese Rechtsfolgen mit ins Auge faßt, schwebt die Bejahung oder Verneinung der „Perfektion“ überhaupt in der Luft.

Das Problem interessiert nun für die Fragen 1. der Anfechtung und 2. der Unwiderruflichkeit einer Entscheidung. Will man also aus dem Bedürfnis heraus, statt mit formaler Konstruktion, dahinter kommen, wann eine Entscheidung im Sinne der Anfechtungs- und der Unwiderruflichkeitsbestimmungen „perfekt“ sei, so wird man erst sachliche Erwägungen über die für Unwiderruflichkeit und Anfechtung maßgebenden Interessen anzustellen haben und damit dann imstande sein, zu formulieren: also sei die Entscheidung in diesem Sinne dann und dann perfekt.

1. Ist nun eine Entscheidung nach dem Gesetz unwiderruflich, so geht dies auf die Erwägung zurück, daß es sich hier immer um besonders einschneidende und gewichtig auftretende Entscheidungen handelt, deren Zurücknahme durch die Stelle, die sie erlassen hat, der Autorität der Justiz abträglich sein könnte, weil sie den Schein der Ungründlichkeit oder Launenhaftigkeit nicht bloß der einzelnen Entscheidung (bei der der „Schein“ ja vielleicht sogar Wahrheit ist), sondern der Justiz überhaupt anheften könnte. Man wird deshalb für die Unwiderruflichkeit verlangen müssen, daß die Entscheidung aus dem inneren Dienst herausgetreten ist, also eine amtliche Bekanntgabe an einen Außenstehenden (nicht notwendig „Zustellung“) verlangen müssen²⁹⁾, so daß man sich nun dahin ausdrücken kann: im Sinne der Unzurücknehmbarkeit tritt die „Perfektion“ der Entscheidungen mit der dienstlichen Bekanntgabe an einen Außenstehenden ein. Mit dem Erfordernis der Zustellung, und gar der Zustellung an eine bestimmte Person, wäre in dieser Hinsicht zuviel verlangt, sowie umgekehrt angesichts der ratio es keinen Zweck hätte, schon die Niederschrift oder die Abfassung zu den Akten (Übergabe an Gerichtsschreiber usw.) als den Perfektionszeitpunkt anzusehen.

2. Ganz andere Bedürfniserwägungen greifen Platz, wenn man bestimmen will, wann eine Entscheidung im Sinne der Rechtsätze über ihre Umstoßbarkeit auf Grund eines Rechtsbehelfs „perfekt“ ist.

²⁸⁾ Gilt das doch sogar hinsichtlich der regelrechten rechtsatzmäßigen (nicht bloß konstruktiven) Begriffe, wie „Besitz“ (im Sinne des § 246 StGB. — im Sinne des BGB.).

²⁹⁾ Meine im Lehrbuch S. 420 geäußerte Meinung bedarf hier und in anderer Hinsicht der Berichtigung.

a) Man kann hier zunächst fragen, wie weit eine Entscheidung in ihrem Werdegang fortgeschritten sein müsse, damit auf Anfechtung hin das Gericht in eine Entscheidung über den Rechtsbehelf einzutreten habe. Dabei leuchtet dann sofort ein, daß für diesen Zweck es ganz gleichgültig ist, ob die Entscheidung schon zugestellt ist, überhaupt bekannt gemacht ist. Es muß genügen, daß sie sich schriftlich verkörpert hat, denn dann ist das Rechtsbehelfsgericht ohneweiters in der Lage, zu der ihm gestellten Aufgabe Stellung zu nehmen. In diesem Sinne ist also eine Entscheidung „perfekt“ mit dem Vorliegen des sie verkörpernden Schriftstücks. Dem steht nicht entgegen, daß von da ab noch eine Zurücknahme der Entscheidung erfolgen kann; denn geschieht dies, so kann man sich ohne weiteres so ausdrücken, daß die in dem hier interessierenden Sinne „perfekte“ Entscheidung aufgehört zu existieren.

Eine Frage für sich ist, ob das Rechtsbehelfsgericht etwa trotz und nach der Perfektion der Entscheidung noch etwaige Fristen, insbesondere solche, die von der Zustellung der Entscheidung in Lauf gesetzt werden, abzuwarten hat, bis es entscheiden kann. Das hängt lediglich davon ab, ob das Gesetz der Entscheidung des Rechtsbehelfsgerichts schon dann freie Bahn läßt, wenn nur die Partei die Anfechtung erklärt hat, oder ob noch ein Zeitraum derart festgesetzt ist, daß die Parteien, es sei die anfechtende oder ihr Gegner, noch weiteres aussprechen dürfen, und deshalb das Rechtsbehelfsgericht, wenn es vor Ablauf dieses Zeitraums entscheiden würde, berechnigte Interessen kränken würde. Die Rechtsbehelfe sind in diesem Punkte bekanntlich verschieden gestaltet. Bei der Beschwerde genügt, daß sie eingelegt ist; bei der Berufung und der Revision treten die Fristen für die Rechtfertigung des Rechtsmittels und Gegenerklärung dazwischen.

Eine Notwendigkeit, mit der Entscheidung so lange zu warten, bis die angeforderte Entscheidung zugestellt ist — vgl. RMG 16 200 —, kann jedenfalls dann nicht anerkannt werden, wenn der Interessent, also der Rechtsbehelfsverwerber, die Entscheidung auf andere Weise kennen gelernt hat (Einsichtnahme, vielleicht unter Entnahme einer selbstgefertigten Abschrift, Zufertigung einer Abschrift, Zustellung mit Formfehler). In der Regel wird er selber auf Nachholung der Zustellung in solchen Fällen überhaupt nicht zu sprechen kommen, und weshalb soll ihm die Zustellung aufgedrängt werden? Sollte

er sie aber begehren, so würde er dabei doch erst aufzeigen müssen, wozu ihm der Formalakt dienen soll, und das wird ihm schwer werden. Ein Recht auf Zustellung über das Bedürfnis hinaus kann aber nicht im Sinne des Gesetzes liegen — cui bono? Anders natürlich, wenn sich zeigt, daß es nicht bloß an der Zustellung fehlt, sondern überhaupt an der Kenntnis des Interessenten von dem Entscheidungsinhalt. Dann allerdings ist die Entscheidung in der Regel bis nach erfolgter Zustellung auszusetzen; dies aber nicht zu Ehren der „Zustellung“, sondern weil (und insoweit) diese der vom Gesetz vorgeschriebene Weg zur Erzielung der Bekanntschaft mit dem Entscheidungsinhalt (oder der ihr gleichgestellten Möglichkeit zur Erlangung solcher Kenntnis) ist. Ich würde aber auch in solchen Fällen von der Zustellung absehen, wenn sich in praktischer Weise Rat schaffen läßt, so z. B. wenn der Rechtsmittelvererber zur Stelle ist, ihm sofort die angefochtene Entscheidung zur Einsicht übergeben wird, und er sich dadurch für befriedigt erklärt.

b) Wieder in anderem Lichte erscheint das Perpektionsproblem, wenn man danach fragt: wie weit muß eine Entscheidung in ihrem Werdegang gekommen sein, damit eine Anfechtungserklärung abgegeben werden könne. Das betrifft die „Zulässigkeit“ der Rechtsbehelfsanbringung selber. Der Zeitpunkt der „Zulässigkeit“ und derjenige der „Wirksamkeit“ im Sinne von a brauchen natürlich nicht zusammenzufallen; es kann sein, daß die Anfechtung schon zulässig, aber noch nicht wirksam ist.

Welches sind nun die Interessen, die für die Festlegung des Zulässigkeitszeitpunktes in Frage kommen? Man sagt gewöhnlich, es bestehe für eine Anfechtung, bevor die Entscheidung „fertig“ ist, deshalb kein Bedürfnis, weil solche Anfechtung ins Blaue hinein erfolgen würde; die Partei möge doch ruhig abwarten, um dann in der Angelegenheit Stellung zu nehmen und Gegenschritte zu tun. Geben wir diesen Parteiinteressentemangel zunächst einmal zu, so zeigt sich doch sofort, daß dieser Gesichtspunkt doch nur das Wartenmüssen bis zu dem Augenblicke rechtfertigt, in dem die Partei den Entscheidungsinhalt kennen gelernt hat, einerlei ob durch Zustellung oder sonstwie; denn von da ab geht natürlich die Anfechtung nicht mehr ins Blaue hinein. Aber man wird, tiefer gehend, der Partei das Interesse daran, schon vor diesem Zeitpunkt ihre Anfechtungserklärung für den Fall, daß es in dem und dem Sinne zu einer Entscheidung komme, abzugeben, nicht so voreilig absprechen dürfen; ist es doch möglich, daß sie

eine Entscheidung des betr. Inhalts mehr oder weniger erwarten kann, daß sie mit Bestimmtheit entschlossen ist, sich bei ihr nicht zu beruhigen, und ihr das jetzige Handeln gelegener ist, als die spätere Anbringung der Anfechtung, daß sie sich auch innerlich beruhigt fühlt, wenn sie das Nötige vorsorglich vorgekehrt hat. Erkennt man dies an, so könnte es sich nur noch fragen, ob nicht überwiegende Gegeninteressen obwalten. Man könnte solche aber wohl nur darin finden, daß die Behörden mit möglicherweise unnützen, weil unwirksam bleibenden Eingaben behelligt werden. Allein erstlich ist diese Behelligung doch nicht so arg; und zweitens besteht in der Unzulässigerklärung der vorzeitigen Anbringung eines Rechtsbehelfs gegen solche Anbringung gar kein eigentlicher Schutz, auch wenn sich mit jener die Unwirksamklärung verbindet; denn man wird an der Hand praktischer Erfahrungen behaupten dürfen, daß den Behörden durch die Auseinandersetzungen mit der Partei über diesen Punkt ebenso viel Mühe und Weiterungen entstehen wird, wie wenn sie die Erklärung einfach ad acta nehmen. Dazu kommt aber, daß vom Standpunkt der Gesamtheit aus nicht abzusehen ist, weshalb nicht eine vorzeitig angefochtene Entscheidung wirksam sein soll, wenn sie in dem von der Anfechtung vorausgesetzten Sinne nachmals ergangen ist.

Deshalb muß m. E. die vorzeitige Anfechtung zulässig sein; sie kommt zu Kräften mit der „Perfektion“ im Sinne von a.

Außerstenfalls muß man die Anfechtung von da ab zulassen, wo der Entscheidungsinhalt der Partei bekannt geworden ist.

Keinesfalls aber läßt sich die Auffassung, daß die Anfechtung erst von der Zustellung ab einsetzen könne, mit irgend welchen sonstigen (Interesse-)Erwägungen stützen. Eine in diesem Sinne „perfekte“ Entscheidung setzt die Anfechtung nicht voraus. Denn die Zustellung dient ausschließlich einem ganz anderen, als dem hier in Rede stehenden Interesse: dem Bedürfnis, daß die Partei mit möglichster Sicherheit den Erlaß und den Inhalt der Entscheidung erfährt, und dem behördlichen Bedürfnis, nachweisen zu können, daß in dieser Hinsicht das Notwendige geschehen ist. Damit verbindet sich dann die Erwägung, daß erst vom Zustellungszeitpunkte ab für die Partei Fristen laufen, um ihre Rechte wahrzunehmen, und in weiterer Folge, daß diese Fristen (vgl. oben 2 a) erst abgelaufen sein müssen, bevor das Rechtsbehelfsgericht der Sache näher tritt. Alles dies aber liegt außerhalb der „Perfektions“-Frage in ihren verschiedenen Richtungen.

15. Angabe von Tatsachen und Beweismitteln im Antrage auf gerichtliche Entscheidung im Klageprüfungsverfahren.

Nach MStGD. § 247 III hat wie nach StPD. § 170 II der Verletzte die Eingabe an das Gericht im Klageprüfungsverfahren mit Tatsachenanführung und Beweismittelangabe auszustatten. Das Reichsmilitärgericht erachtet nun — sehr liberal — in Bd. 6 155, 8 186 die Angabe von Beweismitteln dann für entbehrlich, „wenn diese nach Lage der Sache durchaus überflüssig sind, von ihnen also doch kein Gebrauch gemacht werden würde“, also namentlich, wenn ähnlich wie bei der Revision lediglich die rechtliche Beurteilung eines feststehenden Sachverhalts in Frage steht. Man wird aber, so einleuchtend an sich diese Erwägung auch ist, gleichwohl die strengere Auslegung wählen, d. h. unter allen Umständen eine Beweismittelangabe derart verlangen müssen, daß ohne sie der Antrag unzulässig ist. Es fehlt nämlich nicht, wie es in § 156 heißt, an einem ersichtlichen Grunde, das praktisch Unnötige zu verlangen. Die geschichtlich gegebene ratio für StPD. § 170 II und MStGD. § 247 III ist nämlich ausgesprochenermaßen die, durch Formalvorschriften einen Mißbrauch des Rechts auf Klageprüfung zu erschweren. Nicht etwa bezweckt die Vorschrift, daß in dem Antrage von Tatsachen und Beweismitteln die Rede sein muß, dem Gericht irgendwie Material zu bieten, denn dieses Material entnimmt das Gericht ja viel besser den Ermittlungssakten, deren Einforderung ja, soweit es zu einer sachlichen Prüfung kommt, niemals unterbleiben wird; es könnte unter diesem Zweckgesichtspunkt nur davon die Rede sein, daß der Antragsteller etwaige nova beibringt, wobei aber deren Unterbreitung durch ihn in Klageprüfungsverfahren genügen müßte, und nicht veranlaßt wäre, das Erfordernis ihrer Anführung schon für den anstoßgebenden Antrag auf gerichtliche Entscheidung aufzustellen.

Ist also die Nennung von Beweismitteln schlechthin unerlässlich, so fragt es sich weiter, in welchem Umfange und welche Beweismittel in bezug genommen sein müssen, und entsprechend, auf welchen Tatsachenkreis sich die Formalvorschrift erstreckt.³⁰⁾ Hinsichtlich der Tatsachenangabe spricht das Reichsmilitärgericht in Bd. 6 157 aus, daß arg. § 247 II der Antragsteller nur von dem Belastungs-, nicht von dem Entlastungsmaterial zu sprechen nötig habe. Das ist zweifellos

³⁰⁾ Vgl. Herz-Ernst, Anm. 12, gegen sie Roman-Rissom, Anm. 16 zu § 247.

richtig. Aber das Problem ist damit nur zum Teil beantwortet. Das Reichsmilitärgericht hatte auch in dem ihm vorliegenden Falle gar keine Veranlassung, es weiter aufzurollen. Rollt man es aber ganz auf, so treten namentlich noch folgende Fragen in den Gesichtskreis: wie, wenn der Antragsteller die strafanspruchbegründenden Tatsachen nur lückenhaft oder schief oder falsch anführt? wie, wenn er die Beweismittelliste ähnlich mangelhaft gestaltet?

Hier müssen tiefergreifende Erwägungen einjagen. Das Klageprüfungsverfahren ist nämlich weder selbst ein Strafprozeß, noch ein Bestandteil eines Strafprozesses, denn es handelt sich in ihm nicht um die Strafsache, sondern um die Frage, ob diese anhängig gemacht werden soll. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist vielmehr der Sache nach eine selbständige „Klage“, die Entscheidung selber der Sache nach ein „Urteil“. Der Gegenstand beider ist die öffentlich-rechtliche organisch-juristische Verpflichtung des Staatsorgans (Gerichtsherrn, Staatsanwalts) zur Erhebung der Strafklage. Nur ist formell das Verfahren nicht als eigentlicher „Prozeß“ (mit „Klage“ und „Urteil“) ausgestaltet. Aber das Wesentliche einer „Klage“ kehrt auch bei dem „Antrage“ wieder, auch er ist ein Rechtsschutzbegehren, das eine in sich abgegrenzte Angelegenheit betrifft. Jedenfalls muß also auch er unter das Individualisierungsprinzip gestellt werden, denn kann man dem Antrage nicht entnehmen, um welche Angelegenheit es sich handelt, so unterliegt es billigerweise der Ablehnung. Denkbare Weise kann aber die Rechtsordnung bei Rechtsschutzbegehren sich entweder mit dem Individualisierungszwang begnügen oder aber einen Substanziierungszwang hinzufügen, so, daß schon das Rechtsschutzbegehren das tatsächliche Grundmaterial bieten muß. Für das Klageprüfungsverfahren ist nun ersichtlich ein Substanziierungszwang ausgefloßen, denn nach MStGD. § 248, StPD. 171 gilt in jenem die Instruktions-, nicht die Verhandlungsmaxime; wie im wirklichen Strafprozeß kommt es auch hier für die Entscheidung nicht darauf an, was die Partei an Tatsachenstoff und Beweismitteln beigebracht hat. Auch würde das Substanziierungsverlangen den Zweck des § 247 III (StPD. 170 II) in sein Gegenteil verkehren. es würde damit nicht sowohl einen Rechtsmißbrauch entgegengewirkt, als vielmehr der Berechtigte mit Rechtsverlust bedroht; denn träten Verschönerungen des tatsächlichen Bildes derart ein, daß das von seiner Substanziierung übrig bleibende Positive nicht mehr ein strafbares Verhalten des Täters darstellt, so wäre er sachfällig, und der

Täter würde der *tertius gaudens* ein, wenn das außerhalb der Substanzierung liegende tatsächliche Bild des Falles seine Strafbarkeit ergäbe. Es wäre ja kein Raum für das, was man eine Lageänderung nennt. Wenn das Gesetz trotzdem Tatsachenanführung fordert, so kann dies also nur so verstanden werden: Der Antragsteller muß sich hinsichtlich des Kernpunktes der von ihm ja individualisiert anzugehenden Angelegenheit zu Tatsachenbehauptungen auffassen, so, daß diese das in der bloßen Individualisierung liegende schematische Bild mit Leben ausstatten³¹⁾, andernteils aber gleichgültig ist, ob er dies vollständig und richtig besorgt. Das entspricht auch den Grundgedanken der §§ 247 III MStG., 170 II StPG.: der Schikanöse wird sich leichter zu bloß individualisiertem Antrage entschließen, als zu einer wahrheitswidrigen Geschichtserzählung, liefert er sich doch durch eine solche viel sicherer ans Messer, weil er sich so Ausreden und Ausflüchte für den Fall verbaut, daß er etwa nach § 164 StGB. gefaßt werden sollte. In entsprechender Weise ist dann hinsichtlich der Beweismittelliste auf Vollständigkeit und Brauchbarkeit kein Gewicht zu legen — so hinsichtlich der Brauchbarkeit zutreffend RMG. 16 236 —, andernteils aber zu verlangen, daß überhaupt Beweismittel derart für das Tatsachenmaterial genannt werden, daß dieses durch jene im Kernpunkt gestützt erscheint.

16. Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verhandlung.

Das Reichsmilitärgericht sieht die Bestimmungen über die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung für verletzt im Sinne der Revision nur dann an, wenn ihre Nichtbeachtung auf Verhalten des Gerichts oder des Vorsitzenden oder des Verhandlungsführers zurückzuführen ist (Wd. 13 82, 86). Es folgt hierin der Rechtsprechung des Reichsgerichts (G. 2 302, 23 218, 43 188). Haltbar ist diese Auffassung nicht.³²⁾ Eine revisible Gesetzesverletzung liegt in jeder Prozeßhandlung, die nach dem Willen des Gesetzes unter den obwaltenden Umständen nicht oder nicht so wie geschehen hätte erfolgen sollen. Das trifft aber zu auf die Abhaltung einer Hauptverhandlung, bei

³¹⁾ Deshalb entkräftet die Mitanzführung von strafbefreienden Tatsachen den Antrag so, daß er „unzulässig“ (nicht nur „unbegründet“) ist, RMG. 15 273.

³²⁾ Vgl. Herb. Fuchs, Jur. Wochenschr. 41 521, Engeler, Öffentlichkeit im Strafprozeß, 31.

der tatsächlich das Publikum nicht derart der Verhandlung beiwohnen konnte, wie es nach dem Gesetz sein soll. In der Rechtsansicht der beiden höchsten Gerichtshöfe tritt uns eine Auffassung von der Revision und deren Zweck entgegen, wie sie dem Sinn des Rechtsmittels ganz fremd ist: als wäre die Aufhebung eines Urteils durch die höhere Instanz gewissermaßen eine Strafe für das Untergericht, das schuldhaft ein Versehen begangen oder gar dolos gehandelt hat. Solche strafrechtlichen Gesichtspunkte dürfen hier nicht eingemengt werden. Gewiß gibt es Prozeßhandlungen, die „subjektive“ Voraussetzungen haben²³⁾, aber daß eine Hauptverhandlung öffentlich sein soll, bedeutet sicher nicht, daß auch schon ein vom Gericht für öffentlich gehaltene Hauptverhandlung rechtsordnungsmäßig wäre.

17. Zum Begriff des Beweisanspruchs.

Das Reichsgericht hat einen formalen Unterschied zwischen „Beweisanträgen“ auf der einen, „Beweisanerbieten“ und „Beweisermittlungsansträgen“ auf der anderen Seite herausgearbeitet in dem Sinne, daß § 243 II StPD. nur für die echten „Beweisanträge“ gelte. Das Reichsmilitärgericht — 7 38, 8 63, 10 194 — folgt ihm für den § 298 II MStGD.

Nun ist es richtig, daß sich rein sprachlich-logisch jene 3 Kategorien scheiden lassen. Aber damit hebt das Problem, weit davon, schon beantwortet zu sein, ja erst an: ob nämlich das positive Recht mit dem terminus „Beweisantrag“ jene logischen Gegenstände im Auge gehabt habe. Das aber verneine ich. Denn in allem, was die Aufhebung des Sachverhalts angeht, hat das Gericht v. A. w. alles Zweckdienliche (soweit es nicht gesetzlich verboten ist) von sich aus vorzunehmen. Das Neue, das die §§ 243 II StPD., 298 II MStGD. hinzufügen, ist der Zwang für das Gericht, Rede und Antwort zu stehen; ihr Sinn ist der, daß sich das Gericht, soweit von ihm ein bestimmtes zur Aufhellung des Sachverhalts angeblich sachdienliches Vorgehen verlangt wird, nicht — wie sonst — bei Nichtaufgreifung darüber ausschweigen kann, daß und warum es den Punkt nicht aufgreife sondern, daß es darüber expressis verbis und zwar durch „Gerichtsbefehl“, Auskunft geben muß. „Beweisantrag“ ist somit, was seinen Gegenstand anlangt, jedes Verlangen, das vom Gericht ein auf Aufhellung des

²³⁾ Vgl. unten Nr. 28 (in der Fortsetzung dieser Abhandlung).

Sachverhalts berechnetes Verhalten begehrt, als ein Verhalten, das hypothetisch ohnehin schon nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung Amtspflicht des Gerichts sein würde.

Da nun die „Beweisermittlung“ natürlich auch zu den ohnehin bestehenden Obliegenheiten des Gerichts gehört, so ist nicht abzusehen, weshalb ein auf sie gerichteter Antrag soll unbeschieden gelassen werden können.³⁴⁾ Daß ein „Beweisermittlungsantrag“ innerlich nebelhaft sein kann³⁵⁾, so daß mit ihm praktisch nichts anzufangen ist, ist eine Sache für sich; denn dann ist er eben — wie jeder Beweis Antrag — wegen Unmöglichkeit seiner Berücksichtigung abzulehnen —, aber es darf nicht stillschweigend über ihn hinweggegangen werden.

Was die „Beweisanerbieten“ anlangt, so ist natürlich richtig, daß eine Erklärung des Inhalts: „ich (der Angeklagte) will das und das tun, laßt mich nur gewähren“, kein „Antrag“ („das Gericht möge . . .“) wäre. Aber solche reinen „Ich-will“-Anerbietungen kommen in der Praxis überhaupt nicht vor. Selbst wenn der Angebotssteller geglaubt haben sollte, daß er die Beweismittelvorführung (womöglich mit Einschluß der Vereidigung usw.) selber besorgen werde, so daß das Gericht, sich rein passiv verhaltend, bloß als Beweisempfänger in Betracht komme, ist der Sinn solchen Angebots doch der, daß das Gericht dem betr. Beweispunkt pflichtmäßig seine Aufmerksamkeit zuwende, also eben ein Beweis Antrag. Der Antrag wäre dann dahin zu bescheiden, daß das Gesetz solche Prozedur nicht kenne — aber zu bescheiden wäre er (worauf dann der Antragsteller selbstverständlich sagen wird: dann bitte er dem Beweispunkt in der prozeßrechtlich vorgeesehenen Art und Weise näherzutreten). Einen Schritt vom Wege seitab bedeutet es endlich, wenn das Reichsmilitärgericht 8 65 das „Beweisanerbieten“ begrifflich so faßt, als liege in ihm die Anheimstellung, ob das Gericht darauf eingehen wolle oder nicht. Richtig ist hierbei, daß ein solches Anheimgeben keinen „Antrag“ im Sinne der §§ 243 II StP.O., 298 II MStG.O. darstellt; es ist vielmehr dem Reichsgericht beizupflichten, wenn es in O. 49 360 die bloße „Beweisanregung“ vom Beweis Antrag scheidet. Aber daß jedes Beweisanerbieten eine solche bloße Anregung sei, ist gewiß nicht richtig.

³⁴⁾ Diese von mir schon in meinem Lehrbuch S. 528 Anm. 15 vertretene Auffassung wird auch geteilt von Rojensfeld, Lehrb. 4/5 S. 228 A. 15; Gerland, Verz. 69 298.

³⁵⁾ Augenscheinlich zu weitgehend RMG. 10 194, das jeden „Beweisermittlungsantrag“ als unausführbar bezeichnet.

18. Konkludente Stellung von Beweisanzträgen.

Ein Angeklagter hat in der Hauptverhandlung dem Gericht einen Brief seiner Ehefrau übergeben; das Gericht hat ihn zu den Akten genommen, ohne sonst etwas zu veranlassen, insbesondere ohne ihn zu verlesen. Die Revision des Angeklagten bemängelt dies Verfahren. Das Reichsmilitärgericht erledigt — 4 33 — diese Revisionsbeschwerde mit folgenden Sätzen:

„Das Protokoll enthält nichts darüber, aus welchem Grunde die Übergabe des Briefes geschah, noch auch insbesondere, daß vom Angeklagten ein Antrag auf Verlesung des Briefes „beweishalber“ gestellt worden ist. Das Gericht hatte daher auch keinen Anlaß zu einer Beschlufsfassung über die Verlesung des Briefes (§ 298 MStG.).“

Gemahnt diese Entscheidung nicht an das Prozeßrecht längst verjunktener Perioden der Rechtsgeschichte? An die Zeiten, in denen das prozeßuale Handeln der Partei an solenne Wortformeln gebunden und bei deren Nichtgebrauch unbeachtlich war? Also wenn ein Angeklagter ein Schriftstück dem Gericht übergibt und erklärt, in dem Schriftstück stehe das und das, so soll das Gericht über diesen Vorgang stillschweigend zur Tagesordnung übergehen dürfen, es wäre denn, daß der Angeklagte ausdrücklich hinzufügt, er bitte, das Schriftstück beweishalber zu verlesen? Was hat denn der Angeklagte mit der Überreichung bezweckt? Ist irgendeine Deutung möglich, die andere Zwecke ergäbe als daß eben durch Verlautbarung der Urkunde Beweis erhoben werden sollte? Ich sollte meinen: Nein. Die Bitte des Angeklagten um Beweisaufnahme ist absolut selbstverständlich. Fordert man, daß sie expressis verbis hinzugefügt werde, so fordert man ein reines Formale. Das Gesetz fordert aber ein solches nicht. Ein Beweisanztrag ist eine Willenserklärung der Partei des Inhalts, es möge über die und die Tatsache das und das Beweismittel verwertet werden. Eine Formvorschrift ist dem Gesetz unbekannt (abgesehen davon, daß schriftliche Anbringung des Antrags in der — dem Mündlichkeitsprinzip unterstehenden — Hauptverhandlung unbeachtlich wäre). Folglich genügt auch konkludentes Handeln, d. i. ein Handeln, das den Willen aus den Umständen erkennen läßt. Und das war hier der Fall. Anders entscheiden heißt, zu Unrecht zivilprozeßuale Sätze über formalen Beweisanztritt in den Strafprozeß hineintragen.

Nebenbei bemerkt: Fordert nicht — wenigstens in unserer von der Wertschätzung von „Treu und Glauben“ beherrschten Zeit — das

nobile officium judicis, daß der Richter den ein Schriftstück überreichenden Angeklagten befrage, ob er die Verlesung haben wolle? Und ergibt nicht die Pflicht der materiellen Wahrheitserforschung die Notwendigkeit, das Schriftstück inhaltlich zu prüfen, selbst wenn in der Übergabe kein — formell zu beschheidender — Beweis Antrag erblickt wird?

19 Ablehnung von Augenscheinsbeweis anträgen.

Anträge auf Einnahme eines Augenscheins sollten nach der früheren Praxis des Reichsgerichts (vgl. E. 14 277, 21 227) gänzlich frei („nach pflichtmäßigem Ermessen“) ablehnbar sein. Das Reichsmilitärgericht (2 117, 3 116, 4 209, 5 217, 7 101) hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

Nun ist es richtig, daß das Gericht Anträgen auf Heranziehung sächlicher Beweismittel freier gegenübersteht als Zeugenbeweis anträgen, weil das geltende Recht jene Beweismittel nicht dem Unmittelbarkeitsgrundsatz unterstellt. Das beweist aber nicht, daß sich das Gericht über Augenscheins- (und Urkunden-) Beweis anträge nach freiem Ermessen einfach hinwegsetzen könne. Noch viel weniger ergibt sich die völlige Ungebundenheit des Gerichts aus dem vom Reichsmilitärgericht dafür angerufenen Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Denn Voraussetzung für jede Beweiswürdigung ist, daß die Beweisaufnahme so erschöpfend, wie das Gesetz sie will, abgeschlossen ist. Sonst käme man ja zu dem von niemandem vertretenen Satz, daß sich das Gericht aller weiteren Beweisaufnahme entschlagen könne, wenn ihm die bisherigen Beweismittel (z. B. ein einziger Zeuge) kraft freier Beweiswürdigung genügend erschienen. Freie Beweiswürdigung kann niemals dem Gegenbeweis den Weg versperren.

Gehl es nun auch zu weit, wenn Verland³⁰⁾ die Augenscheinsbeweis anträge der Parteien genau so zwingend für das Gericht sein lassen will, wie Zeugenbeweis anträge, so ist doch sein Kernsatz: daß auch bei solchen Anträgen Abschneidung mittelst antezipierter Beweiswürdigung unstatthaft ist, völlig richtig. Die Besonderheit bei Anträgen dieses Inhalts ist nur die, daß das Gericht der beantragten Augenscheinseinnahme andere (mittelbare) Beweiserhebung substituieren kann (Vorlegung von Photographien, Vernehmung eines

³⁰⁾ Gerichtsjaal 69 286.

Zeugen über die Beschaffenheit des Gegenstandes usw.). So spricht denn auch das Reichsgericht jetzt (E. 47 108) aus, daß das Gericht verpflichtet ist, den Augenschein einzunehmen, oder andere geeignete Weise zu erheben. Freilich öffnet das Reichsgericht auch in dieser neueren Entscheidung eine Hintertür, indem es den Bindungssatz hinzufügt: „wenn das Gericht die Wahrheit oder Unwahrheit der Parteibehauptung nach dem Verhandlungsergebnis noch nicht sicher feststellen kann.“ Denken wir uns, der Angeklagte habe sich wegen Sachbeschädigung zu verantworten, weil er einem Pferde des K. ein Auge ausgeschlagen habe; nehmen wir weiter an, K. habe in der Hauptverhandlung als Zeuge den Vorgang in dieser Weise bekundet, und der Angeklagte beantrage eine Augenscheinnahme an dem Pferde, die ergeben werde, daß das Auge des Pferdes völlig unverletzt sei, — so würde das Gericht auch nach der neuerlichen Rechtsansicht des Reichsgerichts den Gegenbeweis abschneiden dürfen, weil man schon nach der Zeugenaussage die Unwahrheit der Parteibehauptung feststellen könne. Das geht unbedingt nicht. Denn wenn es ginge, so würde sich ja das Gericht gerade so gut weigern können, den vom Angeklagten vermittelt Beweisansatz vorgeschlagenen Zeugen V. darüber zu vernehmen, daß er nach dem Zeitpunkt das Pferd mit heilem Auge gesehen habe. Alles das wäre nicht mehr bloße „freie Beweiswürdigung“, sondern Beweismaterialverkürzung.

Nach alle dem lassen sich Freiheit und Unfreiheit des Gerichts bloße „freie Beweiswürdigung“, sondern Beweismaterialverkürzung gegenüber Augenscheinsbeweisansätzen dahin untrennen: In der Frage, ob der unter Beweis gestellten Tatsache durch Beweiserhebung nachzugehen sei, ist das Gericht genau so unfrei, wie sonst auch; es muß neue, d. h. solche Beweismittel heranziehen, die durch den Beweisanspruch nicht gerade in ihrer Tauglichkeit bemängelt worden sind; ob es aber diese Neuerhebung in der Gestalt eigener Augenscheinseinnahme (wie beantragt) durchführt, oder sich mit bloß mittelbarer Beweiserhebung über den Zustand des Gegenstandes begnügt, steht bei ihm.

Eine neue Wendung gibt die Entscheidung des Reichsmilitärgerichts in Bd. 13 65 der Beantwortung des Problems. Danach soll das Gericht verpflichtet sein³⁷⁾, dem Beweisansatz zu genügen, wenn „die bezügliche

³⁷⁾ Oder soll die vorsichtige Wendung, eine Verpflichtung des Gerichts „könne in Frage kommen“, anders verstanden werden?

Feststellung nicht anders als durch Augenschein zu ermöglichen ist," vorausgesetzt, daß der Antragsteller diesen Ausnahmefall durch Anführung der ihn ergebenden Tatsachen begründet hat. Aber gibt es denn überhaupt einen Fall, in dem die Feststellung einer Tatsache nur durch „Augenschein“, d. h. eigene Wahrnehmung des erkennenden Gerichts, zu ermöglichen ist? Es kann doch stets, wofern nur das Frage-thema scharf angegeben ist, ein Dritter, der nötigenfalls damit beauftragt wird, jetzt die Wahrnehmung zu machen, als Zeuge über die Beschaffenheit der Sache vernommen werden, und was bei solcher Ersetzung der Wahrnehmung mit eigenen Sinnen durch fremde Auskunft in Frage steht, ist nur der größere oder geringere Wert des Forschungsergebnisses. Und der Kernpunkt auch dieser Entscheidung des Reichsmilitärgerichts bleibt der, daß das Gericht auf Grund einer bisherigen Beweisaufnahme den Gegenbeweis, soweit nicht die angebliche einzige Zuflucht bei der Selbstwahrnehmung liegt, soll glatt abschneiden dürfen, was, wie gezeigt, nicht wohl richtig sein kann.

20. Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens.

In Bd. 9 223 formuliert das Reichsmilitärgericht die Gründe der Einstellung des Verfahrens dahin:

„Die Fälle, in denen auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen ist, setzen stets eine an sich strafgerichtlich zu verfolgende Tat voraus, bei welcher aber aus besonderen Gründen, sei es wegen Fehlens einer Bedingung der Strafbarkeit oder wegen Vorliegens eines Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrundes, eine Strafverfolgung nicht eintreten kann.“

Als Fälle dieser Art werden dann außer dem Falle des Fehlens des Strafantrags bei einem Antragsdelikt noch angeführt: Verjährung, jugendliches Alter des Angeklagten, sowie der Fall, daß die Anklage auf ein reines Disziplinarvergehen gelautet hat. Im Sinne der Freisprechung sei dagegen der Fall zu erledigen, daß bei einer auf ein militärisches Delikt lautende Anklage das Gericht lediglich ein reines Disziplinarvergehen als gegeben annehme.

Hier mischt sich Richtiges mit Falschem!

Im Grunde ist die Entscheidung darüber, wann Einstellung, wann Freisprechung zu erfolgen hat, eine ungemein einfache, und es ist fast verwunderlich, wenn in Theorie und Praxis noch immer

³⁸⁾ Eine Auffassung, die m. E. die richtige ist.

keine Klarheit obwaltet. Schwierigkeiten bereitet nur die — hier nicht weiter zu verfolgende — Frage, ob im Strafprozeß eine Einstellung grundsätzlich durch Beschluß zu erfolgen hat, und Urteilsform lediglich für die im Gesetz dafür aufgeführten Fälle zu wählen ist³⁸⁾, oder ob die Urteilsform im Wege der Analogie auf andere, eventuell auf alle Einstellungsfälle zu übertragen ist; und dann die weitere Frage, welche Bedeutung gewissen einzelnen Rechtskategorien, z. B. der Verjährung, zukommt.

Das Grundsätzliche, das über jeden Zweifel erhaben ist, ist das: Die Freisprechung verneint die Strafbarkeit selber; sie setzt deshalb eine Prozeßlage voraus, in der kraft Prozeßrechts des Gericht überhaupt die Strafsache selbst prüfen und aburteilen darf; sie bewirkt anderenteils die gänzliche Erledigung der Angelegenheit, sobald sie rechtskräftig geworden ist. Demgegenüber ist die Einstellung der Ausdruck dafür, daß sich das Gericht der sachlichen Aburteilung enthalte und enthalten müsse, weil die konkrete Prozeßlage nach Prozeßrecht eine solche Sacherledigung nicht erlaubt, d. h. also weil mit bezug auf die Angelegenheit überhaupt keine Strafverfolgung zulässig ist, oder doch der einzelne konkrete Prozeß nicht den prozeßrechtlichen Bedingungen genügt. Deshalb bedarf es bei allen Umständen, für die die Konsequenzziehung: Freisprechung oder Einstellung, in Frage kommt, zuvörderst der klaren Erfassung, ob nach rechtlicher Bestimmung um ihrerthalben die Strafverfolgung (also das Vorgehen der Justiz als Tätigkeit) ausgeschlossen ist, oder ihre Bedeutung die ist, daß ihr Vorliegen die gedankliche, zur Bejahung der Strafbarkeit hinführende Subsumtion hindert. In der eingangs wiedergegebenen Formulierung des Reichsmilitärgerichts treten die geradezu gegensätzlichen Kategorien der Prozedurbedingungen und der materiellrechtlichen Bedingungen in innigster Verschweifung auf. Wegen Fehlens einer Strafbarkeitsbedingung, wegen eines Strafausschließungs- oder eines Strafaufhebungsgrundes ist das Gericht nur gehindert, die Strafbarkeit zu bejahen (gedankliche Folge); die Strafverfolgung (Tätigkeit im Prozeß) ist um ihrerthalber nie ausgeschlossen, so wenig wie die Strafverfolgung rechtlich um deswillen ausgeschlossen ist, weil der zu Beschuldigende die Tat nicht begangen hat. Denn alle diese materiellrechtlichen Umstände sollen ja erst durch den Strafprozeß kargestellt werden; schon die Feststellung, ob eine Strafbarkeitsbedingung, ein Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund vorliege, ist ja Prozeß. Die Strafverfolgung in ihrer Zulässig-

Zeit davon abhängig machen, daß Strafbarkeit vorliege, würde heißen, jeden Prozeß überhaupt für unzulässig erklären. Einstellungsgründe sind somit nur die formalen Umstände, die nach Prozeßrecht dem Richter verbieten, sich auf einen Strafprozeß überhaupt oder auf diesen Strafprozeß, so wie er liegt, einzulassen.

Von hier aus ist es zunächst richtig, daß eine auf ein reines Disziplinarvergehen lautende Anklage unter allen Umständen mit Einstellung zu beantworten ist. Denn eine Anklage dieses Inhalts ist prozeßrechtlich ungeeignet, einen Strafprozeß zu tragen. Auf sie hin kann ebensowenig kriminell verfahren werden, wie etwa auf eine Anklage, die reine Schadenersatzklage oder Einklagung einer Vertragsstrafe darstellt. Für solche Angelegenheiten ist der Strafrechtsweg nicht zugelassen, kein Straflagerrecht begründet, die Strafverfolgung ausgeschlossen. Ebenso ist richtig, daß, wenn umgekehrt die Anklage auf eine wirkliche Strafsache lautete, das Gericht aber nichts als ein reines Disziplinarvergehen als gegeben ansieht, der Strafanspruch, der ja rechtshängig geworden ist, zu verneinen, also freizusprechen ist.

Was die Verjährung anlangt, so ist es jedenfalls falsch, sie zugleich als Strafaufhebungs- und als Einstellungsgrund anzusehen. Ist sie ersteres, so ist der Täter nicht mehr strafbar, und darum gerade nicht Einstellung, sondern Freisprechung geboten. Zur Einstellung kann nur gelangen, wer das positive Recht dahin deutet, daß der Zeitablauf nicht die Strafbarkeit beseitige, sondern das prozessualische Vorgehen unzulässig mache — eine Auffassung, die deshalb bedenklich ist, weil der Zeitpunkt der Tat und damit die Verjährungsfrage doch erst der Klärung innerhalb des Verfahrens bedürfen.

Ebenso ist derjenige, der sich zur Zeit der Tat im kindlichen Alter befand oder als Jugendlicher nicht die erforderliche Strafreife hatte, nicht strafbar. Sein Alter, seine Reife und der Zeitpunkt der Tat sind im Prozeß aufzuhellen; stellt sich nicht die Strafreife heraus, so ist Freisprechung am Platze. Anders verhält es sich dann, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung der Beschuldigte noch nicht 12 Jahre alt ist; dann ist ohne jede Beweisaufnahme über die konkrete Tat sicher, daß er nicht strafbar sein kann. Gegen Wesen, die nicht strafbar sein können, darf aber kein Strafprozeß eingeleitet oder durchgeführt werden; geschähe dies doch, so wäre dieses Verfahren als unzulässig einzustellen (Mangel der Parteifähigkeit).

Im Zusammenhang hiermit sei noch kurz eines Fehlers gedacht der sich bei Einstellung wegen Strafantragmangels in der Praxis immer wiederholt. In den Gründen der aus diesem Gesichtspunkt das Verfahren einstellenden Urteile pflegt nämlich die Feststellung enthalten zu sein, daß der Angeklagte die Tat als ein Antragsdelikt dieses oder jenes Charakters begangen habe, also die Bejahung der Schuldfrage. Das ist zunächst logisch nicht in Ordnung, denn in solcher Feststellung liegt ein Eingehen auf die Sache selbst, wie sie bei Antragsdelikten gerade ausgeschlossen ist, wenn es am Strafantrage fehlt. Solche Feststellung ist zweitens praktisch wertlos, denn die Schuldfeststellung ist rein theoretisch, es werden in diesem Verfahren ja keine Konsequenzen daraus gezogen, und in künftigen Prozessen (nach Stellung des Strafantrags) ebenfalls nicht, da diese ja ganz selbständig über die Tat die erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen treffen. Endlich ist solche Feststellung überhaupt nicht veranlaßt, denn einzustellen ist schon, wenn es sich angesichts der Sachlage um ein Antragsdelikt handelt, und es hat keinen Sinn, die Beweiserhebungen darauf auszudehnen, ob bei vorhandenem Strafantrag eine Verurteilung zu erfolgen haben würde. Auf der anderen Seite ist natürlich nicht schon dann einzustellen, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, daß die Tat ein Antragsdelikt sei; denn dann können fast nie Freisprechungen erfolgen. Sondern es muß als Wille des Gesetzes gelten, daß jedes Gericht die Tat auch bei Strafantragsmangel durch Freisprechung restlos erledigen kann, wenn nicht hinreichender Verdacht dafür besteht, daß die Tat als Antragsdelikt begangen, und der Täter dafür strafbar sei. Diese Feststellung, nicht mehr und nicht weniger, ist es, die für die hier in Rede stehenden Einstellungsurteile die Basis zu bilden hat.

Endlich sei hier noch der Bedeutung des Unterschiedes zwischen Einstellung und Freisprechung für die Urteilsanfechtung gedacht. Das Reichsmilitärgericht spricht in 11 297 aus: „Der Angeklagte hat gegen ein freisprechendes Urteil kein Rechtsmittel. Dagegen kann er ein Urteil anfechten, welches ihn zwar einer Straftat für schuldig erklärt, aber keine Bestrafung, sondern die Einstellung des Verfahrens wegen eingetretener Verjährung ausspricht.“ Die Gründe gehen dahin, daß der Angeklagte gegen die Bejahung der Schuldfrage stets ein Rechtsmittel habe, auch wenn das Urteil nicht auf Bestrafung laute.

Die Entscheidung ist so, wie der konkrete Fall lag, richtig, aber unrichtig motiviert. Ob ein Urteil für den Angeklagten ein gravamen

enthält, und ihm folgeweise ein Rechtsmittel dagegen zu Gebote steht, hat mit der im Urteil enthaltenen Bejahung oder Verneinung der Schuldfrage als solcher nichts zu tun. Nur an der Entscheidung selbst, nicht an ihren Gründen, ist zu bemessen, ob der Angeklagte durch sie beschwert ist. Will der Angeklagte in der höheren Instanz das gleiche Ergebnis, nur aus anderen Gründen, gewinnen, so ist von vornherein klar, daß sein Rechtsmittel notwendig als unbegründet verworfen werden muß³⁹⁾, und für solche Rechtsmittel ist kein Bedürfnis innerhalb der Gedankenkreise des Strafprozeßrechts. Denn die der Entscheidung zugrunde liegenden Feststellungen, zumal die tatsächlichen, haben über den Prozeß hinaus keine selbständige Bedeutung; mag an ihnen der Angeklagte noch so sehr interessiert sein, so ist doch der Strafprozeß nicht um ihretwillen da. Für die innerhalb der Schuldfrage liegenden Momente ist dies ja nie bezweifelt worden. Der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene kann nicht mit Rechtsmitteln vorgehen, um wegen Rechtmäßigkeit seiner Handlung freigesprochen zu werden. Freisprechung ist Freisprechung. Deshalb ist auch die die Schuldfrage bejahende Freisprechung für den Angeklagten nicht anfechtbar. Eine solche ist ja sehr wohl denkbar. Folgt man der m. E. richtigen Auffassung, daß die Verjährung nicht der Strafprozeßtätigkeit entgegensteht, sondern den materiellen Strafanspruch selber aufhebt, so hat das Gericht bei Verjährung eben „freizusprechen“; und wenn es auch die Schuldfrage⁴⁰⁾ deshalb als nicht interessierend dahingestellt sein lassen kann⁴¹⁾, so kann es sich doch auch im Urteil bejahen. Gegen das so freisprechende Urteil gibt es dann für den Angeklagten kein Rechtsmittel. Nicht einmal dann gäbe es für ihn ein Rechtsmittel, wenn das Gericht unter Bejahung der Schuldfrage seine „Freisprechung“ gänzlich verkehrt damit motiviert haben sollte, daß er der Gerichtsbarkeit nicht unterstehe, daß das Gericht unzuständig sei usw.

Nun hat zwar im konkreten Falle das Oberkriegsgericht die Verjährung für ein bloßes Strafverfolgungshindernis angesehen und deshalb auf „Einstellung“ erkannt. Und es ist völlig zutreffend, wenn das Reichsmilitärgericht dem Angeklagten hier den Rechtsmittelweg er-

³⁹⁾ Vgl. RMG. 11 142.

⁴⁰⁾ Die ja die Verjährung nach gesetzlicher Bestimmung nicht umfaßt, StPD. § 262 III, RStGD. § 323 II, so daß sie zur „Straffrage“ zuge-
schlagen ist.

⁴¹⁾ Vgl. die zutreffende Entscheidung in Bd. 12 56.

öffnet. Aber der maßgebende Gesichtspunkt ist nicht der, daß das Untergericht die Schuldfrage bejaht hat, und diese Bejahung den Angeklagten drückt. Sondern das Rechtsmittel gegen Einstellung ist dem Angeklagten schon deswegen eröffnet, weil die bloße Einstellung verglichen mit der Freisprechung spätere Strafverfolgung in derselben Sache offen läßt.⁴²⁾ Ist der Sinn seines Rechtsmittel der, daß der Prozeß derart ordnungsmäßig war, daß ein Sachurteil, und zwar ein freisprechendes, hätte herauskommen sollen, so ist dies völlig genügend für die Behauptung eines gravamen. Wie wenig die „Bejahung der Schuldfrage“ hineinspielt, zeigt sich deutlich in dem Falle, daß etwa ein Gericht diese gerade verneint hätte und eben deshalb irrigerweise „das Verfahren eingestellt“ hätte. Es wird niemand bezweifeln, daß der Angeklagte ein gravamen geltend machen kann. Würde er doch sonst späterer Strafverfolgung nach formeller Rechtskraft der Einstellung ausgesetzt bleiben, da die Gründe der Entscheidung nicht in Rechtskraft erwachsen!

Fassen wir es zusammen: der Angeklagte hat gegen Freisprechung niemals, gegen Einstellung behufs Erzielung einer Freisprechung stets ein Rechtsmittel, beides ohne jede Rücksicht darauf, ob in der Entscheidung die Schuldfrage bejaht oder verneint ist.

Soweit es sich nicht um Anfechtung des Urteils mit echten Rechtsmitteln, sondern um Wiederaufnahme des Verfahrens handelt, ist natürlich die Frage nach dem gravamen im Verhältnis der erfolgten Einstellung zur erhofften Freisprechung ganz gleichliegend. Nur bleibt zu beachten, daß das Gesetz eine „günstige“ Wiederaufnahme nur zu Gunsten eines „Verurteilten“ kennt und damit Einstellungsurteile gegen solche Wiederaufnahme sicherstellt (zutreffend RMG. 12 35), also ein derartiges gravamen wie viele andere nicht für schwer genug erachtet, um die Urteilsrechtskraft zu erschüttern.

21. Aufnahme der Einzelstrafen in den Urteilstenor bei Gesamtstrafverhängung.

Die Praxis der bürgerlichen Strafgerichte behandelt es fast wie ein selbstverständliches Dogma, daß bei Verhängung einer Gesamtstrafe bei Realkonkurrenz die Einzelstrafen nicht in den Urteilstenor gehören,

⁴²⁾ Weshalb umgekehrt auch der Gerichtsherr gegen Freisprechung ein Rechtsmittel zuungunsten des Angeklagten einlegen kann, um Einstellung zu erzielen, RMG. 12 271.

sondern nur in den „Gründen“ angegeben zu werden brauchen.⁴³⁾ Das Reichsmilitärgericht — 11 142 — schließt sich dieser Auffassung an.

Ich habe schon in meinem Lehrbuch⁴⁴⁾ darauf hingewiesen, daß dies nicht angängig ist.⁴⁵⁾ Wird nämlich die Einzelstrafe im entscheidenden Teil des Urteils nicht namhaft gemacht, so hat dies die sehr böse Folge, daß sie, wenn man sich ehrlich an die Bestimmungen der Prozeßordnung hält, auch nicht vollstreckt werden darf. Denn nur „Entscheidungen“, nicht Entscheidungsgründe, können vollstreckt werden, und deshalb fordert § 483 StPD. als titulus der Strafvollstreckung eine beglaubigte Abschrift der Urteilsformel, wie denn auch § 416 MStGD. voraussetzt, daß nur das „auf Verurteilung lautende“ Urteil (also nicht die in den Gründen sich findende Bemerkung, daß eine Strafe angezeigt sei) der Vollstreckung fähig ist.⁴⁶⁾ Und doch will die Einzelstrafe allemal dann vollstreckt sein, wenn sie allein rechtskräftig wird! Legt der Angeklagte, der wegen zweier Taten zu einer Gesamtstrafe verurteilt ist, nur wegen der einen und folgerweise wegen der Gesamtstrafe ein Rechtsmittel ein, und bringt er mit diesem durch, so kann im Rechtsmittelverfahren natürlich nur die Gesamtstrafe (mit der ihr zugrunde liegenden zweiten Einzelstrafe) in Wegfall gebracht, nicht aber im Urteilstenor die Verurteilung zu der ersten (ja schon extra litem befindlichen) Einzelstrafe ausgesprochen werden. Ebenso kann bei ungeteiltem Rechtsmittel, wenn die erstinstanzliche Verurteilung hinsichtlich der ersten Einzelstrafe und nur sie von der Rechtsmittelinstanz nicht beanstandet wird, kein positiver Urteilstenor auf die erste Einzelstrafe lautend ergehen. Die Praxis hilft sich in solchen Fällen mit der künstlichen Schaffung einer Urteilsformel durch die mit der Strafvollstreckung betrauten Organe. Das ist schneidend contra legem. Denn diese Organe haben sich streng an die gerichtlichen Entscheidungen zu halten und sollen gerade nicht freie Hand haben, durch „Auslegung“ aus den bloß motivierenden Durchgangsfeststellungen des erkennenden Gerichts Anlaß zu Voll-

⁴³⁾ Vgl. E. 44 304. So auch Herm. Meyer, Protokoll und Urteil, S. 123; Lucas, Anleitung zur strafrechtl. Praxis 14 258.

⁴⁴⁾ S. 397.

⁴⁵⁾ Zustimmung Weichert, Grundzüge der Strafvollstreckung 1902 S. 15. Vgl. auch Kroschel, Abfassung der Urteile in Strafsachen 6 21, der mindestens zweifelt.

⁴⁶⁾ So (in anderem Zusammenhange) RMG. 12 38: „Die Entscheidungsformel allein ist vollstreckbar.“

streckungshandlungen zu entnehmen. Daß, wie allseitig anerkannt ist, die Gründe zur Auslegung des Tenors verwendet werden dürfen, bedeutet nicht, daß eine überhaupt fehlende Entscheidung aus den Gründen ergänzt werden könnte. Durchaus zutreffend sagt das RMG. 12 198: „Die Gründe können nur zur Erläuterung, niemals aber zur Ergänzung einer lückenhaften Urteilsformel herangezogen werden.“ Ist nur in den Gründen des Urteils gesagt, der Angeklagte habe wegen einer Tat die und die Einzelstrafe verwirkt, ist er aber nicht regelrecht tenormäßig dazu „verurteilt“, so fehlt jede Brücke, um zur Vollstreckung zu gelangen. Es verhält sich gar nichts anders, wie wenn etwa in den Gründen eines den K. als Anstifter verurteilenden Erkenntnisses gesagt wäre, der V. habe als Haupttäter eine Bestrafung in der gleichen Höhe verwirkt.

Weshalb aber widerstrebt eigentlich die Praxis der Nennung der Einzelstrafen im Urteils tenor? Ich glaube mich nicht zu täuschen in der Annahme, daß der Beweggrund nur in der Vorstellung liegt, es sei widersinnig, sowohl die Einzelstrafen wie auch die Gesamtstrafe als Beurteilungsergebnis nebeneinander zu nennen, und als lasse sich deshalb eine geeignete Formel nicht finden. Diese Bedenken sind aber denkbarst leicht zu überwinden. Natürlich muß das Urteil, um nicht widersinnig zu sein, zum Ausdruck bringen, daß die Beurteilung zu den Einzelstrafen nur eine solche auf der ersten Stufe, die zur Gesamtstrafe eine solche auf der zweiten Stufe ist. Das kann aber sehr einfach so geschehen, daß z. B. tenoriert wird:

„Der Angeklagte wird wegen . . . zu . . . und wegen . . . zu . . . und an Stelle dieser Einzelstrafen zu einer Gesamtstrafe von . . . verurteilt.“

Bei solcher Urteilsformelung ist dann, wenn die eine Einzelstrafe unangefochten bleibt oder das mit Bezug auf sie eingelegte Rechtsmittel keinen Erfolg hat, während es in der höheren Instanz zur Aufhebung der Beurteilung zu der anderen Einzelstrafe und zu der Gesamtstrafe kommt, formell alles in Ordnung, was für die Strafvollstreckung benötigt wird.

22. Berichtigung des Sitzungsprotokolls.

Ein wissenschaftlicher Kampf zwischen Reichsgericht und Reichsmilitärgericht!

Das Reichsgericht hatte in ständiger Rechtsprechung (R. 5 451, G. 2 76, 12 119, 13 351, 21 200, 24 214, 28 247 usw.) die Auffassung

vertreten, daß das Sitzungsprotokoll einer Berichtigung durch die Anwesenden mit dem Augenblick entzogen sei, in dem mittels Revision eine sich auf den Inhalt des Protokolls stützende Prozeßrüge erhoben worden ist, in dem Sinne, daß die Prozeßrüge nicht durch die Berichtigung zu Falle gebracht werden könne. Das Reichsmilitärgericht hat — 9 35, vgl. 15 282 — in ausführlicher Bekämpfung des reichsgerichtlichen Standpunkts gegenteilig entschieden. Während nunmehr der II. Strafsenat des Reichsgerichts mit dem Reichsmilitärgericht zu gehen gewillt war, haben sich die Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts — E. 43 1 — für Festhaltung der alten reichsgerichtlichen Praxis entschieden.

Ich möchte dem Wunsche Ausdruck geben, daß sich das Reichsmilitärgericht dadurch in seiner durchaus zutreffend begründeten Rechtsauffassung nicht beirren lasse, es ihm vielmehr umgekehrt im Laufe der Zeit gelinge, das Reichsgericht auf seine Seite herüberzuziehen.

In den Ausführungen des Reichsgerichts kommt von vornherein die Sachlage, wie sie normalerweise beschaffen ist, nicht zu ihrem Recht. Der Fall ist doch regelmäßig (wenn man, was man muß, davon absieht, daß die „Berichtigung“ ausnahmsweise einmal wahrheitswidrig sein kann!) der, daß die Hauptverhandlung ganz ordnungsmäßig vor sich gegangen ist, das Sitzungsprotokoll eine Ordnungswidrigkeit bezeugte, und der Berichtigungsvermerk klarstellt, daß das Protokoll fehlerhaft war. Daß bei solcher Sachlage im Geiste des Prozeßrechts eine Revision wert ist zu scheitern, ist wohl klar. Wer dies bestreiten will, muß immer fest im Auge behalten, daß er ein ordnungsmäßiges Verfahren für nichts und wider nichts zu Falle bringt, und dies einem ursprünglich begangenen Fehler zu Liebe. Es kann sich nicht, wie es in E. 43 6 heißt, „nur um die Möglichkeit handeln, eine prozeßrechtliche Befugnis zu tatsächlich wahrheitswidrigen Zwecken zu mißbrauchen“, sondern es wird in aller Regel durch die Rechtsauffassung des Reichsgerichts einer Partei ein sonst unbegründetes Recht zur Umstoßung eines Urteils gegeben. Soll man sich zu solcher Auffassung bekennen, so müssen es schon sehr triftige Gründe sein, die dahin führen. Die reichsgerichtlichen Argumente entbehren aber sogar schon für sich allein genommen der Überzeugungskraft.

Erstlich kann nicht zugegeben werden, daß die Partei durch Anbringung einer im Sitzungsprotokoll ihre (NB. scheinbare!) Stütze findende Prozeßrüge ein besonderes prozessuales Recht („auf Wei-

behaltung des Sitzungsprotokolls in der Form, in der es zu dem Zeitpunkt der Rüge vorliegt", oder wie man es sonst ausdrücken will) erwerbe. Damit ist verkannt, daß alle auf den Beweis bezüglichen Parteirechte bloße Mittel zum Zwecke sind. Sie zu verselbständigen, hieße die Einheit des Prozesses sprengen. Sie sind alle nur dazu da, anderweit begründeten prozeßualen Rechten zum Siege zu verhelfen. Auch für die Präsumtionen (wie § 274 StPD.) gilt nichts anderes; sie wollen nur der Partei, die sonst mit dem Beweise Schwierigkeiten hätte, zu Hilfe kommen, keineswegs aber für ein nicht ohnehin begründetes prozeßuales Recht eine selbständige Grundlage schaffen. Erst wo es sich um die Feststellung, ob eine Prozeßrüge durchgreife, handelt, taucht das Sitzungsprotokoll auf. Der Revisionsgrund selber besteht nicht darin, daß z. B. ein Zeuge „nach Maßgabe des Sitzungsprotokolls" unvereidigt geblieben ist, sondern daß er wirklich unvereidigt geblieben ist. Wenn der Oberreichsanwalt in C. 43 3 „Billigkeitsgründe" (Vertrauen auf die Richtigkeit des Protokolls), „Treu und Glauben", „die soziale Ethik" anruft, so habe ich ein ganz anderes Billigkeitsempfinden. Es handelt sich doch einfach darum, daß man einer Partei ermöglicht, aus einem Fehler Kapital zu schlagen, wiewohl dieser schon als solcher erkannt und durch öffentliche Urkundspersonen feierlich berichtigt ist! Im übrigen würde auch das angebliche Recht der Partei auf Beibehaltung des ursprünglich protokollierten doch nicht erst mit Erhebung der Prozeßrüge beginnen können. Die Erhebung der Prozeßrüge wäre dann doch vielmehr nur das Ausüben eines schon vorher bestehenden Rechts! Dann aber käme man zu dem Verbot der Berichtigung überhaupt, während doch das Reichsgericht wenigstens anerkennt, daß Berichtigungen vor Anbringung der Prozeßrüge beachtlich sind.

Ebenso hinfällig ist die Betonung der Unwiderleglichkeit des Sitzungsprotokolls nach § 274 StPD. Gewiß: das Sitzungsprotokoll ist (für die Formlichkeiten) ein unwiderlegliches Beweismittel. Aber: was ist denn „das Sitzungsprotokoll"? Mit keinem Worte deutet das Gesetz an, daß es das Sitzungsprotokoll, wie es ursprünglich lautete, meint! Sondern alles drängt gerade umgekehrt zu der Auslegung hin, daß das Sitzungsprotokoll, so wie es jetzt beschaffen ist, gemeint ist. Es stehen sich ja doch 2 Sitzungsprotokolle gegenüber, sondern eines mit ursprünglich falschem, jetzt richtigem Inhalt! Die in den revisionsgerichtlichen Urteilen stereotyp wiederkehrende Redewendung: „Ausweislich des Sitzungsprotokolls ist . . ." läßt

sich ungezwungen auf das Sitzungsprotokoll, wie es sich jetzt darstellt, zum Mindesten ebenfogut beziehen, wie auf dessen anfänglichen, jetzt von den Urkundspersonen preisgegebenen Text. Offenbar betrachtet das Reichsgericht den Berichtigungsvermerk als eine Sonderurkunde neben dem Sitzungsprotokoll; und weil § 274 StPD. keine anderen Beweismittel gegen dieses aufkommen läßt (außer dem Beweis der Fälschung), so ergibt sich ihm daraus die Unbeachtlichkeit der Berichtigung. Aber zunächst schlägt das Reichsgericht damit natürlich jede, nicht bloß die nach Anbringung der Prozeßrüge erfolgte, und nicht bloß die dem Rechtsmittelwerber ungünstige, sondern auch die ihm günstige Berichtigung, aus dem Felde, was seiner bisherigen Praxis widerspricht. Sodann gefährdet das Reichsgericht mit solcher Argumentation alle dem Sitzungsprotokoll angefügten Schriftstücke, Beilagen usw.; denn, wollte man diese als „integrierende Bestandteile des Protokolls“ retten, so wäre das natürlich der Berichtigungsvermerk erst recht. Endlich und hauptsächlich: § 274 StPD. leistet der formalen Deutung gar nicht Vor-schub, im Gegenteil: er stellt nur (Satz 2) den Inhalt des Sitzungsprotokolls gegen Gegenbeweis sicher. Zuerst muß also ermittelt werden, was denn dieser Inhalt ist, und dieser ist natürlich eben nicht mehr der ursprüngliche, wenn er berichtigt ist! Die Benutzung des Berichtigungsvermerks ist gar kein Gegenbeweis gegen den Protokoll-inhalt, sondern nur die Bestimmung des Objekts, gegen das kein Gegenbeweis statthaft ist.

Endlich will das Reichsgericht ein geradezu „zwingendes“ Argument für seine Ansicht darin finden, daß dem Rechtsmittelwerber durch das Gesetz auferlegt ist, sich über die Anbringung oder Nicht-anbringung einer Prozeßrüge und die hierfür maßgebenden Tatsachen innerhalb der ihm gesteckten Frist Klarheit zu verschaffen und schlüssig zu machen; damit würde, so meint das Reichsgericht, unvereinbar sein, daß die Urkundspersonen zeitlich unbeschränkt „einen im Protokoll beurkundeten Sachverhalt sollten ändern (sic!) können.“ Ich verstehe nicht, was die 2 Fragen miteinander zu tun haben sollen. Weshalb soll die Amtspflicht (denn um eine solche handelt es sich), eine Unrichtigkeit aus der Welt zu schaffen, um deswegen keine sein, weil den Parteien für den Gebrauch ihrer Rechte eine zeitliche Grenze gesetzt ist?!

Der Oberreichsanwalt hatte — U. 43 3 — noch ein psychologisches Moment angeführt, das darauf hinausläuft, daß das durch eine Prozeß-

rüge auf einem wirklich begangenen Prozeßverstoß ertappte Gericht bei Zulassung nachfolgender Berichtigung in die Versuchung gerate, sich — sozusagen — umzuerinnern (ohne mala fides) und nunmehr falsch zu „berichtigen“. Das kann nun gewiß vorkommen. Wer diese Gefahr darf einestheils nicht übertrieben werden, und anderenteils wird sie reichlich dadurch aufgewogen, daß das ursprüngliche Sitzungsprotokoll ein Haftprodukt ist und darum der vollen Zuberlässigkeit ebenfalls entbehrt — wieviele Versehen laufen tatsächlich dabei unter! Im allgemeinen wird, solange man nicht Mißtrauen gegen die Pflichttreue der Urkundspersonen unterstellt, der Berichtigung immerhin der Vorzug gegenüber dem zuerst Niedergeschriebenen zukommen.

Nach alledem kann dem Reichsmilitärgericht nur zugestimmt werden, wenn es sowohl für die StPD. wie auch für die MStGD. die Berichtigung ohne Zeitgrenze zuläßt, und das Reichsgericht irrt, wenn es in den Gedankengängen des Reichsmilitärgerichts eine bloße Ableitung seines Ergebnisses aus den besonderen Vorschriften der MStGD. findet. Es ist vielmehr vollkommen richtig, wenn das Reichsmilitärgericht die besonderen Vorschriften der MStGD. nur als Gründe hinstellt, die für den Bereich der MStGD. das ohnehin gesicherte Ergebnis noch besonders bekräftigen.

Leider hat das Reichsmilitärgericht die gerade in dem konkreten Falle sehr naheliegende Gelegenheit nicht benutzt, um mit einer früheren eigenen Rechtsansicht zu brechen, mit der Meinung nämlich, als sei das Revisionsgericht außerstande, v. U. v. der Unrichtigkeit des Protokolls nachzuspüren (3 288, 7 38, 148); das Gericht wiederholt nur — ohne Begründung — die Behauptung, daß es zur Entkräftung des Protokolls einer Parteianfechtung bedürfe.⁴⁷⁾ Was gegen diese Ansicht spricht, ist schon früher von mir⁴⁸⁾ und von Versand⁴⁹⁾ ausgeführt worden.⁵⁰⁾ Der vom Reichsmilitärgericht in 9 35 entschiedene Fall ist aber geeignet, die Wunderlichkeit jener Ansicht besonders zu beleuchten. Es hatte nämlich der Berichtigungsvermerk nur die Unterschrift des Verhandlungsführers und des Gerichtsschreibers

⁴⁷⁾ Ebenso weiter Bd. 10 11, 14 226.

⁴⁸⁾ 3. 24 270.

⁴⁹⁾ Gerichtssaal 69 301.

⁵⁰⁾ Vgl. auch Rissom, Arch. f. MilR. 2 458.

getragen, nicht auch die des Vorsitzenden, die nach § 331 MStGO. ebenfalls nötig gewesen wäre. Das Reichsmilitärgericht erklärt sich nun außerstande, etwa noch mit dem Vorsitzenden in Verbindung zu treten. Da der mangelhafte Berichtigungsvermerk natürlich nicht wirksam ist, wurde vielmehr das Sitzungsprotokoll als richtig angenommen, und die Sache zur nochmaligen Verhandlung an das Oberkriegsgericht zurückverwiesen. Innerlich werden die Richter nicht im mindesten daran gezweifelt haben, daß der im ursprünglichen Protokoll bezeugte, schon von Verhandlungsführer und Gerichtsschreiber bestimmt verneinte Prozeßverstoß nicht geschehen, die Revision also unbegründet war, und daß der Vorsitzende den Berichtigungsvermerk mitunterzeichnet haben würde, wenn er Gelegenheit dazu gehabt hätte. Man fragt dann wohl billigerweise: welchen Zweck soll es haben, die Befragung des Vorsitzenden künstlich zu umgehen und dem Oberkriegsgericht, das den Prozeßfehler nicht begangen hat, die ganze Arbeit der nochmaligen Verhandlung aufzuerlegen?

Aber gesetzt selbst, man wollte für den „Gegenbeweis“ gegen das Sitzungsprotokoll einen formellen Parteibeweisantritt verlangen, so würde für die Frage, ob die Urkundspersonen den Inhalt des Protokolls als richtig festhalten, ja gar nicht die Kategorie des „Gegenbeweises“, sondern die der Feststellung, welches denn eigentlich der Inhalt des Protokolls ist, platzgreifen.⁵¹⁾ Wie das Revisionsgericht da, wo schon der ursprüngliche Text des Sitzungsprotokolls undeutlich ist, unzweifelhaft die Äußerung der Urkundspersonen darüber einholen kann, was eigentlich gesagt sein solle, so ist auch da, wo durch einseitigen Berichtigungsvermerk das ursprünglich Protokollierte ins Wanken gekommen ist, zulässig, die noch nicht erneut zu Worte gekommene Urkundsperson noch zu hören. Erst nach solcher Aufklärung über den Inhalt des Protokolls könnte dann die Frage auftauchen, ob ein Gegenbeweis gegen die Richtigkeit dieses Inhalts von der Partei angetreten und geführt sei.

23. Teilung der Rechtsmittel. I.

In seiner Plenarentscheidung vom 24. Januar 1905 — 8 115, vgl. weiter 8 242, 270, 275, 10 165 ufm., hat das Reichsmilitärgericht erfreulicherweise seine frühere, von mir in Z. 24 273 angefochtene Rechtsauffassung preisgegeben, als habe bei einem auf die Straf-

⁵¹⁾ Vgl. oben S. 634.

fragebeantwortung beschränkten Rechtsmittel der Rechtsmittelrichter die Möglichkeit, die Schuldfragebeantwortung daraufhin nachzuprüfen, ob die rechtliche Subsumtion in Ordnung sei, und als habe er verneinendenfalls freizusprechen. Das Gericht spricht jetzt zutreffend aus, daß bei so geteilter Rechtsmittelleinlegung die Schuldfragebeantwortung ungeteilt in Rechtskraft erwächst. Die Einwendungen von Gerland⁵²⁾ verfangen demgegenüber nicht. Sie wurzeln letztlich lediglich in dem gefühlsmäßigen Sträuben dagegen, daß das Gericht bei Verneinung der Schuld doch soll Strafe verhängen müssen. Übersehen ist dabei, daß einmal das ganze Rechtsmittelwesen ein rechtsgeschäftliches, vertragliches Element in den Strafprozeß hineinträgt, und sodann, daß die Schuldverneinung durch den Rechtsmittelrichter in den hier interessierenden Fällen eine rein private, nicht amtliche sein könnte. Zu letzterem Punkte gibt es auch sonst Analoga: der Richter muß z. B. wegen Rückfalls nach § 244 StGB. verurteilen, wiewohl er überzeugt ist, daß die Vorurteilungen zu Unrecht ergangen sind; er muß, mit einer Tat befaßt, eine rechtskräftige Einzelstrafe wegen einer anderen Tat in eine von ihm zu verhängende Gesamtstrafe aufnehmen, auch wenn er diese andere Tat nicht als begangen ansieht usw.

Daß das Reichsmilitärgericht in der ausführlichen Begründung des Plenarbeschlusses die Schuldfragebeantwortung überhaupt als unteilbar bezeichnet⁵³⁾, ist freilich eine These, die m. E. viel zu weit geht.⁵⁴⁾ Ferner bedeutet die Rechtskraft der Schuldfragebeantwortung

⁵²⁾ Krit. Wjchr. N. F. 9 585, Gerichtsaaal 69 339.

⁵³⁾ Vgl. auch Bd. 11 18.

⁵⁴⁾ Die Schuldfragebeantwortung könnte nur dann als unteilbar gelten, wenn der *titulus condemnationis* nicht, wie es anerkanntermaßen nach geltendem Recht der Fall ist, Bestandteil der Entscheidung selber wäre, sondern nur in den begründenden Unterbau der Entscheidung gehörte. Daß er jene Rolle spielt, wurzelt in dem dahin drängenden Interesse insonderheit des Angeklagten. Und da dem so ist, so schaltet das Urteil alle anderen tituli dertart aus dem Prozeß aus, daß sie nur bei klägerischem, zuungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel noch in Frage kommen, während für das Rechtsmittel des Angeklagten härtere tituli gar nicht in Frage kommen, weil er hinsichtlich ihrer kein gravamen trägt. In weiterer Folge ergibt sich, daß der Angeklagte bei den denkbarerweise isolierbaren Bestandteilen des *titulus condemnationis* freie Hand hat, wieweit er sein Rechtsmittel erstrecken will (z. B. bloß Anfechtung der „Schwere“ des als Verurteilungstitel genannten Diebstahls; bloß Anfechtung der einen Qualifikation bei Ideal Konkurrenz). Im Zusammenhang damit sei bemerkt, daß die im RMG. 10 83, 15 127 behandelte Frage

auch nicht etwa, wie das Reichsmilitärgericht in Bd. 8 282, 15 185 annimmt, daß die tatsächlichen Feststellungen innerhalb des Syllogismus der Schuldfragebeantwortung für den Prozeßrest irgendwie bindend geworden wären. Das wäre eine „Rechtskraft der Entscheidungsgründe“. Richtig ist nur, daß an diesen tatsächlichen Feststellungen in ihrer Eigenschaft als Element im Schuld feststellungs-syllogismus nicht mehr gerüttelt werden kann, eben weil dieser letztere das Gericht nichts mehr angeht. Die tatsächlichen Unterlagen für die Strafffragebeantwortung dagegen werden durch jene Rechtskraft nicht beschränkt.⁵⁵⁾ Auch sonst bleibt ja nach einem rechtskräftigen Urteil freie Bahn für gegenteilige Tatsachensefeststellung⁵⁶⁾; es kann z. B. das Gericht den als Anstifter Angeklagten mit der Begründung freisprechen, daß sich der Haupttäter in Notwehrlage befunden und deshalb schon bei ihm keine strafbare Handlung vorgelegen habe, wiewohl der Haupttäter durch rechtskräftiges Urteil mit der gegenteiligen Feststellung verurteilt worden ist.⁵⁷⁾ Deshalb ist auch der nur mit der Strafffrage befaßte Berufsrichter nicht nur insofern frei, als „die für den rechtskräftig festgestellten Tatbestand wesentlichen Tatsachen unberührt bleiben“ — so die angeführten Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts —, sondern er könnte das volle Gegenteil der den Schuldpruch tragenden Tatsachen annehmen, — nur daß

(Vgl. dazu Rijssom, Arch. f. MilR. 3 224; Rosenfeld, Zeitschr. 4/5, S. 256, Anm. 3) demgemäß in E. überhaupt nicht auftauchen. Hat nur der Angeklagte ein Rechtsmittel hinsichtlich der Schuldfragebeantwortung eingelegt, nicht auch der Gerichtsherr, so hat das Rechtsmittelgericht mit der Frage nach schwereren tituli condemnationis gar nichts zu schaffen. Es kann gar nicht in pejus reformieren (mag das Gesetz das auch nicht noch besonders sagen), denn ihm ist die Frage gar nicht vorgelegt. Folglich entfällt alles Kopfschütteln darüber, ob es bei Verurteilung aus härterem Strafgesetz nun an der Hand der gerichtsherrlichen Anfechtung der Strafffragebeantwortung die Strafe aus diesem härteren Gesetz abzuleiten hat, oder durch das Verbot der reformatio in pejus daran gehindert ist und vielmehr das vorinstanzlich als Verurteilungstitel gehandhabte Strafgesetz zugrunde zu legen hat. Übrigens streifen die in 15 133 ff. abgedruckten Erwägungen des Obermilitäranwalts so nahe an das Richtige heran, daß es von ihnen aus nur ein Schritt zu der Erkenntnis war, daß die Schuldfragebeantwortung geteilt anfechtbar ist, und sich dabei ohne weiteres die härtere Qualifikation der Tat als ein auch ohne gesetzliche Sonderbestimmung verbotenes pejus einstellt.

⁵⁵⁾ Vgl. Bd. 11 63.

⁵⁶⁾ S. dazu RMG. 12 89, 106.

⁵⁷⁾ Von der — dem bürgerlichen Strafprozeß fremden — eigenartigen Bestimmung in MStG. § 414 II sei hier abgesehen.

er diese Gegenfeststellung lediglich innerhalb der Strafzumessung berücksichtigen und um ihrerwillen nichts von dem Schuldspruch selber abbrechen kann. Das mag unnatürlich anmuten, entspricht aber notwendig den Gedanken, daß der Anfechtende mit Beschränkung seines Rechtsmittels auf die Straffrage das Verurteiltbleiben nach seinem „Ob“ besiegelt hat, und nur noch das Aufsteigen oder Nichtaufsteigen über das Strafminimum hinaus als Prüfungsgegenstand übrig geblieben ist. Und am letzten Ende schwindet die „Unnatürlichkeit“ auch für denjenigen, der sich vergegenwärtigt, daß Tatsachenfeststellungen ja niemals ein selbstständiges Prozeßziel bilden, sondern nur als Mittel für einen jeweiligen Zweck von Bedeutung sind.

Ausführlicher habe ich die im Vorstehenden behandelten Fragen in Gold. Archiv 63 163 ff. behandelt.

(Schluß folgt.)