Vorverfahren und Hauptverfahren.

Von Professor von Kries in Kiel.

Zu denjenigen Aufgaben, welche nach moderner Anschauung dem Staat obliegen, gehört jedenfalls die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, und unter den verschiedenen sie bezweckenden Maßnahmen insbesondre, gegen den Bruch derselben, das Verbrechen, mittels seiner Strafgewalt zu reagieren, eine Repression eintreten zu lassen, weil die präventive Thätigkeit ihre Aufgabe nicht vollständig löst und der Natur der Sache nach niemals vollständig lösen kann.

Hiermit ist zunächst nur die Notwendigkeit gegeben, für diejenigen Einrichtungen Sorge zu tragen, welche der Strafvollzug erfordert. Denn „die Handhabung der Strafgewalt erfüllt sich in dem Bestrafen, also in der Vollstreckung der Strafe“¹⁾.

Die hierauf gerichtete staatliche Thätigkeit würde jedoch nicht genügen, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Mit Notwendigkeit wird durch besondere Einrichtungen für die Entdeckung der begangenen strafbaren Handlungen und die Ermittlung der Verbrecher Sorge getragen werden müssen, da Verbrechen erfahrungsgemäß größtenteils in der Verborgenheit begangen werden und ihre Thäter bestrebt sind, sich der Bestrafung zu entziehen.

Auf ganz andern Erwägungen beruht es, wenn als Voraussetzung des Strafvollzugs ein richterliches Urteil gefordert, wenn mit andern Worten die Bestrafung davon abhängig gemacht wird, daß in einem gerichtlichen Verfahren die Begehung des Verbrechens durch diese Person und die in concreto angemessene

¹⁾ John, die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich erläutert, Bd. II S. 112.

Strafe festgestellt wird. Die Gründe, welche hierzu geführt haben, sind von Laband²⁾ in folgender Weise formuliert worden.

„Damit (die Handhabung der Strafgewalt) in jedem einzelnen Falle ohne Willkür und Parteilichkeit sich vollzieht, ist ihre Ausübung an einen gesetzlich bestimmten Weg gewiesen; die Vollstreckung der Strafe soll sich nicht nach Art der Rache unmittelbar an die verbrecherische That schließen, sondern es soll ein Urteil des Gerichts dazwischen treten, durch welches die Schuld und die Strafe nach Maßgabe der objektiven Rechtsnormen und der Umstände des Falls festgestellt werden. Diese Feststellung kann nicht ersetzt werden durch Schiedsspruch oder Anerkenntnis; sie erfolgt nicht, um einen Streit zu schlichten; sie ist auch nicht bloß im Interesse des Angeeschuldigten eingeführt, sondern sie soll den Staat selbst vor dem Mißbrauch seiner Strafgewalt schützen und ihm eine Garantie gewähren, daß diese Gewalt nach den Geboten der Gerechtigkeit gehandhabt werde.“

Es darf vielleicht zunächst nochmals betont werden, daß, so dringend diese Erwägungen auch sein mögen, doch die Einführung des gerichtlichen Verfahrens keineswegs als ebenso notwendig gelten darf, wie die staatliche Strafrechtspflege überhaupt. Es ist wichtig, zu erkennen, daß die letztere auch ohne gerichtliches Verfahren möglich ist und häufig genug vorgekommen ist und noch vorkommt. Das Richten auf Leumund, die *lettres de cachet*, die russischen Verschickungen im Verwaltungswege sind naheliegende Beispiele aus früherer und jetziger Zeit. Ja es darf darauf hingewiesen werden, daß, je dringender das Bedürfnis nach strafrechtlicher Reaktion empfunden wird, desto größer die Neigung ist, das gerichtliche Verfahren wie eine lästige Fessel abzustreifen und Bestrafung ohne ein solches eintreten zu lassen. Beweis hierfür ist das Standrecht, das von einem gerichtlichen Verfahren doch nur einen kleinen Rest bewahrt hat, und die Lynchjustiz.

Wie kommt es nun aber, daß ein gerichtliches Verfahren gerade die Zwecke zu erreichen geeignet ist, auf welche es hier ankommt? daß durch dasselbe Willkür und Parteilichkeit vermieden werden? — Diese Frage ist identisch mit der andern, warum von den Organen der Strafverfolgung, d. h. denjenigen, welche für die Ent-

²⁾ Laband, das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. 3 Abt. 2 S. 27.

deckung der Verbrechen und der Verbrecher Sorge zu tragen haben, nicht die gleiche Gerechtigkeit und Unparteilichkeit erwartet werden kann, wie von den Gerichten. Denn wäre dies der Fall, so könnte ja ihre Überzeugung, in einer Person den Thäter eines Verbrechens ermittelt zu haben, für ausreichend dafür erachtet werden, daß die Bestrafung des letztern erfolgt.

Es bedarf zur Beantwortung einer etwas eingehenderen Betrachtung der richterlichen und der polizeilichen Thätigkeit.

Diesjenige Thätigkeit, von der der Richter seinen Namen führt, das Richter, besteht in der logischen Operation, bei welcher durch Subjuntion des Unterjages unter den Oberjag das Urtheil (im logischen Sinne) gefunden wird. Die Richtigkeit derjenigen Thatfachen aber, aus welchen der Unterjag besteht, ist nicht von vornherein gewiß, sondern soll gerade vom Richter erst geprüft werden. Und somit zerfällt seine Aufgabe in die zwei Theile: thatsächliche Feststellung und Subjuntion des festgestellten Sachverhältnisses unter das materielle Recht. Welchen Inhalt der Rechtsjag besitzt, ist hierbei gleichgiltig; er kann die Verurteilung eines Kontrahenten zur Vertragserfüllung oder eines Diebes zur Gefängnisstrafe, die Abweisung einer Klage angebrachtermaßen, die Verwerfung eines Rechtsmittels als unzulässig betreffen; die Operation bleibt in jedem Fall die gleiche.

Die Organe der Strafverfolgung haben zu ermitteln, ob und was für ein Verbrechen begangen worden und wer der Thäter desselben ist. Worin unterscheidet sich nun das Ermitteln vom Urtheilen?

Zunächst erscheint es fast, als ob eine Verschiedenheit zwischen denselben nicht bestände. Denn daß sich auch die richterliche Thätigkeit darauf zu beziehen hat, ob überhaupt und ob von dem Angeklagten das Verbrechen begangen ist, kann ja keinem Zweifel unterliegen. Der dem Richter obliegenden Subjuntion der Thatfachen unter das materielle Recht ist aber auch die Behörde der Strafverfolgung nicht überhoben. Denn die Frage, ob ein Verbrechen vorliegt, kann nur durch diese Subjuntion beantwortet werden. Geht also z. B. eine Denunziation ein, so ist zuerst zu erwägen, ob in den mitgetheilten Thatfachen, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, ein Verbrechen zu finden ist; nur nach vorgängiger Bejahung wird an die Thatfachenermittlung herangegangen.

Ebensowenig wird ein Unterschied in der Methode bei der

thatsächlichen Feststellung angenommen werden können. Hier wie dort kommen alle diejenigen Mittel zur Anwendung, welche der Natur der Sache nach geeignet sind, zur Aufhellung vergangener Ereignisse zu dienen, d. h. alle persönlichen und sachlichen Beweismittel, welche es überhaupt gibt³⁾. Wenn die Benutzung derselben seitens des Richters unter Beobachtung bestimmter Formen erfolgen muß, welche bei den Feststellungen der Strafverfolgungsbehörde nicht zur Verwendung kommen, so ist das schwerlich geeignet, einen prinzipiellen Unterschied zu begründen.

Dagegen besteht allerdings ein Unterschied zwischen richterlicher und polizeilicher Thätigkeit bezüglich des Objekts der Feststellungen. Die richterlichen Beweiserhebungen beziehen sich stets auf ein von vornherein feststehendes Thema, die polizeilichen nicht. Bei erstern fragt es sich, ob bestimmte Thatfachen wahr oder nicht wahr sind? Bei den letztern ganz im allgemeinen: was hat sich zugetragen? wer hat das Verbrechen begangen? während für den Richter nur in Betracht kommt: hat es der Angeklagte begangen? Die Thätigkeit von Staatsanwalt und Polizei ist in diejem Sinne eine Ermittlung ins Blaue; diejenige des Richters ist es nicht. Hieraus ergibt sich, daß die Aufgabe der Staatsanwaltschaft vielfach eine thatsächlich unlösbare ist: das Dunkel der Vergangenheit läßt sich nicht mehr aufhellen. Die Aufgabe des Richters ist immer lösbar, sie schließt niemals mit einem non liquet ab; denn wenn ausreichende Beweise dafür nicht vorliegen, daß der Angeklagte das Verbrechen begangen hat, so wird er freigesprochen.⁴⁾

³⁾ John, Kommentar, Bd. I S. 471 ff.

⁴⁾ Bekanntlich hat Heusler (die Grundlagen des Beweisrechts, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 62 S. 209 ff.) die Behauptung aufgestellt, von Beweis dürfe nur gesprochen werden, wenn jemand einem andern Gründe für die Wahrheit einer Thatfache beibringt. Der Beweis setze zwei Personen voraus, eine gebende und eine empfangende. Der Beweis werde von Person zu Person geführt, die eine beweise, die andre lasse sich beweisen. Das liege in der Wortbedeutung. „Niemand zeigt sich selber etwas, niemand weist sich selber den Weg, niemand demonstriert sich selber etwas vor.“ — Hiergegen sind von John (Kommentar I S. 466 ff.) Einwendungen erhoben worden. Zwischen Beweisantretung und Beweiserhebung sei zu unterscheiden: im gemeinen wie im heutigen Recht sei nur erstere und auch erstere nicht ausschließlich, Sache der Parteien, letztere dagegen Sache des Richters. — So sehr ich von der Richtigkeit dieser Einwendungen überzeugt bin, so glaube ich doch, daß in der Heuslerschen Behauptung ein richtiger Kern steckt; nämlich der, daß der Beweis sich auf das von einem andern auf-

Mit dieser Verschiedenheit bezüglich des Objekts der Ermittlung, insbesondere aber bezüglich der Lösbarkeit der Aufgabe hängt nun derjenige Unterschied zusammen, welcher weitaus die größte Wichtigkeit besitzt: der Unterschied in dem psychologischen Verhältnis zu dem Resultat der eignen Thätigkeit. Die Gerichte stehen demselben vollkommen unbefangen gegenüber, sie genügen ihrer Aufgabe genau in der gleichen Weise, wenn sie freisprechende, als wenn sie verurteilende Erkenntnisse abgeben. Eine Tendenz zur Beurteilung haben sie nicht. Dagegen besteht bei den Organen der Strafverfolgung allerdings die Tendenz, zu der Überzeugung zu gelangen, daß eine bestimmte Person der Thäter eines Verbrechens ist. Die tatsächliche Figuration ist ja außerordentlich häufig die, daß objektiv die Begehung eines Verbrechens feststeht, die Aufgabe somit darin besteht, den Thäter zu ermitteln. Je schneller, je sicherer die Behörde dieselbe löst, desto besser erfüllt sie ihre Pflicht. Gelingt ihr die Ermittlung in einem einzelnen Fall nicht, so kann dies zwar in den objektiven Verhältnissen, es kann aber auch ebenfogut in der Ungeschicklichkeit dieses Beamten liegen. — Die Urteile der Gerichte können falsch sein, d. h. ihre tatsächlichen Feststellungen stimmen mit der Wahrheit nicht überein. Ob dies aber der Fall ist, läßt sich daraus, ob sie verurteilen oder freisprechen, nicht entnehmen. Daß für die Ermittlung der Staatsanwaltschaft gleiches gilt, versteht sich von selbst. Die Hauptgefahr besteht hier indessen nicht darin, daß etwas Falsches, sondern darin, daß gar nichts ermittelt wird. Die schwierigen Fälle sind nicht die, welche falsche Anhaltspunkte, sondern diejenigen, welche gar keine bieten.

Das unmittelbare Empfinden jedes Menschen läßt ihn bei dem Kampf des Staates mit dem Verbrechen mit dem ersten sym-

gestellte Thema beziehen muß. Vielsach wird sich dann mit der Behauptung auch die Anführung von Beweismitteln verbinden, und man kann Heusler einräumen, daß dies der klassische Fall der Beweisführung ist. Wo es aber an dem Thema der Beweisführung fehlt, m. a. W. wo eine „Untersuchung ins Blaue“ stattfindet, sprach und spricht man wohl nicht von beweisen, sondern von ermitteln, bez. von Informationen. So in dem gemeinen Strafprozeß während der Generalinquisition. Der Sprachgebrauch ist kein ganz fester, wie die Grenze zwischen beiden Fällen keine scharfe ist. — Die gleiche Unterscheidung hat übrigens schon Heinze gemacht; im Archiv für Strafrecht, Bd. 24 (1876) S. 279—80 führt er aus, daß da, wo im Strafprozeß das Offizialprinzip herrsche, nicht von Beweis, sondern von Ergründung zu sprechen sei.

pathisieren, erweckt in ihm den Wunsch, daß möglichst selten ein Verbrechen ungepöhnt bleiben möchte. Allein diese natürliche Parteinahme wird bei der Aburteilung kompensiert durch die Vorstellung, daß die Bestrafung eines Unschuldigen noch ein sehr viel größeres Übel involviert als die Freisprechung und die damit gegebene Straßlosigkeit eines Schuldigen. Ein derartiges pro und contra ist bei der Strafverfolgung nicht vorhanden. Der Wunsch, gegen keinen Unschuldigen vorzugehen, ist im wesentlichen nur identisch mit dem andern, über der Verfolgung einer falschen Fährte nicht die richtige zu verlieren. Wo diese Gefahr aber ausgeschlossen ist, wenn z. B. nur in Frage steht, ob die von einer Person begangene Handlung strafbar ist oder nicht, bleibt als Gegengewicht gegen die Parteinahme contra nur die ziemlich entfernte und wenig bringende Vorstellung übrig, daß dem Staat nicht durch Inszenierung eines überflüssigen Prozesses unnütze Kosten aufgebürdet werden. Daß sich der Verdacht, ein Verbrechen begangen zu haben, auch einmal gegen einen Unschuldigen richtet, wird unvermeidlich sein. Die Erwägung, daß dann die Untersuchung schon seine Unschuld herausstellen werde, wird vollkommen ausreichen, um auch in zweifelhaften Fällen ein Vorgehen gegen ihn gerechtfertigt erscheinen zu lassen⁵⁾.

Schon das Sprichwort sagt: was man wünscht, glaubt man gern. Die Richtigkeit der psychologischen Thatsache, welche hierin ausgesprochen wird, wird sich nicht in Abrede stellen lassen. Dann ist es aber auch als unvermeidlich anzuerkennen, daß die Beantwortung der Frage, ob X. ein Verbrechen begangen habe, durch den Wunsch, zur Bejahung derselben zu gelangen, beeinflusst wird. Denn dieser Wunsch entspringt ohne weiteres aus dem andern, auch in diesem Fall seine Pflicht erfüllt zu haben.

Auf dieser Vorstellung beruht es, wenn die Überzeugung der Strafverfolgungsbehörde, in einer Person den Thäter eines Verbrechens ermittelt zu haben, nicht für ausreichend erachtet wird, um auf Grund derselben die Strafvollstreckung vorzunehmen, sondern wenn dafür die Überzeugung des psychologisch nicht präoccupierten Richters gefordert wird.

⁵⁾ Hier ist selbstverständlich nicht an die mit der Strafverfolgung nicht von selbst gegebenen Übel, wie insbesondrer Verhaftung usw. zu denken. Daß bei der Verhängung derselben besondrer Erwägungen platzgreifen, ist an fräterer Stelle auszuführen.

Ich glaube auf diesen Punkt einiges Gewicht legen zu sollen.

Es wird häufig von dem Vertrauen gesprochen, welches man in die Unparteilichkeit der Gerichte setzen könne, während Staatsanwalt und Polizei gegenüber ein gewisses Mißtrauen gerechtfertigt sei. Von anderer Seite wird das letztere dann wohl als unbegründet bezeichnet. Gegenüber den oben mitgetheilten Bemerkungen Labands hebt John⁶⁾ hervor, daß wenn und solange der Staat die Strafgewalt ohne Intervention der Gerichte handhabe, keineswegs vorauszusetzen sei, daß er dies in mißbräuchlicher Weise thun werde.

„Daß die Strafgewalt mißbräuchlich gehandhabt worden ist, das wird und das kann niemand in Abrede stellen, der die Rechtspflege selbst noch innerhalb der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts sich vergegenwärtigt. Und an Versuchen, vielleicht selbst an nicht erfolglosen Versuchen, die Strafgewalt zu politischen Zwecken zu verwenden, mag es selbst in späterer Zeit nicht gefehlt haben. Derartige historische Vorgänge erklären es, rechtfertigen es aber nicht, daß dem Organ der Strafgewalt, dem Staatsanwalt, mit einem gewissen Mißtrauen begegnet wird. Die Wissenschaft hat, wie ich glaube, die Verpflichtung, darauf hinzuweisen, daß derartige Zustände nicht die natürlichen, sondern daß es durchaus krankhafte sind . . . Normale Zustände sind nur dann vorhanden, wenn die Justizverwaltung gerade so bemüht ist, das Recht seinem wahren Inhalt gemäß zu handhaben, wie solches die Gerichte nur immer vermögen.“

Allein es handelt sich nicht — oder wenigstens in erster Linie nicht — darum, daß man einen bewußt rechtswidrigen Gebrauch der Strafgewalt seitens der Staatsanwaltschaft befürchtet — dagegen wendet sich John mit vollem Recht; sondern darum, ob mit der Aufgabe der Strafverfolgung eine unparteiische Auffassung überhaupt vereinbar sei. Dies letztere muß ich eben bestreiten. Die berufsmäßige Verpflichtung, für die Ermittlung und Überführung der Verbrecher Sorge zu tragen, macht es unmöglich, die zu ihren Gunsten sprechenden Momente ebenso zu berücksichtigen, wie die sie belastenden.

Von der Richtigkeit des Gesagten kann man sich auf folgende Weise überzeugen. Die Gesetzgebung verschiedener Staaten läßt

⁶⁾ Kommentar, Bd. II S. 110.

bekanntlich die Staatsanwälte aus den Reihen der Richter hervorgehen und wieder in dieselbe zurücktreten, wenn ihre Verwendung ein Ende nimmt. Es ist hier also etwas durchaus Gewöhnliches, daß heute Staatsanwalt ist, wer gestern noch Richter war und umgekehrt. Das Vertrauen, welches man in das Individuum als solches setzt, kann sich nun aber doch unmöglich von heute zu morgen ändern. Würde man sich aber für berechtigt halten, von demjenigen ein unparteiisches richterliches Urteil zu erwarten, welcher in derselben Sache als Staatsanwalt funktioniert hat? Doch gewiß nicht!

Deswegen halte ich es auch für unrichtig, die ganze Sache mit den Garantien der Unabhängigkeit in Verbindung zu bringen, welche die Richter der Regierung gegenüber genießen, während die Staatsanwälte den dienstlichen Anweisungen ihrer Vorgesetzten zu gehorchen haben.

„Man verlangt doch deshalb einen Richterpruch zur Verurteilung des Angeklagten, weil ein von der Justizverwaltung unabhängiges Organe über Schuld oder Nichtschuld entscheiden soll.“¹⁾

Der ausschlaggebende Grund ist das ganz und gar nicht. Die Abhängigkeit kann doch nur dann zur Parteilichkeit führen, wenn sie gemißbraucht wird. Wenn dies niemals geschähe (und niemals geschehen wäre), so könnte man der Unabhängigkeit entbehren. Auf den Richterpruch könnte man aber deswegen durchaus nicht verzichten; denn nur vom Richter, nicht von den Organen der Strafverfolgung kann Unparteilichkeit erwartet werden. —

Außer der Verhängung der Strafe kommt im Strafverfahren die Anwendung gewisser Zwangsmittel in Betracht. Von dem Gesetz sind die Voraussetzungen, unter welchen dieselbe zulässig sein soll, genau angegeben, weil jene Mittel einen höchst empfindlichen Eingriff in die persönlichen Berechtigungen enthalten. Auch hier kommt in Frage, wer in einem einzelnen Fall darüber zu entscheiden hat, ob die Voraussetzungen gegeben sind, der Richter oder die Strafverfolgungsbehörden? Entscheidet sich das Gesetz für ersteres, so wird dabei von der richtigen Vorstellung ausgegangen, daß eine unbefangene und unparteiliche Prüfung (die hier nicht minder als bei der Verhängung der Strafe Bedürfnis ist) nur vom Richter, nicht von Staatsanwalt und Polizei erwartet werden kann. Denn jene

¹⁾ John, Kommentar, Bd. II S. 201.

Zwangsmittel dienen dazu, die Nachforschungen der Strafverfolgungsbehörde zu erleichtern, resp. die Gewinnung eines richtigen Resultats erst zu ermöglichen. Daraus folgt, daß die Personen, welchen jene Nachforschungen obliegen, stets geneigt sein werden, das Vorhandensein jener Voraussetzungen zu bejahen, und daß der Wunsch der Vater des Gedankens wird. Je eifriger sie auf Erfüllung ihrer Pflicht bedacht sind, desto präoccupierter sind sie.

So erklärt es sich, daß für die Verhängung der Strafen, wie für die Anwendung der Zwangsmittel ein Richterpruch gefordert wird, weil nur dann vorausgesetzt werden kann, daß in jedem einzelnen Fall ohne Willkür und Parteilichkeit verfahren werde.

Nun dürfte es aber wohl evident sein, daß der durch die gerichtliche Aburteilung zu erreichende Zweck notwendigerweise völlig verfehlt werden muß, wenn Strafverfolgung und Aburteilung denselben Personen übertragen wird; wenn also der Richter für die Entdeckung der Verbrechen Sorge tragen oder die mit letzterm beauftragten Beamten zugleich richten sollen. Denn die für den Richter notwendige Unbefangenheit und Unparteilichkeit würde ihm dadurch ja gerade geraubt werden. Dies erscheint so klar, daß jede Beweisführung dafür überflüssig sein dürfte.

Es begründet keinen wesentlichen Unterschied, wenn Entdeckung und Aburteilung zwar verschiedenen Personen, aber Mitgliedern derselben Behörde übertragen ist. Je weniger scharf, je weniger dauernd die Trennung der Geschäfte durchgeführt ist, desto unvermeidlicher wird der spezifische Unterschied der beiden Thätigkeiten für das Bewußtsein des Beamten verschwinden und die psychologische Grundstimmung sich einstellen, welche der Verbrechensverfolgung charakteristisch ist. Auch für das Publikum ist die Behörde ein Ganzes, welches in toto verantwortlich erscheint, wenn Verbrechen unentdeckt und ungezügelt bleiben. Diese ihr widerwärtige Beurteilung wird aber wiederum des Einflusses auf die Behörde selbst nicht entbehren.

Gleichwohl ist die Erkenntnis, daß eine derartige Vereinigung von Strafverfolgung und Aburteilung in einer Person resp. einer Behörde unzulässig ist, keineswegs seit langer Zeit vorhanden oder auch nur im gegenwärtigen Moment eine allgemeine; und noch weniger sind die sich daraus ergebenden praktischen Konsequenzen gezogen worden.

Durch die folgende Betrachtung möchte ich darauf aufmerksam machen, daß in der Vereinigung der Funktionen der Strafver-

folgung und Aburtheilung die Gebrechen des gemeinen Prozeßes, in der ungenügenden Trennung diejenigen des gegenwärtigen Verfahrens ihren Grund haben. Für den gemeinen Prozeß werden einige aphoristische Bemerkungen genügen, für den gegenwärtigen sind eingehendere Betrachtungen erforderlich.

Als von der P. G. O. die Verfolgung der Verbrechen von Amts wegen sanktioniert wurde, war die Situation insofern eine ungünstige, als es mehr oder weniger an einer Staatsgewalt fehlte, welche für eine energische Polizei Sorge getragen hätte. Der Gesetzgeber konnte nun bekanntlich nicht einmal darauf rechnen, daß überall richterliche Beamte von brauchbarer Qualität vorhanden sein würden, viel weniger darauf, daß außer denselben noch besondere Beamte existieren würden, denen die Verfolgung der strafbaren Handlungen übertragen werden könne. Wohl oder übel mußte daher der Richter auch mit der andren Aufgabe betraut werden, für die Verbrechenverfolgung Sorge zu tragen.

Es ist nun aber doch bemerkenswert, daß der Gesetzgeber gegen die Gefahren, welche aus dieser Kombination entspringen, keineswegs blind, vielmehr bestrebt war, diejenigen Kautelen für eine unparteiische Rechtspredung zu beschaffen, welche nach Lage der Sache möglich waren.

Eine derselben bestand in der Aktenversendung, insofern auf dieselbe auch seitens des Beschuldigten angetragen werden konnte. Es ist einseitig, wenn man die Einführung dieses Instituts nur damit erklärt, daß der der fremden Rechte vielfach unkundige Richter dieser Belehrung oft bedürfen werde. Diesem Gedanken wäre ausreichend Rechnung getragen, wenn es seiner Entschließung überlassen wäre, in den ihm zweifelhaften Fällen Rats zu suchen. Und hierbei würde sich nicht erklären, daß in Art. 219 jene bemerkenswerte Verschiedenheit mit Bezug auf diejenige Behörde statuiert wird, bei welcher Rats gesucht werden soll, je nachdem auf eyns peinlichen anklegers begern die gerichtsübung fürgenommen wer, oder ob die oberkeyt ex officio vnd von amptswegen wider eynen misshendlern mit peinlicher anklag oder handlung volnfüre. Nur die Oberhöfe dürfen in jedem Fall angegangen werden; wo es aber an Oberhöfen fehlt, sollen die Richter im erstern Fall bei jrer oberkeyt, die das selbig peinlich ge-

richt fürnemlich vnd on alle mittel (d. h. unmittelbar) zu bannen vnd zu hegen macht hat, raths suchen, im letztern Fall nicht. Darin kommt doch zum Ausdruck, daß, wo die Verwaltung die Strafverfolgung selbst veranlaßt, sie nicht das Urtheil selbst sprechen darf, auch nicht durch andre Organe.

Aus der Entwicklung des gemeinen Strafprozesses interessiert hier die Unterscheidung von General- und Spezialinquisition. Es ist bekannt, daß diese schon bei den Italienern sich findende Unterscheidung von Carpzov übernommen und daß sie stets für sehr wichtig gehalten wurde. Gleichwohl wurde sie ziemlich bald unsicher und von den im Anfang dieses Jahrhunderts erlassenen Gesetzen ist sie ganz aufgegeben worden.

Zweck der Generalinquisition sollte sein, zu ermitteln, ob überhaupt ein Verbrechen begangen war, und so viel Verdachtsmomente zu sammeln, um gegen eine bestimmte Person die Spezialinquisition zu eröffnen. Darüber, ob dies zu geschehn habe, entschied ein Zwischenurtheil, weil mit der Eröffnung der Spezialinquisition die Raptur über den Beschuldigten verhängt und derselbe sonstigen Nachtheilen unterworfen wurde. Die Spezialinquisition selbst hatte dann das Material zu liefern, auf welches hin das Urtheil gesprochen wurde.

Bei einer vollständigen Trennung von General- und Spezialinquisition hätte nun der gemeine Prozeß diejenige Vollkommenheit erreichen können, welche zu erreichen bei seinen sonstigen Gebrechen, insbesondere also der Schriftlichkeit, Heimlichkeit, gesetzlichen Beweis-theorie und dieser oder jener Art der Folter für ihn möglich war. Statt dessen wurde aber die Führung beider demselben Richter übertragen. Damit waren die oben hervorgehobenen Unzuträglichkeiten sämtlich gegeben. Mit Nothwendigkeit stellte sich nun das Resultat ein, daß der Richter, welcher in der Generalinquisition den Schuldigen ermittelt zu haben glaubte, in der Spezialinquisition mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln darauf hinarbeitete, den Beweis für die Schuld des Inquisiten zu erbringen. Wenn ihm hierbei die Entscheidung über die Zwangsmittel überlassen war, so mußte es dazu kommen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Verwendung nicht strikte beobachtet wurden, wie dies früher bei der Tortur, später bei den Lügenstrafen der Fall war. Insbesondere aber missteten sich unter dem Schutze der Heimlichkeit alle die Ausschreitungen und Bedrückungen ein, über welche so laute Klage geführt wurde. Wenn die Urteilsfällung auf die Univer-

täten oder die Gerichtskollegien der oberen Instanz übergang, so war, selbst wenn diese auf die Aburteilung beschränkt waren und insofern volle Unparteilichkeit besaßen, damit aus dem Grunde nicht viel gewonnen, weil das Material, auf welches sie ihr Urteil gründeten, ihnen von dem Beamten geliefert wurde, welchem die Strafverfolgung oblag. Es ist ganz ungenügend, wenn man in moderner Terminologie dieses Verhältnis als Schriftlichkeit oder Mittelbarkeit bezeichnet. Denn dabei kommt nicht zum Ausdruck, daß die Zusammenreibung der Akten gerade durch denjenigen erfolgt, welchem die Ermittlung des Verbrechens obliegt.

Eine weitere Folge dieser Personalunion bestand nun gerade darin, daß der Unterschied zwischen General- und Spezialinquisition verloren geht. In den Darstellungen⁸⁾ wird dies darauf zurückgeführt, daß man angefangen habe, einzelne zu der letztern gehörige Akte zu der erstern zu rechnen, so insbesondere die summarische Vernehmung des Beschuldigten. Dies ist ja zweifellos richtig, aber nur unter der — regelmäßig nicht hervorgehobenen — Voraussetzung verständlich, daß beide Abschnitte in einer Hand vereinigt sind.

Das Ende der Entwicklung besteht darin, daß eine kontinuierliche Untersuchung vom ersten Anbeginn bis zur Urteilsfällung geführt wird, von einer Person, die zwar Richter heißt, aber in Wahrheit lediglich die Strafverfolgung betreibt, welche daher auch jedem neu auftauchenden Verdacht wegen anderer Thaten nachgehen und somit das ganze frühere Leben des Inquiriten zum Gegenstand der Erörterung machen kann.

Daß die Urteilsfällung in jedem Falle auf unzuverlässiges, weil tendenziös entstelltes Material erfolgte, ist bereits oben bemerkt worden. Im übrigen ist nicht einmal der Grundsatz ausnahmslos festgehalten worden, daß das Urteil von einer andern Person abgegeben werden müsse als derjenigen, welche die Untersuchung geführt hat⁹⁾. In erheblichem Umfange geschah dies seitens desselben Gerichtskollegiums, welchem der Inquirent angehörte.

⁸⁾ Vgl. Wiener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses S. 182 bis 192.

⁹⁾ Preussische Kriminalordnung § 471. „Das Erkenntnis muß von einem andern Mitglied des Kollegii als dem, welches die Untersuchung geführt hat, abgefaßt werden. Bei solchen Gerichten, welche nur aus einer Gerichtsperson bestehen, findet, wie sich von selbst versteht (!), eine Ausnahme von dieser Regel statt.“

Aber auch die erkennenden Gerichte werden zu Organen der Strafverfolgung. In zweifelhaften Fällen hat sich der Inquirent mit der Anfrage, wie er sich zu verhalten habe, an sie zu wenden, und sie übernehmen überhaupt die Aufsicht und Leitung über die Führung der Untersuchungen.

Diese ihre veränderte Stellung kommt in dem Institut der Losprechung von der Instanz deutlich zum Ausdruck. Nach der preußischen Kriminalordnung¹⁰⁾ sollte dieselbe erfolgen, wenn

der eigentliche Hergang der Sache gar nicht hat aufgeklärt werden können.

Eine derartige Vorschrift erklärt sich nur, wenn es als die Aufgabe des Gerichts angesehen wird, diese Aufklärung herbeizuführen. Sie zeigt somit, daß sich der Gesetzgeber über die dem Gericht obliegende Aufgabe vollkommen im Irrtum befindet. Denn bei der Aburteilung steht Verurteilung und Freisprechung als Alternative einander gegenüber, jedes dritte als unlogisch ausschließend. Sobald dagegen die Gerichte zu Organen der Strafverfolgung werden, stellt sich die Losprechung von der Instanz mit Notwendigkeit ein¹¹⁾. Denn thatsächlich tritt sehr oft die Situation ein, daß es zur Zeit noch nicht gelungen ist, die zur Verurteilung erforderlichen Beweise herbeizuschaffen. In dieser provisorischen Bedeutung liegt aber gerade die Eigentümlichkeit dieser Losprechung.

Die herrschende Meinung bringt das Institut lediglich mit der gesetzlichen Beweis-theorie und der Aufhebung der Folter in Zusammenhang. Ich kann dies nicht, oder wenigstens nur in sehr beschränkter Weise für richtig halten. Die P. G. O. sanktioniert zwar erstere und bekanntlich sehr eindringlich, zieht daraus aber durchaus nicht jene Konsequenz. Und wenn sie auf bestimmte Indizien hin die Folter gestattete, so fragte sich gerade, was zu geschehen hat, wenn auf die Tortur hin nicht gestanden wird, oder wenn die diese rechtfertigenden Indizien nicht vorhanden waren (wohl aber andre). In dem einen, wie in dem andren Fall läßt die P. G. O. Freisprechung eintreten, obwohl hier zu einer bloß vorläufigen Entbindung von der Instanz sehr wohl Anlaß war.

Die Beseitigung der Tortur brachte, wenn sich zunächst der

¹⁰⁾ Art. 409.

¹¹⁾ Dies wird mit bemerkenswerter Klarheit von Heinze auseinandergelegt; vergl. Archiv für Strafrecht, Bd. 24 (1876) S. 265 ff., insbes. S. 284 und 304.

Gesetzgeber hierauf beschränkte, eine Verlegenheit für den Richter insofern mit sich, als die Frage unbeantwortet blieb, was nunmehr beim Vorliegen solcher Indizien zu geschehn habe, welche bisher zur Tortur geführt hatten. Für den Gesetzgeber selbst aber war die Situation prinzipiell unverändert: früher waren die zur Tortur, jetzt die zur definitiven Verurteilung hinreichenden Indizien anzugeben. Die Schwierigkeit war dabei genau die gleiche, nämlich eine erschöpfende und richtige Klassifizierung, und ebenso bestand in dem einen, wie in dem andren Fall die Gefahr, daß eine Verurteilung lediglich deshalb unterbleiben mußte, weil den einmal aufgestellten formellen Erfordernissen des Gesetzes im Einzelfall nicht genügt werden konnte.

Wenn man die gesetzliche Beweis-theorie als den Mittelpunkt betrachtet, von welchem alle Übelstände des gemeinrechtlichen Prozesses ausstrahlten¹²⁾, so ist es ganz unbegreiflich, daß nicht öfter der Vorschlag gemacht worden ist, einfach die gesetzliche Beweis-theorie (und mit ihr die außerordentliche Strafe und Entbindung von der Instanz) zu streichen, sie durch die Theorie der freien Überzeugung zu ersetzen, im übrigen aber den Prozeß zu lassen, wie er war. Wie kommt es, daß dieser Gedanke „kaum hie und da aufgetaucht“ ist, daß dagegen die Notwendigkeit allgemein empfunden wurde, „neue Elemente heranzuziehen und dem Beschuldigten, wie dem Staat neue Garantien zu bieten, die aus dem Inventar des gemeinen Prozesses nicht zu beschaffen waren“? Die Antwort darauf lautet m. E.: weil niemand in die Unparteilichkeit der Gerichte Vertrauen haben konnte: weil diese Unparteilichkeit thatsächlich fehlte und fehlen mußte, da ihnen Aufgaben übertragen waren, welche dieselbe notwendig beeinträchtigten. Solange dieses Verhältnis andauerte, wäre freilich eine weitere Steigerung der richterlichen Machtbefugnisse kein Heilmittel gewesen, sondern hätte die Krankheit akuter gemacht.

Die erste und wichtigste Reform, die vorgenommen werden mußte, bestand also darin, daß man den Gerichten ihre Unparteilichkeit zurückgab, m. a. W. daß man ihnen die Funktionen der Strafverfolgung abnahm. Nichts andres war es, was unter der Bezeichnung „Einführung des Anklageprozesses“ allseitig gefordert wurde.

¹²⁾ Glaser, Handbuch des Strafprozesses I S. 128.

Der Gebrauch derartiger Schlagworte in der politischen, wie in der wissenschaftlichen Debatte ist gewiß ein mißlicher. Denn derselbe bringt die Gefahr mit sich, daß der eine darunter etwas anderes versteht als der andre, so daß die beiderseits vorgebrachten Argumente ihre Beweisraft verlieren und die Debatte unfruchtbar wird. Dieser Gefahr ist bekanntlich die wissenschaftliche Erörterung insbesondere seit 1848 durchaus erlegen, und bis heute wird darüber gestritten, was man eigentlich unter „Anklageprozeß“ zu verstehen habe. Demgegenüber muß betont werden, daß zum mindesten unter denjenigen, welche i. Z. die Einführung des Anklageprozesses forderten, im wesentlichen Übereinstimmung darin herrschte. Was sie wollten, kann dahin formuliert werden: „der Richter soll nicht ferner untersuchen, sondern auf die Aburteilung beschränkt sein“. Die Gegner der Reformen haben freilich vorher wie nachher unter Inquisitionsmaxime, sei es die Verfolgung der Verbrechen von Amts wegen, sei es das Streben nach materieller Wahrheit, sei es beides verstanden und von diesem Standpunkt aus die Beibehaltung derselben gefordert. Indessen das waren Kämpfe gegen Windmühlen, denn das Gegenteil wurde kaum von irgend jemand angestrebt¹³⁾.

Die hier behauptete Übereinstimmung in dem, was man damals unter Anklageprozeß verstand, geht vielleicht weniger deutlich aus den wissenschaftlichen Erörterungen, als aus den Ereignissen hervor, die hinterher eintraten. Unbestreitbar ist nämlich, daß die regierungsseitig gemachten Konzessionen den vorher aufgestellten Forderungen entsprechen sollten, also doch auch wohl entsprachen. Unter den Gesetzen aber, welche unmittelbar nach den politischen Ereignissen von 1848 erlassen wurden, besteht wie bekannt jene Übereinstimmung, welche es ermöglichte, daß eine „systematische Dar-

¹³⁾ Es genügt vielleicht, aus der überreichen Litteratur jener Zeit eine Stelle aus Savignys „Prinzipienfragen“ mitzuteilen. „Der Anklageprozeß unterscheidet sich . . . vom Inquisitionsprozeß nur dadurch, daß dort die Funktionen unter zwei Staatsbehörden verteilt sind, welche sich hier in einer Behörde vereinigt finden. In der Untersuchung selbst geht das Wesen des Inquisitionsprozesses (nämlich die Verbrechensverfolgung von Staats wegen) nicht verloren, der Richter wird nur in Beziehung auf den Gegenstand der Untersuchung durch die Anträge des öffentlichen Ministeriums beschränkt; er untersucht und richtet nur, was dasselbe vor seinen Richterstuhl bringt. Aber darum verfällt die Untersuchung nicht in die sog. Verhandlungsmaxime; der Richter hört nicht bloß, was man ihm von beiden Seiten vortragen will, er forscht selbstthätig, er inquiret (vergl. Goldammer Archiv, Bd. 7 (1859) S. 577 ff., insbes. S. 583).

stellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren St. P. O. seit 1848" geschrieben werden konnte. Und in der hier interessierenden Richtung kommt sie darin zum Ausdruck, daß überall die Staatsanwaltschaft eingeführt und ihr die Aufgabe übertragen wurde, die Verbrechenverfolgung zu übernehmen.

Wenn die Trennung zwischen Strafverfolgung und Aburteilung durchgeführt werden sollte, so mußte, da letztere doch den Gerichten zu verbleiben hatte, die erstere einer andren Behörde übertragen werden. Die Einführung der Staatsanwaltschaft bedeutet danach allerdings die wichtigste und tiefgreifendste prozessualische Reform, weil sie den Gerichten ihre Unparteilichkeit wieder gab¹⁴⁾.

Weshalb man bei der Trennung der Funktionen nicht radikal zu Werke ging, nicht den Gerichten ausschließlich die Aburteilung (und die Entscheidung über die Zwangsmittel) übertrug, der Staatsanwalt dagegen in allen Fällen die Ermittlungen in vollem Umfange, weshalb man m. a. W. das Zwitterwesen der gerichtlichen Voruntersuchung schuf, ist an späterer Stelle zu erörtern. Hier ist zunächst von der Beurteilung zu handeln, welche die Wissenschaft der in den neuen Gesetzen beliebten Konstruktion des Hauptverfahrens zu teil werden ließ.

Für die wissenschaftlichen Erörterungen bis herab zur Gegenwart ist es m. E. verhängnisvoll gewesen, daß sie zwar außerordentlich oft sich mit dem „Wesen des Anklageprozesses“ beschäftigen, dagegen stets die Methode vernachlässigen, welche bei diesem Thema von der Natur der Sache gegeben war. Wenn man von der These ausgeht, daß bei dem Anklageprozeß das Strafverfahren die Formen

¹⁴⁾ Im Gegensatz hierzu wird von John, Kommentar II S. 162 behauptet, daß die Einführung der Staatsanwaltschaft überhaupt gar keine prozessualische, sondern nur eine staatsrechtliche Bedeutung hatte. „Sie bedeutete: die Zwecke der Strafrechtspflege sind durch die Gerichte allein nicht zu erreichen; vielmehr bedingt die öffentlichrechtliche Natur der verbrecherischen Rechtsverletzung, es bedingt die öffentlich rechtliche Natur des Strafverfahrens, daß bei letzterem auch die Justizverwaltung die ihr gebührende Stellung erlange.“ — Demgegenüber darf gefragt werden, ob der gemeinrechtliche Prozeß daran krankte, daß die Justizverwaltung einen ausreichenden Einfluß auf die Strafrechtspflege nicht besaß? ob die Reformen von der Seite gefordert wurden, welche der Justizverwaltung einen größeren Einfluß verschaffen wollte? — Richtig ist freilich, daß die Einführung der Staatsanwaltschaft den Einfluß der Justizverwaltung steigerte. Damit ist aber doch keineswegs gesagt, daß sich hierin die Bedeutung derselben erschöpft, daß sie eine prozessuale Bedeutung nicht hat.

eines Rechtsstreits befähige, so scheint es doch geboten, diejenige Materie zu eingehender Vergleichung heranzuziehen, welche die Formen eines solchen zweifellos und zwar in Jahrhunderte alter Durchbildung besaß: des Zivilprozeßrechts. Dies ist aber unterblieben.¹⁵⁾ Hätte man es gethan, so wären so phantastische Behauptungen darüber, was dem Anklageprozeß entspricht, ganz unmöglich gewesen und man wäre sicherlich nicht zu dem Resultat gekommen, daß der geltende Strafprozeß seinem inneren Wesen nach inquisitorisch organisiert sei und nur einige äußerliche akkusatorische Beigaben besitze¹⁶⁾.

Die inquisitorische Konstruktion des Hauptverfahrens wird ins-

¹⁵⁾ Ich kann es ganz und gar nicht für richtig erachten, wenn Heintze schon 1876 äußerte (im Gerichtssaal, Bd. 28 S. 578): „Den letzten Jahrzehnten unserer strafprozessualen Litteratur gehören die Versuche an, das Prinzip der Strafverfolgung im wesentlichen zurückzuführen auf zivilprozessuale Gedanken und Formen (Deutsche Vierteljahrsschrift 1859 Heft III S. 71 ff.) und sogar den gesamten Strafprozeß aufzubauen aus zivilprozessualen Materialien, ein Versuch übrigens unternommen in dem geistreichsten und abgerundetsten System, in welchem jemals der Strafprozeß dargestellt worden ist (J. W. Pland, Systematische Darstellung ujm.).“ — Nach meiner Auffassung ist sehr zum Schaden der Sache diese Arbeit leider bis zum gegenwärtigen Tage unterblieben. Von Pland ist freilich der Grundgedanke richtig formuliert und darin besteht sein kaum hoch genug zu veranschlagendes Verdienst. Aber von einer Ausarbeitung im einzelnen ist bis auf die neueste Zeit herab, soviel ich sehe, nirgends die Rede. Ich räume gern ein, daß die Verschiedenheit des auf der Schriftlichkeit beruhenden gemeinen Zivilprozeßes und des mündlichen Strafprozeßes hindernd im Wege stand; aber Begriffe wie Prozeßfähigkeit, Rechtshängigkeit, Prozeßvoraussetzung, Glaubhaftmachung und viele andre haben schließlich mit Mündlichkeit und Schriftlichkeit nichts zu thun. Indessen ist es gleichgiltig, zu erörtern, was hätte geschehen können; es ist nur zu konstatieren, was geschehen ist. In dieser Beziehung aber scheint mir, daß die Fruktifizierung der zivilprozessualen Begriffe für den Strafprozeß erst in der neuesten Zeit begonnen hat; vor allem im ersten Bande von Sohns Kommentar.

¹⁶⁾ Verderblich war ferner die ewige Heranziehung der ausländischen, insbes. des englischen Verfahrens. Die ganz unerleuchtete Schwärmerei für jenes vermeintliche Land der Freiheit, welche früher die Politiker erfüllte, hatte sich auch der Juristen bemächtigt. Es ist infolgedessen eine ganz ungeheure Fülle von Fleiß und Gelehrsamkeit an ein völlig unwürdiges Objekt verschwendet, eine Strafjustiz, welche auf Verfolgung von Staats wegen und materielle Wahrheit verzichtet, die überhaupt von Ungeheuerlichkeiten strotzt und ihren Landsleuten nur deshalb erträglich ist, weil sie eben alles ertragen, was Jahrhunderte langen Bestand hat, deren Dünkel es aber ganz begreiflich findet, wenn andre Nationen, die in Wahrheit viel weiter vorgeschritten sind, zu ihren Institutionen voll Bewunderung emporsehen.

besondrer in der Stellung gefunden, welche das Gericht bei der Beweisaufnahme einnimmt; sodann in der Befugnis desselben, bei der Urteilsfällung von der Anklage abzuweichen.

Über den ersten Punkt äußert Planck sich folgendermaßen¹⁷⁾: „Mit der Beweisaufnahme beginnt die eigentliche Untersuchung: die Grenzen derselben sind durch die bisherigen Schritte festgestellt, man kennt den Gegenstand, man kennt die Mittel der Untersuchung. — Die Beweisaufnahme geschieht von Amts wegen durch das Gericht. Der Charakter des Verfahrens ist rein inquisitorisch, womit sich eine Unterstützung durch die gegenwärtigen Parteien sehr wohl verträgt. Das handelnde und sprechende Organ des Gerichts ist der Vorsitzende, in dessen Thätigkeit und Befugnissen daher jener Charakter sich abspiegelt . . . Der Vorsitzende also bestimmt: 1. Die Reihenfolge der aufzunehmenden Beweise. Er ist nicht an irgend welche Berücksichtigung von Klaggrund, Einreden, Replik, Haupt- und Gegenbeweis gebunden. Die Wirkung dieser Begriffe auf den Prozeßgang ist dem Untersuchungsprinzip unbekannt; denn sie ruhen auf der Anerkennung der Dispositionsbefugnisse eines Prozeßsubjekts. Den Vorsitzenden leitet nur die Absicht, der Wahrheit auf den Grund zu kommen und der beste Weg dazu ist rein seinem Ermessen anheingestellt . . . 2. Der Vorsitzende führt allein das Wort. Er verhört den Angeklagten, Zeugen und Sachverständige . . . 3. Selbst die für das Material der Untersuchung gesteckten Grenzen kann das Gericht und namens desselben der Vorsitzende in gewisser Weise überschreiten. a) Über die Grenze der in der Anklage aufgestellten tatsächlichen Behauptungen kann das Gericht hinausgehen . . . b) Rücksichtlich der Beweismittel ist das Gericht bez. der Vorsitzende sogar noch freier gestellt. Es kann die im Lauf der Untersuchung neu hervortretenden Beweismittel sofort zur Benutzung heranziehen . . . Dies dem Untersuchungsprozeß angehörige Recht des Gerichts ist und bleibt eine Verletzung des Parteiinteresses, da es die Möglichkeit eines vorbereiteten Angriffs auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen ausschließt. 4. Die Aufnahme von vorgeschlagenen Beweisen endlich, von deren Unerschlichkeit das Gericht überzeugt ist, kann es verweigern . . .“

¹⁷⁾ Systematische Darstellung S. 353 ff.

In welchem Maß hier — nicht minder übrigens bei den prinzipiellen Erörterungen S. 146 ff. — Anklageprozeß mit Verhandlungsmaxime identifiziert wird, mag dahingestellt bleiben. Bedeutsam ist aber, daß hier aus Dingen auf die inquisitorische Natur des Prozesses geschlossen wird, welche sehr wohl mit der Verhandlung eines — der Parteidisposition unterstehenden — Zivilprozesses vereinbar sind.

Wenn schon damals eine Vergleichung mit dem französischen oder hannoverschen Zivilprozeß dies vielleicht hätte zeigen können, so ergeben es für die Gegenwart die Bestimmungen der Z. P. O. mit völliger Evidenz.

Um so auffallender ist es, daß auch heute noch die herrschende Meinung — von geringfügigen Modifikationen abgesehen — durchaus auf demselben Standpunkt steht; man vergl. Fuchs in v. Holken-
dorffs Handbuch II. S. 70 ff., Geyer, Lehrbuch S. 4 ff., Glaser, Handbuch I. S. 27, John, Kommentar II. S. 159.

Nach der Z. P. O. hat der Vorsitzende die Leitung der Verhandlung; er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung findet (§ 127); er hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatfachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden (§ 130); das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen (§ 132); in Ehesachen kann das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen, um sie über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalt behaupteten Thatfachen zu vernehmen (§ 579); das Gericht kann von Amts wegen die Einnahme eines Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen (§ 135), kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege (§ 133). In der Reihenfolge der aufzunehmenden Beweise hat das Gericht vollständig freie Hand und ist an die Berücksichtigung von Klagegründen, Einreden, Replikten nicht gebunden. Der formelle Gegensatz von Haupt- und Gegenbeweis existiert nicht mehr. Für das amtsgerichtliche Verfahren hat das Gericht sogar dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatfachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen (§ 164).

Wird nun demgemäß die Thätigkeit des Richters im Zivilprozeß nicht auch dahin charakterisiert werden können, daß man sagt, der Richter untersucht? ob also z. B. A vom B aus dem zwischen ihnen bestehenden Mietsvertrage noch 250 M. zu fordern habe, oder ob dieselben schon bezahlt sind? Diese Formulierung kann zweifellos mit demselben Recht gewählt werden, wie wenn man sagt: der Richter untersucht, ob der Angeklagte X am so und so vielen an dem und dem Ort dem Y dessen goldne Uhr in der Absicht weggenommen habe, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen. Folgt daraus nun, daß der heutige Zivilprozeß inquisitorisch organisiert ist? — Es ergibt sich daraus nur, daß der Ausdruck: „der Richter untersucht“ mehrdeutig resp. nichtsagend ist; daß von entscheidender Bedeutung gerade ist, was er untersucht, ob bestimmte Thatfachen oder ganz allgemein, was sich überhaupt zugetragen hat. In dem Rechtsstreit, mag derselbe im übrigen organisiert sein, wie er will, wird der Richter zu untersuchen haben, ob die behaupteten Thatfachen wahr sind (sei es in jedem Fall, wenn es sich um unverzichtbare, sei es im Fall sie bestritten werden, wenn es sich um verzichtbare handelt); das ist eine eminent richterliche Funktion, die ihm nicht entzogen werden darf und welche seine Unparteilichkeit auch gar nicht beeinträchtigt. Der Unterschied zwischen dem gemeinrechtlichen und dem modernen Strafprozeß besteht aber gerade darin, daß in dem ersten der Richter generell zu untersuchen hatte, daß er dabei, wie oben dargelegt, seine Unparteilichkeit einbüßte und mit Notwendigkeit auf die Überführung des Beschuldigten hinarbeitete, während der moderne Strafprozeß hierin dem Zivilprozeß durchaus gleicht, den Richter auf die in der Anklage bezeichnete That beschränkt und ihm damit seine unparteiische Stellung wiedergibt. Seine Unparteilichkeit wird insbesondere durch die Befugnis, ex officio Beweisaufnahmen anzuordnen, in keiner Weise beeinträchtigt¹⁵⁾.

¹⁵⁾ Das Gegenteil wird freilich nicht selten behauptet, so z. B. von Heinze (im Archiv für Strafrecht, Bd. 24 (1876) S. 304 ff.): „Man muß anerkennen, es sei einige Gefahr vorhanden, daß der Richter den von ihm selbst herbeigezogenen Thatfachen und den von ihm selbst aufgegebenen Beweismitteln nicht mit gleicher Selbstständigkeit und Unbefangenheit gegenüberstehe, wie den Thatfachen und Beweismitteln, welche von einer Partei zur Geltung gebracht werden.“ Dann müßte ganz das gleiche für den Zivilprozeß in allen denjenigen Fällen gelten, wo vom Gericht ex officio Thatfachen festgestellt werden. Es ist dies aber weder hier noch im Strafprozeß der Fall, weil das Gericht dem Resultat der Erhebung gegenüber kein Interesse hat.

Der von der herrschenden Meinung gemachte Fehler zeigt sich insofern deutlich, als man durchaus keine befriedigende Antwort auf die Frage erhält, wie denn unter konsequenter Festhaltung des Anklageprinzips sich das Beweisverfahren zu gestalten habe, worin also die Verbesserungen des gegenwärtigen Zustandes zu bestehen hätten. Im Gegensatz zu Biener¹⁹⁾, dessen Auffassung auffallenderweise von Glaser²⁰⁾ pure adoptiert wird, geht die allgemeine Meinung denn doch dahin, daß der Strafprozeß nach materieller Wahrheit zu streben habe, daß also von der Einführung einer Dispositionsbefugnis des Beklagten nicht die Rede sein könne. Daraus wird aber die Befugnis des Gerichts, von Amts wegen Beweisaufnahmen anzuordnen, wohl ohne weiteres sich ergeben. Und da dem Vorsitzenden die Prozeßleitung (Bestimmung der Reihenfolge der Beweise u. dergl.) doch füglich auch nicht abgenommen werden kann, so laufen die Postulate im wesentlichen darauf heraus, daß die Beweisaufnahme den Parteien überlassen werde und daß das Verhör des Angeklagten in Wegfall komme.

Die Begeisterung für das Kreuzverhör ist neuerdings freilich stark geschwunden. Die völlige Bedeutungslosigkeit des Instituts wird schon daraus entnommen werden können, daß für den Zivilprozeß ein entsprechendes Verlangen noch nie aufgestellt ist, obgleich doch im Anwaltsprozeß sich die Einrichtung in leichtester Weise ins Werk setzen ließe. Man vergleiche ferner St. P. O. § 68: „Jeder Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm vom Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben. Zur Aufklärung und Vervollständigung der Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen.“ Da nun § 239 für jeden Fall bestimmt, daß die beisitzenden Richter, Staatsanwalt, Angeklagter, Verteidiger, Geschworne und Schöffen das Recht haben, Fragen an die Zeugen zu richten, so läuft die ganze Differenz darauf hinaus, von wem an den Zeugen die Aufforderung gerichtet wird, seine Wissenschaft mitzuteilen und in welcher Reihenfolge die verschiedenen hierzu berechtigten Personen dem Zeugen die ergänzenden Fragen vorlegen. Oder soll etwa dem Vorsitzenden das Frage-

¹⁹⁾ Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeichte II S. 36.

²⁰⁾ Handbuch des Strafprozesses I S. 21 ff.

recht nicht eingeräumt werden (vergl. Fuchs in Holtendorffs Handbuch II. S. 73)?

Was nun das „Verhör“ des Beschuldigten anlangt, so schreibt das Gesetz vor, er sei zu befragen, ob er auf die Beschuldigung etwas erwidern wolle. Er kann also durch ein einfaches „Nein“ der Vernehmung sofort ein Ende bereiten und selbstverständlich hierauf auch in jedem spätern Augenblick zurückkommen²¹⁾. Daß also seine Rechte durch das Gesetz beeinträchtigt werden, läßt sich wahrlich nicht behaupten. Andererseits ist die Aussage des Beschuldigten (nicht bloß sein Geständnis) eins der wichtigsten Beweismittel²²⁾. Es besteht oft ein dringendes Interesse daran, von vornherein zu erfahren, wie sich nach Auffassung des Angeklagten die Sache zugegetragen hat. Es entspricht dem regelmäßigen Verhältnis, daß bei der Beweisaufnahme mit seiner Befragung begonnen wird. Ich kann daher nicht einmal einräumen, daß die Vernehmung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung gegenwärtig ein *hysteron-proteron* sei. Dem Anschein nach ist sie es allerdings. Nach § 136 hat sie die Aufgabe, dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben zur Beilegung

²¹⁾ Ganz unbegreiflich ist mir die Auffassung von Kroneser (Die Reformbedürftigkeit des Vorverfahrens im Strafprozeß Z VII 395 ff., hier S. 420) Note 77). Derselbe bemängelt, daß der Beschuldigte im unklaren gelassen werde, ob er zu einer Erklärung verpflichtet ist. Die Unhaltbarkeit des gegenwärtigen Zustandes zeige sich sofort, wenn ein Beschuldigter danach frage, der Richter könne bei der jetzigen Fassung des § 136 eine angemessene Antwort darauf nicht geben. — Für mich ist es selbstverständlich, daß der Richter die Frage zu verneinen hätte; denn wo etwas rein dem Willen einer Person anheimgestellt ist (si voluerit), spricht man von keiner Verpflichtung. — Eine ganz andre Frage ist es, ob es nicht für die Überzeugung des Richters von Einfluß sein wird, wenn der Beschuldigte die Erklärung überhaupt oder bez. einzelner Punkte verweigert. Ob und in welchem Umfange das der Fall ist, hängt selbstverständlich von den Umständen des Falles ab; regelmäßig wird aber die Weigerung eine gewisse Wirkung ausüben. Gerade deshalb scheint es mir keineswegs angemessen, den Beschuldigten ausdrücklich zu belehren, daß eine Verpflichtung für ihn zur Aussage nicht bestehe. Denn das würde von der Mehrzahl dahin verstanden werden, daß die Weigerung für sie ganz unschädlich ist. — Das Verhältnis scheint mir durchaus dasselbe zu sein, wie im Zivilprozeß. Der Richter ist befugt, die Parteien zu fragen; eine formelle Verpflichtung zu antworten oder ein gesetzlich fixiertes Präjudiz für die Weigerung existiert aber nicht.

²²⁾ Vergl. darüber die vortrefflichen Bemerkungen von Heinze Gerichtsiaal, Bd. 28 (1876) S. 582 ff.

der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe und zur Geltendmachung der zu seinen Gunsten sprechenden Thatfachen. Hierzu ist nun freilich unmittelbar nach der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses kein Raum. Denn in diesem Moment liegen Verdachtsgründe, die beseitigt werden könnten, überhaupt noch nicht vor. Das war nach Verlesung der Anklageschrift, die die wesentlichen Ergebnisse der Ermittlungen des Vorverfahrens enthielt, anders. — Allein durch jene Worte soll doch nur die Tendenz, in der die Vernehmung auszuführen ist, bezeichnet, keineswegs aber eine wirkliche Beschränkung des Inhalts statuiert werden. Die Ergebnisse des Vorverfahrens zu speziellen Befragungen, Vorhaltungen u. dergl. zu benutzen, ist freilich völlig unangemessen. Denn *de iure* ist dies Material für die Hauptverhandlung nicht vorhanden. Wenn aber der Angeklagte Erklärungen abgegeben hat, weshalb soll der Inhalt derselben nicht zur Stellung weiterer Fragen benutzt werden?

Für ganz verfehlt muß ich den Vorschlag erachten, daß der Angeklagte nur befragt werden solle, ob er sich schuldig bekenne oder nicht²³⁾. Eine solche Frage hat Sinn, wo der Angeklagte ein dispositives Anerkenntnis ablegen kann. Das ist aber in Deutschland, gottlob! nicht der Fall. Da somit seine Erklärungen nur Beweismittel sind, müssen sie sich auf Thatfachen beziehen, und zwar auf einzelne, nicht auf einen ganzen Komplex von solchen und noch weniger auf die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Demgemäß sind also auch die Fragen zu formulieren. Unrichtig ist ferner die Meinung, daß es für den Umfang der Befragung wesentlich darauf ankomme, ob der Angeklagte sich zunächst schuldig oder nicht schuldig erklärt habe, weil im letztern Fall weitere Fragen an ihn überhaupt nicht zu richten seien. Dabei wird in unzulässiger Weise vorausgesetzt, das Bestreiten der Schuld sei identisch mit der Behauptung, die That überhaupt nicht begangen zu haben. Selbstverständlich ist das nicht der Fall, vielmehr kann die Meinung des Angeklagten z. B. dahin gehn, daß er *optimo iure* gehandelt habe u. dergl., wo denn zu weiteren Fragen durchaus Anlaß ist.

Der zweite Punkt, bei welchem der herrschenden Lehre zufolge die inquisitorische Natur des modernen Prozesses zu Tage treten soll, ist die Urteilsfällung, indem das Gericht bei derselben nicht an „die Anklage“ gebunden ist, sondern seiner Entscheidung dabei das-

²³⁾ So Gneist, Vier Fragen S. 133 und viele andre.

jenige Resultat zu Grunde legen darf, welches die Verhandlung zu Tage gefördert hat. Darüber äußert sich z. B. Geyer²⁴⁾:

„Gegenstand des Urteils ist die in dem Eröffnungsbeschluss bezeichnete That, also es muß Identität in dem Sinne vorhanden sein, daß nur eben jene Thätigkeit, wegen welcher der Eröffnungsbeschluss die Hauptverhandlung eröffnete, oder doch derselbe verbrecherische Vorgang, wenn auch etwa eine andre Art der Beteiligung an demselben (Beihilfe statt Thäterschaft) Gegenstand der Urteilsfällung sein kann. Dem Anklagegrundsatz allein vollkommen entsprechend ist es, wenn das erkennende Gericht (ohne Einwilligung des Angeklagten) auch von der dem Eröffnungsbeschluss zu Grunde liegenden rechtlichen Beurteilung der That nicht abweichen kann. Wenn z. B. das Anklagegericht wegen Betrugs die Anklage erhebt, so hat das erkennende Gericht hiernach zu prüfen, ob ein Betrug in der unter Anklage gestellten That liege oder nicht; es ist in keiner Weise berufen, die That für einen Diebstahl oder eine Unterschlagung zu erklären und deshalb zu verurteilen. Wenn hieran nicht festgehalten wird, werden die Rechte der Verteidigung (namentlich des unschuldigen Angeklagten) unter Umständen in der bedenklichsten Weise gefährdet . . . Unsere St. P. O. hat sich über derartige Bedenken hinweggesetzt und erklärt ausdrücklich, das Gericht sei nicht gebunden an diejenige Beurteilung der That, welche dem Beschluss über die Eröffnung der Hauptverhandlung zu Grunde liegt (§ 263 Abs. 2).“

Man vergleiche ferner Fuchs in v. Holtendorffs Handbuch II. S. 84, Hugo Meyer, Mitwirkung der Parteien S. 48 ff., v. Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht S. 134 u. v. a.

Auch hier zeigt wieder eine Betrachtung des Zivilprozesses, daß diese Behauptungen gänzlich aus der Luft gegriffen sind. Zu den essentiellen Bestandteilen der Klagschrift hat die Angabe des Rechtsfalles, auf welchen der Anspruch gestützt wird, niemals gehört. Es konnte daher sehr wohl vorkommen, daß eine Klage vielleicht als rei vindicatio intendiert und vom Beklagten entsprechend aufgefaßt war, während das Gericht sie als actio spoliü betrachtet und den Beklagten aus diesem Gesichtspunkt verurteilt.

Die Verfehrtheit der von Geyer vertretenen Auffassung zeigt

²⁴⁾ Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes S. 724.

sich ferner sofort, wenn man fragt, wie denn die Sache gestaltet werden soll? Also der Eröffnungsbeschluß lautete auf Betrug. Das erkennende Gericht findet in der That eine Unterschlagung. Was soll denn nun geschehen? Soll das Gericht definitiv freisprechen? Das wäre doch ein unerhörter Formalismus, der die Strafrechtspflege in einer nicht zu duldbenden Weise schädigen würde. Oder soll eine neue Anklageerhebung wegen Unterschlagung freistehn? Dann hätte also abermals eine Hauptverhandlung stattzufinden, die Beweisaufnahme wäre zu wiederholen, der Angeklagte hätte das Vergnügen, wiederum in derselben zu figurieren. Welche Weitläufigkeit, welche Kosten! Und wenn das Gericht diesmal infolge andrer Zusammensetzung die Ansicht hätte, die That qualifiziere sich als Betrug, so wiederholte sich das Spiel von neuem — *cum gratia in infinitum*! — Wenn das Gesetz vorschreibt, daß der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts müßte aufmerksam gemacht werden, so ist damit allen Anforderungen entsprochen. Und wenn das nicht geschehen ist, so mag man das tadeln, aber von einer Verletzung des Anklagegrundsatzes zu sprechen, hat gar keine Berechtigung.

Bei der Besprechung der Abweichungen in thattsächlicher Beziehung werden natürlich nicht minder die kühnsten Behauptungen aufgestellt, dabei aber vollständig übersehen — was gleichfalls eine Betrachtung des Zivilprozesses zeigen würde! — daß es sich hierbei gar nicht um Konsequenzen des Anklageprinzips handelt, sondern um die aus der Mündlichkeit entspringende Informationspflicht.

Richtig ist nun so viel, daß dem Inquisitionsprozeß der Begriff der Klageänderung fremd ist, während er mit der akkusatorischen Organisation *eo ipso* gegeben ist, so daß hieraus die Notwendigkeit entspringt: 1. den Begriff der Klageänderung festzustellen; 2. die Zulässigkeit einer solchen zu regeln.

Davon ist nun aber die gegenseitige Informationspflicht der Parteien ganz verschieden. Wenn eine mündliche Verhandlung stattfinden soll, so ist es notwendig, daß jede Partei den Gegner über die Behauptungen unterrichtet, welche sie aufstellen und über die Beweismittel, welche sie benutzen wird. Unterbleibt dies, so kann sich der Gegner event. darüber nicht erklären und muß daher das Recht haben, eine Vertagung zu verlangen.

Daß diese Informationspflicht mit der Frage der Klageänderung nichts zu thun hat, sollte von vornherein klar sein. Ich hebe

indessen folgende Punkte hervor: 1. Die Frage der Zulässigkeit einer Klageänderung ist von einer vorherigen Mitteilung bez. einer Vertagung unabhängig. 2. Die Informationspflicht bezieht sich auch auf die Beweismittel. 3. Dieselbe ist eine gegenseitige, d. h. auch der Beklagte hat sie gegenüber dem Kläger, und in analoger Anwendung wird der Anspruch auf Vertagung auch gegeben sein, wenn das Gericht *ex officio* die Vernichtung neuer Beweismittel beschließt, resp. bei derselben neue Thatfachen hervortreten. 4. Welche juristische Bedeutung die neuen Thatfachen (d. h. die nicht vorher rechtzeitig dem Gegner mitgeteilten) besitzen, insbesondere ob sie die rechtliche Beurteilung der That ändern, Qualifikations-, Privilegierungs- oder Strafzumessungsgründe betreffen, ist vollkommen gleichgültig. —

Die Erörterung dieser speziellen Punkte gestattet, nunmehr auch zu der allgemeinen Formulierung Stellung zu nehmen, welche für den Gegensatz von inquisitorischem und akkusatorischem Prozeß von der herrschenden Meinung gegeben wird. Nach dem Vorgang von Pland wird der Inquisitionsprozeß meist dahin charakterisiert, daß ihm die Parteien fehlten; es gäbe keinen Ankläger, sondern höchstens einen *promotor inquisitionis*, keinen Angeklagten, sondern einen Inquisiten, welcher — das soll durch diese Bezeichnung zum Ausdruck kommen — nur Wahrheitserforschungsmittel in der Hand des untersuchenden Richters, daher auch zur Abgabe eines wahrheitsgemäßen Geständnisses verpflichtet ist. Dagegen:

„wenn die Parteien als selbständige Prozeßsubjekte unter der Leitung des Richters verhandeln, und der Richter auf Grundlage der Verhandlung entscheidet, herrscht das Anklageprinzip“²⁵⁾.

Ich halte diese Auffassung in mehrfachen Beziehungen für falsch und glaube, die Gegenüberstellung kann nur so erfolgen, daß man sagt:

Bei dem Inquisitionsprozeß sind die Funktionen der Strafverfolgung und Aburteilung vereinigt, bei dem Anklageprozeß sind sie getrennt.

Daß es im Inquisitionsprozeß keinen Ankläger gibt, ist richtig, daß es dagegen ebenso an einem Angeklagten fehlt, ist falsch. Daß der Inquisit Wahrheitserforschungsmittel war, steht dem durchaus nicht entgegen.

²⁵⁾ Geyer, Lehrbuch S. 9.

Selbst für den modernen Prozeß sagt John²⁶⁾:

„Der Angeklagte ist schon um deswillen keine Partei, weil er selbst Beweismittel ist.“

Diese Behauptung ist gänzlich aus der Luft gegriffen. Für den Strafprozeß mag zunächst einmal die Frage aufgeworfen werden, was denn der Privatkläger ist? ist er nicht Partei? und ist er nicht trotzdem Beweismittel? Für den Zivilprozeß gilt aber, wie ich an anderer Stelle glaube gesagt zu haben,²⁷⁾ genau daselbe. Das Geständnis der Partei ist bei den ihrer Disposition entzogenen Thatfachen Beweismittel, und der ihr günstigen Behauptung kann der Richter ebenfalls — mindestens unter bestimmten Voraussetzungen — Glauben schenken. Die Partei kann nicht gleichzeitig Zeuge sein; dieser Satz ist richtig, er beweist aber auch nichts. Die Unvereinbarkeit von Partei und Beweismittel ist dagegen zu bestreiten.²⁸⁾

²⁶⁾ Kommentar II S. 185.

²⁷⁾ Z VI 135 ff.

²⁸⁾ Der im Text mitgeteilte Satz geht bei John in folgender Weise weiter: „... und der Staatsanwalt ist es (Partei) um deswillen nicht, weil er nach Maßgabe des Gesetzes auch zu Gunsten des Angeeschuldigten oder Angeklagten thätig sein soll. Und wenn selbst diese gesetzlichen Bestimmungen fehlen sollten, so würde es unter allen Umständen unmöglich sein, den Staatsanwalt zu einer klägerischen Partei zu machen. Denn es bleibt absolut ausgeschlossen, daß das öffentliche Interesse darin bestehen könnte, daß möglichst viel und möglichst schwer gestraft werde, sondern allein darin besteht das öffentliche Interesse, daß der Schuldige, und daß dieser nicht schwerer als seine That es bedingt, gestraft werde“. — Wenn die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse klagt, so wird dieses letztere freilich für den Umfang maßgebend sein, in welchem sie von ihren Parteirechten Gebrauch macht. Folgt denn aber aus dem Begriff der Partei, daß dies letztere stets in dem denkbar weitesten Umfange geschehen müsse? Kann denn im Zivilprozeß die Partei sich nicht mit einem minus begnügen, obgleich sie nach der prozeßualen Lage das mehr erlangen könnte? Vor allem aber, auch im Zivilprozeß, kommen doch Fälle vor — John selbst hat darauf aufmerksam gemacht: Kommentar I, S. 16 —, wo die Partei erklärt, „sie wolle ihr Recht haben, sie wolle dasjenige erlangen, was sie von Rechts wegen beanspruchen dürfe“. Ich glaube, die Situation einer solchen Partei ist von der des Staatsanwalts nicht wesentlich verschieden. Im übrigen darf ich Bezug nehmen auf die Worte von Heinze (Strafprozeßuale Erörterungen S. 6): „Die Staatsanwaltschaft soll materiell nie Partei, d. h. nie parteiisch sein. Die formelle Stellung des Staatsanwalts im gerichtlichen Strafverfahren kann unter eine andre Rubrik als unter „Parteistellung“ logischerweise nicht gebracht werden“. — An früherer Stelle hat John bereits einmal Veranlassung genommen, sich über

Das zweite Argument, daß es dem Inquisitionsprozeß an einem „Angeklagten“ gefehlt habe, besteht in der Behauptung, der Beschuldigte habe der Parteirechte ermangelt. Sie ist offensichtlich falsch. Hatte der Beschuldigte etwa nicht das Recht, den Richter abzulehnen, Beweisansprüche zu stellen, Beweiseinreden vorzubringen, Einreden der Unzuständigkeit, der Verjährung, der *res iudicata* usw. anzuführen, Rechtsmittel einzulegen und mancherlei andre? Wenn das alles nicht die entscheidenden Parteirechte sind, so muß zunächst, ehe die Erörterung weiter geführt werden kann, angegeben werden, worin dieselben bestehen. Ich fürchte aber sehr, daß die Gegner lediglich an die ja unbestreitbare Thatfache denken, daß die *de iure* dem Beschuldigten zustehenden Rechte ihm *de facto* verkümmert worden sind. Darin kann aber doch keine juristische Eigentümlichkeit des Inquisitionsprozesses gefunden werden.

Das dritte und letzte Argument der Gegner ist endlich, daß der Inquisit zur Abgabe eines wahrheitsgemäßen Geständnisses verpflichtet war.

Allein diese Verpflichtung ist von der Konstruktion des Verfahrens (inquisitorisch oder akusatorisch) ganz unabhängig. In gewisser Weise zeigt dies bereits die Aufhebung der Folter. Man hält zwar an der Verpflichtung des Beschuldigten fest, verzichtet aber auf das äußerste Mittel, die Erfüllung derselben zu erzwingen. Man hätte einen fernereren Schritt dadurch thun können, daß man die Lügen-

den Begriff der Partei zu äußern (II S. 14), dort wird gesagt: „daß der Begriff der Partei nur dann vorhanden ist, wenn eine Partei ihr eignes subjektives Recht zur Geltung bringen will. Dies mag im Strafprozeß auf den Angeklagten zutreffen; es trifft schon nicht zu auf den Verteidiger; es kann niemals auf die Funktionen der Staatsanwaltschaft zutreffen; denn niemals will der Staatsanwalt ein ihm zustehendes Recht erstreiten, sondern seine Thätigkeit hat den Zweck, das Erforderliche zu veranlassen, damit das öffentliche Recht zur Geltung gelange“. — Wie mir scheint, steht diese Behauptung ohne alle Begründung da und kann eine solche niemals erhalten. Für den Strafprozeß mag die Frage aufgeworfen werden, ob auch der Vormund eines Verletzten, welcher die Privatklage erhebt, sein eignes subjektives Recht geltend macht. Vor allem aber, es wird vollkommen übersehen, daß im Zivilprozeß der gesetzliche Vertreter einer Partei dieser selbst in den prozessualen Rechten ganz gleich steht, daher prozessualisch als solche betrachtet werden kann. Nur dieser vielleicht nicht ganz korrekte Sprachgebrauch nennt im Strafprozeß den Staatsanwalt Partei, während doch kein Zweifel darüber besteht, daß von ihm nur der staatliche Anspruch auf Strafe geltend gemacht wird. Der Staatsanwalt ist daher prozessualisch genau genommen Vertreter der Partei, ebenso wie es eine andre Behörde in Prozessen des Fiskus ist.

strafen und Ähnliches aufgehoben. Man hätte endlich aber auch den Grundsatz statuieren können, der Beschuldigte sei zum Antworten nicht verpflichtet und der Richter verbunden, ihn hierüber sofort zu belehren. Der Prozeß hätte deswegen seine inquisitorische Natur nicht geändert. Und umgekehrt! Weshalb soll bei akkusatorischer Organisation die Verpflichtung des Beschuldigten zu wahrheitsgemäßen Antworten nicht statuiert werden können? weil dem Ankläger die Beweisführung obliegt? Er beruft sich gerade auf die Aussage des Beschuldigten als Beweismittel!

Ebenso wie die allgemeine Charakterisierung der beiden Prozeßprinzipien unrichtig ist, ebenso sind es die Konsequenzen, die aus denselben abgeleitet werden. Bezüglich zweier ist dies oben des näheren dargelegt worden. Ich beschränke mich hier darauf, einige weitere Specimina hiervon anzuführen, ohne des näheren darauf einzugehen.

In früherer Zeit war die Behauptung sehr beliebt, daß die Kollisionshaft ein Ausfluß inquisitorischer Organisation sei.²⁹⁾ Mit dem gleichen Recht kann man das von allen andern Zwangsmitteln behaupten.

Auch heutzutage wird ganz allgemein gelehrt, bei akkusatorischer Organisation müsse der Staatsanwalt das Recht haben, von der einmal erhobenen Anklage wieder zurückzutreten.³⁰⁾ In Wahrheit sind es — wie neuerdings von John³¹⁾ nachgewiesen — ausschließlich staatsrechtliche Gesichtspunkte, die hier maßgebend sind.

Daß der Gerichtsbeschuß über die Eröffnung des Hauptverfahrens der akkusatorischen Konstruktion widerstreite, wird ebenfalls sehr häufig behauptet.

Und so drängt sich einem unwillkürlich die Vorstellung auf, daß wenn die Verfasser mit recht sicherem Erfolg die Verwerflichkeit irgend einer prozessualen Institution darthun wollen, sie dieselbe schleunigst als „Ausfluß des inquisitorischen Prinzips“ brandmarken.

In ganz andern Bahnen bewegen sich die Erörterungen, welche

²⁹⁾ Vergl. z. B. Rittermaier, *Neues Archiv des Kriminalrechts* 1849, S. 335. Geib, *Reform des deutschen Rechtslebens*, S. 112. Rößlin, *Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens*, S. 90.

³⁰⁾ Vergl. z. B. Doehow in v. Holzendorffs *Handbuch*, I. S. 131.

³¹⁾ Kommentar II, S. 82 ff., S. 138 ff.

John³²⁾ neuerdings über Anklage- und Untersuchungsprozeß angestellt hat.

Von demselben wird zunächst der Gang der Gesetzgebungen, insbesondere der österreichischen und der deutschen geschildert und dabei festgestellt, daß, obgleich beide die Einführung des Anklageprozesses wollen, beide in sehr erheblichen Punkten voneinander differieren. Während nach österreichischem Recht die Voruntersuchung eingestellt wird, wenn der Staatsanwalt dies verlangt, die Veretzung in den Anklagezustand nicht durch Gerichtsbeschluß erfolgt, sondern allein Sache des Anklägers ist, endlich der Staatsanwalt bis zum Schluß des Hauptverfahrens die Anklage zurückziehen kann, verhält sich das alles nach deutschem Recht gerade umgekehrt. Der Begriff des Anklageprozesses sei also jedenfalls kein feststehender. Übrigens werde selbst von dem österreichischen Recht keineswegs der Erfolg erreicht, daß der Richter von Anklagefunktionen befreit sei. Der Vorsitzende des erkennenden Gerichts sei vielmehr Inquirent der Hauptverhandlung, wie der Untersuchungsrichter Inquirent der Voruntersuchung sei. Der Beweis hierfür wird — in wesentlicher Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung — durch den Hinweis auf die Befugnisse zu Verhören und zur Anordnung von Beweisaufnahmen von Amts wegen erbracht. Der Richter habe aber nicht nur Anklage-, sondern auch Verteidigungsfunktionen. Und daher sei die Behauptung in den Motiven der Gesetze „das Wesen des Anklageprozesses bestehe darin, daß der Richter von Anklagefunktionen befreit sei, diese vielmehr einem besondern Organ, nämlich der Staatsanwaltschaft übertragen seien“, nichts weiter als eine den tatsächlichen Verhältnissen vollkommen widersprechende Phraze. — Bei der darauf folgenden Besprechung der Doktrin wird an den Ausführungen von Pland und Glaser Kritik geübt. Es wird darauf hingewiesen, daß die für den Anklageprozeß als charakteristisch aufgeführten Eigentümlichkeiten sich größtenteils nicht einmal im Zivilprozeß, wenigstens nicht im heutigen, finden, und daß sie für den Strafprozeß die Einführung der Verhandlungsmaxime bedeuten würden. Daraus wird dann aber nicht (resp. nicht nur) auf die Unrichtigkeit dieser Ansichten geschlossen, sondern die höchst überraschende Konsequenz gezogen, daß der Unterschied zwischen Anklage- und Untersuchungsprozeß überhaupt nicht existiert.

³²⁾ Kommentar II, S. 140 ff.

„Dasjenige, was man (1848) herbeiführen wollte, war im wesentlichen das Folgende: Beseitigung der Nachteile, welche aus der Heimlichkeit des Verfahrens sich ergaben; Beseitigung der Nachteile, welche daraus entstanden, daß das Urteil auf Grund der Akten abgegeben wurde; Beseitigung der Nachteile, welche die ungenügende Verteidigung des Angeeschuldigten herbeiführte. Die Mittel zur Beseitigung der Übel sollten sein: Öffentlichkeit, Mündlichkeit, rechtliche Stellung des Beschuldigten.“

Die folgende Darstellung erörtert nun, in welcher Weise die letzt erwähnten Prinzipien im modernen Prozeß Eingang gefunden hätten, um daraus eine Erklärung für die Gebrechen zu gewinnen, an denen der gegenwärtige Prozeß krankt. Man habe die Öffentlichkeit eingeführt, um zu verhindern, daß Mißbräuche und Gesezwidrigkeiten bei der Handhabung der Strafrechtspflege vorkämen. Solche seien aber (abgesehen von der Verschleppung) bei den erkennenden Gerichten nicht vorgekommen, wohl aber bei den Untersuchungsgerichten; den letztern habe man zum Vorwurf gemacht, daß, trotz Wegfalls der Folter, der Verdächtige zur Ablegung eines Geständnisses genötigt wurde, daß man den Beschuldigten grundlos in Haft behielt, ihn in der Haft schlecht behandelte usw. Gleichwohl habe das Resultat der Reform darin bestanden, daß die Öffentlichkeit des Verfahrens nur für die erkennenden Gerichte eingeführt, die Heimlichkeit des Verfahrens vor dem Untersuchungsrichter und den Untersuchungsgerichten beibehalten wird.

Die Einführung der (auf die Beweisaufnahme bezüglichen) Mündlichkeit³³⁾, d. h. der Unmittelbarkeit, sei dadurch charakterisiert, daß man neben dem Zweckmäßigen das Unzweckmäßige beibehielt, Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit durcheinander schüttelte.

³³⁾ Ich habe im Text die Ausführungen Johns, welche sich auf die Mündlichkeit im engeren Sinne beziehen, übergegangen, weil dieselben zu einem Teil bereits oben Erwähnung gefunden haben und für seine Resultate kaum wesentlich sein dürften. Es wird nämlich (S. 185) behauptet, „daß es diejenige Mündlichkeit, welche im Zivilprozeß um deswillen aufzunehmen war, weil ein Zivilprozeß ohne Anträge oder wenigstens ohne den Antrag einer Partei nicht existieren kann, überhaupt nicht gibt. Denn es gibt im Strafprozeß keine Parteien“. Es folgt die nähere Begründung für diesen Satz, welche oben bei Note 26 und in Note 28 mitgeteilt und besprochen wurde.

So gelte im staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren jedenfalls soweit richterliche Untersuchungshandlungen in Frage stehen, die Mittelbarkeit, da der Staatsanwalt bei denselben nicht dabei sein dürfe (St. P. O. § 167); im übrigen, je nachdem, Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit. Die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergehe nur auf Grund der Akten. In der Hauptverhandlung selbst gelte zwar anscheinend das Prinzip der Unmittelbarkeit. Allein einmal sei das Beweismaterial jetzt unzuverlässig, da die Auskunftspersonen mindestens einmal, häufig schon zweimal über dieselbe Angelegenheit vernommen seien, die Zuverlässigkeit aber bekanntlich abnimmt, je öfter und je später man eine Person vernimmt. Außerdem aber habe der Vorsitzende — und vielleicht noch einer oder mehrere von den Beisitzern — die Akten kennen gelernt und mit denselben also das ganze Beweismaterial, soweit es vor der Hauptverhandlung bekannt geworden sei. Es sei aber psychologisch kaum möglich, daß er sich dabei ein — vorläufiges — Urteil in der Sache nicht bilde, so daß als Aufgabe des Hauptverfahrens erscheine, das vorläufige auf dem Wege der Mittelbarkeit gewonnene Urteil auf dem Wege der Unmittelbarkeit zu befestigen, aufzugeben oder zu modifizieren.

Die rechtliche Stellung des Angeeschuldigten endlich sei jetzt im Lauf der Voruntersuchung im wesentlichen keine andre, als es die Stellung des Inquisiten im gemeinen Prozeß war. Vor allem aber sei fehlerhaft, daß der so wichtige Eröffnungsbeschluß auf Grund von Akten ergehe, welche unvollständig sind und unzuverlässiges Beweismaterial enthalten. Frage man, warum das so sei, so laute die Antwort, das eigentliche Beweisverfahren sei erst das Hauptverfahren, durch das vorbereitende Verfahren und durch die Voruntersuchung werde das Hauptverfahren nur vorbereitet.

So gelangt denn der Verfasser zu den Thesen (S. 209):

„Die Trennung des Strafprozesses in Vorverfahren und Hauptverfahren ist aufzugeben. Nachdem die Strafsache gerichtshängig geworden ist, gibt es nur ein prozessualisches Stadium; nur eine nach der richtigen Methode geführte Untersuchung, welche mit der Gerichtshängigkeit der Sache beginnt und mit dem Erlass des Urteils abschließt.“

Über die Begründung der Gerichtshängigkeit ist schon an früherer Stelle (S. 203) gesagt worden:

„Sobald die von der Staatsanwaltschaft geführte Untersuchung

eine die persönliche Freiheit des Beschuldigten beschränkende richterliche Untersuchungshandlung (Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme) erforderlich macht, wird die Sache ipso iure gerichtshängig.“

Und es wird „zur Vermeidung von Zweifeln“ hinzugefügt:

„Damit eine Strafsache gerichtshängig werde, dazu bedarf es eines Antrages der Staatsanwaltschaft nur bei solchen Strafsachen, bei denen eine Untersuchungshandlung der bezeichneten Art nicht erforderlich ist;“

und ferner, daß

„St. P. O. § 168 Abs. 2 nur auf die Fälle dieser Art beschränkt bleiben würde.“

Wir erhalten somit von dem für wünschenswert zu erachtenden Strafverfahren folgendes Bild (§. 210):

„Nachdem die Strafsache gerichtshängig geworden, ist sowohl der Staatsanwalt wie auch der Beschuldigte und dessen Verteidiger, wie auch der untersuchende Richter zur Aufklärung des Sachverhalts berechtigt und verpflichtet. Alle Mittel, welche zu diesem Zwecke das geltende Recht für das sog. Zwischenverfahren und für die Hauptverhandlung darbietet, müssen anwendbar sein von dem Zeitpunkt an, an welchem die Sache gerichtshängig geworden ist. — Jede Beweisführung aber hat — abgesehen von den Fällen, wo Ausschluß der Öffentlichkeit geboten ist — bei offenen Gerichtsthüren stattzufinden. Bei jeder Beweiserhebung haben der Staatsanwalt, der Beschuldigte, der Verteidiger das Recht, anwesend zu sein, wie auch das Recht, die ihnen geeignet scheinenden Anträge zu stellen. — Jede Beweiserhebung hat in beweisender Form zu erfolgen (jede eidesfähige Auskunftsperson ist sofort zu beeidigen). — Jede Beweiserhebung hat, sobald das für Aufklärung der Sache geeignet scheinende Beweismittel bekannt geworden, unter möglichster Vermeidung jeden Zeitverlusts zu erfolgen.“

Das Prinzip der Kontinuität, welches heute für die Hauptverhandlung gelte, werde dabei freilich aufgegeben werden müssen, dies indessen auch ohne Schaden geschehen können. —

Ich darf vielleicht zunächst auf den Widerspruch aufmerksam machen, in welchen der Verfasser mit sich selbst tritt. Auf §. 203 wird gesagt, die Strafsache solle gerichtshängig werden, entweder

durch den gerade dies bezweckenden Antrag der Staatsanwaltschaft oder durch eine die persönliche Freiheit des Beschuldigten beschränkende richterliche Untersuchungshandlung (Verhaftung, Beschlagnahme, Durchsuchung). Hierbei ist die Voraussetzung offenbar die, daß zunächst ein staatsanwaltliches Vorverfahren stattgefunden und das Material geliefert hat, auf Grund dessen der Staatsanwaltschaft einen dieser Anträge stellt. Das heißt aber mit andren Worten: die Trennung des Strafprozesses in Vorverfahren und Hauptverfahren wird nicht aufgegeben.

Der Widerspruch mit der S. 209 aufgestellten These wäre nicht vorhanden, wenn in derselben das Wort „Vorverfahren“ bedeuten sollte: „gerichtliche Voruntersuchung“, so daß die Meinung nur die wäre, die Trennung des gerichtlichen Verfahrens in Voruntersuchung und Hauptverfahren sei aufgegeben. Allein einmal wäre diesem Gedanken wohl in der Weise Ausdruck verliehen worden, daß gesagt wäre: „die gerichtliche Voruntersuchung ist zu beseitigen“; und sodann lassen die Ausführungen zwischen S. 203 und S. 209 auch keinen Zweifel daran, daß „Vorverfahren“ beides umfaßt: staatsanwaltliche und gerichtliche Voruntersuchung.

Auf S. 202 ist von der Notwendigkeit gerichtlichen Schutzes bei den Zwangsmitteln die Rede, und auf Grund dieser Betrachtung wird S. 203 der Satz aufgestellt, daß jede die persönliche Freiheit des Beschuldigten beschränkende Untersuchungshandlung Gerichtshängigkeit begründen müsse. Daran schließt sich der andre Satz, daß die damit beginnende richterliche Untersuchung nicht eine inquisitio alterius inquisitionis praeparativa sein dürfe, sondern mit der Vollständigkeit geführt werden müsse, um das Endurteil fällen zu können. Dies gibt Anlaß, den gerade entgegengesetzten Satz des positiven Rechts (St. P. O. § 188 Abs. 1) zu besprechen: „die Voruntersuchung ist nicht weiter auszudehnen usw.“ Auf S. 206 Zeile 9 v. u. wird dann aber plötzlich durch ein einfaches „resp.“ das staatsanwaltliche Vorverfahren mithineingezogen, während vorher immer nur von der gerichtlichen Voruntersuchung allein die Rede war. Und auf S. 207 heißt es dann ganz ausdrücklich:

„Der doktrinaire Grund für diese vom Gesetz gebotene Unvollständigkeit und Unzuverlässigkeit des Vorverfahrens (staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren und gerichtliche Voruntersuchung) ist außer Zweifel: Wenn das

Vorverfahren schon alles ergibt, was zur Abgabe eines Endurteils erforderlich ist, so ist die Hauptverhandlung überflüssig; da nun aber eine Hauptverhandlung notwendig ist, so muß dieselbe auch einen für das Strafverfahren relevanten Inhalt haben; folglich darf das Vorverfahren nur einen die Hauptverhandlung vorbereitenden Inhalt haben; folglich müssen die Ermittlungen des Vorverfahrens unvollständige und unzuverlässige sein.“

Auf S. 208 oben wird dann zwar wieder nur der beschränkere Satz aufgestellt:

„Die Trennung des untersuchenden von dem erkennenden Richter ist aufzugeben“;

jedoch auf S. 209 an die Wiederholung dieses Satzes die Bemerkung geschlossen:

„Daraus folgt denn von selbst der weitere Satz: die Trennung des Strafprozesses in Vorverfahren und Hauptverfahren ist aufzugeben.“

Es scheint mir evident, daß das eine ganz und gar nicht aus dem andren folgt. Man kann die gerichtliche Voruntersuchung (d. h. also die Trennung von untersuchenden und erkennenden Richter) für ganz überflüssig und schädlich erachten, ohne auch nur die Möglichkeit zuzugeben, das staatsanwaltliche Vorverfahren, resp. die Trennung dieses vom Hauptverfahren zu beseitigen. Richtig ist nur, daß die vorangegangenen Betrachtungen Johns die Schädlichkeit jeder Trennung darthun wollen.

Wenn lediglich die Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung gefordert werden, im übrigen aber das Verfahren (abgesehen von dem Zeitpunkt der Begründung der Rechtshängigkeit) bleiben sollte, wie es ist, so würde daselbe auch ferner mit allen denjenigen Mängeln behaftet sein, welche der Verfasser an dem gegenwärtigen Verfahren so scharf rügt. Seine Argumente führen über dieses Resultat weit hinaus.

Soll nun aber auch die Trennung von staatsanwaltlichem Vorverfahren und Hauptverfahren in Wegfall kommen, so kann natürlich nicht mehr davon die Rede sein, daß die Gerichtshängigkeit erst durch eine die Freiheit des Beschuldigten beschränkende richterliche Untersuchungshandlung begründet wird, vielmehr wäre zu sagen: sobald die Staatsanwaltschaft von dem Verdacht einer strafbaren Handlung Kenntnis erhält, hat sie die gerichtliche Untersuchung zu veranlassen;

diese erfolgt von dem erkennenden Gericht, welches seine Thätigkeit erst mit dem Endurteil abschließt.

Ob es wirklich angezeigt sein würde, den Apparat eines Gerichts, vielfach sogar eines Gerichtskollegiums, in Bewegung zu setzen, wo heutzutage der Staatsanwalt nach oberflächlichster und einfachster Information die Akten reponiert (bekanntlich viele Tausende von Fällen!), mag hier dahingestellt bleiben. Auch das Bedenken soll unterdrückt werden, ob in allen diesen Fällen sofort eidliche Vernehmung erfolgen sollte? Es würde das jedenfalls zu einer enormen Vervielfachung der Eidesleistungen führen.

Dagegen scheinen mir die folgenden Punkte von prinzipieller Bedeutung.

1. Die gerichtlichen Erhebungen haben begonnen, weil objektiv feststand, daß ein Verbrechen verübt ist, während der Thäter zunächst noch ganz unbekannt war. Allmählich gewinnt jedoch der Verdacht mehr und mehr Wahrscheinlichkeit, K. habe das Verbrechen begangen. Kann nun K. auf Grund der Beweise, deren Aufnahme er gar nicht beigewohnt hat, verurteilt werden? Dem steht entgegen, was John selbst³⁴⁾ hervorhebt: daß dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden müsse, sich gegen das ihn Belastende zu verteidigen, und alles dasjenige, was an den Aussagen der Auskunftspersonen etwa zu bemängeln sei, zu rügen; daß diese letztern also in seiner Gegenwart vernommen werden müssen.

Ist aber die aufgeworfene Frage zu verneinen, so müßte also doch ein neues gerichtliches Verfahren beginnen, und nur auf Grund der in diesem erhobenen Beweise könnte das Urteil ergehen. Dasselbe müßte selbstverständlich vor andren Richtern stattfinden, da die bisherigen durch die früher von ihnen erhobenen Beweise in noch sehr viel höherem Maße präokupiert sein werden, als gegenwärtig der Referent bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, oder der Präsident, welcher die Akten des Vorverfahrens gelesen hat. Und wir hätten damit glücklich wieder die Unterscheidung zwischen untersuchendem und erkennendem Richter, womit auch die *inquisitio alterius inquisitionis praeparativa* von selbst gegeben ist. Denn die Aufgabe der ersten Untersuchung würde doch nur dahin gehen, den Thäter zu ermitteln, insofern also die zweite vorzubereiten.

³⁴⁾ Kommentar II, S. 195, 196.

John legt Gewicht darauf, daß die Benutzung der Beweismittel gleich in beweisender Form erfolgen müsse — ein Gedanke, der offenbar dazu drängt, es für gleichgültig zu erklären, ob der mutmaßliche Thäter schon ermittelt ist oder nicht. An späterer Stelle³³⁾ beipricht er die Verpflichtung des Staatsanwalts, für die Erhebung derjenigen Beweise Sorge zu tragen, deren Verlußt zu befürchten ist (St. P. O. § 158 Abs. 2 a. E.). Daran wird die Bemerkung geknüpft, in Wahrheit gebe es kein Beweismittel, dessen Verlußt nicht zu besorgen stünde.

„Was ich jetzt habe, habe ich jetzt auch sicher. Ob ich aber irgend etwas von dem, was ich jetzt sicher habe, auch später noch sicher haben werde, das vermag niemand zu wissen . . . Warum will das Gesetz, daß dieses Risiko gelaufen werde? Und wenn nun die menschliche Berechnung nicht täuscht . . . kein Zeuge gewinnt dadurch, daß man ihn erst ablageru läßt; er ist um so besser, je frischer er ist. Warum will es das Gesetz, daß der Regel nach Beweise erst dann erhoben werden, wenn dieselben abgestanden und unzuverlässiger geworden sind, als sie es im Anfange waren? — Daß die Antwort, weil der eigentliche Strafprozeß erst die Hauptverhandlung ist und alles andre nur dazu dient, die Hauptverhandlung vorzubereiten, nicht zu befriedigen vermag, darauf hinzuweisen ist . . . schon mehrfach Gelegenheit gewesen.“

Hier wird entweder vergessen, daß dem Beschuldigten das Beweismaterial gegenübergestellt werden muß und daß in der Kritisierung desselben seine wichtigste Verteidigung besteht, oder daß in zahlreichen Fällen die Notwendigkeit vorliegt, den Beschuldigten erst zu ermitteln. Ist die Aufgabe des Ermittlungsverfahrens gelöst, daß dann ohne alles Säumen das Hauptverfahren statzufinden hat, ohne daß noch eine zweite Voruntersuchung vorangeht, damit bin ich allerdings vollkommen einverstanden.

2. Es kommen nun freilich auch Fälle vor, wo sich sofort, nachdem man von dem Verbrechen die erste Kunde erhalten, der Verdacht gegen eine bestimmte Person richtet. Der Aufklärung bedarf dann entweder, ob dieser Verdacht wirklich zutreffend ist, oder etwa, ob die Person wirklich, wie sie angibt, in Notwehr gehandelt hat oder dergl.

³³⁾ Kommentar II, S. 329, 330.

Hier wäre eine Konstruktion des Verfahrens, wie John sie vorschlägt, möglich. Der soeben erhobene Einwand trafe nicht zu — dafür aber freilich ein anderer, der übrigens für die Fälle unter 1 ebenfalls maßgebend ist.

In praktischer Beziehung käme in Betracht, wer eigentlich den Untersuchungsplan zu entwerfen, damit aber die Verantwortlichkeit für das Gelingen desselben zu übernehmen hätte. In dem oben mitgeteilten Passus von S. 210 werden Staatsanwalt, Beschuldigter, Verteidiger und Richter nebeneinander genannt. Wie man sich das Verhältnis zwischen dem 1. und 4. zu denken hat, steht dahin. Daß aber Konzentrierung in einer Hand hier dringendstes Bedürfnis ist, kann wohl nicht zweifelhaft sein. — Gibt man dem Richter die Befugnis, über die Reihenfolge zu entscheiden, in welcher die Auskunftspersonen vernommen, die einzelnen Verdachtsmomente aufgeklärt und erörtert werden sollen, so wird der Staatsanwalt hinausgedrängt. Er würde etwa die Stellung erhalten, die er gegenwärtig in der gerichtlichen Voruntersuchung einnimmt; d. h. er kann zwar die ihm dienlich scheinenden Anträge stellen, der Richter wird dieselben aber nicht gerade mit großer Freude entgegennehmen, weil er die Vorstellung hat und haben muß, die Sache nicht nur im allgemeinen ebenso gut zu verstehen wie der Staatsanwalt, sondern in concreto sogar besser, weil er in der Sache besser orientiert ist.

Das Wichtigste aber und das prinzipiell Entscheidende ist, daß der Richter hier voll und ganz zum Organ der Strafverfolgung wird, somit zur Abgabe des Urteils absolut ungeeignet ist. In dieser Beziehung kann nur auf die im Eingang gegebenen Ausführungen verwiesen werden. Der Vorschlag von John bedeutet: die Einführung des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses, verbessert durch Einführung der Öffentlichkeit, verschlechtert dadurch, daß die Trennung von untersuchendem und erkennendem Richter aufgegeben wird. Damals glaubte man, daß der die Untersuchung führende Richter, d. h. derjenige, welcher die Ermittlungen vorgenommen und dabei die Auskunftspersonen vernommen, die Befragungen vorgenommen hatte, zur Abgabe des Urteils die nötige Unbefangenheit nicht besäße. Die Trennung ist stets als ein Vorzug des gemeinrechtlichen Verfahrens betrachtet worden. Beruhte das denn vollständig auf Illusion? Wenn man die Wahl hat, ob man die Unparteilichkeit durch die Schriftlichkeit des Verfahrens erkaufen soll oder nicht, so wird man heute vielleicht schwanken; doch gibt die Thatsache etwas zu denken,

daß bei Erörterungen über die Reform niemals der Vorschlag gemacht worden ist, die Unmittelbarkeit dadurch zu gewinnen, daß die Urteilsfällung dem Inquirenten zu übertragen sei. Heute haben wir die Unparteilichkeit und die Unmittelbarkeit, und es wird der Vorschlag gemacht, die erstere zu opfern, um das Beweismaterial etwas rascher vor das Gericht zu bringen!

Die andre Möglichkeit würde darin bestehen, daß die Untersuchung zwar vor dem Richter aber vom Staatsanwalt geführt würde; daß letzterer den Plan der Untersuchung entwirft, die Reihenfolge der Erhebungen bestimmt, während ersterer mehr in Passivität verharret. Ich glaube, in kürzester Frist würde sich das Bedürfnis einstellen, den Richter mit all den Beweisen zu verschonen, welche nichts ergeben; mit andern Worten, der Staatsanwalt würde erst eine summarische Kognition darüber vornehmen, ob der Zeuge etwas Dienliches bekunden kann. Es wäre ja eine unverantwortliche Vergeudung von Beamtenkräften, wenn die — in komplizierten Fällen, wo etwa gar das Publikum angegangen ist, ja zahllosen — Vernehmungen nicht nur einen Beamten, sondern auch Verteidiger und Gerichtskollegium beschäftigen sollten.

Endlich kommt hinzu, daß man den Straffällen vielfach nicht ansehen kann, ob sie zur ersten oder zweiten Gruppe gehören, somit fast immer mit der Thatfache rechnen muß, daß die weitergeführte Untersuchung den Verdacht auf eine andre Person lenken kann.

So bestätigt jede Betrachtung, was von vornherein klar sein sollte, daß bei dem Strafverfahren die beiden Aufgaben der Ermittlung und der Aburteilung existieren. Ihre Erledigung in verschiedenen Stadien und durch verschiedene Behörden ist genau durch die Erwägungen geboten, welche die Aburteilung durch den Richterpruch als Voraussetzung der Strafvollstreckung wünschenswert erscheinen lassen.

3. Es erübrigt, den Vorschlag zu besprechen, daß die Gerichtshängigkeit nicht bloß durch die staatsanwaltliche Klage, sondern auch durch jede die Freiheit des Beschuldigten beschränkende Untersuchungshandlung begründet werden soll. Dabei ist also vorausgesetzt, daß die Trennung von staatsanwaltlichem Vorverfahren und Hauptverfahren bestehen bleibt; nur die Abgrenzung beider voneinander soll in andrer als der bisherigen Weise erfolgen.

Ich glaube es ist nun nicht schwer zu zeigen, daß jene Untersuchungshandlungen hierfür ganz ungeeignet sind.

Freilich bestehen zunächst Zweifel darüber, was eigentlich gemeint ist. Es heißt: „eine die persönliche Freiheit des Beschuldigten beschränkende richterliche Untersuchungshandlung“; hinzugefügt wird: „Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme“. Nun richtet sich ja aber die Beschlagnahme — abgesehen von der des § 99 — gar nicht gegen den Beschuldigten als solchen und die Durchsuchung auch nicht in allen Fällen. Ob man den Besitzer der in Beschlag zu nehmenden Sache für den Beschuldigten hält, kommt regelmäßig gar nicht zum Ausdruck. Wie also diese Maßnahmen die Rechtshängigkeit der Strafsache gegen ihn begründen soll, ist so wenig einzusehen, daß vielleicht anzunehmen ist, es sei bloß der Fall des § 99 gemeint. Ich will denselben nicht weiter verfolgen, da für ihn Analoges gilt, wie für Verhaftung und Durchsuchung. Man nehme also an, der Staatsanwalt hegt den Verdacht, X sei der Thäter des vor einiger Zeit begangenen Einbruchdiebstahls. Er beantragt bei dem Richter die Durchsuchung. Dieselbe wird von dem Letztern auch angeordnet, ergibt aber nicht das geringste Resultat. Bei der Verhaftung supponiere man, daß der Verhaftete sofort ein einwandfreies Alibi nachweisen kann. Die Verdachtsgründe bleiben aber trotzdem bestehen. Aus der Ausführung des Verbrechens geht also z. B. hervor, daß der Thäter eine genaue Kenntnis der Örtlichkeit besessen haben muß; X ist vor kurzem in der Wohnung als Handwerker beschäftigt gewesen und hat sich dabei auffällig über dieselbe orientiert. Er ist also vielleicht, wenn nicht Thäter, so doch Anstifter oder Gehilfe gewesen. Davon, daß er also sofort nach der resultatlosen Durchsuchung freigesprochen würde, könnte selbstverständlich nicht die Rede sein. Soll er nun zu allen Beweiserhebungen gezogen, kurz, als Angeklagter behandelt werden, obgleich man vielleicht jetzt zunächst eine ganz andre Fährte verfolgt? Unterläßt man es aber, so besteht wieder nicht die Möglichkeit, ihn auf Grund dieser Verhandlungen zu verurteilen.

Die Zwangsmittel müssen — so kann man wohl den Einwand zusammenfassen — sehr oft in einem Augenblick zur Verwendung kommen, wo die Sache noch lange nicht so weit gediehen ist, daß die Hauptverhandlung beginnen könnte. Dann aber darf der Antrag des Staatsanwalts auf Anwendung derselben auch nicht die Rechtshängigkeit bei dem erkennenden Gericht begründen.³⁶⁾

³⁶⁾ Ueber den Vorschlag, daß mit der Verhaftung resp. Beschlagnahme und

In engem Zusammenhang mit den bezüglich der Gestaltung des Strafverfahrens gemachten Vorschlägen steht die Ansicht Johns, daß Strafprozeß nicht mit Hauptverhandlung identifiziert werden dürfe, daß vielmehr anzuerkennen sei, auch das Vorverfahren sei ein Teil des Strafverfahrens.³⁷⁾

Demgegenüber glaube ich mich auf die Bemerkung beschränken zu sollen, daß der letzte Teil dieser Behauptung m. E. entweder falsch oder nichtsagend ist. Er ist falsch, wenn damit gemeint ist, Vorverfahren und Hauptverfahren seien Teile eines homogenen Verfahrens, dienen der Lösung der gleichen Aufgabe; nichtsagend, wenn man sich ihrer völligen Verschiedenheit bewußt ist und nur hervorheben will, daß es für die Handhabung der Strafrechtspflege sowohl des einen wie des andern bedarf. Es bedarf auch noch der Strafvollstreckung, auch diese ist ein „Verfahren“. Diese Erwägung ist aber für die theoretische wie praktische Erörterung völlig unfruchtbar.

Unter den von John gegen den modernen Strafprozeß erhobenen Rekrimationen scheint mir nur die einzige begründet zu sein, daß der Vorsitzende des erkennenden Gerichts durch das Studium der Akten des Vorverfahrens in seiner Unbefangenheit beeinträchtigt wird. Es ist allerdings psychologisch unmöglich, daß der Vorsitzende das ganze Beweismaterial, soweit es vor der Hauptverhandlung bekannt geworden, kennen lerne und sich ein Urteil in der Sache nicht bilde (II S. 193, 194). Mit Recht kann auf den Widerspruch hingewiesen werden, der darin liegt, daß derjenige Richter, welcher bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens als Referent thätig gewesen ist, kraft Gesetzes eben wegen der Befangenheit, welche er durch das hierzu erforderliche genaue Aktenstudium erlangt hat, ausgeschlossen ist; daß die andern beiden bei jener Beschlußfassung mitwirkenden Richter zwar nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, wohl aber nach der Tendenz des Gesetzes ebenfalls von der Hauptverhandlung ausgeschlossen sind; daß aber anderseits dem Vorsitzenden der Hauptverhandlung und dem Richter, welcher nachher das Urteil zu verfassen haben wird, das genaueste Aktenstudium zugemutet wird!

Durchsuchung die gerichtliche Voruntersuchung ihren Anfang nehmen solle, ist unten zu sprechen.

³⁷⁾ Kommentar II, S. 116.

Die Klage darüber, daß die mündliche Hauptverwaltung durch das schriftliche Vorverfahren erdrückt und getötet wird, ist nicht neu. Schon vor mehr als 20 Jahren wurde geschrieben:³⁸⁾

„Das ganze Hauptverfahren besteht namentlich vor den nur aus rechtsgelehrten Richtern bestehenden Gerichtshöfen in einer matten und nicht selten ziemlich oberflächlichen Wiederholung der früheren Beweisaufnahme. Denn der Richter kennt bereits den ganzen Akteninhalt, er weiß, daß die Verhandlung ihm nichts Neues bieten kann, und er beschränkt sich im wesentlichen darauf, acht zu geben, ob nicht etwa Widersprüche und Abweichungen von den früheren Beweisresultaten vorkommen.“

Abgesehen von der Befangenheit eines oder mehrerer Richter, bringt das Studium der Akten des Vorverfahrens auch eine direkte Schädigung des Beweisverfahrens zu stande. Es wird sich, insbesondere wenn die Erhebungen des Vorverfahrens vom Richter bewirkt waren, mit innerer Notwendigkeit das Bestreben einstellen, dieselben für das Hauptverfahren zu fruktifizieren. Je besser, je eingehender die Protokolle sind, desto größer ist natürlich das Gewicht, welches sie für den Leser erlangen. Mit um so ungünstigeren Augen wird aber jede Verschiedenheit, welche in der Hauptverhandlung selbst hervortritt, angesehen werden. Neuerdings sind von Kronecker³⁹⁾ die Bemerkungen reproduziert worden, welche in dieser Beziehung vom Abg. Bölk in der Reichsjustizkommission⁴⁰⁾ gemacht worden sind.

Bei einer Abweichung des Zeugen von seiner früheren Aussage unterbricht ihn der Vorsitzende mit den Worten: „Das hat früher anders gelautet; haben Sie früher die Wahrheit gesagt oder einen Meineid geschworen?“ Natürlich

³⁸⁾ Dalke in Goldtanmiers Archiv, Band 14 (1866), S. 21; vergl. übrigens denselben im Archiv, Band 8 (1860), S. 151 und neuerdings Kronecker, Z VII 428: „Der Vorsitzende hat auf Grund der bei den Akten befindlichen ausführlichen Protokolle meist eine feste Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gewonnen und seinen Plan zur Ermittlung des Sachverhalts festgestellt. Ähnlich wie der Amtsrichter im Vorverfahren, sucht er durch seine Fragestellung das, was er für die materielle Wahrheit erachtet, nämlich die Schuld des Angeklagten, auch als Ergebnis der Verhandlung hervorgehen zu lassen“.

³⁹⁾ Zeitschrift a. a. O. S. 427.

⁴⁰⁾ Protokolle S. 385.

antwortet der Zeuge: „Ich habe früher die Wahrheit gesagt.“ Folgt Vorlesung der früheren Aussage, und wenn der Zeuge dennoch kouragiert sei, irgend etwas gegen das Protokoll einzumenden, z. B., das habe er früher nicht so gesagt, er müsse mißverstanden sein, so wird er mit der Frage angefahren, ob er etwa behaupten wolle, daß der Untersuchungsrichter falsch protokolliert habe. Damit ist natürlich der Einwand erledigt.

Kronecker knüpft daran übrigens mit Recht die Bemerkung, daß mit der Beseitigung des § 252 wenig gewonnen sein würde. Statt einer Verlesung würde eine „Vorhaltung“ platzgreifen d. h. eine Mitteilung des Protokollinhalts in indirekter statt in direkter Rede.

Der Fehler sitzt in der That tiefer. Die Erklärung für den gegenwärtigen Zustand wird darin zu finden sein, wie derselbe tatsächlich entstanden ist, daß nämlich die Einführung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit nur durch die öffentliche Meinung erzwungen wurde, ohne daß es den meisten Juristen irgendwie um dieselbe zu thun war. Damals wie jetzt ist die Meinung derselben vielmehr dahin gegangen, „daß die mündliche Hauptverhandlung nur unter fortdauernder Kontrolle durch die schriftlichen Vorermittlungen richtige Ergebnisse liefern werde.“ (Kronecker S. 427.)

Die Abhilfe wird hiernach nur darin bestehen können, daß man die Akten des Vorverfahrens und der Voruntersuchung dem erkennenden Gericht nicht mitteilt. — Diesem von Kronecker (S. 437) gemachten Vorschlag⁴¹⁾ kann ich mich nur durchaus anschließen. Der Einwand, daß der Vorsitzende den Inhalt der Akten des Vorverfahrens kennen muß, wenn er die Aufnahme des Beweises bewirken soll,⁴²⁾ wird, wie mir scheint, durch den Zivilprozeß widerlegt. Nach der Z. P. O. erfolgt die Beweisaufnahme gleichfalls durch den Vorsitzenden, während doch Akten des Vorverfahrens hier nicht existieren. Es ist auch von vornherein

⁴¹⁾ Derselbe erfährt allerdings ex post (S. 440) eine erhebliche Modifikation: dem Vorsitzenden des Hauptverfahrens soll das Protokoll übersandt werden, welches während der mündlichen Voruntersuchung (oder soll ich sagen: während der mündlichen Verhandlung, auf Grund deren der Eröffnungsbeschluß ergeht?) geführt wurde. Wie mir scheint, würde die Sache dadurch nicht wesentlich verbessert werden.

⁴²⁾ Sohn, Kommentar II, S. 193. Gneist, Protokolle S. 233.

gar nicht abzu sehen, weshalb im Strafprozeß eine Anklageschrift nicht ebenso gut zu der Instruktion desselben ausreichen soll, wie im Zivilprozeß. Wie bereits oben hervorgehoben, muß die Anklageschrift die einzelnen Thatfachen angeben, welche in der mündlichen Verhandlung zum Beweise ver stellt werden unter Angabe je der Beweismittel. Weshalb das zur Instruktion des Vor sitzenden nicht ausreichen soll, ist nicht einzusehen.

Die beiden oben gerügten Mängel (die Befangenheit des Vor sitzenden und die daraus entspringende Beeinträchtigung der Beweis aufnahme selbst) sind es, wenn ich nicht irre, gewesen, die zu der Forderung des Kreuzverhörs geführt haben. Richtig war die Vor stellung, daß die gegenwärtige Beweis aufnahme an erheblichen Gebrechen leide; völlig irrig dagegen diejenige über den Sitz des Übels und das demgemäß anzuwendende Heilmittel.

Wenn dem Vor sitzenden die Akten des Vorverfahrens nicht mitgeteilt werden, so ist er allerdings den Beweis anträgen des Angeklagten (§§ 218, 219) gegenüber nicht mehr in der gleichen Lage wie bisher. Zwar ihre Relevanz in thesi kann er nach wie vor prüfen; dagegen freilich nicht mehr die Wahrscheinlichkeit dafür, daß sich die Behauptungen des Angeklagten that sächlich als wahr herausstellen werden. Indessen geben die Akten zu dieser Beurteilung auch nur ein recht ungenügendes oder vielleicht auch gar kein Material, so daß es mir keineswegs sicher erscheint, daß sich mit der vorgeschlagenen Veränderung die Position des Angeklagten that sächlich verschlechtern würde. Umgekehrt würde dieselbe sogar eine viel bessere werden, wenn indirekt der Erfolg her beigeführt würde, daß seine Beweis anträge in der Hauptverhandlung mit etwas günstigeren Augen angesehen würden. Es darf als notorisch gelten, daß dieselben — mindestens wenn sie eine Vertagung notwendig machen, und das ist eigentlich stets der Fall — fast immer abgelehnt werden. Der Grund liegt in der — freilich sehr begreiflichen — Abneigung des Gerichts gegen eine vollständige Wiederholung der ganzen Verhandlung, welche bei Vertagungen infolge des § 228 notwendig wird.⁴³⁾ Aber sollte der letztere

⁴³⁾ Hierzu kommt freilich noch ein anderer sehr wesentlicher Grund: die Erfahrung, daß der Beweis des Angeklagten in den meisten Fällen scheitert. Die Erklärung hierfür liegt darin, daß derselbe meistens für eine Negative an getreten wird, da selbständige Thatfachen bei dem Entlastungsbeweis nur sehr

nicht dem Gedächtnis unsrer Strafrichter etwas gar zu wenig zu vertrauen? — Ich meine, das beharrlich geäußerte Verlangen nach Wiedereinführung der Berufung gibt zum Nachdenken Veranlassung. Das Hauptargument, welches für dieselbe vorgebracht wird, besteht doch darin, daß der Angeklagte erst in der Hauptverhandlung das gegen ihn vorliegende Belastungsmaterial kennen lerne. Sollte den Klagen nicht dadurch wenigstens zum Teil abgeholfen werden können, daß man etwa dem Angeklagten ein absolutes Recht gewährte, Vertagung zu fordern, dafür aber die Frist des § 228 auf eine oder zwei Wochen verlängerte? Seinen Beweisansprüchen würde dann sicherlich in erheblich größerem Umfange entsprochen werden.

Das Vorverfahren.

Die Aufgabe des Vorverfahrens besteht darin, zu ermitteln, ob bez. was für ein Verbrechen begangen worden, event. wer der Thäter desselben ist.

Daß diese Aufgaben gelöst werden müssen, geht ohne weiteres daraus hervor, daß, wie ja schon gleich im Anfang dieser Abhandlung hervorgehoben, ein großer Teil der Verbrechen in der Verborgenheit begangen wird und daß die Thäter bestrebt sind, sich der Bestrafung zu entziehen. Und auch diejenigen Verbrechen, welche sozusagen *coram publico* begangen werden, sind doch der Staatsanwaltschaft damit noch nicht bekannt, so daß diese auch in diesem Fall Ermittlungen über die Modalitäten der Begehung usw. anstellen muß.

Einwendungen gegen die obige Formulierung werden daher auch wohl kaum wegen dessen erhoben werden, was sie sagt, als wegen dessen, was sie nicht sagt: die abweichenden Anschauungen weisen dem Vorverfahren noch andre Aufgaben zu.

selten in Frage stehen, worüber unten Anm. 87 zu vergleichen ist. Die Erfahrung zeigt, daß *toto* die vom Angeklagten Zeugen dafür benannt werden, daß er etwas nicht gesagt, gethan usw. habe. Ein solcher Beweis ist ja denkbar, denn *ab non posse ad non esse valet consequentia*. Aber der Unterschied zwischen wissen, daß etwas nicht geschehen ist — und: nicht wissen, daß etwas geschehen ist — ist ein zu feiner, als daß er den gewöhnlichen Angeklagten einleuchten könnte. Und so ergibt sich denn ganz regelmäßig, daß wenn die Erhebung der Beweise bewirkt wird, Zeit und Mühe verschwendet ist.

So bemerkt Kronecker unter Berufung auf Heinze:⁴⁴⁾

„Die Aufgaben des Vorverfahrens sind zweierlei Art. Es soll erstens eine zuverlässige Grundlage für die Entscheidung der Frage geschaffen werden, ob überhaupt ein Hauptverfahren stattzufinden hat, und zweitens soll dem erkennenden Gericht das Material beschafft werden, dessen es für die Hauptverhandlung bedarf.“

Hier steckt m. E. beinahe in jedem Wort eine Unrichtigkeit.

Es ist unrichtig, vom Vorverfahren zu sagen, es solle eine zuverlässige Entscheidung darüber ermöglichen, ob überhaupt ein Hauptverfahren stattzufinden hat. Zunächst wird durch den ganzen Satz der Irrtum erregt, als ob jedes Vorverfahren zu einer solchen Entscheidung führen müsse. Das ist aber thatsächlich nicht der Fall; es kann ebenso gut im Sande verlaufen. Der Wortlaut des Gesetzes scheint freilich das Gegenteil auszudrücken.

§ 168. Bieten die angestellten Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft dieselbe. . .

Andernfalls verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens und setzt hiervon den Beschuldigten in Kenntnis, wenn er als solcher vom Richter vernommen oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war.

§ 169. Gibt die Staatsanwaltschaft einem bei ihr angebrachten Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage keine Folge, oder verfügt sie nach dem Abschluß der Ermittlungen die Einstellung des Verfahrens, so hat sie den Antragsteller unter Angabe der Gründe zu bescheiden.

Durch denselben wird denn z. B. John⁴⁵⁾ zu der Behauptung verleitet, das Vorverfahren könnte nicht im Sande verlaufen, und hieraus werden dann wiederum verschiedene, m. E. unrichtige Konsequenzen gezogen.

Allein selbst wenn die Intention des Gesetzes dahin gehen sollte, den Abschluß des Verfahrens durch eine Entscheidung für alle Fälle zu fordern, so würde die Natur der Sache stärker sein, als die gesetzliche Vorschrift. Es ist oben bereits hervorgehoben,

⁴⁴⁾ Z VII 410. Heinze im Archiv für Strafrecht, Band 24 (1876), S. 285.

⁴⁵⁾ Kommentar I, S. 473.

daß die Aufgabe des Ermittlungsverfahrens zuweilen keine lösbare ist, daß dasselbe zu einem *non liquet* führt. Daraus folgt aber, daß es an dem Zeitpunkt fehlt, in welchem der Staatsanwalt sich zwischen Klageerhebung und Einstellung schlüssig machen müßte. Er kann eben noch ein drittes, nämlich in der Hoffnung, daß sich im Lauf der Zeit weiteres Material finden werde, die Sache im Gange erhalten. Die Situation ist sehr häufig die, daß die bisherigen Ermittlungen noch nicht ausreichendes Material ergaben, um sich für Klageerhebung gegen eine bestimmte Person oder aber für Einstellung zu entscheiden.⁴⁶⁾

Sodann ist es irreführend, von einer „Entscheidung“ zu sprechen. Nicht um eine solche handelt es sich, sondern um einen Entschluß. Man könnte es sonst ebenso gut eine „Entscheidung“ der Staatsanwaltschaft nennen, in einer Sache die Berufung einzulegen. An sich würde auf das Wort wenig ankommen; aber mit dem Ausdruck Entscheidung wird zu leicht die Vorstellung verbunden, sie müsse unparteiisch ergehen und der materiellen Wahrheit entsprechen.

Dieser Gedanke wird dadurch noch schärfer accentuiert, daß für die Entscheidung bez. für die Grundlage derselben Zuverlässigkeit beansprucht wird. Da nun aber das von einer Partei allein beschaffte Material als zuverlässig nicht angesehen werden kann, so wird denn auch — lediglich unter Berufung auf das Anklageprinzip! — von Kroneser die Forderung aufgestellt, daß dem Beschuldigten ein Einfluß auf Sammlung und Auswahl aller Beweise zugestanden werden müsse.

„Es ist irrig, anzunehmen, daß der Staatsanwalt um unbegründete Anklagen zu vermeiden, den Entlastungsbeweis in ausreichender Weise berücksichtigen werde; die Natur der Sache führt dazu, daß der Staatsanwalt als Anklagebehörde auch das Interesse der Anklage besonders wahrnimmt und Verteidigungsbeweise besonders dann beiseite läßt, wenn ihm die Sache bereits aufgeklärt erscheint.“

Hier wird Vorverfahren und Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in unzulässiger Weise miteinander konfundiert. Das Vorverfahren ist als solches nur die Grundlage für den staatsanwaltlichen Entschluß, ob er Klage erheben will oder nicht. Bei

⁴⁶⁾ Hierauf habe ich in meiner Abhandlung über die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses (Z V 4) hingewiesen.

einer Erörterung de lege ferenda bez. einer kritischen Betrachtung des geltenden Rechts darf keineswegs als selbstverständlich vorausgesetzt werden, daß der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens auf Grund der schriftlich fixierten Erhebungen des Vorverfahrens ergehen müsse. Mit andren Worten, es darf durchaus nicht argumentiert werden: der Gerichtsbeschluß über Eröffnung des Hauptverfahrens ergeht auf Grund der Akten des Vorverfahrens; damit dieselben erschöpfend und zuverlässig sind, muß das Vorverfahren so und so gestaltet werden. Vielmehr ist zu fragen: 1. Welche Konstruktion ist erforderlich, wenn das Vorverfahren die ihm obliegende Aufgabe lösen soll? 2. Auf welcher Basis kann der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergehen?

Hieraus folgt nun aber, daß der Vorschlag, dem Beschuldigten während des Vorverfahrens Einfluß auf Sammlung und Auswahl der Beweise zuzugestehen, als unbegründet und thatsächlich unmöglich zurückgewiesen werden muß. Wenn die Staatsanwaltschaft, sofern es allein in ihrem Ermessen steht, ein Hauptverfahren herbeizuführen, häufig grundlose Klagen erhebt, so wird die Frage zur Entstehung kommen, ob das System geändert werden solle, d. h. ob im Interesse der Steuerzahler wie der Beschuldigten die Eröffnung des Hauptverfahrens von einem Gerichtsbeschluß abhängig gemacht werden soll. Hier wird es dann freilich ziemlich selbstverständlich sein, daß der Beschuldigte dem beschließenden Gericht seine Entlastungsbeweise angeben bez. vorführen darf, so daß für eine eingehende Berücksichtigung derselben Sorge getragen ist. — Will man aber dies System nicht adoptieren, so wird es dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen bleiben müssen, in welchem Umfange sie die zu Gunsten des Beschuldigten sprechenden Momente feststellt. Es wird kaum der besondern Darlegung bedürfen, daß es hier ganz undenkbar sein würde, dem Staatsanwalt etwa die formelle Verpflichtung aufzuerlegen, die vom Beschuldigten vorgeschlagenen Erhebungen vorzunehmen. Natürlich kann ihm dies im einzelnen Fall zweckmäßig erscheinen. Dann geschieht es aber im Interesse der Strafverfolgung, nicht in dem des Beschuldigten. Ganz Entsprechendes gilt schon von der Vernehmung des Beschuldigten selbst und seiner Zuziehung zu einzelnen Erhebungen. Zweifellos wird erstrebt sich vielfach empfehlen. Denn der Beschuldigte kann vielleicht die Unrichtigkeit des Verdachts sofort darthun, oder er legt ein Geständnis ab, kurz er fördert vielleicht die Zwecke des Ermittlungs-

verfahrens. Schließlich wird aber doch dem Belieben des Staatsanwalts anheimgestellt werden müssen, ob er diese Maßnahmen ergreifen will oder nicht. Wird dem Staatsanwalt die Aufgabe gestellt, zu ermitteln, ob bez. von wem ein Verbrechen begangen ist, so wird man es seinem Ermessen überlassen müssen, durch welche Ermittlungen er in jedem einzelnen Fall zum Ziel zu gelangen in der Lage ist. Es ist ganz unmöglich, daß das Gesetz darüber noch nähere Bestimmungen trifft, welchen Weg er jedesmal einzuschlagen hat. Wird von dem Gesetz, wie in § 158 Abs. 2 St. P. O., die instruktionselle Vorschrift aufgestellt, er habe nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln, so wird dadurch seine Aufgabe nicht im mindesten geändert. Denn die Notwendigkeit besteht für ihn genau in der gleichen Weise, wie etwa für einen Feldherrn, sich nicht nur über die Stärke der eignen, sondern auch über die der feindlichen Armee zu informieren.

Wenn mindestens die Forderung aufgestellt wird, daß dem Beschuldigten von dem ihn belastenden Beweismaterial Kenntnis gegeben werden müsse⁴⁷⁾, so beruht dies auf einer verkehrten Vorstellung von der Informationspflicht. Es wird übersehen, daß diese letztere sich nur auf die Hauptverhandlung bezieht, somit erst mit der Klageerhebung zur Entstehung gelangt. Solange zweifelhaft ist, ob überhaupt Klage erhoben werden wird — und das ist während des ganzen Vorverfahrens der Fall — ist von ihr nicht die Rede.

Eine Modifikation würde nur dadurch herbeigeführt werden, wenn dieselbe bedeutete, daß dem Beschuldigten von dem Belastungsmaterial vor der Hauptverhandlung unmittelbare Kenntnis gegeben werden müsse; m. a. W. wenn es zur Vorbereitung der Verteidigung des Beschuldigten notwendig wäre, daß er das persönliche und sachliche Beweismaterial schon vor der Hauptverhandlung selbst sieht und hört.

Diese Behauptung ist nun freilich vielfach aufgestellt, z. B. auch von Kronecker, aber noch niemals bewiesen. Wie im Zivilprozeß, so wird auch im Strafprozeß genügen, wenn jede Partei dem Gegner mitteilt, welche Behauptungen sie aufstellen und welche Beweismittel sie im einzelnen für dieselben benutzen wird. Will sich der Beschuldigte die Auskunftspersonen ansehen, so mag er dies außergerichtlich thun; sie ihm offiziell vorzustellen, ist wahrlich kein Anlaß.

⁴⁷⁾ Vergl. Kronecker, Z VII 410 ff. und 451.

Zeitschrift f. d. gei. Strafrechtsw. IX.

Als zweite selbständige Aufgabe des Vorverfahrens wird sodann angeführt, daß dasselbe dem erkennenden Gericht das Material beschaffen solle, dessen es für die Hauptverhandlung bedürfe. Was hiermit gemeint ist, geht mit größerer Deutlichkeit aus dem folgenden Satz hervor:

„Letzter Zweck dient die Ermittlung der für die Hauptverhandlung erforderlichen und die Ausscheidung der entbehrlichen Beweismittel, wozu naturgemäß oft eine vorläufige Aufnahme dieser Beweise erforderlich ist, die Sicherung der Person des Beschuldigten durch Verhaftung, die Auffindung und Erhaltung sachlicher Beweismittel mittels Durchsuchung und Beschlagnahme, die Herstellung einer urkundlichen und möglichst zuverlässigen Vermittlung für diejenigen Beweise, deren Erhebungen in der Hauptverhandlung nicht möglich ist . . .“

Hier ist vor allem dasjenige auszuscheiden, was zwar tatsächlich oft vor der Klageerhebung vorgenommen werden muß, begrifflich aber mit dem Ermittlungsverfahren und der Aufgabe desselben nichts zu thun hat. Dahin gehört die Sicherung des Beweises und die Verhaftung des Beschuldigten. Der Verlust eines Beweismittels kann in jedem Stadium des Verfahrens plötzlich drohen, in der Berufungsinstanz, nachdem das Revisionsgericht die Sache zur abermaligen Verhandlung zurückgewiesen hat, ja nach rechtskräftigem Urteil, wenn ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt ist oder beabsichtigt wird. Ganz dasselbe gilt bez. des Fluchtverdachts.

Ob man die eigentliche Aufgabe des Vorverfahrens ohne weiteres lösen kann, oder dazu der Zwangsmittel (Durchsuchung, Beschlagnahme, Kollisionshaft) bedarf, ist natürlich ganz gleichgültig.

So bleibt nur die Beschaffung des für die Hauptverhandlung erforderlichen Beweismaterials übrig. Davon spricht auch Heinze in der von Kronecker citierten Stelle. Allein diese Aufgabe fällt mit der ersten: Ermittlung, ob und was für ein Verbrechen begangen und wer der Thäter desselben ist — zusammen. Selbstverständlich wird der Staatsanwalt, wenn er mit seinen Ermittlungen zu Ende ist und sich zur Anklageerhebung entschließt, die erhobenen Beweise sichten und nur diejenigen dem Gericht produzieren, welche wesentlich sind. Dabei ist es aber unvermeidlich, daß dies die nämlichen sind, welche in ihm die Überzeugung hervorgerufen haben, in dem Beschuldigten den richtigen Thäter ermittelt zu haben.

Ich müßte keine Handlung des Vorverfahrens, welche lediglich dieser zweiten Aufgabe des Vorverfahrens diene. Wäre dieselbe aber selbständig, so müßte es doch solche geben. — Bis auf den Beweis des Gegenteils möchte ich daher daran festhalten, daß das Vorverfahren nur eine — die oben formulierte — Aufgabe zu lösen hat. —

Es besteht nun darüber kein Zweifel, daß die Staatsanwaltschaft die in dem Vorverfahren erforderlichen Ermittlungen zu bewirken hat und daß ihr dabei die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes als untergeordnetes Organ zur Verfügung stehen müssen. Von dem positiven Recht wird aber außerdem auch eine Mitwirkung des Amtsrichters vorgeesehen. Dieselbe ist teils obligatorisch, teils fakultativ, d. h. der Staatsanwalt ist entweder nicht befugt, die betreffende Untersuchungshandlung selbst vorzunehmen, so daß er also, wenn er ihre Vornahme wünscht, den Amtsrichter anzugehen genötigt ist, oder er könnte die betr. Handlungen auch selbst vornehmen bez. durch die Polizei- und Sicherheitsbeamten vornehmen lassen, so daß der Amtsrichter hier nicht anders, wie die lesterwähnten Beamten, als Gehilfe des Staatsanwalts erscheint.

Innerhalb der ersten Kategorie sind wiederum zwei Fälle zu unterscheiden: die Zwangsmittel und die Sicherung des Beweises.

Wenn die Entscheidung über die prozessualen Zwangsmittel dem Richter übertragen ist, so beruht das auf den oben S. 8 angestellten Betrachtungen: es soll von einer unparteiischen Behörde geprüft werden, ob die von dem Gesetz aufgestellten Voraussetzungen im konkreten Fall vorliegen, nicht aber von einer solchen, die an der Anwendung derselben ein Interesse hat. Es kommt hier nicht in Betracht, daß von diesem Grundsatz aus praktischen Gründen Ausnahmen — insbes. bekanntlich bei Gefahr im Verzug — zugelassen sind. Genug, das Prinzip lautet: über die Verwendung der Zwangsmittel entscheidet der Richter.

Daß die Sicherung des Beweises, d. h. die Aufnahme derjenigen Beweise, welche dem erkennenden Gericht voraussichtlich nicht werden vorgeführt werden können, durch den Richter zu erfolgen hat, ist deshalb notwendig, weil dieselbe, wie hieraus zu entnehmen, als Antizipation der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung erscheint.

Die Unterscheidung zwischen den sich hiernach ergebenden drei Gruppen von Handlungen ist außerordentlich wichtig und sowohl zum Verständnis der *lex lata* wie zur Erörterung der *lex ferenda* unbedingt erforderlich.

In ersterer Beziehung zeigt sich dies sofort bei dem berichtigten § 160 Abs. 2:

„Der Amtsrichter hat zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falls gesetzlich zulässig ist.“

Bei den zahlreichen Erörterungen, welche derselbe hervorgehoben hat, scheint mir der gemeinsame Fehler der zu sein, daß man den Unterschied zwischen diesen drei Gruppen von Handlungen übersieht, um welche der Amtsrichter ersucht werden kann. Gleichwohl bedeutet bei jeder derselben der Ausdruck „gesetzlich zulässig“ etwas andres. Dies sei hier beispielsweise für die Fragen der Zulässigkeit des Vorverfahrens überhaupt (Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen z. B. des Antrags oder Subsumierbarkeit der That unter ein Strafgesetz) auseinandergelegt.

1. Bei denjenigen Untersuchungshandlungen, die der Staatsanwalt auch selbst vornehmen könnte, darf der Amtsrichter ihr Vorhandensein nicht prüfen; er ist hier einfach Gehilfe des Staatsanwalts und hat sich daher der Rechtsanschauung desselben zu accommodieren. Ein indirekter Beweis hierfür liegt auch darin, daß, wenn er ablehnte, der Staatsanwalt die Handlung selbst vornehmen würde. —

2. Bei der Sicherung des Beweises kann man zweifeln. Die vergleichende Heranziehung des Zivilprozesses führt zunächst gleichfalls zur Verneinung. Denn in Z. P. O. § 449 ff. ist davon nicht die Rede, daß der Antragsteller, der Klage noch nicht erhoben hat, seinen Anspruch anzugeben und das Gericht denselben auf seinen Rechtsgrund bez. (soweit angängig) auf das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen zu prüfen hätte. Indessen wird doch wohl eine Einschränkung zu machen sein. Vom Gericht darf keine völlig überflüssige Arbeit verlangt werden. Würde z. B. die Rechtersheblichkeit der Thatfache, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll, schlechterdings nicht erhellen, so würde das Gericht den Antragsteller darüber befragen, event. aber den Antrag zurückweisen. Gleiches würde geschehen, wenn aus den Ausführungen zu entnehmen ist, daß es der beabsichtigten Klage offensichtlich am Rechtsgrund fehlt. Für den Strafprozeß wird nichts andres gelten können. Die Rechtskenntnis des Staatsanwalts kann keinen Unterschied begründen, denn der Rechtsanwalt hat dieselbe ebenfalls. Die Amtsstellung kann aber ebensowenig für das Gegenteil ausschlaggebend sein. Die Ablehnung erfolgt dann hier aber nicht, weil die beantragte Handlung gesetzlich unzulässig, sondern weil sie überflüssig ist. Ganz das-

selbe ist zu sagen, wenn die Ablehnung deshalb erfolgt, weil der Verlust des Beweismittels nicht zu befürchten ist. — 3. Bei den Zwangsmitteln ist die Frage dagegen unbedingt zu bejahen, d. h. der Amtsrichter muß die Zulässigkeit des Strafverfahrens überhaupt prüfen. Für die Subjektivität der That unter ein Strafgesetz scheint mir das deshalb ganz evident, weil das Gesetz ja den Verdacht einer „strafbaren Handlung“ ausdrücklich fordert. Derselbe ist nicht vorhanden, wenn der Amtsrichter die Handlung nicht für strafbar erachtet. — Man erwäge folgendes. Es wird nach Z. P. O. § 800 Arrestantrag gestellt; dem Anspruch fehlt es am Rechtsgrunde. Daß das angegangene Amtsgericht zur Zurückweisung des Antrags verpflichtet ist, dürfte kaum einem Zweifel unterliegen. Die Bemerkung des Antragstellers, darüber habe nicht das Amtsgericht, sondern das Prozeßgericht zu entscheiden, dürfte kaum von Erfolg sein. — Ebenjowenig durchschlagend ist für den Strafprozeß die Ausführung von John (Kommentar II. S. 355 ff.), die Zweifel darüber, ob eine Handlung strafbar sei oder nicht, habe der Amtsrichter zu entscheiden nicht die Befugnis; denn nicht er, sondern der Staatsanwalt habe über die Erhebung der öffentlichen Klage zu entscheiden.

„Eine Entscheidung des Amtsrichters: ich verweigere die Vornahme der beantragten Untersuchungshandlung, weil die verfolgte Handlung offenbar keine gerichtlich strafbare ist, hieße nichts andres als: in dieser Sache darf offenbar eine öffentliche Klage nicht erhoben werden.“ —

Meiner Meinung nach durchaus nicht. Sie bedeutet vielmehr: „Erhebe die öffentliche Klage, wenn es dir geboten erscheint, ich erlaße den Haftbefehl nur, wenn es mir geboten erscheint.“ Und da das Gesetz die Entscheidung über die Klageerhebung dem Staatsanwalt, über die Verwendung der Zwangsmittel dem Amtsrichter zuweist, so dürfte das auch wohl das richtige Ergebnis sein.

Genau in der gleichen Weise ist die Unterscheidung der drei Arten von richterlichen Untersuchungshandlungen für § 165 notwendig:

In den Fällen der §§ 163, 164 gebührt der Staatsanwaltschaft die weitere Verfügung.

Die in Bezug genommenen Paragraphen lauten:

§ 163. Wenn Gefahr im Verzuge obwaltet, hat der Amtsrichter die erforderliche Untersuchungshandlung von Amts wegen vorzunehmen.

§ 164. Wird der Beschuldigte von dem Amtsrichter vernommen und beantragt er bei dieser Vernehmung zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen, so hat der Amtsrichter dieselben, soweit er sie für erheblich erachtet, vorzunehmen, wenn der Verlust der Beweise zu besorgen steht oder die Beweiserhebung die Freilassung des Beschuldigten begründen kann.

Der § 165 befand sich früher als Abf. 2 bei § 163 und hat erst durch die Reichsjustizkommission seine gegenwärtige Stellung bez. seine Ausdehnung auf § 164 erhalten. Für diesen letztern hat aber die Vorschrift einen stark modifizierten Sinn. Man nehme an, der Zeuge X ist in dem Ermittlungsverfahren gegen M. N. polizeilich oder durch die Staatsanwaltschaft in Person vernommen worden. Er erkrankt plötzlich schwer und daher beantragt der Beschuldigte, da der Verlust des Beweismittels zu besorgen steht, die richterliche eidliche Vernehmung des Zeugen. Es hat gar keinen Sinn, für diesen Fall vorzuschreiben, daß der Staatsanwaltschaft die „weitere Verfügung gebühre“. Oder der wegen Fluchtverdacht Verhaftete benennt, um seine Freilassung herbeizuführen, Zeugen dafür, daß ersterer in Wahrheit nicht bestände. Der Amtsrichter erhebt den Beweis, findet die Angaben bestätigt und hebt die Verhaftung auf. Der Staatsanwalt hat auch hier nichts zu „verfügen“. In beiden Fällen ist der Inhalt der Erhebungen für das Ermittlungsverfahren des Staatsanwalts ohne Interesse; denn in dem erstern ist die Aussage des Zeugen dem Staatsanwalt ohnehin schon bekannt und in dem letztern hat die Ansässigkeit usw. mit den Ermittlungen gar nichts zu thun. — Das letztere kann sich natürlich auch anders verhalten. Bestreitet der Verhaftete z. B. nicht den Fluchtverdacht, sondern seine Thäterschaft, so werden die für seine Unschuld angeführten Beweise eo ipso nicht nur für die Entscheidung über die Haft, sondern auch für das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren Bedeutung besitzen. Es hätte also Berechtigung, wenn etwa vorgeschrieben würde, daß der Amtsrichter diese Beweiserhebung dem Staatsanwalt sofort mitzuteilen hätte. Für die von dem Beschuldigten beantragte Sicherung des Beweises gilt selbstverständlich gleiches. — Der Ausdruck: „die weitere Verfügung gebührt der Staatsanwaltschaft“ paßt nur für den Fall, daß (wegen Gefahr im Verzuge) der erste Angriff vom Amtsrichter vorgenommen wird. Hier nimmt dieser die Stellung ein, welche sonst gemäß § 158 dem Staatsanwalt gebührt, und es ist

daher korrekt, zu sagen, daß nach Vornahme der betreffenden Handlung der Amtsrichter die Sache an den Staatsanwalt abzugeben hat.

In den Motiven zu § 165 wird nur angeführt, daß:

„strafbare Handlungen häufig eher zur Kenntnis des Richters, als zu der der Staatsanwaltschaft kommen und ebenso häufig die ersten Schritte zur Feststellung des Thatbestandes oder zur Sicherung der Verfolgung sich als unaufschiebbar darstellen“.

Dies beweist, daß man nur an den ersten Angriff dachte und daß man übersah, Gefahr im Verzuge könne während eines anhängigen Strafverfahrens ebenfogut die Vornahme einer Untersuchungshaft notwendig machen.⁴⁵⁾

Endlich mag hier noch § 167 in der fraglichen Richtung erörtert werden. Derselbe bestimmt:

Für die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an den richterlichen Verhandlungen kommen die für die Voruntersuchung geltenden Vorschriften zur Anwendung.

Das Gleiche gilt hinsichtlich des Beschuldigten, seines Verteidigers und der von ihm benannten Sachverständigen, wenn der Beschuldigte als solcher vom Richter vernommen ist oder sich in Untersuchungshaft befindet.

Es finden sich nun in dem Abschnitt über die Voruntersuchung folgende hier einschlagende Bestimmungen:

§ 190 Abs. 2. Die Vernehmung (des Beschuldigten) erfolgt in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers.

§ 191 Abs. 2. Findet die Einnahme eines Augenscheins statt, so ist der Staatsanwaltschaft, dem Angeeschuldigten und dem Verteidiger die Anwesenheit bei der Verhandlung zu gestatten.

Das selbe gilt, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden soll, welcher voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert, oder dessen Erscheinen wegen großer Entfernung besonders erschwert sein wird.

⁴⁵⁾ Man vergl. auch St. P. O. § 189, wo der Ausdruck: „Die weitere Verfügung gebührt . . . der Staatsanwaltschaft“ in bezug auf den ganz entsprechenden Fall gebraucht ist.

Von den Terminen sind die zur Anwesenheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen, soweit dies ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann.

Es ist zunächst zu konstatieren, daß Abj. 1 (ebenso übrigens § 193) nur an solche Augenischeinnehmungen denkt, welche in der Hauptverhandlung nicht wiederholt werden können. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Gleichstellung mit Abj. 2 gerechtfertigt.

Demgemäß handelt § 191 also nur von der Sicherung des Beweises.

Folglich ist § 167 aus dem Grunde verfehlt, weil er es anscheinend unternimmt, in voller Allgemeinheit die Frage zu entscheiden, in welchem Umfange Staatsanwalt und Beschuldigter das Recht hätten, den richterlichen Untersuchungs-handlungen beizuwohnen, der Sache nach aber lediglich auf Bestimmungen verweist, die eine Art der richterlichen Untersuchungs-handlungen betreffen. Bezüglich der beiden andern Kategorien ist man also -- abgesehen von der singulären Vorschrift des § 190 Abj. 2 -- auf allgemeine Erwägungen angewiesen.

Bei Anstellung derselben ergibt sich wiederum sofort, daß zwischen den drei Gruppen von richterlichen Untersuchungs-handlungen die erheblichsten Unterschiede bestehen.

Bei der Sicherung des Beweises wird doch die Befugnis der Beteiligten zur Anwesenheit deshalb anerkannt, weil es sich hier um Antizipationen der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung handelt, bei dieser aber denselben eine bestimmte Einwirkung gestattet ist, die demgemäß auch hier zugelassen werden muß.

Wenn Beweiserhebungen in Frage stehen, von deren Ergebnis die Aufhebung oder Aufrechterhaltung eines Zwangsmittels, insbesondere der Haft, abhängt, so wird das gleiche Resultat, aber aus völlig verschiedenen Gründen sich ergeben. Man nehme an, der Verhaftete benennt Zeugen, welche seine Unschuld bekunden sollen und der Amtsrichter hat gemäß § 164 ihre Vernehmung beschlossen. Die einfachsten Erwägungen sprechen dafür, dem Beschuldigten zu gestatten, dieser Vernehmung beizuwohnen, ja ferner, den Zeugen selbst Fragen vorlegen zu lassen. Denn der Verhaftete ist ja der Beweisführer! Auf seinen Antrag ist die Beweisaufnahme überhaupt angeordnet! Man müßte befürchten, seine Intentionen

ganz oder teilweise zu verfehlen, wenn man ihn hier ausschließt. Es wäre das die denkbar größte Inkonsequenz. Die Notwendigkeit, den Staatsanwalt zuzulassen, folgt hier aber einfach daraus, daß er die Haft beantragt hat und an der Aufrechterhaltung derselben ein Interesse besitzt. Zum mindesten wird die Sache dadurch vereinfacht, wenn er der Beweiserhebung beivohnt und damit das Fundament kennen lernt, auf welches der Beschluß des Amtsrichters, die Haft aufzuheben, gefaßt wird.

Hierbei ergibt sich zugleich, daß zwischen Vorverfahren und Voruntersuchung Differenzen bestehen. Denn in der letztern werden die Zwangsmittel nicht von der Staatsanwaltschaft beantragt und dieselbe hat an der Aufrechterhaltung kein oder wenigstens nicht das gleiche Interesse wie während des Vorverfahrens.

Endlich zeigt sich für die Handlungen der dritten Kategorie, daß zwischen den Beteiligten (Staatsanwalt und Beschuldigtem) ein fundamentaler Unterschied besteht. Der Beschuldigte hat jedenfalls auf Anwesenheit keinen Anspruch und, wie oben gezeigt, besteht sehr oft ein dringendes Interesse daran, ihm die Resultate der Ermittlungen nicht mitzuteilen bezw. ihn von den Erhebungen auszuschließen. Daß für den Staatsanwalt völlig verschiedene Erwägungen platzgreifen, liegt auf der Hand. Wie die Frage positiv rechtlich zu entscheiden ist, mag hier ausgelegt bleiben; es ist unten bei Besprechung der Voruntersuchung darauf zurückzukommen.

Gehen wir nunmehr zur kritischen Betrachtung des gegenwärtigen Vorverfahrens über, so wird vor allem der Erörterung bedürfen, daß das Gesetz den Amtsrichter zum Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft macht.

Es giebt keine Untersuchungshandlung, welche der Staatsanwalt selbst vornehmen könnte, um deren Vornahme er nicht ebenso gut den Amtsanwalt ersuchen dürfte. Und der Hinweis darauf, daß der Staatsanwalt die Befugnis zu derselben ebenso gut besitzt, berechtigt den Amtsrichter in keiner Weise, das Ersuchen abzulehnen. Von diesen Requisitionen wird in der Praxis der umfangreichste Gebrauch gemacht.

Die Veranlassung zu diesem System liegt einmal in der Gerichtsverfassung. Der Sitz der Staatsanwaltschaft ist am Landgericht; von hier bis zum Thatort des Verbrechens bezw. dem Wohnort der Zeugen ist die Entfernung aber vielfach erheblich. Abgesehen von der Belästigung der letztern würde ihre Vorladung bedeutende

Kosten erwachsen lassen. Dazu kommt, daß die Besetzung der Staatsanwaltschaft gegenwärtig eine zu schwache ist, als daß sie alle Vernehmungen selbst auszuführen in der Lage wäre.⁴⁹⁾ Die Polizeibehörden sind aber der Natur der Sache nach vielfach ungeeignet. Die schon hiernach vorhandene Neigung des Staatsanwalts wird vielleicht noch ein wenig durch die Vorstellung bestärkt, daß bei dem Gerichtsbeschuß über die Eröffnung des Hauptverfahrens die Protokolle des Amtsrichters größeres Vertrauen genießen als seine eigenen.⁵⁰⁾

Es ist aber unverkennbar, daß mit dem gegenwärtigen System die erheblichsten Nachteile verbunden sind. Dieselben sind zum Teil bereits mehrfach von andern Autoren hervorgehoben.

In erster Linie steht die durch den „Kreislauf der Akten“ hervorgerufene Verschleppung, über welche schon so viel geklagt ist.⁵¹⁾ Daß in der That schon mit dem bloßen Hin- und Herschicken der Akten eine bedeutende Menge Zeit verloren geht, wird niemand bestreiten. Auch die einzelne Ermittlung erfordert natürlich mehr Zeit, wenn sie von jemand vorgenommen werden soll, der bisher von der Sache gar nichts weiß. Dabei besteht dann noch die Gefahr, daß der requirierte Amtsrichter die Intentionen des Staatsanwalts nicht trifft, so daß gerade die Punkte nicht genügend

⁴⁹⁾ Vergl. Kronecker, Archiv für Strafrecht, Band 29 (1881), S. 325, Anm. 10.

⁵⁰⁾ Befördert wird endlich das staatsanwaltliche Requirieren des Amtsrichters noch dadurch, daß der Staatsanwalt nach der St. P. O. keine Ladungsgewalt hat. Dieser kann er allerdings nicht entbehren, und es ist ungereimt, bezw. mindestens höchst unpraktisch, ihm Ermittlungen aller Art zur Pflicht zu machen, ihn dabei aber auf den guten Willen der vorgeladenen Personen zu verlassen. Der Widerspruch des heutigen Systems kommt darin deutlich zum Ausdruck, daß man daselbe dahin angeben kann: der Staatsanwalt hat keine unmittelbare, sondern nur mittelbare Ladungsgewalt. Denn durch den Amtsrichter kann er sie immer zumege bringen. Die Ladung ist eben kein Zwangsmittel, für dessen Anwendung das Gesetz die Voraussetzung statuiert, so daß eine gerichtliche Entscheidung über ihr Vorhandensein möglich wäre. Vielmehr kann jeder ohne weiteres geladen werden. — Meines Erachtens müßte also die Staatsanwaltschaft das Recht zu Ladungen besitzen und somit auch zu Verurteilungen wegen ungehorsamen Ausbleibens befugt sein, gegen welche auf richterliche Entscheidung angetragen werden dürfte.

⁵¹⁾ Vergl. Kronecker, Z VII 432. Dalke in Goldammer's Archiv, Band 14 (1866), S. 16. Gneist, Vier Fragen, S. 88 ff. Peterson, Archiv für Strafrecht, Band 30 (1882), S. 325.

aufgeklärt werden, auf welche es dem Staatsanwalt ganz besonders ankam. Wie zeitraubend die hierbei notwendigen ausführlichen Protokollirungen sind, ist neuerlich von Kronecker⁵²⁾ — vielleicht etwas übertrieben — hervorgehoben worden.

Hiermit hängt der zweite Mißstand, die Unzuverlässigkeit, enge zusammen. Der Staatsanwalt soll auf Grund der zunächst vorgenommenen Ermittlungen seine weiteren Dispositionen treffen. Daß er von den erstern nur durch Vermittelung der Protokolle Kenntnis nimmt, wird die Richtigkeit der letztern oft genug beeinträchtigen. Wie oft es hierdurch verschuldet wird, daß die Aufklärung des Sachverhalts überhaupt nicht gelingt, entzieht sich naturgemäß jeder Beurteilung. Es ist eine zu enge Formulierung, wenn man sagt, daß der Staatsanwalt auf unzuverlässigem Material seinen Entschluß über die Anklageerhebung faßt. — Augenscheinlich sprechen für die Unmittelbarkeit an dieser Stelle alle diejenigen Gründe, welche ihre Einführung in der Hauptverhandlung notwendig erscheinen ließen.

Das gegenwärtige System hat aber noch einen weiteren Nachteil, welchen ich meinerseits sehr hoch veranschlagen möchte. Dadurch, daß der Amtsrichter als Gehilfe des Staatsanwalts thätig wird, verwandelt er sich aus einem Richter in ein Organ der Strafverfolgung und verliert damit die Unparteilichkeit, welcher er insbesondere für die Entscheidung über die Zwangsmittel bedarf. Dieser Erfolg wird hauptsächlich bei den generellen Requisitionen eintreten, welche in der Praxis beliebt sind und von der Wissenschaft für zulässig erklärt werden.⁵³⁾ Wenn der Amtsanwalt um „Feststellung des Thatbestandes“ oder gar um „Feststellung des Thatbestandes und Ermittlung des Thäters“ ersucht wird, so geht die dem Staatsanwalt obliegende Aufgabe vollständig auf ihn über; es ist sein Verdienst, wenn sie rasch und geschickt gelöst wird, seine Schuld, wenn dies mißlingt.

Alle diese Mißstände würden beseitigt werden, wenn der Staatsanwalt die in seinen Bezirk vorzunehmenden Erhebungen (soweit er sich nicht der Polizei bedienen will) selbst zu bewerkstelligen, um die Vornahme der Ermittlungen in einem andern Bezirk aber den dortigen Staatsanwalt zu ersuchen hätte, den

⁵²⁾ Z VII 432.

⁵³⁾ Vergl. John, Kommentar II, S. 361 ff. Glaser, Handbuch II, S. 369.

Amtsrichter aber nur bei den Zwangsmitteln und der Sicherung des Beweises requirieren dürfte.

Daß dies bei der gegenwärtigen Organisation nicht ausführbar sein würde, ist schon oben bemerkt. Hier darf hervorgehoben werden, daß jedenfalls in Summa die Arbeitsmenge nicht vermehrt, sondern vermindert werden würde. Denn bei der Konzentrierung in einer Hand würde eine sehr wesentliche Vereinfachung eintreten. Weßhalb aber die Staatsanwaltschaften mit den Landgerichten verbunden sein müssen, vermag ich nicht recht einzusehen. Verbrechen werden doch nicht ausschließlich am Sitz des Landgerichts oder in seiner nächsten Umgebung begangen. Da nun aber das dringendste Bedürfnis dafür besteht, daß die Behörde der Strafverfolgung ihre Thätigkeit nach Begehung eines Verbrechens mit möglichster Schleunigkeit beginnt und fortführt, so erscheint ihre Verbindung mit den Amtsgerichten (mindestens doch mit denjenigen, bei welchen detachirte Strafkammern bestehen!) geboten. Daß derjenige Staatsanwalt, welcher die Ermittlungen des Vorverfahrens geleitet hat, die Anklage in der Hauptverhandlung vertritt, ist zwar wünschenswert, aber doch nicht unumgänglich notwendig. Dies zeigen ja bereits die Fälle, wo eine gerichtliche Voruntersuchung stattfindet; denn hier wird ja ein erheblicher Teil der Ermittlungen vom Untersuchungsrichter bewerkstelligt. Auch im übrigen geschieht es heutzutage keineswegs in allen Fällen.

Daß es angemessen ist, wenn sich die Staatsanwaltschaften bei ihren Angelegenheiten gegenseitig Beihilfe leisten, wie es die Gerichte bei den ihrigen thun, sollte eigentlich keines Nachweises bedürfen; die Untersuchungshandlung wird dadurch doch zu keiner gerichtlichen, weil sie zufällig in einem andern Gerichtsbezirk vorgenommen werden muß.

Bei dieser Regelung würde auch das Verhältnis zum Amtsrichter ein einfaches und klares: Derselbe wäre beschränkt auf die Sicherung des Beweises und die Entscheidung über die Zwangsmittel.

1. Die Sicherung des Beweises.³⁴⁾ Eine Betrachtung der

³⁴⁾ Gegen die Bestimmung, daß der Staatsanwalt für die Erhebung derjenigen Beweise Sorge zu tragen habe, deren Verlust zu besorgen steht (St. P. O. § 158 Abs. 2), und überhaupt gegen das ganze System der Funktionenteilung im Vorverfahren wird heftig polemisiert von John, Kommentar II, S. 334 ff. „Das Gesetz sagt dem Staatsanwalt: Ich stelle dir zwei Aufgaben; daß sie richtig gelöst werden, dafür mache ich dich verantwortlich. Aber freilich! daß ich dir

J. P. D. dürfte wesentlich zur Klarstellung der hier einschlagenden Begriffe führen. Dieselbe zeigt, daß folgende Gestaltung geboten wäre. Bei persönlichen und sachlichen Beweismitteln⁵³⁾

auch die Mittel in die Hände geben sollte, die erforderlich sind, um die Aufgaben, für deren korrekte Lösung ich dich verantwortlich mache, auch lösen zu können, davon kann gar keine Rede sein, da ja bekanntlich die Staatsanwaltschaft eine Behörde ist, die den Anordnungen ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten verpflichtet ist und der man insofgedessen unmöglich gestatten darf, so einschneidende Untersuchungs-handlungen, wie z. B. eidliches Vernehmen und ähnliches vorzunehmen. Ich, das Geseß, habe nun einmal Mißtrauen gegen die Staatsanwaltschaft und deshalb stelle ich der Staatsanwaltschaft einen Gehilfen an die Seite, dem ich größeres Zutrauen zuwende, nämlich den Amtsrichter. Diejenige Untersuchungs-handlung, die der mißtrauenswerte Staatsanwalt nicht vornehmen darf, soll der vertrauenswerte Amtsrichter auf Antrag des mißtrauenswerten Staatsanwalts für diesen vornehmen und mit dieser auf dem Fundament des Mißtrauens beruhenden Hilfe soll dann der Staatsanwalt den ihm gestellten Aufgaben gerecht werden. — „Es läge doch so nahe“, meint vielleicht ein Staatsanwalt, „daß, da mir das Geseß bestimmte Aufgaben stellt, es mir auch die zur Lösung dieser Aufgaben erforderlichen Mittel gewähren müßte; denn so wie das Geseß mich hingestellt hat, gleiche ich einem Jäger, dem sein Herr nicht zutraut, daß er mit Feuerwaffe umzugehen versteht und dem insofgedessen noch ein zweiter Beamter, der auf Antrag des Jägers das Schießen zu besorgen habe, an die Seite gesetzt werden müsse. Ist das Geseß nun einmal so mißtrauisch gegen mich, so wäre es besser, es übertrüge daselbe die Aufgabe, zu deren Lösung mir die erforderlichen Mittel versagt werden, einer solchen Person, zu der man das Vertrauen des richtigen Gebrauchs der zur Lösung der gestellten Aufgabe erforderlichen Mittel hat. Ich will thun, was ich kann; aber wenn ich dasjenige, was ich thun soll, nur mit amtsrichterlicher Hilfe durchzuführen vermag, so möchte es wohl besser sein, wenn der Amtsrichter gleich die ganze Sache übernehme.“ — Und wenn ein Staatsanwalt derartiges verlautbaren sollte, was würde man ihm erwidern? — Bei sich selbst sagt man wohl: Der Mann hat vollkommen recht! Aber die Konsequenzen, die solch Zugeständnis haben würde, sind ja ganz unübersehbar, und folglich kann man solch Zugeständnis auch nicht machen. Man sagt also: Solche legerischen Ansichten sind mit den Prinzipien des Anklageprozesses unvereinbar. Unter den „Prinzipien des Anklageprozesses“ mag sich jeder denken, was er Lust hat (vergl. Einl. VI und VII). Jedenfalls hat das Wort „Anklage-prozeß“ so etwas wunderbar Beruhigendes.“ — Die Argumente beweisen augenscheinlich, daß es einer Mitwirkung der Gerichte bei der Strafrechtspflege überhaupt nicht bedarf. Denn die Aufgabe der Staatsanwaltschaft kann ebensogut generell dahin angegeben werden, es liege ihr ob, für die Bestrafung der Verbrecher Sorge zu tragen. Weshalb soll also dabei noch eine Mitwirkung der Gerichte stattfinden? Oder weshalb überträgt man nicht gleich die „ganze Sache“ den Gerichten? — Die Vorschläge Johns laufen allerdings darauf hinaus. Vergl. oben S. 35 ff.

⁵³⁾ Daß bei Urkunden die Voraussetzungen für eine Sicherung des Beweises tatsächlich selten vorliegen werden, ist zweifellos; ebenso sicher erscheint mir aber,

können Umstände eintreten, welche den Verlust des Beweismittels bez. die Erschwerung seiner Benützung herbeiführen, so daß die Beweisaufnahme in einem früheren Moment erfolgen muß, als an sich prozeßualisch geboten sein würde, event. schon vor der Klageerhebung. Der Antrag wird bei dem Prozeßgericht, sofern Klageerhebung noch nicht stattgefunden und in Fällen dringender Gefahr bei dem Amtsgericht gestellt werden müssen, in dessen Bezirk die Beweisaufnahme erfolgen soll. Derselbe wird, wenn er vom Staatsanwalt ausgeht, enthalten müssen: die Bezeichnung des Beschuldigten bez. die Angabe, daß derselbe noch unbekannt ist; die Bezeichnung der Thatfache, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll; die Bezeichnung der Beweismittel und die Angabe des Grundes, aus welchem der Verlust oder die erschwerte Benützung derselben zu befürchten ist. Dieser Grund bedarf der Glaubhaftmachung. Der Beschuldigte wird, wenn er bekannt ist, zu der Beweisaufnahme geladen; ist er unbekannt, so kann ihm ein Verteidiger zur Wahrnehmung seiner Rechte gestellt werden.

Die Frage, ob eine Sicherung des Beweises auch seitens des Beschuldigten beantragt werden kann, ist natürlich zu bejahen; auch in der Z. P. O. wird ja ein Unterschied zwischen den Parteien nicht gemacht, und das Bedürfnis kann selbstverständlich bei seinen Entlastungsbeweisen ebensogut eintreten wie bei den klägerischen Beweismitteln. Man könnte vielleicht daran Anstoß nehmen, daß ein solcher Antrag vom Beklagten vor der Klageerhebung gestellt werden dürfe, während er ja gar nicht bestimmt weiß, ob von Seiten des Gegners eine solche intendiert wird! Allein hier ist zu Befürchtungen gar kein Grund. Völlig ohne Veranlassung wird hier — schon der Kosten wegen — niemand den Antrag stellen. Die Sache erlebigt sich sogar für den Strafprozeß noch einfacher als für den Zivilprozeß, weil der Beschuldigte hier darauf wird hinweisen können, daß seitens des Staatsanwalts Erhebungen vorgenommen sind, daß er z. B. als Beschuldigter vernommen wurde oder dergleichen.

daß die Möglichkeit hierfür gleichwohl besteht. Man denke z. B. an Tinten, welche in einigen Jahren vollständig verblasen, an Papier, welches in Staub zerfällt, an Krißeilen an Mauern, die der nächste Regen abwäscht (etwa injuriösen oder unzüchtigen Inhalts) usw. Diese Fälle zeigen auch die Unrichtigkeit der in den Motiven zur Z. P. O. (S. 290) aufgestellten Behauptung, daß für die Urkunden durch das Institut der Feststellungsklage ausreichend Sorge getragen werde; denn die Voraussetzungen derselben brauchen keineswegs gegeben zu sein.

Frägt man nun, ob die St. P. O. ein derartiges Verfahren statuiert oder gestattet, so ist, glaube ich, dies letztere zu bejahen. Sie ist freilich weit davon entfernt, mit dem prozessualischen Begriff der Sicherung des Beweises zu operieren, allein ihre Bestimmungen stehen, wie ich glaube, in keiner wesentlichen Beziehung entgegen. Maßgebend sind die schon oben angeführten beiden §§ 163, 164.

§ 163. Wenn Gefahr im Verzuge obwaltet, hat der Amtsrichter die erforderlichen Untersuchungs-handlungen von Amts wegen vorzunehmen.

§ 164. Wird der Beschuldigte vom Amtsrichter vernommen und beantragt er bei dieser Vernehmung zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen, so hat der Amtsrichter dieselben, soweit er sie für erheblich erachtet, vorzunehmen, wenn der Verlust der Beweise zu besorgen steht, oder die Beweiserhebung die Freilassung des Beschuldigten begründen kann.

Es beruht m. E. auf einem vollständigen Irrtum, wenn man in § 164 „eine erhebliche Abweichung von dem Prinzip des Vorbereitsungsverfahrens“ erblickt. Es handelt sich gar nicht um eine „selbständige“ Erhebung der Entlastungsbeweise, wobei den Anträgen der Staatsanwalt „vorgegriffen“ wird, wie Löwe⁵⁶⁾ meint. Unrichtig ist auch die Aufwerfung der Frage bei John⁵⁷⁾:

„Wie fängt der Amtsrichter es an, einen Beschuldigten während des Vorverfahrens gegen einseitiges Vorgehen der Staatsanwalt zu schützen, wenn er selbst mit der Sache nichts zu thun hat?“

Für die Sicherung des Beweises nämlich ist es ganz selbstverständlich, daß dieselbe bei dem Amtsrichter beantragt werden muß; dieser Antrag aber, mündlich oder schriftlich gestellt, wird, wenn die Voraussetzungen für ihn vorliegen, zu den Maßnahmen führen.

Insbesondre von John (aber auch von andren Kommentatoren z. B. Löwe) werden die Eingangsworte des § 164 dahin aufgefaßt, daß der Beschuldigte den Antrag auf Sicherung des Beweises nur dann stellen dürfe, wenn er auf Antrag des Staatsanwalts resp. gemäß §§ 115, 128 vernommen wird; dagegen könne keineswegs der Beschuldigte die Initiative ergreifen und etwa seine Vernehmung

⁵⁶⁾ Kommentar S. 164, Anm. 1.

⁵⁷⁾ Kommentar II, S. 388.

zu dem Zweck herbeiführen, um diese Anträge zu stellen. Der Beweis hierfür wird in dem „Zusammenhang und dem Zweck der das Vorverfahren betreffenden Bestimmungen“ gefunden.

Hier rächt sich, wie mir scheint, daß man übersieht, es handle sich bei der Sicherung des Beweises gar nicht um etwas dem Vorverfahren Charakteristisches, daß dieselbe vielmehr in allen Stadien des Verfahrens notwendig werden kann. Die Ergebnisse der Beweisaufnahme werden zwar vielleicht tatsächlich schon im Ermittlungsverfahren verwertet; bestimmt sind sie aber nicht für dieses, sondern für die Hauptverhandlung. Keineswegs handelt es sich also bei § 164 darum, dem Beschuldigten einen gewissen Einfluß auf die Sammlung und Auswahl der Beweise während des Vorverfahrens einzuräumen.

Ein Streit über die Interpretation der Anfangsworte des § 164 ist m. E. deshalb müßig, weil event. § 163 ergänzend Platz griffe. Sofern „der Verlust der Beweise zu besorgen steht“, ist immer auch „Gefahr im Verzuge“ vorhanden. Der schriftlich gestellte Antrag des Beschuldigten würde dann also zu einem Verfahren von Amts wegen führen.

Hiermit erledigt sich, wie ich glaube, auch die Kontroverse, ob das Einschreiten des Amtsrichters bei Gefahr im Verzuge gemäß § 163 auf das Stadium des Vorverfahrens beschränkt oder während der ganzen Dauer des Verfahrens zulässig ist. Die Frage wird von John⁵⁸⁾ verneint und auf die Unmöglichkeit hingewiesen, daß der Amtsrichter neben dem Untersuchungsrichter, dem Untersuchungsgericht und dem erkennenden Gericht noch immer „mitarbeite“. Dazu müße er ja wissen, was für Strafsachen anhängig sind usw. Aber die Sache liegt ganz und gar nicht so, daß der Amtsrichter beständig „darauf zu passen hat“, ob er etwa wegen Gefahr im Verzuge einzuschreiten habe. Aber wenn er, insbesondere durch eine Mitteilung bez. einen Antrag der Beteiligten von einem Fall Kenntnis erhält, wo Gefahr im Verzuge obwaltet, dann ist er zum Einschreiten allerdings verpflichtet. Wenn also der Amtsrichter erfährt, daß ein zu einer Hauptverhandlung geladener Zeuge plötzlich tödlich erkrankt ist, so wird er nicht außeramtlich den Vorfigenden des erkennenden Gerichts davon benachrichtigen, wie John meint, sondern er wird amtlich gemäß § 163 prozedieren, und ins-

⁵⁸⁾ Kommentar II, S. 379 ff.

besondrer, wenn ein auf die Vernehmung des Zeugen gerichteter Antrag des Beschuldigten bei ihm eingeht, so ist er denselben zurückzuweisen durchaus nicht in der Lage. Die entgegenstehenden Argumente Johns beweisen, wie eine Vergleichung des Zivilprozesses zeigt, zu viel und daher gar nichts.

Der § 167 St. P. O. bezieht sich nun, wie die Erörterungen oben zeigten, gerade auf diesen Fall, und es würde durch seine Verweisung auf § 191 den hier aufzustellenden Forderungen genügt sein, wenn nicht im Abj. 2 bezüglich des Beschuldigten die Beschränkung aufgestellt wäre, daß derselbe als solcher vom Richter vernommen sein oder sich in Untersuchungshaft befinden müsse. Die Motive reden hier von einer „Schwierigkeit“, die darin liege, „daß, bevor der Antrag auf Voruntersuchung gestellt wird, ein Beschuldigter noch gar nicht oder nicht ausreichend von der Staatsanwaltschaft bezeichnet ist“. In Wahrheit ist von einer solchen gar nicht die Rede, sondern hier, nicht anders wie im Zivilprozeß vor der Klageerhebung, ist der Antragsteller entweder in der Lage, seinen künftigen Gegner zu bezeichnen, dann soll er es thun; oder er kennt ihn noch nicht, dann soll er dies glaubhaft machen (St. P. O. § 455). Zu der aufgestellten Beschränkung ist also absolut gar kein Grund. Ein loyaler Staatsanwalt wird durch die gegenwärtige Sachlage veranlaßt werden, die Vernehmung des Beschuldigten zu beantragen.

Die Bestellung eines Verteidigers zur Wahrung der Rechte des noch unbekannten Beschuldigten könnte m. E. der Amtsrichter auf Grund der §§ 141, 142, 144 vornehmen.

2. Die Zwangsmittel⁵⁹⁾. Dieselben werden vom Staatsanwalt beantragt und über ihre Anwendung vom Richter entschieden. Daraus folgt, daß der Staatsanwalt in seinem Antrag die konkreten Thatfachen anführen muß, welche denselben nach Maßgabe des Gesetzes rechtfertigen, und daß er dieselben glaubhaft machen muß.

⁵⁹⁾ Auffallenderweise will Kronecker, Z VII 438, Anm. 107, die Beschlagnahme und Durchsuchung zur Verfügung der Staatsanwaltschaft stellen, erstere mit der Beschränkung, daß sie außer Kraft tritt, wenn nicht in einer bestimmten Frist die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung beantragt werde. Wenn man sich erinnert, wie unangenehm die Durchsuchung empfunden wird, und welcher Mißbrauch mit generellen Durchsuchungen getrieben werden kann, so wird man dem nicht beitreten mögen. — In früherer Zeit wollte Tappelskirch, Goldammer's Archiv, Band 2 (1854), S. 336, sogar die Verhaftung der Polizei überlassen.

Davon ist freilich in der St. P. O. nicht die Rede. Gleichwohl kann es keinem Zweifel unterliegen, daß toto die so verfahren wird.

Das Schweigen des Gesetzes hat aber die üble Folge gehabt, daß man nicht einmal die Frage aufgeworfen hat: wie hat die Glaubhaftmachung zu erfolgen? Gleichwohl ist dieselbe bei der ganzen Angelegenheit die wichtigste überhaupt, insbes. viel wichtiger als die andre, ob die materiellen Voraussetzungen etwas enger oder weiter gezogen sind.

Heute erfolgt die Glaubhaftmachung stets durch Vorlegung der staatsanwaltlichen Akten. Dies Fundament ist ungenügend und unzuverlässig.

Daß die Mittelbarkeit hier wie immer zu einer Abschwächung und Trübung des Beweismaterials führt, ist selbstverständlich. Dazu kommt, daß die Zusammenschreibung der Akten gerade vom Antragsteller bez. seinen Gehilfen erfolgt, somit die Gefahr einer — unbewußt — partiischen Darstellung gegeben ist.

Bei so eminent wichtigen Beschlüssen, wie der Verhaftung, sollte mindestens die Regel die sein, daß der Richter die Zeugen selbst sieht und hört.

Die Frage, ob die Zeugen zu vereidigen sind, ist jedenfalls von der andren, ob sie im Vorverfahren überhaupt eidlich zu vernehmen sind, gänzlich zu trennen. Mindestens müßte der Richter die Befugnis der Vereidigung haben, wenn er dieselbe zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für erforderlich erachtet⁶⁰⁾.

In jedem Fall müssen über den staatsanwaltlichen Antrag bei dem Amtsrichter Akten erwachsen, welche bei demselben verbleiben. Die gegenwärtige Methode, wo der Staatsanwalt dem Amtsrichter nur seine Akten zur Kenntnisnahme vorlegt und sie sich sofort wieder zurückerbittet, stellt alle prozessualischen Grundsätze auf den Kopf. Dieselbe führt bekanntlich bei der Verhaftung zu den allerschlimmsten Mißständen, weil dem Amtsrichter mit den Akten die Möglichkeit fehlt, zu den Beweisansprüchen des Verhafteten Stellung zu nehmen bez. nach erhobenen Beweisen über die Anträge auf Frei-

⁶⁰⁾ Eidliche Vernehmungen zur Entscheidung über die Haftfrage fordert Dalcke, Goldammer's Archiv, Band 14 (1866), S. 23. Gneist, Vier Fragen, S. 75. Peterjon, Archiv für Strafrecht, Band 29 (1881), S. 289. Dagegen spricht sich aus Kronecker, Archiv für Strafrecht, Band 29 (1881), S. 350.

lassung zu entscheiden. Wenn also Protokolle über Zeugenvernehmungen als Mittel der Glaubhaftmachung zugelassen werden, so haben dieselben bei dem Amtsrichter als die Akten des nun beginnenden Arrestprozesses zu verbleiben. Bei der Beschlagnahme besteht die Notwendigkeit in der gleichen Weise. Selbst für die Durchsuchung kann nichts anderes gelten, ohgleich bei derselben natürlich das einmal Geschehene nicht rückgängig gemacht werden kann. Gleichwohl ist ja aber eine Beschwerde im Dienstaufsichtswege darüber sehr wohl denkbar, daß der Amtsrichter auf ganz ungenügende Gründe hin die Durchsuchung angeordnet hat, wie man sich ja auch über einen Polizeibeamten beschwert, der eine Versammlung per nefas aufgelöst hat. Der Amtsrichter muß also in der Lage bleiben, sich darüber auszuweisen, auf welches Material hin er die Durchsuchung angeordnet hat.

Beantragt der Staatsanwalt bei dem Amtsrichter ein Zwangsmittel, so beginnt damit ein von dem Hauptprozeß — der ja noch gar nicht begonnen hat! — unabhängiger Arrestprozeß. Es ist ungemein wichtig, daran festzuhalten, daß dieser mit seinen von dem Amtsrichter vorgenommenen Erhebungen nicht Teil des Vorverfahrens ist. Denn damit ist von selbst gegeben, daß die verschiedenen Fragen, wie Zuziehung der Parteien, Öffentlichkeit, Beeidigung der Auskunftspersonen für beide unabhängig zu stellen und zu beantworten sind.

Was die sogenannte Parteienöffentlichkeit anlangt, so dürfte wohl von vornherein klar sein, daß niemand zur mündlichen Verhandlung darüber geladen werden kann, ob er zu verhaften oder eine Sache bei ihm in Beschlag zu nehmen ist, oder ob bei ihm eine Durchsuchung vorgenommen werden soll. Denn durch diese Ankündigung würde in den meisten Fällen die Vereitelung der geplanten Maßregel herbeigeführt werden.

Dagegen kann der Betroffene sehr wohl anwesend sein, wenn es sich um die richterliche Bestätigung einer provisorisch von der Polizei vorgenommenen Maßregel handelt.

Außerdem aber wird die Verteidigung des Verhafteten, wie jede Verteidigung in Strafsachen, in erster Linie in einer Kritik der ihn belastenden Beweismittel und ihrer Ergebnisse bestehen. Er wird daher vielfach mit Fug und Recht verlangen dürfen, denjenigen Personen gegenübergestellt zu werden, deren Aussage ihn belastet.

Daß er außerdem das Recht hat, zu seiner Entlastung neue

Beweiserhebungen zu beantragen, ist schon jetzt geltenden Rechts (§ 164 Abs. 1); daß es geboten ist, ihm die Anwesenheit und ein Fragerecht bei diesen Erhebungen zu gestatten, wurde oben hervorgehoben. Beiläufig mag bemerkt werden, daß er diese Anträge doch keineswegs nur stellen darf, wenn er vom Amtsrichter vernommen wird, sondern daß er sich jederzeit zum Zweck seiner Antragsstellung dem Amtsrichter aus seiner Haft kann vorführen lassen.

Man glaubt nun vielfach, daß hierin allein noch kein ausreichender Schutz gegen ungerechtfertigte Verhaftung bez. ungerechtfertigte Fortdauer der Haft zu finden ist. Bei dem Erlass der St. P. O. wollte man eine weitere Kautel in den Fristen des § 126 aufstellen. Daß dieses Unternehmen vollständig mißglückt ist, und daß dieser Paragraph gerade das Gegenteil von dem herbeigeführt, was er erreichen soll, kann heute als notorisch gelten⁶¹⁾.

Es handelt sich, wie mir scheint, um die Erreichung zweier voneinander ganz verschiedener Zwecke: 1. die Untersuchungshaft soll nicht übertrieben lange dauern, sondern jeder Verhaftete thunlichst bald vom erkennenden Gericht abgeurteilt werden⁶²⁾; 2. der Verhaftete muß in der Lage sein, im Arrestprozeß seine Verteidigung zu führen, um seine Freilassung zu erwirken.

ad 1. kommt in Betracht, daß schon ohnehin die erheblichsten Gründe für die möglichste Beschleunigung des Strafverfahrens sprechen. Für Haftfachen noch besondere prozessualische Einrichtungen zu treffen, wird daher — abgesehen davon, daß man sie den andren vorangehen läßt — kaum möglich sein. Daß die einzelnen Beamten in dieser Richtung nicht lässig werden, kann nur durch die Dienstaufsicht, nicht durch gesetzliche Vorschriften sicher gestellt werden. Die Justizverwaltung wird insbesondere ihre Aufmerksamkeit darauf lenken müssen, ob nicht an dieser oder jener Stelle eine Vermehrung der Beamtenkräfte erforderlich ist.

Die Festsetzung von Präklusivfristen, mit deren Ablauf die Haft eo ipso erlischt, ist — von allem andren ganz abgesehen — schon deshalb vollkommen verfehlt, weil die kurze Dauer der Haft

⁶¹⁾ Vergl. insbesondere den Aufsatz von Peterson im Archiv für Strafrecht, Band 30 (1882), S. 322 ff.

⁶²⁾ Es ist ein fundamentaler Irrtum, wenn das Gesetz glaubt, daß mit der Eröffnung der Voruntersuchung etwas erreicht sei. Es zeigt sich hier wieder so recht deutlich der Irrtum, den Antrag auf Voruntersuchung als Erhebung der öffentlichen Klage aufzufassen.

verglichen mit der Durchführung des Strafverfahrens überhaupt als das minder Wichtige erscheint. Nun hängt es aber nicht allein von dem Willen der Strafverfolgungsbeamten ab, innerhalb welcher Zeit sie eine Angelegenheit so weit fördern, daß Anklageerhebung und Aburteilung möglich ist. Daraus folgt, daß, wenn mit Ablauf der Frist die Sache noch nicht so weit ist, man eben noch länger warten muß. Einen gefährlichen Verbrecher nur deshalb aus der Haft entlassen, weil die Frist abgelaufen ist, bedeutet für die Strafrechtspflege den reinen Mord⁶³).

ad 2. Hier wird es zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß die Bestellung eines Officialverteidigers für den Verhafteten in erheblich weiterem Umfange notwendig werden kann, als dies in der gleichen Sache ohne Verhaftung der Fall sein würde. M. a. W. der Arrestprozeß wird vielfach einen Verteidiger erheischen, der Hauptprozeß nicht. Der Grund für ersteres liegt darin, daß dem Verhafteten gerade wegen des Mangels seiner Bewegungsfreiheit die Möglichkeit zu Erkundigungen und Nachforschungen fehlt; für letzteres darin, daß in dem Arrestprozeß regelmäßig eine präparatorische Erörterungen der den Hauptprozeß ausmachenden Frage stattgefunden hat: ob der Beschuldigte das Verbrechen begangen hat, resp. ob dringende Verdachtsgründe gegen ihn vorliegen. Ob man deswegen so weit gehen muß, wie dies Heinze⁶⁴) will, daß man die Bestellung eines Verteidigers auf Verlangen des Beschuldigten für obligatorisch erklärt, möchte ich dahin gestellt lassen.

Jedenfalls bietet die Bestellung des Verteidigers einen sehr wesentlichen Vorteil. Derselbe könnte für berechtigt erklärt werden,

⁶³) Ob nicht doch noch irgendwelche Kautelen gegen zu lange Haftdauer ausfindig gemacht werden können, muß natürlich dahingestellt bleiben. Die Wahrscheinlichkeit dafür erscheint aber gering, wenn man sieht, daß die Gesetzgeber aller Kulturstaaten sich mit diesem Problem beschäftigen, aber noch nichts Geheiltes herausbekommen haben. Man vergleiche den Aufsatz von Peterson im Archiv für Strafrecht, Band 30 (1882), S. 322 ff. Bezüglich der St. P. O. möchte ich nur noch hervorheben, daß meines Erachtens die Beschlussfassung der Strafkammer gelegentlich der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (St. P. O. § 205, Abs. 2) jeden Wertes ermangelt. Denn wenn ein Haftbeschluß vorliegt und ein anderes Gericht soll, ohne daß die Beschwerde eines Beteiligten dazu Anlaß gibt, von Amts wegen noch einmal auf derselben Grundlage Beschluß fassen, so wird der neue Beschluß ganz regelmäßig mit dem alten übereinstimmen, ja sogar notwendigerweise zur Formalität werden.

⁶⁴) Strafprozeßuale Erörterungen, S. 19.

den Erhebungen in dem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren beizuwohnen bez. von den Resultaten durch Akteneinsicht Kenntnis zu nehmen. Die Notwendigkeit, ihm diese Befugnis zuzuwenden, scheint mir daraus hervorzugehen, daß die Verteidigung des Unschuldigen zuweilen in keiner andern Weise geführt werden kann, als daß man jemand anders als den wahrhaft Schuldigen nachweist. Es versteht sich nun zwar von selbst, daß der Staatsanwalt die Verpflichtung besitzt, die Freilassung des Verhafteten herbeizuführen, wenn er seinen Irrtum gewahr wird; es fragt sich aber doch, ob bei ihm dieser Moment nicht später eintreten wird als bei einem andern.

Im übrigen hat natürlich dem Verhafteten das *nobile officium iudicis* zur Seite zu stehen, d. h. also, der Richter hat dem Verhafteten die geeigneten Fragen vorzulegen und ihm so auf die Sprünge zu helfen, m. a. W. ihn zu veranlassen, die sachdienlichen Beweisansätze zu stellen. Ob man daneben dem Amtsrichter noch formell die Berechtigung einräumen will, *ex officio* Beweiserhebungen vorzunehmen, halte ich für ziemlich gleichgültig. Denn bei verständiger Ausübung der eben erwähnten Befugnis wird der Amtsrichter für alles dasjenige, was er für angezeigt erachtet, den Antrag des Verhafteten extrahieren. Bei Berücksichtigung des Falls, daß der Verhaftete eigensinnig ist und den Antrag nicht stellen will, m. a. W. daß er auf seine Verteidigung verzichtet, wird freilich zu sagen sein, daß er hier keine Disposition besitzt und daß es sich bereits im Arrestprozeß um Herstellung materieller Wahrheit handelt.

Dies dürfte der richtige Kern der so oft gehörten Behauptung sein, daß mit der Verhaftung die gerichtliche Voruntersuchung zu beginnen habe.

„Etwas von richterlichem Schutz vermag der Amtsrichter dem Beschuldigten zu gewähren, aber durchaus nicht vollen richterlichen Schutz. Hierzu würde erforderlich sein, daß der Amtsrichter aus den Akten des Staatsanwalts nicht bloß zu entnehmen vermag, was bis zur Zeit geschehen ist, sondern daß er auch in die Lage versetzt wird, von jetzt ab das weitere Vorgehen der Staatsanwaltschaft kontrollieren zu können, daß er selbst, auch ohne einen Antrag der Staatsanwaltschaft abwarten zu müssen — und zwar in allen Fällen — selbständig vorzugehen vermag, um auch seinerseits zu Gunsten

des Beschuldigten Ermittlungen vornehmen zu können. . . . Soll aber dies Resultat erreicht werden, so muß von dem Zeitpunkt an, an welchem eine die persönliche Freiheit des Beschuldigten beeinträchtigende Untersuchungshandlung erforderlich ist, die weitere Untersuchung von dem Richter geführt werden; d. h. die Sache wird von diesem Zeitpunkt an gerichtshängig werden müssen.“

Es sind dies die Betrachtungen, auf Grund deren John⁶⁵⁾ die oben (§. 32 ff.) mitgeteilten Thesen aufstellt.

Nun dürfte zunächst unbestreitbar sein, daß diese Erwägungen nur für die Verhaftung zutreffen. Nur bei dieser handelt es sich um einen dauernden Zustand, dessen Aufrechterhaltung von dem Resultat der künftigen Ermittlungen abhängt. Bei der Durchführung läßt sich an dem, was einmal geschehen ist, nichts mehr ändern. Und bei der Beschlagnahme wird mindestens in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Aufrechterhaltung derselben von dem Ergebnis der Ermittlungen unabhängig sein. — Dementsprechend wurde und wird denn von den andern Autoren⁶⁶⁾ die gerichtliche Voruntersuchung nur für Haftfachen gefordert.

Hierdurch würde indessen den Interessen des Beschuldigten am schlechtesten gedient sein. Denn der Richter, welcher nunmehr die weiteren Ermittlungen zu leiten hat, würde damit an die Stelle des Staatsanwalts treten und die Aufgabe desselben übernehmen, nämlich für die Überführung des Beschuldigten Sorge zu tragen. Damit ist aber von selbst gegeben, daß er seine Unbefangenheit vollständig einbüßt. Denn nunmehr wäre er dafür verantwortlich, daß die Ermittlung des Verbrechers gelingt. Da aber durch die Verhaftung von ihm selbst der Ansicht Ausdruck gegeben wurde, daß der mutmaßliche Thäter der Verhaftete sei, so gestaltet sich die weitere Aufgabe naturgemäß so, daß weiteres denselben belastendes Material aufgefunden werden muß. Je schwächer die Verdachtsgründe waren, die bei der Verhaftung gegen den Beschuldigten sprachen, desto einseitiger wird sich die weitere Untersuchung zu seinen Ungunsten gestalten.

⁶⁵⁾ Kommentar II, §. 202 ff.

⁶⁶⁾ Dalke, in Goltdammers Archiv, Band 8 (1860), S. 152, Band 14 (1866) S. 23. Oueist, Vier Fragen, S. 74. Kroneder, Z VII 435. — Vergl. hiergegen bereits Heinze, Strafprozeßuale Erörterungen, S. 35.

Ich glaube kaum den Einwand befürchten zu müssen, daß die oben als geboten bezeichnete Gestaltung der Sache nach auf das-
selbe herausläuft. Es wurde dort gesagt, dem Staatsanwalt müßten
die ferneren Ermittlungen obliegen, während der Amtsrichter der
Richter des Arrestprozesses bleibt und als solcher die von dem Be-
schuldigten beantragten Beweise erhebe, durch welche dieser seine
Freilassung herbeiführen wolle, übrigens ergänzend auch von Amts
wegen vorgehen könne.

Der fundamentale Unterschied besteht darin, daß es sich bei
diesen Erhebungen von Amts wegen nur um eine Ergänzung der
Entlastungsanträge des Beschuldigten handeln kann, keineswegs
aber eine selbständige Ermittlung des wahren Schuldigen. Gerade
deshalb konnte oben gesagt werden, daß praktisch wenig darauf
ankommt, ob der Amtsrichter diese Befugnis besitzt oder nicht.
Hiermit hängt aber wieder zusammen, daß das psychologische Ver-
hältnis zu dem Ergebnis der Erhebungen hier ein total anderes als
dort ist. Der Richter des Arrestprozesses behält seine volle Un-
parteilichkeit. Daß er kein Interesse daran hat, die Haft aufrecht
zu erhalten — ebenso wenig wie dieselbe zu verhängen — dürfte
wohl klar sein. Auch bedarf es ja hierzu der Beschaffung weiteren
Belaßungsmaterials in keinem Falle. Ebenso wenig ist aber natür-
lich ein Interesse daran vorhanden, die Unschuld des Verhafteten
zu erweisen, um denselben freilassen zu können. Dagegen besteht,
wie oben gezeigt wurde, bei den Organen der Strafverfolgung ein
sehr wesentliches (pflichtmäßiges) Interesse, die Verbrecher zu er-
mitteln und zu überführen. Wird aber mit der Verhaftung die
weitere Führung der Untersuchung dem Staatsanwalt abgenommen
und dem Richter übertragen, so succediert dieser in die dem ersteren
obliegende Aufgabe.

Nichtet sich der Verdacht, ein Verbrechen begangen zu haben,
gegen einen Unschuldigen, und wird derselbe verhaftet, so wird er,
wenn er den Fluchtverdacht nicht bestreiten bez. beseitigen kann und
auch etwa ein Alibibeweis scheitert, abwarten müssen, daß die
weiter geführte Untersuchung den wahren Schuldigen heraus-
bekommt. Das ist gewiß für den Betroffenen sehr hart, es läßt
sich dagegen aber nichts machen. Die Übertragung der Unter-
suchung an den Richter würde daran nur unter der Voraussetzung
etwas ändern, wenn derselbe geschickter und geeigneter für das Er-
mittlungsverfahren wäre, als der Staatsanwalt. Das kann aber

niemand behaupten. Der andre Grund aber, daß der Richter den zu seinen Gunsten sprechenden Momenten bei den Ermittlungen größeres Gewicht beilegen und daher früher von seiner Unschuld überzeugt sein wird, wie der Staatsanwalt, beruht auf Selbsttäuschung.

Die gerichtliche Voruntersuchung.

Die soeben besprochene Angelegenheit führt direkt zu der prinzipiellen Frage nach dem Wesen der gerichtlichen Voruntersuchung. Es fragt sich, ob der Untersuchungsrichter die Unparteilichkeit besitzt, welche der Richter besitzen soll? Dies hängt aber davon ab, ob die ihm obliegende Aufgabe die eines Richters, oder die eines Organs der Strafverfolgung ist. Denn für die letztere ergibt sich, wie oben gezeigt, aus ihrer Thätigkeit mit voller Notwendigkeit ein gewisses Präoccupiertsein. Mit Deklamationen über die Pflicht des Untersuchungsrichters zu voller Unparteilichkeit, zu gleichmäßiger Berücksichtigung des entlastenden wie des belastenden Materials usw. ist daher in keiner Weise etwas gewonnen.⁶⁷⁾ Denn genau die gleiche Tirade war bez. des Inquierenten des gemeinrechtlichen Prozesses möglich; und es besteht heute doch wohl kein Zweifel darüber, daß die Beschaffenheit der ihm obliegenden Aufgabe diese Unparteilichkeit ausschloß. Die einzig mögliche Methode ist daher auch hier, zu erörtern welches die Aufgabe der gerichtlichen Voruntersuchung sei?⁶⁸⁾

Um eine Antwort hierauf zu erlangen, möchte ich an die Worte Glajers⁶⁹⁾ anknüpfen:

„Die gerichtliche Voruntersuchung bedeutet, vom Standpunkt der geschichtlichen Entwicklung betrachtet, den Beitrag, den der gemeine deutsche Inquisitionsprozeß zu dem neuesten

⁶⁷⁾ Solche Deklamationen mag man bei Ortlöff nachlesen: Z II 407 ff. und Archiv für Strafrecht, Band 30 (1882), S. 256 ff.

⁶⁸⁾ Hierbei sei ausdrücklich bemerkt, daß im folgenden nur der regelmäßige Fall berücksichtigt wird, daß der Staatsanwalt die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung beantragt. Ob diese ihren Charakter ändert, wenn sie auf Antrag des Beschuldigten oder auf Beschluß des Gerichts eröffnet wird (St. P. O. § 200), mag hier dahingestellt bleiben.

⁶⁹⁾ Handbuch II, S. 314.

Strafprozeß beige-steuert hat, ja in ihr ist dieser Prozeß selbst zu einem Teil eines größeren von andern Prinzipien beherrschten ganzen geworden“.

Und an früherer Stelle⁷⁰⁾ war bereits gesagt worden:

„Die Voruntersuchung ist die Fortsetzung der alten, den gemeinen deutschen Prozeß vollständig ausfüllenden Untersuchung, deren (NB. der Voruntersuchung!) Eigentümlichkeit darin besteht, daß der mit derselben einmal befaßte Einzelrichter kraft seines richterlichen Amtes selbständig und unparteiisch die Interessen der Anklage und Verteidigung gleichmäßig berücksichtigt, nach eigener Überzeugung für die Aufklärung des Sachverhalts thätig ist . . .“

Nun hat aber die oben (§. 10 ff.) angestellte historische Betrachtung gezeigt, daß die Thätigkeit des Inquierenten im gemeinen Prozeß zwei Seiten hatte: er hatte einmal zu ermitteln, er war also insofern mit der Strafverfolgung beauftragt; er lieferte aber zugleich dem Gerichtskollegium das Material, auf Grund dessen dieses das Urteil sprach und insofern war seine Thätigkeit eine richterliche. Letzteres war in noch weiterem Umfange der Fall, wenn er bei der Fällung des Urteils mitwirkte oder es allein sprach. — Das in der Reformbewegung verfolgte Ziel war nun aber dieses, daß Strafverfolgung und Aburteilung von einander getrennt, erstere der Staatsanwaltschaft übertragen und das Gericht auf die letztere beschränkt wurde. Hiernach ist es aber ein Widerspruch in sich, den gemeinrechtlichen Prozeß als Teil des reformierten Prozesses beizubehalten. Denn man kann doch nicht gleichzeitig dem Gericht die Aufgabe der Ermittlung abnehmen und sie ihm belassen!

Die Aufnahme der gerichtlichen Voruntersuchung in den modernen Prozeß erklärt sich folgendermaßen. Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht sollte auf Mündlichkeit und Unmittelbarkeit basiert werden. Man glaubte nun aber (vgl. oben §. 43), daß diese nur unter der fortdauernden Kontrolle eines schriftlichen Verfahrens brauchbare Resultate liefern werde. Deshalb sollte also dem mündlichen ein schriftliches Verfahren vorangehen.

Dieser Erwägung entsprechend hätte dann das ganze Strafverfahren folgendermaßen organisiert werden müssen. 1. Staats-

⁷⁰⁾ A. a. O. I, S. 212.

anwaltschaft und Polizei betreiben die Ermittlungen und sofern diese dazu Anlaß geben, erhebt erstere die öffentliche Klage. Es beginnt dann 2. ein richterliches schriftliches Verfahren, um die Grundlage für das Urteil zu gewinnen. Der daselbe leitende Richter ist in demselben natürlich an den Inhalt der Klage gebunden. Ist die Zusammenschreibung der Akten beendet, so werden sie dem Gerichtskollegium mitgeteilt, vor welchem 3. noch eine mündliche Verhandlung mit unmittelbarer Beweisaufnahme stattfindet. Diese konnte dann passend „Schlußverhandlung“ genannt werden. Die Grundlage des richterlichen Urteils würde dann der Inhalt der Akten ebenfogut wie der der mündlichen Verhandlung bilden, und es würde dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben können, ob dieser oder jener bei Widersprüchen im Einzelfall, den Vorzug verdient. Den Richter, welcher den schriftlichen Teil des Verfahrens geleitet hat, von der Schlußverhandlung auszuschließen, wäre kein Grund, da er ja seine volle Unbefangenheit bewahrt; im Gegenteil, da er der bestinformierte Richter ist, würde seine Zuziehung, ja sogar seine Bestellung zum Referenten geboten sein.

Dieser Standpunkt ist aber von den Gesetzen nicht eingenommen worden. Vielmehr wird schon in denen der 48er Periode bestimmt, das erkennende Gericht habe nur auf Grund des Inhalts der mündlichen Verhandlung zu entscheiden.

Sonach ist das Institut der Voruntersuchung ganz unklarer und in sich widerspruchsvollen Vorstellungen entsprungen und verdankt in erster Linie dem so oft vorkommenden Bestreben seine Existenz, alte Einrichtungen beizubehalten, obgleich sie mit andern neuen, die nun einmal getroffen werden müssen, schlechterdings unvereinbar sind. Und dieser Umstand erklärt es auch, daß sowohl in den Vo.schriften der Gesetze selbst wie in denen der Motive keine klare Auskunft über das Institut gegeben wird. Denn worüber man sich selbst nicht klar ist, darüber vermag man auch andern keine klare Auseinandersetzung zu geben.

Thatsächlich dient die gerichtliche Voruntersuchung genau demselben Zwecke, wie das staatsanwaltliche Vorverfahren,¹⁾ nämlich

¹⁾ Es kann daher nicht überraschen, wenn bei der Voruntersuchung die gleichen Irrtümer wiederkehren, welche oben bei Besprechung des Vorverfahrens Erwähnung gefunden haben. So wenn z. B. Glaser (Handbuch II, S. 315) sich folgendermaßen äußert: „In ihr (der gerichtlichen Voruntersuchung) ist einem

zu ermitteln, ob und was für ein Verbrechen begangen worden und wer der Thäter desselben ist.

Bis zu einem gewissen Grade besteht hierüber auch Einverständnis. Man räumt ein, daß in der gerichtlichen Voruntersuchung ermittelt werden soll, nicht anders wie im staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren auch und macht dann nur Hinzufügungen, aus welchen sich zwischen beiden doch ein gewisser Unterschied ergeben soll. Beispielsweise seien hier die Worte aus dem Bericht der Reichstagskommission⁷²⁾ angeführt:

„Die Voruntersuchung ist dazu bestimmt, die gegen den Angeeschuldigten wegen einer bestehenden That erhobene Beschuldigung soweit zu erörtern, um eine Entscheidung des Gerichts darüber zu begründen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeeschuldigte außer Verfolgung zu setzen sei. Sie dient daher genau genommen demselben

Richter die Aufgabe gestellt, eine gegen eine bestimmte Person von einem hierzu Berechtigten erhobene Anschuldigung wegen einer bestimmten That einer Erprobung durch vorläufige Ermittlungen und Beweisaufnahmen zu unterziehen und das Thatsächliche so weit aufzuklären, daß verläßlich darüber entschieden werden kann, ob hinreichende Gründe vorhanden seien, den Angeeschuldigten wegen jener That unter eine Anklage zu stellen, über welche in öffentlicher Hauptverhandlung zu entscheiden ist. Daneben kommt es aber auch darauf an, für den Fall, daß eine Hauptverhandlung stattfinden muß, die Anwesenheit des Angeklagten und die Möglichkeit der Benutzung solcher Beweismittel, welche sonst verloren gehen würden, zu sichern, und der Anklage, wie der Verteidigung und dem Gericht die nötige Übersicht über das Beweismaterial zu verschaffen“. — Dies entspricht genau den Ansichten Kronesers über die Aufgaben des staatsanwaltschaftlichen Vorverfahrens, so daß es einer Wiederholung der oben dagegen angeführten Argumente nicht bedürfen wird. Im weiteren Verlauf wird sich zeigen, daß insbesondere bei den Vorschlägen zur Reform der Voruntersuchung ganz regelmäßig von der Vorstellung ausgegangen wird, dieselbe habe nur die Aufgabe, den Gerichtsbeschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu ermöglichen, ja daß sie wohl gar mit dem Verfahren bei dieser Beschlußfassung identifiziert wird. — Demgegenüber darf vielleicht folgende Frage aufgeworfen werden: könnte das geltende Recht nicht dahin geändert werden, daß auch nach einer gerichtlichen Voruntersuchung die Staatsanwaltschaft nach freiem Ermessen Anklage erheben oder das Verfahren einstellen dürfte? Und würde dadurch die Aufgabe oder das Wesen der gerichtlichen Voruntersuchung irgendwie modifiziert werden? Keines Erachtens nicht im geringsten! Dann kann aber auch für das geltende Recht nicht behauptet werden, daß die Aufgabe der Voruntersuchung darin bestünde, für jenen Gerichtsbeschluß eine zuverlässige Grundlage zu beschaffen.

⁷²⁾ S. 45.

Zweck, wie die Vorverörterungen, jedoch mit dem Unterschied, daß in der Voruntersuchung bereits die Anschuldigung wegen einer bestimmten That gegen eine bestimmte Person als Thäter oder Theilnehmer gerichtet ist und daß nunmehr die Erörterungen lediglich in die Hände des Richters, welchem die Entscheidung über den Umfang und die Richtung derselben gebührt, gelegt sind . . .“

Hierzu ist zu bemerken, daß auch die Ermittlungen des staatsanwaltschaftlichen Vorverfahrens sehr wohl wegen einer bestimmten That gegen einen bestimmten Thäter gerichtet sein können — wenn schon nicht zu sein brauchen. Und umgekehrt, die Voruntersuchung ist zwar formell auf die in den Eröffnungsantrag bezeichnete That und Person beschränkt, eine materielle Bedeutung besitzt diese Beschränkung indessen nicht.

Was für Verdachtsmomente den Staatsanwalt veranlassen, eine bestimmte Person zu beschuldigen, kommt bei der Eröffnung der Voruntersuchung nicht zur Erörterung. Es steht daher ganz im Ermessen desselben, ob er sich etwa mit einem Minimum begnügen will. Ja die St. P. O. nötigt ihn indirekt — durch die Bestimmung der Fristen in § 126, — den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung früher zu stellen, als er dies sonst thun würde. Es fragt sich nun, was geschieht, wenn die in der Voruntersuchung angestellten Ermittlungen zu dem Ergebnis führen, daß der Angeschuldigte die That nicht begangen habe, sondern ein anderer?

Der Untersuchungsrichter würde seine Aufgabe vollkommen verkennen, wenn er sich mit dem negativen Ergebnis bezüglich des Angeschuldigten begnügen und die Voruntersuchung schließen wollte. Formell ist er dazu freilich befugt; wenn er es aber thäte, so würde dies mindestens zu einer unerträglichen Verschleppung, wenn nicht zu einer noch empfindlicheren Schädigung der Sache führen.

Es ginge zunächst nicht an, daß der Staatsanwalt bezüglich des Angeschuldigten bei der Strafkammer den Antrag stellt, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen. Denn dazu muß er derselben die Akten des Vorverfahrens und der Voruntersuchung übersenden und da er die Nachforschungen nach dem wahren Thäter ohne diese nicht betreiben kann, würde dies involvieren, daß die Ermittlungen bis nach Rückkehr der letzteren vollständig ruhen. Dies wäre aber, gerade nachdem man durch Verfolgung der falschen Fährte schon

Zeit eingebüßt hat, für zahlreiche Fälle ein Verzicht darauf, den Thäter zu ermitteln.

Der Staatsanwalt würde also mutmaßlich einstweilen davon absehen, die Akten der Strafkammer vorzulegen, und selbst die Ermittlungen wieder aufnehmen. Ihm ist die Sache aber mittlerweile fremd geworden, er muß sich erst von neuem in sie einarbeiten. Wenn er dann später glaubt, den richtigen Thäter ermittelt zu haben, so käme die Sache zum zweiten Male an den Untersuchungsrichter, für den nun dasselbe gilt.

Ich sehe noch vollständig von dem sehr möglichen Fall ab, daß der Staatsanwalt, wenn der Untersuchungsrichter ihm die Akten übersender, die Anschauung desselben nicht teilt, die Unschuld des ursprünglich Angeeschuldigten habe sich herausgestellt; daß er demgemäß den Antrag stellt, die Voruntersuchung zu ergänzen, so daß als Intermezzo die erbaulichen Weiterungen platzgreifen, welche das Gesetz hier zuläßt.

Alles gestaltet sich unendlich viel einfacher, wenn der Untersuchungsrichter, nachdem seine Ermittlungen die Unschuld des Angeeschuldigten ergeben haben, dieselben einfach fortsetzt, bis er den wahren Schuldigen gefunden hat.⁷³⁾ Die Ausdehnung der Voruntersuchung auf diesen letzteren ist eine reine Formalität (s. u.). Auch bedarf es derselben nicht einmal, um der Sache nach die meisten Untersuchungshandlungen gegen ihn vorzunehmen. Hier bleibt der Untersuchungsrichter kontinuierlich thätig, der Staatsanwalt nimmt erst nach beendeter Voruntersuchung von dem ganzen Material Kenntnis und ebenso kann die Strafkammer auf einmal über die beiden Anträge entscheiden, den X außer Verfolgung zu setzen, dagegen das Hauptverfahren gegen Y zu eröffnen.

Der Untersuchungsrichter hat ferner dafür Sorge zu tragen, daß die Ermittlungen in persönlicher und sachlicher Beziehung vollständig sind, d. h. festzustellen, ob sich noch andre Personen an der That beteiligt haben, bez. ob der Verbrecher noch andre Thaten begangen hat, sofern zu der Aufwerfung dieser Frage sich irgend-

⁷³⁾ Es wird kaum der Hervorhebung bedürfen, daß hier nur an solche Fälle gedacht wird, in welchen die Ermittlungen außer der Unschuld des einen auch gewisse Verdachtsgründe gegen den andern ergeben haben. Ist letzteres nicht der Fall, sind vielleicht nicht einmal Spuren vorhanden, die weiter zu verfolgen sind, so hätte es natürlich keinen Sinn, wenn der Untersuchungsrichter die Akten länger behalten und die Voruntersuchung bezüglich des Angeeschuldigten nicht schließen wollte.

wie ein Anlaß zeigt. Dafür, daß in dieser Beziehung nichts ermittelt bleibt, trägt er die Verantwortung und er könnte dieselbe durchaus nicht auf den Staatsanwalt abwälzen. Der Antrag auf Ausdehnung in der einen oder andern Richtung von dem letztern zu extrahieren, ist, wie schon oben bemerkt, reine Formalität. Der Untersuchungsrichter braucht dem Staatsanwalt die Akten nur herüber zu schicken, mit dem „Anheingeben“ den fraglichen Antrag zu stellen, etwa unter Hinweis auf die Aussage eines Zeugen oder das sonstige Ergebnis, welches für ihn selbst die Anregung gegeben hat. Der Staatsanwalt wird den gewünschten Antrag immer stellen, vielleicht sogar ohne von den Akten überhaupt nähere Kenntnis zu nehmen. Weshalb in aller Welt sollte er dem Wunsch des Untersuchungsrichters nicht entsprechen? Handelt es sich doch um eine gänzlich unpräjudizielle Maßregel! Gerade deshalb wird er sich zu einer sachlichen Prüfung in diesem Moment garnicht veranlaßt fühlen. Auch muß er sich ja sagen, daß der Untersuchungsrichter jedenfalls die ganze Sachlage zur Zeit sehr viel besser überfieht, als er selber.

Der Zeitpunkt, in welchem der Staatsanwalt die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung beantragt, kann eben ein ganz verschiedener sein. Es besteht freilich die Möglichkeit dafür, daß der Staatsanwalt in seinem Vorverfahren die Ermittlungen so weit ausgedehnt hat, als es überhaupt erforderlich ist. Verlangt hier das Gesetz noch eine gerichtliche Voruntersuchung, so wird sich der Untersuchungsrichter darauf beschränken, den Beschuldigten zu vernehmen (um der Vorschrift des § 190 zu genügen) und vielleicht sonst noch irgend eine Kleinigkeit vornehmen, mehr ut aliquid fecisse videatur, als um die Sache noch thatsächlich weiter aufzuklären. Derartige Fälle bilden aber die Ausnahme. Meistenteils erfolgt die Eröffnung der Voruntersuchung in einem Zeitpunkt, wo die ganze Sache noch sehr wenig klar gestellt ist. Je weniger dies aber der Fall ist, umsomehr besteht die Notwendigkeit weiterer Ermittlungen, die dann natürlich dem Untersuchungsrichter obliegen, und um so größer ist die Möglichkeit, daß diese zu dem Resultat führen, daß der seiner Zeit in dem Antrag geäußerte Verdacht des Staatsanwalts entweder unbegründet ist, oder doch in persönlicher oder sachlicher Beziehung einer Berichtigung bez. Ergänzung bedarf. Die in § 153 Abs. 1 gezogene Schranke hat daher für die gerichtliche Voruntersuchung nicht entfernt die Bedeutung, wie § 263 für

das erkennende Gericht. Trotz der Angabe von That und Thäter findet eine Untersuchung ins blaue statt, ähnlich wie seitens des Staatsanwalts im Vorverfahren, wenn in einer bei ihm eingehenden Anzeige schon eine bestimmte Person der Thäterschaft beschuldigt wird.

Und auch die soeben als Ausnahme erwähnten Fälle erbringen einen Beweis für die hier vertretene Ansicht. Der Staatsanwalt ist allerdings in der Lage, in seinem Vorverfahren alle überhaupt erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen, so daß dem Untersuchungsrichter der Sache nach nichts mehr zu thun übrig bleibt. Er greift hierbei auch über die eigentlichen Aufgaben des Vorverfahrens durchaus nicht heraus. Denn für beide Abschnitte besteht nur eine Aufgabe, die der Ermittlung; die Grenze zwischen ihnen ist eine vollkommen flüssige. Der Staatsanwalt beginnt seine Thätigkeit und gibt die Sache in dem ihm geeignet erscheinenden Zeitpunkt an den Untersuchungsrichter ab. Eine nähere Angabe darüber, wann dies zu geschehen habe, ist ganz unmöglich.

Nachdem der Untersuchungsrichter seine Arbeit gethan hat, kehrt die Sache an den Staatsanwalt zurück (St. P. D. § 195). Während der Dauer der Voruntersuchung kann der Staatsanwalt stets

„von dem Stande der Untersuchung Kenntnis nehmen und die ihm geeignet scheinenden Anträge stellen“.

Den Motiven zur St. P. D.⁷⁴⁾ erscheint diese Bestimmung so selbstverständlich, daß sie jede Begründung für überflüssig erachten. Dies ist in der That auch der Fall, wenn man von der Vorstellung ausgeht, daß der Untersuchungsrichter nur im Interesse des Staatsanwalts thätig wird, m. a. W. ein relativ selbständiger Gehilfe desselben ist.⁷⁵⁾ Dagegen wäre die Vorschrift eine unbe-

⁷⁴⁾ S. 106.

⁷⁵⁾ Der Umfang, in welchem die Staatsanwaltschaft von dem ihr in § 194 eingeräumten Recht der Akteneinsicht Gebrauch macht, ist in den verschiedenen Gegenden ein verschiedener. In einigen gibt der Staatsanwalt die Sache mit Eröffnung der Voruntersuchung ganz aus der Hand und kümmert sich während der Dauer derselben gar nicht um dieselbe. Dann hat er sich, wenn sie an ihn zurückgelangt, vollständig von neuem in sie einzuarbeiten. In andern setzt er dagegen seine Ermittlungen neben dem Untersuchungsrichter fort. Die Gendarmen u. s. w. reichen ihre Rapporte bei dem Staatsanwalt ein, der sie seinerseits erst dem Untersuchungsrichter vorlegt. Bei dieser letztern Methode besteht für den Staatsanwalt ein Anlaß zur Kenntnisnahme der Akten der Voruntersuchung, bei der erstern nicht.

greifliche Anomalie und der Rechtfertigung höchst bedürftig, wenn der Untersuchungsrichter durch seine Thätigkeit die Grundlage für den Beschluß der Strafkammer zu beschaffen hätte.

Zur Lösung seiner Aufgabe sind daher dem Untersuchungsrichter auch die gleichen Mittel wie dem Staatsanwalt zur Verfügung gestellt; er kann sich zur Vornahme von Ermittlungen, ebenso wie der letztere, der Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes bedienen (St. P. O. § 187). In der Begründung zu diesem Paragraphen wird ausdrücklich eingeräumt, daß der Untersuchungsrichter (innerhalb der Grenzen, welche durch die von der Staatsanwaltschaft erhobene Klage gezogen sind) an der Strafverfolgung teilnimmt.

Ist nun aber die Aufgabe des Untersuchungsrichters die gleiche, wie die des Staatsanwalts, so wird sich bei ihm mit der gleichen Notwendigkeit wie bei dem letztern die psychologische Stimmung bezüglich des Resultats seiner Thätigkeit einstellen, welche von der richterlichen Unparteilichkeit so vollkommen verschieden ist. Er wird,

„wie dies ja so natürlich, vor allen Dingen danach streben, etwas herauszubekommen“⁷⁶⁾.

Dies wird denn auch von den Autoren meist mit voller Unumwundenheit anerkannt. So äußert sich Kroneser⁷⁷⁾:

„... es ist für einen Beamten unmöglich, gleichzeitig die Interessen der Strafverfolgung und die der Anklage bei der Ermittlung und Auswahl der Beweismittel wahrzunehmen und dann auch noch über Verhaftungen und andre Eingriffe in die Rechtssphäre des Angeklagten unparteiisch zu entscheiden. Die Verfechter des dualistischen Prozesses bezeichnen es als die Aufgabe des Untersuchungsrichters, nach einem einheitlichen Plane vorzugehen; ein solches Vorgehen ist jedoch nur denkbar, wenn man ein im voraus bestimmtes Ergebnis, nicht aber, wenn man lediglich dasjenige von allen möglichen Ergebnissen erzielen will, welches der Wahrheit entspricht; denn im letztern Falle kann jedes neue Beweisresultat auf ein andres Ergebnis und damit zur Änderung des Plans führen. Das den Plan bestimmende Ziel wird aber in den meisten Fällen die Ermittlung des vom Staatsanwalt Angeeschuldigten

⁷⁶⁾ Dalde in Goldammer's Archiv, Band 14 (1866), S. 17.

⁷⁷⁾ Z VII 413.

als des Schuldigen sein, weil bei vorhandenem objektiven Verbrechensthatbestande der Untersuchungsrichter in seiner jetzigen Stellung naturgemäß seinen Beruf darin findet, den Schuldigen zu ermitteln und weil dieser Schuldige auf Grund der Vorerhebungen in dem Angeeschuldigten vermutet wird."

Es ist insbesondre in älterer und neuerer Zeit wiederholt darauf hingewiesen, daß der Untersuchungsrichter von heute dem Inquirenten des gemeinen Prozesses vollkommen gleicht, und daher mit derselben inneren Notwendigkeit auf die Überführung des Beschuldigten hinarbeitet, wie dies der letztre stets gethan hat. So äußerte sich bereits 1860 von Stemann⁷⁸⁾:

"Unser heutiger Untersuchungsrichter unterscheidet sich von dem früheren (Inquirenten) zwar dadurch, daß er nicht mehr den ersten Anstoß zur Untersuchung gibt, im übrigen ist ihm der Beruf geblieben, einen bestimmten Untersuchungsplan zu machen und durchzuführen, und die Ehre, wenn er den Schuldigen ermittelt, so wie der Tadel, wenn er ihn durchschlüpfen läßt. Dazu kommt, daß er gegenwärtig nach der ihm gestellten Aufgabe doch wesentlich für den Staatsanwalt thätig, im Interesse der Anklage untersucht und bei dem informativischen und präparatorischen Charakter der Voruntersuchung die Verteidigungsmomente nur so weit zu berücksichtigen hat, als sie voraussichtlich die Wirksamkeit der Anklage hindern."

Mit bemerkenswerter Inkonssequenz wird dann aber von vielen Autoren, nachdem sie sich erst in ähnlicher Weise geäußert haben, wenige Seiten später das Lied von der Unparteilichkeit des Untersuchungsrichters gesungen. So heißt es z. B. bei Dalde⁷⁹⁾:

"Wenn man den Angeeschuldigten der Freiheit und damit der Möglichkeit beraubt, selbst für die Sammlung des Verteidigungsbeweises thätig zu sein, so fordert es die Gerechtigkeit, daß einem unparteiischen Richter die gleichmäßige Erhebung des Ent- wie des Belastungsbeweises übertragen wird."

Und ebenso vertritt Kronecker⁸⁰⁾, wie bereits oben hervorgehoben, die Anschauung, daß mit der Verhaftung die gerichtliche Voruntersuchung beginnen müsse, damit die Interessen des Beschul-

⁷⁸⁾ Goldammer's Archiv, Band 8, S. 41 ff., insbesondre S. 43.

⁷⁹⁾ Goldammer's Archiv, Band 14 (1866), S. 23, vergl. oben bei Anm. 56.

⁸⁰⁾ Z VII 435.

digten gehörig wahrgenommen würden. Und auch abgesehen davon sei es zur Vorbereitung der Verteidigung nötig, daß der Beschuldigte auf die Feststellung und Protokollierung der Zeugenaussagen einwirken und von dem Belastungsmaterial eine möglichst unmittelbare Kenntnis nehmen könne, um zur Stellung von Entlastungsanträgen in der Lage zu sein. Dies könne er nur, wenn die Beweisaufnahme vor einem Richter stattfinde, der die Interessen beider Prozeßbeteiligten gleichmäßig wahrnimmt.

Der Widerspruch scheint mir so eklatant, wie nur möglich⁸¹⁾. Insbesondere wird doch die Befangenheit des Untersuchungsrichters dadurch nicht verringert, daß der Beschuldigte verhaftet ist; sie wird umgekehrt, wie bereits oben dargelegt, dadurch gesteigert werden, insbesondere wenn der Untersuchungsrichter selbst die Verhaftung angeordnet hat.

Kann nun nach alle dem als feststehend gelten, daß dem Untersuchungsrichter als Organ der Strafverfolgung die Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Richters fehlen muß, so ergibt sich daraus die Konsequenz, daß ihm die Entscheidung über die prozessualen Zwangsmittel und die definitiven Beweisnahmen nicht zustehen dürften.

Es ist Selbsttäuschung, wenn man glaubt, dem Erfordernis richterlicher Entscheidung über die Zwangsmittel werde dadurch entsprochen, daß man dieselbe vom Untersuchungsrichter ausgehen läßt. Nach meiner Überzeugung entspringen die zahlreichen Klagen über ungenügenden Schutz des Beschuldigten, über inquisitorische Verhöre, über ungerechtfertigte Verhaftungen usw. daraus, daß die Zwangsmittel einfach zur Verfügung des Untersuchungsrichters stehen. Man vergegenwärtige sich doch, daß er bestrebt sein muß, etwas herauszubekommen, daß aber die Zwangsmittel gerade die Lösung dieser

⁸¹⁾ Schon v. Keller (Staatsanwaltschaft S. 262) hat darauf hingewiesen: „es ist eine auffallende Erscheinung, daß der früher so vielgeschmähte deutsche Inquirent jetzt auf einmal als ein Cherub göttlicher Gerechtigkeit glorifiziert wird, der mit gleicher Unparteilichkeit fast in einem Atem anklagen, verteidigen und unbefangen richten kann“. Diesen Passus zitiert Gneist (Vier Fragen, S. 73, Anm.) und leitet ihn mit den Worten ein: „Es erledigt sich dadurch der vermeintliche Widerspruch, welchen Keller hervorhebt“. Im Text ist aber nur davon die Rede, daß das Vorunteruchungsamt von dem Augenblicke an den Defensionalbeweis werde wahrnehmen können, „wo es nicht mehr selbst und allein mit der Last und Verantwortlichkeit der Anklage beschwert wird“. Es ist wohl offenbar, daß sich einer Einwand dadurch ganz und gar nicht erledigt.

Aufgabe erleichtern, vielleicht überhaupt erst ermöglichen! Unter diesen Umständen kann von einer unbefangenen Prüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen im einzelnen Fall vorliegen, keine Rede sein.

Die Mängel, welche daraus entspringen, daß dem Untersuchungsrichter die Akte der definitiven Beweisaufnahme obliegen, treten weniger zu Tage, aber es liegt in der Natur der Sache, daß die Möglichkeit hierfür fehlt. Prinzipiell kann darüber ja kein Streit sein, daß die antizipierte Beweisaufnahme durch den Richter, nicht durch ein Organ der Strafverfolgung zu bewerkstelligen ist. In welchem Umfang aber die auf Überführung des Beschuldigten gerichtete Grundstimmung des Untersuchungsrichters ihm selbst unbekannt seine Protokolle beeinflusst, entzieht sich naturgemäß jeder Kenntnis.

Hiernach möchte ich gegen das Institut der gerichtlichen Voruntersuchung vor allem den Vorwurf erheben, daß durch dasselbe die Interessen des Beschuldigten auf das erheblichste beeinträchtigt werden. Scheinbar zum Schutz derselben berufen, wird der Untersuchungsrichter mit innerer Notwendigkeit die entgegengesetzten Tendenzen erfolgen. Es steckt etwas Uneheliches in dem Institut. Der Name und die staatsrechtliche Stellung, die Verschiedenheit von der als Strafverfolgungsbehörde bekannten Staatsanwaltschaft muß in dem Beschuldigten den Gedanken hervorrufen, hier mit einem Richter zu thun zu haben. Wäre es nicht angemessener, ihm diese Täuschung zu ersparen?

2. Wenn die Thätigkeit des Untersuchungsrichters mit der des Staatsanwalts gleichartig ist, wenn es sich bei diesem, wie bei jenem, um Ermittlung und Strafverfolgung handelt, so ist nicht einzusehen, weshalb der Untersuchungsrichter seine Thätigkeit erst beginnen soll, nachdem der Staatsanwalt auf Grund seiner Nachforschungen That und Thäter zu bezeichnen in der Lage ist, weshalb er nicht vielmehr in dem Augenblick beginnen darf, wo sich herausstellt, daß ein die gerichtliche Voruntersuchung erheischender Fall vorliegt, und endlich, weshalb er formell auf die in dem staatsanwaltlichen Antrag bezeichnete That und Thäter beschränkt ist.

Weshalb seitens des Gesetzes diese Anordnungen getroffen sind, kann insbesondre auf Grund der Ausführungen der Motive nicht zweifelhaft sein. Das Gesetz betrachtet den Antrag des Staatsanwalts als Erhebung der öffentlichen Klage; eine solche muß aber

freilich den Beschuldigten und die ihm zur Last gelegte That bezeichnen. Die gänzliche Unrichtigkeit dieser Anschauung habe ich bereits bei früherer Gelegenheit darzulegen versucht²⁾ und die oben gegebenen Ausführungen über die Aufgabe der gerichtlichen Voruntersuchung dürften hierfür fernere Argumente enthalten. Hier ist hervorzuheben, daß die von dem Gesetz vorgeschriebene Succession von Staatsanwalt und Untersuchungsrichter praktisch höchst unzulänglich ist, weil damit notwendig eine Verschleppung verbunden ist. Denn die Person des Dirigenten der Ermittlung wechselt, der neu eintretende Untersuchungsrichter hat sich erst in die Akten einzuarbeiten, er wird vielfach eine Wiederholung einzelner Akte für geboten erachten, schon um die Auskunftspersonen selbst zu sehen u. s. w.³⁾

Eine weitere Verschleppung wird dann dadurch herbeigeführt, daß das Gesetz diesen Wechsel noch einmal eintreten läßt. Denn nach beendigter Voruntersuchung kehren ja die Akten zum Staatsanwalt zurück. Diese Methode entspringt ebenfalls aus einer falschen Auffassung der gerichtlichen Voruntersuchung; nämlich:

3. es ist nicht abzusehen, weshalb nach beendigter Voruntersuchung nicht der Untersuchungsrichter den Antrag über Eröffnung des Hauptverfahrens, resp. Einstellung des Verfahrens stellt. Jedenfalls ist er der besser orientierte, da er von dem Material, welches die Voruntersuchung geliefert hat, unmittelbare Kenntnis besitzt, der Staatsanwalt diese aber nur aus den Akten gewinnt. Ist der Untersuchungsrichter aber nach seiner Thätigkeit Organ der Strafverfolgung, so ist kein Grund vorhanden, weshalb er den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens nicht selbst stellen soll. Auch gegen-

²⁾ Z V 16, Anm. 14.

³⁾ Ein Untersuchungsrichter beklagte sich darüber, daß er nicht selten dazu verdammt sei, „die Windeier des Herrn Staatsanwalts auszubrüten“, und meinte, es müsse ihm doch füglich das Recht zustehen, die Eröffnung der Voruntersuchung wegen mangelnder Verdachtsgründe abzulehnen, bezw. die Entscheidung der Strafkammer darüber zu extrahieren. Meines Erachtens ist die Klage ebenso begründet, wie der Vorschlag auf Abhilfe unmöglich. Es ist ein Widerspruch, die weiteren Ermittlungen in einer Sache jemandem zu übertragen, der davon überzeugt ist, daß dieselben zu keinem Resultat führen werden. Die Folge ist natürlich, daß er sie unlustig und lau führt und nichts herausbekommt, was denn natürlich zu gegenseitigen Vorwürfen zwischen dem Untersuchungsrichter und dem Staatsanwalt den schönsten Anlaß gibt. Eine Entscheidung der Strafkammer darüber, ob ausreichende Verdachtsgründe zur Eröffnung der Voruntersuchung vorhanden sind, ist aber ganz unmöglich.

wärtig hat er ja das Material beschafft, auf Grund dessen der Staatsanwalt den Antrag stellt.

Hiernach muß also der gerichtlichen Voruntersuchung noch der Vorwurf gemacht werden, daß sie — auch abgesehen von der Verschleppung — die Strafverfolgung beeinträchtigt. Denn statt des besser informierten Beamten gehen die Anträge von demjenigen aus, der eine weniger gute Kenntnis des Materials besitzt.

Die erwähnten Mißstände würden dadurch beseitigt werden, wenn 1. der Untersuchungsrichter seine Tätigkeit zu beginnen hätte, sobald feststeht, daß ein reichsgerichtlicher oder schwurgerichtlicher Fall vorliegt; 2. wenn er die Entscheidung über die Zwangsmittel und die definitiven Beweisaufnahmen nicht vorzunehmen hätte; 3. wenn er und nicht der Staatsanwalt nach Schluß der Voruntersuchung die Anträge zu stellen hätte.

Es wird aber keiner Darlegung bedürfen, daß ein solches Gebilde von Voruntersuchung gar keine Existenzberechtigung besitzt. Wenn der Untersuchungsrichter die gleiche Aufgabe zu lösen hat, wie der Staatsanwalt, so soll er auch den gleichen Namen führen und die gleiche staatsrechtliche Stellung einnehmen. Aus den angestellten Betrachtungen ergibt sich pur et simple, daß die gerichtliche Voruntersuchung zu beseitigen und das Vorverfahren ausschließlich der Staatsanwaltschaft zu überlassen ist.

Es erscheint nun aber geboten, die Gründe zu erörtern, welche in früherer wie in gegenwärtiger Zeit für die gerichtliche Voruntersuchung angeführt worden sind. Dieselben laufen, soviel ich sehe, auf folgende zwei heraus.

Einmal hält man die „Teilung“ der Funktionen für unzweckmäßig.

„Wo mit Rücksicht auf die Schwierigkeit und Weitläufigkeit der Sache — so bemerken die Motive zu § 149 des Entwurfs (§ 176 des Gesetzes) — die Staatsanwaltschaft genötigt sein würde, das Gericht wiederholt mit Anträgen auf Beweishebungen anzugehen, da ist es im Interesse der Einheit des Untersuchungsplanes und der Beschleunigung des Verfahrens geboten, von vornherin von einem außergerichtlichen Ermittlungsverfahren abzugehen und dem Gericht die Führung der Voruntersuchung zu überlassen.“

Hierzu wäre ein Doppeltes zu bemerken. Die Schwierigkeit und Weitläufigkeit der Sache wird dann freilich eine gerichtliche

Voruntersuchung als wünschenswert erscheinen lassen, wenn man sich als die andre Möglichkeit vorstellt, daß der Staatsanwalt immer um die Vornahme der einzelnen Handlungen den Amtsrichter requiriert. Allein so steht denn die Sache doch keineswegs, wenn sie seitens des Gesetzgebers erwogen wird. Zwar werden in derartig komplizierten Sachen der Verwendung der Polizei zu den Ermittlungen Bedenken entgegenstehen. Aber daraus würde, wie bereits oben gezeigt, nur folgen, daß der Staatsanwalt eben selbst thätig zu werden hat. Nimmt man von vornherein als feststehend an, daß der Staatsanwalt nichts selber thut, sondern nur an andre seine Aufträge und Ersuche richtet, so wird sich freilich diese Methode vielfach als unpraktikabel herausstellen. Diese Voraussetzung ist aber gerade als falsch zu perhorreszieren. — Betrachtet man aber als den andren möglichen Fall, daß der Staatsanwalt selbst ermittelt und von den Requisitionen des Amtsrichters, soweit sie nicht für die Zwangsmittel und die Sicherung des Beweises notwendig sind, abstrahiert, so muß bestritten werden, daß er nicht auch weitläufige und verwickelte Sachen erledigen könnte. Er ist dazu genau ebenso befähigt, wie der Untersuchungsrichter.

Ich bin indeß nicht sicher, ob die Konzentration der ganzen Untersuchung in der Hand des Untersuchungsrichters nicht noch aus einem andern Grunde gewünscht wird, deshalb nämlich, weil derselbe selbständig über die Zwangsmittel entscheiden kann, hierdurch aber eine sehr viel größere Schleunigkeit erzielt wird, als wenn der Staatsanwalt immer erst seinen Antrag stellen und die zur Begründung angeführten Thatfachen glaubhaft machen muß. In diesen Vorstellungen bewegen sich z. B. Ausführungen von John zu St. P. D. § 160⁴⁾:

„Der Staatsanwalt soll entscheiden, ob eine öffentliche Klage erhoben werden soll — aber das Gesetz hat nicht das Zutrauen zu ihm, daß er die zur Vorbereitung solcher Entscheidung erforderlichen Untersuchungshandlungen im Sinne des Gesetzes verwenden werde; anderseits hat das Gesetz zwar zum Amtsrichter das Zutrauen, daß dieser in Handhabung der Untersuchungsmittel den Intentionen des Gesetzes nachkommen werde — wollte man aber dem Amtsrichter die Aufgabe stellen, zu untersuchen, ob ein entstandener Verdacht zu gerichtlicher Untersuchung

⁸⁴⁾ Kommentar II, S. 366, 367.

Veranlassung gäbe, oder ob an der Sache nichts sei, so müßte man natürlich auf Erhebung der öffentlichen Klage verzichten, und dann müßte man den Formalismus des Anklageprozesses aufgeben.

Das Natürlichere scheint zu sein, daß wenn ich zu jemandem das Zutrauen habe, er werde einer bestimmten Aufgabe gerecht zu werden im Stande sein, ich auch das Vertrauen zu ihm haben muß, daß er die Mittel, deren Benutzung zur Lösung der Aufgabe geboten ist, in sachgemäßer Weise zu benutzen im Stande sein werde. Muß ich aber befürchten, daß jemand die Mittel, deren Benutzung zur Lösung einer Aufgabe erforderlich ist, zum Schaden anderer mißbrauchen werde, so habe ich die zur Lösung der fraglichen Aufgabe geeignete Person nicht gefunden, muß vielmehr die Lösung der Aufgaben einer solchen Person übertragen, zu der ich auch das Zutrauen habe, daß sie die erforderlichen Mittel in ordnungsmäßiger Weise verwenden werde.“

Daß ich in diesen Anschauungen einen Irrtum erblicke, ist nach den früher gegebenen Auseinandersetzungen wohl klar. Es handelt sich, wie oben satzhaft dargelegt wurde, gar nicht um das Mißtrauen gegen eine Person, sondern darum, ob sich aus der Vereinigung verschiedener Aufgaben Mißstände ergeben. Letzteres glaube ich bejahen zu sollen und finde eine Bestätigung dafür im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß. Die Erwägungen, welche John anstellt, führen konsequent darauf hinaus, daß eine Behörde mit der Strafrechtspflege betraut wird, so daß sie allein die materielle Straf- wie die prozeßuale Zwangsgewalt nach eigenem Ermessen zu handhaben berufen ist — eine Konsequenz, welche John ja eigentlich mit voller Offenheit zieht. Erachtet man aber eine derartige Methode für unangänglich, die Unterscheidung von Strafverfolgung und Aburteilung (den „Formalismus des Anklageprozesses“) für geboten, so gelangt man dazu, für die prozeßualen Zwangsmittel ebenfalls die Garantie einer gerichtlichen Entscheidung zu fordern. Sie ist aber eben nur dann vorhanden, wenn jene als unzweckmäßig getadelte Teilung der Funktionen bestehen bleibt.

Der zweite Grund, welcher für die gerichtliche Voruntersuchung angeführt zu werden pflegt, ist kurz bezeichnet der, daß sie zur Vorbereitung der Verteidigung erforderlich sei. Gerade deshalb ist ja durch die Reichs-Justizkommission die Vorschrift aufgenommen,

daß auch der Angeeschuldigte sie beantragen dürfe und daß diesem Antrag stattzugeben, wenn er erhebliche Gründe geltend macht, aus denen eine solche zur Vorbereitung seiner Verteidigung erforderlich erscheint.⁸⁵⁾ Die Motive fahren nach dem oben mitgeteilten Passus weiter fort:

„Wo ferner aus denselben Rücksichten (d. h. wegen der Schwierigkeit und Weitläufigkeit der Sache) ein sorgfältigeres Eingehen auf die Verteidigung des Beschuldigten schon im Vorverfahren geboten erscheint, namentlich dann, wenn derselbe mit einem Verteidiger noch nicht versehen ist, da verdient gleichfalls die gerichtliche Voruntersuchung vor dem außergerichtlichen Ermittlungsverfahren den Vorzug, da mindestens von dem Beschuldigten nicht erwartet werden kann, daß er überall zu der Staatsanwaltschaft das Vertrauen hege, dieselbe werde seine Rechte in völlig genügender Weise wahrnehmen.“

Nur eine andre Begründung derselben These ist es, wenn auf die fundamentale Ungleichheit hingewiesen wird, welche während des Vorverfahrens zwischen Anklage und Verteidigung bestünde. Der Staatsanwaltschaft stünde zur Vorbereitung der Anklage alles zu Gebot, die unmittelbare Verfügung über die exekutive Polizei, jede wünschenswerte Ermittlung, jede Requisition der Behörden des In- und Auslandes, jede gerichtliche Vernehmung, die Autorität und der öffentliche Glaube des Amtes, die Geldmittel des Staats. Die Gegenrechte des Angeeschuldigten im Staatsanwaltprozeß bestünden in dem „Vertrauen“, daß der Staatsanwalt auch den ihm anvertrauten Schutz der Unschuld und den Defensionalbeweis vorbereiten werde.⁸⁶⁾

Selbst wenn diese Behauptungen richtig wären⁸⁷⁾, so würden

⁸⁵⁾ Hiermit kontrastiert allerdings in etwas auffallenderweise die Auffassung der Kommission (vergl. Bericht derselben S. 54), „daß die Eröffnung der Voruntersuchung mit schweren Nachteilen für den Beschuldigten, seine öffentliche und bürgerliche Stellung, seine Familie und seine Erwerbsverhältnisse verbunden sein kann und zwar mit Nachteilen, die späterhin durch eine etwaige Freisprechung nicht wieder ausgeglichen werden können.“

⁸⁶⁾ Gneist, Vier Fragen, S. 73.

⁸⁷⁾ Dieselben scheinen mir auch insofern falsch, als sie von irrigen Vorstellungen über den Defensionalbeweis ausgehen. Sie übersehen, daß von einer selbständigen Beweisführung im Interesse der Verteidigung — von Alibi ab-

sie doch aus dem Grunde gar nichts beweisen, weil die gerichtliche Voruntersuchung zur Erreichung dieser Zwecke ein ganz ungeeignetes Mittel ist. Denn, wie oben besprochen, hat die gerichtliche Voruntersuchung gerade die umgekehrte Tendenz, auf die Überführung des Beschuldigten hinarbeiten. Dieselbe kann selbstverständlich in Einzelfällen zurücktreten. Wenn, also etwa durch die Ermittlung des Vorverfahrens die Thäterschaft des Beschuldigten zweifellos festgestellt ist, so daß die Sammlung weiteren Belastungsmaterials ganz überflüssig ist, so wird der Untersuchungsrichter vielleicht mit großer Bereitwilligkeit den Anregungen des Beschuldigten entsprechen, gewisse Milderungsgründe festzustellen. Gerade dann aber, wenn der Beschuldigte der Unterstützung am dringendsten bedarf, wenn er nämlich unschuldig, aber auf anscheinende Verdachtsgründe verhaftet ist, würde das Mittel vollkommen versagen.

Das Eingeständnis von gegnerischer Seite kommt denn ja auch darin zum Ausdruck, daß man jene angestrebten Erfolge keineswegs von der Voruntersuchung in ihrer gegenwärtigen Gestalt erwartet, sondern erst von dem reformierten Institut. Die in Vorschlag gebrachten Änderungen sind aber fundamentale, und, was von noch größerer Wichtigkeit erscheint, sie laufen auf eine Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung heraus, indem sie statt derselben ein verändertes Verfahren bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in Vorschlag bringen.

Nun muß aber von vornherein gegen eine derartige Methode, schon im Interesse der theoretischen Klarheit, protestiert werden. Es ist zulässig, zu proponieren: 1. die gerichtliche Voruntersuchung ist zu beseitigen; 2. das Verfahren bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist in der und der Weise umzugestalten, — wobei dann in der Begründung hinzugefügt werden

gesehen, welches seiner Einfachheit wegen keiner Vorbereitung bedarf — fast niemals die Rede ist. Der Grund hierfür liegt darin, daß das materielle Strafrecht keine Einreden kennt. Beim Leugnen aber — sei es der Thäterschaft, sei es der Rechtswidrigkeit oder Strafbarkeit — beschränkt sich die Verteidigung naturgemäß auf die Kritik der vom Kläger produzierten Beweismittel und deren Ergebnisse. Zur Vorbereitung hierauf ist aber unmittelbare Kenntnisaufnahme, d. h. Anwesenheit bei den Erhebungen des Vorverfahrens keineswegs erforderlich. Vielmehr genügt die Information durch die Anklageschrift und die Befugnis, beim Hervortreten neuer Momente die Aussetzung der Verhandlung zu verlangen; vergl. oben S. 49.

mag, daß bei dieser Veränderung diejenigen wünschenswerten Ergebnisse eintreten würden, welche man bislang in der gerichtlichen Voruntersuchung erreichen wollte. Es ist aber meines Erachtens gänzlich unzulässig, zu erklären: die gerichtliche Voruntersuchung ist beizubehalten, jedoch so und so zu verändern, — wenn diese Veränderungen der Sache nach zu einer Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung führen.

1. Die Verwechslung zwischen Voruntersuchung und Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zeigt sich gleich sehr deutlich bei dem vielfach geäußerten Verlangen, „die Voruntersuchung akkusatorisch zu gestalten“. Dasselbe ist, selbst wenn man von der Pland'schen Definition ausgeht, der reine Widerspruch. „Bei der inquisitorischen Gestaltung untersucht der Richter, bei der akkusatorischen verhandeln die Parteien.“ Eine Verhandlung ist aber doch immer nur als Grundlage einer (richterlichen) Entscheidung denkbar; wie ein Teil des Ermittlungsverfahrens als Verhandlung konstruiert werden soll, ist gar nicht zu begreifen. Wenn N. N. in dem Verdacht steht, einen Einbruchsdiebstahl begangen zu haben, und es sich nun darum handelt, weitere ihn belastende Momente ausfindig zu machen, so kann das doch nimmermehr im Wege einer Verhandlung geschehen. Ist die Aufgabe gelöst, hat die Behörde der Strafverfolgung das Überführungsmaterial in den Händen, so kann nunmehr zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens eine Verhandlung stattfinden. Dies ist aber auch nach geltendem Recht der Fall. Freilich ist die Verhandlung eine schriftlich mittelbare, keine mündlich unmittelbare. Bisher ist aber meines Wissens auch noch nicht behauptet worden, daß die akkusatorische Organisation von der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit abhängt. Der Strafkammer wird nun doch aber von der Staatsanwaltschaft das Belastungsmaterial in den Akten vorgelegt, der Beschuldigte kann seinerseits seine Gegenanträge stellen, Beweismittel benennen usw. Im wesentlichen wird von der Strafkammer auf Grund dieses Materials Beschluß gefaßt, diese Organisation ist also so akkusatorisch wie nur möglich.

Somit dürfte wohl als erwiesen anzusehen sein, daß das Verlangen nach akkusatorischer Gestaltung der Voruntersuchung, sofern es sich wirklich auf diese bezieht, in sich widersprechend, soweit aber damit eigentlich die Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens gemeint ist, bereits im positiven Recht konzediert ist.

2. Die Öffentlichkeit der Voruntersuchung. Mit rührender Naivität wird immer wiederum von neuem die Behauptung aufgestellt, daß alle die Gründe, welche vor 40 Jahren für die Einführung derselben für die Hauptverhandlung maßgebend waren, ebenso jetzt bezüglich der Voruntersuchung anwendbar seien. Dabei ist nur leider übersehen, daß es sich in beiden um toto coelo verschiedene Aufgaben handelt. Wenn man den Verbrecher und seine Komplizen bereits ermittelt und dingfest gemacht hat, so ist die Gewährung der Öffentlichkeit für die Aburteilung eine ganz gute Sache. Wenn man sich aber einbildet, daß die Entdeckung nihilistischer Komplotte, von Fälschmünzer-, Einbrecher- oder Hochstaplerbanden gelingen wird, wenn die polizeilichen Ermittlungen in ihrem Resultat aller Welt bekannt gemacht werden, so befindet man sich doch stark im Irrtum. Man mutet dabei den Behörden der Strafverfolgung zu, mit offenen Karten zu spielen, was wenig Chance auf Erfolg bietet; man vergißt, daß die Verbrecher aus der fortlaufenden Kenntnisaufnahme der Ermittlungen die besten Mittel gewinnen, die Nachforschungen zu durchkreuzen und mit der größten Genauigkeit den Zeitpunkt entnehmen, wann es für sie geboten ist, sich aus dem Staube zu machen. Nichts ist unzutreffender als der Einwand, bei Verjagung der Öffentlichkeit gehe man von der Vorstellung aus, die Bevölkerung im allgemeinen sei dafür interessiert, daß der Verbrecher nicht bestraft werde.⁸⁸⁾ Bei diesem selbst und seinen Komplizen besteht aber dieses Interesse doch zweifellos, und lediglich darum handelt es sich, ihnen die Ergebnisse der Nachforschungen zu verbergen. Zur Erreichung dieses Zwecks ist aber die allgemeine Heimlichkeit erforderlich. Daß im übrigen die Anrufung des Publikums nützlich und vielfach notwendig ist, bestreitet niemand. In welchen Fällen und in welcher Weise die Heranziehung desselben zu geschehen hat, muß deshalb den Behörden der Strafverfolgung überlassen bleiben.

Die Ungereimtheit der Forderung kommt schließlich darin deutlich zum Ausdruck, daß dieselbe immer nur mit Bezug auf die gerichtliche Voruntersuchung, nicht auch für das polizeiliche Vorverfahren aufgestellt wird. Beide haben aber die gleichen Aufgaben; wenn also bei der erstern die Erreichung des Ziels durch die Öffentlichkeit erleichtert wird, so muß das auch von der letztern

⁸⁸⁾ Jahn, Kommentar II, S. 179.

gelten. Hier betrachtet man aber die Heimlichkeit als etwas ganz Selbstverständliches.³⁹⁾

Ohne Frage liegt die Sache vollkommen anders für die Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens. Ergeht dieselbe auf Grund einer mündlich-kontradiktorischen Verhandlung, so ist die Öffentlichkeit die ganz von selbst sich daraus ergebende Konsequenz. Ebenso selbstverständlich ist aber die Nichtöffentlichkeit, solange auf Grund der Akten entschieden wird. Darüber sollte füglich keine Meinungsverschiedenheit herrschen.

3. Die sogenannte Parteienöffentlichkeit. Auf Grund des soeben Bemerkten wird als erwiesen anzusehen sein, daß dem Beschuldigten regelmäßig gerade keine Kenntnis von den Ergebnissen der Untersuchung zu geben ist. Und auf Grund der oben für das Vorverfahren angestellten Erörterungen steht fest, daß bei den Akten definitiver Beweisaufnahme und den durch Zwangsmittel veranlaßten Erhebungen besondere Erwägungen platzgreifen, die zu abweichenden Resultaten führen.

Hier bedarf nur noch der Besprechung, ob der Staatsanwalt bei den Ermittlungen der Voruntersuchung ein Recht auf Anwesenheit hat, um so mehr, als die gleiche Frage bezüglich der amtsrichterlichen Erhebungen, welche während des Vorverfahrens stattfinden, oben ausgesetzt wurde.

Es mag die Bemerkung vorangeschickt werden, daß für beide Stadien, Vorverfahren und Voruntersuchung, genau die gleichen Erwägungen maßgebend sind. Hier wie dort nämlich wird der Richter ausschließlich im Interesse des Staatsanwalts und durch den Antrag desselben veranlaßt, thätig. Daß dieser letztere im Vorverfahren spezialisierter, in der Voruntersuchung allgemeiner ist, kann keinen Unterschied begründen. In jedem Fall kommen die Akten nach Beendigung der gerichtlichen Thätigkeit an den Staatsanwalt, welcher auf Grund derselben seine weiteren Entschlüsse faßt. Der Untersuchungsrichter wie der Amtsrichter ist also, wie es bereits oben formuliert wurde, Gehilfe des Staatsanwalts, nur ersterer mit größerer Selbständigkeit.

Bei dieser Sachlage wird sich die Befugnis des Staatsanwalts

³⁹⁾ Vergl. Gneist, Vier Fragen, S. 66. Hugo Meyer, Mitwirkung der Parteien, S. 23. Sohn, Kommentar II, S. 180.

den Erhebungen seines Gehilfen beizumohnen, kaum in Abrede stellen lassen.

Positiv rechtlich ist die Anwesenheit des Staatsanwalts nur bei der Vernehmung des Angeeschuldigten ausgeschlossen — eine Vorschrift, welche gemäß § 167 auch für das Vorverfahren Anwendung findet, über deren Unzweckmäßigkeit man übrigens wohl einverstanden ist. Sie wäre unbegreiflich, wenn der Staatsanwalt ebensowenig den sonstigen Erhebungen des Richters beizumohnen dürfte.

Wenn § 194 besagt, die Staatsanwaltschaft könne stets, ohne daß jedoch das Verfahren dadurch aufgehalten werden dürfe, durch Einsicht der Akten vom Stande der Voruntersuchung Kenntnis nehmen, so wird daraus schwerlich der Schluß gezogen werden können, daß jede andre Art der Kenntnisaufnahme verboten ist.

4. Die Mündlichkeit. Bei dem Vorschlag, die Voruntersuchung auf das Prinzip der Mündlichkeit zu basieren, ist es vielleicht am deutlichsten, daß die Voruntersuchung mit dem Verfahren verwechselt wird, das dem Gerichtsbeschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu Grunde liegt.

Mit Bezug auf letzteres ist die Forderung mindestens terminologisch dem Sprachgebrauch entsprechend. Zur Zeit ergeht der Beschluß auf Grund der Akten, es wird also von dem Material nur mittelbare Kenntnis genommen. Es bestände selbstverständlich die Möglichkeit, die persönlichen und sachlichen Beweismittel der beschließenden Strafkammer direkt vorzuführen.

Wenn dagegen für die Voruntersuchung selbst die Mündlichkeit gefordert wird, so hat hier dies Wort eine ganz aparte Bedeutung. Die unmittelbare Kenntnisaufnahme des Beweismaterials kann hier gar nicht gemeint sein, weil dieselbe geltenden Rechts ist und stets gewesen ist. Denn der Untersuchungsrichter — und um jemand anders kann es sich doch in der gerichtlichen Voruntersuchung nicht handeln — vernimmt doch die Auskunftspersonen selbst, besichtigt die Lokalitäten usw., soweit nicht große Entfernung und andre Hinderungsgründe entgegenstehen. Gemeint ist vielmehr, daß die ausführlichen Protokollierungen unterbleiben sollen.⁹⁰⁾

Mit diesem Vorschlag bin ich nun bis zu einem gewissen Grade ganz einverstanden. Die sehr eingehenden Protokolle der Vorunter-

⁹⁰⁾ Vergl. Gneist, Vier Fragen, S. 88 ff.

suchung sind allerdings von Übel. Sie werden aber ganz von selbst in Wegfall kommen, wenn sie nicht mehr die Grundlage für den Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens abgeben und dem erkennenden Gericht nicht mehr überführt werden.

Im übrigen ist denn aber doch folgendes zu bemerken. Es ist zunächst ein grober wissenschaftlicher Fehler, mit demselben Wort „Mündlichkeit“ ganz verschiedene Dinge zu bezeichnen. Daß diese „Mündlichkeit“ der Voruntersuchung aber etwas total von der der Hauptverhandlung, resp. des Zivilprozesses Verschiedenes ist, dürfte ebenso klar sein, wie daß die sonst sogenannte Unmittelbarkeit auch nicht gemeint sein kann.

Sodann handelt es sich bei jenem Vorschlag gar nicht um eine prinzipielle Änderung gegenüber dem gegenwärtigen Zustand. Ganz werden die Aufzeichnungen niemals unterbleiben können. Es muß doch zum mindesten schriftlich fixiert werden, was in einer Sache bereits geschehen ist, und es muß auch für dritte Personen ersichtlich sein, in welchem Stadium sie sich eigentlich befindet. Denn der die Untersuchung führende Beamte kann ja irgend wie in Wegfall kommen. Endlich werden sogar ziemlich eingehende Aufzeichnungen überall da nicht zu umgehen sein, wo man die Sache einstweilen noch nicht übersieht, wo also noch unbekannte Teilnehmer zu ermitteln sind u. dergl., ferner wo überhaupt sehr viele Personen zu vernehmen sind usw. Wie sollte sonst der Untersuchungsrichter die Übersicht über das ganze Material behalten? Die Kürzlichkeit der Aufzeichnungen würde dazu führen, daß die Erhebungen wiederholt werden müßten.

Kronecker⁹¹⁾ stellt sich die Grundzüge des neuen Verfahrens in folgender Weise vor:

„Der Staatsanwalt bereitet zunächst die Sache in völlig freier Thätigkeit vor, bei welcher er sich der Polizeiorgane bedienen, den Richter aber, bevor ein Verdächtiger ermittelt ist, nur behufs Einnahme eines Augenscheins oder Aufnahme derjenigen Beweise angehen darf, deren Verlust zu besorgen steht. Sobald dagegen der Staatsanwalt eine gerichtliche Handlung gegen einen bestimmten Verdächtigen, Vernehmung des Beschuldigten, Verhaftung oder aber

⁹¹⁾ Z VII 437 ff.

eidliche Zeugenvernehmungen für erforderlich erachtet, oder eine vorläufige Festnahme bewirkt hat, die er in Haft umgewandelt wissen will, dann soll er den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung beim Untersuchungsrichter stellen. In land- und schwurgerichtlichen Sachen muß er einen solchen Antrag vor Eröffnung des Hauptverfahrens auch dann stellen, wenn er keine gerichtliche Untersuchungshandlung für erforderlich erachtet. Der Staatsanwalt kann den Antrag mündlich oder schriftlich stellen; im letztern Falle soll er damit eine kurze nur zur Information des Richters bestimmte Bemerkung über die Sachlage einreichen, seine Akten aber und die Polizeiermittlungen nicht beifügen. Der Antrag des Staatsanwalts auf Eröffnung der Voruntersuchung kann nur aus Rechtsgründen abgelehnt werden. Nun beraumt der Untersuchungsrichter einen Termin an und ladet dazu den Staatsanwalt, den Angeeschuldigten, den etwaigen Verteidiger und die von diesen zu benennenden Zeugen. Hat der Staatsanwalt den Angeeschuldigten vorläufig festnehmen und ihn, sowie die etwa erforderlichen Zeugen unter mündlicher Stellung des Antrags auf Voruntersuchung dem Richter vorführen lassen, so kann der Termin sofort abgehalten werden. Erscheint der nicht verhaftete Angeeschuldigte nicht, so wird seine Vorführung zu einem neuen Termin beschlossen, dagegen hindert das Nichterscheinen des Staatsanwalts und des Verteidigers die Abhaltung des Termins nicht. Der Staatsanwalt kann im Termin einen Polizeibeamten oder Gerichtsdiener an der Hand haben, den er mit etwa erforderlichen Ermittlungen oder Vorführungen von Zeugen beauftragt. Den nicht öffentlich abzuhaltenden Termin beginnt der Richter mit der Vernehmung des Beschuldigten, die in Anwesenheit des Staatsanwalts und des Verteidigers stattfindet; letztere dürfen durch Vermittlung des Richters Fragen an den Beschuldigten richten. Die Vernehmung geschieht in der Weise, daß der Richter dem Beschuldigten den Antrag des Staatsanwalts bekannt macht und unter Mitteilung seines Schweigerechts befragt, ob er etwas darauf erwidern wolle. Der Richter hört den Beschuldigten mit seinen Erklärungen; weitere Fragen sollen ihm nur

zur Aufklärung von Dunkelheiten und Widersprüchen, sofern solche in seiner Auslassung enthalten sind, vorgelegt werden. Dann vernimmt er die Zeugen und Sachverständigen in Gegenwart der Prozeßbeteiligten, die nachher direkte Fragen an die Vernommenen richten dürfen. Nach jeder Beweisaufnahme, insbesondere wenn sie Belastungsmomente enthält, ist der Angeklagte zur Erklärung aufzufordern. Sind noch weitere Vernehmungen von Zeugen erforderlich, so wird der Termin auf höchstens acht Tage vertagt, die Prozeßbeteiligten und die neuen Zeugen sowie die früheren Zeugen, deren Gegenüberstellung mit den neuen erforderlich ist, geladen. Der verhaftete Angeklagte ist stets vorzuführen. Weitere Vertagungen sollen statthaft, werden aber meist nicht erforderlich sein. Zu den Terminen wird ein Gerichtsschreiber zugezogen, der die Hauptergebnisse der Beweisaufnahme in einem Protokoll vermerkt, in der Art, wie dies gegenwärtig in den Schöffengerichtssitzungen geschieht. Das Protokoll dient für den Untersuchungsrichter zur Unterstützung seines Gedächtnisses bei Erlaß des Verweijungsbeschlusses, für den Vorsitzenden im Hauptverfahren als Leitfaden bei seinen Vernehmungen. Auswärtige Zeugen können durch einen ersuchten Richter vernommen werden; in diesem Fall ist den Prozeßbeteiligten Nachricht vom Termin zu geben und im Termin ein vollständiges Protokoll aufzunehmen. Erachtet der Richter die Beweisaufnahme für geschlossen, so verkündet er dies; ist der Staatsanwalt etwa abwesend, so wird er benachrichtigt und bis zu seiner Ankunft mit der Verhandlung innegehalten. Nun stellt der Staatsanwalt seine Anträge. Beantragt er, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, so stellt der Richter das Verfahren ein, geht der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens, so faßt der Richter darüber nach Anhörung des Beschuldigten und des Verteidigers Beschluß. Fällt die Entscheidung nach dem Antrag aus, so faßt der Richter einen schriftlichen Eröffnungsbeschluß ab, der dem erkennenden Richter mit den Protokollen vorgelegt, dem nicht erschienenen Angeklagten aber zugestellt wird. Dem Staatsanwalt steht gegen die Ablehnung seines Eröffnungsantrages die sofortige Beschwerde zu,

über welche die Strafkammer auf Grund mündlicher Verhandlung entscheidet.“

Hiergegen habe ich zunächst zu bemerken, daß das in Vorschlag gebrachte Verfahren keine gerichtliche Voruntersuchung, sondern eine Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist. Ob es zweckmäßig ist, diese letztre auf Grund einer solchen Verhandlung ergehen zu lassen, ist nachher zu erörtern.

Kroneder setzt voraus, daß ein Termin, höchstens zwei, ausreichend sein würden, damit der Richter seine Entscheidung abgeben kann. Diese Annahme ist ganz gerechtfertigt, wenn in dem staatsanwaltlichen Vorverfahren erschöpfende Ermittlungen stattgefunden haben, so daß im wesentlichen auf Grund des sistierten Materials entschieden werden kann. Der Charakter des Verfahrens würde nun aber in vielen Fällen deshalb ein ganz anderer werden, weil es seinen Anfang nehmen soll, sobald der Staatsanwalt die Vernehmung des Beschuldigten, seine Verhaftung, oder eine eidliche Zeugenvernehmung vorgenommen wissen will. Derartige Handlungen werden ja aber in zahllosen Fällen in einem Zeitpunkt notwendig, wo man über den ganzen Hergang der ganzen Sache noch so gut wie gar nicht orientiert ist. Dann würde also doch der Schwerpunkt der Ermittlungen in das gerichtliche Verfahren fallen. Sobald das aber geschieht, hält das vorgeschlagene System nicht Stich. Denn es besteht nunmehr durchaus die Möglichkeit, daß ein Wechsel in der Person des Beschuldigten eintritt oder wenigstens eine Ausdehnung der Untersuchung auf andre stattfinden muß. Man nehme den einfachen Fall, daß X abgefaßt wird, als er versucht, die von einem Einbruchsdiebstahl herrührenden Sachen zu verfilbern. Natürlich wird er in den meisten Fällen verhaftet werden und die Sache gelangt also an den Richter. Es folgen nunmehr die Erhebungen darüber, ob er das Verbrechen selbst begangen hat oder nur Fehler ist, und im letztern Fall, wer der Thäter ist. Der schließlich als solcher ermittelte Y hat aber von dem ganzen Belastungsmaterial, das für seine Thäterschaft spricht, keine Kenntnis bekommen, während dies doch nach Kroneders Meinung zur Vorbereitung seiner Verteidigung erforderlich ist. Umgekehrt hat X den Erhebungen beigewohnt, obgleich sie ihn eigentlich nichts angehen.

Die gegen die Vorschläge von John vorgebrachten Einwendungen treffen genau in gleicher Weise auch hier zu. Zwischen der von

John proponierten Gestaltung und derjenigen Kroneders besteht, wie nicht zu verkennen, große Ähnlichkeit, so verschieden auch die Ausgangspunkte der beiden Verfasser sind. Beide stimmen darin überein, daß sie sich die Aufgaben des Ermittlungsverfahrens als bereits gelöst, insbesondere die Person des Beschuldigten als feststehend vorstellen. Nur in diesem Fall ist ein Verfahren, wie sie es vorgeschlagen, überhaupt durchführbar. Wenn freilich Kroneder abweichend von John auf dies gerichtliche Verfahren nicht das Endurteil, sondern nur den Eröffnungsbeschluß ergehen lassen will, so giebt das noch zu einem besondern, gleich nachher zu erörternden Einwande Veranlassung.

Die Besprechung der gerichtlichen Voruntersuchung kann hiermit wohl abgeschlossen werden. Auch die Betrachtung dieses neuesten Reformvorschlages bestätigt, daß das ganze Institut nicht verbessert, sondern nur beseitigt werden kann. Die Bestrebungen, die Voruntersuchung nach dem Muster des Hauptverfahrens umzugestalten, führen in Wahrheit zu ihrer Streichung. In der Hauptverhandlung wird auf Grund der von beiden Teilen produzierten Beweise richterlicherseits eine Entscheidung abgegeben; soll also ein andres Verfahren nach diesem Muster konstruiert werden, so kann dasselbe immer nur in gleicher Weise die Abgabe einer richterlichen Entscheidung bezwecken.

Es bestätigt sich das Resultat, welches man durch eine Betrachtung der dem Strafverfahren obliegenden Aufgaben von vornherein gewinnen kann. Außer der Strafvollstreckung existieren nur die beiden: Ermittlung und Aburteilung. Die Lösung derselben hat in verschiedenen Stadien und durch verschiedene Behörden zu erfolgen — von einer Übereinstimmung in den Grundprinzipien kann bei ihnen nicht die Rede sein. Für die Einfügung eines dritten selbständigen Stadiums ist kein Raum, weil es an einer dritten Aufgabe gebricht. Dagegen kann eine „Aburteilung“ nicht nur bezüglich der Hauptsache gedacht werden, sondern auch bezüglich andrer Punkte; so insbesondere der Zwangsmittel, aber auch bezüglich der Verletzung in den Anklagezustand. Ein logischer Widerspruch liegt darin nicht, es ist vielmehr ebenso wie bei den Zwangsmitteln Sache praktischer Erwägungen, ob und auf welcher Basis dieselbe ergehen soll. In letzter Beziehung könnte höchstens folgendes bemerkt werden. Wenn für die Hauptsache anerkannt wird, daß die Richtigkeit der Entscheidung von der Beobachtung bestimmter

Prozeßgrundsätze abhängt, so ist es inkonsequent, wenn man bei den andern Entscheidungen von denselben glaubt absehen zu können. Die Aufgabe ist hier wie dort die gleiche: Feststellung bestimmter Thatfachen und Subsumtion derselben unter das materielle Recht. Der Verzicht auf die Beobachtung jener Grundsätze läuft also auf einen Verzicht auf die Zuverlässigkeit der Entscheidung heraus. Der Wert einer unzuverlässigen Entscheidung ist aber ein problematischer und es ist daher gewiß die Frage geboten, ob man nicht entweder die Grundlage, auf welcher sie ergeht, verbessern, oder von dem Erfordernis derselben ganz absehen soll. Denn daß bei allen Zwangsmitteln und daß ebenso bei der Veretzung in Anklagezustand eine gerichtliche Entscheidung ergehen muß, kann keineswegs von vornherein als feststehend angenommen werden.

Die Entscheidung über Eröffnung des Hauptverfahrens.

Von den Motiven zur Str. P. O. werden dafür, daß eine gerichtliche Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergeht, zwei Gründe angeführt.⁹²⁾

Der erste bezieht sich auf den Fall, daß eine gerichtliche Voruntersuchung stattgefunden hat und besteht lediglich in der Bezugnahme auf § 154:

„Die öffentliche Klage kann nach Eröffnung der Untersuchung nicht zurückgenommen werden.“

und die für diesen Satz gegebene Rechtfertigung, daß es nämlich ebensosehr dem Wesen der Strafsache wie der Würde des richterlichen Amtes entspreche, wenn, nachdem das Richteramt einmal mit der Klage befaßt ist, der Fortgang der Sache dann nicht mehr dem einseitigen Ermessen der Staatsanwaltschaft unterstellt bleiben dürfe.

Die Richtigkeit dieses Satzes untersuchen zu wollen, liegt mir sehr fern. Es ist vielmehr nur hervorzuheben, daß danach eine Konsequenz der irrthümlichen Anschauung in Frage steht, als ob der staatsanwaltschaftliche Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung eine Art der Klageerhebung ist. Räumt man ein, daß dies nicht der Fall ist, daß es sich bei derselben vielmehr nur um die Fort-

⁹²⁾ S. 88 und S. 108, 111.

setzung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen handelt, nach deren Abschluß die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückkehrt, so ist jenes Argument erledigt und die Frage steht für die Fälle, wo eine gerichtliche Voruntersuchung stattgefunden hat, nicht anders, als wo dies nicht geschehen ist. Hier wie dort muß ein sachliches Argument für den Gerichtsbeschluß angeführt werden.

Dies geschieht denn auch in den Motiven und den sonstigen Erörterungen — in den erstern freilich in etwas zaghafter Weise: sie räumen nämlich ein, daß sich Gründe und Gegengründe nahezu das Gleichgewicht halten. Der Grund dafür ist nun aber bekanntlich der, daß die Eröffnung des Verfahrens für den Beschuldigten ein schweres Übel, eine Beeinträchtigung seiner bürgerlichen und staatsbürgerlichen Stellung involviere, Nachteile, welche vielfach selbst durch eine spätre Freisprechung nicht wieder beseitigt werden.

Diese Ansicht ist nun zum Teil falsch, zum Teil ein handgreifliches *hysteron-proteron*. Sie verwechselt die rein tatsächlichen Nachteile, welche aus dem Verdacht entspringen, ein Verbrechen begangen zu haben, mit den juristischen Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses. Erstere treten keineswegs erst mit diesem letztern ein, sondern schon viel früher, insbesondere natürlich mit etwaigen Zwangsmaßregeln, die den Beschuldigten treffen. Gegen sie wird also der Beschuldigte durch den Gerichtsbeschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens in keiner Weise geschützt.

Die (übrigens wenig zahlreichen) juristischen Nachteile, die mit der Eröffnung des Hauptverfahrens eintreten, können gerade aus dem Grunde an dieses Moment geknüpft werden, weil eine gerichtliche Entscheidung „hinreichende Verdachtsgründe“ festgestellt hat. Fällt diese letzte fort, so ist natürlich auch von jenen Wirkungen keine Rede mehr.

Sollte nicht die Reminiscenz von Bedeutung sein, daß die Spezialinquisition die Raptur mit sich brachte und deshalb im gemeinen Recht auf Eröffnung derselben erkannt werden mußte?

Wird der Einwand in der abgeschwächten Form vorgebracht, daß es keine Annehmlichkeit sei, in öffentlicher Verhandlung als Angeklagter zu erscheinen, so ist derselbe zuzugeben. Es ist überhaupt kein Vergnügen, prozessieren zu müssen. Folgerungen von solcher Tragweite können daraus aber doch in keiner Weise hergeleitet werden. Übrigens ist mit Recht darauf hingewiesen

worden⁹³⁾, daß bei Privatklagen der Sache nach der Schuß des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses fehle, obgleich gerade bei ihnen die Gefahr trivialer Anklagen erheblich größer ist. Gleichwohl ist die Behauptung, daß dies zu Mißständen geführt hat, meines Wissens nicht aufgestellt.

Gegen den Gerichtsbeschluß ist angeführt worden, daß durch denselben das erkennende Gericht zu Ungunsten des Beschuldigten beeinflusst wird. Ich will demselben kein großes Gewicht beilegen. Keinesfalls wird er durch die Bemerkung Kroneders⁹⁴⁾ erledigt, daß in denjenigen Fällen, wo ein Beschluß nicht erfolgt ist (wie z. B. nach vorangegangenen Strafverfügungen) die Hauptverhandlung in derselben Weise verläuft, wie nach einem gerichtlichen Eröffnungsbeschluß. Der äußere Verlauf der Hauptverhandlung ist selbstverständlich immer derselbe; die Beeinflussung durch den Beschluß kann niemals thatjächlich nachgewiesen, sondern der Natur der Sache nach nur vorausgesetzt werden.

Das entscheidende Argument gegen den Gerichtsbeschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens bleibt immer dieses, daß entweder derselbe auf Grund ungenügenden und unzuverlässigen Materials ergeht und aus diesem Grunde wertlos ist; oder aber, daß die mündlich kontradiktorische Verhandlung, welche ihm zu Grunde gelegt wird, die Hauptverhandlung antizipiert und dadurch aufs schwerste beeinträchtigt.

Alle Welt ist darüber einig, daß die gegenwärtige Konstruktion an dem erstern Gebrechen leidet; ich bin daher einer Beweisführung wohl überhoben.

Soll aber der Beschluß nicht auf Grund der Akten des Vorverfahrens bezüglich der Voruntersuchung, sondern auf unmittelbare Beweisnahmen und kontradiktorische Verhandlungen gefaßt werden, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht gleich das Endurteil gesprochen werden soll. Die spätre Hauptverhandlung könnte nur eine matte Reproduktion sein, schlimmer als die Berufungsinstanz.

Diesen — keineswegs neuen — Einwand sucht Kroneder⁹⁵⁾ dadurch zu entkräften, daß er bemerkt, der Unterschied zwischen Vor- und Hauptverfahren (soll heißen: der Verhandlung, auf welche

⁹³⁾ Von Olshausen, Beiträge zur Reform des Strafprozesses, S. 28 ff.

⁹⁴⁾ Z VII 436.

⁹⁵⁾ Z VII 445 ff.

das Endurteil und derjenigen, auf welche die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergeht! die alte Identifizierung der letztern mit der Voruntersuchung!) dürfe nicht in der Form, sondern in Maß und Zweck des Verfahrens gefunden werden; das schriftliche wie das mündliche Vorverfahren könnten über das Ziel hinausgehen (zu ermitteln, ob der Angeeschuldigte hinreichend verdächtig ist, um das Hauptverfahren zu eröffnen), so daß das Hauptverfahren antizipiert werde; dieser Fehler hänge mit der Form des Verfahrens nicht zusammen.

Selbst wenn man dies einräumt, bleibt doch die Thatsache bestehen, daß bei Gleichheit der Form die Übereinstimmung zwischen beiden Verhandlungen eine viel größere ist, als wenn die eine mündlich unmittelbar, die andre schriftlich mittelbar ist; gerade durch die Gleichheit also die Beeinträchtigung der zweiten erfolgt. Entscheidend ist sodann, daß Maß und Ziel bei der mündlichen Verhandlung gar nicht vom Gericht, sondern von den Parteien abhängt. Diese sollen nach Kroneders eignen Vorschlägen sowohl entscheidenden Einfluß darauf haben, welche Auskunftspersonen vorgeladen werden, als auch dieselben indirekt befragen dürfen. Ein Unterschied im Maß und Ziel von der Hauptverhandlung ist dann nicht mehr vorhanden.

Kroneder räumt übrigens implicite selbst ein, was hier behauptet wird.⁹⁶⁾

„Ist allerdings der Angeeschuldigte in vollem Umfang geständig, so könnte bei Zustimmung beider Prozeßbeteiligten dem Richter des Vorverfahrens die Befugnis sofortiger Aburteilung eingeräumt und dem Angeklagten die Berufung hiergegen offen gelassen werden.“

Nun wird aber durch das Geständnis keineswegs eine sicherere Urteilsgrundlage gegeben, als durch andre Beweismittel. Zu einer Verschiedenheit ist also kein rechtlicher Anlaß. Was hier für einen Fall zugestanden wird, daß nämlich die Verhandlung eine ausreichende Grundlage für das Endurteil bildet, gilt in Wahrheit für alle.⁹⁷⁾

⁹⁶⁾ Z VII 446, Note 129.

⁹⁷⁾ Ich habe es nicht für geboten erachtet, die Vorschläge zu beirrechen, welche zwischen den beiden Systemen vermitteln wollen; so z. B., daß der Beschluß des Gerichts in einer Sitzung ergehen soll, zu welchem die Parteien zu laden sind,

Auch für die abgeschwächte Form, daß der Gerichtsbeschuß nur dann zu ergehen hat, wenn der Beschuldigte darauf anträgt, kann ich mich in keiner Weise aussprechen. Die Schwierigkeiten und Mißstände bleiben genau in der gleichen Weise bestehen, wenn schon sie nur in einer kleinen Zahl von Fällen praktisch hervortreten. Es ist außerdem sehr zu befürchten, daß von dem Recht nur alte „Kriminalstudenten“ Gebrauch machen, bloß um die Sache zu verschleppen, da sie allein die Technik des Apparats kennen.

Auch ein anderer Übelstand würde sich stets geltend machen: die Befugnis des Beschuldigten, eine gerichtliche Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu verlangen, würde die Durchsichtigkeit und Klarheit des Prozesses sehr erheblich beeinträchtigen. Es ist vielleicht unvermeidlich, daß derjenige, welcher als Laie zum erstenmal in einen Prozeß verwickelt wird, die Empfindung hat, von Fallstricken und Fußangeln umgeben zu sein; daß insbesondere der Verurteilte den ihm ungünstigen Ausgang des Prozesses seiner mangelnden Kenntnis der Technik desselben zuschreibt. Ganz wird sich das, wie gesagt, vielleicht nicht vermeiden lassen, aber man soll doch bestrebt sein, es möglichst zu beschränken. Ein Fallstrick schlimmster Sorte ist nun aber der gerade im Interesse des Beschuldigten eingeführte Gerichtsbeschuß über die Eröffnung des Hauptverfahrens, speziell in seiner gegenwärtigen Konstruktion.

Welcher Beschuldigte hat wohl eine Ahnung davon, was es heißt, Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen? welcher ist darüber orientiert, welche Vorzüge und Nachteile es für ihn hat, die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung zu verlangen? An den ungebildeten Mann die Aufforderung zu richten, sich über diese Dinge zu erklären, ist meines Erachtens der reine Hohn. Das einzige, was er versteht, aber falsch versteht, ist die Frage, ob er einzelne Beweiserhebungen beantragen wolle. Dabei läuft nämlich ganz regelmäßig der Irrtum unter, daß der Beschuldigte glaubt, er beantrage die Herbeischaffung der Beweismittel zur Hauptverhandlung, während das doch nicht der

sowie daß das Gericht befugt ist, die ergänzenden Ermittlungen selbst vorzunehmen (Dischhausen, Beiträge, S. 29). „Wenn man's so hört, möch's leidlich scheinen, steht aber doch immer schief darum.“ Es werden eben die Fehler beider Systeme kombiniert und je nach der Gestaltung des Einzelfalles würden die einen oder die andern überwiegen.

Fall ist. Wird nun, wie üblich, der Beweisanspruch des Beschuldigten als unerheblich abgelehnt, so glaubt der Beschuldigte, denselben überhaupt nicht mehr weder vor noch in der Hauptverhandlung wiederholen zu dürfen. Dieser Irrtum kann natürlich für ihn sehr leicht verhängnisvoll werden.⁹⁴⁾

Hiernach muß die gänzliche Beseitigung des Gerichtsbeschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens für geboten erachtet werden.

⁹⁴⁾ Sehr häufig ereignet sich folgendes: der Beschuldigte erscheint auf der Gerichtsschreiberei und erklärt, indem er das ihm zugestellte Schriftstück vorweist, er sei aufgefordert, sich zu erklären und demgemäß zu diesem Zweck erschienen. Auf die Frage, was er denn zu erklären habe, ergibt sich dann: nichts! Worauf ihm dann gesagt wird, er könne wieder nach Hause gehen. Die Annahme ist auch wirklich naheliegend, daß eine gerichtliche „Aufforderung“ nicht einfach unbeachtet gelassen werden dürfe.