

Die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses.

Von Professor v. Kries in Gießen.

In der folgenden Untersuchung soll der Begriff der Prozeßvoraussetzung für den Strafprozeß verwertet werden.¹⁾

Daß derselbe hier überhaupt Anwendung findet, kann mit denselben Worten dargethan werden, mit welchen Bülow ihn in das Zivilprozeßrecht eingeführt hat.²⁾

¹⁾ Der Begriff der Prozeßvoraussetzung wird als anwendbar für den Strafprozeß aufgestellt von Binding, Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts (Leipzig 1881), woselbst § 94 die Überschrift trägt: Begriff und Übersicht der Prozeßvoraussetzungen. Derselbe hat jedoch keinen Text und führt nur als dahin gehörende Literatur Bülow's Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen an. — Gelegentlich der Lehre von der sachlichen Zuständigkeit kommt John in seinem Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich Bd. I Heft 1 (Erlangen 1881) S. 130 auf die Prozeßvoraussetzung zu reden. — Ullmann, Das Österreichische Strafrecht (Jnnßbruck 1879) § 70 und Geyer, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts (Leipzig 1880) § 113 handeln zwar von den „Bedingungen“ des Strafverfahrens; dieser Begriff scheint jedoch an beiden Orten der Klarheit und Bestimmtheit durchaus zu ermangeln. — Vergl. auch Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft, Leipzig 1884 § 22 Note 16, und insbes. § 25 Note 44.

²⁾ Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen. Gießen 1868 S. 1 ff., S. 5. — B's Auffassung des Prozeßes als eines Rechtsverhältnisses resp. der hieraus gefolgerte Begriff der Prozeßvoraussetzung ist neuerdings angegriffen worden; von Schulke, Das Deutsche Konturrecht in seinen juristischen Grundlagen (Berlin 1880) S. 139 Note 1; und von Demselben, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung (Freiburg 1883) S. 48 Note; wie schon früher von Menger, System des Österreichischen Zivilprozeßrechts in rechtsvergleichender Darstellung Bd. I (Wien 1876) S. 291 ff. Nach Schulke soll der Prozeß sein eine Mehrheit von Rechtsgeschäften, welche ihrerseits Rechtsverhältnisse erzeugen... Diese Auffassung des Prozeßes als eines Komplexes einzelner Rechtsgeschäfte im Gegensatz zu Bülow's Auffassung desselben als eines einheitlichen Rechtsverhältnisses (sei) eine Grundbedingung richtiger Einsicht in das Wesen des Prozeßes und seiner einzelnen Akte. So sei z. B. das weittragendste Prozeß-Rechtsgeschäft die Klageerhebung, andere Prozeß-

Reitschrift f. d. geol. Strafrechtsw. V.

Auch bezüglich des Strafprozeßrechts muß man doch einräumen, daß es „die Befugnisse und Pflichten bestimmt, welche den Parteien und dem Gericht in ihrem Verhältnis zu einander zukommen“. „Hiermit ist aber auch gesagt, daß der Prozeß ein Verhältnis gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung, d. h. ein Rechtsverhältnis ist.“ „Wenn nun der Prozeß ein Rechtsverhältnis ist, so sind damit auch der Prozeßwissenschaft ähnliche Aufgaben vor-
gezeichnet, wie man sie hinsichtlich der übrigen Rechtsverhältnisse sich längst gestellt und gelöst hat. Die Darstellung eines Rechts-

Rechtsgeschäfte seien z. B. das Geständnis, die Zusage, die Annahme, die Zurückziehung von Eiden u. s. w. — Der Begriff des Prozeß-Rechtsgeschäfts ist gewiß ein zutreffender; man vergl. Wach, Das Geständnis. Ein Beitrag zu der Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften (Zivilistisches Archiv Bd. 64 S. 201 ff.). Daß hieraus aber sofort gefolgert wird, Bülow's Auffassung, der Prozeß sei ein einheitliches, von Stufe zu Stufe fortschreitendes Rechtsverhältnis, wäre damit unvereinbar, scheint mir nicht zutreffend. Können denn nicht alle die verschiedenen Prozeß-Rechtsgeschäfte sich auf das einheitliche Prozeß-Rechtsverhältnis beziehen, seine Entwicklung bezwecken, es aber als solches bestehen lassen? (Vergl. auch Weismann, Hauptintervention § 22 Note 9.) — Wie dem auch sein mag, von Prozeßvoraussetzungen wird man in jedem Fall sprechen können. Denn auch ein Rechtsgeschäft kann wirksam nur unter bestimmten Voraussetzungen abgeschlossen werden. — Was die Ausführungen Mengers anlangt, so findet er den fraglichen Begriff deshalb verwerflich, „weil ganz willkürlich aus der ungemein großen Zahl von prozessualischen Ansprüchen und Thatbeständen eine Gruppe hervorgehoben wird, welche sich in nichts von den übrigen prozessualischen Thatbeständen unterscheidet. Die Prozeßvoraussetzungen B.s sind nichts als die tatsächlichen Voraussetzungen des prozessualischen Anspruchs auf Einleitung eines Zivilverfahrens...: ein prozessualisches Recht, welches gewiß von nicht geringer Bedeutung ist, das aber doch im Vergleich zu der fast unbegrenzten Zahl der übrigen in ihrer Struktur ganz homogenen prozessualischen Ansprüche vollständig zurücktritt“. Sodann findet M., „daß ein solcher gemeinsamer Kunstausdruck unschärfbar zu der Annahme verleiten muß, als sei rücksichtlich aller Prozeßvoraussetzungen eine gleiche prozessuale Behandlung geboten“. Das erste Argument verwirft den Begriff somit nicht als falsch, sondern als überflüssig. M. spricht seinerseits von den tatsächlichen Voraussetzungen der von dem Kläger und dem Beklagten erhobenen prozessualischen Ansprüche. Es kommt somit nur darauf an, ob der klägerische Anspruch auf Einleitung eines Zivilprozesses nicht doch gegenüber den andern prozessualischen Ansprüchen (z. B. auf Zulassung der Beweise, auf Fristverlängerung oder Vertagung, M. S. 293 Anm. 49) wegen seiner größeren Wichtigkeit eine besondere Betrachtung verdient. Das läßt sich in der That doch kaum bestreiten. — Die bei Verwendung des Kunstausdrucks bestehende Gefahr dürfte sich gleichfalls vermeiden lassen.

verhältnisses soll vor allen Dingen Auskunft über die Frage geben, an welche Voraussetzungen die Entstehung desselben geknüpft ist."

Betrachtet man aber den Strafprozeß als ein Verhältnis gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung zwischen den Parteien und dem Gericht, so folgt daraus, daß das sog. polizeiliche Vorverfahren als Teil des Strafprozesses in diesem Sinne nicht angesehen werden kann. Das Vorverfahren dient lediglich dazu, der Staatsanwaltschaft das Material zu verschaffen, auf Grund dessen dieselbe sich entscheidet, ob sie die öffentliche Klage erheben will, oder nicht. Die einzige Person, deren Vorkommen darin notwendig ist, ist der Staatsanwalt: ein Beschuldigter braucht darin nicht zu figurieren, die Mitwirkung eines Richters ist vollends nicht nötig. Und auch wenn sich die Nachforschungen — sei es von vornherein, sei es auf Grund schon angestellter Recherchen — gegen einen Verdächtigen richten, so nimmt dieser als solcher eine prozessuale Stellung mit bestimmten Rechten und Pflichten gar nicht ein. Seine Vernehmung ist nicht notwendig. Die Behandlung einer Person als „Verdächtiger“ erscheint vielmehr als eine Prädisierung, die die Staatsanwaltschaft ganz willkürlich vornehmen und wieder fallen lassen kann, und die nach außen gar nicht in Erscheinung zu treten braucht. Es ist nicht entscheidend, daß der Verdächtige auch im Vorverfahren bereits verhaftet werden kann, daß eidliche Zeugenvernehmungen, überhaupt richterliche Untersuchungshandlungen und Zwangsmittel aller Art vorkommen können. Durch die Verhaftung erhält der Verdächtige freilich eine Parteirolle in dem Arrestprozeß. Dieser aber ist im Straf- wie im Zivilverfahren etwas vom Hauptprozeß Verschiedenes und kann hier wie dort beginnen, ehe in jenem Klage erhoben ist.³⁾

Für das Vorverfahren besteht die Möglichkeit, daß es vollkommen im Sande verläuft. St.P.O. § 168 bestimmt:

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

³⁾ Daß die Verhaftung des Strafprozesses ein dem Arrest des Zivilprozesses durchaus entsprechendes Rechtsinstitut ist, wird, soviel ich sehe, noch überall verkannt, ist aber nichtsdestoweniger der Fall. Hier wie dort ist z. B. zur Begründung des vom Kläger gestellten Arrestantrags erforderlich: Die Bezeichnung des Anspruchs (die Bezeichnung der dem Beschuligten zur Last gelegten That), die Angabe des Arrestgrundes und die Glaubhaftmachung von beiden (dringende Verdachtsgründe). Daß die Verhaftung des Strafprozesses auch manche Besonderheiten hat, ändert an der Richtigkeit des Gesagten nichts.

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.

Aber ein Zeitpunkt, in welchem der Staatsanwalt vor der Alternative: Klageerhebung oder Einstellung stünde, existiert sehr oft gar nicht. Die Ermittlungen können freilich zu dem bestimmten Resultat führen, daß eine strafbare Handlung überhaupt nicht begangen sei, oder daß wenigstens dieses Individuum nicht der Thäter ist. Meist wird aber die Situation die sein, daß das vorliegende Material noch nicht ausreicht, um die Klage gegen eine bestimmte Person mit Aussicht auf Erfolg zu erheben. Ob sich im Lauf der Zeit weiteres Material finden wird, ist ungewiß, jedenfalls nicht mit Bestimmtheit zu verneinen. Und so könnte der Staatsanwalt, in der Hoffnung, daß es der Fall sein werde, die Sache beliebig lange in Gang erhalten. Wird die Einstellung verfügt, so ist dies meist ein reines Interim der Staatsanwaltschaft -- die Benachrichtigung des Beschuldigten erfolgt nur in zwei Fällen. Die Verfügung ist der Rechtskraft gar nicht fähig. Auf Grund desselben tatsächlichen Materials, auf welches hin gestern die Einstellung erfolgte, könnte heute Klage erhoben werden, selbst wenn der Verdächtige benachrichtigt worden wäre.

Hierdurch wäre also erwiesen, daß das polizeiliche Vorverfahren als Verhältnis gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung, d. h. also als Rechtsverhältnis nicht angesehen werden kann, woraus sich von selbst ergibt, daß nach den Voraussetzungen der Entstehung dieses Rechtsverhältnisses nicht gefragt werden kann.

Das Vorverfahren soll That und Thäter erst ermitteln: irgend welche Eigenschaften derselben können daher nicht Bedingungen für die Zulässigkeit des Verfahrens selbst bilden.

Die Zivilprozessordnung operiert mit dem Begriff der prozeßhindernden Einrede. Sie hebt die Bedeutung der Prozeßvoraussetzungen in der Weise hervor, daß sie ausspricht, der Beklagte dürfe bei dem Mangel einer solchen die Einlassung zur Hauptsache verweigern, die Begründung des prozeßualen Rechtsverhältnisses verhindern. Die Sache wird also einseitig vom Standpunkt des Beklagten betrachtet.

Der St.P.O. ist der Begriff der Prozeßvoraussetzung wie der der prozeßhindernden Einrede fremd. Sie kann aber nicht umhin,

die Gründe zu nennen, aus welchen das Gericht die Eröffnung der Untersuchung — das heißt aber nichts anderes, als Begründung des prozeßualen Rechtsverhältnisses — ablehnen kann resp. ablehnen muß. Aus den hierüber handelnden Vorschriften wird man also die Prozeßvoraussetzungen des Strafprozesses entnehmen können.

Es ist nicht von vornherein als selbstverständlich zu betrachten, daß stets der Mangel einer Prozeßvoraussetzung vorliegen müsse, wenn die Eröffnung der Untersuchung abgelehnt wird. Das Gericht hat die erhobene Klage auch bereits in materiell-rechtlicher und, wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt wird, auch in tatsächlicher Beziehung zu prüfen: das Hauptverfahren wird nur eröffnet, wenn der Angeeschuldigte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig erscheint (St.P.O. § 201). Ob aber darin, daß die That unter ein Strafgesetz fällt und daß ausreichende Verdachtsmomente gegen den Beschuldigten sprechen, Prozeßvoraussetzungen zu finden sind, kann zweifelhaft erscheinen, und hängt von der Definition ab, die man für diesen Begriff gibt. Jedenfalls aber muß umgekehrt der Mangel einer Prozeßvoraussetzung das Gericht nötigen die Eröffnung der Untersuchung abzulehnen. Die Bedeutung der ersteren muß sich gerade in dieser Beziehung äußern.

Nach der Terminologie der St.P.O. bedeutet „Untersuchung“ sowohl die gerichtliche Voruntersuchung, als auch das Hauptverfahren. Auch die Eröffnung der ersteren setzt die Erhebung der öffentlichen Klage voraus (St.P.O. §§ 151, 168). Von den Gründen, aus welchen die Eröffnung der Voruntersuchung gerichtsseitig abgelehnt werden kann, spricht § 178:

Der Antrag kann nur (I) wegen Unzuständigkeit des Gerichts, oder (II) wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung, oder (III) der Voruntersuchung, oder (IV) weil die in dem Antrag bezeichnete That unter kein Strafgesetz fällt, abgelehnt werden.

Abgesehen hiervon würde ein Ablehnungsgrund aus dem vorhergehenden Paragraphen zu entnehmen sein, der über den Inhalt des staatsanwaltschaftlichen Antrags bestimmt:

Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung muß den Beschuldigten und die ihm zur Last gelegte That bezeichnen.

Fehlt es hieran, würden z. B. mehrere Beschuldigte alternativ, oder die That nur ganz im allgemeinen ohne die gehörige Bestimm-

heit genannt, so wäre der Antrag zurückzuweisen. Eine formell korrekte Klageerhebung ist wie im Zivilprozeß die erste Prozeßvoraussetzung.

I. Unzuständigkeit des Gerichts. Hierbei ist sowohl an die örtliche, wie an die sachliche Unzuständigkeit zu denken. Letztere liegt dann vor, wenn in einer zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörigen Sache die Voruntersuchung bei einem Landgericht beantragt würde, oder umgekehrt.

Aber auch der Fall ist hierunter zu subsumieren, der im Zivilprozeß als Unzulässigkeit des Rechtswegs bezeichnet zu werden pflegt, d. h. daß in einer Sache Eröffnung der Voruntersuchung verlangt würde, die vor die ordentlichen Gerichte überhaupt nicht gehört. Ob letzteres der Fall ist, entscheidet sich bekanntlich nach G.B.G. § 13 — eine Bestimmung, die der näheren Erörterung hier nicht bedarf. Nur einen Punkt möchte ich hervorheben.

Wenn man sagt,⁴⁾ daß es reichsgesetzlich bestellte besondere Gerichte nur die zwei gibt: die Militärgerichte und die Konsulargerichte — so ist das zwar ganz richtig. Das Verhältnis der Konsulargerichte zu den ordentlichen Gerichten ist aber doch ein anderes, als das der Militärgerichte zu den letzteren, und die Konsulargerichte sind an dieser Stelle überhaupt nicht zu erwähnen, da mit bezug auf sie bei den ordentlichen Gerichten von Unzulässigkeit des Rechtswegs niemals die Rede sein kann.

Die Militärgerichte haben ihr genau bestimmtes, sachlich und persönlich umschriebenes Gebiet, wo sie thätig werden, und die ordentlichen Gerichte nicht thätig werden dürfen (vergl. Preussische Militärstrafprozeßordnung vom 3. April 1845 §§ 1—3). Bezüglich der zu ihrer Kompetenz gehörenden Sachen läßt sich daher von einer Unzulässigkeit des Rechtswegs sprechen. Das Gebiet dagegen, auf welchem die Konsulargerichte judizieren, fällt mit dem der ordentlichen Gerichte zusammen und ist nur ein wenig enger. Vergl. Ges. vom 10. Juli 1879.

§ 1 Abs. 2. Der Konsulargerichtsbarkeit sind die in den Konsulatsgerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen unterworfen.

⁴⁾ Vergl. z. B. Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Auflage 1882. G.B.G. § 13 Note 10 (S. 30); John, Das Deutsche Strafprozeßrecht. Leipzig 1883. S. 21; Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich Bd. I Heft 1 S. 86.

§ 4. In betreff des Strafrechts ist anzunehmen, daß in den Konsulargerichtsbezirken das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und die sonstigen Strafbestimmungen der Reichsgesetze gelten.

Die in den Konsulargerichtsbezirken geltenden Strafgesetze der Landesregierungen bleiben außer Anwendung, insofern nicht durch Staatsverträge oder durch Herkommen etwas anderes bestimmt ist.

Der Konsul ist befugt, für seinen Gerichtsbezirk oder einen Teil desselben polizeiliche Vorschriften mit verbindlicher Kraft für die seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen zu erlassen und die Nichtbefolgung mit Geldstrafen bis 150 M. zu bedrohen.

Durch diese Vorschriften wird, wie man sieht, eine ausschließliche Kompetenz der Konsulargerichte gegenüber den ordentlichen Gerichten nicht begründet. Das sachliche Gebiet, auf dem sie thätig werden, ist mit dem der ordentlichen Gerichte teils identisch: soweit es sich um die im Strafgesetzbuch und die in den andern Reichsgesetzen enthaltenen Strafbestimmungen handelt — teils ihnen eigentümlich: sie wenden, wie die Gerichte jedes deutschen Staates, auch das eigne Partikularrecht an. In persönlicher Beziehung aber ist das Gebiet der Konsulargerichte in sofern etwas enger begrenzt als das der ordentlichen Gerichte, weil nur die in dem Konsulatsbezirk sich aufhaltenden Deutschen und Schutzgenossen, nicht alle Einwohner des Bezirks, der Gerichtsbarkeit unterworfen sind.

Endlich wird die exklusive Zuständigkeit der Konsulargerichte auch durch keine prozessuale Vorschrift bestimmt. § 21 des genannten Gesetzes schreibt vor:

Auf Strafsachen finden die Vorschriften der Strafprozeßordnung und des Einführungsgesetzes nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Da nun aber in diesen folgenden Bestimmungen bezüglich der Zuständigkeit nichts Besonderes gesagt wird, so wird das Konsulargericht gemäß St.P.O. §§ 7 u. 8 durch den Gerichtsstand der begangnen That und den des Wohnsitzes zuständig.

Daraus aber scheint mir zu folgen, daß, wenn der eine von diesen beiden Gerichtsständen im Konsulargerichtsbezirk, der andre in Deutschland selbst begründet ist, sowohl das Konsulatsgericht als ein ordentliches deutsches Gericht zur Aburteilung kompetent ist —

vorausgesetzt nur noch, daß der Thäter zu den im Konsulatsbezirk wohnenden oder sich aufhaltenden Deutschen oder Schutzgenossen gehört. Und das Resultat dieser Betrachtung ist, daß in dem Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Konsulatsgerichten nur von der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, nicht aber von der der Unzulässigkeit des Rechtswegs die Rede sein kann. —

Als ein besondrer Fall der örtlichen Unzuständigkeit erscheint auch die bei einem andern Gericht bereits begründete Rechtshängigkeit; St.P.O. § 12:

Unter mehreren nach den Vorschriften der §§ 7—11 zuständigen Gerichten gebührt demjenigen der Vorzug, welches die Untersuchung zuerst eröffnet hat.

Das bedeutet: wenn an sich mehrere Gerichte zuständig sind, so wird dasjenige Gericht, welches die Untersuchung zuerst eröffnet hat, durch diesen Akt das allein zuständige; die Zuständigkeit der andern wird dadurch beseitigt. Die Klage wird daher von dem zweiten Gericht wegen örtlicher Unzuständigkeit abgewiesen.

Die Bedeutung der vier genannten Hinderungsgründe ist nun aber nicht die gleiche. Die Berücksichtigung der sachlichen Unzuständigkeit und der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist für das Gericht obligatorisch, die der örtlichen Zuständigkeit fakultativ. Eine Vorschrift, die das Gericht verpflichtete, seine örtliche Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen, existiert nicht.⁵⁾ Das Gericht ist zwar unzweifelhaft dazu berechtigt, die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit zurückzuweisen, braucht dies aber nicht zu thun, kann vielmehr abwarten, ob seitens des Beschuldigten die örtliche Unzuständigkeit gerügt werden wird.

Ob die Berücksichtigung der bereits anderweit begründeten Rechtshängigkeit für das Gericht obligatorisch ist, kann zweifelhaft erscheinen. Für die Verneinung spricht, daß es sich nach der Auffassung des Gesetzes eben nur um einen Spezialfall der örtlichen Unzuständigkeit handelt, für welchen nichts andres als für den gewöhnlichen Fall gelten kann.

II. Der zweite in § 178 erwähnte Grund, aus welchem das Gericht die Eröffnung der Voruntersuchung ablehnen kann, die Unzulässigkeit der Strafverfolgung, umfaßt eine ganze Reihe von Fällen.

1. Die Extritorialität des Verbrechens oder seine Eigenschaft

⁵⁾ John, Kommentar I S. 198.

als Souverän. In dem einen wie in dem andern Fall ist er der inländischen Gerichtsbarkeit überhaupt nicht unterworfen. Die Z.P.O. führt die Berufung auf Extraterritorialität unter den prozeßhindernden Einreden nicht auf, da schon im St.G.B. § 18 gesagt ist, daß sich die inländische Gerichtsbarkeit auf die Extraterritorialen nicht erstrecke. In beiden Prozessen ist das Unterworfensein des Beklagten unter die inländische Gerichtsbarkeit unzweifelhaft Prozeßvoraussetzung.

2. Der Grund dafür, daß sich die inländische Gerichtsbarkeit auf eine Strafsache nicht erstreckt, kann wie in der Person des Thäters so auch darin seinen Grund haben, daß die That im Ausland begangen ist (vergl. St.G.B. §§ 3 ff.).^{*)}

3. Ein nur zeitweise und bedingt wirkendes Hindernis ist die Eigenschaft des Beschuldigten als Angehöriger einer gesetzgebenden Versammlung, insofern nach Reichs- oder Landesrecht die Einleitung einer Strafverfolgung während der Dauer der Sitzungsperiode von der Genehmigung der betreffenden Versammlung oder andern Voraussetzungen abhängig gemacht ist. Vergl. Reichsverf. Art. 31; Preuß. Verf. Art. 84 Abs. 2 und 4; Bayrische Verf. Tit. VII § 26. Das Hindernis wirkt aber nur für denjenigen Bundesstaat, zu dessen gesetzgebender Versammlung der Beschuldigte gehört. Der Einleitung eines Strafverfahrens in einem andern Bundesstaat steht in Ermangelung einer dahin gehenden reichsgesetzlichen Bestimmung nichts im Wege.

4. Die mangelnde Prozeßfähigkeit des Beschuldigten wegen jugendlichen Alters. Nach St.G.B. § 55 kann, wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Daraus folgt, daß wer zur Zeit der Klageerhebung noch nicht zwölf Jahr alt ist, prozeßunfähig ist, so daß es zu einem Strafverfahren gegen ihn nicht kommen kann.

Bei der soeben gegebenen Formulierung ist der Fehler vermieden, dessen sich, wie ich meine, § 55 des St.G.B.s schuldig macht. Er überieht, daß auf strafrechtlichem, so gut wie auf zivilrechtlichem Gebiet die materiell-rechtliche Handlungsfähigkeit von der Prozeß-

^{*)} Man kann zweifeln, ob eine im Ausland begangene Straftat in andern Fällen als den in St.G.B. §§ 4 Abs. 2, 102, 398 überhaupt für das Inland einen strafrechtlichen Anspruch entstehen läßt; ob also gegebenenfalls auf Freisprechung oder auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen ist. Vergl. auch Franke in Goldhammers Archiv XX S. 22 ff. Entscheidet man sich für ersteres, so gehört dieser Fall unter die Rubrik IV.

fähigkeit unterschieden werden muß, und daß er nur die erstere zu regeln hatte, während die Vorschrift über die letztere in die St.P.O. gehört, resp. daß wenigstens beides einer besonderen Normierung bedarf.

Prozeßfähigkeit ist prozeßuale Handlungsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit prozeßuale Handlungen mit rechtlicher Wirksamkeit vorzunehmen. Also braucht sie nur in dem Moment vorhanden zu sein, wo eben die prozeßuale Handlung vorgenommen werden soll, d. h. im Moment des Prozesses. Eben dies verkennet § 55, wenn er bestimmt, daß wer zur Zeit der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet habe, nicht verfolgt werden dürfe. Wer zur Zeit der Klageerhebung dreizehn oder dreißig Jahr alt ist, ist vollkommen prozeßfähig, es kann also gegen ihn wirksam Klage erhoben werden. Wegen einer in seinem elften Lebensjahr begangnen Handlung wäre er freizusprechen, weil ihm damals die materielle Handlungsfähigkeit mangelte. Es ist verkehrt, wenn § 55 in diesem Fall zur Einstellung des Verfahrens nötigt. Wenn im Zivilprozeß der Kläger einen Volljährigen wegen eines von diesem in seiner Minderjährigkeit abgeschlossenen Geschäfts belangt, zu dessen Vornahme letzterer damals handlungsunfähig war, so wird der Kläger doch nicht wegen Prozeßunfähigkeit des Beklagten ab instantia abgewiesen, sondern der Beklagte wird in der Sache absolviert. Im Strafprozeß liegt die Sache aber genau ebenso. ⁷⁾

5. Mangel des Antrags oder der Ermächtigung. Nach St.G.B. § 61 ist eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt,

⁷⁾ Trotz der fehlerhaften Normierung des § 55 ist m. E. doch daran festzuhalten, daß er in erster Linie etwas materiell-rechtliches vorzuschreiben beabsichtigt und nur außerdem noch eine prozeßuale Bestimmung trifft. Ich halte es nicht für richtig, wenn Olshausen (Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I S. 234 Nr. 5) sagt: „Daraus, daß unter der gedachten Voraussetzung die strafrechtliche Verfolgung unstatthaft ist, folgt hinsichtlich des Charakters der strafbaren Handlung selbst noch nichts. Abs. 1 erklärt nicht, wie die §§ 51–54, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei, vielmehr ist die Frage, ob der Thäter trotz seines jugendlichen Alters eine im Sinn des St.G.B.s strafbare Handlung begangen habe, lediglich nach Maßgabe des dem Thäter beizulegenden Dolus zu entscheiden.“ — Allein, wenn hier wirklich nur eine prozeßualische Vorschrift beabsichtigt wäre, so würde es an einer Bestimmung über die materiell-rechtliche Handlungsfähigkeit der Personen unter 12 Jahren ganz fehlen. Sodann wäre es unbegreiflich, weshalb die Zeit der That und nicht die der Strafverfolgung maßgebend sein soll. Dies erklärt sich nur daraus, daß die materiell-rechtliche und die prozeßualische Handlungsfähigkeit gleichzeitig geregelt werden sollte.

„nicht zu verfolgen“, wenn der Berechtigte es unterläßt, rechtzeitig den Antrag zu stellen. Durch die Begehung des Verbrechens ist hier wie immer ein Strafanspruch des Staats zur Entstehung gelangt. Die prozessuale Geltendmachung desselben ist aber davon abhängig, daß der Antrag rechtzeitig gestellt wird.⁹⁾

Die Ermächtigung wird mit dem Antrag auf gleiche Stufe zu stellen sein. Die Frage, wie weit der Staatsanwalt mit seiner Strafverfolgung ohne Einholung der Ermächtigung gehn darf, ist freilich zweifelhaft und auf Grund der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen wohl kaum mit voller Sicherheit zu entscheiden. Das gleiche gilt aber neuerdings auch für die Antragsverbrechen im Hinblick auf St. P. O. §§ 127, 130. Hier wie dort dürfte aber zu sagen sein, daß bei der Erhebung der öffentlichen Klage der Antrag resp. die Ermächtigung vorliegen muß, widrigenfalls das Gericht die Eröffnung der Untersuchung abzulehnen berechtigt wie verpflichtet ist.

6. In den Fällen des Ehebruchs, der Eheerschleichung und der Entführung ist Voraussetzung für die Zulässigkeit der Strafverfolgung, daß ein die betreffende Ehe auflösendes Zivilurteil vorliegt (St. G. B. §§ 170, 172, 238). Daß das Vorhandensein desselben wirklich Bedingung für die Zulässigkeit der Strafverfolgung ist, findet sich mit voller Deutlichkeit freilich nur bei der Entführung ausgesprochen.

Hat der Entführer die Entführte geheiratet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für ungültig erklärt worden ist.

Bei der Eheerschleichung und dem Ehebruch heißt es dagegen:

Wer bei Eingehung der Ehe dem andern Teil ein gesetzliches Ehehindernis arglistig verschweigt . . . wird, wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist, mit Gefängnis . . . bestraft.

Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist an dem schuldigen Ehegatten sowie dessen Mit-schuldigen . . . bestraft.

Man könnte auf Grund dieses Wortlauts behaupten, daß es sich um eine materielle Bedingung der Strafbarkeit, nicht um eine Prozeß-

⁹⁾ Über die theoretische Auffassung der Antragsverbrechen besteht allerdings nicht vollständige Einigkeit; vergl. z. B. Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht. Berlin 1881 S. 126 ff.

voraussetzung handle.⁹⁾ Allein es ist nicht wahrscheinlich, daß das Gesetz in der fraglichen Beziehung einen Unterschied zwischen den drei Fällen hat begründen wollen.

7. Verjährung. Die Bedeutung resp. Wirksamkeit derselben ist bekanntlich auch bestritten. Ob man es hier mit einer selbständigen Prozeßvoraussetzung zu thun hat, oder ob sich dieser Fall den materiell-rechtlichen Gründen der Freisprechung anschließt, hängt von der allgemeinen Auffassung ab, die man von diesem Institut überhaupt hat. Ich meine stets glaube, daß der entstandne strafrechtliche Anspruch infolge des Zeitablaufs wieder erlischt, so daß in der Hauptverhandlung bei konstatierte Verjährung auf Freisprechung, nicht auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen ist.¹⁰⁾

8. Der Fall rechtskräftiger Aburteilung ist wohl unzweifelhaft als materiell-rechtlich aufzufassen. Das Urteil bewirkt Untergang des strafrechtlichen Anspruchs, und wenn in der Hauptverhandlung das Vorhandensein eines Urteils in der gleichen Sache konstatiert wird, so muß der Angeklagte freigesprochen werden.

Die Sache verhält sich aber so nur dann, wenn in dem früheren Prozeß ein Urteil ergangen ist. War nach beendeter Voruntersuchung der Beschuldigte außer Verfolgung gesetzt und dieser Beschluß rechtskräftig geworden — vergl. St.P.O. § 210 — oder war gemäß § 172 ausgesprochen worden, die öffentliche Klage sei nicht zu erheben, so kann die Klage von neuem nur erhoben werden,¹¹⁾ wenn sie auf neue Thatfachen oder Beweismittel gestützt wird. Dies Erfordernis aber ist rein prozeßualisch; ist es nicht erfüllt, so ist die erhobne Klage als unzulässig zurückzuweisen.

9. Das Recht der Landesherren zur Abolition auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften besteht heutzutage wohl nicht mehr.¹²⁾ Daß aber durch Reichsgesetz Strafklagen niederge schlagen oder die Er-

⁹⁾ So z. B. Liszt a. a. O. S. 123. Der entgegengesetzten, im Text vertretenen Meinung z. B. Olshausen, Kommentar II S. 604 Note 6.

¹⁰⁾ Vergl. über die Kontroverse Olshausen, Kommentar I S. 290 ff. und die dort Citirten.

¹¹⁾ Gegenüber der Meinung von Löwe, Kommentar § 210 Note 5, möchte ich an der von mir schon früher geäußerten Ansicht festhalten, daß hier kein Wiederaufnahmeverfahren nach Analogie der Bestimmungen in §§ 407 ff. stattfindet, vielmehr in gleicher Weise wie sonst abermals Klage erhoben wird.

¹²⁾ Bejaht von Löwe, Kommentar S. 167, verneint von John, Kommentar I S. 108.

hebung derselben verboten werden könnte, ist wohl prinzipiell nicht zu bestreiten. Wäre letzteres geschehen, so müßte eben auf Grund dieses Reichsgesetzes die Eröffnung der Untersuchung abgelehnt werden.

10. Die in Gemäßheit des § 11 des E.G. zum G.B.G. erforderliche Vorentscheidung des obersten Verwaltungsgerichtshofs oder des Reichsgerichts, daß der zu verfolgende Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat, muß vorliegen, damit gegen den Beamten die Untersuchung eröffnet werden kann.

11. Schließlich könnte man noch anführen, daß bei Anklagen wegen falscher Anschuldigung und Beleidigung zuweilen die nach Zt.G.B. §§ 164 Abs. 2, 191 erforderliche Vorentscheidung ergangen sein muß.

Damit dürften die unter „Unzulässigkeit der Strafverfolgung“ zu subsumierenden Fälle erschöpfend aufgezählt sein.

III. Unzulässigkeit der Voruntersuchung. Der Antrag des Staatsanwalts auf Eröffnung der Voruntersuchung kann abgelehnt werden, wenn diese gemäß § 176 unzulässig ist, d. h. bei den schöffengerichtlichen Sachen. Der Staatsanwalt greift mit der Art der Klageerhebung fehl; während er nach der Beschaffenheit der Sache nur den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens stellen konnte, beantragt er die der Voruntersuchung.

IV. Die in dem Antrag bezeichnete That fällt unter kein Strafgesetz.¹³⁾ Unter diesen Ausdruck sind alle Fälle zu subsumieren, wo in der Hauptverhandlung aus materiell-rechtlichen Gründen freigesprochen werden müßte, sofern sich also aus den Anführungen der Anklage selbst entnehmen läßt, daß der Strafanspruch in thesi nicht begründet ist. Es gehört also nicht bloß hierher — was in den Worten zunächst liegt —, daß die in der Anklage bezeichnete That nicht dem speziellen Thatbestand eines Verbrechens entspräche; sondern z. B. auch die Straflosigkeit der einem Angehörigen gewährten persönlichen Begünstigung, oder des von einem Aufzendenten oder Ehegatten begangenen Diebstahls; ebenso die Straflosigkeit der von einem Abgeordneten in Ausübung seines Berufs gethanen Äußerungen. Bei dieser Ausdehnung wird es erlaubt sein, die beiden oben ge-

¹³⁾ Die Ablehnung aus diesem Grunde hat nur in den völlig unzweifelhaften Fällen zu erfolgen. Die beschließenden Strafstammern sind nicht dazu bestimmt, strittige Rechtsfragen zu entscheiden. Das ist die Aufgabe der erkennenden Gerichte und der diesen vorgelegten höheren Instanzen.

nannten Fälle der Verjährung und der rechtskräftigen Aburteilung, ev. auch den, daß die That im Ausland begangen ist, hierher zu rechnen.

Als selbständig zu erwähnende Gründe, aus welchen gerichtsseitig die Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt werden darf, hätten sich somit ergeben: Die Inkorrektheit der erhobnen Klage, örtliche und sachliche Unzuständigkeit, Unzulässigkeit des Rechtswegs und Rechtshängigkeit; ferner von den unter den Gesamtausdruck „Unzulässigkeit der Strafverfolgung“ zu subsumierenden Umständen die sub 1, 3—6, 9—11 genannten; die Unzulässigkeit der Voruntersuchung, und das Unbegründetsein der Klage in thesi. —

Um nun entscheiden zu können, ob hier überall die Ablehnung in dem Mangel einer Prozeßvoraussetzung ihren Grund hat, bedarf es zunächst einer Verständigung über das prozessuale Wesen der gerichtlichen Voruntersuchung überhaupt.

Nach Beendigung der Voruntersuchung übersendet bekanntlich der Untersuchungsrichter die Akten der Staatsanwaltschaft zur Stellung ihrer Anträge (St.P.O. § 195). Diese können — abgesehen von Ergänzung der Voruntersuchung — auf Eröffnung des Hauptverfahrens, auf Richteröffnung desselben oder auf vorläufige Einstellung des Verfahrens gerichtet sein. Der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt durch Einreichung einer Anklageschrift (§ 196 Abs. 2 a. G.). Übrigens ist der Antrag der Staatsanwaltschaft für die Entschlüsse des Gerichts ganz unmaßgeblich. Derselbe ist gewissermaßen nur eine gutachtliche Äußerung über das Resultat der Voruntersuchung. Das Gericht ist bei seiner Beschlußfassung an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden (§ 204).

Das Gericht prüft nun bei seiner Beschlußfassung die Sache in thatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung und nimmt dabei im allgemeinen durchaus die gleiche Stellung ein, wie das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung. Bei der Würdigung der Beweise wird freilich in sofern ein gewisser Unterschied bestehen, als das erkennende Gericht im Zweifel Freisprechung, das beschließende dagegen im Zweifel Eröffnung des Hauptverfahrens auszusprechen hat. Und bei der Beurteilung schwieriger rechtlicher Fragen wird in diesem prozessualen Moment die gleiche Zurückhaltung geboten sein, wie bei der Eröffnung der Voruntersuchung — vergl. oben Note 13. Indessen diese Differenzen erscheinen unerheblich.

Die Bedeutung des Gerichtsbeschlusses ist nun aber nach seinem Inhalt eine verschiedne. Wird die Eröffnung des Hauptverfahrens

abgelehnt, so liegt eine Entscheidung vor, welche faktisch fast die gleiche Wirkung, wie das freisprechende Urteil, besitzt. Deshalb ist auch die Anfechtung dieses Beschlusses für den Staatsanwalt schlechthin zulässig und die Gründe müssen ebenso wie bei dem freisprechenden Urteil erkennen lassen, ob die Entscheidung auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht (vergl. §§ 202 und 266 Abs. 4). Der Beschluß ist der Rechtskraft fähig, und wenn er dieselbe erlangt hat, so ist die Erneuerung der Klage auf gleicher Grundlage ausgeschlossen (§ 210).

Der Beschluß dagegen, welcher das Hauptverfahren eröffnet, hat eine materielle Bedeutung nicht, sondern nur eine prozessualische, insofern er die Sache in ein neues Prozeßstadium überleitet. Ob es aber schließlich zu einer Bestrafung des Beschuldigten kommen wird oder nicht, ist noch ganz ungewiß.

In dem Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet wird, ist nun gemäß § 205 die dem Angeklagten zur Last gelegte That unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes, sowie das Gericht zu bezeichnen, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll. § 207 fügt hinzu, das Landgericht könne das Hauptverfahren vor den erkennenden Gerichten jeder Ordnung, nicht aber vor dem Reichsgericht eröffnen. Das Landgericht kann also das Hauptverfahren nicht nur vor sich selbst, sowohl in seiner Eigenschaft als Schwurgericht, wie als Strafkammer eröffnen, sondern auch vor jedem Amtsgericht seines Bezirks. Der Eröffnungsbeschluß bildet die Grundlage der Hauptverhandlung (§§ 242 Abs. 2, 264).

Bei dieser Sachlage muß man nun aber die Vorstellung gewinnen, daß durch diesen Beschluß erst das dreiseitige Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht mit Bezug auf eine bestimmte Straftat begründet wird, welches als Rechtshängigkeit zu bezeichnen wäre. Denn infolge dieses Beschlusses erst steht fest, daß dieser Angeklagte wegen dieser That vor diesem erkennenden Gericht sich zu verantworten hat, was bis dahin noch ungewiß war. Hierin muß aber das Wesen der Rechtshängigkeit — wenn damit das entsprechende wie im Zivilprozeß bezeichnet werden soll — gefunden werden.

Nach der Terminologie der Strafprozeßordnung ist nun aber doch unzweifelhaft bereits durch die Eröffnung der Voruntersuchung Rechtshängigkeit begründet worden, und diese ist jedenfalls auch seitdem nicht in Wegfall gekommen. Daß es aber, nachdem die Verbindung

von Gericht und Strafthat einmal — durch die Eröffnung der Voruntersuchung — hergestellt ist, trotz unausgesetzter Fortdauer derselben der Herstellung dieser Verbindung dennoch zum zweitenmal bedarf, scheint allen prozessualen Grundfäden vollkommen zu widersprechen.

Der Widerspruch löst sich in der Weise, daß für die theoretische Betrachtung der Antrag des Staatsanwalts auf Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung nicht als Klageerhebung, die Eröffnung der Voruntersuchung somit auch nicht als Begründung der Rechtshängigkeit gelten kann. Als Klageerhebung kann im Strafprozeß nur die definitive Geltendmachung des Strafanpruchs bei einem erkennenden Gericht bezeichnet werden, d. h. der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens.

Wenn das Gesetz, von falschen theoretischen Vorstellungen ausgehend,¹⁴⁾ auch noch etwas andres, den Antrag auf Eröffnung der

¹⁴⁾ Worin die falschen theoretischen Vorstellungen wurzeln, die das Gesetz veranlaßten, auch den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung als Klageerhebung aufzufassen und dem entsprechend zu behandeln, läßt sich leicht angeben. Es liegt daran, daß vollkommen verkannt, worin das Wesen des Anklageprozesses beruht.

Statt das Wesentliche darin zu erblicken, wie der erkennende Richter in den Besitz des tatsächlichen Materials gesetzt wird, ob durch die eigne untersuchende Thätigkeit oder durch die Verhandlungen der Parteien vor ihm, wird es von dem Gesetz darin gefunden, wie der Anstoß zu einem Strafverfahren gegeben wird. — Zum Erweise genügt die Zusammenstellung weniger Passus aus den Motiven. Zu § 151 des Gesetzes (§ 133 des Entwurfs) wird bemerkt: „Der § 151 gibt dem allgemeinen Gedanken Ausdruck, daß das Wesen des Anklageprozesses sich in der Form des Rechtsstreites-bewege, dessen Eröffnung durch das Auftreten des Anklägers bedingt sei. Der Antrag auf Eröffnung der Untersuchung ist mit dem Namen „Klage“ belegt, weil diese Bezeichnung dem Wesen der Sache entspricht“... „Die Stellung, welche das Richteramt in dem auf der Anklageform aufgebauten Verfahren einnimmt, wird durch die Vorschriften der §§ 153, 154 näher bezeichnet. § 153 Abs. 1 enthält eine notwendige Folgerung aus dem Prinzip des Anklageprozesses. Jede Untersuchung setzt einen bestimmten Beschuldigten und eine bestimmte zum Gegenstand der Beschuldigung gemachte That voraus.“ — Am meisten charakteristisch sind dann die Ausführungen zu § 168 (§ 140 des Entwurfs): „Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung soll den Beteiligten und die ihm zur Last gelegte That bezeichnen. Diese Erfordernisse müssen für den Antrag der Staatsanwaltschaft aufgestellt werden, da derselbe als Erhebung der Klage betrachtet wird und sich zufolge § 153 die Untersuchung nur auf die in der Klage bezeichnete That und die darin beschuldigten Personen zu erstrecken

Voruntersuchung, als Klageerhebung bezeichnet, so kann diese Gleichstellung zwar zu gewissen Konsequenzen führen, aber nimmermehr den Erfolg haben, daß das Ungleiche einander wirklich gleich sei. Die Verschiedenheit muß sich bei mannigfachen Anlässen zeigen, und

hat. Gerade in diesem Punkt ist es von Wichtigkeit, die akkusatorische Form zur Wahrheit werden zu lassen; denn eben darin bestand ein wesentlicher Nachteil des Inquisitionsprozesses, daß der Richter die Untersuchung nicht auf eine bestimmte That zu beschränken hatte, sondern auf jeden anderweit im Lauf der Untersuchung hervortretenden Verdacht ausdehnen, mithin das Verfahren so lange hinausdehnen durfte, als sich erwarten ließ, daß durch fortgesetztes Inquirieren überhaupt irgend etwas Strafbares gegen den in Untersuchung Genommenen ermittelt werden könne. Nach der Bestimmung des Entwurfs kann die Voruntersuchung auf Straffälle oder Mitschuldige, welche der Antrag der Staatsanwaltschaft nicht benennt, erst erstreckt werden, nachdem die Staatsanwaltschaft den ursprünglichen Antrag in entsprechender Weise erweitert hat. Darin, daß auch dann, wenn die stattgehabte Verübung eines Verbrechens unzweifelhaft ist, die förmliche Untersuchung nicht eher eröffnet werden kann, als bis eine bestimmte Person der That beschuldigt wird, kann eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht erblickt werden, weil das ... Ermittlungsverfahren die Bornaahme aller etwa erforderlichen Untersuchungshandlungen ermöglicht."

Es wird also vollkommen verkannt, daß der Gegensatz von akkusatorisch und inquisitorisch organisiertem Prozeß sich nur auf die erkennenden Gerichte bezieht, und daß von demselben bei der Voruntersuchung überhaupt keine Rede sein kann; oder, wenn man abusiv davon sprechen will, daß sich dann aus dem Wesen und dem Zweck der Voruntersuchung mit Notwendigkeit ihre inquisitorische Natur ergibt, ebenso gut wie dies für das staatsanwaltliche Vorverfahren gilt. Weil aber ferner der Irrtum besteht, es läme nur darauf an, daß der Beginn des Verfahrens durch eine „Klage“ herbeigeführt werde, wird für den Antrag des Staatsanwalts verlangt, daß er den Beschuldigten und die ihm zur Last gelegte That bereits jetzt bezeichne. So soll es zuwege gebracht werden, eine akkusatorische Voruntersuchung zu konstruieren, was schlechterdings unmöglich ist. — Erstaunlich ist die Äußerung: Dadurch, daß in dem Antrag auf Voruntersuchung der Beschuldigte und die ihm zur Last gelegte That zu bezeichnen seien, werde ein wesentlicher Fehler des Inquisitionsprozesses vermieden. Als ob es der Staatsanwalt jemals ablehnen wird, seinen Antrag auf andre Personen oder Sachen auszudehnen, wenn ihm dies vom Untersuchungsrichter suppeditiert wird! In Wahrheit wird dadurch nur ein vollkommen überflüssiges Hin- und Herschicken von Akten zu Werk gebracht. — Es ist nicht abzusehn, weshalb die Sache nicht in dem Moment an den Untersuchungsrichter abgegeben werden soll, wo feststeht, daß eine Voruntersuchung stattfinden muß, resp. wo sie nach der Meinung des Staatsanwalts zweckmäßig ist, auch ehe ein bestimmter Beschuldigter angegeben werden kann, und weshalb dann der Untersuchungsrichter nicht ebenso selbständig verfahren darf, wie der Staatsanwalt im Vorverfahren. Daß daraus irgend welche Mißstände entstehen sollten, vermag ich nicht einzusehn.

sie tritt ja z. B. in den Widersprüchen deutlich zu Tage, in welche sich das Gesetz bezüglich seiner eignen Terminologie verwickelt (vergl. § 165), nach welcher doch nicht jeder, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist, Angeklagter genannt werden soll, und nach welcher die Einreichung einer Anklageschrift zwar zuweisen, aber nicht immer, die Erhebung der öffentlichen Klage enthält.

Klageerhebung ist prozessuale Geltendmachung eines Anspruchs, d. h. die Bitte, ein erkennendes Gericht möge darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang ein Anspruch gegen den Beklagten besteht. Das geschieht im Strafprozeß durch den Antrag des Staatsanwalts, das Hauptverfahren zu eröffnen. Die gerichtliche Voruntersuchung dagegen hat — nicht anders als das polizeiliche Vorverfahren — eine rein präparatorische Bedeutung. Auf Grund der Ermittlungen, die in derselben gemacht sind, soll darüber entschieden werden, ob die definitive Geltendmachung des Strafanspruchs zu erfolgen hat. Die Ermittlungen derselben werden von einem richterlichen Beamten vorgenommen; die Thätigkeit desselben ist aber ganz und gar keine richterliche, steht vielmehr der des Staatsanwalts durchaus gleich. Wenn ihm die Anwendung der prozessualen Zwangsmittel freisteht, dem Staatsanwalt nicht, so erklärt sich das aus dem größeren Vertrauen, welches man bezüglich der gesetzmäßigen Anwendung derselben bei ihm hat. Einen qualitativen Unterschied begründet das nicht. Der Antrag des Staatsanwalts auf Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung ist die Bitte, der Untersuchungsrichter möge die ermittelnde Thätigkeit, durch welche die Sache im Vorverfahren bereits bis zu einem gewissen Grade klargestellt ist, seinerseits fortsetzen, damit dann schließlich die Entscheidung darüber ergehen kann, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist. Rechtshängigkeit wird durch die Eröffnung der Voruntersuchung nicht begründet.¹⁵⁾

¹⁵⁾ Exkurs über die Begriffe der Rechtshängigkeit und der Prävention im Strafprozeß. — Der Ausdruck „Rechtshängigkeit“ kann im Strafprozeß in doppelter Bedeutung gebraucht werden, und es ist von Wichtigkeit, klarzustellen, daß es sich dabei um zwei ganz verschiedene Dinge handelt, für welche daher auch eine Verwendung verschiedener Bezeichnungen empfehlenswert wäre.

Für den Strafprozeß wird dadurch im Vergleich zum Zivilprozeß eine eigentümliche Sachlage geschaffen, daß bei einem zur Entstehung gekommenen strafrechtlichen Anspruch leicht eine Mehrheit von Subjekten vorhanden sein kann, die zur klägerischen Geltendmachung desselben berechtigt sind. „Die örtliche Zuständigkeit der Beamten der Staatsanwaltschaft wird durch die örtliche Zuständig-

Hieraus würde sich ergeben, daß das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß erst bei der Beschlußfassung über

keit des Gerichts bestimmt, für welches sie bestellt sind“ (O.B.G. § 144). Sind nun für die Aburteilung eines Verbrechens mehrere Gerichte örtlich zuständig — und das kommt ja sehr oft vor —, so sind ebenso viele Staatsanwaltschaften berechtigt, das Vorverfahren einzuleiten und die öffentliche Klage zu erheben. Die St.P.O. beschränkt sich darauf, im § 12 zu bestimmen: „Unter mehreren nach den Vorschriften der §§ 7—11 zuständigen Gerichten gebührt demjenigen der Vorzug, welches die Untersuchung zuerst eröffnet hat.“

An diese Bestimmung hat John (Kommentar I S. 145 ff.) eine Erörterung geknüpft, aus der jedenfalls so viel zu entnehmen ist, daß jene Vorschrift eine verkehrte ist. „Nehmen wir den Fall, es habe jemand, der doppeltes Domizil hat, außerhalb dieser Domizile sich eines Betruges schuldig gemacht, und als Gericht der begangenen That (§ 7) seien drei verschiedene Gerichte zuständig. Nehmen wir an, jede der entsprechenden fünf Staatsanwaltschaften beantrage, natürlich jede bei ihrem Gericht, die Eröffnung der Voruntersuchung; und da keins dieser Gerichte einen Grund findet (§ 178), diesen Antrag abzulehnen, so wird wegen des einen Vergehens bei fünf Gerichten die Voruntersuchung vom Untersuchungsrichter eröffnet... Nehmen wir nun an, daß nach Eröffnung der Untersuchung bei den fünf Gerichten der Angeeschuldigte von einem derselben verhaftet wäre. Darauf, daß einem andern Gerichte der Vorzug gebühre, ihn wegen des von ihm begangnen Betruges strafrechtlich zu behandeln, kann sich der Angeeschuldigte nicht wohl berufen, denn er weiß von der Eröffnung der Untersuchung überhaupt nichts. Jetzt erläßt auch das zweite Gericht den Verhaftsbefehl gegen den Angeeschuldigten. Dieser wendet ein, daß er ja schon verhaftet sei; er wird aber dahin belehrt, daß er zwar von dem ersten Gericht früher verhaftet sei, daß dagegen das zweite Gericht gegen ihn die Untersuchung früher eröffnet habe, daß daher auch diesem der Vorzug gebühre, sich mit ihm des weiteren abzugeben. Nehmen wir nun an — und um die Sache nicht langweilig zu machen, wollen wir uns mit drei Gerichten begnügen —, es hätte das Gericht A. am 1., das Gericht B. am 2. und das Gericht C. am 3. des Monats die Untersuchung eröffnet; darauf erlasse das Gericht C. am 5., das Gericht B. am 7. und das Gericht A. am 9. des Monats den Haftbefehl. Folgt: der Angeeschuldigte wird am 5. und 6. in C. in Haft sein, hierauf wird er am 7. nach B. gebracht, und nachdem er hier am 8. die Haftlokalitäten in ausreichender Weise kennen gelernt, kommt er dann endlich am 9. nach A., dasjenige Gericht, welches die Untersuchung zuerst eröffnet hat... Man vergegenwärtige sich doch, was durch die Prävention bewirkt werden soll. Nach den allgemeinen, die Zuständigkeit betreffenden Vorschriften können in einer Strafsache mehrere Gerichte zuständig sein. Da nur eins judizieren kann, so kommt es darauf an, von diesen mehreren in Frage stehenden Gerichten alle bis auf eins unzuständig zu machen; d. h. nur ein Gericht soll verpflichtet sein, sich mit der Sache zu befassen, nur einem Gericht gegenüber soll der Angeeschuldigte den Einwand der Unzuständigkeit nicht erheben dürfen. Dieses Resultat kann aber unmöglich durch eine solche Handlung des Gerichts erreicht werden, welche, wie die Er-

die Eröffnung des Hauptverfahrens in Betracht kommt, weil erst in diesem Moment die Alternative: Begründung oder Nichtbegründung

öffnung der Untersuchung als solche, ein Internum des Gerichts bleibt; vielmehr gehört hierzu eine solche gerichtliche Handlung, durch welche die Person des Angeeschuldigten mit dem Gerichte prozessualisch in Verbindung gebracht wird. So wie jetzt § 12 lautet, ist die Vorschrift als eine verfehlte zu betrachten. Das, was hätte gesagt werden sollen, würde die Formel ausdrücken: Ist bei mehreren zuständigen Gerichten die öffentliche Klage erhoben, so wird dasjenige Gericht das allein zuständige, welches nach Eröffnung der Untersuchung die erste Untersuchungshandlung gegen die Person des Angeeschuldigten vorgenommen hat."

Aber ich glaube, daß bei dieser von John vorgeschlagenen Regelung die praktischen Unzuträglichkeiten keineswegs ganz vermieden werden und daß wohl auch in der theoretischen Formulierung noch ein weiterer Schritt zu thun ist. Es ist doch augenscheinlich bereits ein Mißstand, wenn an mehreren Orten bezüglich derselben Sache gleichzeitig das Vorverfahren betrieben wird. Darin liegt eine Verschwendung von Arbeitskraft und es entstehen die mehrfachen Kosten. Nun ist es zwar nicht notwendig, daß die eine Staatsanwaltschaft von den auf dieselbe Sache sich beziehenden Bemühungen der andern etwas erfährt. Es fragt sich aber gerade, was geschehen soll, wenn dies der Fall ist. Man nehme an, der Beschuldigte sei im Vorverfahren einmal bereits in A. verantwortlich vernommen und werde nun zur Vernehmung wegen derselben Sache nach B. geladen. Soll, wenn er darauf hinweist, die Sache werde auch in A. betrieben, das ganz unberücksichtigt bleiben? Oder würde daraus nicht für die Staatsanwaltschaften die Verpflichtung entspringen, sich ins Einvernehmen zu setzen, wer von ihnen die Sache betreiben soll?

Theoretisch dürfte die Sache folgendermaßen liegen. Durch die Begehung des Verbrechens ist jedenfalls nur ein strafrechtlicher Anspruch entstanden. Die Geltendmachung kann aber seitens so vieler Staatsanwaltschaften erfolgen, als für die Aburteilung zuständige Gerichte vorhanden sind. Man wird also vielleicht von einer Mehrheit zur Geltendmachung berechtigter Subjekte bei Einheit des Anspruchs reden dürfen. Daraus aber folgt, daß, sobald von einem berechtigten Subjekt der Anspruch geltend gemacht wird, damit die andern die Möglichkeit, dies auch zu thun, verlieren. Es fragt sich nur noch, welcher Akt der Geltendmachung diese Wirkung haben soll? Prinzipiell dürfte zu sagen sein, daß jeder Akt der Strafverfolgung dazu ausreichend ist, sofern ihm der entsprechende Wille zu Grunde liegt, und durch denselben nicht bloß Rechtshilfe wegen Gefahr im Verzuge geleistet werden soll. Es wird durchaus nicht darauf ankommen dürfen, daß die Geltendmachung dem Beschuldigten gegenüber oder gar bereits durch wirkliche Klageerhebung erfolgt. Das konkurrierende Klagerecht der andern Staatsanwaltschaften wird ebensogut durch jede die Feststellung des objektiven Thatbestandes bezweckende Handlung beseitigt. — Ob Zweckmäßigkeitsgründe eine Modifikation dieses Prinzips erfordern, kann hier dahingestellt bleiben.

Die vorstehende Erörterung sollte zeigen, daß da, wo man bisher von einem konkurrierenden Recht der verschiedenen Gerichte zu sprechen pflegte, vielmehr

des Prozeßrechtsverhältnisses in Frage steht; daß für die Voruntersuchung dieser Begriff überhaupt nicht Platz greift.

Weil nach positivem Recht der gerichtlichen Voruntersuchung stets ein polizeiliches Vorverfahren vorhergehen muß, durch welches die Sache so weit aufgeklärt wird, daß That und Thäter bezeichnet werden kann, besteht die Möglichkeit, daß vom Gesetz bestimmte Eigenschaften derselben erfordert werden, bei deren Vorhandensein allein die Voruntersuchung eröffnet werden soll.

Der Grund dafür aber, daß dies geschieht, liegt darin, daß bei ihrem Fehlen die Eröffnung der Voruntersuchung vollkommen überflüssig wäre, weil ihr Resultat schon jetzt feststeht. In all jenen Fällen ist es von vornherein sicher, daß es zu einer Hauptverhandlung nicht kommen kann. Stellte sich ihr Mangel erst während des Laufs der Voruntersuchung heraus, so könnte dieselbe geschlossen werden, weil ihr Zweck erreicht ist (St.P.O. § 188). Der Staatsanwalt müßte beantragen, den Beschulbigen außer Verfolgung zu setzen, und das Gericht müßte diesem Antrag stattgeben.

Gerade die Gestaltung der Sache in dem Fall, daß trotz Vorhandenseins eines jener Hinderungsgründe die Voruntersuchung eröffnet wurde, zeigt, daß dieselben sich zunächst und unmittelbar auf das Hauptverfahren beziehen und nur in ihrer Wirkung antizipiert werden. Von einer Einstellung der Voruntersuchung im Gegensatz zur sachlichen Beendigung kann begrifflich niemals die Rede sein. Hier, wie immer, wenn der Zweck der Voruntersuchung erreicht ist, übersendet der Untersuchungsrichter die Akten dem Staatsanwalt zur Stellung seiner Anträge. Hier, wie immer, hat die Voruntersuchung das Material geliefert, auf Grund dessen über die Eröffnung des

eine Konkurrenz der Rechte verschiedener Staatsanwaltschaften angenommen werden muß. Und daraus ergibt sich dann weiter, daß nicht von der Prävention eines Gerichts gegenüber andern Gerichten gesprochen werden darf, daß dieser Begriff vielmehr für das Verhältnis der Staatsanwaltschaften zu einander Anwendung findet.

Demgemäß muß dann die Anhängigkeit einer Sache bei der Staatsanwaltschaft von der Rechtshängigkeit im eigentlichen prozessualischen Sinn unterschieden werden. Erstere beginnt mit dem Moment, wo die Staatsanwaltschaft sich überhaupt mit der Sache befaßt; letztere ist in dem Augenblick vorhanden, wo das dreiseitige Rechtsverhältnis zwischen Kläger, Beklagtem und Gericht hergestellt ist, d. h. mit der Eröffnung des Hauptverfahrens. Während der gerichtlichen Voruntersuchung ist zwar Anhängigkeit bei einer Behörde der Strafverfolgung, nicht aber Rechtshängigkeit vorhanden.

Hauptverfahrens entschieden wird. Es läßt sich nicht einmal in allen Fällen sagen: die Voruntersuchung hätte nicht eröffnet werden dürfen, die Eröffnung involvierte eine Ungefeßlichkeit. Stand freilich schon beim Abschluß des Vorverfahrens fest, daß einer jener Hinderungsgründe vorlag, so hätte sie unterbleiben sollen. Vielsach aber werden erst die näheren Ermittlungen der Voruntersuchung selbst das Vorhandensein des Hinderungsgrundes darthun, und dann ist gegen ihre Eröffnung gar nichts einzuwenden. Insbesondere läßt sich keineswegs behaupten, die Ermittlungen des Vorverfahrens hätten so weit ausgedehnt werden müssen, daß feststeht, es liegt im konkreten Fall keiner jener Hinderungsgründe vor.

Im Fall der Unzulässigkeit der Voruntersuchung liegt die Sache natürlich anders. Um eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Hauptverfahrens handelt es sich hier nicht. Aber auch in diesem Fall übt es gar keine Wirkung aus, wenn dem Verbot zuwider die Voruntersuchung eröffnet wäre. Daß die Voruntersuchung eröffnende Dekret würde keineswegs bei Konstatierung des Verfehls nachträglich aufgehoben, sondern wie sonst die Voruntersuchung sachlich beendet und dann das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffnet werden.

Daß die Gründe, aus welchen die Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt werden kann, sich zunächst auf das Hauptverfahren beziehen, ist von Bedeutung für die Frage, wie lange seitens des Beschuldigten jene Mängel gerügt werden können. St.P.O. § 179 bestimmt:

Gegen die Verfügung, durch welche auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Voruntersuchung eröffnet worden ist, kann der Angeeschuldigte aus einem der im § 178 Abs. 1 genannten Gründe Einwand erheben. Über den Einwand entscheidet das Gericht.

Diese Bestimmung findet nicht Anwendung, wenn die Voruntersuchung infolge des Beschlusses des Gerichts eröffnet und der Angeeschuldigte vorher gehört worden ist.

Der Abs. 2 erweckt den Anschein, als ob der Beschuldigte, der vor der Beschlussfassung des Gerichts gehört wird, seine Einwendungen in diesem Moment vorbringen müßte, widrigenfalls er später mit denselben präkludiert sei. Das ist aber durchaus nicht der Fall. Der Beschuldigte kann den Untersuchungsrichter in jedem Moment darauf aufmerksam machen, daß es an einer Prozeßvoraussetzung mangelt. Dann wird eben der Untersuchungsrichter, sofern er dies als richtig konstatiert, die Voruntersuchung schließen und der Beschuldigte wird außer Verfolgung gesetzt werden. Etwas andres

aber kann letzterer der Natur der Sache nach niemals erreichen. Die Thatfache, daß gegen ihn die gerichtliche Voruntersuchung eröffnet und eine Zeitlang geführt ist, läßt sich doch nicht mehr aus der Welt schaffen. Wenn die im Sinne des § 179 Abs. 1 rechtzeitige Vorbringung des Einwandes dazu führt, daß die Verfügung nachträglich aufgehoben wird, welche die Eröffnung der Voruntersuchung anordnete, so wird dadurch jenes Faktum auch nicht beseitigt, und auch sonst kommt dies im praktischen Effekt auf genau das gleiche heraus, wie wenn er nach beendigter Voruntersuchung außer Verfolgung gesetzt wird: bei unveränderter Sachlage darf die Klage nicht von neuem erhoben werden. Für die theoretische Auffassung aber besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dieser nachträglichen Aufhebung und der sachlichen Beendigung ebensowenig. Insbesondere würde es ganz verkehrt sein, in ersterer etwas der absolutio ab instantia des Hauptverfahrens Analoges und somit der sachlichen Beendigung prinzipiell Entgegengesetztes zu erblicken. Daß sich das nicht so verhält, geht deutlich daraus hervor, daß bei der Konstatierung des Hinderungsgrundes durch den Untersuchungsrichter aus eigener Initiative stets die sachliche Beendigung Platz greift, während wenn der Beschuldigte das Vorhandensein desselben rügt, nach seiner Wahl dieser oder jener Erfolg eintritt.

Die bisherige Erörterung ging von der Frage aus, welche Gründe das Gericht berechtigten, die Eröffnung der Voruntersuchung abzulehnen. Im Verlauf derselben zeigte sich, daß jene Gründe sich zunächst auf die Zulässigkeit der Hauptverhandlung beziehen, daß sie nur in ihrer Wirkung antizipiert werden, wenn sie auch dazu führen, daß die Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt wird.

Bei Betrachtung des andern Falls, aus welchen Gründen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt werden kann (vergl. oben S. 5), wenn der Staatsanwalt dieselbe direkt nach beendetem Vorverfahren beantragt, wäre daher zunächst zu sagen: aus allen oben sub I, II und IV aufgezählten Gründen. Zu prüfen wäre nur noch, ob weitere Gründe der Ablehnung existieren.

Nur einer kann angeführt werden: der Mangel ausreichenden Belastungsmaterials. Das Hauptverfahren wird nur eröffnet, wenn der Beschuldigte der ihm zur Last gelegten That hinreichend verdächtig erscheint (St.P.O. § 201).

Die Existenz dieses alleinigen weiteren Ablehnungsgrundes bedarf in keiner Beziehung der besonderen Rechtfertigung.

Die Prozeßordnung betrachtet es als ein Übel, in einer Hauptverhandlung als Angeklagter erscheinen zu müssen, und will dies also jedem ersparen, gegen den nicht solche Verdachtsgründe vorliegen, daß seine Schuld wenigstens einigermaßen wahrscheinlich ist.

Der Mangel ausreichender Verdachtsgründe würde es nicht rechtfertigen, die Eröffnung der Voruntersuchung abzulehnen, weil es ja gerade Aufgabe der letzteren ist, Ermittlungen aller Art vorzunehmen, um weiteres Belastungsmaterial herbeizuschaffen.

Daß aber weitere Gründe nicht existieren, aus welchen zwar die Eröffnung des Hauptverfahrens, nicht aber die der Voruntersuchung abgelehnt werden kann, bedarf nach den oben gegebenen Ausführungen keiner weiteren Erklärung.

Der Hervorhebung bedarf nur noch, daß der Ablehnungsgrund der formellen Inkorrektheit der erhobnen Klage zwar hier wie dort sich findet, aber hier, bei der Eröffnung der Hauptverhandlung, naturgemäß einen andern Inhalt hat als dort, bei Eröffnung der Voruntersuchung. Die Anklageschrift soll nicht nur wie nach § 177 den Angeeschuldigten und die ihm zur Last gelegte That bezeichnen, sondern auch die gesetzlichen Merkmale der letzteren hervorheben, das anzuwendende Strafgesetz, sowie die Beweismittel und das Gericht angeben, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll (§ 198); sie soll — wenigstens meistens — die wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittlungen berichten.

Unter den Begriff der formellen Korrektheit der erhobnen Klage ist es aber auch zu subsumieren, daß da eine Voruntersuchung wirklich stattgefunden hat, wo eine solche nach § 176 obligatorisch ist. Es ist in diesen Fällen formell unzulässig, unmittelbar nach dem staatsanwaltlichen Vorverfahren die Sache in das Stadium der Hauptverhandlung überzuleiten, so gut wie es unzulässig ist, nach beendetem Verfahren erster Instanz unter Überspringung der zweiten direkt in dritter Instanz zu verhandeln, oder in gewissen Fällen Privatklage ohne vorhergehenden Sühneversuch zu erheben.

Es genügt aber nicht, daß die Voruntersuchung überhaupt stattgefunden hat, sie muß auch den Anforderungen des Gesetzes entsprechend geführt worden sein. Wäre sie mit einem wesentlichen Mangel behaftet, z. B. der Untersuchungsrichter war kraft Gesetzes ausgeschlossen, der Beschuldigte ist nicht vernommen worden u. dergl., so wird die Anklage von diesem Mangel gleichfalls ergriffen. Das beschließende Gericht hätte vor seiner Entscheidung über die Eröffnung

des Hauptverfahrens zunächst die Beseitigung des Mangels herbeizuführen. Und das gilt auch für Strafkammer-Sachen, bei welchen eine Voruntersuchung stattgefunden hat. Durch den früheren Antrag der Staatsanwaltschaft resp. die Anordnung des Gerichts ist festgestellt, daß diese konkrete Sache zu ihrer Vorbereitung der gerichtlichen Voruntersuchung bedarf. Davon kann nicht wieder abgegangen werden und eine korrekte Voruntersuchung ist für diese Sache jetzt ebenso wesentlich, wie für eine schwurgerichtliche. —

Die St.P.O. kennt auch Fälle, wo die Anklage in der Hauptverhandlung mündlich erhoben werden kann; vergl. §§ 211, 265. Damit im konkreten Fall diese Form der Anklageerhebung gewählt werden kann, ist es erforderlich, daß die in diesen Paragraphen genannten besonderen Voraussetzungen vorliegen.

Dem zivilprozessualen Fall der Unzulässigkeit der gewählten Prozeßart entspricht es, wenn der Staatsanwalt den Erlaß eines Strafbefehls beantragt, wo dies nach § 447 unangängig ist; oder wenn eine Privatperson bei einem andern Verbrechen als Beleidigung oder leichte Körperverletzung Privatklage erheben will; oder endlich wenn der Privatbetroffene eine Widerklage erheben wollte, ohne daß die Erfordernisse von § 428 vorliegen. In allen Fällen würde gerichtsseitig wegen dieser formellen Unzulässigkeit die Begründung der Rechtshängigkeit abgelehnt werden.

Für die Privatklage kommen außer den beiden soeben erwähnten überhaupt noch eine Reihe weiterer Voraussetzungen in Betracht, von deren Vorhandensein es abhängt, ob das Hauptverfahren eröffnet oder die Klage zurückgewiesen wird.

1) Zunächst kommt es auf die Prozeßfähigkeit des Privatlägers an. Aus § 414 Abs. 3 geht hervor, daß nur der Volljährige diese Prozeßfähigkeit besitzt, während für den Minderjährigen sein gesetzlicher Vertreter die Privatklage erhebt.

2) Die Legitimation des gesetzlichen Vertreters. Klagt ein solcher, so fragt sich, ob er auch wirklich die zur Vertretung des Verletzten legitimierte Person ist.

3) Ebenso wird auch die Vollmacht des den Privatläger vertretenden Rechtsanwalts hierher gehören. In welchem Moment die Vollmacht des Anwalts vom Amtsrichter zu prüfen ist, wird freilich in der St.P.O. nicht ausdrücklich gesagt. Daraus dürfte aber gerade folgen, daß es sofort zu geschehn hat, sobald eben der Anwalt

auftritt. Und wenn der Richter vielleicht auch einstweilen die Klage gemäß § 422 dem Beklagten mitteilt, so wird er doch das Hauptverfahren nicht eröffnen, wenn nicht mittlerweile eine ordnungsmäßige Vollmacht beigebracht ist.

4) Eventuell kommt noch hinzu, daß gemäß § 420 ein erfolgloser Sühnetermin stattgefunden hat. Wenn der Kläger die Bescheinigung darüber nicht mit der Klage einreicht, so ist die Erhebung unzulässig.

5) Endlich ist — gleichfalls nur in gewissen Fällen — die Bestellung einer Sicherheit für die Prozeßkosten anzuführen. Gemäß St.P.D. § 419 hat der Privatkläger dem Beklagten unter denselben Voraussetzungen wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten; d. h. also gemäß Z.P.D. § 102, wenn der Kläger Ausländer ist. Der Moment, in welchem seitens des Beklagten das Verlangen nach der Sicherheitsbestellung geäußert resp. die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Sicherheit vorgebracht wird, ist der, wenn ihm gemäß § 422 die Privatklage zur Erklärung mitgeteilt wird. Erachtet der Amtsrichter das Verlangen für begründet, so verfährt er gemäß St.P.D. § 419 Abs. 3, Z.P.D. § 105, d. h. er bestimmt dem Kläger eine Frist, binnen welcher er die Sicherheit zu bestellen hat, widrigenfalls die Klage als zurückgenommen gilt.

Zweifelhaft ist die Wirkung dieser richterlichen Erklärung: die erhobene Privatklage gilt als zurückgenommen. Die St.P.D. bestimmt — freilich in anderem Zusammenhang —:

Die zurückgenommene Privatklage kann nicht von neuem erhoben werden.

Gilt dies auch für den hier fraglichen Fall der Zurücknahme? Löwe¹⁶⁾ verneint das und behauptet, die Erneuerung der Privatklage sei statthaft: bezüglich der Wirkungen der Versäumung müßten die Vorschriften der Z.P.D. entsprechende Anwendung finden. Tritt man dem bei, so würde die Einrede: es sei die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Prozesses noch nicht erfolgt (Z.P.D. § 247 Nr. 3), auch im Strafprozeß vorkommen können.

Nur bezüglich der Ablehnungsgründe, die unter dem Gesamt-

¹⁶⁾ Kommentar S. 699 Note 2 d.

ausdruck Unzuständigkeit des Gerichts zusammengefaßt sind, wurde bereits erörtert, ob ihr Vorhandensein vom Gericht *ex officio* beachtet wird, oder nur auf Rüge des Beklagten. Es zeigte sich, daß die sachliche Unzuständigkeit und Unzulässigkeit des Rechtswegs von Amtswegen berücksichtigt werden muß, daß dagegen die örtliche Unzuständigkeit nebst der Rechtshängigkeit zwar aus eigener Initiative berücksichtigt werden kann, nicht aber zu werden braucht.

Die gleiche Frage ist nun bezüglich aller andern Hinderungsgründe aufzuwerfen. Dieselbe erledigt sich sehr einfach. Alle oben sub II aufgeführten Momente sind von Amtswegen zu berücksichtigen. Bezüglich der Begründung der Klage in materiell-rechtlicher Hinsicht ist bereits hervorgehoben, daß das Gericht einen gewissen Spielraum besitzt, ob es die Klage aus diesem Grunde zurückweisen will, oder nicht. Ob der Beschuldigte auf diesen Mangel des Rechtsgrundes hingewiesen und deshalb verlangt hat, das Hauptverfahren solle nicht eröffnet werden, kann hierbei keinen Unterschied machen. Die Entscheidung intrikater Rechtsfragen kann stets dem erkennenden Gericht vorbehalten bleiben und daher Eröffnung des Hauptverfahrens beschloffen werden, welche Ansicht über dieselbe die Mitglieder des beschließenden Gerichts persönlich auch besitzen mögen.

Das Vorhandensein der besonderen Voraussetzungen bei den abweichenden Arten der Klageerhebung ist vom Gericht gleichfalls von Amtswegen zu berücksichtigen.

Ebenso geschieht dies bei der Privatklage rücksichtlich der Prozeßfähigkeit, Legitimation, Vollmacht und des Sühnetermins, während dagegen die Bestellung einer Sicherheit von dem Beklagten gefordert werden muß, wenn sie dem Kläger auferlegt werden soll.

Der Zeitraum, in welchem der Beschuldigte seine Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen soll, ist die ihm nach §§ 199, 422 zu bestimmende Frist. Hat eine Voruntersuchung stattgefunden, so kann er, wie oben gezeigt, die meisten Hinderungsgründe schon dazu benutzen, um die Eröffnung dieser zu verhindern oder rückgängig zu machen, und kann während der ganzen Dauer derselben auf das Vorhandensein jener Mängel hinweisen, um so die Beendigung der Voruntersuchung und die definitive Einstellung des ganzen Verfahrens zu erwirken. Und andererseits werden auch nach Ablauf der Frist des § 199 seine Rügen zu beachten sein, sofern der Eröffnungsbeschluß nur noch nicht ergangen ist. Ist

dies geschehn, so steht damit definitiv fest, daß ein erkennendes Gericht sich mit der Sache befassen wird.¹⁷⁾

Daß die verspätet vorgebrachten Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens beachtet werden müssen, ist selbstverständlich bezüglich derjenigen Voraussetzungen, deren Vorhandensein das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat. Bei der örtlichen Unzuständigkeit ist die Berücksichtigung allerdings nur fakultativ, dadurch aber praktisch geboten, daß das beschließende Gericht thunlichst bestrebt sein muß, dem erkennenden eine Unzuständigkeitserklärung zu ersparen.

Nur der Einwand mangelnder Sicherheit für die Prozeßkosten dürfte, wenn verspätet, d. h. nach Ablauf der gemäß § 422 bestimmten Frist, vorgebracht, seitens des Gerichts überhaupt nicht berücksichtigt werden. Der Angeklagte könnte ihn aber in der Hauptverhandlung wirksam wiederholen.¹⁸⁾

Die Wirkung nun, wenn einer jener verschiedenen Hinderungsgründe — sei es auf Rüge des Beschuldigten, sei es ohne solche — als vorhanden konstatiert wird, besteht darin, daß jetzt vor diesem Gericht das Hauptverfahren nicht eröffnet wird. Fragt man aber nach der positiven Formulierung, die dieser negativen entspricht, so zeigt sich, daß dieselbe in den verschiedenen Fällen verschieden ist.

Es kann einmal der Beschuldigte außer Verfolgung gesetzt, d. h. definitiv beschloffen werden, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen (St.P.O. § 202).

Es kann zweitens die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen

¹⁷⁾ Die Meinungen hierüber sind freilich geteilt. Vielfach wird behauptet, daß trotz des Eröffnungsbeschlusses die Sache in beratender Sitzung durch Beschluß erledigt werden könne, wenn sich hinterdrein herausstellt, daß der Hauptverhandlung ein Hindernis im Wege stünde; vergl. Löwe, Kommentar S. 468 Note 3 a und die dort angeführten Autoren. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich m. E. daraus, daß dieser zweite Beschluß eine Abänderung des Eröffnungsbeschlusses enthielte, während derselbe für das Gericht unabänderlich ist. Dies letztere aber folgt daraus, daß derselbe vom Gesetz teils ausdrücklich für unanfechtbar erklärt ist, teils der sofortigen Beschwerde unterliegt. Die mit diesem Rechtsmittel anfechtbaren Entscheidungen sind aber für das sie erlassende Gericht von vornherein unabänderlich; vergl. Binding, Grundriß § 86 Nr. 2 c.

¹⁸⁾ Es fehlt in der St.P.O. überhaupt an einer Bestimmung, die den Zeitpunkt angäbe, bis zu welchem der Privatbeteiligte bei Vermeidung der Präklusion das Verlangen nach Bestellung einer Sicherheit geäußert haben müßte. In dieser Beziehung wird auf die Z.P.O. nicht verwiesen.

Unzuständigkeit des angegangnen Gerichts abgelehnt werden. Um überflüssige Weitläufigkeiten zu vermeiden, bestimmt das Gesetz, daß, sofern die Unzuständigkeit bloß eine sachliche ist, in gewissen Fällen mit der Unzuständigkeitsklärung zugleich die Eröffnung vor dem kompetenten Gericht verbunden werden kann (St.P.O. § 207).

Endlich kann aber drittens die Beschlußfassung über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens ausgesetzt und der Staatsanwaltschaft anheimgelassen werden, für Beseitigung der zur Zeit vorhandenen Mängel zu sorgen. So bei der formellen Inkorrektheit der erhobnen Klage. Hätte keine ordnungsmäßige Vorunteruchung stattgefunden, so könnte das Gericht dem direkt abhelfen.

Entsprechendes geschieht bei der mangelnden Legitimation des Privatklägers oder der fehlenden Vollmacht des für den Privatkläger auftretenden Anwalts. Auch dieser Hindrungsgrund kann möglicherweise beseitigt werden, und daher hat das Gericht zunächst hierauf hinzuwirken. — Man spricht übrigens besser von mangelnder Beweisbarkeit der Legitimation oder Vollmacht.¹⁹⁾ Wäre es z. B. für das Gericht notorisch, daß der als Vormund des beleidigten, minderjährigen N. N. auftretende Mensch in Wahrheit nicht der Vormund des letzteren ist, so liegt ein Hindernis vor, das sich der Natur der Sache nach nicht beseitigen läßt, und das Gericht kann sofort aussprechen, daß die erhobne Privatklage zurückzuweisen sei. Nachholen läßt sich nur der zur Zeit noch fehlende Nachweis, daß man gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter ist. Steht also die Erbringung dieses Nachweises aus, so würde die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erst ergehen, wenn der Nachweis erbracht, oder die hierfür gesetzte Frist verstrichen ist.

Hat der Privatbetroffene mit Recht die Bestellung einer Sicherheit für die Prozeßkosten gefordert, so wird, wie schon oben bemerkt, gleichfalls dem Privatkläger eine Frist gesetzt, binnen welcher er dieselbe zu bestellen hat, und erst nach fruchtlosem Ablauf derselben die erhobne Privatklage für zurückgenommen erklärt.

Die Entscheidung über die von dem Beschuldigten vorgebrachten Einwendungen erfolgt unter gleichzeitiger Beschlußfassung in der Sache selbst. Es ist also nicht erst separat der Einwand zu ver-

¹⁹⁾ Dies gilt auch für den Zivilprozeß, wird aber vom Gesetz selbst und seinen meisten Kommentatoren übersehen; vergl. St.P.O. § 54 Abs. 2.

werfen und dann die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen, sondern beides miteinander zu verbinden.

Eine Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses ist für den Beschuldigten nur möglich, wenn er (rechtzeitig) den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit vorgebracht hat und dieser verworfen wurde. Die Staatsanwaltschaft hat dagegen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder abweichend von ihrem Antrag die Verweisung an ein Gericht niedriger Ordnung ausgesprochen würde (St.P.D. § 209 Abs. 2).

Es ist bereits früher hervorgehoben, daß der Beschluß des Gerichts, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, einer gewissen Rechtskraft fähig und die Erneuerung der Strafflage bei unveränderter Sachlage ausgeschlossen ist. Ich möchte hervorheben, daß im Sinn des Gesetzes eine neue Tatsache stets darin zu finden sein würde, wenn der Hinderungsgrund, welcher damals der Eröffnung im Wege stand, später weggefallen ist. Bei einem Antragsverbrechen lag damals der Antrag nicht vor, die Ehe war noch nicht wegen des Ehebruchs geschieden, die Vorentscheidung über die Pflichtverletzung des Beamten war noch nicht ergangen. Es mußte damals beschlossen werden, den Beschuldigten außer Verfolgung zu setzen. Sobald aber jene Tatsache eingetreten, ist die Erneuerung der Strafflage zulässig.

Man wird es nun vielleicht als selbstverständlich betrachten, daß, wenn trotz des Mangels einer dieser Bedingungen das prozessuale Rechtsverhältnis durch Erlaß des Eröffnungsbeschlusses begründet wäre und sich nun dieser Mangel in der Hauptverhandlung herausstellt, die Aufhebung der Rechtshängigkeit erfolgen, d. h. also eine Abweisung angebrachtermaßen ergehen muß.²⁰⁾ Es dürfte der herrschenden Vorstellung entsprechen, gerade hierin das Wesen der Prozeßvoraussetzung zu erblicken, daß bei ihrem Mangel Rechtshängigkeit nicht begründet werden darf, oder, wenn zu Unrecht begründet, wieder aufgehoben werden muß. Es wäre naheliegend, hieraus den weiteren Schluß zu ziehen, daß das Vorhandensein ausreichender Verdachtsmomente gegen den Beschuldigten und das Begründetsein der Strafflage in materiell-rechtlicher Beziehung deshalb

²⁰⁾ Vergl. übrigens Schwalbach, Die Prozeßvoraussetzungen im Reichszivilprozeß (Zivilistisches Archiv Bd. 63 S. 390 ff.) S. 392 und Weismann, Hauptintervention § 25.

als Prozeßvoraussetzungen nicht angesehen werden könnten, weil, wenn sich ihr Mangel in der Hauptverhandlung herausstellt, ja gerade Freisprechung, also ein Urteil in der Sache selbst, ergehen kann und muß, und von Einstellung des Verfahrens wegen mangelnder Prozeßvoraussetzung keine Rede ist.

Diese Meinungen dürften aber nicht ganz zutreffend sein. Diejenigen Momente, welche für die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses wesentlich sind, haben keineswegs immer die gleiche Bedeutung für die Erledigung desselben durch Urteil. Es kann nicht als ein konstitutives Merkmal der Prozeßvoraussetzung gelten, daß bei ihrem Mangel ein Urteil in der Sache selbst nicht gesprochen werden darf.

Dies zeigt sich einmal bei der sachlichen Zuständigkeit in der Richtung von oben nach unten. Bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit nach jeder Richtung hin obligatorisch (St.P.O. § 6). Würde bei einer schöffengerichtlichen Sache die Eröffnung vor der Strafkammer beantragt, so wäre das Gericht verpflichtet, dem Antrag nicht stattzugeben, sondern der gesetzlichen Vorschrift gemäß vor dem Schöffengericht das Verfahren zu eröffnen. In der Hauptverhandlung dagegen darf das Gericht sich nicht für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehört (St.P.O. § 269). Die sachliche Zuständigkeit in der fraglichen Richtung ist somit Voraussetzung für das Ergehen der Sachentscheidung nicht.

Auch bezüglich der Bedeutung der örtlichen Zuständigkeit tritt mit der Eröffnung des Hauptverfahrens eine Veränderung ein. Vorausgesetzt, daß der Angeklagte mit dem Einwand der örtlichen Unzuständigkeit noch nicht präkludiert ist, so könnte dieselbe ja allerdings die Abgabe eines Urteils in der Sache selbst verhindern. Aber während das Gericht bei der Begründung der Rechtshängigkeit die örtliche Unzuständigkeit ex officio beachten darf, ist das jetzt nicht mehr der Fall: das erkennende Gericht darf seine Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen (St.P.O. § 18).

Wenn die Anklageschrift des Staatsanwalts den Erfordernissen des § 199 nicht entspricht, so ist dies, wie oben gezeigt, ein Grund, dem Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens einstweilen nicht stattzugeben. Wäre damals der Mangel aber nicht beachtet worden, so würde in der Hauptverhandlung auf denselben nicht zurückgekommen werden dürfen. Die Anklageschrift ist prozessualisch über-

holt, ihre Mängel sind jetzt ohne jede Bedeutung, da nicht sie, sondern der Eröffnungsbeschluß die Grundlage der Hauptverhandlung bildet.

Hierdurch dürfte der Beweis dafür erbracht sein, daß der Mangel gewisser Momente der Begründung der Rechtshängigkeit entgegenstehen kann, während, wenn dieselbe trotzdem begründet ist, ein Urteil in der Sache selbst gleichwohl ergehen kann; oder mit andern Worten: daß es zum Begriff der Prozeßvoraussetzung nicht gehört, daß bei ihrem Mangel Abweisung der Klage angebrachtstermaßen erfolgen müsse. Vielmehr wird zu definieren sein: Prozeßvoraussetzungen sind diejenigen Thatumstände, bei deren Mangel das prozeßuale Rechtsverhältnis (Rechtshängigkeit) nicht begründet werden darf.

Da nun aber doch bekanntermaßen vielfach wegen Mangels bestimmter Bedingungen ein Urteil in der Sache selbst nicht gesprochen werden kann, so wird es erforderlich, den selbstständigen Begriff der Urteilsvoraussetzung aufzustellen. Derselbe wäre dahin zu definieren: Urteilsvoraussetzungen sind diejenigen Thatumstände, bei deren Mangel ein Urteil in der Sache selbst nicht gesprochen werden darf.²¹⁾ Seine Selbstständigkeit gegenüber dem verwandten Begriff

²¹⁾ Der Begriff der Urteilsvoraussetzung findet sich bei Binding, Grundriß S. 180 gelegentlich der Revision aufgestellt. Dort heißt es: „Ein Urteil ist... nichtig in vier Gruppen von Fällen: 1) wenn eine Prozeßvoraussetzung als vorhanden angenommen wurde, die es nicht war... 2) wenn eine Urteilsvoraussetzung als vorhanden angenommen wurde, die es nicht war. Der Begriff der Urteilsvoraussetzung ist bisher noch nicht verwertet. Sie ist entweder eine Prozeßvoraussetzung für das Hauptverfahren, so daß ohne sie dasselbe nicht zu stande kommen kann, oder eine Voraussetzung für das Zustandekommen des Urteils in demselben. Eine solche Urteilsvoraussetzung fehlt: a) wenn das erkennende Gericht in irgend einer Beziehung ungebührig besetzt war... b) wenn bei der Hauptverhandlung oder bei Teilen derselben eine derjenigen Personen fehlt, deren Anwesenheit das Gesetz für wesentlich erachtet, c) wenn der Grundsatz der Öffentlichkeit verletzt ist, d) wenn dem Angeklagten nicht rechtliches Gehör geschenkt worden ist, insbes. wenn das Urteil erging, trotzdem er in der Hauptverhandlung fehlte“... — Die im Text gegebenen Ausführungen differieren von diesen zunächst terminologisch darin, daß dort unter „Urteilsvoraussetzungen“ alles verstanden wird, was vorliegen muß, damit ein Urteil in der Sache selbst gesprochen werden kann; hier dagegen nur die von mir sog. spezifischen Urteilsvoraussetzungen. Diese von B. abweichende Terminologie wird durch die Anschauung geboten, daß einzelne Prozeßvoraussetzungen (d. h. Voraussetzungen für die Begründung der Rechtshängigkeit) keine Urteilsvoraussetzungen sind.

der Prozeßvoraussetzung erscheint um so deutlicher, als es auch spezifische Urteilsvoraussetzungen gibt, d. h. Thatumstände, die für die Begründung der Rechtshängigkeit irrelevant sind und ausschließlich später (bei der Urteilsfällung) in Betracht kommen.

Unter diesen spezifischen Urteilsvoraussetzungen ist an erster Stelle die formelle Korrektheit des Eröffnungsbeschlusses zu erwähnen. Derselbe tritt an die Stelle der Anklage, bildet die Grundlage der Hauptverhandlung, und deshalb kommt es auf seine Korrektheit, nicht mehr auf die jener an. Zwar kann man zweifelhaft sein, ob es wirklich dem Erlaß des Urteils entgegensteht, wenn der Beschluß den Anforderungen von § 205 nicht ganz genau entspricht. Ich möchte mich aber doch für die Bejahung hiervon entscheiden. Wenn beispielsweise die Hervorhebung der gesetzlichen Merkmale oder die Bezeichnung des anzuwendenden Strafgesetzes in dem Eröffnungsbeschluß fehlte, oder wenn Merkmale als gesetzliche hervorgehoben wären, welche das Gesetz nicht kennt, so würde das Gericht, insbesondere die Geschwornen, von vornherein der richtigen Direktive ermangeln, die das Gesetz für notwendig erachtet. Die Basis, auf welcher das Hauptverfahren aufgebaut wird, wäre eine mangelhafte und dadurch würde das ganze Gebäude fehlerhaft. Es müßte also bei formeller Inkorrektheit des Eröffnungsbeschlusses der Eintritt in die Hauptverhandlung abgelehnt und dem Staatsanwalt anheimgegeben werden, den Erlaß eines tabellofen Eröffnungsbeschlusses zu extrahieren.

Mit dieser formellen Korrektheit darf nun aber die materielle Richtigkeit nicht verwechselt werden: auf die letztere kommt es in

Sodann werden m. E. von Binding unter den Prozeßvoraussetzungen Dinge genannt, die unter die (spezifischen) Urteilsvoraussetzungen gehören, und unter den letzteren Dinge, die weder zu der einen noch zu der andern Kategorie gehören. So ist die Anwesenheit des Verteidigers erst für die Hauptverhandlung erforderlich; der Mangel desselben — von B. unter den Prozeßvoraussetzungen sub c genannt — steht der Begründung der Rechtshängigkeit nicht im Wege. Gleiches würde von dem — nach Begehung der That eingetretenen — Wahnsinn des Angeklagten zu sagen sein, von B. an gleicher Stelle erwähnt. Die Beobachtung der Vorschriften über die Öffentlichkeit bildet eine Urteils- oder Prozeßvoraussetzung überhaupt nicht. Mag in dieser Beziehung korrekt oder inkorrekt verfahren sein, dem Erlaß einer Sachentscheidung steht das nicht entgegen. Wenn wegen Verletzung dieser Vorschriften das Urteil kassiert wird, so hat das seinen Grund nicht darin, weil trotz fehlender Urteilsvoraussetzung in der Sache entschieden ist.

keiner Weise an — ebensowenig wie für den Erlaß des Eröffnungsbeschlusses die materielle Richtigkeit der Anklage in Betracht kam. Dies ist zunächst ganz selbstverständlich, wenn z. B. die That in materiell-rechtlicher Beziehung unrichtig qualifiziert war. Das erkennende Gericht nimmt also etwa — ohne daß in thatsächlicher Beziehung sich die Situation geändert hätte — Unterschlagung an, während wegen Diebstahls eröffnet war. Daß der Eröffnungsbeschuß unrichtig war, steht natürlich dem Erlaß des Urteils ganz und gar nicht im Wege.

Ebensowenig ist es erheblich, wenn prozessualische Irrtümer begangen sind; z. B. bez. der Zuständigkeit. In der Hauptverhandlung ist nur zu prüfen, ob jetzt die Voraussetzungen für das Ergehen der Sachentscheidung vorliegen: ist es der Fall, so erfolgt eben das Urteil in der Sache selbst; ist es nicht der Fall, so ist Abweisung angebrachtermaßen auszusprechen. Ob aber der Eröffnungsbeschuß hätte ergehen dürfen, ist ganz gleichgültig. Daß trotz der Unrichtigkeit des Eröffnungsbeschlusses zuweilen eine Sachentscheidung ergehen kann, ist oben gezeigt worden.

Die eben gemachte Unterscheidung zwischen formeller Korrektheit und materieller Richtigkeit des Eröffnungsbeschlusses ist nun insbesondere auch deshalb von Bedeutung, weil ja in der Zwischenzeit zwischen dem Eröffnungsbeschuß und der Hauptverhandlung im Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen Veränderungen vor sich gegangen sein können. Bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens kann eine solche gefehlt haben, so daß es damals richtig gewesen wäre, den Beschuldigten außer Verfolgung zu setzen. Mittlerweile aber kann dem Mangel abgeholfen sein, so daß es in dem Termin zur Hauptverhandlung an der entsprechenden Urteilsvoraussetzung nicht mangelt.

Die aus den Zeitungen bekannte Untersuchungssache gegen die Reichstagsabgeordneten Frohme und Geiser gibt hierfür ein Beispiel.²²⁾ Gegen dieselben hatte zur Zeit der Vertagung des Reichstags ein polizeiliches Vorverfahren stattgefunden und es war ein Eröffnungsbeschuß ergangen, der die Sache dem Frankfurter Amtsgericht überwies, da man während der Vertagung des Reichstags die Einholung seiner Genehmigung zur Strafverfolgung gegen seine Mitglieder nicht für erforderlich erachtete. Es wurde Termin zur

²²⁾ Vergl. Frankfurter Zeitung vom 11. Juli 1883 Abendblatt.

Hauptverhandlung angefezt, inzwischen aber trat der Reichstag zusammen. Der Termin wurde daher aufgehoben und zunächst die Genehmigung eingeholt, die erteilt wurde. In dem neuen Termin wurde gleichwohl nicht auf die Sache eingegangen, sondern ein neuer Eröffnungsbeschluß erlassen, weil der frühere zu Unrecht gefaßt sei. Denn das erkennende Gericht nahm an, die Genehmigung des Reichstags sei auch während seiner Vertagung erforderlich.

Die staatsrechtliche Kontroverse mag hier ganz außer Betracht bleiben. Es soll als feststehend angesehen werden, daß die Genehmigung während der Vertagung notwendig sei. Dann lag die Sache also folgendermaßen. Nach Abschluß des polizeilichen Vorverfahrens beantragt die Staatsanwaltschaft Eröffnung des Hauptverfahrens, obgleich es an einer Voraussetzung für die Begründung der Rechtshängigkeit fehlt, und der Amtsrichter entspricht dem Antrag trotz dieses Mangels. Es liegt also ein dem materiellen Prozeßrecht widerstreitender Eröffnungsbeschluß vor. In der Hauptverhandlung hatte nun aber das Schöffengericht gar nicht die materielle Richtigkeit des Eröffnungsbeschlusses, sondern allein die Frage zu prüfen, ob jetzt die Voraussetzungen für das Ergehen der Sachentscheidung da waren. Rücksichtlich der Einwilligung des Reichstags in die Strafverfolgung gegen diese zwei Mitglieder war dies nun aber ganz unzweifelhaft der Fall, da ja die Genehmigung inzwischen eingetroffen war. Da es somit an einer Urteilsvoraussetzung durchaus nicht fehlte, so war das Urteil einfach zu erlassen. Die Unrichtigkeit des Eröffnungsbeschlusses war jetzt gleichgültig.²³⁾

Man vergleiche damit den folgenden andern Fall. Der Staatsanwalt erhebt wegen eines Hausfriedensbruchs Anklage, der von ihm und von dem Gericht bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens als ein qualifizierter im Sinne des § 123 Abs. 3 St.G.B. erachtet wird. Das erkennende Gericht ist anderer Meinung und betrachtet aus Rechtsgründen den Hausfriedensbruch nur als einen leichten (§ 123 Abs. 1). In der Hauptverhandlung wird von dem als Zeugen vernommenen Verletzten der Strafantrag gestellt. Hier steht doch sicher nichts im Wege, daß

²³⁾ Daß seitens des Schöffengerichts ein neuer Eröffnungsbeschluß erlassen wurde, war außerdem noch in anderer Beziehung falsch. Glaubte man, daß es an einer Urteilsvoraussetzung fehlte, so war das Verfahren als zur Zeit unzulässig einzustellen. Auf erneute Klage des Staatsanwalts hätte dann ein neuer Eröffnungsbeschluß vom Amtsrichter erlassen werden können.

eine Verurteilung aus § 123 Abs. 1 ergibt.²⁴⁾ Denn die Voraussetzung für das Ergehen des Urteils, ein ordnungsmäßig gestellter Strafantrag, liegt vor. Auch hier könnte man argumentieren: der Hauptverhandlung muß ein Eröffnungsbeschluß vorangehen; der vorhandne Eröffnungsbeschluß ist falsch, da nach richtiger Meinung die That sich als Antragsverbrechen darstellt, zur Zeit der Beschlußfassung aber ein Strafantrag nicht vorlag; folglich muß jetzt erst ein gültiger Eröffnungsbeschluß gefaßt werden. Das wäre doch offenbar verkehrt. Ein Eröffnungsbeschluß ist ergangen und damit die für die Hauptverhandlung erforderliche Grundlage gegeben. War derselbe unrichtig, so mag die Hauptverhandlung inhaltlich eine abweichende Entscheidung abgeben. Seine formelle Korrektheit wird dadurch nicht beeinträchtigt und, deshalb ist auch zu dem Erlaß eines neuen Eröffnungsbeschlusses kein Anlaß.

Der vorher angeführte Fall mit den Reichstagsabgeordneten liegt aber genau in der gleichen Weise. Die Genehmigung des Reichstags zur Strafverfolgung gegen seine Mitglieder ist ebenso wie der Strafantrag Prozeßvoraussetzung (d. h. Voraussetzung für die Begründung der Rechtshängigkeit) und auch Urteilsvoraussetzung. Fehlte es — richtiger Meinung nach — an dieser Voraussetzung zur Zeit des Eröffnungsbeschlusses, so durfte dieser nicht gefaßt werden. Ist es aber trotzdem geschehen, so handelt es sich für die Hauptverhandlung von neuem selbständig darum, ob die Urteilsvoraussetzung da ist. Die materielle Richtigkeit des Eröffnungsbeschlusses steht gar nicht in Frage.

Sowenig es auf die materielle Richtigkeit des Eröffnungsbeschlusses ankommt, sowenig ist es von Bedeutung, daß es bei Erlassung desselben prozessualisch korrekt hergegangen ist. Hat z. B. ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter dabei mitgewirkt, so kann gleichwohl verhandelt werden. Das Reichsgericht hat mit Recht die Aufhebung eines aus diesem Grunde angefochtenen Urteils abgelehnt (C. II S. 120).

Hierher gehört es auch, wenn der Eröffnungsbeschluß unter Verletzung des § 210 oder § 172 ergangen ist. Nach denselben kann, wenn einmal die Eröffnung des Hauptverfahrens oder die Erhebung der öffentlichen Klage durch einen nicht mehr anfechtbaren Beschluß abgelehnt worden ist, die Klage abermals nur auf Grund neuer

²⁴⁾ Anscheinend anderer Meinung Binding, Grundriß S. 180 sub e.

Thatfachen oder Beweismittel erhoben werden. Wäre hiergegen verstoßen und lediglich auf Grund desselben Materials zum zweitenmal Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt worden, so hätte der staatsanwaltliche Antrag aus diesem formellen Grunde zurückgewiesen werden müssen. Ist dies aber nicht geschehn, sondern der Fehler gemacht, das Hauptverfahren zu eröffnen, so hat das erkennende Gericht einfach in die Verhandlung der Sache einzutreten.

Als Verstoß gegen das materielle Prozeßrecht erscheint es wiederum, wenn das Hauptverfahren eröffnet wurde, während es der Klage doch offenbar am Rechtsgrund fehlte oder ohne daß irgend welche den Beschuldigten belastende Momente vorlagen. Daß die Straffklage in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als *prima facie* begründet erscheint, ist nun aber eine Prozeßvoraussetzung, der eine Urteilsvoraussetzung überhaupt nicht entspricht. Im Hauptverfahren wird die andre Frage ventilirt, ob der Angeklagte zu verurteilen oder freizusprechen ist, was ja aber gerade voraussetzt, daß die Urteilsvoraussetzungen alle vorhanden sind. Diese Frage muß aber in der That trotz äußerlicher Ähnlichkeit von jener Prozeßvoraussetzung durchaus unterschieden werden. Dies zeigt sich darin, daß dort nur Begründetsein *prima facie*, hier dagegen definitive Gewißheit gefordert wird, und ferner auch wiederum darin, daß in den beiden Zeitpunkten der Kognition des Gerichts ganz verschiedenes Material unterstehen kann. Ob bei Erlaß des Eröffnungsbeschlusses erhebliche Verdachtsmomente gegen den Beschuldigten sprachen, ist eine in der Hauptverhandlung selbst gar nicht mehr interessierende Sache. Mag der Eröffnungsbeschuß noch so sehr verkehrt gewesen sein, in die Verhandlung kann trotzdem eingetreten und das der gegenwärtigen Situation entsprechende Urteil abgegeben werden.

Nach diesen Ausführungen wird nun auch das etwaige Bedenken schwinden, das *prima facie* Begründetsein der Straffklage als Prozeßvoraussetzung gelten zu lassen. Die Sache liegt eben keineswegs so, daß bei dem Mangel derselben — nicht auf Einstellung des Verfahrens, sondern — auf Freisprechung erkannt werden müßte. Vielmehr kann, wenn trotz Mangels der Prozeßvoraussetzung das Hauptverfahren eröffnet wurde, zur Hauptsache verhandelt werden und Entscheidung ergehen, weil eine entsprechende Urteilsvoraussetzung nicht existiert. Ob aber vom erkennenden Gericht freigesprochen oder verurteilt wird, hängt nur davon ab, was ihm an Beweismaterial vorliegt, resp. welche rechtliche Beurteilung dieses von dem Falle hat.

Selbst dann würde eine Hauptverhandlung stattfinden können, wenn die gerichtliche Voruntersuchung unterblieben, wo dieselbe obligatorisch ist. Der Zeitpunkt, in welchem der Beschuldigte diesen Mangel zu rügen hatte, war, als ihm gemäß § 199 die Anklageschrift mitgeteilt wurde. Das Stattfinden einer ordnungsmäßigen Voruntersuchung da, wo das Gesetz sie fordert, ist eine Voraussetzung für die Begründung der Rechtshängigkeit; wenn es daran mangelt, so liegt, wie oben gezeigt, eine ordnungsmäßige Klageerhebung nicht vor und das Gericht hat den staatsanwaltlichen Antrag angebrachtermaßen zurückzuweisen. Ist das Hauptverfahren aber eröffnet, so kann hierauf nicht zurückgekommen werden.

Wo das Ergehn eines besonderen Eröffnungsbeschlusses nicht erforderlich ist — vergl. St.P.D. §§ 211, 265 — bildet die staatsanwaltliche Anklage, wie sie die Rechtshängigkeit begründet, so auch die Grundlage der Verhandlung. Ihre formelle Korrektheit ist daher gleichzeitig sowohl Prozeß- als auch Urteilsvoraussetzung. Formell korrekt ist sie aber, wie oben gezeigt, nur dann, wenn die besonderen Bedingungen vorliegen, unter denen das Gesetz diesen Modus der Anklageerhebung gestattet.

Als erste spezifische Urteilsvoraussetzung war somit die formelle Korrektheit des Eröffnungsbeschlusses anzuführen: insbesondere was dies nicht bedeutet, sollte soeben klargestellt werden.

Eine zweite spezifische Urteilsvoraussetzung ist die Anwesenheit des Angeklagten und aller sonstigen Personen, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt. Nach § 229 findet gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine Hauptverhandlung nicht statt. Sofern also nicht eine der in den §§ 230, 318, 427, 430 vorgesehenen Ausnahmen vorliegt, kann in Abwesenheit des Angeklagten ein Urteil nicht gesprochen werden.

Um eine Voraussetzung für die Begründung der Rechtshängigkeit handelt es sich hier nicht. Selbst bei der Abwesenheit im technischen Sinn — vergl. St.P.D. § 318 — ist die vorläufige Einstellung des Verfahrens nicht obligatorisch; vergl. St.P.D. § 203. Auch dürfte es nach dem Wortlaut dieses Paragraphen zulässig sein, neben- oder gleichzeitig die Eröffnung des Hauptverfahrens und vorläufige Einstellung zu beschließen.

Die Anwesenheit des Angeklagten genügt aber nicht, er muß auch prozessualisch handlungsfähig oder, konkreter gesagt, geistig gesund sein. Zwar wird dies im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, wie das-

selbe ja mit dem Begriff der Prozeßfähigkeit auf seiten des Beklagten überhaupt nicht operiert. Es ergibt sich aber aus dem den §§ 203, 229 zu Grunde liegenden Prinzip ganz ohne weiteres. Vergl. das Urteil des dritten Straffenats vom 17. Januar 1880 (Entscheidungen I S. 149).²⁵⁾ Als ein verwandter Fall erscheint es, wenn der Angeklagte taubstumm und eine Verständigung mit ihm ausgeschlossen ist. Hier wie dort kann sich der Angeklagte nicht ordnungsmäßig verteidigen, was doch das Gesetz für notwendig erachtet.

Neben dem Angeklagten ist die Anwesenheit eines qualifizierten Verteidigers in den Fällen von St.P.O. § 140 erforderlich.

Sonstige Personen, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, sind Staatsanwalt, Gerichtsschreiber und Privatkläger; vergl. §§ 225, 425, 427, 431.

Drittens. Die ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts. Hierher gehört es, wenn die Zahl der Richter nicht die gesetzlich vorgeschriebene war, wenn einer in abstracto oder im konkreten Fall unfähig war, Richter zu funktionieren, wenn die Beeidigung der Geschwornen oder als Schöffen unterblieben war u. s. w.

Abgesehen von diesen spezifischen Urteilsvoraussetzungen haben nun aber auch alle Prozeßvoraussetzungen mit Ausnahme der wenigen oben S. 30 ff. ausdrücklich aufgeführten für das Ergehn der Sachentscheidung die gleiche Bedeutung. Es ist unrichtig, wenn dies für alle Prozeßvoraussetzungen schlechthin behauptet wird, wie dies von Binding geschieht; für weitaus die meisten ist es aber zutreffend. Ob die Sache vor die ordentlichen Gerichte überhaupt gehört, ob der Angeklagte nach seinem derzeitigen Alter prozeßfähig ist, ob ein ordnungsmäßig gestellter Strafantrag vorliegt, ob die erforderliche Vorentscheidung sei es des Zivilgerichts sei es der besondern Be-

²⁵⁾ Daß die Geisteskrankheit des Beschuldigten nur der Hauptverhandlung und dem Ergehn eines Urteils in dieser im Wege steht, dagegen die Eröffnung und Durchführung der Voruntersuchung nicht hindert, scheint mir einen Beweis für die Richtigkeit der oben dargelegten Auffassung der Voruntersuchung überhaupt zu enthalten. Wenn dieselbe bereits Teil des wirklichen Prozeßrechtsverhältnisses wäre, so würde prozeßuale Handlungsfähigkeit des Beschuldigten, die durch Geisteskrankheit doch natürlich beseitigt wird, unumgängliches Erfordernis sein. Da es sich aber während derselben nur um die Nachforschungen handelt, die von einer Behörde der Strafverfolgung vorgenommen werden — deren Objekt der Verdächtige gemäß § 190 wird —, so ist der Wahnsinn des Beschuldigten hier so wenig wie während des Vorverfahrens ein Hindernis.

hörde des § 11 des C.G. zum G.B.G. ergangen ist u. s. w., kommt für das erkennende Gericht, welches das Urteil in der Sache selbst sprechen will, genau in der gleichen Weise in Betracht, wie für das beschließende, welches das Hauptverfahren eröffnen will. Trotz der inhaltlichen Identität ist aber die Urteilsvoraussetzung etwas selbständiges, von der entsprechenden Prozeßvoraussetzung durchaus zu trennendes: ob oder ob nicht eine Entscheidung in der Sache selbst ergehen kann, hängt stets allein vom Vorhandensein der Urteilsvoraussetzungen ab. Besonders deutlich ist dies, wie bereits mehrfach hervorgehoben, wo die Möglichkeit dafür besteht, daß die Urteilsvoraussetzung fehlt, obgleich die entsprechende Prozeßvoraussetzung da war: der gestellte Strafantrag wird wieder zurückgenommen, das die Ehe auflösende Erkenntnis durch Restitutions- oder Nichtigkeitsklage in Wegfall gebracht. Aber auch sonst wird diese Formulierung als die korrekte anerkannt werden müssen.

Das Vorhandensein derjenigen Urteilsvoraussetzungen, die zugleich Prozeßvoraussetzungen sind, wird von dem erkennenden Gericht in dem gleichen Umfang von Amtswegen berücksichtigt, wie das der letzteren von dem beschließenden. Daß die örtliche Unzuständigkeit vom Angeklagten gerügt werden muß, ist bereits oben bemerkt worden.

Unter den spezifischen Urteilsvoraussetzungen bedarf einer Rüge seitens des Angeklagten nur die Verdächtigkeit eines Richters, Schöffen oder des Gerichtsschreibers, obgleich sie von Amtswegen berücksichtigt werden kann; St.P.D. § 30.

Hiermit im Zusammenhang steht, daß der Angeklagte das Fehlen dieser Urteilsvoraussetzungen bei Vermeidung der Präklusion bis zu einem bestimmten Zeitpunkt rügen muß. Nach §§ 16 und 25 ist dieses die Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens. Richtiger wäre es, wenn wie im Zivilprozeß das Rüge-recht durch die Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache verloren ginge (vergl. § 242 Abs. 3). Auf das Fehlen aller andern Urteilsvoraussetzungen kann natürlich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung hingewiesen werden.

Sofern das Fehlen einer Urteilsvoraussetzung konstatiert wird, so kann jedenfalls jetzt, unter den obwaltenden Umständen ein Urteil in der Sache selbst nicht gesprochen werden. Die Verschiedenheit in der positiven Wirkung, welche bezüglich der verschiedenen Prozeßvoraussetzungen oben S. 28 ff. erörtert wurde, kehrt hier wieder.

Entweder wird die erhobne Strafflage angebrachtermaßen zurückgewiesen.

Oder das Gericht erklärt sich für unzuständig und weist die Klage hierorts ab.

Oder die Hauptverhandlung wird ausgesetzt, damit dem zur Zeit vorliegenden Mangel abgeholfen werden kann, resp. um abzuwarten, ob derselbe von selbst in Wegfall kommen wird.

Bei sämtlichen spezifischen Urteilsvoraussetzungen geschieht das letztere. Es kann sich hier nur um solche Mängel handeln, deren Beseitigung juristisch stets als möglich erscheint. Denn andernfalls würde der Mangel bereits der Begründung der Rechtshängigkeit entgegenstehn. Es hätte keinen Sinn, das Hauptverfahren zu eröffnen, wenn schon jetzt sicher ist, daß ein Urteil in der Sache selbst nicht gesprochen werden kann. Bei Abwesenheit und Geisteskrankheit des Angeklagten mag es nach der Gestaltung des einzelnen Falls möglich sein, mit Bestimmtheit vorauszusagen, daß sie nicht in Wegfall kommen werden: juristisch bleibt diese Möglichkeit vorhanden. Hierauf nimmt in beiden Beziehungen der § 203 Rücksicht.

Die Aussetzung der Hauptverhandlung wird durch Beschluß angeordnet.

Ebenso spricht das Gericht nach ausdrücklicher Bestimmung seine Unzuständigkeit in einem Beschluß aus (St.P.O. § 270). Dies ist inkorrekt, denn eine Entscheidung des erkennenden Gerichts, die das *indicium* beendet, heißt Urteil.

Demgemäß ist es auch ein Urteil, welches in allen andern Fällen die Abweisung der Strafflage angebrachtermaßen ausspricht. Die St.P.O. zieht nur den Fall in Rücksicht, daß der erforderliche Strafantrag fehlt; und der Entwurf hatte auch hier vorgeschrieben, die Einstellung des Verfahrens solle durch Beschluß ausgesprochen werden: die R.J.R. hat dies aber geändert.²⁶⁾

Wenn der Beklagte den Mangel einer Urteilsvoraussetzung rügt und das Gericht dies für unbegründet erachtet, so ergeht die Entscheidung entweder durch besonderen Beschluß, da die St.P.O. Zwischenurteile nicht kennt, oder sie ist im Endurteil enthalten. Auch der Beschluß ist gemäß § 347 nicht selbständig anfechtbar, sondern kommt nur durch das gegen das Endurteil eingelegte Rechtsmittel zur Kognition des höheren Gerichts.

²⁶⁾ Vergl. Löwe, Kommentar S. 519 Note 11.

Wenn trotz des Mangels einer Urteilsvoraussetzung Urteil in der Sache selbst ergangen ist, so unterliegt dasselbe im allgemeinen der Anfechtung. Insbesondere erfüllt sich das im Gesetz für die Revision aufgestellte Erfordernis: Kausalzusammenhang zwischen dem Inhalt des Urteils und der begangenen Gesetzesverletzung hier ganz von selbst. Es durfte überhaupt nicht in der Sache geurteilt werden: also konnte auch nicht so, wie geschehen, erkannt werden.

Essentiell für den Begriff der Urteilsvoraussetzung ist es indessen nicht, daß diese Möglichkeit der Anfechtung besteht. Als Urteilsvoraussetzung müssen, wie oben definiert, alle Thatumstände bezeichnet werden, bei deren Mangel Urteil in der Sache selbst nicht ergehen darf. Was geschieht oder geschehen kann, wenn dieser Imperativ verletzt ist, hängt von dem Rechtsmittelsystem des positiven Rechts ab und steht somit auf einem völlig andern Blatt. Ich erinnere an die Vorschrift in St.P.O. § 379:

Wenn der Angeklagte von den Geschwornen für nichtschuldig erklärt worden ist, so steht der Staatsanwaltschaft die Revision nur in den Fällen zu, in welchen dieselbe durch die Bestimmungen des § 377 Nr. 1, 2, 3, 5 oder durch die Stellung oder Nichtstellung von Fragen begründet wird.

Man nehme an, daß der Angeklagte in einer zur Zuständigkeit der Militärgerichte gehörenden Sache im Schwurgericht freigesprochen wurde, oder wegen eines Antragsverbrechens, ohne daß ein Straf Antrag vorlag. Das Urteil ist unanfechtbar, obgleich die Urteilsvoraussetzungen mangelten. Und unmöglich kann man doch behaupten, durch die Freisprechung stelle sich ex post heraus, daß diese Momente Urteilsvoraussetzungen nicht gewesen seien.

Bei den vom Reichsgericht in erster Instanz zu erledigenden Sachen ist von einer Unfechtbarkeit überhaupt niemals die Rede. Trotzdem kann und muß auch bei den vor ihm stattfindenden Verfahren der Begriff der Urteilsvoraussetzung ebenso gut statuiert werden, wie bei einem andern Gericht erster Instanz. Die Bedeutung einer prozessualischen Vorschrift ist eben von der Wirkung, die ihre Verletzung herbeiführt oder herbeiführen kann, unabhängig.²⁷⁾

²⁷⁾ Die Betonung dieses Punktes ist im gegenwärtigen Moment deshalb notwendig, weil Bülow in seinem Aufsatz über „Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsnorm“ (Zivilistisches Archiv Bd. 64 S. 1 ff.)

Das Ergebnis der vorstehenden Arbeit kann folgendermaßen zusammengefaßt werden.

Da der Strafprozeß wie der Zivilprozeß als ein Verhältnis gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung der Parteien und des Gerichts aufzufassen ist, so kann und muß die Frage nach den Voraussetzungen der Entstehung dieses Rechtsverhältnisses aufgeworfen werden. Hierdurch wird nach den Voraussetzungen gefragt, unter welchen die Rechtshängigkeit begründet werden kann. Dies geschieht

den diametral entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hat. — B. definiert anfangs (§. 9) dispositives Recht im Gegensatz zu absolutem durchaus konform zu den bisher üblichen Vorstellungen. „Der eine Teil der Rechtsregeln normiert die von ihnen betroffenen Rechtsbeziehungen in so unmittelbar und einzig bestimmender Weise, daß eine davon abweichende rechtliche Normierung nicht möglich ist, insbesondere also auch nicht durch den Willen der bei der Rechtsbeziehung beteiligten Rechtssubjekte erfolgen kann: das objektive Recht läßt hier für den zu regelnden Thatbestand bloß eine einzige, schon von ihm selber genau bezeichnete Regelung gelten; folgeweise ist eine andre Regelung durch die Interessenten nicht zulässig. Diese Rechtsregeln bilden das absolute Recht. Der andre Teil der Rechtsregeln gestattet dagegen den Beteiligten die eigne rechtliche Normierung der Rechtsbeziehung in der Weise, daß sie ermächtigt werden, innerhalb bestimmter rechtlicher Schranken zwischen mehreren Möglichkeiten rechtlicher Normierung zu wählen: das objektive Recht stellt hier für den Thatbestand keine einzig und ausschließlich zulässige Rechtsregelung auf, sondern ordnet an, daß für den Thatbestand diejenige Bestimmung rechtlich gelten solle, welche die Interessenten innerhalb der Ermächtigungsgrenzen treffen. Diese Rechtsregeln bilden das dispositive Recht. Dort ist der rechtlichen Selbstbestimmungsfreiheit des einzelnen der Raum verschlossen, hier eröffnet, durch die absoluten Rechtsätze wird der individuellen Autonomie jeder Spielraum versagt, durch die dispositiven wird ihr ein Spielraum gewährt.“ — Später aber wird der Begriff des dispositiven Rechts in völlig anderer Weise gefaßt. In dem Abschnitt II, 3, welcher die Überschrift trägt „Notwendigkeit, Rechtsgewißheit zu erreichen. Allmähliches Versiegen der absoluten Verbindungsstrafe“ (§. 23 ff.), kommt B. zu dem Ergebnis: „Je höher der Prozeß die Gerichtsstaffeln emporsteigt, um so mehr verliert das Prozeßrecht seinen absoluten Charakter, um so vollständiger verwandelt sich das absolute Prozeßrecht in dispositives. Und wenige Jahre nach Erlaß des Urteils versiegt die absolute Kraft vollends. Das Recht lockert seine Zügel. Am Ende löst sich das ganze absolute Recht in dispositives auf.“ — Schon diese Worte dürften zeigen, — was sich aus den Ausführungen des ganzen Abschnitts mit vollkommenster Deutlichkeit ergibt — daß hier dispositive Natur einer Rechtsvorschrift einfach identifiziert wird mit Unmöglichkeit einer Anfechtung wegen Verletzung derselben. Dies widerspricht aber der oben gegebenen Definition vollständig. Ob wegen Verletzung einer Rechtsvorschrift eine Anfechtung möglich ist, hat mit der Frage, ob dieselbe eine Normierung in erschöpfender Weise trifft, oder den beteiligten Sub-

nun aber richtiger Auffassung nach durch den das Hauptverfahren eröffnenden Beschluß. Die Voruntersuchung soll für diesen Beschluß das Material liefern, sie ist also präparatorisch und liegt vor der Erhebung der eigentlichen Klage.

Weil nach positivem Recht der Voruntersuchung stets das polizeiliche Vorverfahren vorangeht und durch letzteres bereits That und Thäter ermittelt sein muß, so kann vorgeschrieben werden, daß erstere nur unter bestimmten Voraussetzungen — bei bestimmten

jetten einen Spielraum eröffnet, gar nichts zu thun. Beides sind ganz heterogene Dinge. Daß niemand in eigener Sache urteilen, daß der Vater nicht über den Sohn richten darf, gehört gewiß zu dem „unverrückbar festen Grundstock absoluter Rechtsvorschriften“ (B. S. 11), aber nicht nur in Beziehung auf die erste, sondern auch für die zweite und dritte Instanz, auch für das Verfahren vor dem Reichsgericht in erster und letzter Instanz. Daß diese Bestimmungen nie dispositiven Vorschriften sind, geht ja daraus hervor, daß bei ihnen schlechterdings nicht „innerhalb bestimmter rechtlicher Schranken zwischen mehreren Möglichkeiten gewählt werden“ kann. — Der Zeitablauf kann niemals aus einer absoluten eine dispositive Vorschrift machen. Ob die einzelne Bestimmung zu der einen oder andern Kategorie gehört, ist auf Grund des Gesetzes zu beantworten, und ob im einzelnen Fall die Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln verstrichen ist, ist dafür ganz irrelevant.

B. verwechselt allem Anschein nach absolut und dispositiv mit dem völlig andern Gegensatz: imperativ und instruktiv. Allein auch die Behauptung wäre durchaus unrichtig, daß „je höher der Prozeß die Gerichtsstufen emporstiegt, um so mehr verliere das Prozeßrecht seinen imperativen Charakter, um so vollständiger verwandle sich das imperative Prozeßrecht in instruktives.“ Die imperativen Bestimmungen der Prozeßordnungen verlangen überall mit der gleichen verbindlichen Kraft ihre Befolgung durch den Richter, ganz gleichgültig, ob wegen Verletzung derselben den Parteien ein Rechtsmittel gewährt ist oder nicht. Verhielte sich die Sache anders, so wären die Bestimmungen der Prozeßordnungen über die Revisionsinstanz ganz und über die Berufungsinstanz zum größten Teil nur „eine Sammlung wohlgemeinter Ratschläge“. Es ist ein prozeßualischer Staatsstreich, wenn das Gericht deshalb über die Vorschriften der Prozeßordnungen glaubt sich hinwegsetzen zu dürfen, weil eine Anfechtung nicht zu befürchten ist. Ein solches Verfahren kann nicht scharf genug getadelt werden. Leider ist mir ein derartiger Fall bekannt. Ein Oberlandesgericht ordnete in einer Zivilsache mit Objekt von 1200 M. Eidesleistung durch Beweisbeschluß an, obgleich die Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides keineswegs einverstanden waren, und begründete dies damit, daß die Sache sich in letzter Instanz befinde und unter diesen Umständen die entgegenstehenden Vorschriften der Z.P.O. als bloße Formalität erschienen. — Weniger die Sache selbst als die Begründung scheint mir exorbitant, denn sie kann dazu benutzt werden, um schlechthin jede Verletzung des Prozeßrechts zu rechtfertigen.

Qualitäten der That und des Thäters — eröffnet werden soll. Der Grund hierfür liegt aber darin, daß bei dem Fehlen derselben das Hauptverfahren nicht eröffnet werden kann. Die Voruntersuchung wäre also überflüssig, da ihr Resultat schon jetzt feststeht. Diese Beziehung zwischen den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Voruntersuchung und der letzteren selbst zeigt sich deutlich, wenn der Mangel einer solchen erst nach erfolgter Eröffnung sich herausstellt. Von einer Einstellung der Voruntersuchung kann begrifflich nie die Rede sein; sie wird immer sachlich beendet.

Voraussetzungen für die Begründung der Rechtshängigkeit sind die Umstände, bei deren Mangel das Hauptverfahren nicht eröffnet werden darf. Ihr Vorhandensein muß fast immer vom Gericht von Amts wegen berücksichtigt werden, nur zuweilen ist dies fakultativ oder von der Nütze des Beklagten abhängig.

Von diesen Voraussetzungen für die Begründung der Rechtshängigkeit sind die Urteilsvoraussetzungen zu unterscheiden, d. h. die Umstände, bei deren Mangel ein Urteil in der Sache selbst nicht gesprochen werden darf. Sie sind meistens mit den Prozeßvoraussetzungen inhaltlich identisch; es gibt aber auch spezifische Urteilsvoraussetzungen, wie es andererseits spezifische Prozeßvoraussetzungen gibt.

Ein Urteil, welches trotz des Mangels einer Urteilsvoraussetzung ergangen ist, erscheint prinzipiell als nichtig. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Inhalt des Urteils und der Gesetzesverletzung ist hier stets eo ipso gegeben. Wenn aber positiv-rechtlich die Anfechtbarkeit aus heterogenen Gesichtspunkten zuweilen mangelt, so ist zwar eine sich aus dem Begriff der Urteilsvoraussetzung ergebende Konsequenz nicht gezogen, hierdurch aber keineswegs die Unanwendbarkeit des Begriffs für diesen Fall bargethan.
