

Wilhelm Ditzen

Dreierlei Beweis im Strafverfahren

Abschrift Werner Sarstedt ca. 1960

Leipzig
1926

Geleitwort

Die vorliegende Ausgabe eines seit mindestens sieben Jahrzehnten vergriffenen, aber immer noch viel zitierten Buches erinnert an die Zeit und Arbeitsweise von Juristen, als es noch keine über das Internet global verfügbaren Antiquariate, keine Fotokopiergeräte als Grundausstattung von Büros und Haushalten und erst Recht keine Scanner gab. Als *Werner Sarstedt* erstmals in der von ihm 1953 bearbeiteten 2. Auflage des 1952 von Kammergerichtsrat Gage begründeten Büchleins „Die Revision in Strafsachen“¹ in Fußnote 248 auf Seite 51 die Arbeit von *Ditzen* zitierte, wird ihm ein Exemplar aus der Bibliothek des Bundesgerichtshofs vorgelegen haben. Da er in der Folgezeit bemüht war, alle von ihm für seine Arbeit benötigte Fachliteratur bei sich zu Hause zu haben und „der *Ditzen*“ nicht mehr käuflich zu erwerben war, griff er zu einem Mittel, das für uns heute nahezu unvorstellbar war: Er spannte nacheinander 98 Bogen DIN-A-4 - Papier in seine Schreibmaschine und schrieb den gesamten Text des zu diesem Zweck noch einmal ausgeliehene Werks so ab, dass es auch mit genauer Fundstelle zitierfähig war, indem er auf jeder Seite genau an der Stelle zur nächsten wechselte, wie es in dem ursprünglichen Buch umbrochen war.

Man wird davon ausgehen können, dass *Werner Sarstedt* nach Abschluss dieser Arbeit den Inhalt des Buches so gut kannte wie vor ihm wahrscheinlich nur noch der Autor selbst. Oder sogar besser als dieser? *Sarstedt* pflegte dem von ihm sehr geschätzten Werk nämlich scherzhaft als einzigen Mangel anzulasten, dass *Ditzen* „offenbar nicht bis vier zählen konnte“: Im Titel ist von „dreierlei“ Beweis die Rede, während der Inhalt von „viererlei“ Beweis handelt: 1. dem Strengbeweis, 2. dem Freibeweis, 3. Der Glaubhaftmachung und 4. dem Formalbeweis, dem die absolute Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO folgt. An letzterer wollte *Ditzen* nur de lege ferenda etwas ändern (S. 61 ff.). Auf den Gedanken, die formelle Beweiskraft zu unterlaufen, dass der darauf gestützten Revisionsrüge durch die Zulassung einer nachträglichen Protokolländerung der Boden entzogen werden dürfe, kam erst lange nach der Arbeit von *Ditzen* der Große Senat des Reichsgerichts im Jahre 1936 (RGSt 70, 241) - und nachdem der BGH wieder zur alten gesetzestreuen Rechtsprechung zurückgekehrt war, noch einmal der Große Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Jahre 2007 (BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419).²

Werner Sarstedt, geboren 1909, hat den bereits 1926 „a.D.“ befindlichen Reichsgerichtsrat *Wilhelm Ditzen* nicht mehr persönlich kennengelernt. Aber irgendwie stand er ihm nahe und *Sarstedt* vergaß kaum jemals wann immer von dem Büchleins die Rede war - eine Personalie zu erwähnen, die zeigen sollte, wie sehr die lebenslange Befassung mit Kriminalität durch erfolgreiche Strafrichter mit ihren persönlichen oder familiären Lebensschicksalen kontrastieren können: Der hohe Strafrichter im Kaiserreich und der Weimarer Republik *Wilhelm Ditzen* hatte einen Sohn, der seine Erfahrungen als Straftäter später (1934) unter dem Pseudonym *Hans Fallada* in dem Roman „Wer einmal aus dem Blechnapf frisst“ verarbeitete. Das Werk fand weites Publikumsinteresse und bildete den Anfang einer Schriftstellerkarriere, die Fallada am Ende sehr viel mehr Ruhm einbrachte als das Richteramt und die Fachschriftstellerei seinem Vater. Dass der „Held“ des Romans durch die gesellschaftlich vorurteilsgeprägte Zuschreibung einer von ihm nicht begangenen Straftat daran gehindert wird, nach einem Knastaufenthalt ein rechtes Leben zu führen, so dass er sich schließlich bewusst entscheidet, seinen Lebensunterhalt durch Straftaten zu bestreiten, woraufhin er immer wieder im Gefängnis landet, („Bei

¹ Jetzt in 8. Auflage (2021) von *Hamm/Pauly* weitergeführt.

² vgl. dazu u.a. *meinen* Besprechungsaufsatz in NJW 2007, 3136 und die Kritik von *Knauer* in Widmaier-FS 2008, 172, *Schumann* JZ 2007, 927; *Valerius* in Paulus-FS, 2009, 185; *Ventzke* HRRS, 2008, 180; *Schlothauer* in Hamm-FS 2008, 655.

seiner Festnahme zeigt er keinerlei Reue, sondern fühlt sich geradezu befreit“) kann als literarisch narrativer Kontrapunkt zu den kühl rechtsdogmatischen Ausführungen des Vaters von *Fallada* mit seinen Distinktionen zwischen den verschiedenen Wegen der Suche nach Wahrheit mitschwingen, wenn wir vor dem Hintergrund unserer heutigen Strafprozessrealität die Texte noch einmal lesen.

In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen von *Hermann Weber* in seinem 2009 erschienenen Buch „Juristensöhne als Dichter“ auf den Seiten 11 ff. lesenswert.³ *Max Alsberg* rezensierte das Buch *Wilhelm Ditzens*⁴ insofern kritisch, als er zwar die darin begründete Begrifflichkeit („Strengbeweis“, „Freibeweis“) würdigte, aber einen Hinweis darauf vermisste, dass die Problematik der Sache nach auch bereits zuvor behandelt worden sei, u.a. von ihm selbst (*Alsberg*) in *GoldArch* 62, 1 ff. Außerdem beanstandete *Alsberg*, dass *Ditzen* sich bei der Verwertung der Rechtsprechung auf die Sammlung RGSt und nur wenige Entscheidungen in der JW beschränkt hatte.⁵

Desungeachtet halten wir die *Sarstedt*‘sche Abschrift der Arbeit von *Wilhelm Ditzen*, die dieser (S. 3) in seinen Vorbemerkungen bescheiden als „Aufsatz“ bezeichnet, für wert, einem Kreis von Interessenten und Liebhabern der Quellen und historischen Ursprünge unseres Strafprozessrechts zugänglich zu machen. Dabei mag man auch versuchen, die eine oder andere von *Sarstedt* stammende handschriftliche Glosse zu entziffern und ihm auch die den damaligen technischen Mitteln geschuldeten Tippfehler verzeihen (S. 61 Fn.1 lies: „will“ statt „wirr“). Die noch unvollkommenen Techniken der Textverarbeitung vor über 70 Jahren hatten eben auch etwas Menschliches. Was zu beweisen war.

Frankfurt im August 2023

Rainer Hamm

³ dazu die Rezension von Kingreen NJW 2010, 747

⁴ JW 1926, 2730, s. hier im Anhang nach Seite 98

⁵ ähnlich auch noch Alsberg-Nüse, Der Beweisantrag im Strafprozess seit der 2. Auflage, 1955, S. 461, Fn. 6.

Dreierlei Beweis
im Strafverfahren

von

Wilhelm Ditzen
Reichsgerichtsrat a.D.

Verlag von Felix Meiner / Leipzig 1926

Vorbemerkung

Der nachfolgende Aufsatz ist abgeschlossen worden im Laufe
/aus des Jahres 1923. Er geht daher /von der alten Fassung der StPO
und des GVG. Seitdem hat die Verordnung vom 22. März 1924 an die-
sen beiden Gesetzen geändert. Die Änderungen sind aber gerade
auf dem Gebiet des Beweisverfahrens, das ich behandle, nur gering
und für meine Fragen und Antworten bedeutungslos. Deshalb habe
ich mich darauf beschränkt, die neue Gesetzesfassung nur insoweit
zu berücksichtigen, als ich bei Anführung von Paragraphen der
StPO¹ und des GVG neben den alten auch die neuen Paragraphen-
zahlen anführe. Eine weitergehende Anpassung an die neue Fassung
glaubte ich unterlassen zu sollen. Denn die alte Fassung ist
jetzt noch so bekannt, daß der Leser über meine Ansicht und über
deren Gründe auch der neuen Fassung gegenüber füglich nicht im
Zweifel sein wird. Außerdem ist die neue Fassung schon wieder
abgeändert worden (RGes. v. 22. 12. 1925) und dieser Vorgang kann
sich wiederholen. Eine feste Grundlage gibt also nur die alte
Fassung.

*was
mit
was?*

Darum sei hier, zum Ausschluß von Zweifeln, nur folgendes
bemerkt: Ich spreche von 2. und 1. Instanz und ferner von Urteilen
der Strafkammer. Vom Standpunkte der neuen Fassung bedeutet dies:
"2. Instanz" die Revisionsinstanz; "1. Instanz" die nächstuntere
Instanz, in der das reversible Urteil ergeht; "Urteile der Straf-
kammer" die revisiblen Strafurteile der Landgerichte" (vgl. §§ 333,
335 StPO neue Fassung). -

*ist bis
ein
für
für*

Leipzig, im April 1926.

Ditzen.

1) Die StPO wird gemeint, wenn ein § angeführt ist ohne Nennung
eines Gesetzes.

I.

Der § 243 (244), stehend im 6. Abschnitte ("Hauptverhandlung") des 2. Buches ("Verfahren in erster Instanz"), sagt in seinem ersten Absatze:

"Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme." Was das Gesetz hier, ebenso wie in § 257 (258) Abs. 1 ("Nach dem Schlusse der Beweisaufnahme"...), unter Beweis versteht, ist dasjenige, was den Mittelpunkt des ganzen Verfahrens bildet und was man deshalb gewöhnlich meint, wenn man von Strafbeweis spricht Nämlich derjenige Beweis, welcher die Beantwortung der Schuld- und Straffragen bezweckt. Diesen Schuld- und Strafbeweis regelt das Gesetz, hauptsächlich in den §§ 243 ff. (244), ausdrücklich und eingehend durch strenge Vorschriften. Darum kann man ihn Strengbeweis nennen.

Daneben steht aber eine andere Beweisart, die man im Gegensatze zum Strengbeweise passend als Freibeweis kennzeichnen wird, weil für ihn jene strengen Regeln nicht gelten, ja für den, bis auf einige nicht allzu bedeutende Ausnahmen, vom Gesetze Regeln überhaupt nicht gegeben werden. Diese Freibeweisaufnahmen finden nicht nur in der Hauptverhandlung erster Instanz statt, sie durchziehen das ganze Verfahren vom ersten Prozeßschritte bis zum letzten. Denn bei jedem, oder bei fast jedem Schritte hat sich der Richter zu fragen (Beispiel: § 6 (6)), ob die Tatsachen vorhanden, d.h. bewiesen sind, die ihm das Gesetz als Voraussetzung des Schrittes angibt.

Endlich kennt die StPO eine dritte Beweisart, der das Gesetz selbst einen besonderen Namen: Glaubhaftmachung beilegt. Diese Beweisart ist auf einige wenige, bestimmt bezeichnete Fälle beschränkt, welche außerhalb des Schuld- und Strafbeweis-

verfahrens liegen, so daß sie eigentlich zum Freibeweisverfahren gehören würden und auch wie Freibeweisfälle zu behandeln sind, soweit besondere Glaubhaftmachungsvorschriften fehlen.

II.

Was ist "beweisen"? Das Gesetz schweigt und die Erklärung im Wörterbuch von Grimm: "probare, mit Gründen oder Zeugen, Urkunden dartun, in der Wissenschaft wie im Recht" sagt uns wenig. Kaum mehr, was man bei Sanders liest: "glaubhaft = Glauben verdienend, Glauben, d.i. Glaubwürdigkeit haben". Sicher scheint mir folgendes zu sein: Beweisen ist eine Tätigkeit, die sich auf die Erreichung eines Zieles richtet, nämlich, daß jemand¹ glaubt, d.h. von der Wahrheit der Behauptung über eine Tatsache überzeugt wird; daß, wie man es auch ausgedrückt hat, (Rupp, Der Beweis im Strafverfahren, 1884, S.27, 35, 98, 178), "die Überzeugung des gewöhnlichen Lebens"erreicht wird. Das gilt bei allen drei Beweisarten, bei dem Strengbeweis, bei dem Freibeweis und nicht minder bei dem Glaubhaftmachungsbeweis. Eine weit verbreitete Meinung steht auf einem anderen Standpunkte, der besonders scharf gekennzeichnet ist bei Bennecke-Beling (Strafprozeßrecht S.321): Durch die Glaubhaftmachung werde "bloß die Wahrscheinlichkeit, nicht wie beim Beweis die Gewißheit der Tatsache dargetan". Also der Beweis verlange ein Mehr, die Gewißheit; bei der Glaubhaftmachung genüge ein Weniger: "Bescheinigung", "halber Beweis". Das ist nach beiden Richtungen anzufechten. Beweisen, auch im einfachen Wortsinn, hat nichts zu tun mit Wissen oder Gewißheit. Be-Weisen² heißt: durch

1) Im Strafprozeß, und nur dieser kommt hier in Betracht, ist dieser Jemand meist der Richter. - Ich bemerke außerdem, daß sich die nachfolgenden Untersuchungen, um sie nicht allzuweit auszu-dehnen, nur befassen mit dem erstinstanzlichen Verfahren vor den Strafkammern und den Schwurgerichten, einschließlich des Verfahrens gegen Entscheidungen dieser Gerichte. Ich berücksichtige also namentlich nicht das Verfahren vor den Schöffengerichten und vor den Berufungsstrafkammern; auch nicht das Zivilverfahren.

2) Ähnlich die Worte: betasten, befühlen, belauschen, besehen, beaugenscheinigen, beriechen.

Weisen (Zeigen) aufklären. Nur in seltenen Ausnahmefällen, wie etwa bei einem Augenschein kann dadurch, mittels eigener Wahrnehmung des Richters, ein annähernd zuverlässiges richterliches Wissen desjenigen, was bewiesen werden soll, beschafft werden. Hört der Richter einen Zeugen¹, so gibt dieser bestenfalls seine eigene Wahrnehmung kund, sein eigenes "Wissen"; der Urteiler hat sich dann zu fragen, ob dieser Aussage zu glauben ist oder nicht. An die Beweistatsache selbst hat ihn der Zeuge nicht herangeführt. Und wenn nach der Beweisaufnahme der Urteiler erklärt: Der Beweis ist gelungen, ich stelle also die Tatsache fest, so sagt er damit nicht, die Tatsache ist wahr; er kann nur meinen und nur sagen: ich glaube der Behauptung und werde diese so behandeln, als ob das Behauptete wahr wäre. Dabei ist er sich der Möglichkeit eines Irrtums bewußt und gerade bei dem Kollegialgerichte ist dies Gefühl notwendigerweise besonders lebhaft, weil die tägliche Erfahrung ihn lehrt, daß seine Mitrichter, die genau dieselben Beweismittel auf sich haben wirken lassen, nur allzu häufig in der Lage sind, sagen zu müssen: "nicht bewiesen", d.h. wir glauben nicht, wo er selbst sagen muß: "bewiesen", d.h. ich glaube. Verlangte das Gesetz vom Beweise Gewißheit, so müßte es mindestens fordern, daß ein Beweis nur dann als gelungen gelten dürfe, wenn alle Richter einstimmig erklären könnten, sie seien überzeugt, daß der Behauptung zu glauben sei. Das Gesetz aber steht auf diesem Standpunkte nicht. Dafür spricht auch deutlich § 262 (263) Abs.1. Denn hier bestimmt das Gesetz: wenn auch nur zwei Richter der Strafkammer die Schuldfrage verneinen, dann ist der Angeklagte als nichtschuldig freizusprechen; obwohl doch drei Richter die Beweisfrage der Schuld mit Ja beantwortet haben. Das wäre kaum zu verstehen, wenn das dreifache Ja der Jasager bedeutete, die Schuld ist uns sicher, während doch andererseits

1) Und der Zeuge ist das Hauptbeweismittel des Strafprozesses. Bei Sachverständigen und bei Urkunden gilt aber grundsätzlich dasselbe wie beim Zeugen. - Wollte man ernstlich beim Beweis Gewißheit fordern, so wären alle sog. inneren Tatsachen überhaupt nicht beweisbar. Also auch nicht die Zurechnungsfähigkeit, die doch bei jeder Schuldfrage eine Hauptsache bildet.

das Nein der Neinsager regelmäßig nicht etwa bedeutet, uns ist die Nichtschuld sicher, sondern meist nicht mehr als: wir sind nicht sicher, ob der Angeklagte schuldig ist. Das Gesetz kann hier das dreifache Ja - im Interesse des Angeklagten - nur deshalb beiseite schieben, weil das Ja eben auch wie das Nein, nur auf Glauben und nicht auf Gewißheit sich gründet. - Unsere Strafrechtspflege würde, das wird sich nicht bestreiten lassen, geradezu lahmgelegt, wenn das Gesetz dem Richter beföhle: "Du mußt freisprechen, wenn nicht gewiß ist, daß jeder Zweifel an der Schuld außer dem Bereiche der Möglichkeit liegt". Denn dann würde der Satz, daß irren menschlich ist, nur ganz selten eine Verurteilung zulassen.

Ist dies richtig, dann sollte auch sofort klar sein, daß die Ansicht, die Glaubhaftmachung sei kein voller, sondern nur ein halber Beweis, falsch sein muß. In der Praxis gebraucht man auch wohl den Ausdruck: bei der Glaubhaftmachung werde "nur Bescheinigung" gefordert. Diese Wendung ist unklar und deshalb irreführend.¹ Die Unklarheit tritt besonders deutlich hervor bei einem Satze folgender Art: "Das Glaubhaftmachen ist kein voller Beweis, sondern ein solches Maß von Wahrscheinlichkeit, daß es dem Richter genügt"². Man fragt hier sofort: "Wozu genügt?" Die Antwort kann nur sein: "Zum Glauben". Es ist ausgeschlossen, daß der Richter, obwohl er der Behauptung noch nicht glaubt, erklären dürfte, ihr Beweis sei gelungen, weil es sich nur um Glaubhaftmachung handle. Wahrscheinlichkeit kann nicht genügend sein. Dieser Begriff, der in der Mathematik³ von großer Be-

1) Ich werde später auseinandersetzen, inwiefern man doch berechtigt ist, die Glaubhaftmachung minder ("nur") zu bewerten, als den ("vollen") Beweis.

2) So Stenglein: StPO Anm.2 zu § 55. Gelegentlich findet man dergleichen auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts. Z.B. in RGStr 28,8 10: Die StPO verstehe unter Glaubhaftmachung "die Erbringung eines nach billigem Ermessen ... zur Entscheidung genügenden Maßes von Wahrscheinlichkeit anstatt des vollen Beweises".

3) Die Mathematik (namentlich bei den Vorausberechnungen der Versicherungen) zählt alle Fälle des Ja und alle des Nein; je nachdem sich bei dieser Zählung die Mehrheit für das Ja oder das Nein ergibt,

deutung ist, hat im Strafprozeß keinen Wert. - Sicher ist auch, daß das Wort "Glaubhaft"-machung den Glauben des Urteilers fordert. Ganz wie oben für das Wort "Beweis" entwickelt ist. - Ich möchte, um nicht mißverstanden zu werden, noch folgendes hinzufügen: Wenn ich das Glauben in einen Gegensatz stelle zur Gewißheit, so verstehe ich unter Glauben nicht etwa bewußte Ungewißheit. Vom Wissen, daß nicht .., über das Zweifeln, ob ja oder nein ..., weiter über das oberflächliche Fürwahrhalten .., ferner zum Glauben, daß wahr ..., endlich zum Wissen¹, daß wahr ..., sind tausend Zwischenstufen, die oft nicht einmal sprachlich zu kennzeichnen sind, obwohl sie gefühlsmäßig Bestand haben. Gerade das Gefühl zeichnet in dieser langen Folge von Stufen, die eine Stufe aus, auf welcher das Nichtglauben aufgehört hat und das Glauben beginnt. Wer - in meinem Sinne - glaubt, der ist für sich gewiß, daß er richtig denkt und sich nicht irrt; aber er weiß auch, daß er ein Mensch ist, der - immer, in jedem Falle! - dem Irrtum unterliegen kann, und er findet sich daher auch als Richter, je nach seinem Temperament mehr oder weniger gelassen, mit der Tatsache des Bestehens abweichender Beweiswürdigungen, also des Bestehens von Zweifeln oder gar des entgegengesetzten Glaubens, ab. Das ist auch die Meinung des § 260 (261), der alles abstellt auf die "freie Überzeugung". Will man hier von subjektiver Gewißheit (im Gegensatze zur objektiven Gewißheit) sprechen, so ist dagegen kaum etwas einzuwenden. Nach meinem Sprachgefühl ist aber der Ausdruck Glauben (im Gegensatze zum Wissen) deutlicher.

III.

Für alle drei Beweisarten gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der das gesamte Strafverfahren beherrscht. Die StPO

gilt (für die Zukunft) das Ja oder das Nein als wahrscheinlich. Aber bei der Beweiswürdigung im Prozeß kann man nicht zählen. Man soll es auch nicht. Man soll wägen. Gezählt kann erst werden nach der Beweiswürdigung, nämlich die Stimmenzahl bei der Abstimmung.

1) Der Philosoph möchte das Wissen überhaupt bestreiten und es ist fraglich, ob und wie weit es im Prozeß verwertbar ist.

gibt ihm Ausdruck in § 260 (261). Neben dieser Regel stellt das Gesetz nur zwei geringfügige Ausnahmen in §§ 274 (274), 475 auf, auf die ich hier noch nicht näher eingehe¹. Eine dritte Ausnahme hat man² gefunden in § 55 (56) Satz 2. Das halte ich nicht für richtig. Die Worte: "Es genügt (für die Glaubhaftmachung der Tatsache, auf welche der Zeuge die Zeugnisverweigerung stützt) die eidliche Versicherung des Zeugen" bedeuten: das Gericht kann den Zeugen hier ausnahmsweise zu einer eidlichen Versicherung zulassen und es kann sich dann mit dieser Versicherung begnügen. Die Worte sagen nicht, daß das Gericht sich damit begnügen muß. Man denke etwa an den Fall, daß eine Zeugin, die ihr Zeugnis verweigern will, eidlich versichert, sie sei die Ehefrau des Angeklagten (§ 51 (52) Ziff.2), und daß diese Behauptung sofort widerlegt wird. Soll dann das Gericht genötigt sein, die Behauptung als glaubhaft gemacht zu behandeln, selbst dann, wenn etwa die Zeugin die Unwahrheit ihrer eidlichen Versicherung nun einräumt und die letztere widerruft? -Das ist schlechterdings ausgeschlossen. In der Tat will das Gesetz etwas anderes: Ausnahmsweise läßt § 55 (56) (ebenso wie § 76 (76) in Verbindung mit § 72 (72), und im Gegensatz zu §§ 26 (26), 74 (74)) die eidliche Versicherung zu, die übrigens nicht Zeugeneid ist (vgl. John, aaO.Bd.I S.575); ist die Versicherung, die ja nach § 55 (56) Satz 1 vom Gerichte "verlangt" sein muß, erfolgt, so kann das Gericht sich damit begnügen und ihr Glauben schenken, aber von einer der StPO überhaupt unbekanntem formalen Beweiskraft eines Eides ist nicht die Rede³. - Für die Beurteilung des § 260 (261) ist nun folgendes zu beachten: Der § spricht, das zeigt sein Wortlaut ("Inbegriff der Verhandlung") und seine Stellung in dem Abschnitte von der Hauptverhandlung, nur von dem in der

1) Vgl. RGStr 20,200/2017; Löwe, Anm.3 u.5 zu § 260; John StPO Bd.III S.342 ff.

2) Vgl. Glaser, Handbuch des StP Bd.I S.548 Anm.19: "ein Bruch des Prinzips der freien Beweiswürdigung".

3) RGStr 28,8 [10] sagt: in § 55 (56) werde die eidliche Versicherung des Zeugen für "schlechthin genügend" erklärt, was mindestens unklar ist.

Hauptverhandlung erhobenen Schuld- und Strafbeweise. Also von dem, was ich den Strengbeweis nenne. Er will nicht gelten und kann, so wie er lautet, nicht gelten für alle Fälle des Freibeweises, einschließlich der Glaubhaftmachung. Es ist undenkbar, sich bei Würdigung eines Freibeweises sich auf den "Inbegriff der Verhandlung" zu beschränken. Denn hier findet eine Verhandlung im Sinne von § 260 (261) überhaupt nicht statt. Was beim Freibeweise wie Verhandlung aussieht, gelegentlich auch so genannt wird (§ 175 (174) Abs. 1 GVG), ist nicht Verhandlung im Sinne von § 260 (261), nämlich "Hauptverhandlung"¹, sondern nur das immer zulässige, manchmal gebotene (§ 175 (174) GVG; § 33 (33) StPO) Anhören der Beteiligten, das den Gegenstand der Beweismwürdigung nicht umgrenzt, namentlich nicht einschränkt. - Es zeigt sich also hier der erste und wesentliche Unterschied der drei Beweisarten: Das in § 260 (261) liegende, sich an den Urteiler richtende Verbot und Gebot, bei Würdigung des Beweises nichts zu benutzen, was nicht aus der (Haupt-)Verhandlung an ihn herantritt, aber dies alles zu benutzen, gilt nicht für den Freibeweis, einschließlich der Glaubhaftmachung. Dieser Unterschied wird auch, weil er aus der Natur des Freibeweises sich ergibt, in der Praxis nach Möglichkeit durchgeführt. Dabei ist freilich zuzugeben, daß das Verbot des § 260 (261), da wo es gelten will, also beim Strengbeweise, nicht so scharf erfüllt werden kann, wie es lautet. Denn eines ist unvermeidlich: was der Urteiler weiß oder zu wissen meint, das übt auf ihn seine psychische Wirkung, gleichgültig woher das Wissen ihm gekommen sein mag, und trotz seines Widerstrebens, das namentlich dann oft fehlen wird, wenn er als Laienrichter im Urteilen nicht geschult ist². Dieser erste Unterschied der drei Beweisarten ist also im wirklichen Ergebnis nicht ganz so erheblich, wie er auf den ersten Blick erscheint. - Um

1) Vgl. John aaO. Bd.III S.340.

2) Es ist hier zu erinnern an die nach § 260 (261) verbotene Verwertung des Inhaltes von nicht verlesenen Urkunden, die der Urteiler lesen mußte, um ihre Nichtverlesbarkeit (§§ 248 (249) ff.) festzustellen. Näheres darüber habe ich ausgeführt im Archiv für Strafrecht Bd.52,379 f.

mich nicht in Einzelheiten zu verlieren, lasse ich unerörtert, wie es mit der Verwertung des sog. privaten Wissens des Richters steht¹. Als Regel wird man aufstellen können; soweit das private Wissen des Richters überhaupt benutzt, oder nicht benutzt werden darf, ist dies bei allen drei Beweisarten erlaubt oder verboten. Hier besteht kein Unterschied.

IV.

Das Zivilprozeßverfahren wird beherrscht von den Grundsätzen über die Behauptungspflicht und über die Beweislast der Parteien. Davon weiß das Strafprozeßverfahren nichts, oder doch fast nichts. Was nach § 158 (160) StPO der Staatsanwaltschaft obliegt: "Den Sachverhalt zu erforschen", und zwar ohne Unterschied zwischen belastenden und entlastenden Umständen, das ist in demselben Maße Pflicht des Richters. Dieser darf also nicht schon etwa deshalb mit der Erforschung des Sachverhaltes aufhören, weil ihm Behauptungen oder Beweisanträge der Parteien fehlen, und eine Verurteilung kann z.B. dann nicht ohne Erfolgsaussicht angefochten werden, wenn in den Gründen über Notwehr nur gesagt wird, der Angeklagte habe Notwehr nicht geltend gemacht, deshalb brauche auf den § 53 StGB nicht eingegangen zu werden. Und wenn von irgend einer Seite Behauptungen oder Beweisanträge zur Belastung oder Entlastung aufgestellt worden sind, so dürfen solche nicht lediglich deshalb beiseite geschoben werden, wenn und weil sie unklar oder unverständlich sind. Der Richter hat auch hier immer wie das Recht so die Pflicht, zu fragen, damit Sinn und Bedeutung der Erklärungen ermittelt werden. Erst wenn seine Aufklärungsversuche erfolglos geblieben sind, darf er von weiteren Schritten auf dem nun aussichtslosen Wege Abstand nehmen. Alles dies ist allgemein bekannt und vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen, namentlich für Schuld-, Antrags-, Verjährungs- und Amnestiefragen, gebilligt, so daß ich hier weitere Ausführungen unterlasse. - Diese "Ermittlungspflicht" des Richters besteht für das gesamte Gebiet

1) Darüber Stein, Privates Wissen des Richters.

des Haupt- (Schuld- und Straf-) Beweises, wie auch für das des Freibeweises. Sie erstreckt sich aber nicht auf das Gebiet der Glaubhaftmachung. Das ergibt die Fassung des Gesetzes unmittelbar und mit Ausschluß jedes Zweifels. Wo die StPO von Glaubhaftmachung spricht (Ablehnungsgesuche: §§ 26 (26), 31 (31), 74 (74); Verweigerung eines Zeugnisses oder Gutachtens: §§ 55 (55), 76 (76), 72 (72); Wiedereinsetzungsgesuche: § 45 (45)), verlangt es, daß der "Grund", d.h. eine Tatsache behauptet, und ferner, daß diese Tatsache "bewiesen" ("glaubhaft gemacht") werde, beides durch denjenigen, welcher ablehnt, oder verweigert, oder die Wiedereinsetzung erstrebt. Also hier besteht wie die Behauptungspflicht so die Beweislast. Das entscheidende Gericht wird, wenn die Behauptungen genügen, den Antrag zu begründen, die von dem Antragsteller vorgelegten Beweismittel zu prüfen haben und, je nachdem es dann glaubt oder nicht glaubt, wird es nun entscheiden. Der Richter ist nicht verpflichtet, über den Kreis der behaupteten Tatsachen und vorgelegten Beweismittel hinauszugehen¹. Er darf, was außerhalb dieses Kreises liegt, unbeachtet lassen; er braucht nicht jedem anderen Wege, der vielleicht zur Aufklärung führen könnte, spürend nachzugehen. Deshalb ist das Wort, die Glaubhaftmachung sei "nur halber Beweis", oder sie sei "nur Bescheinigung", schließlich doch in gewissem Sinne wahr. Freilich in einem ganz anderen Sinne, als das Wort gewöhnlich gebraucht wird. - Von irgend erheblicher Bedeutung für das Verfahren im ganzen ist auch der hier aufgezeigte zweite Unterschied der Beweisarten offenbar nicht. Sind doch von den Fällen der Glaubhaftmachung überhaupt einigermaßen häufig nur diejenigen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44 (44) ff.). Dazu kommt für die anderen Fälle noch mancherlei anderes, das geeignet erscheinen kann, die Bedeutung des Glaubhaftmachungsbeweises abzuschwächen. Ehe

1) Eine Ausnahme mag vorhanden sein: wenn ein Zeugnis oder Gutachten verweigert wird; dann kann der Richter (nach §§ 55 (55), 76 (76)) den Zeugen (Sachverständigen) auffordern, seinen Weigerungsgrund eidlich zu versichern. Das kann auch dann geschehen, wenn der Eid als Glaubhaftmachungsmittel nicht benannt war.

das Gericht zur Vernehmung eines Zeugen schreitet, muß es sich mit der Frage abfinden, und zwar nach den Regeln des Freibeweises, ob der Zeuge zeugnispflichtig ist, d.h. ob nicht etwa einer der Weigerungsgründe des § 51 (52) gegeben ist; denn das Gericht muß nach § 51 (52) Abs.2 bei Bejahung dieser Fragen zur Verweigerung berechtigten Zeugen vor der Vernehmung über sein Schweigerecht belehren. Zu einer Glaubhaftmachung gemäß § 55 (56) kommt es nun gar nicht mehr. Auch dann nicht, wenn der Zeuge sich auf § 51 (52) beruft und schweigen will. Denn das Gericht nimmt ja nach dem Ergebnis des schon von Amts wegen erhobenen Freibeweises das Schweigerecht als vorhanden an. Hat aber der Freibeweis das Gegenteil ergeben, so kommt es meist wieder nicht zur Glaubhaftmachung, weil nun das Gericht sagen wird, die Behauptungen des Zeugen seien schon widerlegt. Die Rechtslage ist allerdings anders, wenn die Zeugnisweigerung auf § 52 (53) oder § 54 (55) gestützt wird; sie ist aber ähnlich wie die Rechtslage bei einer auf § 22 (22) sich gründenden Richterablehnung, wo das Gericht schon vor der Ablehnung nach Freibeweisgrundsätzen geprüft haben muß, ob etwa ein Gerichtsmitglied kraft Gesetzes von der Mitwirkung bei der Entscheidung ausgeschlossen ist (§§ 23 (23) f.). Näher möchte ich hier auf Einzelheiten nicht eingehen. Ich habe auf dies alles nur hingewiesen, weil schon so die Frage sich aufdrängt, ob die Glaubhaftmachung in der künftigen StPO beibehalten werden soll¹. Ich möchte diese Frage verneinen und bemerke dazu noch folgendes: Wie ich schon sagte, ist der einzige für die Praxis einigermaßen wichtige Fall der Glaubhaftmachung unserer StPO der der Glaubhaftmachung eines Wiedereinsatzgrundes (§ 45 (45)). Hier ist eine Entscheidung unanfechtbar geworden durch Ablauf einer Prozeßfrist. Wenn aber gewisse Tatsachen bewiesen ("glaubhaft gemacht") werden, so ist die Entscheidung wieder anfechtbar. Man verlangt also, ehe dies eintreten kann, von dem

1) Der "Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen" von 1919 (vgl. z.B. §§ 18,20,55,75,97) kennt die Glaubhaftmachung. Ebenso der "Entwurf einer StPO" von 1908 (vgl. z.B. §§ 18,20,25,40,51,70).

Antragsteller nicht nur Behauptungen, sondern auch deren Beweis. Ganz ähnlich und doch grundsätzlich anders steht es bei Anträgen auf Wiederaufnahme des Verfahrens. Auch hier kommt es darauf an, daß eine rechtskräftige Entscheidung wieder aufhebbar wird, wenn gewisse Tatsachen gegeben sind (§§ 399 (359), 401 (361)). Diese müssen also von dem Antragsteller zunächst behauptet werden. Aber ihre Glaubhaftmachung wird dem Antragsteller nicht auferlegt (§§ 408 (368) ff.), obwohl doch die Wiederaufnahme einen tieferen Eingriff in den gewöhnlichen Rechtsgang bedeutet als die Wiedereinsetzung. Wer Wiederaufnahme - das Mehr - erstrebt, braucht also seinerseits weniger zu tun als wer Wiedereinsetzung - das Weniger - erstrebt. Warum dieser Unterschied, und zwar gerade zu Lasten des Wiedereinsetzungsantrags ist nicht erkennbar. Streicht man in § 45 (45) Abs.1 die Worte "und Glaubhaftmachung", so gilt für § 45 (45) dasselbe, was für §§ 399 (359) ff. als ausreichend anerkannt ist; d.h. der Antragsteller braucht hier wie dort nur zu behaupten und dann gelten die Freibeweisvorschriften. Mit anderen Worten: es besteht dann die richterliche Ermittlungspflicht auch bei § 45 (45). - In ähnlicher Weise könnten und sollten die übrigen Glaubhaftmachungsfälle beseitigt werden.

Im weiteren Fortgange dieser Arbeit lasse ich die Glaubhaftmachung ganz bei Seite und spreche nur noch von Strengbeweis und Freibeweis.

V.

Schon oben (Nr.I) habe ich angedeutet, so der Hauptunterschied zwischen Strengbeweis und Freibeweis liegt. Es lohnt sich, die kennzeichnenden Unterscheidungsmerkmale nunmehr einander gegenüberzustellen, ganz kurz, ohne jede Begründung und mit Weglassung aller Ausnahmen.

a) Für den Strengbeweis, der zum Gegenstand die Schuld- und Straffrage hat, gelten die in §§ 243 (244) ff. für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung 1.Instanz aufgestellten Verfahrensregeln.

b) Feststellungen, die der Richter 1.Instanz auf Grund einer

Strengbeweisaufnahme ohne Rechtsirrtum getroffen hat, sind für den Richter 2. Instanz bindend und in diesem Sinne unanfechtbar.

c) Beim Freibeweis, dessen Gegenstand immer eine Prozeßfrage ist, gilt freies richterliches Ermessen für Form und Umfang der Beweisaufnahme.

d) Feststellungen des Richters 1. Instanz, die auf Grund einer Freibeweisaufnahme getroffen worden sind, binden den Richter 2. Instanz nicht; sie sind, auch wenn nicht rechtsirrtümlich, regelmäßig anfechtbar schon auf Grund der Behauptung, daß das Festgestellte tatsächlich unrichtig sei.

Zur Vervollständigung sei hinzugefügt:

e) Strengbeweise erhebt nur der Richter 1. Instanz, Freibeweise auch der Richter 2. Instanz.

Und endlich ist (nach Nr. III) zu wiederholen:

f) Für die Beweiswürdigung gilt bei beiden Beweisarten freies richterliches Ermessen. Hier besteht kein Unterschied.

VI.

Ich gehe davon aus, daß der Satz Va richtig ist und auch allgemein als richtig anerkannt wird. Darum habe ich auch für denjenigen Beweis, welcher den Mittelpunkt des ganzen Strafverfahrens bildet, den Namen Strengbeweis wählen können¹. - Was die strengen Regeln im einzelnen bedeuten, ist auch für solche, die den mehr als 40 Jahre dauernden Forschungen der Wissenschaft und Rechtsprechung zu folgen sich bemüht haben, durchaus nicht sicher. Die Schuld liegt im Gesetze. Einer der Hauptgründe ist folgender: Der § 244 (245) Abs. 1 befiehlt, bei Strafe der Nichtigkeit des Urteils, die Erhebung aller herbeigeschafften Beweise. Es versteht sich, daß dieser Befehl sich nicht bezieht auf solche Beweise, deren Erhebung verboten ist. Die Erhebung verbotener Beweise steht wieder unter Androhung der Nichtigkeit. So geht der Weg auf scharfem Grat zwischen Befehl rechts und Verbot links. Man sollte nun meinen, daß das Gesetz neben seinem

1) Daß und weshalb die strengen Regeln von §§ 243 (244) ff. nicht auch für das Gebiet des Prozeßbeweises gelten, nur für den des Hauptbeweises über die Schuld und Strafe, darüber später.

umfassenden und im großen und ganzen auch klaren Befehl in § 244 (245) ebenso deutlich auch das Verbot durch umfassende und klare Bezeichnung der verbotenen Beweiserhebungen aussprache. Wir alle wissen und beklagen, daß diese selbstverständliche Forderung nicht erfüllt ist. Das zeigt sich z.B. beim Urkundenbeweis. Allerdings wird uns gesagt, wie ein Urkundenbeweis zu erheben ist: § 248 (249) Satz 1: "verlesen". Aber eine allgemeine Vorschrift, welche Urkunden verlesen werden dürfen, fehlt. Das Gesetz gibt nur Beispiele, wann die Verlesung nicht erlaubt sein soll, und unter seinen Aussprüchen hierüber (§§ 249 (250) ff.) findet sich einer, der voll von immer noch ungelösten Rätseln ist. Ich meine den § 249 (250). - Ein zweiter Hauptgrund für die Unsicherheit der Rechtsanwendung ist vielleicht noch wesentlicher als jener erste: Nirgends gibt die StPO eine allgemeine, deutliche Vorschrift über die Frage, wie denn eigentlich der Umfang der Beweisaufnahme bestimmt wird. Nun ist eins ja sicher: Da es sich hier um Schuld und Strafe handelt, so ist alles, was außerhalb des Gebietes der Schuld- und Straffragen liegt, für die Beweisaufnahme wie nicht vorhanden. Aber mit dieser theretischen Grenzbestimmung ist im Einzelfalle nicht aufzukommen. Es ist schlechthin unausführbar, die Ermittlungs- und Beweiserhebungspflicht des Richters auf alles das auszudehnen, was denkbarerweise für die Entscheidung über Schuld und Strafe wichtig werden kann. Dann wäre des Verhandeln und Beweisens kein Ende. Es sollte danach ein Mittel vorhanden sein, die Beweisaufnahme auf die praktisch wichtigen Tatsachen des Einzelfalles zu beschränken. Und dies Mittel wäre nur darin zu finden, daß man dem Gerichte die Befugnis gibt, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen. Das Reichsgericht hat in seiner allerersten Zeit gemeint, diese Befugnis sei - als selbstverständlich - vorhanden. Denn es sagt in RGSt 1,62: "Daß über den Umfang der Beweisaufnahme das Gericht zu befinden und von ganz zwecklosen Erhebungen Umgang zu nehmen hat, liegt so sehr im Wesen einer gesunden Strafrechtspflege begründet, daß es einer ausdrücklichen Aufnahme dieses Grundsatzes in der Strafprozeßordnung gar nicht bedurfte." Dasselbe scheint auch

gemeint zu sein in dem fast gleichzeitig ergangenen Urteile RGSt 1,138, wo ausgeführt wird, daß das erkennende Gericht (es war eine Strafkammer) nicht "lediglich" nach freiem Ermessen über den Umfang der Beweisaufnahme zu entscheiden habe; das folge aus §§ 244 (245), 245 (246); aber "bezüglich der Beurteilung der Notwendigkeit und Angemessenheit der Ausdehnung einer Beweisaufnahme auf die Vernehmung nicht vorgeladener ... Zeugen unterwerfe das Gesetz das richterliche Ermessen keiner Beschränkung"; habe das Gericht die Überzeugung gewonnen, "daß die Aussage der Zeugen, selbst wenn sie die Behauptung des Antrages bestätigen sollten, ohne Einfluß auf die Entscheidung der Schuldfrage bliebe", so sei es zulässig, die Vernehmung solcher Zeugen abzulehnen. Später hat das Reichsgericht dies meines Wissens niemals in auch nur annähernd ähnlicher Weise wiederholt. Die Rechtsprechung unseres Obergerichtes hat vielmehr schon lange dazu geführt, daß die Gerichte 1. Instanz nach einem ganz anderen Grundsatz verfahren: Das Gesetz zwingt, "den Beweis in dem von den Prozeßbeteiligten gewollten Umfange zu erheben"¹. So ist das Reichsgericht von den Richtern der Praxis verstanden worden und das Verfahren gestaltet sich nun tatsächlich nach folgenden Regeln: 1. alle zur Hauptverhandlung herbeigeschafften Zeugenbeweis usw. müssen ohne weiteres erhoben werden; 2. allen erheblichen Beweisanträgen, namentlich allen erheblichen Zeugenbeweisanträgen muß stattgegeben werden.

Aus Satz 2 folgt dann unmittelbar, daß die Partei durch ihre Anträge den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt². - Anerkannt ist, daß dieser Satz 2 einige Ausnahmen hat, die aber freilich in Wirklichkeit keine Ausnahmen sind. Erstens: wenn der Beweisantrag gestellt wird nur zur Verschleppung³ der Sache:

1) Löwe StPO Anm. 1 zu § 244 (245).

2) Außer in Schöffengerichtssachen: § 244 (245) Abs. 2.

3) Der Verschleppungszweck bildet nur den Hauptfall. Es gibt auch andere Zwecke, die den Antrag ebenso verwerfbar machen. Ich habe es erlebt, daß der vorgeschlagene Zeuge im Zuhörerraum anwesend war. Es wurde aber sofort dargetan, daß der Angeklagte die Vernehmung nur wollte, um den Zeugen unter Eid zu einer ihm

dann darf er zurückgewiesen werden; denn hier handelt es sich um einen Antrag, der nur der Form nach ein Beweisantrag ist. - Ferner: wenn die Beweisbehauptung schon bewiesen ist oder als bewiesen (als wahr) unterstellt wird. Es fehlt dann dem Antrage die Eigenschaft der Erheblichkeit: Die Beweisaufnahme ist überflüssig; was durch sie erreicht werden soll, ist schon erreicht¹. - Weiter: wenn die Beweismittel ungenügend bezeichnet oder aus anderem Grunde für das Gericht nicht erreichbar sind (z.B. "Zeuge Lehmann in Berlin"; dauernder Verschuß des Auslandes in Kriegszeiten), dann gilt, daß Unmögliches nicht gefordert werden kann. - Endlich: Die Beweiserhebung hat schon stattgefunden; z.B. das durch einen ersuchten Richter beschaffte Zeugenvernehmungsprotokoll ist in der Hauptverhandlung bereits verlesen worden und der Beweisantrag geht nun dahin, den Zeugen nochmals, persönlich, in der Hauptverhandlung abzuhören. Wiederholungen sind ablehnbar. - Alles das sind ersichtlich keine Ausnahmen von unserem Satze 2, wenn dieser richtig verstanden wird. Eine wirk-

geschäftlich nachteiligen Aussage zu zwingen. Die Ablehnung erfolgte mit Recht, obwohl die Vernehmung ohne Verschleppung der Sache hätte erfolgen können.

1) Hier ist für das Schwurgerichtsverfahren einzuschalten, daß diese Begründung nicht ohne Bedenken ist. Das Gericht sagt, die Beweistatsache sei schon bewiesen oder sie solle als wahr unterstellt werden. Davon müssen dann auch die Geschworenen bei ihrem Spruch ausgehen und der Vorsitzende mag ihnen diese Pflicht klarmachen. Ob sie aber den ihnen gewiesenen Weg gehen, ist nicht selten aus ihrem Spruch nicht mit Sicherheit zu erkennen. Dann hilft sich das Reichsgericht wohl mit Wendungen wie: "es erhellt nicht, daß die Geschworenen die Zusage des Gerichts nicht erfüllt haben". Und daran wäre dann nur das wenig Befriedigende der Lösung zu tadeln. Denn es liegt auf der Hand, daß durch die zweifache Verneinung die einfache Bejahung nicht voll ersetzt werden kann. Die hier offenbar vorhandene Schwierigkeit kann, wenn nicht aufgehoben, so doch vermindert werden, dadurch, daß der Vorsitzende vor Verkündigung einer Zusage die Geschworenen befragt, ob sie den Beweisstandpunkt des Gerichts für zutreffend halten, und daß dann nur bei bejahender Antwort die Zusage erfolgt. Dies Verfahren ist zwar formlos, aber nicht gegen die Prozeßordnung und nach meiner Erfahrung zweckmäßig.

liche Ausnahme scheint mir aber jetzt das Reichsgericht aufzustellen, indem es bei mehrfachen Entscheidungen die Ablehnung eines Beweisantrages billigt, "wenn an der völligen Wertlosigkeit des angegebenen (neuen) Beweismittels für den Richter kein Zweifel bestehen kann" (RGSt 46,383 (385); ähnlich 52,178). Darüber werde ich später noch einiges zu sagen haben. Hier nur der kurze Hinweis, daß die Praxis mit unserem Satz offenbar nicht ausgekommen ist, und daß das Reichsgericht, dies erkennend, den notleidenden Untergerichten helfend beigetreten ist. Ein Zurückklennen nach dem Anfangsstandpunkte zu, wie er in RGSt 1,62 und 138 gekennzeichnet ist, wird deutlich fühlbar. - Auch bei Satz 1 pflegt man von Ausnahmen zu sprechen, die aber wiederum wirkliche Ausnahmen von § 244 (245) Abs.1 nicht sind. Handelt es sich um Zeugen oder Sachverständige, die in der Hauptverhandlung zur Vernehmung bereitstehen, so ist das Gericht zur Vernehmung nur dann ohne weiteres gezwungen, wenn die Personen auf Vorladung anwesend sind. Der Zwang fällt weg, wenn sie nur "gestellt" waren. Dies folgert man aus dem Wortlaute des Gesetzes¹.

Die Rechtsprechung des Reichsgericht hat in dieser Beziehung auch niemals geschwänkt. Nicht ganz so fest ist sie gewesen in einer anderen Richtung. Nämlich bezüglich der herbeigeschafften Urkunden. Hier hat sich aber im Laufe der Zeit die Meinung herausgebildet, daß eine in der Hauptverhandlung vorliegende Urkunde als "herbeigeschaffte" erst dann gelten könne, wenn "ein Prozeßbeteiligter dem Gericht in der Hauptverhandlung den Willen zu erkennen gibt, also beantragt, daß sie als Beweismittel benutzt werden solle, sei es zur Erbringung eines Urkundenbeweises, sei es zur Einnahme des Augenscheins" (RGSt 41,13). Ohne einen solchen Antrag sei die Unterlassung der Beweiserhebung

1) Ob man bei Schaffung des § 244 (245) der Bedeutung des Wortes "vorgeladenen" sich bewußt gewesen ist, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls hält sich die Praxis der Untergerichte, dem Reichsgerichte folgend, an dieses Wort, ohne, soviel ich sehe, zu fragen, warum denn eigentlich der Vorgeladene anders behandelt werden soll, als der bloß Gestellte.

nicht zu beanstanden. Hier trete ich im Ergebnisse dem Reichsgericht bei. Freilich nicht der reichsgerichtlichen Begründung, die ich dahin verstehen muß: herbeigeschafft im Sinne des § 244 (245) ist eine Urkunde nicht schon dann, wenn sie in der Hauptverhandlung dem Gerichte vorliegt, so daß dieses nur zuzugreifen braucht und die Beweiserhebung (Verlesung? Augenscheinseinnahme?) ohne weiteres erfolgen kann, sondern erst dann, wenn in der Hauptverhandlung ein Antrag gestellt wird, aus dem erkannt werden kann, daß und wie die Urkunde als Beweismittel benutzt werden soll¹. Dies ist zu beanstanden. Denn das Wort "herbeigeschafft" ist nur eine Ortsbezeichnung, in der nichts von einer Antragsvoraussetzung zu finden ist. Aber das Reichsgericht hat trotzdem im Ergebnis recht. Denn das Gesetz spricht hier von "Beweismitteln". Eine Person (Zeuge, Sachverständiger) ist nicht schon deshalb Beweismittel, weil er befragt werden und auf Fragen antworten kann. Und ebensowenig ist es eine Urkunde schon deshalb, weil sie gelesen oder verlesen und so ihr Inhalt kundgegeben werden kann. Daraus folgt höchstens, daß diese Person oder dieser Gegenstand einmal Beweismittel zu werden geeignet ist: Beweismittel in dieser Untersuchungssache! Darauf kommt es dem § 244 (245) an. Und das tritt erst ein, sobald entweder durch begleitende Umstände oder durch eine ausdrückliche Erklärung ("Antrag") klar gestellt wird, nicht nur daß, sondern auch wie und was durch diese Person oder Sache bewiesen werden soll. Alles dies Dreies ist nötig. Denn selbst wenn man weiß, daß z.B. eine dem Gericht vorgelegte Urkunde in der Beweisaufnahme verwendet werden soll, so weiß man noch nicht, ob sie verlesen, oder ob ihre Schriftzüge etwa chemisch untersucht oder bei einer Schriftvergleichung benutzt werden sollen. Und vor allem weiß man noch nicht, was durch sie bewiesen werden soll. Das Gesetz kann nicht meinen, daß das Gericht verpflichtet sein solle, Hand-

1) Dem würde gleichstehen, - obwohl RGSt 41, 13 anderer Ansicht zu sein scheint, -, daß dieser Antrag schon vor der Hauptverhandlung gestellt worden ist. Weiter ist mir sicher, daß beim Fehlen des Antrages oder bei dessen Unklarheit die richterliche Fragepflicht einzugreifen hat.

lungen vorzunehmen, die zwar äußerlich den Eindruck machen mögen, als ob sie Beweiserhebung wären, die aber in Wirklichkeit eine Beweiserhebung in dieser Sache gar nicht sind, weil ein für diese Sache erhebliches Beweisthema nicht bekannt gegeben wird, oder weil das bekanntgegebene Beweisthema für die hier vorliegende Schuld- und Straffrage bedeutungslos ist. - Schon hiermit glaube ich meine¹ Stellung zu Satz 1 (oben S.18) ausreichend gekennzeichnet zu haben. Es scheint mir aber nicht unzweckmäßig zu sein, auf das Verhältnis des § 244 (245) Abs.1, der ja neben den Zeugen die Sachverständigen ausdrücklich erwähnt, zum Sachverständigenbeweise noch ausdrücklich einzugehen, weil hier meine Auslegung des "Beweismittels" im Sinne des § 244 (245) als richtig augenfällig wird. Die Erhebung eines Sachverständigenbeweises kann nur dann in Angriff genommen werden, wenn eine erhebliche Beweisfrage vorliegt, zu deren Beantwortung eine besondere Sachkunde bei dem Befragten gehört.

1) Neuerdings hat das Reichsgericht (II.Strafsenat) in einem Urteile (1.Instanz) vom 16.7.1921 gelegentlich und ohne weitere Begründung folgendes erklärt: "Ohne Belang für die Schuldfrage sind die von der Verteidigung unter Beweis gestellten Behauptungen darüber, daß ... Der Vorsitzende des Senats hatte es abgelehnt, die hierfür benannten Zeugen zu laden. Die Verteidigung hat sie daher unmittelbar geladen. Nach gesetzmäßiger Vorschrift (§ 244 (245) StPO7 war das Gericht daher genötigt, sie zu vernehmen" ... und es ergibt sich weiter, daß die Vernehmung auch stattgefunden hat. Das ist also geschehen, obwohl der Senat sich bewußt war, daß das ihm bekannte Beweisthema "für die Schuldfrage ohne Belang war". Von der Straffrage ist nicht ausdrücklich die Rede. Ich entnehme aber aus den weiteren Urteilsausführungen, daß der Senat hat sagen wollen, die Behauptungen der Verteidigung seien für die ganze Schuld- und Straffrage ohne Bedeutung gewesen. Die Vernehmung war also für die Entscheidung überflüssig. Daß sie trotzdem erfolgte, geschah nur wegen der "gesetzlichen Vorschrift" des § 244 (245), über die das Reichsgericht, wie man deutlich heraushört, sich beklagt. Ich habe oben im Text gesagt, daß und weshalb ich diese Klage für unberechtigt halte und daß das Gesetz nicht so schlecht ist, wie das Reichsgericht meint. Gehörte das Beweisthema nicht "zur Sache", so waren die herbeigeschafften Personen nicht Zeugen "in dieser Sache", also hier nicht Beweismittel und das Gebot des § 244 (245) galt deshalb nicht.

Hier ist es also ganz sicher, daß das Gericht, ehe es mit der Vernehmung beginnt, wissen muß: nicht nur: was soll gefragt werden, sondern auch: ist die Frage eine Sachverständigenfrage? Aber auch das genügt noch nicht. Das Gesetz kann unmöglich fordern, daß das Gericht mit der Vernehmung eines auf seiner Ladung als "Sachverständiger" Bezeichneten auch nur beginne, bevor klar gestellt ist, daß er auch wirklich ein Sachverständiger ist, d.h. daß er Sachkunde besitzt, und zwar gerade diejenige Sachkunde, welche ihn befähigt, dem Richter bei Beantwortung der hier in dieser Sache aufgeworfenen Beweisfrage zu helfen. Handelt es sich also etwa darum, ob ein schwerer operativer Eingriff nach den Regeln der Chirurgie kunstgerecht ausgeführt sei, so ist, bevor beeidigt und bevor gefragt wird, festzustellen, daß der erschiene Dr.-Psychiater auch Chirurg ist. Und ergibt sich, daß er eben nur Psychiater ist, so kann § 244 (245) Abs.1 auf ihn nicht angewendet werden. Denn er ist hier nicht Sachverständiger, nicht Beweismittel im Sinne dieser Vorschrift. Dann kann also auch eine Revision, die nur darauf gestützt wird, daß der Dr.-Psychiater nicht vernommen sei, keinen Erfolg haben. - Natürlich wird man im regelmäßigen Laufe des Verfahrens, schon um Zeit, Arbeit und Kosten nicht nutzlos zu vertun, bereits dann, wenn ein als Sachverständiger Geladener vor den Richtertisch tritt, aufgeklärt haben, und wissen, worüber das Gutachten erhoben werden soll und daß der Erschienene hierfür sachkundig ist. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist so selbstverständlich, daß sie kaum jemals zur Sprache kommt. Ist die Voraussetzung aber nicht erfüllt, wird also etwa die Sachkunde von irgend einer Seite bestritten, oder ist sie z.B. im Falle der unmittelbaren Ladung dem Gerichte nicht bekannt, so bleibt nichts übrig, als Ermittlungen (und zwar im freibeweislichen Verfahren) anzustellen und je nach ihrem Ergebnis darüber zu befinden, ob die Vernehmung stattfinden darf und muß. Weiter freilich wird man angesichts des Wortlautes von § 244 (245) Abs.1 nicht gehen dürfen; man wird namentlich das herbeigeschaffte Beweismittel nicht unbenutzt lassen können mit der Begründung: das Beweisthema sei schon erwiesen und die weitere Beweiserhebung sei

deshalb überflüssig¹. - Immerhin zeigt sich, daß der § 244 (245) Abs.1, wenn man ihn richtig auslegt und handhabt, durchaus die Möglichkeit bietet, etwaige Versuche, dem Gerichte Scheinsachverständige aufzudrängen, zu vereiteln und der Gefahr zu entgehen, die offensichtlich (namentlich beim Schwurgericht) in der Vernehmung Sachkundiger liegen würde. So erkennt man, daß einerseits das Gericht einer möglichen Parteiwillkür nicht völlig hilflos durch § 244 (245) Abs.1 ausgeliefert und daß andererseits von der Partei nur das gefordert wird, was, falls sie loyale Zwecke verfolgt, eigentlich sich von selbst versteht und sie in keiner Weise beschwert. -

Es bleibt weiter die Frage zu erörtern, wie man sich zu dem Satz 2 (auf Seite 18) zu stellen hat: daß allen Beweisanträgen stattgegeben werden muß, sofern sie die Schuld- oder Straffrage betreffen, ernstlich auf Beweis abzielen und nicht durch Wahr- unterstellung des Beweisthemas überflüssig werden. Dahin geht die Rechtsprechung des Reichsgerichts, deren Sinn man richtig trifft, wenn man sagt: der Umfang der Beweisaufnahme wird bestimmt durch die Beweisanträge der Parteien. Die Bedeutung dieser Regel kann nicht sein, daß die Parteienanträge bestimmten, worüber Beweis zu erheben sei. Denn die Tatsachen, die, wie für das Urteil, so auch für das Beweisverfahren wichtig sind, ergeben sich aus der in der Anklageschrift bezeichneten Tat selbst (vgl. § 263 (264) Abs.1). Das so umgrenzte Tatsachengebiet ist das des Hauptbeweises, d.h. des Schuld- und Strafbeweises. Auf dieses ganze Gebiet, aber nur auf dieses, erstreckt sich die Ermitt-

1) Aber überflüssige Beweise sollte das Gesetz nicht anbefehlen und besonders sollte dies von überflüssigen Eiden gelten! Also bleiben Zweifel, die sich verstärken, wenn folgendes erwogen wird: Eine Revision stützt sich darauf, daß ein herbeigeschafftes Beweismittel ungenutzt geblieben sei. Das Revisionsgericht muß den Verstoß gegen § 244 (245) Abs.1 als vorliegend anerkennen und es steht nun vor der Frage, ob das Urteil auf diesem Fehler beruht (§ 375 (336)). Die Verneinung und damit die Verwerfung des Rechts. mittels sollte erlaubt sein, wenn das Gericht 1. Instanz seine Unterlassung darauf gegründet hat, daß das Beweisthema als wahr unterstellt werden solle und wenn diese Zusage erfüllt worden ist.

lungspflicht des Richters. Es ist nicht denkbar, daß er es nach seinem freien Ermessen irgendwie einschränken dürfe, aber auch nicht, daß Parteianträge die Gebietsgrenzen erweitern könnten. Das ist durchaus sicher und eine weitere Ausführung in dieser Richtung kann ich mir wohl ersparen. In jener Regel¹ ist daher unter "Umfang der Beweisaufnahme" nur zu verstehen das Wieviel der zu erhebenden Beweise. Die Bedeutung ist also, daß der Richter auf dem festumgrenzten Gebiete des Hauptbeweises so tief zu graben habe, wie dies die Parteianträge fordern. Diesen Satz halte ich für falsch und ich stelle die Behauptung auf, daß der Richter, vorbehaltlich der Ausnahme des § 244 (245) Abs.1, grundsätzlich befugt ist, mit seiner Ermittlungstätigkeit nach seinem freien Ermessen dann aufzuhören, wenn er erkennt, daß eine weitere Beweisaufnahme überflüssig ist. Allerdings ist daran nicht zu zweifeln, daß man über einen Beweis erst dann urteilen kann, wenn man ihn erhoben hat. Das sogenannte Verbot der Beweisantizipation, das man hieraus mit Recht ableitet², ist ebenso allgemein³ gültig, wie es allgemein und ohne Ausnahme zutrifft, daß man über den Geschmack einer Speise nicht urteilen

1) Ebenso wie z.B. in § 10 der Verordnung vom 27. November 1919 (RGBl. S. 1909) über Wuchergerichte: "den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Wuchergericht nach freiem Ermessen".

2) Obwohl die StPO über das Verbot nichts sagt. Dieses Verbot gilt auch neben und trotz dem § 10 der VO. über Wuchergerichte!

3) In RGSt 52, 178 billigt das Reichsgericht die Ablehnung eines Beweisantrages, weil der Zeuge schon in einem anderen Verfahren anders ausgesagt habe. Hier tritt zutage, daß das Reichsgericht neuerdings (das Urteil ist vom 5.3.1918) geneigt scheint, in der von mir gebilligten Richtung vorzugehen. Es verweist dabei auf RGSt 5, 312; 31, 138; 47, 100 [1057]; RGRsp 4, 633; 9, 164 und erklärt, daß das Verbot der Antizipation nicht gelte, "wenn vermöge besonderer, in der Person des Zeugen liegender tatsächlichen Umstände ausnahmsweise schon vorher der gänzliche Unwert des Zeugenbeweises sicher festgestellt werden könne". Die Entscheidung selbst tadle ich nicht. Die Begründung erregt aber Bedenken, indem hier eine "Ausnahme" von dem Verbote der Antizipation zugelassen erscheint. Mir ist nicht zweifelhaft, daß es solche Ausnahmen überhaupt nicht geben kann.

kann, bevor man sie gekostet hat. Aber meine Behauptung bleibt trotzdem richtig. Wie dem Satten jede Speise widersteht, weil es ihm unmöglich ist, überhaupt noch zu essen, so tritt auch für den Richter bei der Beweisaufnahme ein Zustand der Beweissattheit ein, in dem jeder weitere Beweis, weil der Richter dafür nicht mehr aufnahmefähig ist, überflüssig erscheint und deshalb nicht mehr erhoben werden sollte. Oder nicht bloß überflüssig, sondern genauer: schädlich, da dasjenige eintritt, was man auf einem ganz anderen Gebiete jetzt als "Inflation" zu bezeichnen sich gewöhnt hat. Wann der Zustand der Sattheit eintritt, wird nach der Persönlichkeit des Richters verschieden sein; bei Laienrichtern meist eher als bei Berufsrichtern. Wer von uns hätte es nicht erlebt, daß im Schwurgerichte die Richter der Geschworenenbank überhaupt nicht mehr hinhören, wenn "herbeigeschaffte" Zeugen vernommen werden. Während dieser Zeit wird nichts gewonnen, aber die Wirkung der bis dahin erhobenen Beweise verliert sich im Sande des Überflüssigen. Und liest man die Darstellung der Beratungen in der Reichstagskommission über den § 244 (245) StPO, so findet man, daß mehrfach die Gefahr der "turba testium" und die Besorgnis vor dieser Gefahr ausdrücklich zum Ausdruck gebracht worden ist. Dies Gefühl ist vollauf begründet gewesen. Und die bei jenen Beratungen zugleich geäußerten Meinungen, "ein Gegengewicht liege darin, daß der Richter und Geschworene erfahrungsgemäß gegen denjenigen eingenommen seien, der sie durch Vorführung zahlreicher und unerheblicher Zeugen mißhandle, ... der bereitwillige Verzicht der Beteiligten auf unnötig gewordene Beweismittel sei das natürliche Korrektiv gegen nutzlose, zeitraubende Vernehmung der Zeugen", haben sich in der Praxis oft genug als hinfällig herausgestellt. - Ähnliche Erwägungen werden es gewesen sein, die das Reichsgericht in dem Urteile vom 18. Januar 1880 (RGSt 1,62) zu dem schon oben (S.17) von mir angeführten Ausspruche bewogen haben, daß über den Umfang der Beweisaufnahme das Gericht zu befinden habe. Freilich ist der rein theoretischen Betrachtung zweierlei zuzugeben. Erstens: Zwischen der unzulässigen Ablehnung, daß das Gegenteil des jetzt Behaupteten schon erwiesen

sei, und der zulässigen Ablehnung, daß weiterer Beweis entbehrlich sei, da die bisherige Beweisaufnahme den Sachverhalt genügend aufgeklärt habe, wird manchmal nur psychologisch, sachlich dagegen kaum zu unterscheiden sein; und der Antragsteller, dessen Antrag verworfen wird, hört eben nur das Nein. Aber unsere StPO vertraut, wie § 260 (261) ergibt und wie jedes moderne Gesetz es tun muß, der Gewissenhaftigkeit des Richters. Dies Vertrauen geht so weit, daß ein Antrag der äußerlich ganz wie ein Beweisantrag aussieht, zurückgewiesen werden kann und soll, - ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Beweisthemas und auf die Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme -, wenn der Richter dafürhält, der Antragsteller wolle gar nicht beweisen. Dies Vertrauen ist unentbehrlich, weil sonst eine auch nur einigermaßen straffe Durchführung des Verfahrens unmöglich wird. Unmöglich gerade gegenüber solchen Angeklagten, die erfahrungsgemäß am ehesten geneigt sind, die Hauptverhandlung, auch wenn diese noch so sorgfältig vorbereitet ist, zur Vertagung zu bringen. Es muß dem Richter, dessen Beweismwürdigung dem erhobenen Beweise gegenüber ganz frei ist, gestattet sein, ebenso frei zu entscheiden, ob der Antrag auch wirklich ein Beweisantrag ist, oder ob er es nicht ist. Das ist anerkannt. Sollte der Richter nun nicht einen Schritt weiter gehen und frei entscheiden dürfen, daß ein Antrag überflüssig ist? - Und nun das zweite Zugeständnis: Der Richter kann bei Bejahung der Überflüssigkeitsfrage irren und die Folge kann sein, daß der Schuldausspruch einen Nichtschuldigen oder einen Mindeschuldigen trifft. Das ist denkbar. Aber diese Folge kann auch eintreten, wenn der erhobene Beweis falsch gewürdigt oder der abgewiesene Antrag kein Verschleppungsantrag war. Bei keinem Strafverfahren, auch wenn es noch so sorgfältig mit Sicherungen versehen ist, sind Irrtumsfolgen dieser Art ausgeschlossen.

Alles dies sind Erwägungen von vorwiegend gesetzgeberischer Art. Der Gesetzgeber kann meinen, es sei unvermeidlich, dem Richter die freie Würdigung der erhobenen Beweise zuzugestehen; dieser erste Schritt müsse also getan werden; es sei auch nahe-
liegend, nach diesem ersten Schritte den zweiten zu tun und dem

Richter noch das freie Verfügungsrecht über den Umfang der Beweisaufnahme zu geben; so naheliegend, daß dieser zweite Schritt, wenn er nicht verboten werde, als erlaubt gelten müsse. Dagegen wird kaum etwas einzuwenden sein¹; auch das ist einleuchtend, daß das Verbot des zweiten Schrittes kein ausdrückliches zu sein brauchte, daß es auch stillschweigend erfolgen konnte. Das Reichsgericht hat, wie wir gesehen, nach anfänglichem Schwanken, aus der StPO das Verbot herausgelesen. Dabei sich hauptsächlich stützend auf die Unmöglichkeit, einen Beweis zu würdigen, ehe er erhoben; um dann später freilich, die schädlichen Folgen der richterlichen Ohnmacht erkennend, das Verbot wieder einzuschränken, und zwar schließlich in einem nicht unbeträchtlichen Umfange (RGSt. 46, 385; 52, 178; s. oben S. 20 u. 25, Anm. 3).

Angesichts dieser Sachlage ist zu fragen, was das Gesetz will, das im Gegensatz zum Entwurf einen ausdrücklichen Ausspruch

1) Heutzutage ist jeder Gesetzgeber sich durchaus bewußt, daß er als einzig mögliche Allgemeinregel für die Beweiswürdigung nur diejenige gelten lassen kann, die auf Freiheit des richterlichen Ermessens hinauskommt. Das galt schon vor 50 Jahren bei Schaffung der StPO. Nun ist freilich richtig, daß kein gesetzgeberischer Zwang besteht, neben der freien Beweiswürdigung dem Richter auch die freie Entscheidung über den Beweisumfang zu gewähren. Andererseits ist aber ebenso sicher, daß man nicht sagen darf: weil wir den Richter den Beweis schon frei würdigen lassen, dürfen wir ihm nicht auch noch uneingeschränkt nach seinem Ermessen die Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme freistellen. Wer so sagt, geht - bewußt oder unbewußt - von der Annahme aus, daß schon die freie Beweiswürdigung etwas Bedenkliches enthält und besser zu vermeiden wäre. Diese Annahme geht fehl. Niemand hat Bedenken gegen die freie Beweiswürdigung; sie ist gewählt nicht als Notbehelf, sondern als das einzig Gute. Und daher ist das, was ich oben als den zweiten Schritt bezeichnet habe, kein Schritt auf einer gefährlichen Bahn, der als doppelt bedenklich deshalb anzusprechen wäre und vermieden werden müßte, weil er die schon mit dem ersten Schritte verbundenen Gefahren weiter vermehre. Viel eher könnte man sagen: da wir mit dem ersten Schritt auf dem rechten Wege gehen, so ist zu vermuten, daß auch der zweite nicht zu tadeln ist, denn er folgt dem Wege des ersten.

vermeidet. Der Entwurf sagte in § 207: "Den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Gericht, ohne hierbei durch Anträge, Verzicht oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein." Wie daraus der § 244 (245) des Gesetzes geworden ist, brauche ich nicht mitzuteilen. Denn man kann aus den Verhandlungen herauslesen sowohl, daß der § 207 des Entwurfs grundsätzlich verworfen, als auch, daß er grundsätzlich gebilligt werden sollte. Aus dem § 244 (245) StPO, wie er dann geworden ist, ergibt sich aber deutlich die grundsätzliche Billigung. Zunächst betrachte man den Abs.2. Hier hält das Gesetz den Entwurf für die schöffengerichtlichen (usw.) Verhandlungen Wort für Wort aufrecht und es sagt damit seine Meinung: "Es geht auch so." Es geht, obwohl das sog. Verbot der Beweisantizipation auch für diese "kleineren" Sachen gilt, da es eben kein Verbot, vielmehr ein Erfahrungssatz ist, von dem wir Ausnahmen nicht kennen. Ich verweise in diesem Zusammenhang nochmals auf § 10 der VO über Wuchergerichte (s.oben S.25 Anm.1). Hier hält ein Gesetz neuester Zeit es für zulässig, daß auch bei Verhandlungen über Verbrechen das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme "nach freiem Ermessen bestimmt"¹.

Aus § 244 (245) Abs.2 in Verbindung mit Abs.1 ergibt sich ferner als sicher folgendes: Die Vorschrift des ersten Absatzes trifft nur die Verhandlungen in den "größeren" Sachen, einschließlich unserer Strafkammer- und Schwurgerichtssachen; hier soll es anders sein, als der zweite Absatz für die "kleineren" Sachen bestimmt. Weiter kommt man mit dem selten ganz unbedenklichen argumentum e contrario nicht. Insbesondere kann man aus Absatz 2 nicht folgern, daß in den Verhandlungen 1.Instanz vor den Strafkammern usw. den Umfang der Beweisaufnahme nicht das Gericht bestimme. Sonst würde sofort die neue Frage sich

1) Man wende nicht ein, dies geschehe deshalb, weil bei Wucher und Schleichhandel ein scharfes Vorgehen am Platze sei und manche sonst gebotenen Rücksichten fallen müßten. Letzteres ist richtig, kann aber nur scharfe Strafdrohungen rechtfertigen, nicht aber Vorschriften des Verfahrens, mit deren Hilfe erst festgestellt werden soll, ob Wucher oder Schleichhandel begangen worden ist.

erheben: Wer oder was ist es dann, wodurch in diesen Verhandlungen der Umfang der Beweisaufnahme bestimmt wird? Gerade auf diese Hauptfrage wird in Abs.1 eine ausdrückliche Antwort nicht gegeben. Man muß¹ die Antwort also durch Auslegung aus Abs.1 entnehmen. Wäre dies nicht möglich, dann wäre das Gesetz lückenhaft und das muß als ausgeschlossen gelten. - Den richtigen Standpunkt für die Auslegung gewinnt man durch folgendes: Der § 244 (245) gibt Vorschriften über die Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme für alle Sachen, und zwar für die kleineren (Abs.2) und für die anderen, größeren (Abs.1) Abs.2 sagt: hier solle das Gericht bei seiner Bestimmung ganz frei sein, d.h. nicht gebunden durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse. Demgegenüber bedeutet Abs.1: hier solle das Gericht bei seiner Bestimmung in einer Weise und nur in dieser einen Weise an Parteianträge gebunden sein, nämlich an diejenigen Parteianträge, die in der Herbeischaffung von Beweismitteln ihren Ausdruck gefunden haben: "Die Beweisaufnahme ist auf alle herbeigeschafften Beweismittel, wenn die Parteien nicht etwa verzichten, zu erstrecken." Daraus folgt, daß überall von der Grundregel auszugehen ist: Die Bestimmung über den Beweisaufnahmeumfang soll durchweg frei sein; bei den Fällen des Abs.1 soll diese Grundregel nur beschränkt sein durch den Zwang, jedenfalls die herbeigeschafften Beweismittel zu erheben; bei den Fällen des Abs.2 und nur bei diesen soll auch dieser Zwang wegfallen. - Das ist diejenige Auslegung, die, mindestens im Ergebnis, mit der Anfangsmeinung des Reichsgerichts (in RGSt 1,62; s.oben S,17 u. 26) übereinstimmt. Seiner späteren Ansicht gegenüber ist sofort zu fragen: wenn nicht das Gericht den Beweisaufnahmeumfang bestimmt, sondern der Parteiantrag, wozu spricht dann § 244 (245) Abs.1 überhaupt, und noch dazu mit offener Betonung von den herbeigeschafften Beweismitteln? Denn auch die nicht herbeigeschafften Beweise müssen ja, nach der späteren Reichsgerichtsmeinung, erhoben werden, nachdem

1) Denn nur § 244 (245) handelt von dem Umfange der Beweisaufnahme. Hier ist sedes materiae!

sie auf Parteiantrag durch das Gericht selbst herbeigeschafft worden sind. Eine befriedigende Antwort auf diese Frage kann weder aus dem Gesetze selbst, noch aus den uns vorliegenden Urteilen des Reichsgerichts entnommen werden. - Und weiter wird man fragen: wozu nun noch § 219 (220)? Hier wird dem Angeklagten das Recht der ~~Kennung~~ unmittelbaren Ladung abgelehnter Beweispersonen gegeben. Das ist, offenbar im Hinblick auf § 244 (245), als wertvolles Parteirecht gedacht. Man sollte also denken, daß den Angeklagten die auf unmittelbare Ladung erfolgte Herbeischaffung einer Beweisperson erheblich weiterführte, als die Stellung eines Beweisantrages auf Herbeiführung dieser Person durch das Gericht selbst. Nun ist aber der Gewinn, den der Angeklagte durch eigene Herbeischaffung eines Zeugen nach jetziger Rechtsprechung fast gleich Null und jedenfalls praktisch kaum fühlbar: Wenn der geladene Zeuge vor Gericht steht, so weiß die Partei, daß der Zeuge vernommen werden wird, auch dann, wenn das Gericht die Beweisbehauptung als wahr unterstellen wollte; ist aber der Zeuge nicht anwesend und seine Vernehmung von der Partei nur beantragt, so ist alles ebenso, nur darf das Gericht ihn bei Wahrunterstellung der Beweisbehauptung ablehnen. Sollte wegen dieses einzigen Unterschiedes der Gesetzgeber den § 219 (220) Abs.1 für nötig gehalten haben? Ich glaube es nicht und die Entwicklung rechtfertigt diesen Unglauben: Da der Angeklagte durch eine Wahrunterstellung erreicht, was er bestenfalls durch eine Beweiserhebung bewirken könnte, so begnügt er sich mit Behauptung und Beweisantrag. Denn wenn er weitergeht und von der unmittelbaren Ladung Gebrauch macht, dann weiß er, daß er zunächst einmal sichere Kosten zu tragen hat (§ 219 (220) Abs.2); ob er diese wiedererhält, ist durchaus unsicher, selbst wenn die herbeigeschaffte Person vernommen wurde (§ 219 (220) Abs.3 und die Anm. dazu bei Löwe StPO). Darum pflegt sich jetzt die Anwendung des § 219 (220) auf die leider nur seltenen Fälle zu beschränken, wo der Angeklagte - etwa weil er in Untersuchungshaft sich befindet -, ein wirklich starkes Interesse an einer Beschleunigung des Verfahrens hat und er zugleich vermögend genug ist, dies Interesse durch Aufwendung von Kosten für die

Herbeischaffung von Beweismitteln zu betätigen. Unter der Wirkung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wird also der § 219 (220) Abs.1 so gut wie wertlos. Tritt man aber den Gründen von RGSt 1,62 bei, so erweitert sich das Anwendungsgebiet des § 219 (220) bedeutend, weil der Angeklagte hoffen kann, durch das Herbeischaffen von Beweispersonen auch auf den Umfang der Beweisaufnahme fühlbar und vielleicht entscheidend einzuwirken. - Man könnte meinen, alles dies gelte nichts gegenüber dem Umstande, daß die StPO in § 245 (246) Abs.1 ausdrücklich die Ablehnung eines Beweisantrages als "zu spät vorgebracht" verbiete; denn daraus ergebe sich weiter die Unzulässigkeit einer Ablehnung mit der Begründung, daß das Gericht den beantragten Beweis schon durch Beschränkung des Umfanges der Beweisaufnahme ausgeschlossen habe; der Sache nach sage diese Begründung nichts Anderes als: der neue Antrag sei "zu spät" gestellt, nämlich nach jenem Beschränkungsbeschlusse; das eben verbiete § 245 (246). Mit anderen Worten: diese Meinung will dartun, daß das Verbot des § 245 (246) der in RGSt 1,62 vertretenen Auslegung des § 244 (245) widerstreite. Dabei wird aber übersehen, daß der § 245 (246) Abs.1 ganz allgemein sich ausspricht, also auch für die "Verhandlungen vor den Schöffengerichten" usw. Bei diesen bestimmt das Gericht nach § 244 (245) Abs.2 unzweifelhaft den Umfang der Beweisaufnahme und es ist doch daneben ebenso unzweifelhaft die Ablehnung "zu spät" nach § 245 (246) Abs.1 verboten. Jene Befugnis und dieses Verbot gelten mithin dem Gesetz als vereinbar. Die Vereinbarkeit muß daher für alle Verhandlungen vorhanden sein, auch für die der Strafkammern 1.Instanz und der Schwurgerichte. Und das ist zutreffend. Denn einen Antrag verwerfen ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, nur wegen Verspätung, ist durchaus verschieden von einer Ablehnung gerade wegen des Antragsinhaltes. Das Gesetz widerspricht sich nicht, wenn es jene Verwerfung verbietet und zugleich diese Ablehnung erlaubt¹.

1) Den § 245 (246) Abs.1 erwähnt auch das Urteil RGSt 1,62. Hier sagt der I.Strafsenat, daß "hinsichtlich der abgelehnten Zeugen dem Angeklagten nur die eigene Ladung offen gelassen ist, keineswegs

Ich habe diese Frage besonders eingehend behandelt, weil sie an sich von besonderer Bedeutung für Wissenschaft und Rechtsprechung ist, sodann und namentlich, weil - wenn man die spätere Meinung des Reichsgerichts billigt - unmittelbar ein tiefgehender Unterschied zwischen Strengbeweis und Freibeweis zutage tritt: beim Strengbeweise bestimmt das Gericht nicht¹

nach § 245 Satz 1 ihm das Recht auf Aussetzung der Hauptverhandlung durch die Befreiung der Beweisanträge von bestimmten Prozeßstadien ganz allgemein gewährleistet ist". Ob diesem nicht ohne weiteres klaren Satze ein Gedankengang zugrunde liegt, der ähnlich ist dem, was oben im Texte gesagt ist, lasse ich unerörtert. Ebenso-wenig gehe ich auf die Frage näher ein, ob der § 245 (246) Abs.1 nötig war in unserer StPO, die nirgend Fristen bestimmt für die Stellung von Beweisanträgen, nach der es also schon deshalb für solche Anträge kein "zu spät" zu geben scheint. (Anders nach § 16 (16) für den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit und nach § 25 (25) für die Ablehnung eines Richters.)

1) Nur den Sachverständigenbeweis nimmt das Reichsgericht hier aus. Es hat in fester Rechtsprechung angenommen, daß der Patrichter, wenn er sich selbst die erforderliche Sachkunde zutraut, Sachverständige überhaupt nicht zuzuziehen braucht, und daß er, wenn er ein Gutachten für nötig hält, selbständig Person und Zahl der Gutachter bestimmt. Das heißt mit anderen Worten, er entscheidet hier über das Ob und Wieviel des Beweises, über dessen Umfang, nach freiem richterlichen Ermessen. Dabei beruft sich das Reichsgericht - seinem allgemeinen Standpunkte gemäß natürlich nicht auf § 244 (245), vielmehr - ganz ständig auf § 73 (73). Aber die StPO spricht in diesem § zwar von der "Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und der Bestimmung ihrer Anzahl", nicht aber auch davon, daß der Patrichter auch sagen dürfe, - trotz aller Parteianträge - er wolle überhaupt keinen Sachverständigenbeweis erheben, er wisse selbst Bescheid und brauche keinen Gehilfen. Der § 73 (73) reicht also mindestens nicht aus, die Meinung des Reichsgerichts zu rechtfertigen. - Übrigens wird behauptet (Löwe, StPO, Anm.2a zu § 73 (73), die Nichteinholung eines Gutachtens sei "nur dann angebracht, wenn der Richter im allgemeinen (in abstracto) befähigt erscheine, die brt. Frage ohne sachverständigen Beirat richtig zu beurteilen", nicht aber, wenn "zufällig gerade die im Einzelfalle mitwirkenden Richter im Besitze der erforderlichen technischen Kenntnisse zu sein glauben". Das halte ich für falsch; "in abstracto befähigte Richter" gibt es nicht" gerade auf den einzelnen Richter und

über den Umfang der Beweisaufnahme, dieser Umfang richtet sich nach den Parteianträgen; für den Freibeweis trifft dies - anscheinend auch nach der Meinung des Reichsgerichts - nicht zu, wie oben (S.16, Nr.Vc) schon angedeutet worden ist. - Wenn aber - nach der hier vertretenen Auslegung von § 244 (245) zulässigerweise - das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme beschränkt und infolge davon dann einen Beweisantrag als diesem Beschlusse widersprechend ablehnt, so geschieht dies letztere nicht, weil bei der Beweislage, wie sie durch das bisherige Verfahren geschaffen sei, gerade der neu angebotene Beweis wertlos sei. Das würde auf eine unmögliche Abschätzung des nicht erhobenen Beweises hinauskommen, mithin unzulässig sein. Vielmehr geschieht es, weil das Gericht, da es keiner Aufklärung mehr bedarf, die weitere Beweisaufnahme, also jeden weiteren Beweis¹ als zwecklos ausgeschlossen hat. Denn tritt keine unzulässige Beweisantizipation ein, die aber unweigerlich und sofort sich zu erkennen gibt, wenn man als Grund der Ablehnung die "völlige Wertlosigkeit" des angebotenen Beweismittel bezeichnet. Und gerade dies geschieht und wird gebilligt in dem von mir bereits (oben S.20) angeführten Urteile des Reichsgerichts vom 6.Dezember 1912 (RGSt 46,383), in dem der Versuch gemacht wird, Ausnahmen² von dem Verbote der Beweisantizipation, an dem "grundsätzlich festzuhalten" sei (S.384 aa0), auf Grund einer "besonderen Sachlage" (S.386) zu rechtfertigen, wenn nämlich die beantragte Beweiserhebung "eine leere Förmlichkeit" sein würde, die "weder dem Bedürfnis der Rechtspflege noch dem richterlichen Ansehen" entspräche. Diese Begründung der Ausnahme ~~reicht aber nicht aus~~ reicht aber nicht aus. Denn man beachte, wie leicht das Gericht zu Beweiserhebungen durch § 244 (245) Satz 1 gezwungen werden kann, die "leere

auf dessen Kenntnisse kommt es an; hat er sie, so braucht er keinen Gehilfen. So ist auch RGSt 25,326 (328) zu verstehen.

1) Entweder über die Schuld- oder Straffrage im ganzen, oder über einen Teil davon.

2) Vielleicht hat aber der erkennende 2.Strafsenat gemeint, eine Ausnahme dieser Art liege hier gar nicht vor. Klar ausgesprochen wird es nicht. Die Meinung würde auch unrichtig sein.

Förmlichkeiten" darstellen, nur weil die Beweismittel herbeigeschafft worden sind! Aber weiter und vor allem: Das Reichsgericht will, das ist durchzuführen, dem Richter 1. Instanz helfen, indem es diesem gestattet, Beweise, die eigentlich, d.h. nach dem Grundsatz des Beweisantizipationsverbotes, erhoben werden müßten, ausnahmsweise nicht zu erheben. Dieser Hilfsversuch konnte nur dann gelingen, wenn dem Unterrichter für die Ausnahmen eine brauchbare feste Unterlage gegeben wurde. Das ist aber nicht geschehen. Das Reichsgericht selbst erklärt dies ausdrücklich, indem es zugibt, der Kreis der Ausnahmefälle "könne nicht scharf begrenzt werden" (S.385). So ist der Richter 1. Instanz in einer mißlichen Lage: er hört zwar, daß es Ausnahmen von dem Verbote der Antizipation gibt; er hört aber nicht, wann und ob das Reichsgericht die Sachlage des Einzelfalles als der Ausnahmeregel unterstehend anerkennen würde? Wird es ferner in der Revisionsinstanz nur prüfen, ob das Untergericht rechtlich geirrt hat? Oder wird es sich auch vorbehalten, über die Tatsachen, die dem Beschlusse der 1. Instanz zugrunde liegen, und über deren Beweis neu zu entscheiden? Bei dieser vielfachen Ungewißheit kann der Hilfsversuch des Reichsgerichts keine wirkliche Bedeutung für das Verfahren der 1. Instanz gewinnen. Der Unterrichter wird sich sagen: Revisionsgründe darf ich nicht schaffen. Darum wird er den beantragten Beweis erheben und so manchmal nicht nur Arbeit und Kosten verschwenden, sondern auch das richtige Ergebnis des ganzen Verfahrens gefährden, - obwohl er vielleicht die Beweiserhebung ablehnen dürfte. Das Vielleicht hindert. - (Vgl. RGSt 56,70,139).

VII.

Allgemein anerkannt ist der zweite meiner oben aufgestellten Sätze (Vb, S.15/16), daß Feststellungen, die der Richter 1. Instanz auf Grund einer Strengbeweisaufnahme ohne Rechtsirrtum getroffen hat, für den Richter 2. Instanz bindend und in diesem Sinne unanfechtbar sind. Man folgert dies zulässigerweise aus § 376 (337), hat aber gefragt, ob der Satz nicht gewissen Beschrän-

kungen unterliege, und diese Frage wird zu bejahen sein, oder genauer: nicht alles, was im Urteile 1. Instanz manchmal als "erwiesen" bezeichnet und deshalb "Feststellung" genannt wird, ist mit Recht so bezeichnet und genannt. Was dem Gericht allgemeine sog. Denkgesetze¹ (der Logik), Regeln der Mathematik, der Wissenschaften überhaupt sagen, ist nicht Ergebnis eines prozessualen Beweises. Solche Ergebnisse können nicht als Feststellungen im Sinne unseres Satzes gelten. Niemand wird behaupten wollen, daß Zweifel über Bestand, Wortlaut oder Sinn eines Rechtssatzes durch Beweiserhebung beseitigt werden könnten oder müßten, obwohl manchmal - namentlich, wenn es sich um Sätze ausländischen Rechts handelt - , dabei Anträge gestellt und Ermittlungen vorgenommen werden, die Beweisanträgen und Beweiserhebungen täuschend ähnlich sehen, auch wohl so genannt werden. Niemand wird meinen, daß die ohne solche oder nach solchen Ermittlungen getroffenen "Feststellungen" wirklich diesen Namen verdienen und daß sie für den Revisionsrichter verbindlich sind². - Nicht anders steht es mit den oben erwähnten Sätzen der Logik usw., besonders auch mit den Sätzen der Naturwissenschaften, obwohl es sich hier offenbar nicht um Rechtsfragen³ handelt. Das Reichsgericht hat einmal (RGSt 32,168)

1) Als Jurist täte man wohl besser, hier den Ausdruck "Gesetze" zu vermeiden. Denn es handelt sich nicht um etwas Gesetztes, sondern um etwas, das unabhängig von jeder Satzung besteht, was nicht von dem einen Gericht auf Grund seiner Beweisaufnahme so, von dem anderen Gericht auf Grund seiner Beweisaufnahme anders festgestellt werden könnte.

2) Neuerdings ist dies bei Beweisanträgen und bei Erhebungen, ob eine zugunsten des Angeklagten behauptete Amnestie-Verordnung ergangen sei, oft praktisch geworden. Vgl. RGSt 53,37,39,59,235; 54,83; namentlich aber 53,65. In diesem Urteile 53,65 sagt der Senat: die Angeklagten hätten Beweis darüber beantragt, "daß ihnen von den Volksbeauftragten, insonderheit Ebert und Scheidemann, Straffreiheit zugesichert worden sei" ... "Diese Frage konnte überhaupt nicht zum Gegenstand eines Zeugenbeweises gemacht werden".

3) RGSt 11,111 (114) legt hierauf bei der Frage, ob Elektrizität Sache i.S. von § 242 StGB sei, das Hauptgewicht und lehnt deshalb die Nachprüfung der verneinenden Feststellung ab. Das ist bald

sehr zutreffend erklärt: "Allgemeine Erfahrungssätze hat der Richter, auch wenn er, um sie zu erkennen, sich der Hilfe Sachverständiger bedient, nicht festzustellen, sondern nur anzuwenden auf die festgestellten konkreten Einzeltatsachen; nur letztere sind der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen". Hierzu sei folgendes Beispiel von mir gebildet: Das Landgericht sagt in seinen Urteilsgründen, der Angeklagte habe beim Zielen sein Ziel sehen können, denn es sei am Tage der Tat 5 Uhr morgens und schon hell gewesen, weil die Sonne bereits eine Stunde vorher aufgegangen sei. Das bindet den Revisionsrichter nicht, wenn sein (etwa aus dem Kalender geschöpftes) Wissen ihm sagt, daß am Tattage die Sonne nicht um 4 Uhr, wie das Landgericht unrichtig meinte, sondern erst um 6 Uhr aufgegangen ist.

Wir gehen davon aus, daß ein Beweis, der dem Gebiete der Schuld- oder Straffrage angehört, nach den Regeln des Strengbeweises zu erheben ist. Hat eine Strafkammer einer dieser Regeln zuwidergehandelt und z.B. ihre bejahende Schuldfeststellung darauf gestützt, daß der Alibibehauptung des Angeklagten durch den Gerichtshof mit nur einfacher Stimmenmehrheit der Glaube versagt worden sei, während doch die Alibifrage der Strengbeweisregel des § 262 (263) Abs.1 unterliegt, so bindet die fehlerhafte Feststellung den Revisionsrichter nicht. Das wird niemand bezweifeln. Ich erwähne dies aber und wähle gerade dies Beispiel nur, um auf einige anscheinend zu wenig gekannte Besonderheiten hinzuweisen, die bei § 262 (263) zu beachten sind. Liegt nämlich ein Freibeweisfall vor, so steht es dem Richter frei, nach seinem Ermessen einen Zeugen, den er (beispielsweise über die Rechtzeitigkeit des Strafantrages) vernimmt, unbeeidigt zu lassen; er darf ihn aber auch beeidigen, was er ja (nach § 60 (61)) tun müßte,

widerrufen, indem das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung (RGSt 32,165) Recht und Pflicht der Nachprüfung für sich in Anspruch genommen hat. Das Reichsgericht selbst hat dann die Frage wiederum verneint. Auf Grund des jetzigen Standes der Elektrizitätslehre hätte es wohl bejahen können und so wäre das Reichsgesetz vom 9. April 1900 (RGBl. S. 228), betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, kaum nötig gewesen.

wenn es sich um einen Strengbeweiszeugen handelte. Diese Wahlfreiheit besteht aber nicht bei der Strengbeweisregel des § 262 (263) Abs.1: sie gilt, wie ihr Wortlaut ohne weiteres zeigt, nur für "Entscheidungen, welche die Schuldfrage oder die Bemessung der Strafe betreffen", also nicht für die Abstimmung über Freibeweisfragen. Revisibel ist also das Einstellungsurteil 1.Instanz, wenn es sich darauf stützt, daß nur drei von den fünf Richtern der Strafkammer sich für Rechtzeitigkeit des Strafantrages ausgesprochen hätten¹. - Um eine andere Besonderheit klar zu machen, zu der die Ausnahmenvorschrift des § 262 (263) Abs.1 führen kann, unterstelle ich folgenden Sachverhalt: Bei einer Anklage aus § 181a Abs.1 StGB (schwere Zuhälterei) sollte die Ausgebeutete als Zeugin vernommen werden; da sie aber behauptete, der Angeklagte sei ihr Ehemann, und da sie deshalb die Aussage verweigerte, so blieb sie unvernommen; dies mußte geschehen, weil drei der fünf Strafkammer-Richter (gegen zwei) die Frage, ob die Zeugin die Ehefrau des Angeklagten sei, bejahten (§ 51 (52) Ziff.2 StPO; § 198 (196) Abs.1 GVG). Bei der Schlußabstimmung über die Schuldfrage i.S. von § 262 (263) Abs.2 sagten wieder nur drei ~~Stimmen~~ gegen zwei Stimmen, die Ausgebeutete sei die Ehefrau des Angeklagten; mithin fehlte insoweit die Zweidrittel-Mehrheit des § 262 (263) Abs.1.2 und es konnte eine Verurteilung aus § 181a Abs.2 StGB nicht erfolgen. Der aus Abs.1 das. wegen einfacher Zuhälterei Verurteilte hat nun Revision erhoben: verletzt seien die §§ 244, 51 (245, 52) StPO:

1) Es mag aber gleich hier vorgreifend bemerkt werden, daß das Revisionsgericht dann nicht etwa ohne weiteres die Sache unter Aufhebung des 1.Urteils an die Vorinstanz zurückverweist, sondern zunächst selbständig im Freibeweisverfahren über jene Antragsfrage Beweis erhebt. Ergibt sich dabei zugunsten des Angeklagten, daß der Antrag verspätet gestellt worden ist, so bleibt es bei dem Einstellungsurteil und die Revision ist zu verwerfen. Ergibt sich dagegen zuungunsten des Angeklagten, wenn auch nur mit einfacher Stimmenmehrheit, daß der Antrag ein rechtzeitiger war, so ist das 1.Urteil, unter Aufrechterhaltung der etwaigen tatsächlichen Feststellungen zur Schuldfrage, aufzuheben und die Sache in die 1.Instanz zurückzuverweisen. (§ 394 (354) Abs.1 ist nicht anwendbar.)

die herbeigeschaffte Zeugin habe vernommen werden müssen; die Vernehmung würde die völlige Freisprechung des Angeklagten zur Folge gehabt haben; das Verfahren beruhe auf einem Widerspruch zwischen Beschluß und Urteil; nach jenem sei die Zeugin des Angeklagten Ehefrau, nach diesem sei sie es nicht. - Fälle dieser Art sind nicht so selten möglich, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Ich mache aufmerksam: auf § 182 StGB gegenüber § 56 (57) Ziff.1 StPO (16 Jahr alt); auf § 181 Ziff.2, § 173, 174 Ziff.1, § 257 Abs.2 StGB gegenüber § 51 (52) Ziff.2 und 3 StPO (Ehegatten; in gerader Linie Verwandte; Eltern; Angehörige); auf §§ 52 Abs.2 und § 257 Abs.2 StGB gegenüber §§ 51 (52) Ziff.1 und 3 (3) StPO (Verlobter, Angehöriger) usw. - In dem von mir unterstellten Beispiele braucht der von der Revision behauptete Widerspruch zwischen Beschluß und Urteil durchaus nicht vorhanden zu sein, er ist sogar nicht wahrscheinlich: Sagt das Urteil, die Ehefraueneigenschaft der Ausgebeuteten kann nicht als vorhanden angenommen werden, so bedeutet dies nur, diese Eigenschaft sei für das Urteil, also nach § 262 (263) Abs.1, nicht feststellbar. Damit ist ja aber vereinbar die mit einfacher Stimmenmehrheit erfolgte bejahende Beschlußfeststellung. War diese einfache Mehrheit damals vorhanden, so mußte die ihre Aussage verweigernde Person unvernommen bleiben¹. Aber auch dann, wenn das Urteil, was ja als Ausnahme möglich ist, ausdrücklich erklärt hat, es sei voll bewiesen, daß eine andere Person, nicht die Zeugin, die Ehefrau des Angeklagten sei, wenn also der Widerspruch zwischen Beschluß und Urteil wirklich² vorhanden ist, kann dies die Revision nicht stützen. Denn § 262 (263) beschränkt die Notwendigkeit der Zweidrittelmehrheit auf die dem Ange-

1) RGSt 56,94 erkennt an: die Frage, ob ein Zeuge zu beeidigen ist, oder nicht, muß beurteilt werden nach der Sachlage zur Zeit des Beeidigungsbeschlusses. (Das gilt auch für die Frage, ob ein Zeuge aussagepflichtig ist.)

2) Wenigstens äußerlich; man kann ihn auch dann bestreiten. Denn im Urteile erklären die Richter: jetzt meinen wir ja, früher meinten wir nein.

klagten nachteiligen Entscheidungen zur Schuld- oder Straffrage¹. Die Vorschrift wird nicht als allgemein anwendbar aufgestellt und sie soll keinesfalls gelten für Beschlüsse, wie sie nach § 52 (52) über Zeugnisverweigerungen ergehen. Das Gesetz muß also mit Widersprüchen der hier gekennzeichneten Art rechnen und kann sie nicht tadeln. - Man darf auch nicht einwenden, wenn der Richter in seinem Urteile die Zeugin als Nichtehfrau ansehe, so müsse er dies auch in dem ganzen Verfahren tun, also auch in dem Beschluß aus § 51 (52) StPO. Denn es liegt auf der Hand, daß ihm dies meist oder doch oft gar nicht möglich sein wird; schon deshalb nicht, weil bei dem Beschlusse, d.h. während der allmählich fortschreitenden, aber noch unvollständigen Beweisaufnahme nicht bekannt ist, was das Ergebnis der vollständigen Beweisaufnahme zur Zeit des Urteils sein wird. Endlich wäre es falsch, vom Gerichte, wenn es bei der Urteilsberatung die Ehefraufrage schließlich verneint, zu fordern, daß es nachträglich das vorangegangene Verfahren dem Urteilsstandpunkt anpaßt und die unterlassene Vernehmung nachholt². Das wäre nur zulässig, wenn man die Urteilsabstimmung, d.h. den Sieg von zwei über drei Stimmen, rückwirkend auch für den Beschluß gelten ließe. Damit würde dann der § 262 (263) Abs.1 eine ganz seltsame Bedeutung für das gesamte Beweisaufnahmeverfahren erhalten, die dem Wortlaut dieses § widerspricht und sicherlich nicht gewollt ist. Es zeigt sich hier, daß für die Prozeßentscheidungen³, die im Laufe des Verfahrens dem Urteile vorangehen, die Beweislage z.Z. des Beschlusses maßgebend sein darf und muß, und daß das ganze Verfahren einschl. des Urteils) nicht deshalb allein als nichtig gescholten werden darf, weil - wirklich oder doch möglicherweise - zwischen Beschluß und Urteil ein Widerspruch besteht. Besonders wichtig ist dies dann, wenn im Laufe der Hauptverhandlung ein Zeuge, weil er damals der Teilnahme ver-

1) Man könnte auch sagen: auf den kleineren Teil des Strengbeweisgebiets.

2) Manchmal wird dies gar nicht möglich sein!

3) Nicht aber für Entscheidungen gemischten Charakters wie über Strafantrag, Verjährung, res judicata, Begnadigung.

dächtig war, nach § 56 (57) Ziff.3.unbeeidigt geblieben ist. Das ist nicht zu beanstanden, auch dann nicht, wenn der Angeklagte schließlich wegen einer Straftat verurteilt worden ist, bei der seine Teilnahme rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen ist, oder wenn das Urteil auf Freisprechung lautet: Der Teilnahmeverdacht kann trotzdem bestehen, sicher kann er früher bestanden haben. Und darauf kommt es an, d.h. auf die Beweislage zur Zeit des Beschlusses. Spätere Änderungen bleiben ohne Einfluß. Am deutlichsten zeigt sich dies bei § 56 (57) Ziff.1, wonach Zeugen unbeeidigt bleiben müssen, die zwar zur Zeit des Urteils voll 16 Jahr alt sind, aber "zur Zeit der Vernehmung das 16.Lebensjahr noch nicht vollendet haben". Das gilt entsprechend auch für die übrigen in § 56 (57) für die Nichtbeeidigung aufgezählten Gründe.

VIII.

Diese Ausführungen bewegen sich zum Teil schon auf dem Gebiete des Freibeweises, auf das ich jetzt ganz überzugehen habe. - Daß es neben dem, was ich Strengbeweis nenne, und der Glaubhaftmachung noch eine andere, dritte Beweisart gibt, ist keine neue Erfindung, sondern längst allgemein bekannt und grundsätzlich anerkannt. Nur wird erstaunlich selten von dieser dritten Art gesprochen. Ein Hauptgrund hierfür wird darin zu finden sein, daß von dem Beweis über "prozessual erhebliche Tatsachen"¹ auch die StPO nur sehr selten etwas sagt. Vorschriften wie in § 158 (160) Abs.2 und in § 200 Abs.1 (202 Abs.3) bilden eine Ausnahme. Sicher ist aber, daß mit den hier erwähnten "Beweisen" ("Beweiserhebungen") nicht Beweise i.S. der §§ 243 (244) ff. gemeint sind, sondern Maßnahmen, durch welche die Erhebung der öffentlichen Klage oder der Eröffnungsbeschluß, also Prozeßschritte, vorbereitet werden sollen. Ähnlich steht es mit den in §§ 222 (223) ff. für zulässig erklärten und geregelten "Vernehmungen", die ebenfalls Beweiserhebungen sind, aber wieder nicht solche i.S. von § 243 (244) ff. Auch diese sogenannten

1) So der zutreffende Ausdruck in Bennecke-Beling StPRecht, S.590 Anm.13.

kommissarischen Vernehmungen haben nur den Zweck, einen Prozeßschritt, nämlich die Verlesung eines sonst unverlesbaren (§ 249 (250) Satz 2) Protokolls in der Hauptverhandlung zu ermöglichen (§ 250 (251) Abs.2)¹. - Ein anderer, vielleicht der wichtigste Grund dafür, daß wir, namentlich in der Praxis und hier vor allem im Verfahren 1.Instanz, meist kein Wort sagen von unseren zahllosen Beweiserhebungen über prozessual erhebliche Tatsachen, ist in folgendem zu finden: Wir werden uns selten deutlich bewußt, daß wir eine Tatsache festgestellt haben, also auch Beweis über diese Tatsache erhoben haben müssen, bevor wir eine Prozeßhandlung vornehmen, die nur beim Vorliegen dieser bestimmten, gesetzlich umschriebenen Tatsache geboten oder zulässig ist. Es ist auch unzweifelhaft und ich hab es oben (unter I) bereits angedeutet, daß uns fast immer prozessuales Handeln (oder Nicht-handeln) gestattet oder anbefohlen wird, wenn etwas ist oder nicht ist. So befiehlt § 56 (57) als Ausnahme von der Regel der Beeidigung aller Zeugen (§ 60 (61)), die Nichtbeeidigung derjenigen Zeugen, welche ..., und es werden nun Personenklassen aufgezählt, bei denen bestimmte Tatsachen zutreffen; darunter als erste Klasse "Personen, welche z.Z der Vernehmung das 16.Lebensjahr noch nicht vollendet haben". Bei jeder Vernehmung ist also Beweis zu erheben über das Alter des zu Vernehmenden, der nur dann beeidigt werden darf, wenn festgestellt worden ist, daß er eidesmündig ist. Meist wird zu dieser Feststellung ein Blick genügen; niemand zweifelt und niemand kann zweifeln, daß das entscheidende Jahr überschritten ist; kein Wort darüber wird gesprochen. Wenn dann beeidigt wird, so bleibt es ganz im Unterbewußtsein stecken, daß der Beeidigung eine Feststellung und dieser Feststellung eine Beweisaufnahme über das Alter des zu Vernehmenden, nämlich durch jenen Blick, vorhergehen mußten und vorhergegangen sind. Der Vorgang kann.

2) (sic!) Die eigentliche Strengbeweisaufnahme durch Erhebung eines Urkundenbeweises gemäß § 248 (249) findet statt in der Hauptverhandlung. Was vorher vor dem beauftragten oder ersuchten Richter geschieht, ist Freibeweisaufnahme, die aber freilich ausnahmsweise nicht frei, sondern genau geregelt ist (in § 222 (223) ff.).

sich aber auch anders abspielen. Das zeigt z.B. das Urteil RGSt 20,163: hier war eine Zeugin bei ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung 1.Instanz als "fünfzehn Jahr alt" bezeichnet; anscheinend hatte sie selbst es gesagt; daraufhin war sie unbeeidigt geblieben. Dann, in 2.Instanz vor dem Revisionsgerichte, war behauptet und durch eine vorgelegte Geburtsurkunde belegt worden, die Zeugin sei bei ihrer Vernehmung soll sechzehn Jahr als gewesen. Das Reichsgericht hatte jetzt der Urkunde geglaubt¹ und nun wurde das erste Urteil aufgehoben, da die Zeugin hätte beeidigt werden müssen². -

Auf ganz anderem Gebiete liegt folgendes Beispiel: Ein in der Hauptverhandlung gestellter Antrag auf Herbeischaffung neuer Zeugen wird vom Gerichte zurückgewiesen mit der Begründung, der Antrag bezwecke nicht Erhebung und Führung eines Beweises, sondern Verschleppung der Sache. Zu dieser Annahme kann das Gericht wiederum nur kommen, wenn es glaubt, d.h. wenn bewiesen ist, daß der Antrag nur vorgeblich, nicht wirklich ein Beweisantrag ist. In der Regel stützt sich das Gericht dabei auf den Inhalt der Prozeßakten und der Beschluß wird, um vollständig zu sein, die Tatsachen nennen müssen, auf denen er beruht. Das ist - wohl immer - der Standpunkt des Reichsgerichts gewesen. Dieses wahrt sich denn auch das Recht (und die Pflicht), wenn die Revision die Verschleppungsabsicht bestreitet, den Beschluß auch

1) Das Reichsgericht hat also Beweis erhoben. Das war unvermeidlich und zulässig. Ich bemerke, daß ich selbst früher in diesem Punkte anderer Meinung gewesen bin (vgl. meinen Aufsatz "über die Feststellung der Eidesmündigkeit" im GS 45,290 ff.); diese andere Meinung kann ich jetzt nicht mehr aufrecht erhalten.

2) Schon hier sei betont, daß in Fällen dieser Art das Gericht 1.Instanz bei der neuen Verhandlung und Entscheidung an die tatsächliche Beurteilung des Revisionsgerichts nicht gebunden ist. Denn die Voraussetzungen des § 398 (358) Abs.1 sind nicht vorhanden. Praktisch wird das für die neue Beantwortung der Altersfrage wegen der inzwischen verflossenen Zeit regelmäßig ohne Bedeutung sein. Anders ist es aber z.B. bei der Ehegattenfrage aus § 51 (52) Ziff.2. Hier wäre das Untergericht rechtlich nicht gehindert, festzustellen, daß die dem Reichsgericht vorgelegte Heiratsurkunde gefälscht sei u.dgl.m.

in tatsächlicher Beziehung nachzuprüfen, d.h. auch seinerseits zu untersuchen, ob die Annahme der Verschleppungsabsicht tatsächlich sich begründen lasse. Und es ist bekannt, daß das Reichsgericht bei Revisionen dieser Art sich für befugt hält, den ablehnenden Beschluß und das 1.Urteil, falls dieses auf jenem beruht, mit folgender Begründung aufzuheben: "Es ist übersehen worden, daß der Beschuldigte den Antrag, wie sich aus den Akten ergibt, schon zeitig vor der Hauptverhandlung gestellt hatte; da er aber damals nicht auf Verschleppung, sondern wirklich auf Beweis abzielte, so konnte seine Wiederholung in der Hauptverhandlung füglich nicht bemängelt werden." Das Reichsgericht hat also hierbei seinerseits wiederum Beweis ("aus den Akten") erhoben und es ist zu einem anderen, entgegengesetzten Ergebnis gelangt, als der Richter 1.Instanz¹. - Zu den Prozeßfragen im Sinne dieser Arbeit gehören auch die Fragen nach dem in diesem Einzelfall anzuwendenden (formellen und materiellen) Rechte, nach dessen Inhalt, einschließlich Bestand, Gültigkeit und Wortlaut dieses Rechts; ferner die Fragen, ob die Anwendung des Strafgesetzes hier etwa infolge Fehlens eines Strafantrages oder infolge Gnadenerlasses (auch Amnestiegesetzes), Verjährungsablaufs, rechtskräftigen Urteils oder aus anderen tatsächlichen Gründen (vgl. § 5 StGB) ausgeschlossen ist. Das ist auch im allgemeinen nicht bestritten, und ich gehe daher auf das Weshalb nicht näher ein. Mir scheint hier der Hinweis zu genügen, daß alle diese Fragen jedenfalls nicht zur Schuld- und Straffrage gehören, welche lautet: "Was hat der Beschuldigte getan; ist sein Tun schuldhaft; welche Strafe hat er deshalb verwirkt?" - Soweit meine Kenntnis reicht, geht auch das Reichsgericht davon aus, daß die tatsäch-

1) Freilich finden sich, und nicht ganz selten, auch Ausnahmen, in denen das Reichsgericht der Meinung Ausdruck gibt, es sei nur befugt, zu prüfen, "ob jene Annahme (der Verschleppungsabsicht) auf rechtlich nicht anfechtbaren Voraussetzungen beruht" (RGRsp 10,148 f.); die "ohne erkennbaren Rechtsirrtum" erfolgte Feststellung jener Absicht sei "nach § 376 (337) StPO unanfechtbar" (das. 7,427 ff.), sie "unterliege nicht einer Nachprüfung im Wege der Revision" (das. 7,550 f.). - Daß und weshalb ich dies für nicht richtig halten muß, werde ich später darlegen (Nr.XIV unten).

lichen Unterlagen für die Beantwortung solcher Fragen nur durch Erhebung und Würdigung eines Beweises zu schaffen sind. Dabei werden dann freilich gelegentlich Wendungen gebraucht, die mißverstanden werden können. So sagt der II.Strafsenat in einem Urteile vom 4.April 1919 (2 D 84/19) über die Frage der Abolition: "Diese Frage konnte überhaupt nicht zum Gegenstande eines Zeugenbeweises gemacht werden". Das ist nicht wörtlich zu nehmen; der richtige Sinn ergibt sich aus folgendem: Es handelt sich bei der Abolition, wie beim Strafantrage, bei der Verjährung usw., um eine Prozeßvorsetzung; also ist wegen dieser besonderen Art des Beweisgegenstandes ein Beweis, wie er bei der Schuld- und Straffrage stattfindet, d.h ein Strengbeweis, ausgeschlossen; mithin auch ein Strengbeweis durch Zeugen. Über und gegen den freien Prozeßbeweis¹ will das Urteil nichts sagen. - Sehr zurückhaltend und wechselnd wird, auch vom Reichsgericht, über den Beweis des materiellen Rechts gesprochen. Mit der Behauptung², "Gegenstand des 'Beweises' sind nicht Rechtssätze (jura novit curia)", wenn sie mehr bedeuten soll, als: Gegenstand des "eigentlichen Beweises"³, also des Strengbeweises, kommt man nicht weit. Das jura novit curia ist eine Fiktion, oder, um es deutsch zu sagen, eine Unwahrheit, die man als solche ohne weiteres erkennt, nicht nur bei ausländischem (außerdeutschem) Recht, sondern sehr oft auch, wenn es sich handelt um Sätze des zwar inländischen (deutschen), aber nicht im Gebiete des erkennen-

1) In der Literatur spricht man hier gelegentlich von "eigenartigem Beweis", oder man nennt diese Prozeßbeweise "untergeordnete Analoga des Beweises", oder auch wieder "Bescheinigungen". Vgl. z.B. Rupp, Der Beweis im Strafverfahren, S.220. - Ferner Bennecke-Beling, Strafprozeßrecht S.320: "Das eigentliche Beweisrecht gilt nicht für die prozessual bedeutsamen Tatsachen".

2) Bei Bennecke-Beling, Strafprozeßrecht, S.317.

3) Das ist wohl der Sinn des Urteils RGRsp. 9,231, das überschrieben ist: "Inländische Gesetze sind nicht Gegenstand der Beweisaufnahme". In den Gründen wird gesagt: "in der Verlesung von Gesetzesstellen ist ein Mittel zu deren Mitteilung gegeben, aber nicht zum Beweise ihres Vorhandenseins. Dieser liegt außerhalb des Bereichs des Strafverfahrens".

den Gerichts geltenden Gesetzesrechts, und vollends des Gewohnheitsrechts. Man braucht nur an die unzähligen Sätze des Polizeiverordnungsrechts der deutschen Länder, Provinzen, Kreise und Gemeinden zu denken, die alle gegeneinander als "Ausland" anzusehen sind! Es gibt keine "curia", die mehr als einen ganz bescheidenen Teil dieser zusammengestückten Rechtsdecke wirklich "novit". Wo die Kenntnis lückenhaft ist oder ganz fehlt, kann sie nur beschafft werden, indem man durch Erforschung des tatsächlichen Zustandes aufklärt, was wirklich Recht ist. Und das kann nur geschehen durch Beweiserhebung. Wobei ein grundsätzlicher Unterschied zwischen inländischem und ausländischem Recht, Gesetzesrecht, Verordnungsrecht und Gewohnheitsrecht nicht zu machen ist. Der Beweis wird am einfachsten sein beim inländischen Gesetzesrecht, am beschwerlichsten beim Gewohnheitsrecht jeder Art. Immer ist es nur durch Beweis (Freibeweis) möglich, von der Unkenntnis zur Kenntnis zu gelangen. Und wenn im RGSt 39,212 (214) von einer Ermittlung dieser Art gesagt wird, "ein Akt der Beweisaufnahme stehe nicht in Frage", so ist dies mindestens irreführend. Zutreffend verneint dagegen RGSt 42,54 für die Feststellung ausländischen Rechts die Anwendbarkeit von § 243 (244) ff., folgert daraus, daß der Antrag, über solches Recht einen Sachverständigen zu vernehmen, nicht als Beweisantrag anzusehen noch zu behandeln sei, während es andererseits anerkennt, daß "das Vorhandensein und der Inhalt ausländischer Rechtsvorschriften zu ermitteln" sei: "durch geeignete Nachweise"; an die tatsächlichen Feststellungen der Strafkammer sei dann das Revisionsgericht in keiner Richtung gebunden". Der Wert dieses Urteils wird nicht beeinträchtigt durch den vorsichtigen Vorbehalt: da hier nur der Nachweis von Quellen des geschriebenen Rechts in Frage komme, so könne unerörtert bleiben, "ob eine andere Behandlung einzutreten hätte, wenn es sich um die Feststellung der tatsächlichen Grundlagen von Gewohnheitsrecht ... handelte". - In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, die für die Zwecke dieser Arbeit voransteht, können Beweise nur durch das Gericht, und zwar der 1. Instanz erhoben werden. Es sei aber, um Mißverständnisse auszuschalten und der

Vollständigkeit halber hier bemerkt, daß auch andere Strafbehörden, auch die Staatsanwaltschaften und deren Hilfsbehörden, erst tätig werden, wenn ganz bestimmte Tatsachen vorliegen, d.h. wenn von ihnen diese Tatsachen durch Beweiserhebung ermittelt worden sind¹. Das gilt vor allem für das Gericht 2. Instanz, das als Revisionsgericht erst tätig wird, wenn erwiesen ist, daß die Revision gemäß § 381 (341) von dem zur Revision Berechtigten oder dessen Vertreter eingelegt worden ist. Meist entstehen darüber keine Zweifel, so daß die Beweisfrage, sozusagen unbewußt, erledigt wird. Das kann aber auch wieder anders sein und ist, um ein Beispiel anzuführen, anders gewesen in den ersten Wochen nach dem 1. August 1914: Wegen der Mobilmachung waren viele Revisionen von Anwälten eingelegt worden, die zu den Akten als Vertreter des Angeklagten nicht legitimiert waren. Es bedurfte damals nicht selten sehr eingehender Beweiserhebungen darüber, ob eine Untervollmacht des Revisionsunterzeichners (oft durch mehrere Zwischenvollmachten hindurch) bis auf den Empfänger der ersten Hauptvollmacht zurückreichte, ob also die erste Voraussetzung einer wirksamen Rechtsmitteleinlegung nachgewiesen sei. -

IX.

Mit alledem ist kaum etwas gesagt über das, was hier Hauptfrage ist: wie Beweise über prozessual wichtige Punkte erfolgen. Ich habe aber schon oben (Vc) den Satz aufgestellt, daß für die Form und für den Umfang der Erhebung eines Freibeweises das freie richterliche Ermessen gelte. Ich glaube, daß dies im großen und ganzen von der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gebilligt wird; auch das Reichsgericht, dieses namentlich in neuerer Zeit, hat sich in diesem Sinne ausgesprochen, meist freilich nicht in der Allgemeinheit, wie ich es hier tue; die Beschränkung wird dann wohl ihren Grund darin gehabt haben, daß bei der Art des dem Reichsgerichte vorliegenden Einzelfalls die Aufstellung einer

1) Als Beispiel sei hingewiesen auf § 168 (170) StPO: Die Staatsanwaltschaft erhebt die öffentliche Klage, wenn ..., oder sie stellt das Verfahren ein, wenn nicht ...

Allgemeinregel nicht geboten war und diese Aufstellung deshalb, wenn nicht gefährlich, so doch unzweckmäßig erschien. - Ausführungen zur Begründung des Satzes finden sich selten; man mag sie für entbehrlich gehalten haben, da die Gründe leicht zu erkennen seien. Und das trifft zu, obwohl unsere StPO den prozessualen Freibeweis als besondere, von dem Strengbeweis unterschiedene zweite Beweisart nirgends ausdrücklich erwähnt, noch weniger also eine allgemeine Vorschrift über das Freibeweisverfahren enthält. Aber ich sagte schon, daß alles, was das Gesetz an allgemeinen Regeln über "Beweisaufnahme" gibt, in den §§ 243 (244) ff. steht, d.h. in Buch II ("Verfahren in erster Instanz"), Abschnitt 6 ("Hauptverhandlung"). Schon hierdurch wird nahegelegt, daß in den §§ 243 (244) ff. nur solche Beweisaufnahmen geregelt werden sollten, die in der Hauptverhandlung "der Vernehmung (sic!) des Angeklagten folgen", nicht aber diejenigen, welche dieser Vernehmung vorhergehen, sei es in, sei es vor der Hauptverhandlung (Vorverfahren), und ebensowenig diejenigen, welche der Hauptverhandlung nachfolgen (Rechtsmittel-, Wiederaufnahme-, Vollstreckungs-Verfahren)¹. Und diese Wahrscheinlichkeit verstärkt sich zur Gewißheit, wenn man auf die einzelnen Strengbeweisevorschriften eingeht. Darüber nur einige Andeutungen:

1) Eine Andeutung im Sinne des oben Gesagten gibt RGSt 6,161 (164): "Dies Schweigen der StPO über die Form der Beweiserhebung bez. Stellung des Strafantrags findet eben darin seine Erklärung, daß die StPO bezüglich der Konstatierung des Strafantrages den Richter nicht an ihre formalen Vorschriften über die Schuldfrage binden, sondern es seinem pflichtmäßigen Ermessen überlassen wollte, auf welche Weise er sich bei diesem Punkte in jedem einzelnen Falle nach Lage der Akten seine Überzeugung verschaffen wollte". Daß hier übrigens die "Lage der Akten" so ausdrücklich betont und dann später (S.166) hinzugefügt wird, "der Revisionsrichter sei bei einem diesfälligen Angriffe berufen, selbständig nach Lage der Akten zu prüfen, ob ein gehöriger Strafantrag vorliege, erscheint mir ebenso seltsam wie dunkel. Um so mehr als das Urteil schließlich (S.167) die Vernehmung eines Zeugen über diese Frage nicht etwa für unzulässig erklärt: sie sei aber in diesem Falle "bei Lage der Sache vollständig entbehrlich" gewesen. Dagegen ist nichts einzuwenden.

§ 244 (245) Abs.1 handelt von den "herbeigeschafften" Beweismitteln; es ist sicher, daß darunter nur solche Zeugen usw. verstanden werden sollen und können, die zur Hauptverhandlung herbeigeschafft worden sind; die Vorschrift kann sich also nicht beziehen auf Beweisaufnahmen außerhalb der Hauptverhandlung. Ferner: §§ 245-247 sind nur verständlich, wenn man sich in die Hauptverhandlung versetzt denkt; nur in dieser können Beweisurkunden "verlesen" werden; sie wird in §§ 248 (249), 249 (250), 251 (252), 252 (253), 253 (254), 255 (256) ausdrücklich erwähnt; die Worte "in der Hauptverhandlung" werden in §§ 250 (251), 254 (255) zwar nicht wiederholt, sie sind aber aus dem Zusammenhang ohne weiteres zu ergänzen. Und vollends: §§ 256 (257), 257 (258) machen über jeden Zweifel hinaus klar, daß die ganze Beweisaufnahme im Sinne der §§ 243 (244) bis 257 (258) nur in der Hauptverhandlung der 1. Instanz erfolgen kann, daß also alle Beweise, die vor ihr oder nach ihr erfolgen, diesen Vorschriften nicht unterliegen. - Die weitere Frage ist, ob dies auch für solche Prozeßbeweise gilt, welche - man könnte sagen: zufällig - in der Hauptverhandlung 1. Instanz erledigt werden, z.B. darüber, ob ein wirksamer Strafantrag gestellt worden ist, oder ob eine Zeugin, die nicht aussagen will, des Angeklagten Frau ist. Wenn hier behauptet wird, etwa die Unterschrift des Antrages sei gefälscht, oder der Angeklagte sei mit einer anderen Person verheiratet, müssen dann die Anträge, die dafür benannten Zeugen zu vernehmen, nach den Vorschriften von : 243 (244) ff. behandelt werden? Die Frage ist zu verneinen und sie wird auch, wenigstens meist, vom Reichsgerichte verneint¹. Freilich befindet man sich jetzt in der Hauptverhandlung und deshalb können die benannten Zeugen herbeigeschafft werden, oder sie können gar schon herbeigeschafft sein; Urkunden können verlesen werden; den Angeklagten kann man gemäß § 256 (257) befragen, ob er etwas zu erklären habe; kurz die ganze Strengbeweismaschine ist aufgestellt zur sofortigen Benutzung. Aber wieder ergibt sich bei näherem Zusehen, daß die §§ 243 (244) ff. nicht das ganze Verfahren der

1) So z.B. in dem soeben erwähnten Urteile RGSt 6,161.

Hauptverhandlung beherrschen wollen, sollen und können. Ich beschränke mich auch hier auf eine Auslese. Aus § 55 (56) folgt die Möglichkeit des Einschlebens einer Glaubhaftmachung, die jedenfalls nicht Strengbeweis ist und auf die die §§ 243 (244) ff. nicht anwendbar sind. Das mag, wer meinen Grundsatz nicht billigt, als Ausnahme auf Grund positiver Gesetzesvorschrift, eben des § 55 (56) erklären und als unbeachtlich beiseiteschieben. Doch zeigt sich bereits hier deutlich, daß die bloße Möglichkeit, nach § 243 (244) ff. zu verfahren, der StPO nicht, oder doch nicht immer genügt, um das Gericht an diese Bestimmungen zu binden. Wichtiger ist folgende Betrachtung: Eine Hauptverhandlung kann nicht stattfinden, ehe erwiesen ist, daß der Angeklagte verhandlungsfähig ist. Meist erfolgt die bejahende Feststellung wieder nach einem Blick auf den Angeklagten und auf Grund allgemeinen und stillschweigenden Einverständnisses, indem in die Verhandlung ohne weiteres eingetreten wird¹. Wenn aber Zweifel sich geltend machen, wenn namentlich, was ja nicht ganz selten ist, während einer langandauernden Hauptverhandlung Zeichen einer beginnenden Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten hervortreten, dann wird ein Ermittlungsverfahren nötig, dessen Charakter als Beweisverfahren nicht in Frage gestellt werden kann und das, selbst wenn es sich in das Strengbeweisverfahren über Schuld und Strafe einschleibt, nicht nach §§ 243 (244) ff. zu führen ist, weil die Anwendung dieser Regeln unmöglich ist: Mit einer Person, deren Verhandlungsfähigkeit erst festgestellt werden soll, kann eine Verhandlung im Sinne der §§ 243 (244) ff. nicht stattfinden. - Endlich ein Grund, der schon allein für die Richtigkeit meiner Meinung spricht: Wenn eine Urkunde als Beweismittel verlesen werden soll, (§ 248 (249)), so muß man erst wissen, ob sie auch verlesen werden darf: das wird nur möglich sein, wenn der Inhalt der Urkunde bekannt ist. Besonders einleuchtend und besonders wichtig ist dies bei herbeigeschafften Urkunden, für die ja einerseits das Regelgebot des § 244 (245) Abs.1 Satz 1, anderer-

1) Nach meiner Erfahrung wird vom Reichsgerichte diese stillschweigende Feststellung der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten nicht beanstandet.

seits aber auch die Ausnahmeverbote der §§ 249 (256) ff. gelten. Es wird danach ein Revisionsgrund geschaffen, wenn die Urkunde nicht verlesen wird, obwohl sie verlesbar ist, aber auch, wenn sie verlesen wird, obwohl für sie eins der Verlesungsverbote besteht. Diesem Dilemma¹ entgeht man nur, wenn das Gericht zunächst den Inhalt der Urkunde - durch einfaches Lesen, bei dem die Gegenwart der Parteien nicht notwendig ist -, ermittelt und damit die Frage der Verlesbarkeit oder Nichtverlesbarkeit löst. Ist dies geschehen, so folgt entweder die Verlesung oder die Ablehnung des Beweismittels, weil dieses als Urkunde im Strengbeweisverfahren nicht zulässig sei. - Ich muß also dabei bleiben, daß für einen Beweis, der nach seinem Gegenstande nicht innerhalb des Gebietes der Schuld- oder Straffrage liegt, niemals die Vorschriften der §§ 243 (244) ff. gelten, auch dann nicht, wenn dieser Beweis im Zuge einer Hauptverhandlung (vor, während oder nach der Beweisaufnahme im Sinne des § 243 (244) Abs.1) erfolgen soll. - Man spricht hier meist von "Prozeßbeweisen"². Es ist dies aber nicht ganz genau. Denn, wie oben schon angedeutet, gehören in das Freibeweisgebiet auch Beweise über die tatsächlichen Fragen des Inhaltes, des Bestehens und des Unterganges von Rechtssätzen. So auch, wenigstens bei Sätzen des ausländischen Gesetzesrechts, das Reichsgericht in RGSt 42,54. Noch weiter ist das Reichsgericht gegangen in dem (ungedruckten?) Urteile vom 6.Juli 1909 (2 D 578/09). Hier war durch den Schwurgerichtsvorsitzenden "aus den Akten festgestellt worden", daß der Angeklagte eine ihn entlastende Behauptung erst vor dem Untersuchungsrichter, nicht vorher vor der Polizei, aufgestellt habe. Der II.Strafsenat verwirft, unter Hinweis auf RGSt 38,323 und 42,54, die Revisionsrüge der Verletzung von Verfahrensvorschriften, denn: "die §§ 243 (244) ff. gelten nur bei Entschei-

1) Über das ich mich schon früher, von einem anderen Gesichtspunkt aus im Archiv für Strafrecht 52,379 ff. ausgesprochen habe. Das dort Gesagte kann ich hier im wesentlichen aufrecht erhalten. Einzelheiten übergehe ich hier.

2) Auch ich habe der Kürze wegen oben diesen Ausdruck gebraucht und werde es auch weiter tun.

derung der Tat-, Schuld- und Straffrage, sie greifen nicht Platz, wenn Feststellungen prozessualer Art in Betracht kommen". Letzteres liege hier vor, da der Vorsitzende "über einen dem gerichtlichen Verfahren angehörigen Vorgang" Mitteilung gemacht habe. Das geht meines Erachtens zu weit. Der "prozessuale Vorgang", d.h. das Nichtgeltendmachen eines Schuldentlastungsgrundes bei der ersten polizeilichen Vernehmung, sollte hier verwertet werden als Indiz für die Schuld des Angeklagten. Der Beweis des Vorganges fiel also in das Gebiet des Strengbeweises. Ebenso wie etwa der Beweis eines protokollierten Geständnisses, worüber § 253 (254) Abs.1 eine Sondervorschrift gibt. Diese würde entbehrlich sein, wenn die Begründung des II.Strafsenates zuträfe. Nicht darauf kommt es an, ob die zu beweisende Tatsache ein "prozessualer Vorgang" gewesen ist, sondern darauf, ob sie die Voraussetzung für die Vornahme einer Prozeßhandlung gebildet hat oder bilden soll. Das können natürlich auch Prozeßvorgänge sein, notwendig ist es aber nicht. - Grundsätzlich von der hier vertretenen Ansicht, abweichende Meinungsäußerungen finden sich selten¹, Abweichungen im einzelnen sind dagegen vorhanden. Ich gehe darauf nicht näher ein. Nur folgendes möchte ich hervorheben, weil es besonders wichtig ist: Wenn Beweis angeboten wird, dafür, daß ein Schuldbeweiszeuge nicht glaubhaft sei, so liegt das ganz offenbar innerhalb des Schuldbeweisgebietes und es müssen die Strengbeweisregeln (§§ 243 (244) ff.) angewendet

1)Wenn man sich überhaupt mit den einschlagenden Fragen beschäftigt, was nicht häufig vorkommt. Aber vgl. z.B. von Kries (Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts), der S.125 behauptet, daß für den Beweis über Prozeßfragen die Regeln gelten müßten, die für die Hauptverhandlung aufgestellt sind. Wenn derselbe Schriftsteller S.172 Anm.74a sagt, "daß der schriftlich gestellte Strafantrag in der Hauptverhandlung verlesen wird, ist völlig selbstverständlich", so soll dies wohl heißen, daß die Verlesung gemäß § 244 (245) Abs.1 stattfinden müsse. Und das ist zu bestreiten. - Anscheinend gehört auch John (STPO 3, 116 f.) zu den Gegnern der richtigen Meinung; aus S.117, Anm.1, lese ich die Meinung heraus, "das Reichsgericht sei nicht in der Lage, Zeugenvernehmungen vor sich stattfinden zu lassen".

werden. Das ist, so meine ich, der Sinn von RGSt 24,263 ff. Dieses Urteil wird von Bennecke-Beling in ihrem Strafprozeßrecht (S.320, 590 Anm.13) getadelt, weil "eine für die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in Betracht kommende Tatsache in Frage stand". Der Grund schlägt nicht durch. Die Tatsache war für die Schuldfrage erheblich, nicht bloß prozessual wichtig; ihr Beweis mußte also nach den Strengbeweisregeln erhoben werden.

X.

Wir haben bis hierher gefunden, daß diese Regeln - als Zwangsvorschriften - aufgestellt sind nicht für dasjenige Gebiet, das außerhalb des Schuld- und Strafbeweises liegt, also nicht für das Gebiet der Prozeßbeweise. Damit haben wir nur einen verneinenden Satz gewonnen. Zu fragen ist, was denn eigentlich für dieses letztere Gebiet gelten soll? Die Antwort ist gefunden, wenn man erwägt, daß die StPO keine einzige allgemeine Vorschrift über Prozeßbeweise aufstellt, daß sie mithin dem freien Ermessen des Urteilenden¹ keine Schranken setzt. Unter diesen Umständen muß die Antwort, wie ich oben vorweg schon behauptete, lauten: beim Prozeßbeweise entscheidet über Art und Umfang der Erhebung der Urteile nach seinem freien Ermessen. Daher die Bezeichnung Freibeweis. Aus der grundsätzlich vollkommenen Freiheit des Ermessens ergibt sich nun ein Weiteres, das zwar selbstverständlich ist, aber nicht übersehen werden darf: Beim Prozeßbeweise gelten die §§ 243 (244) ff. nicht, d.h. sie binden den Urteiler nicht; dieser darf sich aber selbst binden, da wo er dies für zweckmäßig erachtet. Vorausgesetzt, daß das Stadium des Verfahrens die Ausführung der zweckmäßig erscheinenden Maßregel gestattet. - Ich möchte den Versuch machen, an einem Beispiel zu zeigen, wie bei einem Nebeneinander von Strengbeweis und Freibeweis die Stellung des Richters sich gestaltet: Der Angeklagte beantragt in der Hauptverhandlung 1. Instanz die Ladung und Vernehmung von Zeugen darüber, daß er in Notwehr gehandelt habe. Bei der

1) D.h. desjenigen, der den Prozeßbeweis zu erheben und zu würdigen hat. Ich sagte schon, daß dies meist - aber nicht immer - der Richter ist.

Verhandlung über diesen Antrag A wird zweifelhaft, ob er nur "zur Verschleppung" vorgebracht sei. Der Angeklagte selbst bestreitet dies, benennt für die Ernsthaftigkeit seines Antrages A Beweismittel (Zeugen, darunter seine anwesende Ehefrau; Urkunden, darunter ein Leumundszeugnis, das dem Gerichte vorliegt) und verlangt Erhebung dieser Beweise. Dieser Antrag B hat zum Gegenstande die Prozeßfrage, ob der Notwehurantrag A ein ernsthafter Beweis Antrag sei; B ist also nach den Grundsätzen des Freibeweisverfahrens zu behandeln, er ist kein Beweis Antrag im Sinne von § 243 (244) Abs.2, vielmehr nur das, was das Reichsgericht gelegentlich "Beweisanregung" genannt hat. Dafür gilt der § 243 (244) Abs.2 nicht. Will das Gericht, das sich freilich bewußt bleiben muß, daß auch hier die richterliche Aufklärungspflicht besteht (s.o.IV S.12/13), der Anregung nicht stattgeben, so bedarf es dazu keiner förmlichen, ausdrücklichen Ablehnung¹. Wird aber der ablehnende Bescheid verkündet, so mag es meist zweckmäßig sein, den Bescheid mit Gründen zu versehen, notwendig ist dies nicht. Das Gericht darf aber auch der Anregung des Antrages B Folge geben; nach seinem Ermessen ganz oder zum Teil. Dabei gilt dann ferner nicht § 244 (245) Abs.1 und dies bedeutet, daß auch herbeigeschafften Beweisen gegenüber das Gericht ganz frei wählen kann, ob der Beweis erhoben oder nicht erhoben werden soll.² Hält das Gericht es für angemessen, vor der Entscheidung der Prozeßfrage, ob der Notwehrebeweisantrag A ernstlich gemeint sei oder nicht³, etwa Zeugen zu vernehmen, so kann dies eidlich

1) Sie kann auch z.B. in der Weise stillschweigend erfolgen, daß das Gericht der ablehnenden Erklärung oder dem ablehnenden Verhalten des Vorsitzenden nicht widerspricht.

2) Bevor man der Zwangsvorschrift des § 244 (245) Abs.1 nachgibt, muß sicher sein, und zwar immer, daß es sich nicht um einen Freibeweis, sondern um einen Strengbeweis handelt. Die bloße Herbeischaffung des Beweismittels zwingt noch nicht. Das wird manchmal übersehen.

3) Die Erfahrung zeigt, daß hierfür oft die aus den Prozeßakten sich ergebende Prozeßgeschichte die vollständigste, sicherste Aufklärung gewährt. Zeigt sich nach diesen Akten, daß der Antrag A kein Beweis Antrag, sondern ein Verschleppungsantrag ist, so darf das die Akten

oder uneidlich¹ geschehen, dem Zeugen kann aber auch gestattet werden, die Wahrheit seiner Aussage eidesstattlich zu versichern, so daß § 156 StGB anwendbar werden kann. Im Ermessen des Gerichts steht auch, zu bestimmen, durch wen die Vernehmung ausgeführt werden soll: durch einen beauftragten oder ersuchten Richter, oder durch eine andere Person (Polizei); das Gericht darf alle, auch die nichtrichterlichen Vernehmungsprotokolle als Beweismittel benutzen; die Beschränkungen der §§ 249 (250), 250 (251), 252 (253) binden das Gericht beim Freibeweis nicht². Auf den Freibeweis durch Urkunden brauche ich hiernach nicht näher einzugehen. In Anlehnung an mein Beispiel sei nur bemerkt: da hier auch die noch übrigen Muß- oder Sollvorschriften des §§ 253-256 (254-257) als nicht geschrieben anzusehen sind, so dürfen auch Leumundszeugnisse nicht nur gelesen, sondern auch verlesen werden. Für die praktische Anwendung wird aber folgendes zu beachten sein: Das Gesetz mißtraut offensichtlich und aus guten Gründen der Beweiskraft von nichtrichterlichen Protokollen und von Leumundszeugnissen. Werden solche Urkunden "in der Hauptverhandlung" bei einem Freibeweis verlesen, so ist das zwar nicht gesetzlich verboten, aber es ist, namentlich im schwurgerichtlichen Verfahren, zu befürchten, daß die Verlesung über das Freibeweisgebiet tatsächlich, wenn auch ungewollt, auf das Strengbeweisgebiet hinauswirkt. Diese Wirkung wird mit Zuverlässigkeit manchmal nicht auszuschließen sein. Das Gericht wird

kennende Gericht jeden weiteren Beweis über den Antrag B unerhoben lassen. Denn es ist sicher: auch dann, wenn man beim Strengbeweis dem Gerichte die Befugnis der freien Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme versagt, beim Freibeweis muß man ihm diese Befugnis zusprechen.

1) Der § 60 (61) Satz 1, der eigentlich bei den §§ 243 (244) ff. stehen sollte, (vgl. § 65 (66) Abs.1), gilt für den Freibeweis nicht. Dagegen bleiben die Rechte der Zeugen (und Sachverständigen) auf Weigerung der Aussage und des Eides (§§ 51-57 (52-58)) unberührt.

2) Zweifelhaft ist, wie es mit § 251 (252) steht. Nach m.M. handelt es sich hier um das Schweigerecht des Zeugen, das auch beim Freibeweis gelten muß und nicht umgangen werden darf. Vgl. zu dieser Frage Löwe, StPO, Anm.3 zu § 251 (252).

also gut tun, beim freien Urkundenbeweise, z.B. bei unserem Beweise B, in der Regel nicht über dasjenige hinauszugehen, was ihm bei einem Strengbeweise gestattet wäre. - Über das Ergebnis der Freibeweisaufnahme B wird, wie bei einem Strengbeweise, vom Gerichte nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung entschieden¹ Und zwar gemäß § 198 (196) Abs.1 GVG nach absoluter Mehrheit der Stimmen, denn es handelt sich nicht um die Schuldfrage, so daß § 262 (263) Abs.1 unanwendbar ist. - Hat sich das Gericht, ohne oder durch Erhebung des Beweises B, überzeugt, daß der Antrag A keinen Beweis bezweckt, so ist ein Notwehr-Beweis-Antrag im Sinne des § 243 (244) Abs.2 nicht vorhanden. Folglich fehlt für das Gericht ein gesetzlicher Zwang zum Erlaß eines Beschlusses, der auf Ablehnung des Antrages A zu richten wäre. Aber auch hier werden praktische Erwägungen meist dafür sprechen, den Beteiligten zu eröffnen, daß und weshalb auf den Antrag A nicht eingegangen werden solle. Schon die Rücksicht auf die möglicherweise folgende Revisionsinstanz übt einen gewissen Zwang aus, schon jetzt in der Hauptverhandlung (und im Sitzungsprotokolle, nicht erst im Urteile) der 1. Instanz deutlich zu sagen, daß und weshalb man dem Antrag A nicht gefolgt ist: das brauche ich nicht weiter auszuführen. Aber außerdem ist ja möglich, daß der Antragsteller noch andere und bessere Tatsachen und Beweise zugunsten der Ernsthaftigkeit seiner Notwehrbehauptung in petto hat. Tritt er damit erst hervor, wenn er durch den Schluß der Beweisaufnahme über die Meinung des Gerichts aufgeklärt worden ist, dann wird dies leicht zu neuen Anträgen und so zu Weiterungen führen, die gerade in diesem Augenblicke besonders unerwünscht sind. Es ist aber nochmals zu betonen, daß dies Zweckmäßigkeitserwägungen sind, die das Gericht außer Acht lassen darf und die es, etwa im Interesse der Würde des

1) Aber ein Unterschied bleibt bestehen: beim Strengbeweise darf der Richter seine Überzeugung schöpfen nur aus dem "Inbegriff der Verhandlung" (§ 260). Diese Einschränkung besteht nicht beim Freibeweise, wo im Sinne des § 260 (261) überhaupt nicht "verhandelt" wird. Es ist unerheblich, wann, wo, wodurch und wie das Gericht seine Überzeugung gewinnt.

Gerichts, stillschweigend beiseiteschieben wird, wenn die Zwecklosigkeit des Antrages A ganz offen am Tage liegt. - Was ich hier an einem Beispiel ausgeführt habe, stimmt im wesentlichen überein mit den vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen kundgegebenen Grundsätzen. Ich weise dafür hin auf folgende Urteile: aus den Jahren 1881/2 RGRsp 3,407 und RGSt 6,161; aus den Jahren 1908/11 RGSt 42,54 und 44,294; aus neuester Zeit RGSt 55,23 und 55,231. Immer kehrt, in meist ganz allgemeiner Fassung, der Gedanke wieder: "Die Vorschriften der StPO über Art und Form der Beweiserhebung (§§ 243 (244) ff.) gelten nur für die Entscheidung der Schuld- und Straffrage" (RGSt 55,231); außerhalb dieses Gebietes ist es "dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters überlassen, wie er sich die Überzeugung ... verschaffen will", er ist "in der Wahl der Beweismittel, in der Form der Beweiserhebungen und in der Art der Benutzung dieser Erhebungen in der Hauptverhandlung ... nicht beschränkt" (RGSt 38,323; 39,212; 42,54¹). Angesichts dieser Rechtsprechung halte ich es für entbehrlich, auf die Frage einzugehen, ob das Reichsgericht, wenn es gelegentlich einmal von dieser grundsätzlichen Richtung abgewichen ist, dies aus besonderen Gründen des Einzelfalles getan hat, die aus dem (gekürzten?) Abdrucke sich nicht erkennen lassen. Die Bedeutsamkeit der durch lange Jahre fortgesetzten Rechtsprechung des Obergerichtes wird durch Einzelabweichungen, auch wenn diese als Fehlgriffe² gelten müßten, kaum abgeschwächt. - Schließlich bleibt zu fragen, wie es beim Freibeweis mit dem sog. Verbote der Beweisanti-

1) Dieses Urteil sagt zum Freibeweis (ausländischen Rechts) durch Urkunden: "Hierfür kann sich die Form der Verlesung empfehlen". Kurz und treffend!

2) RGSt 11,261 scheint mir dahin zu gehören. Hier handelte es sich um die Voraussetzung der Beeidigung einer angeblich verstandeschwachen (§ 56 (57 Ziff.1) Zeugin, also eines Prozeßschrittes. In den Gründen sagt das Reichsgericht: Werden vor dem Richter 1. Instanz "dieserhalb Beweisanträge gestellt, so kann deren Ablehnung nach § 243, 34 (244,34) nicht ohne begründeten Gerichtsbeschuß rechtsgültig erfolgen". Ich habe oben im Text dargelegt, daß und warum ich dies für unrichtig halten muß.

zipation steht. Man könnte meinen, daß das Gericht hier an dieses Verbot nicht gebunden sei, weil beim Freibeweise das freie Ermessen überall gelte. Das wäre aber verfehlt. Denn der Verbotssatz beruht auf der tatsächlichen Unmöglichkeit, einen Beweis zu würdigen, bevor er erhoben ist (s.o. S.25, 34). Der Satz stellt also nicht eine Rechtsregel dar, er ist deshalb vielmehr ein für jeden Beweis, also auch für den Freibeweis, geltender Erfahrungssatz¹.

XI.

Das Reichsgericht hat öfters ausgesprochen, es seien, "soweit die Feststellung prozessualer Voraussetzungen in Frage kommt, besondere Verfahrensvorschriften nicht gegeben (so RGSt 38,323 (324)). Diese Behauptung, von deren grundsätzlicher Richtigkeit ich hier bis jetzt ausgegangen bin und auch weiterhin ausgehen werde, unterliegt aber nicht unwesentlichen Einschränkungen im einzelnen. Ohne Vollständigkeit anzustreben, sei auf folgendes hingewiesen. Die StPO sagt, unter welchen Umständen Zeugen zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt (§§ 51 (52), 52 (53)) sind, wann sie Fragen gewisser Art unbeantwortet lassen dürfen (§ 54 (55)) oder müssen (§ 53 (54)), wann sie uneidlich vernommen werden müssen (§ 56 (57)) oder dürfen (§ 57 (58)) und wo sie zu vernehmen sind (§ 49 (50)). Schon die Stellung dieser Paragraphen im Buch I ("Allgemeine Bestimmungen") statt in Abschnitt 6 Buch II der StPO ("Hauptverhandlung") zeigt, daß sie nicht bloß für den Strengbeweis gelten sollen, sondern ganz allgemein, also auch für den Freibeweis, mag dieser nun in der 1. oder in der 2. Instanz erhoben werden. Daher kann nicht bezweifelt werden und wird auch wohl allgemein anerkannt, daß bei der Freibeweisaufnahme, z.B. über die Eidesmündigkeit (§ 56 (57) Ziff.1) eines zu vernehmenden Zeugen, die Ehefrau des Angeklagten ihre Aussage und ihren Eid verweigern darf. Das sonst freie Ermessen des Gerichts ist hier durch § 51 (52) Ziff.2 be-

1) Weiter unten wird sich ergeben, inwieweit bei Anfechtung der Freibeweisfeststellungen sich hier doch Abweichungen gegenüber den Strengbeweisfeststellungen ergeben.

schränkt¹. - Wohl noch wichtiger für die Praxis ist folgendes: Das ganze Vorverfahren hat den Zweck, Aufklärung darüber zu schaffen, ob der Beschuldigte "einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig erscheint" (: 201 (203)). Das ist eine Prozeßfrage. Alle Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen im Vorverfahren, auch die Vernehmungen über die Schuld- und Straffrage sind mithin Freibeweiserhebungen und es hinge daher an sich von dem freien Ermessen des Gerichts ab, die betr. Personen schon jetzt zu beeidigen oder sie uneidlich zu hören. Hier greift nun aber das Gesetz durch besondere Verfahrensvorschriften beschränkend ein, indem es einerseits die Regel aufstellt, daß die Beeidigungen bis zur Hauptverhandlung zu verschieben sind (§ 56 (66) Abs.1)², und andererseits unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von dieser Regel zuläßt oder anordnet (§§ 65 (66) Abs.2 u. 3; 222 (223)), so daß die Beeidigung schon vor der Hauptverhandlung erfolgen darf oder erfolgen muß. Das ist bekannt. Ebenso sicher ist, daß die Regel des § 65 (66) Abs.1 vom Gesetz aufgestellt wird, um das Vollgewicht der Beweisaufnahme in die Hauptverhandlung, nicht in das Ermittlungsverfahren zu verlegen, und daß die Ausnahmen der Frühbeeidigungen ihr Gründe hauptsächlich darin haben, weil sonst die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung durch den Verlust des Beweismittels gefährdet wird, oder weil sonst die Klärung der Sachlage für den Eröffnungsbeschluß nicht ausreicht. Daraus folgt dann unmittelbar, daß diese das freie Ermessen des Freibeweisrichters beschränkende Sondervorschriften nur gemeint sein können für solche Beweisfragen, die in den Bereich der Schuld- oder der Straffrage fallen, so daß - trotz § 65 (66) Abs.1 - das Gericht, wenn es z.B. sich veranlaßt sieht, einen Zeugen über die Echtheit der Unterschrift eines Strafantrages eidlich zu vernehmen, die Beeidigung schon im Vorverfahren vornehmen darf. - Auf die sonst im Gesetz ebthaltenen, zahlreichen Vorschriften über die Einschränkung des freien richterlichen Ermessens beim

1) Natürlich gilt § 57 (58) hier ebenso, wie beim Strengbeweise.

2) Die Regel gilt auch für das Beweismittel der Gegenüberstellung (§ 58 (59) Abs.2).

Freibeweise hier auch nur durch Aufstellung einer langen Paragraphenreihe hinzuweisen, erscheint mir ohne Wert. Es genügt zu sagen, daß sie meist den Zweck haben, ein Beweismittel für das Endziel des ganzen Verfahrens, die Beantwortung der Schuld- und Straffrage, möglichst zu sichern. Nur auf § 274 (274) möchte ich hier eingehen, der - wenigstens anscheinend - für die Revisionsinstanz von großer Bedeutung ist. Wenn die Revision gestützt wird auf die Behauptung, daß in der Hauptverhandlung 1. Instanz eine (wesentliche) Förmlichkeit nicht beobachtet worden sei, so ist für das Schicksal des Rechtsmittels entscheidend, ob die behauptete Verletzung bewiesen wird. Der Beweis ist Freibeweis. Nur wenn er gelingt, kann die Revision Erfolg haben. Für diesen Beweis erklärt nun § 274 (274), ganz abweichend von dem das Strafverfahren sonst beherrschenden Wahrheitsgedanken und schräg durchgreifend, nur ein einziges Beweismittel für zulässig: das Sitzungsprotokoll, soweit es nicht etwa gefälscht ist; das angefälschte Protokoll erbringt aber den vollen Beweis für oder gegen die Revisionsbehauptung, je nach seinem Inhalt. Ob dieser Inhalt richtig ist, d.h. ob das, was in der Hauptverhandlung tatsächlich vorgegangen, der Protokollbeurkundung entspricht, das braucht und soll nicht nachgeprüft werden. Es ist bekannt, wie peinlich dies manchmal wirkt, sei es ^{un} zugunsten einer tatsächlich begründeten Rüge, sei es - und dies ist häufiger - zugunsten einer tatsächlich unbegründeten Rüge. Ich erzähle folgenden Fall, nicht weil er etwas Besonderes darstellt, sondern weil Fälle dieser Art leider alltäglich sind: In der Hauptverhandlung eines Schwurgerichts waren von zwanzig geladenen und erschienenen Zeugen fünfzehn vernommen worden; über die anderen Zeugen sagte das Sitzungsprotokoll: "Auf Vernehmung der Zeugen ... (folgen vier Namen) ... wurde allseitig verzichtet." In Wirklichkeit war der Vorgang so gewesen, daß alle Beteiligten erklärt hätten: "Auf weitere Beweisaufnahme wird verzichtet." Also auch auf Vernehmung des im Protokolle nicht genannten fünften Zeugen. Das wurde aber, gemäß § 274 (274) durch die unrichtige und törichte Protokollfassung widerlegt, so daß die auf Verletzung von § 244 (245) Abs.1 gestützte Revision Erfolg .

haben mußte. Jeder Strafrichter hat ähnliches erlebt. Und ich bin überzeugt, er hat dann - wie ich - das Gefühl gehabt, daß hier das Gesetz, nämlich § 274 (274), gewissermaßen einen Zwang ausübt, zur Stützung einer Revision Unwahres, auch wider besseres Wissen, zu behaupten und zu sagen: "Ein Zeuge ist gegen § 244 (245) Abs.1 nicht vernommen worden; Beweis: das Sitzungsprotokoll." Man denke sich einmal hinein in die schlimme Lage eines Verteidigers, der weiß, daß das Protokoll zwar nicht "gefälscht" aber "falsch" ist, und der nun einerseits vom Standpunkt der Moral aus meint, er müsse die Unwahrheit meiden, andererseits aber sich für verpflichtet hält, im Interesse seines verurteilten Klienten sogar eine Lüge zu sagen! - Vermehrt werden solche Peinlichkeiten durch den Beschluß der Vereinigten Strafsenate vom 13. Oktober 1909 (RGSt 43,1), der jede Protokollberichtigung, die zuzugunsten einer vorher erhobenen Revisionsrüge vorgenommen worden ist, für unbeachtlich erklärt¹. - Ohne auf eine Kritik dieses Beschlusses weiter einzugehen, frage ich im Hinblick auf eine zukünftige StPO, wie es wäre, wenn der § 274 (274) im Gesetz fehlte? Dann stünde die Sache so: Der Revisionsrichter wendet bei Beurteilung der Behauptung des Revidenten die Regeln des Freibeweises an und naturgemäß greift er dabei zunächst zum Sitzungsprotokolle; soweit dessen Angaben schlüssig betsirtten werden, fordert er amtliche Erklärungen der Urkundspersonen ein; und wenn es - nach seinem Ermessen! - ihm dann noch nötig erscheinen sollte, erhebt er weiteren Beweis, wobei ihn die Beweisanträge nicht binden. Er ist also hier in derselben Lage wie bei jeden anderem (sic!) Freibeweise (z.B. über den Strafantrag), dessen Erhebung durch das Revisionsgericht erfolgt². Ja, genau genommen, wird dem Richter

1) Der Beschluß berücksichtigt kaum genügend, daß § 274 nur eine Beweisregel aufstellen wirr, nichts weiter.

2) Und es ist mir nicht recht verständlich, wie das Reichsgericht im RGSt 53,1 (8) sagen kann, beim Fehlen des § 274 (274) werde "das Revisionsgericht in einer seiner Stellung nicht zukommenden Weise mit Beweiserhebungen und Verhandlungen über die Richtigkeit prozeßrechtlicher Tatsachen belastet und so von der Erfüllung seiner

hier die Ermittlung der Wahrheit durch das Sitzungsprotokoll sehr erleichtert. Dieses hat zwar gesetzlich (wenn § 274 (274) fehlt) keine Ausnahmestellung bezüglich seines Beweiswertes, tatsächlich wird aber ein Vorrang regelmäßig vorhanden sein, und man wird der Beurkundung folgen, solange sie nicht durch ander Beweis zuverlässig widerlegt wird. Diese Widerlegung ist offenbar schwierig. Es handelt sich dabei durchaus nicht um ein fast unabsehbares Beweisverfahren, wie man dies ganz ausdrücklich bei Schaffung des § 274 (274) ausgesprochen hat¹. Damals und ebenfalls bei Abfassung der Gründe des Beschlusses der Vereinigten Strafsenate RGSt 43, 1 ff. hat man sich wohl kaum ausreichend klargemacht, daß der gegen das Sitzungsprotokoll zu führende Gegenbeweis des Revidenten nicht ein Strengbeweis im Sinne von §§ 243 (244) ff., sondern ein Freibeweis sein werde. Hätte der Gesetzgeber den letzteren unbeschränkt zugelassen, so würde man dem Gesetze den nicht unbegründeten Vorwurf erspart haben, daß es - ohne ausreichenden Grund! - durch § 274 (274) ein Mittel geschaffen habe, die Wahrheit zu unterdrücken und die Unwahrheit zu fördern. Indem es dem Revidenten unter Umständen einerseits die Möglichkeit erschwere, dem unrichtigen Protokolle gegenüber den wahren Sachverhalt zu beweisen, andererseits die Möglichkeit gebe, den Revisionsangriff mit Erfolg auf ein unrichtiges, aber unwiderlegliches Protokoll zu gründen. - Daß in § 274 (274) Satz 2 der Nachweis der Fälschung vorbehalten bleibt, verbessert nichts. Die Erfahrung hat gezeigt, daß dieser Vorbehalt für die Praxis wertlos ist. Ich frage: Wer hat es denn erlebt, daß eine Protokollfälschung begangen, ja auch nur behauptet worden sei?² - Es ist mir nach alledem unerklärlich, daß der Entwurf der StPO von 1908 in seinem § 267 den § 274 (274) der jetzigen StPO einfach wiederholt. Sogar unter aus-

eigentlichen Aufgabe, der bloßen Nachprüfung der Rechtsanwendung, abgezogen ..."

1) Stegemann, Materialien zur StPO Br.I S.258 Anm.1.

2) Der in § 274 (274) Satz 2 zugelassene Fälschungsnachweis ist natürlich im Wege des Freibeweises zu führen. Sollte er einmal gelingen, so ist zweierlei möglich: Entweder ergibt sich, wie das Proto-

drücklicher Billigung des in RGSt 43,1 ausgesprochenen Satzes (vgl. § 266 Abs.5 des Entwurfes).

XII.

Schon oben¹ wurde bemerkt, daß die Ermittlungspflicht des Richters wie für den Strengbeweis so auch für den Freibeweis besteht. Bei jenem endet sie immer erst mit dem Erlasse des Urteils nicht schon mit dem formalen Schlusse der Beweisaufnahme, da diese ja bis zu dem Urteile jederzeit wieder eröffnet werden kann. Bei dem Freibeweise dauert die Pflicht dementsprechend bis zum Erlasse desjenigen Beschlusses, zu dessen Vorbereitung der Freibeweis diente. Jedoch nur, wenn dieser Beschluß ein endgültiger ist (z.B. Beschluß auf Verwerfung eines Wiederaufnahmeantrages gemäß § 410 (370); Beschluß über Ablehnung eines Richters gemäß § 27 (27) f. Trifft dagegen, was die Regel ist, diese Voraussetzung nicht zu oder ergeht überhaupt kein Beschluß (z.B. über die Fragen der Verjährung, des Strafantrages, der res judicata, der sachlichen Zuständigkeit), so dauert auch beim

koll vor der Fälschung gelautet hat, dann beweist dieses den Vorgang, so wie er beurkundet wurde; die Wahrheit der Beurkundung kann nach § 274 (274) Satz 1 nicht in Frage gestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn das Protokoll an der Fälschungsstelle nichts sagte; dann gilt - unwiderleglich -, daß der Vorgang, von dem die eingeschobene Fälschung berichtet, sich nicht ereignet hat. Oder zweitens: Es ergibt sich nur, daß gefälscht worden ist, die ursprüngliche Fassung ist aber nicht wiederherzustellen. Was dann zunächst gilt, ist klar: der Revident kann seine Behauptung "durch das Protokoll" nicht beweisen. Die fernere Folge ist nun aber nicht etwa, daß die Revision ohne weiteres verworfen werden muß. Denn § 274 (274) setzt das Vorhandensein eines Protokolles voraus. Fehlt dieses an der entscheidenden Stelle, weil es überhaupt nicht aufgenommen war, oder weil es ganz oder zum Teil vernichtet wurde, so muß nach der für Prozeßbeweise sonst geltenden Regel verfahren werden: über die Revisionsbehauptung wird ein Freibeweis erhoben. Mit anderen Worten, das Revisionsgericht wird nun doch (vgl. Anm.2 S.61) "in einer seiner Stellung nicht zukommenden Weise belastet"! Trotz § 274 (274)!

1) S. oben Seite 12/13.

Freibeweise die richterliche Ermittlungspflicht fort bis zum Urteile. Ausdrücklich ist dies anerkannt in § 6 (6)¹.

XIII.

Endziel jedes Beweises ist, daß der Richter von der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung überzeugt wird. Es fragt sich, ob nicht für den Freibeweis Einschränkungen gelten. Nämlich dann, wenn das Gesetz Prozeßmaßregeln zuläßt oder anordnet bei bloßem Verdacht: vgl. namentlich §§ 56 (57) Ziff.3; 112 (112); 201 (203); auch § 97 (97); 102 (102). Man könnte meinen, daß hier ein Weniger verlangt werde gegenüber den Fällen des gewöhnlichen Wahrheitsbeweises. Zu Verteidigen wäre dies nur, wenn der Wahrheitsbeweis Gewißheit lieferte. Das trifft nach dem früher Gesagten nicht zu. Die Feststellung beim Wahrheitsbewese bedeutet nicht mehr, als daß der Richter sagt: Ich glaube. Unter dies Maß des subjektiven Glaubens kann man auch beim Verdachtsbeweise nicht heruntergehen. Es ist ausgeschlossen, dem Richter, der an die Schuld (noch) nicht glaubt, z.B. die Verhaftung des Beschuldigten zu gestatten; der Haftbefehl ist ein so scharfer Eingriff, daß er ohne den Glauben an die Schuld nicht zu rechtfertigen wäre. Freilich ein Unterschied besteht trotzdem, und er ist bedeutsam genug; aber er liegt nicht auf dem Gebiete der Beweisbewertung, sondern auf dem der Beweiserhebung². Kommt es nicht auf Wahrheit, vielmehr nur auf Verdacht an, so bedeutet die Schuldfeststellung zwar immer: uch glaube an die Schuld, aber weiter und genauer: ich glaube an sie einstweilen, denn ich bin mir bewußt, daß der Beweis nach Art und Umfang vielleicht noch unvollständig ist, daß er verbessert und vervollständigt werden kann oder muß; ich begnüge mich hier, beim Verdachtsbeweise, mit dem bis jetzt vorliegenden Beweismaterial, weil von mir in diesem Augenblick eine vorläufige Entscheidung über die Schuld gefordert wird. - Dem

1) Durch die Worte: "in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen".

2) Man könnte auch sagen: auf dem Gebiete der richterlichen Prüfungspflicht.

widerspricht auch keineswegs, daß das Gesetz bei dem Verdachtsbeweis öfters einfach von "verdächtig" schlechtweg (§§ 56 (57) Ziff.3; 97 (97); 102 (102), 112 (112)) spricht, dann wieder von "hinreichend verdächtig" (§201 (203)), endlichen von "dringenden Verdachtsgründen" (§112 (112)). Verschiedene Verdachtsstufen werden damit nicht geschaffen. Das muß entgegen der Ansicht betont werden, einerseits der Beschuldigte sei verhaftbar nur oder erst dann, wenn er "dringend verdächtig" sei, andererseits müsse ein Zeuge unbeeidigt bleiben schon dann, wenn er der Teilnahme, Begünstigung oder Hehlerei "einfach verdächtig" sei. Letzteres drückt man auch wohl aus: die Beeidigung dürfe nicht eintreten, schon wenn die Möglichkeit der Teilnahme usw. nicht gänzlich ausgeschlossen sei¹. Zwischen diese beiden Stufen des dringenden und des einfachen Verdachts schiebe sich dann ein die Mittelstufe des hinreichenden Verdachts nach § 201 (203). - Aber wo wären die kennzeichnenden Unterscheidungsmerkmale für solche Stufen zu finden? Die StPO sagt nichts darüber; schon das könnte Bedenken erregen. Aber man erwäge ferner: Die ganze Strafverfolgung kann vereitelt werden und wird oft genug vereitelt, wenn es nicht sofort nach der Tat gelingt, die Person des "Täters" zu greifen; also zu einer Zeit, wo man mit dem Sammeln der Beweise kaum erst den Anfang gemacht haben kann. Wäre es nicht seltsam, wenn jetzt schon für den Haftbeschuß stärkerer Verdacht gefordert würde als später für den Eröffnungsbeschuß, der doch erst auf Grund des durchgeführten, auf möglichst vollständige Sammlung der Schuld- und Unschuldbeweise abzielenden Vorverfahrens ergeht? Es ist auch nicht unwesentlich, daß der Haftbefehl jederzeit wieder aufgehoben werden kann, daß aber der Eröffnungsbeschuß (nach § 209 (210) Abs.1) unwiderruflich ist. So daß also ein Fehler, der bei der Verhaftung

¹ So habe ich in einer erstinstanzlichen Verhandlung vor dem Reichsgerichte selbst einen Antrag auf Nichtbeeidigung von Zeugen begründen hören. Vielleicht war das ein Versehen und jedenfalls wird diese Art der Begründung in RGSt 44,380 (385) gemäßbilligt; freilich wird dann zugleich erklärt: bei § 56 (57) Ziff.3 reiche "schon ein entfernter Verdacht" aus. Darüber weiter unten.

begangen wurde, wenigstens für die Zukunft nicht, weiterwirkt, während ein Fehler des Eröffnungsbeschlusses bis zum Urteile getragen werden muß. Dieser Unterschied hätte den Gesetzgeber eher dazu bringen können, für den Eröffnungsbeschluß schwerere Bedingungen zu setzen, als für den Haftbeschluß. - Ich habe auch nicht gefunden, daß in Wissenschaft oder Rechtsprechung auch nur versucht worden wäre, die drei angeblichen Verdachtsstufen begrifflich zu kennzeichnen. Immer werden nur die Worte wiederholt: Dringender Verdacht, hinreichender Verdacht, Verdacht. Besonders tritt dies hervor bei der wegen Fluchtverdacht erfolgten Verhaftung, wenn im Anschluß an den Text des § 112 (112) der Beschluß neben dem (einfachen) Fluchtverdacht den "dringenden" Verdacht der Tat festzustellen pflegt. Ich bin aber überzeugt, daß unsere Richter hierbei in Wirklichkeit gar nicht unterscheiden: sie verhaften den Beschuldigten, weil sie (vorläufig) zweierlei glauben: erstens, daß der Beschuldigte, wenn er nicht verhaftet werde, die Flucht ergreifen werde, zweitens und namentlich, daß er am Schlusse des Verfahrens als der Tat schuldig sich darstellen werde. Der Verfasser des üblichen roten Haftbefehlsvordrucks mit dem Wortlaute: "welcher dringend verdächtig erscheint"... hat die Gesetzesworte nicht genau gelesen. Der § 112 (112) spricht allerdings von "dringenden Verdachtsgründen", nach bekannter Sprachregel¹, sind damit aber nicht gemeint "Gründe dringenden Verdachts", sie bedeuten vielmehr "dringende Gründe des Verdachts", d.h. des einfachen Verdachts, also Beweise, die gewichtig genug sind, um in dem Richter den Verdachtglauben zu erzeugen, ihm diesen Glauben aufzudrängen. Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte des § 112 (112) bestätigt: der Entwurf (§ 101) verlangte "hinreichende Verdachtsgründe", und man änderte dann in der Kommission, weil das Wort "hinreichend" ein "zu un-

1) Vor Verkennung dieser Regel wird gewarnt in den üblichen Scherzbeispielen von der "reitenden Artilleriekaserne" u.dgl. Ich kann es aber nicht über mich gewinnen, dem Gesetze selbst einen schweren Sprachfehler zuzutrauen.

bestimmter Begriff sei"¹. Daß durch die Fassung des geltenden § 112 (112) die Unbestimmtheit und Nebelhaftigkeit des Entwurfs, die der § 201 (201) StPO ja beibehalten hat, wenig verbessert worden ist, braucht kaum gesagt zu werden. Wesentlich ist mir hier, daß der Austausch nicht etwa deshalb vorgenommen wurde, um die Haftvoraussetzungen zu erschweren. Das Gesetz selbst und der aus der Entstehungsgeschichte erhellende Gesetzgeberwille stimmen also überein: zur Verhaftung genügt derselbe Tatverdachtsbeweis wie zur Eröffnung: er muß "hinreichend" sein, und er braucht nicht mehr als "hinreichend" zu sein. Was das bedeutet, ist angesichts der Zweckbestimmung des Eröffnungsbeschlusses nach § 201 (203) sicher: Das jetzt, bei der Verhaftung oder bei der Eröffnung, vorliegende Beweismaterial muß den Glauben begründen, daß das Endergebnis des Verfahrens die Überführung des Beschuldigten sein werde. - Unter den Voraussetzungen für den Erlaß eines Haftbefehls spielt eine Rolle auch die Schwere der Straftat, d.h. die Höhe der zu erwartenden Strafe. Die StPO spricht dies aus in § 112 (112) Abs.2 Ziff.1 und in § 113 (113). Über das in diesen Paragraphen Gesagte hinauszugehen ist aber nicht zulässig. Das wird nicht selten verkannt; namentlich in Zeiten politischer Erregung². Dann werden fast immer in der Öffentlichkeit Forderungen laut, daß alle Personen, die mit der "schweren Tat" auch nur entfernt als durch irgendwelche Umstände in Verbindung stehend gedacht werden können, in Haft genommen oder in Haft behalten werden müßten, bis sie sich von dem auf ihnen lastenden "schweren Verdacht" gereinigt hätten. Und das findet dann Billigung bei solchen, die meinen, daß nur so, bei schnellstem Zugreifen Aussicht vorhanden sei, allen Verbrechensspuren nachzugehen und das als vorhanden vorauszusetzende Netz von Tätern, Anstiftern, Gehilfen u und Begünstigern unschädlich zu machen; es liege im Interesse des Staates, gegen dessen Bestand sich das Staatsverbrechen richte, hier nicht zu warten, bis Beweis für einen hinreichenden Tat-

1) Stegemann, Materialien z.StPO S.658.

2) Ich schreibe dies 1922.

verdacht beschafft seien. Das ist aber nur zu rechtfertigen, wenn und soweit eben im Staatsinteresse wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besondere Vorschriften erlassen worden sind, durch welche die Verhaftung erlaubt wird, obwohl die Haftvoraussetzungen der StPO noch nicht erfüllt sind. Jedenfalls ist beim Fehlen von Sondervorschriften der Standpunkt des Gesetzes in § 112 (112) ff. ein anderer. Der § 112 (112) kennt nicht den "schweren Verdacht" in dem oben angedeuteten Sinne, namentlich nicht den Verdacht des schweren "Staatsverbrechens"; der Paragraph ist weit davon entfernt, bei dem Beschuldigten hier schon wegen der Art der Beschuldigung einen Grundsatz der Vermutung eines Schuldverdachts aufzustellen. Die Prozeßordnung sagt über solche Verdachtsvermutung ebensowenig etwas wie über eine Vermutung der Schuld selbst. - Trotzdem spielt bei Beantwortung der Haftfrage in der Praxis die Höhe der zu erwartenden Strafe mit Recht eine oft entscheidende Rolle¹. Denn § 112 (112) Abs.1 bestimmt nicht, die Untersuchungshaft "müsse" verhängt werden, sondern sie "dürfe" es; das Gesetz gibt also eine Ermächtigung, und von dieser wird der Richter regelmäßig nur dann Gebrauch machen, wenn außer den vom Gesetze genannten Haftvoraussetzungen noch andere Umstände vorliegen, d.h. bewiesen sind, durch welche die scharfe Ausnahmemaaßregel der Haft notwendig gemacht wird, so daß sie nicht umgangen werden kann. Die Beantwortung der Frage, welchen Umständen diese Wirkung beizulegen sei, ist dem richterlichen Ermessen überlassen; von allgemeiner Bedeutung ist dabei naturgemäß eben die Höhe der zukünftigen Strafe. Alles das kann angesichts der Fassung des § 112 (112) nicht bezweifelt werden. Ich erwähne dies auch nur, um auf zwei Punkte hinzuweisen; die manchmal wohl nicht ausreichend beachtet werden: Wenn in erregten Zeiten die Grenzen zwischen Recht und Unrecht für Vieler Augen unerkennbar geworden sind, dann wird eine Straftat, die sonst als schwer galt, vielleicht milder zu bewerten sein, etwa weil der Täter sie gar für eine löbliche Tat angesehen hat, indem

1) Auch außerhalb des Bereichs von § 112 (112) Abs.1 Ziff.1.

er von einem immerhin entschuldbaren Irrtum ausging. Und das ist nicht erst beim Urteile, sondern schon vorher bei der Entscheidung über die Haftfrage zu berücksichtigen. Zweitens und nicht minder wichtig ist, daß die Verhaftung wegen einer politisch gefärbten Tat sich geradezu verbieten kann, wenn zu befürchten ist, daß infolge der Festnahme eine allgemeine, gefährliche Erregung entstehen oder gesteigert werden könnte. Es gibt keinen Satz des Inhaltes, daß der Strafrichter bei seinen Prozeßanordnungen politische Motive oder Folgen außer acht zu lassen habe. - Nach dem oben Gesagten sollte folgendes ganz sicher sein: Wenn die Eröffnungskammer gegen den Beschuldigten, den sie gemäß § 201 (203) als hinreichend verdächtig bezeichnet, das Hauptverfahren eröffnet, und wenn nun zugleich gemäß § 205 (207) Abs.2 über die Haft zu beschließen ist, dann ist es ausgeschlossen, zu erklären, daß die hinreichenden Verdachtsgründe nicht dringende seien; durch Feststellung des hinreichenden Verdachtes aus § 201 (203) sind die dringenden Verdachtsgründe des § 112 (112) Abs.1 mitfestgestellt.- Ähnlich steht es bei § 56 (57) Ziff.3. Das Gesetz verbietet hier die Beeidigung bestimmter Zeugen nicht etwa deshalb, weil bei diesen Zeugen erfahrungsgemäß der Eideszwang kein geeignetes Mittel sei, eine wahre Aussage zu erzielen¹. Der Grund des Eidesverbotes liegt vielmehr darin, daß diese Zeugen, als Teilnehmer usw., d.h. als Mitbeschuldigte, eigentlich auf die Anklagebank gehören würden (§ 3 (3)), und daß sie mehr nur aus Zufall, da sie schon verurteilt

1) Wäre dies der Grund des Verbotes von § 56 (57) Ziff.3, dann würde kaum zu verstehen sein, warum das Gesetz bei der Regel des Eideszwanges beharrt, wenn das Gericht überzeugt ist, daß der Zeuge bei seiner (einstweilen unbeeidigten) Aussage gelogen hat. Hier bleibt es bei der Erzwingung des (Nach-)Eides, also eines Meineides, obwohl sogar bewiesen ist, daß der Zwang des bevorstehenden Eides auf den Zeugen nicht gewirkt hat! - Man kann auch nicht sagen, daß es hier bei der Regel des Eides bleiben müsse, weil sonst jeder Zeuge nur recht kräftig zu lügen brauche, um vom Eide loszukommen. Letzteres bleibt immer ungewiß. Und dies Argument würde auch gegen § 56 (57) Ziff.3 gelten.

oder noch nicht angeklagt sind, am Zeugentische stehen¹: Ist die Wahrscheinlichkeit da, daß eine Person auch formell morgen Angeklagter ist oder doch sein kann, so soll dies schon heute berücksichtigt werden, indem man den "allgemeinen Prozeßgrundsatz", daß ein Mitangeklagter nicht Zeuge sein kann, wenigstens insoweit vorwirken läßt, als man die Beeidigung dieser Person verbietet. Dann aber muß derjenige Verdacht, von dem § 56 (57) Ziff.3 spricht, mindestens gleich sein an Stärke demjenigen Verdachte, wie er nach § 201 (203) zur Eröffnung des Hauptverfahrens erfordert wird, d.h. er muß "hinreichend" sein im oben angegebenen Sinne. Und deshalb ist es zu ~~zu~~ billigen, wenn das Reichsgericht in seinem Urteile vom 28.März 1911 (RGSt 44,380 [3857]) die Feststellung der "bloßen Möglichkeit", der Zeuge könne schuldig oder mitschuldig sein, für ungenügend erklärt. Nicht zu billigen ist es aber, wenn dasselbe Urteile (S.385) weiter sagt, auf das Maß des Verdachtes komme es nicht an: "auch ein entfernter Verdacht reicht aus". Was damit im Gegensatze zu der für nicht ausreichend erklärten bloßen Verdachtsmöglichkeit gemeint sein soll, ist nicht gesagt und nicht zu finden. Und außerdem: Wenn das Gericht einen Zeugen nach § 56 (57) Ziff.3 als mitverdächtig nicht beeidigt, so erhebt es gegen ihn ausdrücklich die Beschuldigung einer Teilnahme. Schon aus Billigkeitsgründen darf dies nur geschehen, wenn ausreichender Beweis dafür vorliegt, wenn, wie § 112 (112) Abs.1 es ausdrückt, "dringende Verdachtsgründe" vorhanden sind.

XIV.

Unter Nr.V sind oben von mir vorweg noch folgende Behauptungen aufgestellt worden:

1. Strengbeweise erhebt nur der Richter 1.Instant, Freibeweise auch der Richter 2.Instanz.
2. Bei beiden Beweisarten gilt für die Beweiswürdigung freies Ermessen des Richters;

1) Das kann man auch herauslesen aus den Motiven zu § 46 Abs.2 des Entwurfes (Materialien S.108), die das Beeidigungsverbot als "Folge allgemeiner Prozeßgrundsätze" bezeichnen.

3. Feststellungen des Richters 1. Instanz, die auf Grund einer Freibeweisaufnahme getroffen worden sind, binden den Richter 2. Instanz nicht; sie sind, auch wenn sie nicht auf Rechtsirrtum beruhen, anfechtbar schon auf Grund der Behauptung, die Feststellung der 2. (sic! richtig gewiß: 1.) Instanz sei tatsächlich unrichtig.

Zur Begründung der beiden ersten Sätze, deren Richtigkeit sich aus dem bisher Gesagten ergibt, habe ich an dieser Stelle nichts Neues anzuführen. Sie werden auch vom Reichsgerichte grundsätzlich anerkannt¹, oder doch nicht bestritten. Freilich mit Ausnahmen. So findet sich in RGRsp 1,270 in einem 1880 ergangenen Urteile über die Frage, ob gegen einen Zeugen der Teilnahmeverdacht zulässig verneint sei, der Ausspruch: Diese Frage könne in der Revisionsinstanz ebensowenig entschieden werden, "wie die Frage, ob gegen einen Angeklagten der Schuldbeweis geführt sei". Es wird damit der Freibeweis über einen Teilnahmeverdacht des Zeugen dem Strengbeweise über die Schuld des Angeklagten gleichgestellt und geschlossen, aus dieser Gleichstellung ergebe sich, daß der zweite Richter den Freibeweis nicht erheben könne. Das ist nicht richtig, weil die Gleichstellung verfehlt ist, und ich glaube auch, daß das Reichsgericht jetzt nicht mehr so sprechen würde, wie es 1880 gesprochen hat. Das Urteil

1) Ein Beispiel von vielen bietet RGSt 54,22: Das Reichsgericht habe "Verfahrensrügen grundsätzlich auch nach der tatsächlichen Seite frei und selbständig zu beurteilen, gegebenenfalls sogar von Amtswegen Beweise zu erheben". - Ähnlich schon RGSt 11,261: bei Prüfung der "tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung einer Prozeßregel", sei der Revisionsrichter grundsätzlich zu freier Prüfung berechtigt und verpflichtet".

2) Und noch viel später! Ich verweise auf RGRsp 9,551, das allerdings nur von Schwurgerichtssachen redet. Aber auch in diesen wird über den Freibeweis, d.h. über die Frage, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einer Prozeßmaßregel vorliegen, allein durch das Gericht entschieden. Da die Geschworenen hierbei nicht mitwirken, so richtet sich die Revisionsbehauptung, jene Voraussetzungen seien mit Unrecht als bewiesen (oder als nichtbewiesen) angenommen, auch hier gegen eine Entscheidung des Gerichtes, nicht der Geschworenen. Ich kann deshalb nicht verstehen, warum Schwurgerichtssachen anders behandelt werden müßten als Strafkammersachen.

von 1880 scheint in seinem letzten Grunde auf der Anschauung zu beruhen: Beweis sei Beweis; nur der erste Richter, der "Tatrichter", habe Beweis zu erheben und über Beweisfragen zu entscheiden; die zweite Instanz sei überhaupt keine Beweisinstanz; sie sei an die tatsächlichen Feststellungen des "Tatrichters" gebunden; nur ob dieser im Rechte geirrt habe, sei in der Revisionsinstanz zu untersuchen. Diese Anschauung beruht wie man längst erkannt hat, auf Irrtum¹⁾. Wenn wir trotzdem oft sagen, daß die Feststellungen des Tatrichters unanfechtbar seien, so ist dies allerdings richtig, aber nur mit dem Vorbehalte, daß unter "Tat" hier nicht jede Tatsache, vielmehr lediglich die Straftat verstanden wird. Tatsächliche Feststellungen des Unterrichters, die außerhalb des Rahmens der Straftatfrage, einschließlich der Straffrage, liegen, sind unanfechtbar. Und falsch ist weiter die Meinung, daß in der Revisionsinstanz keine Beweise zu erheben seien. Damit kommt ich zu meinem dritten Satze, zu dessen Begründung noch folgendes angeführt sei: Bei jeder Revision besteht für den Revisionsrichter die Notwendigkeit, Tatsachen aufzuklären, d.h. Beweise zu erheben und sie zu würdigen. Er muß mindestens feststellen, wer das Rechtsmittel eingelegt hat, ob Formen und Fristen dafür gewahrt sind, ob die Tatsachen vorhanden sind, die die Zuständigkeit des Gerichtes begründen, endlich ob der Angeklagte auch jetzt noch verhandlungsfähig ist. Eine ganze Reihe von Beweisfragen muß also immer geklärt sein, ehe mit der eigentlichen Revisionsverhandlung begonnen, oder das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden kann. Auch hier, wie früher in einem anderen Zusammenhange, ist zu sagen, daß die Durchführung dieses Beweisverfahrens in weitaus den meisten

1) Der Irrtum wirkt vielleicht noch nach in dem Plenarbeschlusse von 1909 (vgl. oben S.61 Anm.2), indem dieser davon spricht, es komme dem Revisionsgerichte "nach seiner Stellung" nicht zu, mit Beweiserhebungen über die Richtigkeit prozeßrechtlicher Tatsachen "belastet" zu werden. Ich gehe auf diese Wendung, die für den Beschluß wohl ohne entscheidende Bedeutung gewesen ist, schon deshalb nicht näher ein, weil das Wort "belastet" auch im Sinne von "überlastet" gedeutet werden kann.

Fällen den Beteiligten kaum recht deutlich zum Bewußtsein kommt, wenn nämlich Zweifel über die einzelnen Tatsachen nicht bestehen, auch nicht geltend gemacht werden; und ferner: weil dieses Verfahren als Freibeweisverfahren nach allen Richtungen von jeder gesetzlichen Bindung frei ist, so daß insbesondere ein nach außen erkennbar hervortretendes Verhandeln des Gerichts mit den Parteien nur in seltenen Ausnahmen stattfindet, weil es entbehrlich ist; und schließlich auch: weil das Gericht nach der Beweiserhebung sehr oft über diese keine ausdrückliche Entscheidung abgibt; die letztere erfolgt dann stillschweigend durch und in der Fortsetzung des Revisionsverfahrens. - Schon damit ist die Behauptung widerlegt, der Revisionsrichter sei - "nach seiner Stellung"-zur Entscheidung über Tatsachen nicht berufen. Die Unrichtigkeit dieser Meinung wird aber weiter verdeutlicht in denjenigen Fällen, wo in der Revisionsinstanz tatsächliche Behauptungen wiederholt oder neu vorgebracht werden zur Begründung einer Einrede der Unzulässigkeit dieses Strafverfahrens: etwa wegen Verjährung der Strafverfolgung, wegen mangelnden Strafantrages, wegen Begnadigung oder wegen rechtskräftig entschiedener Sache. Hier ist eine Zurückverweisung in die Vorinstanz ausgeschlossen, über die Einrede muß jetzt in der 2. Instanz entschieden werden, und dazu ist die Beweiserhebung über die Einredetatsachen unentbehrlich. Alles dies folgt aus § 392 (352) Abs. 1 in Verbindung mit § 375 (336). Es ergibt sich aus diesen Paragraphen insbesondere, daß bei Angriffen der Revision gegen die in § 375 (336) erwähnten Entscheidungen die Prüfung des Obergerichtes sich nicht zu beschränken hat auf die Frage, ob bei der Vorentscheidung kein Rechtsirrtum untergelaufen sei, daß vielmehr auch zu untersuchen ist, ob die prozessuale Vorentscheidung auf ausreichender tatsächlicher Grundlage ruht. Vorausgesetzt, daß die Revision unter Angabe schlüssiger Tatsachen geltend macht, daß und weshalb der Sachverhalt in Wirklichkeit anders sei als der Vorderrichter angenommen habe (§ 392 (352)). Bei der hiernach dem Revisionsgerichte zugewiesenen neuen Beweiserhebung sind die Feststellungen der Vorinstanz nicht binden, und diese ihre An-

fechtbarkeit ist auch gesetzgeberisch gerechtfertigt, eben weil jene Feststellungen auf einem Freibeweisverfahren beruhen, bei dem die scharfen Sicherungsvorschriften der §§ 243 (244) ff. nicht beobachtet zu werden brauchten. Nur da, wo diese Paragraphen gelten und gewissermaßen die fehlende Berufungsinstanz ersetzen, läßt es sich rechtfertigen, wenn man die Beweisannahmen der Unterinstanz auch für die Oberinstanz maßgebend sein läßt und ihre Anfechtung ausschließt. Dazu kommt, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des verurteilten Angeklagten in sehr weitem Umfange zulässig ist: hier wirkt namentlich § 399 (359) Ziff.5 wie ein Berufungersatz. Endlich gilt für das schwurgerichtliche Verfahren die Anschauung, daß der Ausspruch der Geschworenen über die Schuldfrage als wahr gelten müsse und deshalb keiner Nachprüfung unterworfen werden dürfe. Alle diese für die Machtlosigkeit des Revisionsrichters in Beweisfragen anzuführenden Gründe fehlen, sobald es sich um freibeweisliche Feststellungen handelt: solche werden von den Geschworenen nicht getroffen; ferner können hier Irrtümer, selbst solche über Tatsachen, nicht zur Begründung eines Wiederaufnahmeantrages dienen; undlich und vor allem hat hier die in den §§ 243 (244) ff. gegebene sichernde Wirkung des Strengbeweisverfahrens gefehlt. - Auf erhobene Rüge der Revisionsinstanz sind also die erstinstanzlichen Freibeweise zu wiederholen, eventuell auch zu ergänzen und dann von neuem zu würdigen. Der Revisionsrichter muß dies tun nach § 392 (352) Abs.1. Er ist auch dazu imstande; und zwar in allen Fällen. Allerdings wird diese nachprüfende Beweistätigkeit schon durch die zentrale Lage des Revisionsgerichtes meist erschwert sein, was aber durch die unbeschränkte Zulassung aller Beweismittel, auch der nichtrichterlichen Protokolle und der Protokolle über die sog. kommissarischen Vernehmungen, einigermaßen ausgeglichen wird. Ferner ist zuzugeben, daß ~~---~~ ganz allgemein und sehr wesentlich die Nachprüfung des Revisionsrichters dadurch erschwert wird, daß sie naturgemäß später als die angefochtene Beweiserhebung erfolgt, mithin zu einer Zeit, in der die aufzuklärenden Tatsachen schon durch den verschleiern den Zeitablauf schwerer erkennbar geworden sein werden. Aber dem-

gegenüber ist wiederum folgendes zu beachten: Die Revision wird in Fällen der Art, wie ich sie hier ins Auge fasse, gestützt auf die Behauptung, ein Prozeßschritt des 1. Richters sei unzulässig gewesen. Also z.B.: in der Hauptverhandlung der Vorinstanz sei der Angeklagte verhandlungsunfähig gewesen; die Annahme seiner Verhandlungsfähigkeit beruhe auf einem tatsächlichen Irrtum des Vorderrichters. Es ist ohne weiteres klar, daß dieser Angriff nur dann Erfolg haben kann, wenn jetzt, in der Revisionsinstanz, die frühere (in der Hauptverhandlung der 1. Instanz vorhandene) Verhandlungsunfähigkeit voll erwiesen wird. Der Angriff bleibt erfolglos nicht nur dann, wenn die frühere Verhandlungsfähigkeit jetzt voll erwiesen wird, sondern auch schon dann, wenn die neue Beweisaufnahme dem Revisionsrichter nur ein non liquet beschafft, d.h. wenn dieser nach dem Beweisergebnis sich sagt: Ich kann nicht sehen, daß der 1. Richter sich tatsächlich geirrt hat. Im Zweifel behält also der 1. Richter recht! Und das wird besonders wichtig da, wo es sich um Tatsachen handelt, bei deren Beweise die freie richterliche Überzeugung sehr im Vordergrunde steht. Ein Beispiel wird das klarmachen. Der § 56 (57) bezeichnet die unbedingt zu vernehmenden Zeugen und er nennt in Ziff. 1 (1):

a) wer bei der Vernehmung des 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,

b) wer wegen mangelnder Verstandesreife ... von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung hat.

Diese beiden Gruppen des Eidesunmündigen (a) und der Eidesunreifen (b) werden gleichgestellt: beide dürfen nicht beeidigt werden. Der Unterschied ist nur der, daß bei den Zeugen der Gruppe a das jugendliche Alter, bei den Zeugen der Gruppe b das Fehlen der Eidesreife bewiesen sein muß; sonst tritt die Regel der Beeidigung (§ 60 (61)) in Kraft. Von einem freien richterlichen Ermessen, von einer freien Wahl des Richters, ob er beeidigen wolle, solle, dürfe oder müsse, ist nicht die Rede. Die Eidesfrage ist abhängig gemacht nur von der Entscheidung über die Beweisfrage: bei a über das Alter, bei b über die Reife. Bei allen Beweisfragen gilt freie Beweiswürdigung, d.h. der Richter

entscheidet nach seiner freien Überzeugung, ohne an Beweisregeln gebunden zu sein¹, darüber, ob (bei a) das Unmündigkeitsalter, ob (bei b) die Unreife erwiesen sei. Meist ist nun die Feststellung des Alters einfach: der Geburtstag des Zeugen wird durch glaubwürdige Angabe (einer Urkunde oder einer Person, oft des Zeugen selbst) ermittelt; dann folgt eine Zählung der Jahre, die seit dem Geburtstage bis heute, dem Vernehmungstage, verfließen sind; und danach fällt dann schließlich die Entscheidung über das Alter des Zeugen und über die Beeidigung. Als Richter hat man dabei das Gefühl, namentlich wenn eine Geburtsurkunde vorliegt, als ob es zu einer Beweiswürdigung auf Grund freier Überzeugung gar nicht kommt, da man ja durch den Geburtstag und das Rechenexempel gebunden, also nicht frei sei. Und wenn in der Revisionsinstanz das Obergericht in die Lage kommt, die Altersfrage nachzuprüfen, dann ist es ebenso: das Datum und die Jahreszählung zwingen die Entscheidung auf. Sehr anders ist, praktisch angesehen, die Lage beim Beweise der Eidesunreife im Falle b. Man hat keine Urkunden, keine Daten und Rechnungen, oder auch nur diesem ähnliches. Hier ist zu fragen, zunächst, ob der Verstand des Zeugen unreif oder schwach sei, und dann, ob infolge eines erwiesenen Verstandes mangels der Zeuge vom Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung habe. Diese Fragen sind so geartet, daß ein unmittelbarer Beweis, wie er bei a die Regel ist, bei b so gut wie ausgeschlossen erscheint. Meist wird von ausschlaggebender Bedeutung der Eindruck sein, den die Persönlichkeit des Zeugen, der jetzt vor dem Richter steht, auf diesen macht. Bei der Entscheidung wirkt hier die freie richterliche Überzeugung mit voller Kraft, und dessen ist sich der den Beweis würdigende Richter auch durchaus bewußt. Prüft dann der Oberrichter die Entscheidung nach, so kann er die Beweisaufnahme wiederholen. Gezwungen ist er dazu aber nach den für den Freibeweis geltenden Grundsätzen nicht. Selbst dann nicht, wenn neue Beweise von der Revision angeboten sein sollten. Er kann

1) Die Ausnahme des § 264 (274) kommt hier nicht in Betracht.

sie unerhoben lassen und darf, wenn ihn die Erwägungen des erstinstanzlichen Beschlusses rechtlich wie tatsächlich von dessen Richtigkeit überzeugen, sich darauf beschränken, zu sagen, daß die Vorentscheidung weder einen rechtlichen noch einen tatsächlichen Irrtum erkennen lasse. Hat er die Beweisaufnahme wiederholt¹, so kann die Revision mit ihrer tatsächlichen Rüge nur durchdringen, wenn sich ergibt, daß die Feststellung des 1. Richters falsch war, während, wie bemerkt, bei einem non liquet es bei jener Feststellung verbleiben muß. Angesichts der Flüssigkeit der Beweistatsachen bei Fall b wird das non-liquet-Ergebnis so sehr die Regel sein, daß man sagen kann: die erstrichterlichen Feststellungen über Eidesreise- oder -unreife sind zwar grundsätzlich anfechtbar, Erfolg kann aber die Anfechtung so gut wie niemals haben. Während in dem Falle der Eidesunmündigkeit (a) der Nachweis eines tatsächlichen Irrtums und damit der Erfolg des Revisionsangriffes durchaus im Bereiche der Möglichkeit liegt (Beispiel: RGSt 20,163). - Dasselbe Verhältnis besteht zwischen den beiden Fällen des § 56 (57) Ziff.3: einerseits der bereits erfolgten Verurteilung wegen Teilnahme usw., andererseits des (bei der Vernehmung) gegen den Zeugen bestehenden Verdachtes² der Teilnahme usw. Der Gegensatz

1) Wobei es ihm freisteht, selbst in der Revisionsverhandlung den Zeugen zu vernehmen und so dessen Persönlichkeit wirken zu lassen.

2) Über den Sinn der Worte "verdächtig sind" habe ich bereits gesprochen. Um Mißverständnissen vorzubeugen sei noch folgendes bemerkt. Der Ausdruck kann verschieden ausgelegt werden. Einmal dahin: Der Richter, indem er den Verdacht feststellt, sagt damit: "ich, der Richter, glaube an die Teilnahme des Zeugen; dieser erscheint mir verdächtig". Dann mag später in der Oberinstanz noch so sicher dargetan werden, daß der Zeuge in Wirklichkeit nicht Teilnehmer gewesen ist, daß der Zeuge selbst, etwa weil er unbeeidigt bleiben wollte, durch sein Verhalten in dem Richter den falschen Glauben an die Teilnahme erregt hat, das Verdächtigsein in diesem Sinne wird dadurch nicht berührt, es ist unanfechtbar festgestellt. Diese Auslegung ist nach dem oben Gesagten zu verwerfen. Richtig ist vielmehr die zweite Auslegung, wonach die Feststellung des Verdachts besagt: "es sind Tatsachen erwiesen, aus denen (einstweilen) auf die Teilnahme des Zeugen zu schließen ist". Es liegt auf der Hand, daß

tritt vielleicht hier bei Ziff.3 (3) noch schärfer hervor als bei Ziff.1 (1). Die Flüssigkeit der Beweistatsachen ist freilich bei beiden Gruppen gleichgroß, die Schwierigkeit des Gegenbeweises wird aber bei dem Teilnahmeverdachte der Ziff.3 (3) sehr wesentlich dadurch erhöht, daß bei der Verdachtsfrage auszugehen ist von der Beweislage, wie sie im Augenblicke des Beschlusses 1.Instanz bestand, und daß diese Beweislage zwar der 1.Richter bei seiner Entscheidung vor sich hatte, nicht aber der 2.Richter, der bei seiner späteren Nachprüfung in der Revisionsinstanz die frühere Beweislage kaum je so sicher wiederherstellen kann, um zuverlässig sagen zu können, die Vorentscheidung sei falsch gewesen. Bei Nachprüfung des Beweises der Eidesunreife (Ziff.1 (1)) ist der 2.Richter, da er den Zeugen selbst wieder vernehmen kann, wenigstens einigermaßen imstande, die Beweislage der Vorinstanz wiederherzustellen (vgl. S.77 Anm.1).

Welchen Standpunkt das Reichsgericht hier einnimmt, ist in so zahlreichen Urteilen ausgesprochen worden, daß ich, um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, mich auf einige der wichtigsten Beispiele beschränken werde, die sich in den beiden Entscheidungssammlungen darbieten. Die Hauptpunkte muß ich aber wegen ihrer Bedeutung eingehend erörtern, selbst wenn dabei manchmal schon früher Gesagtes zu wiederholen ist. - Mit voller Deutlichkeit wird von Anfang an und bis in die neueste Zeit oft der Grundsatz hingestellt, daß bei der Würdigung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung einer Prozeßregel der Revisionsrichter durch Feststellungen des Instanzrichters nicht gebunden, vielmehr zu freier selbständiger Prüfung berechtigt und verpflichtet sei (Beispiel: RGSt 4,388; 54,22). Und der Hauptunterschied zwischen den beiden Beweisarten, die ich hier Strengbeweis und Freibeweis benenne, wird klar erkannt und ebenso klar wie erfreulich unumwunden anerkannt z.B. in

hierbei der Verdachtschluß hinfällig werden kann, wenn die tatsächlichen Grundlagen als auf Irrtum . der etwa durch Täuschung erregt sei - beruhend, dargetan werden. Dann also wäre eine Anfechtung nicht ausgeschlossen. - Freilich scheint dies nicht die Meinung des Reichsgerichts zu sein. Darüber später im Texte.

RGSt 56,49 (50): "Die Schuldfrage kann nur bejaht werden, wenn die Schuld des Angeklagten zur vollen Überzeugung des Gerichtes nachgewiesen erscheint; sie ist zu verneinen, wenn sie nicht voll erweislich ist. Die Beweislage gegenüber der Amnestiefrage ist aber die umgekehrte. Die Amnestie kommt dem Angeklagten nicht schon dann zugute, wenn mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß ihre Voraussetzungen vorliegen. Vielmehr ... nur dann, ... wenn ihre Voraussetzungen voll nachgewiesen sind." Dazu ferner RGSt 55,231: "Das Revisionsgericht hat von Amts wegen selbständig und auf Grund eigener Sachuntersuchung die Amnestiefrage zu entscheiden". Und endlich RGSt 38,39 (40): "Da es sich um die dem Prozeßrecht angehörige Frage des Strafantrages handelt, so war diesseits [d.h. in der Revisionsinstanz] eine Nachprüfung auf Grund des vorliegenden Akteninhaltes zulässig und geboten." - Bis hierher wird dem Reichsgerichte beizutreten sein. Nur sind die letztangeführten Worte über den Akteninhalt nicht falsch zu deuten. Nämlich dahin, daß der Inhalt der Akten, und nur dieser, bei der Nachprüfung benutzt werden dürfe und maßgebend sein müsse. Das wäre mit den Anschauungen der StPO über die Stellung des Richters im Beweisverfahren, namentlich im Freibeweisverfahren¹, unvereinbar. Die Worte erklären sich wohl aus der Lage des Einzelfalles: Der Akteninhalt bot die Möglichkeit zu entscheiden, wann der Strafantrag gestellt war, und auf welche Strafhandlungen er sich bezog. Das ist in der Praxis die Regel: Die Akten liegen vor, bei ihnen pflegt der Strafantrag sich zu befinden, er pflegt das beste, bereite und erschöpfende Beweismittel zu sein. Man wird diesen Regelfall bei RGSt 38,39 unterstellen dürfen. Wenn aber der Akteninhalt einmal nicht ausreicht, dann hat der nachprüfende Richter beim Antragsbeweise, wie bei jedem anderen

1) Den Satz quod non est in actis, non est in mundo kennt die StPO (außer etwa bei § 274 (274)) nirgends, die richterliche Prüfungspflicht ist unbeschränkt. Sie besteht auch im Freibeweisverfahren. Das Reichsgericht kann nicht meinen, daß ein Strafantrag, der wirksam gestellt worden ist, als nicht gestellt behandelt werden muß, wenn die Antragsurkunde etwa später verloren gegangen ist.

Prozeßbeweise, jedes Beweismittel zu benutzen, er ist dazu be-
rechtigt und verpflichtet, wie es der 1. Richter war, d.h. da es
sich um Freibeweis handelt, nach freiem Ermessen, so wie oben
dargelegt. - Von dieser Regel macht aber das Reichsgericht eine
äußerlich bedeutsam erscheinende Ausnahme. Und zwar von Anfang an.
Schon in RGSt 4,388 (389) (aus dem Jahre 1881) wird dem Revisions-
richter das Recht und die Pflicht der tatsächlichen Nachprüfung
nicht zuerkannt, wo "erkennbar das freie Ermessen des Instanz-
richters entscheiden soll". Das wird dann später öfters und nicht
selten mit ganz ähnlichen Wendungen wiederholt, z.B. in RGSt 11,
261 (262): keine Nachprüfung auf "demjenigen Gebiete, welches vom
Gesetze dem freien Ermessen, d.h. der auf Grund der Würdigung der
konkreten Tatsachen gewonnenen Überzeugung des Instanzrichters
überwiesen ist". Und aus der neuesten Zeit RGSt 54,22: "Eine Be-
schränkung des Revisionsgerichtes ergibt sich aber insoweit, als
nach der StPO dem Tatrichter freies oder pflichtmäßiges Ermessen
vorbehalten ist. Vom Revisionsgericht ist dann nur zu prüfen, ob
sich der Tatrichter im Bereich solchen Ermessens bewegt hat."
Sowie RGSt 58,186 (187): "Die Entscheidung der Frage, ob ein
Zeuge ... der Teilnahme verdächtig erscheint, ist dem pflichtmäßi-
gen Ermessen des Tatrichters überlassen"; sie ist "nur daraufhin
nachzuprüfen, ob sie auf Rechtsirrtum beruht"¹. -

1) Befremden erregt RGSt 58,373. Hier hatte die Revision behauptet,
der (notwendige) Verteidiger sei in der Hauptverhandlung 1. Instanz
verhandlungsunfähig gewesen. Das Reichsgericht verwirft das Rechts-
mittel und sagt, unter Verweisung auf RGSt 1,149 und 29,324: Wie
bei der Frage, ob der Angeklagte selbst verhandlungsfähig gewesen
sei, so sei auch hier "eine Nachprüfung gemäß § 376 (337) StPO
ausgeschlossen". Dann prüft das Reichsgericht aber doch! Und zwar
so: "Im vorliegenden Falle hat Rechtsanwalt B ausweislich des
Sitzungsprotokolles alle Verrichtungen des Verteidigers von Anfang
bis zu Ende der Hauptverhandlung wahrgenommen, überall an geeigne-
ter Stelle das Wort ergriffen und sachgemäße Anträge gestellt;
eine Beanstandung seiner Tätigkeit ist ... von keiner Seite er-
folgt und das Gericht hat gegen seine Verhandlungs- und Vertei-
digungsfähigkeit ersichtlich keine Bedenken gehabt. Damit [?]]
steht

Es ist nun richtig, daß die StPO oft dem Richter gestattet, genauer: befiehlt, nach seinem Ermessen zu entscheiden. Sie stellt dann einen bestimmt umgrenzten Tatbestand, zeigt mehrere Wege (Prozeßschriften) und sagt schließlich dem Richter (dem Sinne nach): "Wenn jener Tatbestand gegeben ist, so hast du einen dieser Wege zu gehen, die Wahl steht dir frei." Die Ausdrucksweise ist dabei verschieden. Nicht selten wird vom "richterlichen Ermessen" (z.B. § 57 (58) Abs.1; § 149 (149) Abs.3 gesprochen, oder vom "freien Ermessen" (z.B. § 245 (246) Abs.4); oder die mehreren Wahlwege werden mit "oder" nebeneinander gestellt (z.B. § 267 (268) Abs.1; § 94 (94 Abs.1). Häufig heißt es, der Richter "darf", er "ist befugt" oder - und dies ist sehr oft - er "kann", wobei dann zu ergänzen ist: er darf, ist befugt, kann tun, er darf aber auch unterlassen¹. Wenn nun eine Revision die gewählte Prozeßmaßregel beanstandet, weil sie das Gesetz verletze (§ 375 (336)), dann kann diese Rüge gestützt werden auf die Behauptung entweder, daß derjenige Tatbestand, welcher nach dem Gesetze die Voraussetzung der Ermessenswahl bildet, nicht vorhanden gewesen sei, oder, daß der 1.Richter falsch gewählt habe. Die Nachprüfung in der ersten Richtung ist dem Revisionsrichter freigegeben, in der zweiten Richtung aber im allgemeinen nicht. Beispiel: eine Zeugin, die als "Verlobte" ausgesagt hatte, ist gemäß §§ 51 (52) Ziff.1; § 57 (58) Abs.1 nicht beeidigt worden; die Revision rügt dies und sie behauptet: 1. Die Zeugin sei nicht Verlobte des Angeklagten gewesen und 2. sei ihre Aussage für die Schuldentscheidung so wichtig gewesen, daß der Eid auch von der wirklich Verlobten habe gefordert

diese auch für den Revisionsrichter fest und es ist für eine Nachprüfung kein Raum". - Ist das Obergericht sich etwa der Richtigkeit seines Standpunktes nicht ganz sicher gewesen und hat es deshalb die soeben als unzulässig bezeichnete Nachprüfung - auf alle Fälle - vorgenommen? - Ich brauche kaum zu sagen, daß von meinem Standpunkt aus die Prüfung stattfinden konnte und mußte und daß nach ihrem Ergebnis die Revision mit Recht verworfen worden ist.

1) Bei einer Zählung der Einzelfälle solcher Ermessenszulassung bin ich, allein in der StPO selbst, auf über 100 gekommen. Beispiele: §§ 2 (2) Abs.1 u.2; 4 (4) Abs.1; 12 (12) Abs.2; 13 (13) Abs.2 u.3.

werden müssen. Dann hat der Obergerichter über die Verlobnisfrage 1, ohne an eine Feststellung des Untergerichtes gebunden zu sein, nach Freibeweiserhebung selbständig neu zu entscheiden, dagegen steht ihm über die Wahlfrage 2, ob Eid oder Nichteid, eine Nachprüfung, was das Angemessene gewesen sei, nicht zu. Er mag vielleicht der Meinung sein, daß er als Instanzrichter, unter den vorliegenden Umständen den Eid gefordert hätte. Aber das kann Bedeutung nicht beanspruchen. Denn das "richterliche Ermessen" des § 57 (58) ist das Ermessen des 1. Richters, der die Aussage entgegengenommen hat und vor die Frage gestellt war, welchen Weg er gehen wollte, den Weg des Eides oder den Weg der Nichtbeeidigung. Hier (bei Frage 2) hat der Revisionsrichter nur nachzuprüfen, ob bei der Wahl der Richter 1. Instanz "im Bereiche des pflichtmäßigen Ermessens sich bewegt hat" (so die Wendung in RGSt 54,22), was nicht bedeutet: ob das Ermessen objektiv richtig ausgeübt sei, - denn Ermessen ist immer subjektiv -, sondern nur bedeuten kann: hat der 1. Richter einen der ihm zur Wahl gestellten Wege gewählt, und hat er wirklich frei gewählt? Denn auch in diesen Richtungen können Fehler vorkommen; etwa so: die Zeugin meines Beispiels ist nicht beeidigt worden, das Gericht aber hat von ihr eine eidesstattliche Versicherung, daß ihre Aussage wahr sei, erfordert und entgegengenommen; oder so: der 1. Richter hat die Verlobte unbeeidigt gelassen, weil er irrtümlich annahm, das Gesetz verbiete ihre Beeidigung. - In allen diesen Fällen der wirklichen Ermessenswahl ist zur Frage der Nachprüfung mein vorstehend angegebener Standpunkt kein anderer als der des Reichsgerichts, wenigstens kenne ich keine abweichenden Entscheidungen. - Aber die oben S.80 angeführten Urteile liegen auf einem ganz anderen Gebiete als dem dieser Ermessenswahl, wo, wie wir soeben gesehen, der Tatrichter, wenn ein bestimmter Tatbestand erwiesen ist, nach seinem Ermessen einen von den mehreren Wegen zu wählen hat, die ihm das Gesetz zeigt. Davon ist bei den reichsgerichtlichen Ermessensfällen, wovon RGSt 4,388; 11,261; 54,22; 58,186 Beispiele bieten, nicht die Rede. Zwar habe ich nicht den geringsten Zweifel, daß auch das Reichs-

gericht folgendes anerkannt: Wenn ein Angeklagter nicht verhandlungsfähig ist, dann kann und darf mit ihm nicht verhandelt werden; wenn ein Zeuge teilnahmeverdächtig ist, oder wenn er eidesunreif ist, dann darf er nicht beeidigt werden; es ist sicher, daß hier kein Wahlrecht, daß vielmehr Zwang besteht. Aber das Reichsgericht meint, daß der Tatrichter über die Vorfragen, ob der Angeklagte verhandlungsfähig, ob der Zeuge teilnahmeverdächtig oder eidesunreif sei, also darüber, ob diese Tatsachen bewiesen seien, mithin über Beweisfragen, nach seinem "freien oder¹ pflichtmäßigen Ermessen" entscheidet, und zwar, so wird weiter gefolgert, unanfechtbar. Daß dies der Sinn der soeben angeführten Revisionsurteile ist, ergibt sich aus ihnen selbst und wird auch noch anderweit erkennbar. Schon in RGRsp 1,269 (270) wird gesagt, daß die Frage des Teilnahmeverdacht "in der Revisionsinstanz ebensowenig entschieden werden kann² wie die Frage, ob gegen einen Angeklagten der Schuldbeweis geführt sei", und noch deutlicher in RGSt 28,111 (113): "Die Frage nach der Verdächtigkeit eines Zeugen im Sinne des § 56 (57) Ziff.3 ist in tatsächlicher Beziehung vom Gerichte nach seinem freien Ermessen auf Grund der Ergebnisse der Hauptverhandlung zu beurteilen und das Resultat dieser Prüfung ist der Anfechtung in der Revisionsinstanz entzogen." Und ähnlich in RGSt 44,172 (173): "Ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Teilnahmeverdacht vorliegen, hat der Tatrichter allein zu entscheiden"³. - Nach alledem glaube ich

1) Oder? Richtiger wäre wohl "und". Das ist auch wohl gemeint. Denn es ist unbestreitbar, daß auch das freieste Ermessen immer unter dem Gebote der richterlichen Pflicht, vor allem der Unparteilichkeit, stehen muß.

2) Dieser Ausdruck ("kann nicht") soll wohl bedeuten: in dem Revisionsverfahren, wie es nun einmal durch die StPO geregelt worden ist, ist eine Beweisaufnahme über ... gesetzlich unstatthaft.

3) Ich verweise außerdem noch auf RGSt 25,362. Hier handelte es sich um die Anfechtung der Feststellung der Nichtbefangenheit eines Sachverständigen. Das Urteil erklärt, es ergebe sich "aus allgemeinen Prozeßgrundsätzen, daß das Revisionsgericht sich mit einer materiellen Prüfung der auf tatsächlichem Gebiete liegenden Gründe,

nicht fehlzugehen, wenn ich die Meinung des Reichsgerichts so zusammenfasse: Der Grundsatz, daß die Beweiswürdigung frei sei, gilt überall, beim Strengbeweise wie beim Freibeweise. Die erstinstanzlichen Feststellungen aber, die auf Grund eines Freibeweises getroffen worden sind, unterliegen, in scharfem Gegensatz zu den strengbeweislichen und unanfechtbaren Feststellungen über die Schuld- und Straffrage, regelmäßig der Anfechtung im Wege der Revision. Ausnahmsweise unanfechtbar ist nun aber doch wieder ein Teil jener freibeweislichen Feststellungen der 1. Instanz, nämlich diejenigen, deren Unanfechtbarkeit das Gesetz erkennbar will. Wie begründet das Reichsgericht diese Ausnahme? Etwa mit ihrer Unentbehrlichkeit, weil ohne Zulassung der Ausnahme eine zielsichere Durchführung des Verfahrens unmöglich sei? Was das Gesetz eigentlich wolle, sei maßgebend und müsse gelten, auch wenn es nicht ausgesprochen sei¹. Das ist hier nicht der Standpunkt des Reichsgerichts. Die mitgeteilten Entscheidungen zeigen vielmehr, daß die Ausnahme gestützt wird auf den angeblich erkennbaren, also den wirklich ausgesprochenen Willen des Gesetzes. Angeführt werden aber auch noch der § 260 (261) und ferner die §§ 375, 376 (336, 337) StPO. Ich gehe zunächst auf diese Paragraphen ein.

Der § 260 (261) gilt nicht auf dem Gebiete des Freibeweises., auf dem wir uns hier bewegen. Das was er von "der" Beweis-

welche für die Befangenheit geltend gemacht werden, nicht zu befassen hat (§§ 375 (336), 376 (337) StPO)".) Die Anführung dieser beiden §§ läßt erkennen, welcher "allgemeine Prozeßgrundsatz" hier gemeint ist: das Revisionsgericht entscheidet nur über Rechtsfragen, nicht über Beweisfragen. Heute würde das Reichsgericht diese Begründung wohl nicht wiederholen. Vielleicht würde es jetzt - entsprechend RGSt 44,8 (9), wo es sich um den Begriff der "großen Entfernung" im Sinne des § 222 (223) Abs.2 handelte -, sagen: das für den Begriff der Befangenheit "maßgebende richterliche Ermessen ... läßt sich durch allgemeine Regeln nicht binden, ... es unterliegt der Beurteilung des Patrichters".

1) Wie bekannt haben einige Zivilsenate des Reichsgerichts ähnliche Begründungen (z.B. bei Aufwertungsfragen) für unentbehrlich gehalten und gebilligt.

aufnahme sagt, ist auf den Beweis über Schuld und Strafe zu beziehen. Das habe ich bereits oben ausgeführt. Der § 260 (261) sagt aber ferner auch nichts davon, daß die in ihm erwähnten Entscheidungen unanfechtbar seien. Daß diese Unanfechtbarkeit besteht, ist allerdings sicher, sie gründet sich aber nicht auf § 260 (261), sondern auf eine andere Gesetzesstelle. Schon deshalb versagt hier die Berufung auf § 260 (261) allein. Außerdem sagt § 260 (261) nicht, daß das Gericht (der 1. Instanz) nach seinem "freien Ermessen", sondern daß es nach seiner "freien Überzeugung" entscheide. Der Unterschied liegt nicht nur in den Worten, er ist auch sachlich. Wählt der Richter nach seinem Ermessen, etwa zwischen Eid und Nichteid (§ 57 (58)) oder zwischen Voreid und Nacheid (§ 60 (61)), so betrifft seine Entscheidung etwas, was in Zukunft geschehen soll; er ist dabei nicht abhängig von dem Ergebnis irgendeiner Beweisaufnahme, und in diesem Sinne ist seine Ermessenswahl eine durchaus freie. Entscheidet er dagegen gemäß § 260 (261) nach seiner "freien Überzeugung" über einen Beweis, so hat seine Feststellung zum Gegenstand etwas Vergangenes oder Gegenwärtiges; er antwortet nicht auf die Frage, was geschehen soll, sondern auf die Frage, was geschehen ist oder was ist. Allerdings ist er dabei "frei", auch wenn es sich um einen Strengbeweis handelt, aber der Satz, daß jeder Beweisrichter nach seiner freien Überzeugung entscheidet, bedeutet nur, daß er bei der Beweiswürdigung an keine gesetzliche Beweisregel gebunden ist. Der Satz bedeutet nicht, daß der Richter trotz der Beweisaufnahme nach seinem "Ermessen" zwischen Ja und Nein "frei" wählen könne und solle. Der Richter ist vielmehr in einer Beziehung gebunden. Und zwar durch die Überzeugung, die eben durch die Beweisaufnahme selbst in ihm geschaffen worden ist. Der § 260 (261) sagt dies ganz deutlich. Das Gesetz rechnet hier damit, daß in dem Richter durch das, was er in der Beweisaufnahme sinnlich wahrgenommen hat, ein Glaube oder ein Nichtglaube bezüglich der Beweistatsachen erzeugt worden ist. Von diesem Glauben (Nichtglauben) darf er nun nicht mehr abweichen; es ist ihm nicht gestattet, während er innerlich glaubt, über das Ergebnis der Beweisauf-

nahme zu entscheiden, als ob er nicht glaube. Dies "Ermessen" wird ausgeschlossen; seine Überzeugung muß die Grundlage für seine Beweisbeurteilung (Feststellung) sein, nicht ein davon möglicherweise abweichendes freies Ermessen. - Gegen die Heranziehung des § 260 (261) an dieser Stelle sei aber schließlich auf den oben schon einmal berührten Umstand hingewiesen, daß § 260 (261) den Grundsatz von der Freiheit der Beweiswürdigung, der das ganze Strafverfahren beherrscht, nicht in voller Reinheit zum Ausdruck bringt. Der § 260 (261) sagt nicht, daß das Gericht "nach seiner freien Überzeugung", sondern daß es entscheide "nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung". Damit bewirkt diese Vorschrift, auf demjenigen Gebiete, auf dem sie gelten will, d.h. auf dem Gebiete des Schuld- und Strafbeweises, eine positivgesetzliche Einschränkung des Grundsatzes von der freien Beweiswürdigung. Und diese Einschränkung, um derentwillen gerade der sonst entbehrliche Paragraph geschaffen ist, und um derentwillen er gerade an dieser Stelle unter den Strengbeweisevorschrift steht, gilt nicht für den Freibeweis. Für diesen letzteren lautet also, wie hier zu wiederholen, der Grundsatz unbeschränkt: das Gericht schöpft seine Überzeugung aus jeder Quelle und entscheidet nach seiner so - ganz frei - gewonnenen Überzeugung¹. Ich zweifle auch gar nicht, daß das Reichsgericht hierüber derselben Meinung ist. Denn es ist schlechthin undenkbar, neben der von mir geschilderten ganz freien Beweiswürdigung, die in den Regelfällen der Prozeßvoraussetzungsbeweise gelten soll, eine noch

1) Das Verbot anderer Quellen als des "Inbegriffs der Verhandlung" ist für das Gebiet des Freibeweises schon deshalb schlechthin unmöglich, weil, wie immer wieder zu betonen, der Freibeweis eine Verhandlung im Sinne des § 260 (261) nicht voraussetzt. Daß das einschränkende Verbot beim Strengbeweise, so wie es § 260 (261) aufstellt, schwer durchführbar ist, ja daß es manchmal trotz bestem Willen des Richters von ihm nicht befolgt werden kann, weil die Psyche des Richters sich eben nicht immer zwingen läßt und manchmal ihre eigenen Wege geht, habe ich oben S.11 gezeigt. Der grundsätzliche Unterschied zwischen freiem Ermessen und freier Überzeugung ist trotzdem festzuhalten.

freihere Beweiswürdigung in den Ausnahmefällen derselben zuzulassen. wo wäre die Grenze zu ziehen zwischen der einfachen Regelfreiheit und der größeren Ausnahmefreiheit? Was das Reichsgericht meint, ist folgendes: In gewissen Fällen sei die Feststellung des Untergerichts ausnahmsweise unanfechtbar und insofern "frei", nämlich anfechtungsfrei. Daß hierfür aus § 260 (261) nichts entnommen werden kann, habe ich gezeigt.

Kann aber die Meinung etwa auf §§ 375 (336), 376 (337) gestützt werden? Auch dies ist zu verneinen, und ich halte die Berufung auf diese Paragraphen für einen Fehler, der vielleicht nur ein lapsus calami ist. Allerdings sagt das Gesetz hier, daß "der Revisionsrichter nicht zu der Prüfung berufen sei, ob der Vorderrichter den vorliegenden Straffall in tatsächlicher Hinsicht richtig beurteilt habe"¹. Das ist so sicher, daß ich es nicht weiter begründe. Dieser erste Regelsatz, den man auch so ausdrücken kann, daß man sagt: die erstinstanzlichen Feststellungen sind für die Revision unanfechtbar, gilt aber, und das ist ebenso sicher, nur für die Feststellungen zur Schuld- und Straffrage. Er gilt nicht für die Feststellungen der sog. Prozeßvoraussetzungen. Das folgt aus § 392 (352) Abs.1, wonach der revisionsrichterlichen Prüfung, insoweit das Rechtsmittel auf Mängel des Verfahrens gestützt wird, auch Tatsachen unterliegen, vorausgesetzt, daß diese bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet worden sind. Das Reichsgericht ist denn auch, wie ich oben belegt habe, von jeher davon ausgegangen, daß bei Prozeßrügen die Nachprüfung des Revisionsrichters nicht auf das Gebiet der Rechtsfragen beschränkt ist, sich vielmehr auf das der Tatfragen zu erstrecken habe. Dies Anerkennnis beruht ausschließlich auf § 392 (352), die §§ 375 (336), 376 (337) kommen hierfür nicht in Betracht. Mit anderen Worten: während aus den §§ 375 (336), 376 (337) jener erste Regelsatz von der Unanfechtbarkeit der Feststellungen des 1. Richters zur Schuld- und Straffrage zu entnehmen ist, folgt aus § 392 (352), daß für die Prozeßvoraussetzungen, trotz und neben jenem ersten, ein zweiter Regel-

1) Löwe, Anm.2a zu § 376 (337).

satz besteht, nämlich der von der Anfechtbarkeit der unterrichtlichen Feststellungen. Und dieser zweite Regelsatz lautet in § 392 (352) ausnahmslos; er bezieht sich zwar "nur" auf "diejenigen Tatsachen, welche bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet worden sind"; aber er bezieht sich auf alle diese Tatsachen; Ausnahmen werden hier in § 392 (352) nicht gemacht, sie ergeben sich auch nicht aus §§ 375 (336), 376 (337).

Wieder fragen wir: Worauf kann die Meinung des Reichsgerichts gestützt werden, daß für einige Tatsachen der zweite Regelsatz von der Anfechtbarkeit nicht gelte? Die Antwort des Reichsgerichts ist: Die Unanfechtbarkeit gilt, "soweit erkennbar das freie d.h. das anfechtungsfreie¹ Ermessen des Tatrichters entscheiden soll". Ausdrücklich ausgesprochen ist dies Soll an keiner Stelle; die vom Reichsgericht mehrfach angeführten Stellen (§§ 260 (261), 375 (336), 376 (337)) sagen es nicht; das habe ich gezeigt. Und doch ist der Wille des Gesetzes, das Soll, erkennbar? Woran? Die Antwort hierauf, die ich schon weiter oben einmal angedeutet habe, kann nur sein, daß es unter den Prozeßtatsachen, die hier in Betracht kommen, einige gibt, die so geartet sind, daß wohl der erste, aber nicht der zweite Richter über sie Feststellungen treffen könne. Darum, so lege ich mir die Urteile des Reichsgerichts weiter aus, würde das Gesetz von dem Revisionsrichter etwas Unmögliches fordern, wenn es ihm die Verpflichtung aufbürden wolle, die Feststellungen der 1. Instanz tatsächlich nachzuprüfen. Das Gesetz müsse also, indem es die so besonders gearteten Tatsachen zu Prozeßvoraussetzungen mache, ausnahmsweise¹ die Unanfechtbarkeit der erstinstanz-

1) Viel weiter ging in seiner 11. Aufl. Löwe, Anm. 2b zu § 376, wo die Ausnahme der Unanfechtbarkeit erstreckt wurde auf alle diejenigen Tatsachenfeststellungen, welche "auf dem Ergebnis der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung beruhen". Danach wäre, wenn das Untergericht in seiner Hauptverhandlung über die Rechtzeitigkeit des Strafantrages Zeugenbeweis erhoben und dann die Rechtzeitigkeit festgestellt hätte, diese Feststellung unanfechtbar gewesen! In der 16. Aufl. ist die frühere Ansicht preisgegeben; die Unanfechtbarkeit wird jetzt behauptet, für diejenigen Feststellungen, "über deren Vorliegen der Tatrichter in der Hauptverhandlung [?]

lichen Feststellungen wollen. Dieser Schluß ließe sich hören, wenn in den Ausnahmefällen (also z.B. in dem Falle des § 56 (57) Ziff.1: "nicht genügende Vorstellung von dem Wesen und der Bedeutung des Eides") die Nachprüfung wirklich unmöglich wäre. Aber das ist nicht die Meinung des Gesetzes. Allerdings ist eins ohne weiteres zuzugeben: Die zweite Prüfung des Revisionsrichters ist schwieriger als die erste des Tatrichters, eben deshalb, weil der Tatrichter den zu beurteilenden Tatbestand unmittelbar selbst wahrnimmt, was bei der zweiten, also späteren Prüfung des Revisionsrichters nicht zutrifft. Aber man erwäge: Voraussetzung einer Verurteilung ist immer, daß schuldhaft gehandelt wurde, und dazu muß die Zurechnungsfähigkeit des Täters festgestellt werden. Hierbei handelt es sich um den Beweis einer inneren Tatsache, die in der Vergangenheit, oft jahrelang, zurückliegt. Und doch geht das Gesetz davon aus, daß der Tatrichter imstande ist, die Frage der Zurechnungsfähigkeit zu beantworten. Warum sollte es meinen, daß es dem Revisionsrichter nicht möglich sei, die Frage der Eidesfähigkeit, des Teilnahmeverdachts usw. zu beantworten? Und wenn man sich darauf berufen will, daß manche Prozeßvoraussetzungen in der 1.Instanz zum mindesten leichter und deshalb vermutlich zuverlässiger feststellbar sind als in der 2.Instanz, so hätte dies vielleicht den Gesetzgeber veranlassen können, Ausnahmen von der allgemeinen Nachprüfungsvorschrift des § 392 (352) Abs.1 ausdrücklich auszusprechen. Da ein solcher Ausspruch fehlt, er auch, wie gezeigt, aus den §§ 260 (261), 375 (336), 376 (337) nicht entnommen werden kann, so ist die Meinung des Reichsgerichts Ausnahmen seien doch vorhanden, sie seien "erkennbar", ohne ausreichende gesetzliche Grundlage. Für die Zulassung der Ausnahmen bestand und besteht aber noch aus einem anderen Grunde kein gesetzgeberisches Bedürfnis. Denn jede auf einen "Mangel des Verfahrens" (§ 392 (352)) gestützt Revision muß erfolglos bleiben, wenn in der 2.Instanz nicht vollbewiesen wird, daß das Verfahren des 1.Richters fehlerhaft gewesen sei. An dem hiernach

nach freiem oder pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden hat". Das kommt im allgemeinen hinaus auf die Meinung des Reichsgerichts

notwendigen Mangelbeweise fehlt es nicht nur dann, wenn die tatsächlichen Behauptungen der Revision voll widerlegt werden, sondern auch schon dann, wenn sie zwar nicht voll widerlegt werden können, andererseits aber auch nicht voll beweisbar sind. Darum durfte ich oben davon ausgehen, daß die Feststellungen der 1. Instanz im Zweifel bestehen bleiben, d.h. auch dann, wenn in der 2. Instanz bezüglich des behaupteten Mangels ein non liquet sich ergibt. Und das ist besonders bedeutsam bei den Ausnahmefällen des Reichsgerichts: Nachdem und weil der entscheidende Augenblick der Hauptverhandlung 1. Instanz in der Vergangenheit unwiederherstellbar untergetaucht ist, behält bei der späteren Revisionsverhandlung, eben weil diese die spätere ist, der 1. Richter in der Regel recht, oder genauer, es kann der Beweis, er habe sich (tatsächlich) geirrt, nicht geführt werden. - Wer trotz alledem die Ausnahmen von der Regel der Anfechtbarkeit für notwendig hält, läßt unberücksichtigt, daß die in der Revisionsinstanz zu erhebenden Beweise immer, also auch hier, Freibeweise sind. Was das bedeutet, haben wir gesehen: Da die §§ 243 (244) ff. nicht gelten, so ist der Revisionsrichter an die Beweis-Behauptungen und Beweis-Vorschläge (nicht -Anträge!) des Revidenten nicht gebunden. Beschränkt dieser sich etwa darauf, ohne neue Tatsachen oder Beweismittel anzuführen, zu sagen, die Feststellung des 1. Richters sei falsch, so darf der 2. Richter schon auf Grundlage des Akteninhaltes ohne weiteres so entscheiden: "Ich finde keine begründeten Bedenken gegen die angefochtene Feststellung, folglich auch nicht gegen das Verfahren des 1. Richters, und ich verwerfe deshalb die Revision". Er darf aber auch anders vorgehen, und er wird dies - im Interesse der ihm obliegenden Wahrheitsermittlung - namentlich dann zu tun sich für verpflichtet halten, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht sind, die den Prozeßfehler wahrscheinlich machen können. Dann darf (nicht muß) der 2. Richter die neuen Beweise, mit oder ohne die alten, erheben und nun, je nach dem Ausfalle dieser Freibeweiserhebung, über deren Umfang er ebenso, wie über deren Art nach seinem Ermessen befindet, entscheiden, ob der behauptete Fehler begangen worden

Immer wieder ist zu sagen, daß bei jedem Freibeweise, also auch bei diesem, jeder Richter, also auch hier der Revisionsrichter, in keiner Weise gebunden ist, weder in der Richtung des Ob überhaupt, noch in der des Wie, noch in der des Wieviel, und daraus ergibt sich, daß Befürchtungen, durch die Revision könnte dem Revisionsrichter etwa eine turba testium aufgedrängt werden, ohne Grund sind. - Schließlich will ich nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, daß die Grenze zwischen dem Gebiete der Anfechtbarkeitsregel einerseits und dem Gebiete der Unanfechtbarkeitsausnahme andererseits im einzelnen Falle schwer findbar und noch schwerer zu rechtfertigen ist. Wie steht es z.B. mit der Feststellung der Tatsache des Verlöbnisses (§ 51 (52) Ziff.1) oder der des Anvertrautseins (§ 52 (53))? Würde das Reichsgericht hier die Nachprüfung zulassen oder nicht?¹ Und weiter sind die tatsächlichen Feststellungen, auf denen die Verwerfung des Ablehnungsgesuches gegen einen Sachverständigen beruht (§ 74 (74)), anfechtbar? Und ist es ebenso oder anders, wenn es sich um das Ablehnungsgesuch gegen einen erkennenden Richter handelt (§ 28 (28) Abs.2)? Das Reichsgericht hat entschieden, daß die Fälle nicht gleich zu behandeln seien: Nach RGSt 25,361 steht dem Revisionsgerichte die "materielle Prüfung der auf tatsächlichem Gebiete liegenden Gründe, welche für die Befangenheit eines Sachverständigen geltend gemacht werden", nicht zu. Anders soll es aber sein (RGSt 7,340), wenn das Ablehnungsgesuch einen erkennenden Richter betroffen hatte. Gesetzgeberische Gründe für diese unterschiedliche Behandlung werden nicht angeführt; es wird auch die Unanfechtbarkeit im Sachverständigenfalle nicht etwa darauf gestützt, daß hier - als Ausnahme von der Regel des § 392 (352 Abs.1) - der 1.Richter seine Feststellung nach freiem Ermessen und deshalb unanfechtbar getroffen habe, RGSt 25,361 stützt sich vielmehr im

1) Die Urteile RGSt 10,117; 14,7; 40,420, sowie GolzdArch 49,266 handeln nur von der Frage, ob der 1.Richter den Rechtsbegriff des Verlöbnisses i.S. von § 51 (52) Ziff.1 verkannt habe, sie kommen also für die Frage der Nachprüfung in tatsächlicher Richtung nicht in Betracht. Nicht anders scheint es zu stehen mit RGSt 2,182.

Gegenteil auf "die allgemeinen Prozeßgrundsätze" der §§ 375 (336), 376 (337), - eine Berufung, die ich oben schon als verfehlt nachgewiesen habe. Und die Zulassung der Nachprüfung bei Verwerfung der Richterablehnung wiederum wird in RGSt 7,340 allein durch den Hinweis auf § 28 (28) Abs.2 gerechtfertigt. Aber auch das reicht nicht aus, um den Unterschied zwischen den beiden Gruppen zu begründen. Vielmehr steht die Sache so: Die allgemeine Regel ist, wie das Reichsgericht selbst zugibt, bei der Feststellung von Prozeßvoraussetzungen deren Anfechtbarkeit. Wenn diese Regel in § 28 (28) Abs.2 noch ausdrücklich für Ablehnungsgesuche gegen einen erkennenden Richter ausgesprochen worden ist, so hat dies seinen Grund nicht darin, daß man eine Ausnahme von irgendeiner Regel schaffen wollte; es hat vielmehr seinen Grund in der Vorschrift des § 28 (28) Abs.1, durch welche die Anfechtung auf den Weg der sofortigen Beschwerde verwiesen wird. Dieser Weg durfte und sollte, wenn es sich um einen erkennenden Richter handelte, nicht gangbar sein. Das ist in RGSt 7,341 zutreffend ausgeführt. Bei § 74 (74) brauchte eine dem § 28 (28) Abs.2 entsprechende Vorschrift nicht hinzugefügt zu werden. Sie wäre wegen § 392 (352) Abs.1 überflüssig gewesen.

Es lohnt sich, an ein paar Einzelfällen die Folgen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung aufzudecken. Dazu wähle ich wieder a) die als anfechtbar behandelte tatsächliche Feststellung des nicht vollendeten Alters der Eidesfähigkeit (§ 56 (57) Ziff.1: RGSt 20,163) einerseits, und b) die als unanfechtbar bezeichnete tatsächliche Feststellung des Teilnahmeverdacht (9 56 (57) Ziff.3: RGSt 44,172) andererseits. Zu a sei folgender Sachverhalt unterstellt: In der Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht erklärt eine Zeugin, sie sei etwa 15 Jahre alt, ihren Geburtstag kenne sie nicht¹. Sie bleibt, weil der Augenschein nicht gegen

1) Bei deutschen Zeugen wird dies eine seltene Ausnahme sein. Anders steht es schon mit Ausländern, namentlich mit solchen, die vor einem unserer ostdeutschen Grenzgerichte als Zeugen erscheinen. In Oberschlesien habe ich selbst Fälle dieser Art erlebt. Als Richter 1.Instanz hatte ich dabei manchmal das peinliche Gefühl, daß der Zeuge sein

ihre Angabe spricht und auch sonst kein Grund zum Mißtrauen vorliegt, unbeeidigt. Wenn dann die Revision gestützt wird auf die tatsächliche Behauptung, daß die Zeugin bei ihrer Vernehmung voll 16 Jahre alt, mithin eidesmündig, gewesen sei, so ist das Rechtsmittel schon um dieser Behauptung willen zulässig. Das Revisionsgericht hat infolgedessen, vorausgesetzt natürlich, daß die sog. Beruhensfrage nicht verneint werden kann, die Aufgabe, durch Beweiserhebung aufzuklären, ob die Meinung des 1. Richters, daß die Zeugin zur Zeit ihrer Vernehmung noch nicht 16 Jahre alt gewesen sei, auf einen (sic!) tatsächlichen Irrtum beruht habe. - Zu b unterstelle ich folgendes: Der als teilnahmeverdächtig bezeichnete und deshalb nicht beeidigt Zeuge war bestochen; deshalb verschwieg er Tatsachen, die für den Schuldbeweis wichtig waren, und dabei erregte er gegen sich selbst den Verdacht der eigenen Teilnahme, um unbeeidigt zu bleiben und der Meineids-

Alter sehr wohl kannte und daß er - auf Anweisung! - log. Es sollte ein Revisionsgrund geschaffen werden. - Im Anschlusse daran möchte ich eine Erfahrung mitteilen, die wohl nicht allgemein bekannt ist. Als ich vor etwa 35 Jahren in Beuthen OS Richter war, hatten die Schwurgerichte ganz regelmäßig über Anklagen aus §§ 271, 272 StGB zu entscheiden. Der Tatbestand war immer etwa der folgende: Ein Gruben- oder Hüttenarbeiter will bei seiner Gruben- oder Hüttenverwaltung einen Lohnvorschuß erheben, den er aber nur erhält, wenn er eine besondere Veranlassung dafür nachweist. Diesen Nachweis führt er durch Vorlegung einer Geburtsurkunde, wonach ihm angeblich kurz zuvor ein Kind geboren war. Die Urkunde hat er sich vom Standesamt erschlichen, nachdem er bei diesem fälschlich die Geburt eines Kindes angemeldet hatte. Wenn er später einmal neuen Vorschuß haben will, dann kann er das Kind, das nie gelebt hat, als gestorben zum Sterberegister anmelden und die Sterbeurkunde als

* sic! Beweismittel bei der Lohnstelle verwenden. Wenn ihn*aber nicht allzulange nach der ersten (Geburts-)Anmeldung in seiner Ehe ein Kind geboren wird, so kann er, falls nur das Geschlecht des Neugeborenen stimmt, die neue Anmeldung einfach unterlassen, weil nun der Inhalt des Geburtsregisters scheinbar, d.h. abgesehen vom Geburtstage, der Wirklichkeit entspricht. - Ob solcher Mißbrauch jetzt noch geübt wird, weiß ich nicht. Es ist aber klar, daß da, wo er besteht, unsere standesamtlichen Urkunden nicht immer so durchaus zuverlässig sind, wie man wohl allgemein annimmt.

strafe zu entgehen. Alles dies ist nach der Hauptverhandlung ermittelt, etwa durch eingeständliche Erklärungen des Zeugen oder des Bestechers bestätigt worden. Hierauf stützt sich die Revision. Diese gilt aber dem Reichsgericht als unzulässig, weil "der Tatrichter allein zu entscheiden hat, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Teilnahmeverdachts vorliegen". (RGSt 44,173) Deshalb wäre das Revisionsgericht gar nicht in der Lage, auf die nachträglich ermittelten Tatsachen einzugehen. Ich bin aber überzeugt, - um so mehr, als bei Fällen dieser Art auch die Wiederaufnahme des Verfahrens schwerlich je eine Handhabe bieten wird, die Folgen des Beweisirrtums zu beseitigen, - daß ein Unterschied zwischen a und b bezüglich der Anfechtbarkeit nicht gemacht werden darf. Und kein deutliches Gesetzeswort, das etwas anderes beföhle! Wenn man also bei a Anfechtbarkeit annimmt, und das muß man, so spricht alles dafür, dies auch bei b zu tun. Und für die vom Reichsgerichte zugelassene Ausnahme der Unanfechtbarkeit bei b sind auch keine Zweckmäßigkeitsergründe vorhanden. Denn wir haben gesehen, daß es in allen Zweifelsfällen, trotz Zulassung der Revision, bei der Beweiswürdigung des 1. Richters bleibt und infolgedessen das Rechtsmittel als unbegründet zurückgewiesen wird. Wer diesem Ergebnisse gegenüber noch zweifelt, sei hingewiesen auf folgendes Beispiel. Das Untergericht hat festgestellt, daß durch die öffentliche Verhandlung die öffentliche Ordnung gefährdet werde und hat deshalb gemäß § 173 (172) GVG die Öffentlichkeit ausgeschlossen; die Revision stützt sich auf § 377 (338) Ziff.6; sie behauptet, daß jene Gefährdung der öffentlichen Ordnung tatsächlich nicht bestanden habe. Ich bezweifle nicht, daß das Reichsgericht das Rechtsmittel als unzulässig verwerfen würde, von seinem Standpunkt aus auch verwerfen müßte. Nach der hier vertretenen Meinung muß dagegen die Revision zugelassen und untersucht werden, ob die Behauptung der Nichtgefährdung jetzt bewiesen sei. Dieser Beweis ist nicht zu führen, das folgt aus der Art des Beweissatzes. Und das Ergebnis wird sein: die Zurückweisung der Revision als unbegründet. Der Endabschluß ist also hier nach beiden Meinungen, daß das Rechts-

mittel keinen Erfolg hat. Und so wird, es, um es zu wiederholen, fast stets sein. Trotzdem darf man nicht sagen, daß der Unterschied zu geringwertig sei, um den hier unternommenen Angriff zu rechtfertigen. Das Reichsgericht sagt: Ich unterlasse die sachliche Prüfung, weil sie mir nicht zusteht. Das hat immer etwas Mißliches. Denn es hinterläßt in dem zurückgewiesenen Beschwerdeführer - und nicht nur in ihm - den Stachel: Sachlich habe ich recht, wäre geprüft, so hätte sich das gezeigt, und ich hätte gesiegt. Manchmal hat man sich damit abzufinden, aber doch nur dann, wenn es unvermeidlich ist. Und diese Voraussetzung entfällt hier. Es ist also nicht nur dem Wortlaute des Gesetzes (§ 392 (352) Abs.1), gemäß, sondern auch besser, die sachliche Prüfung zuzulassen, auch da, wo sich von vornherein erkennen läßt, daß die Prüfung für den Revidenten keinen Erfolg haben wird. Die Unterlassung der Prüfung ist aber manchmal schlechthin unerträglich. Auch das habe ich schon bewiesen. Hier noch ein Beispiel: Die Strafkammer hat einen Sachverständigen für unbefangen und unparteiisch erklärt; nach RGSt 25,362 soll "diese auf tatsächlicher Würdigung der Umstände beruhende Entscheidung" unanfechtbar sein. Wenn nun nachträglich ermittelt wird, daß der Gutachter bestochen, daß er also nicht unbefangen war, soll dann die Geltendmachung dieses Mangels ausgeschlossen sein? Diese Frage muß verneint werden¹. Das Reichsgericht sagt in RGSt 11,262, "der Revisionsrichter sei bei der Würdigung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung einer Prozeßregel ... durch Feststellungen des Instanzrichters nicht schlechthin gebunden". Dieser Satz muß, um richtig zu sein, abgeändert werden. Zwei Worte sind umzu-

1) Die §§ 399 (359) Ziff.2; 402 (362) Ziff.2 bieten keinen ausreichenden Ersatz. Denn erstens wird man doch gewiß nicht der Partei, namentlich nicht dem verurteilten Angeklagten zumuten können, das auf das parteiische Gutachten gestützte Erkenntnis erst rechtskräftig werden zu lassen. Ferner wird zur Wiederaufnahme gefordert der Nachweis, daß der Sachverständige seine Eidespflicht verletzt habe. Und dieser Nachweis ist viel schwerer zu führen, als der der Befangenheit.

stellen: Der Revisionsrichter ist ... durch Feststellungen des Instanzrichters schlechthin nicht gebunden." Rechtlich besteht also immer die Möglichkeit, die Feststellung der Vorinstanz zu beseitigen.

Bei der Nachprüfung kann sich nun ergeben, daß der in der Vorinstanz für den Prozeßschritt (z.B. die Nichtbeeidigung eines Zeugen) angegebene Grund (z.B. § 56 (57) Ziff.2) nicht haltbar, daß aber ein anderer Grund (z.B. § 56 (57) Ziff.3) vorhanden ist. Dann muß die Revision verworfen werden¹, weil klargestellt ist, daß die Beeidigung unterbleiben mußte. Und nur darauf kommt es an, nicht darauf, daß der in 1.Instanz angegebene Unterlassungsgrund etwa nicht vorhanden war². Dabei wird bedeutsam, daß wie schon bemerkt, die Aufklärungspflicht des Richters auf dem Gebiete auch des Freibeweises besteht, daß sie also auch gilt für den Revisionsrichter bei Beweisfragen über prozessual erhebliche Tatsachen. Mit anderen Worten: Ermittelt er nur, daß die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz unrichtig sind und den angefochtenen Prozeßschritt nicht rechtfertigen, so hat er damit seiner Aufklärungspflicht noch nicht im vollen Um-

1) Das halte ich in dem angedeuteten einfachen Beispielsfall für ganz sicher. Die Sache kann aber verwickelter liegen: Das Landgericht hatte einen Zeugen wegen Teilnahmeverdachts nicht beeidigt und vort der Revision war dies beanstandet, weil der 1.Richter (wie in RGSt 44,485) nur festgestellt habe, der Verdacht der Teilnahme sei "nicht ganz ausgeschlossen". Ermittelt nun der 2.Richter, daß der Verdacht bestand - der erkennende V.Strafsenat scheint auf Untersuchungen in dieser Richtung nicht eingegangen zu sein -, so ist die Revision zu verwerfen. Es kann sich aber ergeben, daß der Zeuge als Ehegatte des Beschuldigten (§ 51 (52) Ziff.2) zur Zeugnisverweigerung berechtigt war und daß man ihn deshalb (§ 57 (58)) unbeeidigt lassen durfte. Das hing aber vom erstrichterlichen Ermessen ab; auch mußte der Zeuge gemäß § 51 (52) Abs.2 vor seiner Befragung belehrt werden. Letzteres ist nicht geschehen und das richterliche Ermessen hat nicht gewaltet. Das Revisionsgericht wird also nicht von sich aus kurzab sagen dürfen, daß der Zeuge als Ehegatte nicht beeidigt zu werden brauchte und daß ein Fehler nicht vorliege. Die Revision ist vielmehr wohl als begründet anzuerkennen.

2) So ist wohl auch RGSt 53,215 zu verstehen.

fange genügt. Das ist erst dann geschehen, wenn er seine Ermittlungen weiter getrieben hat und feststellen kann, daß überhaupt kein Grund für den angefochtenen Prozeßschritt erkennbar sei. - So zeigt sich hier ein Unterschied zwischen Strengbeweis und Freibeweis, der nicht übersehen werden darf und hervorzuheben ist: Was durch Strengbeweis auf dem Gebiete der Schuld- und Straffrage in der 1. Instanz festgestellt worden ist, hat für den Revisionsrichter auch in der Richtung maßgebende Bedeutung, daß er andere Tatsachen bei seiner Nachprüfung nicht zu berücksichtigen hat. Das ist anerkannt. Bei Freibeweisfragen ist diese Beschränkung nicht vorhanden. Und das gilt ganz allgemein, weit hinaus über das Gebiet der Fragen des Strafantrages, der Verjährung, der res judicata und der Amnestie, für die wohl auch das Reichsgericht die hier vertretene Meinung billigen dürfte¹.

XV.

Ob man erwarten kann, daß wir nach jahrzehntelangen Vorarbeiten an Stelle des jetzt geltenden in nicht allzu ferner Zeit ein neues Strafgesetzbuch erhalten werden? Ob man dies bei dem für eine besonnene Gesetzgebungsarbeit wenig günstigen Parteitreiben der Gegenwart auch nur hoffen soll? Antwort darauf ist schwer zu geben. Sicher ist aber, daß ein neues Strafgesetzbuch nicht ohne eine diesem angepaßte Strafprozeßordnung in Kraft treten darf, und Entwürfe dazu sind ja auch bereits vorhanden. Es wird zu fragen sein, ob in diesen Entwürfen aus-

1) Kennt auch die ZPO mehrere Arten des Beweises? Gewiß; sicher zwei, denn die ZPO spricht nicht nur von "Beweis", sondern auch von "Glaubhaftmachung". Gibt es aber im bürgerlichen Rechtsstreit, ähnlich wie im Strafverfahren, eine dritte Beweisart? Diese Frage und die daran sich anknüpfenden weiteren Fragen, wie die mehreren (drei?) Beweisarten des Zivilprozesses sich von einander und von den drei Arten des Strafprozeßverfahrens unterscheiden, endlich ob für die im Zivilprozeß besonders geregelten Verfahrensarten (Ehesachen) usw. besondere (und welche?) Beweisregeln gelten, sind bis jetzt, soviel ich sehe, kaum gestreift, jedenfalls nicht im Zusammenhange erörtert. Es wäre der Mühe wert, diese Lücke auszufüllen.

reichend berücksichtigt worden ist, daß ein Strafverfahren mit einer einzigen Beweisart nicht auskommt, daß neben der streng zu regelnden Art des Schuld- und Strafbeweises mindestens noch eine zweite, freier Behandlung unterliegende Art des Beweises von Prozeßvoraussetzungen unentbehrlich ist, und daß es nicht unbedenklich erscheint, wenn das Dasein dieser zweiten Beweisart, so wie dies unsere jetzt noch geltende Prozeßordnung meist tut, nur stillschweigend als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt wird. Der Gesetzgeber der neuen Prozeßordnung wird ferner zu erwägen haben, ob neben dem Freibeweise die Glaubhaftmachung noch aufrecht zu erhalten sein wird. Die Verneinung dieser Frage erscheint tunlich und zweckmäßig, wenn man sich klar macht, daß die Glaubhaftmachung nicht Strengbeweis, sondern Freibeweis ist. Dieser genügt schon dem bisherigen Gesetze, z.B. bei der Wiederaufnahme (§§ 399, 402). Warum mußte es bei der Wiedereinsetzung (§ 45) anders sein?

Schließlich noch eine Bemerkung zur Regelung des Strengbeweises: Unsere geltende Strafprozeßordnung hat sich wohl darüber ausgesprochen, was das Gericht in gewissen Fällen tun muß oder nicht tun darf. Was es aber tun darf, darüber ist wenig, fast nichts gesagt, namentlich nichts darüber, wer oder was allgemein den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt. Man hat daraus geschlossen¹, grundsätzlich sei das Gericht gezwungen, den Beweis in dem von den Parteien gewollten Umfange zu erheben. Oben ist gezeigt worden, daß erhebliche Zweifel an der Richtigkeit dieses Grundsatzes bestehen. Die zukünftige Strafprozeßordnung wird auch hier ausdrücklich Stellung zu nehmen haben. Das Wie steht erst in zweiter Reihe².

1) Vgl. Löwe, Anm. 1 zu § 244 (245).

2) Der Entwurf von 1908 geht, wie dessen § 232 und noch mehr die Begründung dieses Paragraphen (S. 285 ff. der Amtl. Ausgabe) ergibt, grundsätzlich mit mir davon aus, daß das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme nach seinem Ermessen bestimmt.

Anhang

Schrifttum.

Wilhelm Dizen, Reichsgerichtsrat a. D.: Dreierlei Beweis im Strafverfahren. Leipzig 1926. Verlag Felix Meiner.

Den Kernpunkt der Schrift bildet die Frage des Beweises der außerhalb der Schuld- und Straffrage liegenden Momente, für die die Vorschriften der §§ 244 ff. nicht gelten, denn sie beziehen sich auf den Beweis der Straf- und Schuldfrage. Für letztere Beweisart führt Dizen den Ausdruck „Strengbeweis“ ein, für erstere den Ausdruck „Freibeweis“. Daneben behandelt er als dritte Beweisart die „Glaubhaftmachung“, die auf einige von der StPO. bestimmt bezeichneten Fälle beschränkt ist. Er wendet sich dagegen, daß die Glaubhaftmachung sich mit einem halben Beweis begnüge und findet ihre Eigenart besonders darin, daß für sie Behauptungspflicht wie Beweislast gelte (a. a. D. S. 13). Eingehend behandelt wird der Unterschied zwischen Strengbeweis und Freibeweis, wobei er besondere Aufmerksamkeit den Fragen zuwendet, inwieweit der Instanzrichter über prozessual wichtige Punkte Beweise zu erheben hat und inwieweit dem Revisionsrichter eine Nachprüfung der Entschlüsse des Vorderrichters gestattet ist. Dizen sucht hier überall den Standpunkt des RG. festzustellen, ohne jede Entsch. des RG. kritiklos hinzunehmen. Eine Fülle von Einzelfragen wird dabei erörtert. In der praktisch wichtigen Frage, für welchen Zeitpunkt der Teilnahmeverdacht festzustellen ist, wenn der Zeuge unbeeidigt bleiben soll, entscheidet er sich (S. 78) dahin, daß die Beweislage im Augenblick des Beschlusses maßgebend sei. Das ist nicht ganz zutreffend. Ändert sich zwischen Beschluß und Urteil die Beweislage, so muß in eine erneute Prüfung eingetreten werden und eventuell eine nicht erfolgte Beeidigung nachgeholt, eine erfolgte Beeidigung als nicht erfolgt bezeichnet werden. Bemerkungen allgemeiner Art sind verschiedentlich eingestreut, so S. 69 die Ansicht, daß „es keinen Satz des Inhalts gibt, daß der Strafrichter bei seinen Prozeßanordnungen politische Motive oder Folgen außer acht zu lassen habe“. Daß die Unterscheidung zwischen Strengbeweis und Freibeweis von großer Bedeutung für Wissenschaft und Rechtsprechung ist, betont Dizen (S. 33) mit Recht. Gerade deshalb muß es aber auffallen, daß Dizen offenbar völlig unbekannt geblieben ist, daß zu dem von ihm behandelten Problem in der Wissenschaft bereits verschiedentlich Stellung genommen ist. Ich selbst habe in Goldammer's Arch. 62, 1 ff. dem „Beweis der außerhalb der Schuldfrage liegenden Momente“ eine besondere Abhandlung gewidmet, in der ich in Num. 1 die bis dahin bekannt gewordenen literarischen Meinungsäußerungen zu dieser Frage angeführt habe. Sodann ist Negler in seiner tiefgründigen Abhandlung über „Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß“ im Rechtsgang I S. 202, 316, 389, 399, 418; II S. 267, 342, 390) auf diese Frage wiederholt eingegangen. Aber auch die Rechtspr. hat Dizen nicht vollständig verwertet. Er berücksichtigt außer der offiziellen Sammlung der Entsch. wohl einige in der JW. veröffentlichten Urteile, aber auch hier nur wenige. Andere Zeitschriften sind von ihm anscheinend auf für ihn wesentliches Material überhaupt nicht gesichtet worden. Eine vollkommene Übersicht über das Fragegebiet, der ein klar erkennbarer systematischer Aufbau zugrunde läge, bringt die Schrift somit nicht. Trotzdem ist zweifellos, daß sie jedem, der sich für die Materie interessiert, mancherlei wertvolle Anregungen bietet.

N. Dr. Max Ulsberg, Berlin.