



Leo Horn

## **Die Berufungsinstanz im Strafverfahren : ein Beitrag zur Orientirung über die Frage der Wiedereinführung der Berufung**

Berlin: Puttkammer & Mühlbrecht. Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft., 1884

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1678135844>

Druck Freier  Zugang  OCR-Volltext

Die  
Berufungsinstanz  
im  
Strafverfahren.

Ein Beitrag zur Orientirung über die Frage  
der  
Wiedereinführung der Berufung.

Von  
Leo Horn.



Berlin, 1884.  
Buttkammer & Mühlbrecht.  
Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.

INAUGURAL - DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VON DER HOHEN JURISTEN-FACULTÆT

DER

LANDES-UNIVERSITÆT ZU ROSTOCK

GENEHMIGT

IM

OCTOBER 1884.

CONSULARI SAXOBORUSSO

CAROLO HORN,

QUI A. D. XV. CALEND. MART. A. H. S. LXXXII

BEROLINI

SEXAGINTA QUINQUE ANNOS NATUS  
MATURE EX VITA DISCESSIT LABORIOSA,

VIRO SUMMI INGENII AC RELIGIONIS

DILECTISSIMO PATRI

SACRUM.

---

## Vorwort.

„Iustitia est constans ac perpetua voluntas,  
ius suum cuique tribuendi.“

Seit Einführung der Strafproceßordnung für das deutsche Reich — 1. October 1879 — hat man mancherlei Beschwerden erhoben theils gegen die aus früheren Gesetzgebungen übernommenen, theils gegen die neu geschaffenen Bestimmungen derselben. Eine wesentliche Neuerung der Strafproceßordnung besteht darin, daß das Rechtsmittel der Berufung in den zur Competenz der Landgerichte gehörenden Strafsachen weggefallen ist; dieser Punkt ist es namentlich gewesen, welcher seither zu vielen Klagen Anlaß gegeben hat. In neuester Zeit ist die Frage, ob es sich empfehlen würde, die Berufung in landgerichtlichen Strafsachen wieder einzuführen, zum Gegenstand wiederholter Erörterungen gemacht worden: Dem Reichstag liegt ein vom Abg. Munkel gestellter „Antrag, betreffend Wiederherstellung der Berufungsinstanz“ vor, welcher ohne Zweifel den Anstoß zu einer eingehenden Berathung der Berufungsfrage und damit zu einer Revision resp. Abänderung der Proceßordnung geben wird.

Es erscheint daher nicht überflüssig, die Gründe für und wider die Berufung in Verbindung mit einer Prüfung derjenigen Beschwerden, aus denen das Verlangen nach Wiedereinführung einer zweiten Instanz hervorgegangen ist, einer gedrängten Darstellung und Besprechung zu unterziehen, um Klarheit darüber zu gewinnen, ob sich eine Zulassung der Berufung in unserm heutigen Strafverfahren vom historischen, wissenschaftlichen und practischen Standpunkt aus wird rechtfertigen lassen bezügl. ob die Wiedereinführung jenes Rechtsmittels den laut gewordenen Beschwerden wird Abhilfe schaffen können. Verfasser hat es zu dem Behufe für nothwendig erachtet, eine kurze Uebersicht der historischen Entwicklung der Rechtsmittel voranzuschicken und auch in den späteren Darlegungen — soweit es der beschränkte Raum gestattete — die zur Orientirung unentbehrlichen Gesetzesnormen, Vergleichen, historischen und

sachlichen Erläuterungen und sonstigen Nachweise beizufügen, so daß man alles zu einer Beurtheilung der Frage Wissenswerthe beisammen finden wird. Dies mag namentlich dem sich für die Strafrechtspflege interessirenden Laien willkommen sein, da er dadurch der Arbeit überhoben wird, aus den zahlreichen Gesetzesbestimmungen und der juristischen Literatur sich das zu einer Uebersicht erforderliche Material mühsam zusammenzusuchen.

Auf die deutschen Particular-Gesetzgebungen, sowie auf den Entwicklungsgang ihrer Quellen ist allerdings weniger ausführlich eingegangen worden; es lag dies außerhalb unseres Planes, weil durch eine auch nur gedrängte Zusammenstellung der hierher gehörigen Vorschriften derselben einerseits der Uebersichtlichkeit in erheblichem Maße Abbruch geschehen, andererseits ein näheres Eingehen auf die preussische Gesetzgebung, das sich schon in Rücksicht auf den territorialen Umfang ihres Geltungsgebietes empfahl, unmöglich geworden wäre. Aus denselben Gründen hat das französische Strafverfahren nur eine beschränkte Aufnahme finden können; es wird genügen, daß auf dasselbe, soweit es der deutschen Gesetzgebung zum Muster gedient hat, an den betreffenden Orten, — wenn thunlich mit kurzen Andeutungen — verwiesen worden ist.

Dies sind im Wesentlichen die Gesichtspunkte, welche für die Bearbeitung des vorliegenden Werckens maßgebend gewesen sind. Bei Abfassung desselben hat uns, wie schon angedeutet, das Bestreben geleitet, dasselbe so einzurichten, daß nicht blos der Rechtskundige, sondern auch der gebildete Laie in die Lage versetzt werde, den einschläglichen Stoff zu überblicken, um sich aus demselben ein Urtheil über die Berufungsfrage bilden zu können, wobei natürlich nicht nothwendig vorausgesetzt ist, daß er der von uns versuchten Lösung derselben sich anschließt, resp. mit dem gefundenen Resultat sich einverstanden erklärt. Ob wir das gesteckte Ziel erreicht haben, mag eine nachsichtige Kritik entscheiden; Verfasser wird mit seiner Arbeit schon dann zufrieden sein, wenn dieselbe als Grundlage eines gerechten Urtheils dienen kann, — das war ihr Zweck, und in dessen Erfüllung erblickt er vollauf seinen Lohn.

Berlin, am 15. Februar 1884.

**Leo Horn.**

## Inhalts-Verzeichniß.

---

	Seite
I. Rechtsmittel im römischen und älteren deutschen Recht . . . . .	9
II. Die preußische Gesetzgebung bis 1849 . . . . .	12
III. Die preußische Gesetzgebung von 1849 ab . . . . .	18
IV. Die neueren deutschen Gesetzgebungen . . . . .	25
V. Die Motive des Entwurfs der Reichs-Strafproceßordnung . . . . .	30
VI. Berathungen des Entwurfs . . . . .	34
VII. Verstärkung der Garantien des erstinstanzlichen Verfahrens . . . . .	39
VIII. Zusammenstellung der Gründe für und wider die Berufungs- instanz . . . . .	42
IX. Die Garantien in der Voruntersuchung . . . . .	48
X. Die Vertheidigung . . . . .	50
XI. Die Wiederaufnahme des Verfahrens . . . . .	56
XII. Das Princip der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung . . . . .	62
XIII. Die Reproduction des Beweismaterials . . . . .	67
XIV. Die Beweismittel insbesondere . . . . .	71
XV. Der Antrag des Abg. Mundeel . . . . .	74
XVI. Schluß . . . . .	79

---

## Quellen und Literatur.

---

Corpus iuris civilis.

Criminal-Ordnung für die Chur- und Neumark vom 8. Juli 1717.

Criminal-Ordnung vom 11. December 1805.

Code d'instruction criminelle von 1808.

Gesetz vom 17. Juli 1846.

Verordnung vom 3. Januar 1849 und Gesetz vom 3. Mai 1852.

Strafproceßordnung vom 25. Juni 1867.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 (St.-G.-B.).

Gerichtsverfassungs-gesetz vom 27. Januar 1877 (G.-B.-G.).

Strafproceßordnung vom 1. Februar 1877 (St.-P.-D.).

Antrag Munkel und Motive hierzu (Drucksachen des Reichstags de 1883).

---

Bened. Carpzov, Practica nova imper. Saxon. rer. crimin.  
p. III (1758).

Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses (1842).

Martin, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalprocesses (1820).

Aegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprocesses 2c. (1833).

— Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft (1836).

Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren, Th. II (1846).

Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens (1857).

Hahn, Die gesammten Materialien zur St.-P.-D. 2c. (1880).

Loewe, Die St.-P.-D. für das Deutsche Reich 2c. mit Commentar (1879).

v. Holtendorff, Handbuch des deutschen Strafproceßrechts (1879).

Dalcke, Strafrecht und Strafproceß (1879).

Goldammers „Archiv“, Bd. IV (1853 u. folg. J.).

Thilo, Die St.-P.-D. für das Deutsche Reich (1878).

v. Schwarze, Die zweite Instanz im mündlichen Strafverfahren (1862).

— Die Berufung im Strafverfahren und die St.-P.-D. (1883).

---



## Rechtsmittel im römischen und älteren deutschen Recht.

Das römische Criminalrecht stand bei Weitem nicht auf jener hohen Stufe der Entwicklung, wie das römische Privatrecht; es hat sich niemals zu einem vollständig gegliederten Rechtssystem ausgebildet. In Folge dessen war auch das Rechtsmittelsystem bei den Römern ein sehr einfaches und beschränktes. Zur Zeit der Republik gab es überhaupt kein ordentliches Rechtsmittel zur Anfechtung eines Urtheils auf Grund materiellen Unrechts; die *provocatio ad populum*, welche allerdings eine völlige Wiederholung des früheren Verfahrens erwirken konnte, trug einen durchaus politischen Character: sie sollte nicht eine gerechtere Entscheidung herbeiführen, sondern die Gewalt gewisser Beamten beschränken. Eigentliche Rechtsmittel kamen erst auf, als mit dem Kaiserthum die republikanische Gleichheit gefallen und eine Stufenfolge von niederen und höheren Staatsbeamten mit dem Princeps an der Spitze geschaffen war. Jetzt entwickelte sich auch erst die altrepublicanische *appellatio* zu einem wirklichen Rechtsmittel des Civilprocesses<sup>1)</sup>; im Strafproceß war hingegen auch noch während der ersten Kaiserzeit die Berufung an das Staatsoberhaupt nur den Magistraten gegenüber zulässig, welche auf Grund einer kaiserlichen Delegation (*vice sacra*) Recht sprachen. Mit Erweiterung dieser Delegation wurde die Appellation ein wesentlicher Bestandtheil des Strafverfahrens, das sich in dieser Beziehung nur wenig vom Civilverfahren unterschied. Es bildete sich

<sup>1)</sup> Nov. 23. c. 4: „Quum non oporteat ad compares iudices appellationes referri, sed a minore iudicio in maius tribunal ascendere.“

ein complicirter, ordentlicher Instanzenzug mit voller, reformatorischer Wirksamkeit, sei es mit Hilfe der Gesetzgebung, sei es durch die Auctoritas des Princeps vermöge seiner tribunicischen und proconsularischen Gewalt. Abgesehen von den Urtheilen der praefecti praetorio, welche von Constantin d. Gr. ab für inappellabel galten, waren je nach Umständen zwei oder drei Instanzen gestattet, wobei bemerkt zu werden verdient, daß der Kaiser als höchste und letzte Instanz sich ursprünglich in denjenigen Strafsachen die Entscheidung vorbehielt, welche vor dem Praefecten der Stadt, vor den Vicarien und sonstigen iudices spectabiles verhandelt worden waren; später (seit Theodosius II.) wurden für die beiden letzten Fälle eine besondere Commission (bestehend aus dem praefectus praetorio und dem quaestor sacri palatii) eingesetzt; zur Zeit Justinians endlich blieben für die unmittelbare Cognition des Kaisers nur die Erkenntnisse des Praefectus Urbi reservirt. Die Appellation hatte als ordentliches Rechtsmittel Suspensiv-Effect, sie stand beiden Parteien frei und war an eine gesetzliche Frist (fatale, Nothfrist, welche nach Justinian zehn Tage von Urtheilspublication an gerechnet betrug) gebunden, ihre Verwerfung mit Succumbenzstrafe<sup>2)</sup> bedroht. Das Appellationsgericht entschied — erforderlichen Falles auf Grund einer erneuten Beweisaufnahme — über die Rechtmäßigkeit des angefochtenen, erstinstanzlichen Erkenntnisses (pronuntiatur appellationem iustam vel iniustam esse). Das Verfahren in den Appellationsfachen, welche dem Kaiser vorlagen, trug einen durchaus schriftlichen Charakter: die Acten gingen mit der Appellationschrift *cc.* an die kaiserliche Kanzlei; diese erstattete eine Relation, auf Grund deren der Kaiser seine Entscheidung traf. Das angefochtene Erkenntniß konnte zu Gunsten und zu Ungunsten des Verurtheilten reformirt, unter gewissen Umständen auch ohne Appellation als nichtig aufgehoben werden<sup>3)</sup>.

Das ältere deutsche Proceßverfahren läßt die römische Appellation, da das kanonische Recht sie recipirte, in ihren Grund-

<sup>2)</sup> Strafe für grundloses Apelliren.

<sup>3)</sup> Vergl. *titt. Dig. quae sententiae sine appellatione rescindantur* (49. 8), *C., quando provocare necesse non est* (7. 44).

jüngen noch erkennen, allerdings nur so lange das accusatorische Princip die Oberhand behielt. Im Inquisitionsproceß dagegen hat sie sich nicht lange gehalten: das erste Project der C. C. C.<sup>4)</sup> vom Jahre 1521 zwar erklärte sie noch für zulässig, während die „corrigirte Halsgerichts-Ordnung“ vom Jahre 1532 sie verwarf. So finden wir in der C. C. C. vom Jahre 1532 das Rechtsmittel der Appellation garnicht erwähnt, und die Doctrin späterer Jahrzehnte lehrte sogar,

„daß der Inquisitionsproceß überhaupt ein summarisches Verfahren darstelle, mit dessen Wesen die Appellation unverträglich sei.“

Auch der sächsische Jurist Carpzow († 1666) verwarf die Appellation<sup>5)</sup>, ohne damit ihre Nothwendigkeit zu bestreiten; er verwies auf den „favor publicae disciplinae“, welcher erheische, daß die Strafe dem Verbrechen auf dem Fuße nachfolge und zugleich auf das Rechtsmittel der „weiteren Vertheidigung“ (defensio, später remedium ulterioris defensionis), welches dem Angeklagten ausreichenden Schutz gewähre.

Als sich später<sup>6)</sup> aber die Ansicht immer mehr Geltung verschaffte, daß die Appellation im Criminalproceß eine weit berechtigtere Stellung fände als im Civilproceß, in welchem doch nur über Vermögensrechte und nicht über die höher stehenden Güter von Leib und Leben gestritten werde, kam dieses Rechtsmittel wieder in Aufnahme, so daß der gemeine Strafproceß<sup>7)</sup> zuletzt die

4) *Constitutio criminalis Carolina*, beschlossen auf den Reichstagen zu Augsburg und Regensburg: „Des allerdurchleuchtigsten großmächtigsten unüberwintlichsten, Keyser Karls des fünfften, und des heyligen Römischen Reichs peinlich gerichtts ordnung.“

5) *Bened. Carpzov (w), practica nova imper. Saxon. rer. crimin. p. III. qu. 139*: „Regulam formare haud veror: quod scilicet hodie in processu criminali inquisitorio appellatio nequaquam sit admittenda.“

6) Zu Anfang dieses Jahrhunderts, seit *Grolman, Feuerbach* u. a.

7) Abgesehen von der zulässigen Beschwerde gegen vorläufige Festsetzungen und der *In integrum restitutio contra rem iudicatam* (Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens).

Appellation, die weitere Bertheidigung und die Nullitätsquerel (Richtigkeitsbeschwerde) aufweist, von denen die ersteren beiden eine Abänderung der ersten Sentenz (iniqua) eventuell auf Grund neuer Thatsachen bezweckten, während die Nullitätsquerel, die stets Devolutiv- und Suspensiv-Effect hatte, nur Aufhebung oder Bestätigung des früheren Erkenntnisses herbeiführte. Die Appellation (Provocation, Berufung), welche ebenfalls stets Devolutiv- und Suspensiv-Effect hatte, war an bestimmte Formen und Fristen gebunden; die weitere Bertheidigung (Läuterung, Supplication, Revision) führte hingegen eine Devolution nie, Suspension nur dann herbei, wenn sie innerhalb des Decendium (der zehntägigen Appellationsfrist) eingelegt worden, sie blieb überhaupt wirkungslos, wenn bereits tres conformes sententiae in der betreffenden Sache ergangen waren.

---

## II.

### Die preussische Gesetzgebung bis 1849

gestattete während der Herrschaft des Inquisitionsprincips die Appellation nur in fiscalischen Untersuchungssachen<sup>1)</sup>, im Uebrigen war sie dem Strafverfahren völlig fremd. Die „Criminalordnung für die Chur- und Neumark“ vom 8. Juli 1717 verordnete im § 5: „Ob auch wohl Inquisitionssachen an sich summarisch sind, und schleunige Erkenntniß erfordern, auch aus diesen Ursachen kein Appellationsproceß darinnen verstattet werden soll; weil es aber dennoch in diesen Sachen auf eines Menschen Leib und Leben, Gut und Blut, auch ehrlichen Namen ankommt,

<sup>1)</sup> In diesen Strassachen waren fiscalische Beamte mit der Verfolgung betraut; denselben stand die Appellation natürlich ebenfalls frei, auch zu Ungunsten des Angeklagten. (Remedium aggravationis, welches § 160 der Verordnung vom 3. Januar 1849 ausdrücklich abschaffte.) Vergl. im Uebrigen die folgende Anmerkung.

so soll statt der Appellation, eine Ausführung weiterer Defension, einem jeden Inquisiten nachgelassen sein.“

Die Criminalordnung vom 11. December 1805 beschränkte die Appellation ebenfalls auf diejenigen „Vergehungen, bei welchen eine fisciſche Unterſuchung zuläſſig iſt“ (§ 12); dieſelben ſind in der „Allgemeinen Gerichtsordnung“ vom 6. Juli 1793 (Th. I, Tit. 35, § 34 ff.) aufgezählt.<sup>2)</sup> Das Rechtsmittel der „weiteren Vertheidigung“ (remedium ulterioris defensionis) hingegen ſtand Jedem frei, gegen den ein nachtheiliges Criminal-Erkenntniß ergangen war. (Cr.=Ordn. § 517.) Die Friſt zur Einlegung dieſes Rechtsmittels betrug 10 Tage von Publication des erſtinstanzlichen Urtheils an gerechnet; „doch ſoll dem Verurtheilten, wenn er ſich nach dieſer Friſt annoch meldet und die zweite Inſtanz verlangt, das Gehör niemals verſagt werden, ſowie denn auch jede Aeußerung deſſelben, welche eine Unzufriedenheit mit dem Erkenntniße anzeigt, und jedes Geſuch um Milderung oder Begnadigung als eine Einwendung des Rechtsmittels der weiteren Vertheidigung anzusehen iſt“ (§ 518). Handelte es ſich um ein Urtheil, durch welches auf Strafarbeit von zehn Jahren oder längerer Dauer erkannt worden, in welchem Falle dem Angeklagten „gleich zu Anfang der Unterſuchung“ ein Vertheidiger<sup>3)</sup> von Amtswegen zu beſtellen war (§ 436), ſo mußte außer dem Verurtheilten auch der Vertheidiger befragt werden, ob er von dem Rechtsmittel Gebrauch machen wolle. Derſelbe durfte auf weitere Vertheidigung ſelbſt gegen den Willen des Verurtheilten antragen (§ 519). Einlegung des Rechtsmittels der weiteren Vertheidigung bewirkte Suspension der Urtheils-

---

<sup>2)</sup> „Geringe Verbrechen, worauf in den Geſetzen nur eine Geld- oder eine Gefängnißſtrafe von höchstens ſechs Monaten als die ordentliche Strafe beſtimmt iſt“, Widerſeßlichkeiten gegen Beamte, einfache Injurien, geringere Dienstvergehen der Beamten zc.

<sup>3)</sup> Nach § 433 „eine zur Juſtiz verpflichtete Perſon“; nach § 463 mußten die Juſtiz-Commiſſarien die Vertheidigung des Angeſchuldigten ohne Rückſicht auf deſſen Stand oder Vermögen übernehmen, an deren Stelle konnten auch „Juſtizbediente“ treten, welche aus einer Königlichem oder Kämmerer-Kaſſe beſoldet wurden, ſowie Juſtiz-Actuarien und Referendarien. Der Vertheidiger wohnte ſämmtlichen Zeugenverhören bei.

vollstreckung mit folgenden Einschränkungen. Der in erster Instanz Verurtheilte, welcher sich während des Processes auf freiem Fuße befand, sollte nach § 516 „in der Regel“ bis nach erledigter zweiter Instanz unverhaftet bleiben, sofern nicht Gründe eintraten, welche seine Verhaftung rechtfertigten<sup>4)</sup>. Die Entlassung eines „von der Instanz Freigesprochenen“<sup>5)</sup> konnte nur dann erfolgen, wenn sich inzwischen keine neuen, erheblichen Umstände ergaben, welche die Verdachtsmomente verstärkten und eine Fortsetzung der Untersuchung nothwendig erscheinen ließen (§ 535). Ein zu mehr als sechsmonatlicher Strafarbeit Verurtheilter mußte sogleich nach Publication des ersten Urtheils, auch wenn dasselbe noch nicht rechtskräftig geworden, an ein Zuchthaus resp. eine Festung abgeliefert werden, nachdem seine zur Instruction der zweiten Instanz nothwendige Vernehmung erfolgt war (§ 557)<sup>6)</sup>; jedoch stand es ihm frei, die Aussetzung der Strafvollstreckung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Sache zu verlangen, wenn er noch unverhaftet oder nicht im Stande war, sich im Gefängniß selbst zu ernähren. Ausgenommen hiervon waren Verbrecher, gegen welche wegen Räubereien, Brandstiftungen, grober Verfälschungen, gewaltsamen oder wiederholten Diebstahls verhandelt wurde (§ 558). Eine solche vorläufige Ablieferung stand aber selbstverständlich der definitiven Abführung zur Verbüßung der rechtskräftig erkannten

---

<sup>4)</sup> Jederzeit wurden nach § 208 verhaftet: Diebe, Betrüger und ähnliche Verbrecher, sowie diejenigen, deren Strafthat mit mehr als einjähriger Einsperrung bedroht war; auch wegen Fluchtverdachts resp. Beforgniß der Collusion war jederzeitige Verhaftung zulässig (§ 209).

<sup>5)</sup> Die vorläufige Losprechung fand statt, wenn der eigentliche Hergang der Sache gar nicht hat aufgeklärt werden, und der Verdächtige den gegen ihn streitenden Verdacht nicht hat ablehnen können (§ 409). Ein vorläufig Freigesprochener konnte auf Antrag des Richters unter Polizeiaufsicht gestellt werden (§ 410), Wiederaufnahme der Untersuchung gegen ihn war jederzeit zulässig (§ 411), auch gegen den, der mangelnder Beweise halber völlig freigesprochen worden (§ 414), er trug auch die Kosten des Untersuchungsverfahrens (§ 617). Die Freisprechung von der Instanz wurde durch § 22 der Verordnung vom 3. Januar 1849 aufgehoben.

<sup>6)</sup> Diese Bestimmung wurde durch § 159 der Verordnung vom 3. Januar 1849 aufgehoben.

Strafe gleich (§ 560). Das Erkenntniß der zweiten Instanz wurde dann später dem Vorgesetzten der betr. Strafanstalt, oder einem am Orte derselben wohnenden Justizbedienten zur Bekanntmachung an den vorläufig Abgelieferten zugestellt (§ 562).

War das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung eingelegt, so erfolgte die Vernehmung des Verurtheilten darüber, „ob er neue, bisher in den Acten nicht vorgekommene Umstände oder Beweismittel zur Darlegung seiner Unschuld oder seiner geringeren Strafbarkeit anzuführen habe“ — oder — „ob dergleichen nicht vorhanden, und ob er in diesem letzteren Falle sich durch einen zu bestellenden Defensor vertheidigen lassen wolle.“ Verlangte der Angeeschuldigte eine „neue Instruction“, so war mit Ausmittlung der neuen Thatfachen oder Aufnahme der Beweismittel, insofern dadurch eine Abänderung des ersten Erkenntnisses bewirkt werden könnte, nach den für die Untersuchung in erster Instanz gegebenen Vorschriften zu verfahren; einen diesbezüglichen Antrag konnte aber der Richter als unerheblich ablehnen (§ 520). Die Untersuchung in zweiter Instanz führte regelmäßig der Inquirent erster Instanz, ausgenommen, wenn das Urtheil auf zehnjährige oder noch härtere Strafarbeit lautete, und in zweiter Instanz eine neue Ausmittlung nothwendig wurde (§ 521). Ein „articulirtes Verhör“ fand in zweiter Instanz nur dann statt, wenn die verfügte, weitere Ausmittlung wesentliche Umstände ergeben hatte, in welchem Falle die dem Verurtheilten vorzulegenden Fragen nur auf diese Umstände gerichtet, jedoch zugleich mit dem, was in erster Instanz ausgemittelt worden, in Verbindung gesetzt werden mußten (§ 522). Der Verurtheilte war auch in zweiter Instanz, wenn eine neue Ausmittlung erfolgte, zum Schluß zu vernehmen (§ 523). Betreffs der Vertheidigung galten die Vorschriften über die Defension in erster Instanz (§ 524). Ob eine Vertheidigungsschrift nothwendig war, blieb dem Ermessen des Vertheidigers anheimgestellt (§ 457); dieselbe, erforderlichenfalls binnen 8 bis 14 Tagen einzureichen (§ 444), war unerläßlich, wenn voraussichtlich auf eine zehnjährige oder längere Strafarbeit erkannt werden konnte (§ 458).

Nach Abschluß des neuen Verfahrens wurden die „zum Spruch in der zweiten Instanz instruirten“ Acten dem Appellations-

gericht übersandt; sie unterlagen jedoch zuvor noch der Prüfung des „Landes=Justiz=Collegii“ der Provinz, wenn die wiederholte Untersuchungshandlung durch ein „Inquisitoriat“ oder ein Untergericht<sup>7)</sup> stattgefunden hatte (§ 525). Der Appellationsrichter verwies nun die Sache wegen eines das Verfahren betreffenden Fehlers oder wegen mangelhafter Ausmittlung mittelst eines Resoluts an das Landes=Justiz=Collegium zur weiteren Veranlassung (§ 526), oder er faßte das Erkenntniß unter Berücksichtigung der Frage ab, „ob Gründe vorhanden sind, welche eine Freisprechung oder eine Herabsetzung der in erster Instanz erkannten Strafe zur Folge haben könnten“ (§ 528). Das Erkenntniß auf die weitere Vertheidigung wurde entweder ebenfalls dem Landes=Justiz=Collegium zur Publication (§ 527) oder aber dem „Criminal=Departement des Justiz=Ministerii“ zur Bestätigung überreicht, letzteres nämlich: 1) wenn ein vom Criminal=Departement in erster Instanz bestätigtes Urtheil abgeändert werden sollte, und 2) wenn ein vom Criminal=Departement in erster Instanz bestätigtes Urtheil in der weiteren Vertheidigungs=Instanz zwar bestätigt wurde, der Verurtheilte aber neue Beweismittel zu seiner Vertheidigung vorgeschlagen hatte, welche verworfen oder in zweiter Instanz aufgenommen wurden (§ 529). Urtheile, welche zehnjährige Gefängnißstrafe oder eine härtere Strafe festsetzten, bedurften stets der Bestätigung (§ 530).

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens fand nur dann statt, wenn der verurtheilte oder vorläufig freigesprochene Inculpat seine gänzliche Unschuld durch neue, in der bisherigen Untersuchung nicht aufgenommene Beweismittel darthun „wollte“, ferner, wenn

7) § 34: „Zu einem vollständig besetzten Criminal=Gerichte gehört ein Richter und ein vereideter Protocollführer.“ § 38: „Zu Criminal=Actuarien und Protocollführern sollen der Rechte kundige Subjecte von gesetzten Jahren gewählt werden, nachdem sie vorher von dem Landes=Justiz=Collegio geprüft und verpflichtet worden.“ Ausgenommen von der Prüfung und Verpflichtung sind Auscultatoren oder Referendarien. § 41: „Zu Ermangelung eines vereideten Protocollführers müssen zwei unbescholtene, des Lesens und Schreibens kundige Männer als Gerichtsbeisitzer bei den Verhandlungen zugezogen werden“; dieselben sind nach § 42 jedesmal besonders zu vereidigen.



er auf Grund eines zu seinem Nachtheil verfälschten Documentes oder bestochener Zeugen verurtheilt worden war (§ 532) oder der Richter die Vorschriften betr. Besetzung des Gerichts bei einer Verhandlung, aus welcher „ein Grund zur Entscheidung hergenommen“, verabsäumt hatte (§ 533).

Eine Restitution war nach den §§ 588 und 589 zulässig: „wenn ein Verbrecher im Begriff ist, die ihm rechtskräftig zuerkannte Strafe auszustehen, oder wenn er schon wirklich an den Strafort abgeliefert ist, und die ihm zuerkannte Festungs-, Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe ganz oder zum Theil ausgestanden hat, so soll er dennoch jederzeit gehört werden, wenn er seine Unschuld darthun will und deshalb directe Beweismittel angiebt“ (§ 532, f. ob.). § 589: „Der Unterrichter muß das angebrachte Restitutionsgesuch umständlich zum Protocoll niederschreiben, die vorgeschlagenen Beweismittel aufnehmen, und die Verhandlungen mit den vorigen Acten an das Landes=Justiz=Collegium der Provinz einsenden, welches in diesen, so wie in den vor ihm selbst geschwebten Untersuchungsachen zu bestimmen hat, ob und in wie fern eine Restitution stattfinden, und ob in der Sache von neuem zu erkennen sei.“<sup>8)</sup>

Betreffs der Urtheile incompetenten Criminalgerichte setzten die §§ 22 und 24 Folgendes fest: „Ist eine Untersuchung zwar bei einem Criminal=Gerichte<sup>9)</sup> geführt worden, die Gerichtsbarkeit desselben aber in dem vorliegenden Falle nicht begründet gewesen, so bewirkt dieses an und für sich niemals eine Nullität der Verhandlung. Es bedarf daher keiner Wiederholung desjenigen durch den competenten Richter, was schon in der gehörigen Form durch das incompetente Criminal=Gericht verhandelt worden.“ — „Ist in

<sup>8)</sup> Die §§ 532, 588 und 589 wurden durch § 156 der Verordnung vom 3. Januar 1849 aufgehoben.

<sup>9)</sup> Im Gegensatz zu einem Civilrichter, welcher wider die Vorschrift des § 20 „der förmlichen Untersuchung in einer Criminalsache sich angemäß“ hat. „Der seine Befugnisse überschreitende Civilrichter bleibt aber nicht allein für alle dadurch entstehenden nachtheiligen Folgen verantwortlich, sondern wird auch nach Verhältniß der begangenen Pflichtwidrigkeit bestraft“ (§ 21).

erster Instanz von einem Gericht erkannt, welches gar nicht die Befugniß hat, über Criminalsachen zu sprechen, so ist das Erkenntniß jederzeit nichtig. Hat aber der erkennende Richter überhaupt die Befugniß gehabt, über Criminalsachen zu sprechen, und ist er nur in dem vorseienden Falle dazu nicht berechtigt gewesen, so entsteht daraus keine Nullität, sondern dem Angeeschuldigten stehet nur das gewöhnliche Rechtsmittel an den competenten Richter der zweiten Instanz offen. — Hat in zweiter Instanz ein incompetentes Criminalgericht erkannt, so ist das Erkenntniß nichtig, und es muß von dem competenten Richter der zweiten Instanz ein neues Erkenntniß abgefaßt werden“.

---

### III.

#### Die preußische Gesetzgebung von 1849 ab.

Bevor wir zur Skizzirung der Rechtsmittel, wie sie sich nach den Bestimmungen der Verordnung vom 3. Januar 1849 (über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen) und des Gesetzes vom 3. Mai 1852 (betr. die Zusätze zu der Verordnung vom 3. Januar 1849) ergeben, übergehen, müssen wir des Zusammenhanges halber noch des Gesetzes vom 17. Juli 1846 in Kurzem Erwähnung thun, welches — versuchsweise für die bei dem Kammergericht und dem Criminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen — die Staatsanwaltschaft, Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens einführt und die deutsche Beweistheorie gänzlich aufhob. Hiermit war — entgegen den stetigen Versuchen der preußischen Justizminister, den französischen = rheinischen Proceß (nach dem Code d'instruction criminelle) zu verdrängen — principiell der Sieg zu Gunsten des letzteren Verfahrens entschieden; die Verordnung vom 3. Januar 1849 generalisirte dasselbe vollends.

Das Gesetz vom 17. Juli 1846 (vom Verfahren bei Untersuchung der Verbrechen) behandelt in seinem ersten Titel die ange deuteten Reformen:

In den §§ 2 bis 14 die Einführung und Organisation der Staatsanwaltschaft,

in den §§ 15 bis 17 das mündliche Verfahren vor dem erkennenden Gericht,

in den §§ 19 bis 23 Beweis und Urtheil,

in den §§ 24 bis 71 das Verfahren in erster Instanz, welches im Großen und Ganzen sich vom heutigen Verfahren wenig unterscheidet, nur daß der Angeklagte der Staatsanwaltschaft gegenüber eine noch ungünstigere Position einnimmt, als heut zu Tage, und daß der Verteidigung im § 48 die bedeutungsvolle Beschränkung auferlegt worden ist, daß sie in der Voruntersuchung nicht statt hat. Wir bemerken hierbei gleich im Voraus, daß § 16 der Verordnung vom 3. Januar 1849 dem Angeklagten den Beistand eines Verteidigers ebenfalls erst nach Abschluß der Voruntersuchung gestattet, während § 137 unserer heutigen Strafproceßordnung die Verteidigung „in jeder Lage des Verfahrens“ — ausgenommen bei den Vernehmungen in der Voruntersuchung (§ 190. 2) und mit den Beschränkungen der §§ 147 und 148 der St.-P.-O. — zuläßt. — Hervorzuheben ist ferner, daß die Oeffentlichkeit nach § 17 des Ges. vom 17. Juli 1846 noch eine beschränkte ist: dieselbe kann auch auf Antrag des Angeklagten ausgeschlossen werden.

Der § 70 handelt von der Besetzung des Gerichts erster Instanz; er unterscheidet leichte und schwere Verbrechen und ordnet für dieselben eine Besetzung von 1 resp. 3 Richtern, für ganz schwere Verbrechen eine solche von 6 resp. 8 Richtern an. An Stelle des letztgenannten Richtercollegiums hat die Verordnung vom 3. Januar 1849 das Schwurgericht in der Besetzung von fünf Richtern einschließlich des Vorsitzenden und zwölf Geschworenen eingeführt. (§ 60 der Verordnung und Art. 52 des Ges. v. 3. Mai 1852.)

Die §§ 72 bis 86 regeln das Verfahren in zweiter Instanz, und zwar behandeln die §§ 72 bis 74 Frist und Zulässigkeit der Appellation, welche dem Angeklagten in gleichem Umfange wie der Staatsanwaltschaft unbeschränkt gewährt wird. Die Frist beträgt zehn Tage a die scientiae;

die §§ 75 bis 79 die Angabe der Beschwerden, Anführung neuer Thatfachen und Beweismittel, spätestens binnen weiteren zehn Tagen, und die Gegenerklärung des Appellaten;

§ 80 die Besetzung des Appellationsgerichts (mit 3 bezügl. 6, und 8 bezügl. 10 Richtern je nach der Schwere des Verbrechens);

§ 85 die Beweisaufnahme über die neuen erheblichen Thatfachen bezügl. durch neue Beweismittel, eventl. Reproduction der Beweisaufnahme: „In der Appellationsinstanz sind der Regel nach nur die neu vorgeschlagenen Beweismittel, und diese auch nur dann aufzunehmen, wenn sie geeignet erscheinen, solche von dem Richter erster Instanz für erwiesen angenommene Thatfachen, welche auf die rechtliche Beurtheilung von Einfluß sind, als unrichtig darzustellen. Dem Appellationsgericht steht jedoch frei, in erster Instanz aufgenommene Beweismittel von Neuem aufzunehmen, und namentlich das Zeugenverhör ganz oder zum Theil vor sich wiederholen zu lassen, wenn es dieses wegen wesentlicher Bedenken für nothwendig hält, die sich bei Prüfung des Urtheils erster Instanz gegen die Richtigkeit der darin als feststehend angenommenen Thatfachen ergeben“;

die §§ 87 bis 97 das Verfahren dritter (Revisions-) Instanz vor dem aus zehn Mitgliedern bestehenden Senat des Geheimen Ober-Tribunals;

die §§ 98 bis 102 endlich das Rechtsmittel der Restitution. Als Fortbildung des Gesetzes vom 17. Juli 1846 ist die Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungsfachen anzusehen. Dieselbe ordnete für die älteren Provinzen das Verfahren in allen Untersuchungsfachen, wie schon bemerkt, unter Hinzufügung der Schwurgerichte für Aburtheilung schwerer Verbrechen. Enger als sie schließt sich dem französischen Verfahren an der im März 1851 im Druck erschienene Entwurf eines Strafproceßgesetzes, der allerdings den Kammern nicht vorgelegen, indessen dem Gesetz vom 3. Mai 1852 in mancher Hinsicht zum Vorbild gedient hat. Das letztere Gesetz

enthält, wie schon bemerkt, theils ergänzende, theils abändernde Bestimmungen zur Verordnung vom 3. Januar 1849.

Nach den angeführten beiden Gesetzen, welche einen Versuch der preußischen Gesetzgebung bedeuten, die Appellation mit dem ihr feindlichen Princip der Mündlichkeit in Einklang zu bringen, gestaltete sich das Verfahren in der zweiten Instanz etwa folgendermaßen: Das Rechtsmittel der Appellation (in anderen deutschen Staaten „Berufung“ genannt) war nach § 126 der Verordnung <sup>1)</sup> innerhalb einer präclusiven Frist von zehn Tagen zulässig gegen die von Einzelrichtern <sup>2)</sup> und Gerichtsabtheilungen für „Verbrechen“ <sup>3)</sup> gefällten Urtheile; es stand auch der Staatsanwaltschaft zu. Der Appellant konnte das, was vom ersten Richter als thatsächlich feststehend angenommen worden, nur mittelst neuer Thatfachen oder neuer Beweismittel anfechten; der Appellationsrichter hingegen hatte zu beurtheilen, ob diese neuen Thatfachen und Beweismittel erheblich waren oder nicht. Art. 101 des Gesetzes <sup>4)</sup> beschränkte die Appellation auf Urtheile der Gerichtsabtheilungen und wies den Appellationsrichter im Uebrigen an,

<sup>1)</sup> Verordnung vom 3. Januar 1849.

<sup>2)</sup> Die Einzelrichter waren nach § 27 der Verordn. competent hinsichtlich der Vergehen, welche das Gesetz mit Geldbuße bis 50 Thalern oder Freiheitsstrafe bis zu 6 Wochen oder körperlicher Züchtigung, an deren Stelle verhältnißmäßige Freiheitsstrafe trat, oder mit mehreren dieser Strafen zugleich bedrohte. Ausgeschlossen von ihrer Zuständigkeit blieben die Fälle, in welchen die Verurtheilung zugleich Verlust von Aemtern, Titeln, Würden oder des Rechts zum selbstständigen Gewerbebetriebe oder Verlust von Ehrenrechten oder des Bürgerrechts zur Folge hatte.

<sup>3)</sup> Die Gerichtsabtheilungen, laut § 38 der Verordn. mit drei Richtern besetzt, erkannten in den Sachen, welche nach voriger Anmerkung nicht zur Competenz der Einzelrichter gehörten; außerdem waren sie zuständig bezügl. der „Verbrechen“, welche das Gesetz mit mehr als 50 Thalern Geldbuße oder mehr als 6 Wochen bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit diesen beiden Strafen zugleich bedrohte, auch wenn sie außerdem Verlust von Aemtern u. zur Folge hatten, ferner bezügl. grober Amtsverbrechen und schweren resp. wiederholten Diebstahls. — Die Unterscheidung zwischen „Uebertretung“, „Vergehen“ und „Verbrechen“ macht erst das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851 (§ 1).

<sup>4)</sup> Gesetz vom 3. Mai 1852 betr. Zusätze zur Verordnung.

hinsichtlich der im ersten Urtheil hervorzuhebenden und für erwiesen oder nicht erwiesen zu erklärenden Thatfachen<sup>5)</sup> seiner Entscheidung die im ersten Urtheil enthaltene Feststellung zu Grunde zu legen, insofern nicht neue Thatfachen oder neue Beweise, oder die gänzliche oder theilweise Wiederholung der in erster Instanz stattgefundenen Beweisaufnahme eine abweichende thatsächliche Feststellung begründeten. Wiederholung der Beweisaufnahme war nur statthaft, wenn sich wesentliche und durch die bisherigen Verhandlungen nicht zu beseitigende Bedenken gegen die im ersten Urtheil enthaltene Feststellung der Thatfachen ergaben, oder wenn die vorgebrachten, neuen Thatfachen oder Beweise eine solche Wiederholung erheischten. Hiernach wurde also der Appellationsrichter mit der ganzen Sache befaßt: er durfte sich daher nicht auf die Prüfung derjenigen Punkte beschränken, welche zum Gegenstande ausdrücklicher Beschwerde gemacht worden waren (cf. Erkenntniß des Obertribunals vom 1. Juli 1864, Just.-Minist.-Bl. S. 244). Das Appellationsgericht hatte die Befugniß, das angefochtene Urtheil aufzuheben und zugleich anderweit (eventl. auf Grund eines neuen Verfahrens) zu erkennen, falls in erster Instanz eine Richtigkeit<sup>6)</sup> begangen war; es konnte die Sache aber auch in die erste Instanz zurückverweisen. Hatte sich der erste Richter mit Unrecht für competent erachtet, so durfte das Appellationsgericht niemals, hatte er sich mit Unrecht für incompetent erklärt, nur dann in der Sache selbst erkennen, wenn es die Beweisaufnahme vollständig durchgeführt hatte (Art. 102 des Ges.). Die Appellation war bei dem Gericht der ersten Instanz mündlich zu Protocoll oder schriftlich anzumelden (§ 128 der Verordn.), die Rechtfertigung derselben, sowie die Anführung neuer Thatfachen oder Beweismittel konnte entweder gleichzeitig geschehen oder innerhalb der nächsten zehn Tage, welche

---

<sup>5)</sup> Merkmale der Strafthat, Strafausschließungs-, Milderungs- und Verschärfungs-Gründe (Art. 31 des Ges.).

<sup>6)</sup> Richtigkeitsgründe sind: Verletzung oder unrichtige Anwendung eines Gesetzes, Rechtsgrundsatzes oder wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens (Art. 107 des Ges.).

Frist auf Antrag des Appellanten dem Gericht angemessen zu verlängern freistand (§ 129 der Verordn.); unter Umständen war sogar noch nach Ablauf der Fristen Zulassung der Appellationschrift und der Gegenausführung gestattet (Art. 104 des Ges.). Nach Mittheilung der Appellationschrift an den Appellaten wurde demselben aufgegeben, ebenfalls binnen zehn Tagen anzuzeigen, ob und welche neuen Thatfachen oder Beweismittel er seinerseits anzuführen habe. Diese Aufforderung war dem verhafteten Angeklagten zu Protocoll bekannt zu geben, falls die Appellation seitens der Staatsanwaltschaft eingelegt worden; sein Vertheidiger durfte Abschrift der Appellationschrift verlangen (§ 130 der Verordn.). Gegen Zurückweisung einer nicht rechtzeitig angemeldeten Appellation stand dem Zurückgewiesenen nur Beschwerde beim Appellationsgericht frei (§ 131 der Verordn.). Letzteres entschied in einer Besetzung von fünf Mitgliedern (§ 132 der Verordn.). Zur mündlichen Verhandlung wurden der Oberstaatsanwalt, welchem der Betrieb der Sache oblag (§ 133 der Verordn.), der Angeklagte, sofern er sich auf freiem Fuße befand, und diejenigen Zeugen geladen, deren Vernehmung betr. der neu vorzubringenden Thatfachen oder Beweismittel erforderlich schien. Der verhaftete Angeklagte mußte sich im Termin durch einen ihm eventl. ex officio zu bestellenden Vertheidiger vertreten lassen; auch der nicht verhaftete konnte einen gehörig legitimirten Vertheidiger bestellen (§ 134 der Verordn.). Vorführung resp. Bestellung des Angeklagten anzuordnen blieb dem Ermessen des Appellationsgerichts anheimgestellt (§ 135 der Verordn.). Das mündliche Verfahren begann mit einer Darstellung der bis dahin stattgehabten Verhandlungen durch einen aus der Zahl der Gerichtsmitglieder zu ernennenden Referenten. Hieran schlossen sich die Vorträge des Appellanten und Appellaten, nach der Beweisaufnahme, wenn eine solche stattfand, die Anträge der Staatsanwaltschaft; dem Angeklagten resp. seinem Vertheidiger gehörte das letzte Wort. Hatten Staatsanwalt und Angeklagter appellirt, so wurde über beide Appellationen zugleich entschieden. Im Uebrigen unterschied sich das Verfahren nicht von dem für die erste Instanz vorgeschriebenen (§ 136 der Verordn.). In der Appellationsinstanz ergangene Urtheile konnten innerhalb einer präclusiven Frist von

zehn Tagen, vom Zeitpunkt der Publication resp. der Zustellung an gerechnet, durch die Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (Art. 106 des Ges., vergl. auch Anm. 6 auf S. 22). Die diesbezügliche Entscheidung erfolgte auf mündlichen Vortrag durch einen aus sieben Mitgliedern bestehenden Senat des Obertribunals in öffentlicher Sitzung (§ 145 der Verordn.).

Zur Ergänzung mag hier noch bemerkt werden, daß Appellation wie Nichtigkeitsbeschwerde auch im Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Erhebung öffentlicher Abgaben u. und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe der erkannten Strafe zulässig waren sowohl für den Verurtheilten, als für die Staatsanwaltschaft resp. die zur Verwaltung der betr. Abgaben u. bestellten Behörde (Art. 141 und 142 des Ges.); ebenso stand gegen die erstinstanzlichen Urtheile wegen Polizeivergehen (Uebertretungen) sowohl dem Angeschuldigten, als dem Polizeianwalt das Rechtsmittel des Recurses frei; dasselbe war bei dem Polizeirichter anzubringen und konnte sich auf neue Thatumstände nur dann stützen, wenn dieselben bei der Anführung zugleich bescheinigt wurden; Verhandlung und Entscheidung fanden vor einer aus drei Mitgliedern bestehenden Abtheilung (Deputation) des Appellationsgerichtes statt, gegen deren Verfügung bezügl. Urtheil dem Recurrenten ein weiteres Rechtsmittel nicht gestattet war (§§ 165 ff. der Verordn.).

Ueber die Wirkungen der Einlegung eines Rechtsmittels schreiben die §§ 157 und folg. der Verordn. Folgendes vor: Ein seitens der Staatsanwaltschaft eingelegtes Rechtsmittel hatte auf die Strafvollstreckung keinerlei Einfluß; Einlegung der Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde von Seiten des Angeklagten hemmte dagegen die Urtheilsvollstreckung. Eine „vorläufige Abführung“ fand, wie bereits in Anm. 6 S. 14 gesagt, nicht mehr statt.

---



IV.

Die neueren deutschen Gesetzgebungen.

Der Entwurf einer neuen Strafproceßordnung vom Jahre 1865 versuchte einige Uebelstände, welche sich bezüglich der Beweisaufnahme in zweiter Instanz bemerkbar gemacht hatten, zu beseitigen, indem er im § 389 verordnete, daß das Appellationsgericht in allen Fällen befugt sein sollte, Untersuchungshandlungen jeder Art durch den Untersuchungsrichter bewirken zu lassen und das Ergebniß dieser Verhandlungen bei der Prüfung, ob zur Wiederaufnahme des Beweisverfahrens zu schreiten sei, zu Grunde zu legen, und daß, falls eine neue Beweisaufnahme beschloffen worden, dieselbe vor dem Appellationsgericht selbst unter Erschöpfung aller erheblichen für und wider den Angeklagten sprechenden Thatsachen und Beweismittel, stattfinden sollte, — Bestimmungen, welche ihrem wesentlichen Inhalte nach in die für die neuen Landestheile erlassene Strafproceß-Ordnung vom 25. Juni 1867 (§ 378) aufgenommen worden sind.

Von den übrigen, neueren deutschen Gesetzgebungen, soweit dieselben wesentliche Abweichungen von dem bisher geübten Verfahren zeigen, sind folgende zu verzeichnen: der Anhaltische Strafproceß folgte dem preußischen System, während sich Thüringen, Hessen und Baiern dem französischen anschlossen. Vollständig abgeschafft wurde die Appellation zuerst in Braunschweig<sup>1)</sup> und in Waldeck; Sachsen-Mttenburg beschränkte sie auf Endurtheile der Einzelrichter über Vergehen; gegen diejenigen der mit drei Richtern besetzten Criminalgerichte und des aus fünf Richtern bestehenden Gerichtshofes zur Aburtheilung schwerer Verbrecher wurde die Appellation ausschließlich wegen Verletzung des

1) Strafproceßordnung vom 22. August 1849. § 156: „Enderkennnisse in Strafsachen entscheiden über die That, die ihren Gegenstand bildet, rechtsgiltig für alle Zukunft, wenn sie nicht entweder durch die Richtigkeitsbeschwerde oder durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beseitigt werden.“

materiellen Strafgesetzes für zulässig erklärt. Hieran schloß sich Baden, welches nur gegen Urtheile der über Verbrechen leichtester Art entscheidenden Amtsgerichte, bestehend aus einem Amtsrichter und zwei Schöffen, das Rechtsmittel des Recurses (auch begünstigt der Entscheidung über die Thatfrage), gegen Erkenntnisse der Schwurgerichte und der Kreisgerichte (welche mit fünf Richtern besetzt waren) hingegen nur die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Gesetzesverletzung zuließ. Die Oldenburgischen und Württembergischen Strafproceßordnungen kannten nur die Nichtigkeitsbeschwerde; es konnte jedoch nach § 486 der letzteren (vom 26. Mai 1868) durch Verfügung des Cassationshofes eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Gunsten des Verurtheilten angeordnet werden, falls gewichtige Bedenken gegen die Richtigkeit der Thatfachen, auf deren Annahme ein verurtheilendes Erkenntniß beruhte, vorlagen; während die sächsische St.-P.-O. vom 1. October 1868 endlich einen die Rechts- und die Thatfrage-Entscheidung betreffenden „Einspruch“ gegen Erkenntnisse des Einzelrichters, gegen die des aus drei Richtern und vier Schöffen bestehenden Bezirksgerichts eine nur die Strafzumessung betreffende „Berufung“ kannte.

Das Berufungsverfahren nach der Strafproceßordnung für das deutsche Reich (vom 1. Februar 1877) hat mit dem im vorigen Abschnitt geschilderten preussischen Verfahren nichts gemein. Nach dem letzteren durfte, wie wir gesehen, der Berufungsrichter vom erstinstanzlichen Urtheil nur auf Grund einer neuen oder wiederholten Beweisaufnahme<sup>2)</sup> abweichen, welche nur dann stattfand, wenn sie durch Bedenken gegen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellung oder durch die vorgebrachten, neuen Thatfachen oder Beweise nothwendig erschien. Hatte also eine (natürlich nicht gänzlich ergebnislose) Beweisaufnahme in zweiter Instanz stattgefunden, so war das Berufungsgericht verpflichtet, nach seiner eigenen Ueberzeugung über die Schuldfrage zu befinden; andernfalls, d. h. Mangels einer fruchtbaren Beweisaufnahme resp. weil die neuen Anführungen für unerheblich erachtet worden,

---

<sup>2)</sup> Der Berufungsrichter hatte sich also zunächst über die Frage schlüssig zu machen: ist eine neue Beweisaufnahme anzuordnen oder nicht?

bestätigte es lediglich das erstrichterliche Erkenntniß. — Die St.=P.=D. bindet hingegen das Berufungsgericht nicht an die erstinstanzliche Feststellung, vielmehr hat der Berufungsrichter stets selbstständig über die Schuldfrage zu entscheiden<sup>3)</sup>, sofern sie überhaupt Gegenstand des Rechtsmittels ist; vor ihm ist die Sache dergestalt von Neuem zu verhandeln<sup>4)</sup>, daß er in den Stand gesetzt wird, sich eine eigene Ueberzeugung zu bilden. Im Folgenden soll das heutige Berufungsverfahren<sup>5)</sup> einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

Die Berufung ist zulässig gegen jeden Theil der schöffengerichtlichen<sup>6)</sup> Urtheile (§ 354 der St.=P.=D.), unter gewissen Voraussetzungen auch gegen diejenigen des Amtsrichters, welche derselbe ohne Zuziehung der Schöffen erläßt (§ 211 Abs. 2 der St.=P.=D., vergl. auch § 3 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zur St.=P.=D.). Berufungsgerichte sind die Strafkammern des Landgerichts (vergl. Anm. 3), welche bei Uebertretungen und in den Fällen der Privatklage nur mit drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden besetzt sind. Die Berufung muß bei dem Gericht erster Instanz innerhalb einer Woche nach Eröffnung des Urtheils (durch Publication oder Insinuation) schriftlich oder zu Protocoll eingelegt werden (§ 355 der St.=P.=D.); sie hat Suspensiv-Effect nur in soweit, als das Urtheil angefochten wird (§ 357). Nach Ablauf der sieben-tägigen Frist kann die Berufung mündlich zu Protocoll oder

---

<sup>3)</sup> Dies geschieht in der mit fünf Richtern besetzten Strafkammer; die Bestätigung eines den Angeklagten für schuldig erklärenden Urtheils findet nur dann statt, wenn mindestens vier Richter denselben für schuldig halten; das Urtheil ist aufzuheben, wenn nur zwei Richter von seiner Schuld nicht überzeugt sind (§ 262 der St.=P.=D.).

<sup>4)</sup> Der in Anm. 2 angedeuteten Vorfrage würde hier analog gegenüberzustellen sein: ist von einer neuen Beweisaufnahme gänzlich oder theilweise Abstand zu nehmen?

<sup>5)</sup> Die §§ 355 bis 358 und 360 bis 362 der St.=P.=D. handeln von der Instruction des Rechtsmittels beim erstinstanzlichen Gericht, die §§ 363 bis 373 vom Verfahren des Berufungsgerichts.

<sup>6)</sup> Die Schöffengerichte bestehen aus dem Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei Schöffen (§ 26 des Gerichts-Verfassungs-Gesetzes). Ueber ihre Competenz vergl. § 27 und folg. des G.=B.=G.

in einer Beschwerdeschrift weiter gerechtfertigt (§ 358), auch auf bestimmte Beschwerdepunkte, welche dann ausschließlich der Prüfung des Gerichts unterliegen (§ 368), beschränkt werden; andernfalls gilt das Urtheil seinem ganzen Inhalt nach als angefochten (§ 359). Verspätete Einlegung der Berufung hat deren Verwerfung (durch den Amtsrichter) zur Folge, gegen die diesbezügliche Verfügung ist ein die Urtheilsvollstreckung nicht hemmender Antrag auf Entscheidung des Berufungsgerichts<sup>7)</sup> zulässig (§ 360). Bei rechtzeitig eingelegter Berufung übergibt der Gerichtsschreiber nach Ablauf der vorerwähnten Fristen die Acten der Staatsanwaltschaft, welche dieselben an die Staatsanwaltschaft des Berufungsgerichts zur Abgabe an dessen Vorsitzenden einsendet und, falls sie selbst remedirt hatte, dem Angeklagten die Schriftstücke über Einlegung und Rechtfertigung zustellt (§§ 361, 362). Die folgenden Paragraphen fixiren den wesentlichsten Inhalt des Berufungsverfahrens. Das Berufungsgericht verwirft, falls es die Bestimmungen über die Einlegung nicht für beobachtet hält, die Berufung durch Beschluß (welcher der sofortigen Beschwerde an das Oberlandesgericht unterliegt), oder es entscheidet über dieselbe durch Urtheil (§ 363). Der Angeklagte und diejenigen Zeugen und Sachverständigen, deren wiederholte Vernehmung zur Aufklärung der Sache erforderlich erscheint, sind zur Hauptverhandlung vorzuladen; die Ladung der vom Staatsanwalt oder Angeklagten benannten oder sich etwa ergebenden, neuen Zeugen u. hängt vom Ermessen des Gerichts ab (§ 364). Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufrufe der Zeugen und Sachverständigen (§ 242), worauf ein Berichterstatter in Abwesenheit der ersteren über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens referirt und das Urtheil erster Instanz verliest; hieran schließt sich die Vernehmung des Angeklagten und die Beweisaufnahme (§ 365)<sup>8)</sup>. Bei

<sup>7)</sup> Das Berufungsgericht entscheidet über diesen Antrag in berathender Sitzung; verwirft es denselben, so steht dem Abgewiesenen sofortige Beschwerde frei, hebt es dagegen den Beschluß des Amtsrichters auf, so findet hiergegen keine weitere Anfechtung seitens des Gegners des Beschwerdeführers statt; das Rechtsmittel wird als rechtzeitig eingelegtes behandelt.

<sup>8)</sup> Vergl. die beschränkenden Bestimmungen des § 244, Abf. 2.

der Berichterstattung und der Beweisaufnahme können Schriftstücke, wie sie § 248 andeutet, verlesen werden; Protocolle über Aussagen der in der Hauptverhandlung erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen dürfen — abgesehen von den Fällen der §§ 250 und 252 — nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten verlesen werden, wenn die wiederholte Vorladung der Zeugen u. erfolgt oder vom Angeklagten rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt worden ist (§ 366). Nach erfolgter Beweisaufnahme werden der Staatsanwalt, der Angeklagte und sein Verteidiger, der Beschwerdeführer zuerst, gehört; dem Angeklagten gebührt das letzte Wort (§ 367). Wird die Berufung für begründet erachtet, so erkennt das Berufungsgericht unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils, oder es verweist, falls das Urtheil an einer die Revision begründenden Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren leidet, die Sache zur anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zurück. Stellt sich Incompetenz des Gerichts erster Instanz heraus, so erfolgt Verweisung der Sache an das competente Gericht unter Aufhebung des Urtheils (§ 369). Bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten resp. seines Vertreters<sup>9)</sup> wird die von ihm eingelegte Berufung durch Urtheil verworfen; hiergegen steht ihm der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand frei (§ 370), welcher unter Glaubhaftmachung der Versäumnisgründe (Naturereignisse und anderer unabwendbarer Zufälle, § 44) binnen einer Woche nach Beseitigung des Hindernisses beim Berufungsgericht

---

<sup>9)</sup> Eine Vertretung des Angeklagten ist, falls er die Berufung eingelegt hatte, nach § 231 und folg. zulässig, wenn es sich (in der zweiten Instanz) um ein Delict handelt, welches das Strafgesetz nur mit Geldstrafe, Haft oder Einziehung, allein oder in Verbindung mit einander, bedroht; ferner, wenn das Berufungsgericht den Angeklagten von der Verpflichtung zum Erscheinen entbunden hat „wegen großer Entfernung seines Aufenthaltsortes“, und weil „nach dem Ermessen des Gerichts voraussichtlich keine andere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe oder Einziehung, allein oder in Verbindung mit einander, zu erwarten steht“. — Falls die Staatsanwaltschaft remedirt hatte, kann sich der Angeklagte stets vertreten lassen (nach § 233 in Verbindung mit der Vorschrift des § 370, daß über die Berufung des Staatsanwalts auch in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden darf).

anzubringen ist (§ 45). Ueber die vom Staatsanwalt eingelegte Berufung wird auch in Abwesenheit des Angeklagten, dessen Vorführung oder Verhaftung aber angeordnet werden kann, verhandelt (§ 370). Eine reformatio in peius ist ausgeschlossen, wenn das Urtheil nur von dem Angeklagten (resp. von dessen Bertheidiger nach § 339) oder zu Gunsten desselben vom Staatsanwalt oder von einer der im § 340 bezeichneten Personen<sup>10)</sup> angefochten worden war (§ 372). Soweit für die Berufungsinstanz nicht besondere, abweichende Bestimmungen gegeben sind, gelten auch für sie die über die Hauptverhandlung gegebenen Vorschriften (§ 373).

---

## V.

### Die Motive des Entwurfs der Reichs-Straf- Proceß-Ordnung.

Nachdem wir im vorigen Abschnitt das Rechtsmittel der Berufung, wie es sich in der Reichs-Strafproceß-Ordnung vom 1. Februar 1877 darstellt, kennen gelernt haben, dürfte es zweckmäßig sein, zunächst auf die Entstehungsgeschichte der einschläglichen Gesetzesbestimmungen zurückzugehen, um danach über die wesentlichste Neuerung im System der früheren Rechtsmittel, nämlich die Beseitigung der Appellation, ein Urtheil gewinnen zu können.

Die Motive des Entwurfs der Strafproceß-Ordnung beabsichtigten die Berufungsinstanz in Consequenz der Mündlichkeit und freien Beweiswürdigung vollständig fallen zu lassen; es wird dort (auf Seite 193) gesagt, daß

„mit dem Princip einer auf mündlicher Verhandlung beruhenden Urtheilsfällung, und zwar einer solchen, die

---

<sup>10)</sup> Der gesetzliche Vertreter, der Ehemann (§ 340), sowie die im § 52, Abf. 2 des Strafgesetzbuches angegebenen Angehörigen des Angeklagten (§§ 322 und 324 der St.-P.-O.).

nicht auf dem Grunde positiver Beweisregeln, sondern auf einer freien Beweiswürdigung beruht, eine Appellation grundsätzlich unvereinbar ist, und daß darum nur derjenige Gesetzgeber die volle Consequenz der Mündlichkeit zieht, der die Appellation beseitigt“.

In Verfolg dieses Grundsatzes bezeichnen die Motive die von bisherigen Gesetzgebungen unternommenen Compromisse als Versuche: „zwischen dem richtigen Grundsatz und der Herrschaft einer althergebrachten, nicht mehr zutreffenden Tradition zu pactiren und sich mit beiden abzufinden, Versuche, die eben, weil sie auf dem Grunde einer inneren Unwahrheit beruhten, auch wieder selbst zur Unwahrheit führen mußten.“ Sie verweisen weiter auf die Unzulässigkeit der Berufung gegen schwurgerichtliche Urtheile, welche das Rechtsmittel ausschließen, weil sie auf dem mittels freier Beweiswürdigung gefundenen Wahrspruch der Geschworenen beruhten, und machen bezüglich der Bedeutung der Berufung im mündlichen Verfahren eine Unterscheidung, je nachdem die Thatfrage-Entscheidung des ersten Richters auf Grund des bereits gewürdigten oder unter Vorführung neuen Beweismaterials durch das Rechtsmittel angefochten wird. In ersterer Beziehung ließe sich dann noch unterscheiden, ob, wie im französischen Recht, der Berufungsrichter die erstinstanzliche Entscheidung lediglich auf Grund der Acten oder, ob er nach dem Vorbilde einiger deutschen Gesetzgebungen nur nach nochmaliger Beweis-erhebung zu reformiren befugt sein soll.

Hiergegen wird aber geltend gemacht, einerseits, daß die aus den Acten geschöpfte Auffassung des Berufungsrichters vor derjenigen des ersten Richters, vor welchem sich die lebendige Verhandlung abspielt, unmöglich den Vorzug verdiene, andererseits, daß die Entscheidung über Zulässigkeit einer neuen Beweisaufnahme nothwendiger Weise ebenfalls auf der in den Acten fixirten erstinstanzlichen Feststellung fußen muß. Es bliebe sonach nur ein drittes System übrig, wonach der Berufungsrichter stets von Neuem in der Sache zu verhandeln, Beweis zu erheben und zu entscheiden hätte, was für ihn eine Prüfung der erstinstanzlichen Urtheilsgründe

vollständig überflüssig machen würde. Gerechtfertigter erscheine die Berufung nur auf Grund neuer Thatfachen oder Beweismittel, wiewohl eine solche meist dadurch illusorisch gemacht werde, daß der Verurtheilte die ihm in erster Instanz unbekanntem oder unzugänglichen Nova vor Ablauf der kurz bemessenen Berufungsfrist geltend machen muß, falls sie Berücksichtigung finden sollen; zudem entspräche es nicht dem Wesen der Sache, die neuen Thatfachen oder Beweismittel anstatt vor den *index a quo* vor einen höheren Richter zu bringen, welcher der Sache nicht anders als ein erstinstanzlicher gegenüberstehe, und dessen Entscheidung folgerichtig abermals einer Anfechtung unterliegen müßte.

Die Möglichkeit bereits in erster Instanz bekannte und zugängliche Nova, deren Erheblichkeit dem Verurtheilten aber erst aus den Entscheidungsgründen des gegen ihn ergangenen Erkenntnisses ersichtlich geworden, zu voller Geltung zu bringen, sei die einzige Bedeutung, welche der Berufung bisher noch beigelegt werden könnte; nur in dieser Richtung helfe sie in dem zur Zeit bestehenden Verfahren einem wirklichen Bedürfniß ab. Diesem Mangel begegne man aber besser durch zweckmäßigere Gestaltung des erstinstanzlichen Verfahrens, welche vom Entwurfe auch angestrebt worden sei. Zum Schluß verweisen die Motive auf die in anderen deutschen Ländern (Sachsen, Württemberg, Baden, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Altenburg, Waldeck und Hamburg) gemachten Erfahrungen.

Die Anlage I zu den Motiven des Entwurfs giebt in ihrer Einleitung zunächst eine kurze, geschichtliche Entwicklung des Rechtsmittels, welche wir in einer ausführlicheren und für unsere Zwecke geeigneteren Form vorangeschickt haben. An dieselbe schließt sich eine gedrängte Darstellung derjenigen Einwendungen, welche Wissenschaft und Rechtsübung gegen die Appellation geltend machen: sie gipfeln in dem oben angeführten Argument, daß eine Appellation gegen die Entscheidung der Thatfrage dem Principe der Mündlichkeit widerspreche, und führen die schon angeführten Gesichtspunkte weiter aus. Von hervorragenderem Interesse scheinen für uns zunächst die in den vorhin aufgeführten deutschen Ländern gemachten



Erfahrungen zu sein, welche die betr. Regierungen in gutachtlichen Erklärungen (Anlage 1 zu den Motiven, Seite 30 bis 87) niedergelegt haben. Wir wollen die wichtigeren derselben hier in Kürze folgen lassen.

Im Königreich Sachsen wurde die nur zu Gunsten des Angeklagten zulässige Berufung im Jahre 1868 unter allgemeiner Zustimmung aufgehoben. Vom Jahre 1868 bis zum Inkrafttreten der neuen St.=P.=D. (1. October 1879) hat man auf keiner Seite nach Wiedereinführung derselben verlangt. Aehnlich lautet das vom Königl. Württembergischen Ministerium eingegangene Gutachten, demzufolge die Berufung in allen gerichtlichen Strafsachen seit Einführung der St.=P.=D. vom 17. April 1868 beseitigt worden ist. Ebenso hat sich die Beseitigung der Berufungsinstanz im Großherzogthum Baden mehr als fünf Jahre hindurch bewährt. In Oldenburg behielt man die Berufung vom Jahre 1858 ab versuchsweise bei, bis im Jahre 1860 erhebliche Bedenken gegen dieselbe vorgebracht wurden, welche schließlich dahin führten, daß man im Jahre 1868 sich einstimmig für Abschaffung der zweiten Instanz aussprach. Der allerdings nur zweijährigen Erfahrung zufolge ließ sich nicht behaupten, daß die Aufhebung der Berufung das Vertrauen zu den Urtheilsprüchen der Gerichte beeinträchtigt habe, was in der Benutzung der außerdem statthafter Rechtsmittel eine Bestätigung fand. Auch Braunschweig konnte nur günstige Erfahrungen verzeichnen, obgleich dort, wie wir oben (S. 25) gesehen, die Appellation bereits mit Einführung der St.=P.=D. von 1849 vollständig abgeschafft worden war. Hierbei ist aber in Betracht zu ziehen, daß dadurch eine Neuerung an sich eigentlich nicht eintrat, insofern als das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung, in welches das Ges. vom 15. October 1832 die Appellation umgewandelt hatte, ausschließlich dem Angeklagten gestattet war. Sachsen-Altenburg (vergl. S. 25 unten) beseitigte die Appellation durch die St.=P.=D. vom 27. Februar 1854 nur in beschränktem Umfange; eine Aenderung dieses Zustandes wurde weder seitens der Richter noch der Rechtsanwälte verlangt. In den Fürstenthümern Waldeck und Pyrmont war die Berufung seit Einführung des öffentlichen und

mündlichen Verfahrens (Ges. vom 14. Juni 1850) ausgeschlossen, was sich seitdem als zweckmäßig bewährt hat. Der Senat der freien Stadt Hamburg endlich berichtet, daß die Bestimmungen der St.=P.=D. vom 30. April 1869, wonach gegen Erkenntnisse der Polizei- (Einzel-) Richter die Appellation unbeschränkt, gegen die der Strafgerichte für die Mittelklasse der strafbaren Handlungen (fünf Mitglieder, worunter mindestens zwei Rechtsgelehrte) nur bezügl. der Strafzumessung und nur zu Gunsten des Angeklagten zulässig war, hinsichtlich der ersteren zu keinerlei Beschwerden Anlaß gegeben haben, hinsichtlich der strafgerichtlichen Sachen dagegen werde es für wünschenswerth erachtet, die Berufung gänzlich aufzuheben, da es bedenklich erscheine, die nochmalige Abwägung des Strafmaßes einem zweiten Richter zu überlassen, der seine Kenntniß des Thatbestandes lediglich aus den Aufzeichnungen des ersten Richters schöpfe.

---

## VI.

### Berathungen des Entwurfs.

Nach der ersten Berathung des Entwurfs der St.=P.=D. in der Plenarsitzung vom 26. November 1874 wurde derselbe an eine Commission von 28 Mitgliedern verwiesen. In dieser erfuhr die Regierungsvorlage vielfache Modificationen, namentlich das Capitel der Rechtsmittel durch die Verhandlungen über die Beibehaltung resp. Abschaffung der Berufung. Bereits in der ersten Lesung der Justizcommission wurde von Freunden der Berufung<sup>1)</sup> die Wiedereinführung derselben beantragt, welcher Antrag auch nach

---

<sup>1)</sup> Die Abgg. Struckmann, Dr. Mayer, Dr. Voelf, Hauck und Pfafferoth beantragten die Aufnahme einer Reihe von Paragraphen, deren erster lautete: „Die Berufung findet statt gegen die Urtheile der Schöffengerichte und der Strafkammern.“

längerer Debatte mit 14 gegen 13 Stimmen angenommen wurde<sup>2)</sup>. Der zweiten Lesung der Commissionsbeschlüsse zufolge ließ man die Berufung nur gegen die Urtheile der Schöffengerichte zu<sup>3)</sup>. Mit dieser Beschränkung fand die Berufung denn auch Aufnahme in die St.=P.=D., nachdem in der zweiten Berathung im Plenum ein wiederholter, die Ausdehnung der Berufung auch auf die landgerichtlichen Strafurtheile anstrebender Antrag<sup>4)</sup> mit 178 gegen 89 Stimmen abgelehnt worden.

Es wird nunmehr unsere Aufgabe sein, die Gründe darzulegen, welche die Justizcommission des Reichstags zur Beibehaltung der Berufung gegen schöffengerichtliche Urtheile und zur Ausschließung derselben in landgerichtlichen Strafsachen bewogen haben.

Zuvörderst erinnern wir daran, daß der Entwurf zur St.=P.=D. die Inappellabilität der Enderkenntnisse bezügl. der Thatfrage-Entscheidung zum Princip erhoben hatte. Die Freunde der Appellation aber sahen in ihr eines der wichtigsten Schutzmittel des Angeklagten und wollten dieselbe daher nur gegen Gewähr verschiedener anderer Garantien aufgeben; insbesondere machten sie geltend, daß mit dem Wegfall der Berufungs-Instanz die Interessen des Angeeschuldigten in der Voruntersuchung besondere Schutzmaßregeln erheischten, welche die Gefahr ausschloßen, daß derselbe, nachdem er in einem summarischen Vorverfahren eine höchst mangelhafte Kenntniß von der Tragweite der gegen ihn schwebenden Untersuchung, sowie von Richtung und Umfang der Anklage erlangt habe, durch den Gang der Hauptverhandlung überrächt und so in seinem Entlastungsbeweise beschränkt werde.

Unter diesen Umständen kann es nicht befremden, daß die Lösung der Berufungsfrage mit zu denjenigen Aufgaben der Commission gehörte, bei welchen innerhalb derselben eine wesentliche Verschiedenheit der Auffassung zu Tage trat, und eine Ver-

---

<sup>2)</sup> Das Stimmenverhältniß würde sich noch bezeichnender für die Spaltung der Ansichten gestaltet haben (14 gegen 14 Stimmen), wenn der Abg. Dr. Lasker, Gegner der Berufung, der Abstimmung beigewohnt hätte.

<sup>3)</sup> Antrag Struckmann.

<sup>4)</sup> Amendement Reichenjperger (Olpe).

fändigung nur dadurch zu erzielen war, daß Anhänger, wie Gegner der Berufung durch gegenseitige Concessionen einander entgegenkamen. Ueber den Wegfall der Berufungsinstanz in Schwurgerichtssachen war man bald einig; die Frage hingegen, ob sie bei den zur Competenz der Amts- und Landgerichte gehörigen Strafsachen zuzulassen sei, trat entschieden in den Vordergrund. In den letzteren würde man die Berufung ohne Zweifel ausgeschlossen haben, wenn der Commissionsbeschluß betr. Einführung der Schöffengerichte in landgerichtlichen Strafsachen in zweiter Lesung aufrecht erhalten worden wäre; indeß änderte sich die Sachlage, nachdem die Commission in zweiter Lesung auf den Entwurf zurückgegangen war, nach welchem die Strafkammern mit rechtsgelehrten Richtern besetzt werden sollten: sie entschied sich, wie Eingangs schon bemerkt, für den Wegfall der Berufung gegen die Urtheile der Landgerichte. Der Commissionsbericht verweist zur Motivirung dieses Entschlusses auf „die beinahe übereinstimmende Anschauung der Wissenschaft über die Unzulässigkeit der Berufung im mündlichen Strafverfahren“ auf „die Erfahrung in denjenigen Ländern, in denen die Appellation im mündlichen Strafverfahren ausgeschlossen ist“, wie besonders in Sachsen und Baden, woselbst die Berufungsinstanz nach längerem Bestehen mit allseitiger Zustimmung abgeschafft worden und endlich auf die Thatfache, „daß in den Ländern, deren Gesetzgebung die Berufung nicht zugelassen oder bezw. wieder ausgeschlossen hat, Stimmen für die Wiedereinführung derselben nicht laut geworden sind.“ Hieran knüpft der Bericht eine Erörterung der drei Cardinalpunkte, welche die Berufungsinstanz in der Commission zu Falle brachten:

- 1) sie ist mit dem Princip der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar,
- 2) die Vortheile, welche durch sie behufs Findung eines gerechten Urtheils in der einzelnen Strafsache angestrebt werden, können durch andere Einrichtungen im mündlichen Verfahren ersetzt werden,
- 3) die Construction derselben im mündlichen Strafverfahren ist mit großen Schwierigkeiten verbunden.

Diesen drei Punkten, welche wir später eingehender zu beleuchten Gelegenheit finden werden, stellten die Gegner folgende Erwiderungen gegenüber:

a) Der Angeschuldigte, welchem in den meisten Untersuchungen ein Vertheidiger überhaupt nicht oder doch nicht vor Eröffnung des Hauptverfahrens zur Seite stehe, erlange oft erst durch den Gang der Hauptverhandlung, ja, erst durch den Inhalt des Urtheils von dem Umfange der wider ihn erhobenen Anklage und von den zur Unterstützung derselben beigebrachten Thatfachen genaue Kenntniß, namentlich dann, wenn eine Voruntersuchung nicht stattfinde oder die Anklage selbst rücksichtlich ihres Inhalts für den Laien schwer verständlich sei. Diesem Mangel werde durch Ausdehnung der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht abgeholfen, da dieselbe ohne Beibringung neuer Beweismittel nicht zugelassen werde.

b) Durch die Statistik sei bewiesen, daß in denjenigen Ländern, in welchen die Berufung eingeführt worden, die Appellationsgerichte häufig die erstinstanzlichen Urtheile abänderten, und zwar zum Theil durch Herabsetzung der erkannten Strafe, ganz besonders aber durch Freisprechung von der Anklage. Diesen Thatfachen gegenüber erscheine der Ausschluß der Berufung als eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des Rechts des Angeschuldigten auf vollständiges Gehör und auf die Möglichkeit vollständiger Geltendmachung der zu seinen Gunsten vorhandenen Vertheidigungsthatfachen.

c) Auch wenn die Mangelhaftigkeit in der Instruction der Appellationsinstanz zugestanden würde, so beweise doch die große Zahl abändernder Erkenntnisse zum Mindesten, daß die Verurtheilung erstinstanzlich eine zweifelhafte gewesen, und die Constatirung eines solchen Zweifels zur Freisprechung genügt habe. Uebrigens lägen viele Fälle so, daß selbst bei einer nur theilweisen Reproduktion des Beweises, sogar auch ohne eine solche, ein sicheres und zuverlässiges Urtheil bezügl. der angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Erkenntnisses gewonnen werden könne.

Als maßgebend für die Berufungsfrage wurde in der Commission die Forderung anerkannt, daß eine Beseitigung der Berufung nur dann zulässig sei, wenn das Verfahren selbst

mit stärkeren Garantien umgeben werde. Schon die Motive wiesen auf diese Nothwendigkeit hin, indem sie einige derjenigen Gesetzgebungen<sup>5)</sup> anzogen, welche den Erfaß der Appellation darin suchten, daß sie an dem Verfahren und der Urtheilssprechung in erster Instanz Schöffen theilnehmen ließen, von der Aufsicht geleitet, daß die Heranziehung von Laienelementen den Richterprüchen dasjenige öffentliche Vertrauen sichere, welches den Verzicht auf ein Rechtsmittel der Appellation gestatte, — eine Ansicht, welche man in der Erfahrung mit Geschworenen-Gerichten bestätigt finden will. Aber weder eine Reform in Beziehung auf die Besetzung der Gerichte, noch das Erforderniß der Einstimmigkeit der Richtercollegien, welches von Anderen<sup>6)</sup> als ein Erfaß der Berufung gegeben worden, noch endlich die Gewährung erweiterter Bertheidigungsbefugnisse und einer obligatorischen Voruntersuchung bei inappellablen Strafsachen<sup>7)</sup> wurden in der Commission als ausreichende Surrogate der Berufung erachtet; vielmehr versuchte man dem von den Freunden<sup>8)</sup> der Appellation stets geltend gemachten Einwande:

„daß der Angeklagte häufig in der ersten Instanz übereilt werde, erst aus den Urtheilsgründen erfahre, worum es sich eigentlich gegen ihn gehandelt, und alsdann der zweiten Instanz bedürfe, um ein Feld wirksamere Bertheidigung zu finden“, in erster Linie durch eine bessere Construction des erstinstanzlichen Verfahrens wirksam zu begegnen.

---

5) Württemberg, Oldenburg, Sachsen und Hamburg.

6) Braunschweig und Oldenburg.

7) Württemberg und Baden.

8) Vergl. Mittermaier, Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, S. 620; Goldammer's „Archiv“, Bd. IV, S. 32.

VII.

Verstärkung der Garantien des erstinstanzlichen  
Verfahrens.

Als solche führt der Commissionsbericht folgende an:

1) Die Bestimmungen des § 176 der St.=P.=D., nach welchen eine Voruntersuchung in landgerichtlichen Strafsachen statt haben kann, wenn der Angeeschuldigte sie beantragt und erhebliche Gründe geltend macht, aus denen eine Voruntersuchung zur Vorbereitung seiner Vertheidigung erforderlich erscheint, in Verbindung mit der dem Gericht im § 200 der St.=P.=D. erteilten Ermächtigung, nach Lage der Sache die Einleitung einer Voruntersuchung zu verfügen, obgleich von der Staatsanwaltschaft die sofortige Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt worden war.

2) Die Vorschrift des § 165a der Commissions-Vorlage (nach der zweiten Lesung), durch welche dem Angeeschuldigten die volle Kenntniß von der Richtung und Begründung der Anklage und die Möglichkeit gewährt wird, durch den Antrag auf Einleitung einer Voruntersuchung bezügl. auf Ergänzung der zeitherigen Erörterungen den Vertheidigungsbeweis vorzubereiten, um gegen Ueberraschungen in der Hauptverhandlung gesichert zu sein<sup>1)</sup>.

3) Die stärkere Besetzung des erkennenden Gerichts: die Strafkammern sind (nach § 77 des G.=B.=G.) mit fünf Richtern zu be-

---

<sup>1)</sup> Die Absätze 2 und 3 des § 165a der Vorlage lauteten:

„Ist ein Vertheidiger vorhanden, so genügt es, diesen, unter Gestattung der Acteneinsicht, zur Einbringung etwaiger Vertheidigungs-Anträge aufzufordern.

„Hat eine Voruntersuchung stattgefunden, so ist die Aufforderung entsprechend zu beschränken, und ist dieselbe zu unterlassen, wenn unter Mittheilung der Ergebnisse der Voruntersuchung die erforderliche Befragung des Angeeschuldigten oder eine entsprechende Aufforderung an den Vertheidiger während der Voruntersuchung erfolgt ist“.

Von diesen ist nur der gesperrt gedruckte Theil des Abs. 3 in den § 199 der St.=P.=D. aufgenommen worden.

setzen; außerdem die Bestimmung des § 262 der St.-P.-O., daß zu jeder dem Angeklagten nachtheiligen Entscheidung eine Mehrheit von vier Stimmen erforderlich ist.

4) Der Ausschluß derjenigen Richter von der Mitwirkung am Urtheil, welche über Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden und den Angeklagten zur Hauptverhandlung verwiesen haben (§ 17 des Entw. der St.-P.-O.).<sup>2)</sup>

5) Die Ausdehnung des Rechtsmittels der Revision gegenüber den in den meisten deutschen Gesetzgebungen üblichen Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde. Hierdurch soll dem Uebelstand abgeholfen werden, daß durch die zu streng formalistische Natur der Nichtigkeitsbeschwerde dem obersten Gerichtshofe die Möglichkeit entzogen wird, bei offenbaren Rechtsverletzungen in einem zu seiner Cognition gebrachten Urtheil Abhilfe zu gewähren, weil sie durch die aufgestellten Beschwerdepunkte in einem, die volle Würdigung des Falles ausschließenden Maße beschränkt worden.

6) Die Ausdehnung der Wiederaufnahme des Verfahrens, welche — entgegen den Vorschriften über die Zulässigkeit der Berufung — an keine Frist gebunden ist und daher die Geltendmachung von neuen Umständen jederzeit gestattet.

Auch gegen die Zulassung der Berufung in schöffengerichtlichen Strafsachen erhoben sich in der Commission mancherlei Bedenken. Abgesehen von den gegen die Berufung überhaupt geltend gemachten Gründen, berief man sich vorzugsweise auf die Organisation der Schöffengerichte, welche als Laiengerichte eine Berufungs-

---

<sup>2)</sup> Abf. 3 des § 17 lautete:

„Ein Richter, welcher bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei dem Hauptverfahren vor der Strafkammer, dem Schwurgerichte und dem Reichsgerichte ausgeschlossen.“

Bei der wiederholten Commissionsberathung hat dieser Abf. die demnachst vom Reichstage angenommene Fassung erhalten:

„An dem Hauptverfahren vor der Strafkammer dürfen mehr als zwei von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben, und namentlich der Richter, welcher Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hatte, nicht theilnehmen.“ (§ 23 Abf. 3 der St.-P.-O.).



instanz eo ipso ausschließen. Demgegenüber konnte man sich aber der Ansicht nicht verschließen, daß gerade bei der Besetzung der Schöffengerichte mit drei Personen (einem Rechtsgelehrten und zwei Laien) und in Anbetracht des bei ihnen unter Ausschluß jeder Voruntersuchung beobachteten summarischen Verfahrens die Inappellabilität der Erkenntnisse bedenklich erscheine; diese Bedenken wurden noch verstärkt durch den Umstand, daß eine Mehrheit von zwei Stimmen bei einer Besetzung mit drei Botanten kaum als genügende Grundlage für eine endgiltige Entscheidung angesehen zu werden verdiene. Rücksichtlich dieses letzteren Mangels hätte man allerdings zur Verurtheilung in schöffengerichtlichen Strafsachen einfach Einstimmigkeit der Botanten annehmen können, wodurch ohne Frage das Verlangen nach einer zweiten Instanz in der Hauptsache hinfällig geworden wäre; indeß verkannte man nicht, daß durch die Verwirklichung dieser Maßregel die Frage der Verurtheilung resp. Freisprechung thatsächlich in eine Hand gelegt werde. Alle diese Gründe bestimmten die Commission schließlich zur Beibehaltung der Berufung in schöffengerichtlichen Strafsachen, womit ein Theil der Mitglieder zugleich auch diejenigen Einwendungen für erledigt erachtete, welche man gegen die beschlossene Ausdehnung der schöffengerichtlichen Competenz auf eine Mehrzahl von Vergehen erhoben hatte.

Die Frage, ob die Berufung dem Staatsanwälte in gleichem Umfange wie dem Angeklagten einzuräumen sei, beantwortete die Majorität der Commission in erster Lesung, wo die Berufung gegen landgerichtliche Urtheile noch beibehalten worden, in vereinendem Sinne; in der zweiten Lesung hingegen wurde dieselbe bezügl. der schöffengerichtlichen Strafsachen bejaht, und zwar aus denselben Gründen, welche oben für Beibehaltung der Berufung in diesen Sachen angeführt sind.

Betreffs des Verfahrens in der Appellationsinstanz endlich hielt man es für gerathen, sich vorläufig den in mehreren deutschen Gesetzgebungen schon vorhandenen, diesbezüglichen Bestimmungen in der Hauptsache anzuschließen, bis der Berufungsinstanz durch die Erfahrung eine definitive Gestaltung vorgezeichnet werde.

VIII.

Zusammenstellung der Gründe für und wider die  
Berufungsinstanz.

Bevor wir auf die Gründe für und wider die Berufungsinstanz näher eingehen, dürfte es zweckmäßig erscheinen, einen Punkt, der mit Unrecht in diese Frage hineingezogen wird, vorweg auszuscheiden: wir meinen den Hinweis auf die zweite Instanz im Civilproceß, aus deren Existenz man die Nothwendigkeit der Berufung auch für den Strafproceß herleiten möchte. Man hat gesagt: im bürgerlichen Proceß seien dieselben Principien vorherrschend, in Civilsachen sei ein unrichtiges Urtheil eher zu ertragen als in Strafsachen, und doch werde dort die Berufung in allen Sachen ohne Beschränkung zugelassen. Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß eine Parallele zwischen Criminal- und Civilsachen in dieser Frage gar nicht gezogen werden kann, weil die ersteren ganz anderer Natur sind als die letzteren: im Strafproceß geschieht die Beweisaufnahme (deren Gegenstand übrigens in beiden Proceßarten ein verschiedener ist) meist durch Indiciensbeweis, in welchem die einzelnen Thatumstände nur die Grundlage zur Errichtung des Beweises bilden; zudem handelt es sich bei der Urtheilssprechung meist nur um die Anwendung bestimmter und leicht verständlicher Gesetzesparagraphen auf die That einer greifbaren Person, so daß das Auffinden aller möglicher Weise relevanten Thatfachen und Beweismittel schon vor dem Urtheil selten mit Schwierigkeiten verknüpft ist.<sup>1)</sup> Der Beweis im Civilproceß

---

<sup>1)</sup> Als einen Ersatz der Berufung hat man hier die Erweiterung der Wiederaufnahme des Verfahrens, die an keine Frist gebunden ist, angesehen, weil man sich sagen mußte, daß da, wo es sich um den Beweis der Unschuld handele, keine Rechtskraft eintreten dürfe: der Beweis der Unschuld muß jederzeit geliefert werden können.

hingegen ist an sich einfacher, da er sich meist auf bestimmt abgegrenzte Thatfachen stützt; hierzu kommt, daß das anzuwendende Recht oft nicht von Anfang an gegeben, sondern erst zu finden ist, woraus sich dann eine viel größere Schwierigkeit der Subjuntion der Thatfachen unter das (oft unge schriebene) Recht ergibt. Diese Momente sind für die Beibehaltung der Berufung im Civilproceße maßgebend gewesen; dafür ist hier aber die Wiederaufnahme des Verfahrens bezügl. der Nova eingeschränkt (cf. § 545 der C.=P.=D.) und an eine Nothfrist (§ 549 der C.=P.=D.) gebunden, weil die Parteien ein endgiltiges Erkenntniß anstreben, der Staat aber einer Sicherung des verurtheilenden Erkenntnisses gegen einen Unschuldsbeweis nicht bedarf.

Als ein Hauptargument für die Beibehaltung der Berufung hat man hervorgehoben, daß der Angeeschuldigte oft erst durch den Inhalt des Urtheils von dem Umfange der wider ihn erhobenen Anklage und von den zur Unterstützung derselben beigebrachten Thatfachen genaue Kenntniß erlange (cf. Seite 37 sub a und Anm. 8 auf S. 38); die Wiederaufnahme des Verfahrens gewähre hiergegen keinen ausreichenden Schutz. Für diese Ansicht sind folgende Gesichtspunkte geltend gemacht worden:

Die Erfahrung lehrt, daß die Angeklagten bei den Straf=kammern erst in der ersten öffentlichen Verhandlung erfahren, was man eigentlich gegen sie vorbringe, welche Beweismittel gegen sie da seien, da erst darauf stießen, worauf man seitens der Anklage und der Richter gegen sie das größte Gewicht lege; wenn man sich vergegenwärtigt, wie viele von diesen Angeklagten ohne Bertheidiger in der Voruntersuchung, im Hauptverfahren waren, und wie oft, wenn selbst ein Bertheidiger in letzter Stunde zugezogen worden, er erst am Tage der Hauptverhandlung Gelegenheit erhielt, noch den Proceß zu instruiren, die gehörigen Entlastungsmittel beizubringen, nur klar zu werden aus den unklaren Mittheilungen des zu gründlicher Instruction völlig unfähigen Angeklagten, — wenn man sich dies Alles vergegenwärtigt, dann muß man zu der Erkenntniß gelangen, daß der Ausschluß der Appellation die höchste Gefahr für die Rechtsicherheit bedeutet, für die Bertheidigung und für die Un-

schuld.<sup>2)</sup> — In der Vorbereitung hat allein der Staatsanwalt das Wort, er ist jederzeit unterrichtet, er hat jederzeit die Herrschaft darüber, wie der Proceß weiter geleitet werden soll; der Angeklagte im Gefängniß wird gar nicht in Kenntniß gesetzt von dem, was vergeht; denn der Richter hat sich verschworen, mit dem Staatsanwalt gemeinschaftlich alle Momente der Anklage zusammen zu tragen, und der Angeklagte wird erst unterrichtet, sobald die Ermittlung der Thatfachen schon so vorbereitet ist, daß es schwer werden muß, sie in einer mündlichen Verhandlung zu erschüttern. Davon hat der Vertheidiger wohl das Gefühl, aber er ist im heutigen Verfahren so eingeengt, daß er fast als eine unwesentliche Person erscheint und hilflos dem Vorsitzenden des Gerichts gegenübersteht: es fehlt an Bürgschaften dafür, daß die Vertheidigung zur rechten Zeit getroffen werden kann.<sup>3)</sup> Goldammer endlich hebt in seinem „Archiv“ (Band IV) noch hervor, „daß Personen aus den niederen Ständen erst durch die Hauptverhandlung und die Entscheidung des ersten Richters zu einem eigentlichen Verständniß der Sache und nunmehr durch ihren in zweiter Instanz hauptsächlich erst angetretenen Vertheidigungsbeweis zur Freisprechung in appellatorio gelangt sind“, und daß andrerseits „der von der Anklage abweichende, veränderte Gesichtspunkt des Richters erst in zweiter Instanz ein besonderes Vertheidigungsmoment darbot, für welches nach der Anklage allein keine besondere Veranlassung vorlag.“

Diesen Uebelständen abzuhelpen fordert man nun entweder die Berufungsinstanz oder anstatt derselben Ersatzmittel, welche eine vollständige Austragung der Strassachen in erster Instanz ermöglichen. Ob die Gewähr der ersteren auf das erstinstanzliche Verfahren einen erheblichen Einfluß ausüben kann, wollen wir später erörtern; zunächst werden wir die erhobenen Beschwerden, soweit sie auf den letzterwähnten Umstand, die Garantien des Verfahrens vor dem ersten Richter, Bezug haben, näher ins Auge fassen. Der

<sup>2)</sup> Abg. Miquel während der ersten Berathung im Plenum (18. Sitzung vom 26. November 1874; stenographischer Bericht S. 333).

<sup>3)</sup> Abg. Dr. Casfer, ebenda S. 343.

Commissionsbericht hob in seinen beiden ersten Nummern, wie wir bei Aufzählung der Garantien gesehen (cf. Seite 39 sub Nr. 1 und 2), hervor: die Bestimmungen des § 176 in Verbindung mit denen des § 200, sowie die des § 199 der St.-P.-D. (des sogen. Defensional-Termins), welcher letzterer in seiner jetzigen Fassung folgendermaßen lautet:

„Der Vorsitzende des Gerichts hat die Anklageschrift dem Angeeschuldigten mitzutheilen und ihn zugleich aufzufordern, sich innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu erklären, ob er eine Voruntersuchung oder die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen, oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle.

Hat eine Voruntersuchung stattgefunden, so ist die Aufforderung entsprechend zu beschränken.

Ueber die Anträge und Einwendungen beschließt das Gericht. Eine Aufsechtung des Beschlusses findet nur nach Maßgabe der Bestimmungen im § 180 Abs. 1 und § 181<sup>4)</sup> statt.

Auf die vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen finden die Bestimmungen dieses Paragraphen keine Anwendung.“

Hierzu kommt noch eine weitere Garantie für das vorbereitende Verfahren: die Bestimmungen über Aenderungen der Anklage und Anträge auf Aussetzung der Hauptverhandlung (§ 264 der St.-P.-D.). Hiernach darf

1) eine Verurtheilung auf Grund eines anderen als des in dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens angeführten Strafgesetzes nicht erfolgen, ohne daß der Angeklagte zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben worden ist;

2) ist ebenso zu verfahren, wenn erst in der Verhandlung solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände behauptet werden, welche die Strafbarkeit erhöhen;

<sup>4)</sup> Gegen den Beschluß des Gerichts, durch welchen der vom Angeeschuldigten erhobene Einwand der Unzuständigkeit verworfen wird, ist sofortige Beschwerde zulässig (§ 180. 1), ebenso gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeeschuldigten auf Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt worden ist (§ 181).

3) kann der Angeklagte unter der Behauptung, auf die Vertheidigung nicht genügend vorbereitet zu sein, Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen, falls neu hervorgetretene Umstände (eventl. auch die sub 2 aufgeführten) die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes gegen ihn zulassen würden, als desjenigen, welches im Eröffnungsbeschlusse angeführt ist<sup>5)</sup>;

4) muß das Gericht auch sonst auf Antrag oder von Amtswegen die Hauptverhandlung aussetzen, falls dies in Folge einer veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder Vertheidigung angemessen erscheint.

Mit diesen Garantien haben sich aber die Freunde der Berufung nicht begnügen wollen, sie verlangten zum Theil die volle Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Vorverfahrens und obligatorische Voruntersuchung und Vertheidigung in allen Straffällen. Hiergegen ist aber mit Recht Folgendes geltend gemacht worden: Eine volle Gleichstellung der Voruntersuchung mit der Hauptverhandlung würde einen gleichen Character beider bedingen, welchen sie offenbar nicht haben. Die Voruntersuchung würde dann zu einer Quasi-Hauptverhandlung erhoben werden, welcher später eine nochmalige Hauptverhandlung zwecks Urtheilsfällung folgt, so daß letztere nichts als eine Reproduction der Voruntersuchung bedeuten würde. Ferner ist zu erinnern, daß die Hauptverhandlung sich wesentlich dadurch von der Voruntersuchung unterscheidet, daß sie als einheitliches Ganze aufzufassen ist, als eine Concentration sämmtlicher Voracte, welche allein die Durchführung des Principis der Mündlichkeit ermöglicht, wohingegen die Voruntersuchung sich aus einer Reihe einzelner Acte zusammensetzt und daher auf dem Princip der Schriftlichkeit beruhen muß. Zudem würde eine zu ausgedehnte Voruntersuchung (auch für die geringeren Reate) nothwendiger Weise zum geheimen Inquisitionspro-

---

<sup>5)</sup> Die Vorschrift sub 3 findet auf die Verhandlungen vor den Schöffengerichten und vor den Landgerichten in der Berufungsinstanz, sofern die Verhandlung vor letzteren eine Uebertretung betrifft oder auf erhobene Privatklage erfolgt, keine Anwendung (cf. § 244 Abs. 2). Diese Einschränkung ist erst bei der wiederholten Commissionsberathung als Abs. 5 dem § 264 beigelegt worden.

ceß zurückführen und die Wirksamkeit der mündlichen Verhandlung verderben; das ganze Verfahren würde durch eine Häufung seiner Vorbereitungsstadien unpractisch werden und eine unendliche Verschleppung der Proceße herbeiführen: eine rasche und prompte Urtheilssprechung bleibt demgegenüber das Haupterforderniß einer guten Gesetzgebung.

Endlich versteht sich von selbst, daß man einiger Ausnahmefälle wegen nicht die große Zahl derjenigen Fälle, wo das Verfahren durch die durchsichtige Sachlage, durch das vorliegende Geständniß des Angeklagten, sich als ein sehr vereinfachtes darstellt, unnöthig complicirt zu gestalten braucht dadurch, daß man das Vorverfahren mit allen möglichen Garantien umgiebt, und daß vor Allem eine obligatorische Vertheidigung legislatorisch widersinnig, practisch undurchführbar wäre, nicht, weil es, wie man mit Unrecht behauptet, an den nöthigen Vertheidigern fehlt, — die Juristen sind bekanntlich überall sehr stark vertreten, man brauchte nur die Grenzen der Zulassung im Sinne der §§ 138. 2, 139 und 144. 2 etwas mehr auszu dehnen, — sondern weil es pecuniär entweder dem Angeklagten unmöglich oder dem Staat unwillkommen ist.

Man ist noch weiter gegangen, indem man nicht allein Wieder-einführung der Berufung, sondern daneben auch die Mehrzahl der gewährten Garantien forderte als unentbehrliches Mittel, um das Material in möglichster Selbständigkeit zu sammeln, damit die Hauptverhandlung eine genügende Basis erhalte. Namentlich, meinte man, könne es nicht schaden, wenn die Garantien für die Voruntersuchung neben der Berufung erhalten blieben; denn sie dienten gerade dazu die Wahrheit ans Licht zu fördern, und wenn sie recht vollständig seien, so werde die zweite Instanz weniger häufig angerufen, — woraus sich übrigens der Schluß ziehen läßt, daß sie vollständig überflüssig wird, wenn die Verbesserungen des erstinstanzlichen Verfahrens einen gewissen Grad erreicht haben.

---

IX.

Die Garantien in der Voruntersuchung.

Die Voruntersuchung dient zur Erörterung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten That in soweit, als dies zur Beantwortung der Frage nöthig ist, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen sei. Sie unterscheidet sich demnach von den bloßen Vorerörterungen dadurch, daß in ihr die Anschulldigung wegen einer bestimmten That gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, und daß die Entscheidung über den Umfang und die Richtung der Voruntersuchung lediglich in dem Ermessen des Richters ruht, während der Staatsanwalt sie nur durch einzelne Anträge beeinflussen kann. Die Vorerörterungen können bei vorliegenden, dringenden Verdachtsmomenten eine Voruntersuchung überflüssig erscheinen lassen, so daß eventl. die sofortige Eröffnung des Hauptverfahrens in Frage stehen kann. Obligatorisch ist die Voruntersuchung (nach § 176) in denjenigen Strassachen, welche zur Competenz des Reichsgerichts oder der Schwurgerichte gehören; ausgeschlossen ist sie in schöffengerichtlichen Strassachen. In den landgerichtlichen Strassachen ist es dem Ermessen des Staatsanwalts anheimgegeben, ob eine Voruntersuchung zu beantragen oder ohne diese durch unmittelbare Erhebung der Anklage das Hauptverfahren herbeizuführen sei. Ein Anlaß zu dem Antrage auf Voruntersuchung wird oft darin zu finden sein, daß sich der Angeschuldigte in Haft befindet, da die im § 126 der St.-P.-D. festgesetzten Fristen<sup>1)</sup> zur Vorbereitung des Hauptverfahrens häufig zu kurze sein werden. Erhebt die Staatsanwaltschaft hingegen die Anklage unmittelbar (§ 197), so darf der An-

---

<sup>1)</sup> Die provisorische Untersuchungshaft darf bei Verbrechen und Vergehen höchstens vier Wochen, bei Uebertretungen höchstens zwei Wochen betragen; sie wird über ihren normalen Zeitraum von einer Woche nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft ausgedehnt (§ 126 der St.-P.-D.).



geschuldigte, welchem, wie wir bereits im Abschnitt VIII (§. 45; vergl. auch §. 39, Nr. 2 und Anm. 1) gesehen haben, die Anklageschrift auf Grund des § 199 mitzutheilen ist, die Eröffnung einer Voruntersuchung zur Vorbereitung seiner Vertheidigung unter Darlegung von Gründen beantragen. Ueber die Erheblichkeit der angeführten Gründe entscheidet das Gericht. Außerdem kann das letztere nach § 200 die Eröffnung einer Voruntersuchung auch von Amtswegen beschließen.

In allen diesen Bestimmungen, namentlich in derjenigen, welche den Angeeschuldigten berechtigt, auf Voruntersuchung anzutragen, sehen wir ziemlich weitgehende Concessionen zu Gunsten des letzteren. Allerdings scheint dies auch im Interesse des Angeeschuldigten und seiner Vertheidigung geboten; denn die sofortige Eröffnung des Hauptverfahrens ohne vorherige Voruntersuchung kann unter Umständen leicht eine Gefährdung des Vertheidigungsbeweises involviren, zumal, wenn der Angeeschuldigte in den Vor-erörterungen nicht immer Gelegenheit gefunden hatte, die seiner Vertheidigung förderlichen Erhebungen zu beantragen. Hierzu kommt noch ein schwerwiegendes Moment: In der Hauptverhandlung wird die Entscheidung über die Schuldfrage inappellabel gefällt, sonach ist der Angeeschuldigte bezüglich seiner Vertheidigung auf die Hauptverhandlung beschränkt; er kann sie in einer zweiten Instanz nicht mehr ergänzen, was besonders ins Gewicht fallen muß, da der Angeklagte erst der Anklageschrift die Richtung und Begründung der Anklage entnehmen und danach den Entlastungsbeweis vorbereiten kann.

Ein unbedingtes Recht, die Einleitung einer Voruntersuchung in allen Fällen beantragen zu dürfen, ist dem Angeeschuldigten nicht eingeräumt worden; dies erscheint auch in sofern überflüssig, als jede berechtigte Fürsorge für die Interessen der Vertheidigung nach dem Vorstehenden gewahrt ist, zumal die Entscheidung über diesbezügliche Anträge dem Gericht mit der ausdrücklichen Ermächtigung anheimgestellt wird, denselben stattzugeben, wenn der Angeeschuldigte „erhebliche Gründe geltend macht, aus denen eine Voruntersuchung zur Vorbereitung seiner Vertheidigung erforderlich erscheint“ (§ 176). Außerdem ist endlich u. a. auch wesentlich für das Interesse der

Vertheidigung durch die Vorschriften der §§ 158 und 164 gesorgt, wonach die Staatsanwaltschaft nicht bloß die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung derjenigen Beweise Sorge zu tragen hat, deren Verlust zu befürchten steht (§ 158. 2), und der Amtsrichter einzelne vom Beschuldigten zu seiner Entlastung beantragte Beweiserhebungen, soweit er dieselben für erheblich erachtet, vorzunehmen hat, wenn der Verlust der Beweise zu besorgen steht oder die Beweiserhebung die Freisprechung des Beschuldigten begründen kann (§ 164. 1 der St.=P.=D.).

---

## X.

### Die Vertheidigung.

Der § 199 der St.=P.=D. (vergl. Abschn. VIII auf Seite 45, wo derselbe im Wortlaut mitgetheilt ist), war im Entwurf nicht enthalten. Die Justizcommission des Reichstags hat ihn aufgenommen, um in denjenigen Straffachen, in denen die Berufungsinstanz fortgefallen ist, dem Angeeschuldigten einen erhöhten Schutz gegen die Gefahr zu gewähren, daß die Hauptverhandlung ohne genügende Vorbereitung der Vertheidigung stattfindet. Es handelt sich hierin um folgende Anträge, welche der Angeeschuldigte nach Mittheilung der Anklageschrift stellen kann: Er kann nämlich beantragen

1) Eröffnung einer Voruntersuchung, falls eine solche noch nicht stattgefunden hatte,

2) die Vornahme einzelner von ihm genau anzugebender Beweiserhebungen, und

3) die Richteröffnung des Hauptverfahrens, weil die Anklage, wie näher zu präcisiren, in thatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht begründet erscheint.

Hiergegen, sowie gegen Inhalt und Fassung des § 199 sind vom Standpunkte des Rechts, wie der Praxis die allergrößten

Bedenken geltend gemacht worden. Es mag zugestanden werden, daß die genannten Bestimmungen in gewisser Hinsicht als Kautelen zur Abwehr erhobener Anschuldigungen betrachtet werden können, wie ausdrücklich auch betont wurde<sup>1)</sup>, sie seien eingeführt worden, um die Garantien der Angeschuldigten für eine umfassende Vorbereitung seiner Vertheidigung den Belastungsmomenten der Staatsanwaltschaft gegenüber zu vermehren; erst die Anklageschrift gebe dem Angeschuldigten das vollständige und sichere Bild der Belastung und sichere ihn vor „Ueberraschung“. Aber es ist andererseits auch nicht zu verkennen, daß im § 199 dem aufgeklärten Angeschuldigten ein willkommenes Mittel an die Hand gegeben ist, seinen Proceß nach Belieben zu verschleppen, insbesondere dadurch, daß er weder in der Voruntersuchung, noch im Vorermittlungsverfahren mit seinem Vertheidigungsmaterial hervortritt, sondern erst nach voller Kenntniß des Anklagematerials sich zur Abwehr vorbereitet. In praxi hat sich freilich gezeigt, daß nach beiden Richtungen hin die Bestimmungen des § 199 zu keinem positiven Resultat geführt haben: Die Ausführung derselben ist fast zu einer leeren Formalität herabgesunken, insbesondere haben sie den Zweck als Schutz des Angeklagten gegen nicht gehörig vorbereitete Anklagen zu dienen, nicht erfüllt. Denn dem Angeklagten, welcher aus pecuniären Gründen meist auf den Beistand eines Vertheidigers verzichten muß, ist mit Zustellung der Anklageschrift wenig gedient. Sie ist für ihn vollständig unverständlich, namentlich, was die Relevanz der Entlastungsmomente und ihre Beziehung zu den Belastungsmomenten anlangt; befindet er sich in Untersuchungshaft, so steht er der Anklageschrift noch rath- und hilfloser gegenüber; die mangelhaften, meist die eigene Unwissenheit verhüllenden Fingerzeige des Gefängnißwärters oder Mitgefangener können ihn dem Dilemma nicht entreißen.

Um jene Vorschriften zur vollen Geltung zu bringen, ist nun vorgeschlagen worden<sup>2)</sup>, eine Unterredung zwischen Richter

---

<sup>1)</sup> Thilo, die Straf-Proceß-Ordnung für das deutsche Reich, S. 222, Nr. 2.

<sup>2)</sup> v. Schwarze, die Berufung im Strafverfahren 2c., Seite 36 und 37.

und Angeklagten zuzulassen, in welcher der letztere über die Anklageschrift und deren Inhalt belehrt und mündlich aufgefordert werde, dasjenige anzugeben, was er gegen die Anklage noch vorbringen möchte, — ein sehr beachtenswerther Vorschlag, dem die vorausgesetzte Wirkung, die Vorerörterungen so zu ergänzen, daß das gesammte Beweismaterial in der ersten Instanz vollständiger vorgeführt werden könne, nicht abzuspochen ist. Gleichzeitig hätte ein solches Vorverhör auch den Vortheil, daß Richter und Angeklagter sich persönlich kennen lernen, was nach beiden Richtungen hin für die Hauptverhandlung von erheblichem Nutzen sein kann. — Wir möchten diesen Vorschlag, um dem Einwand zu begegnen, daß derselbe zu Weitläufigkeiten führen werde, noch dahin ergänzen, daß anstatt dieses Vorverhörs eine formelle Ladung (resp. Vorführung) des Angeklagten rathsam erscheinen dürfte zu derjenigen Sitzung der sogen. „Beschluskammer“, in welcher über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden wird. Eine Zustellung der Anklageschrift nach § 199 wäre dann nur erforderlich, wenn der gehörig vorgeladene Angeklagte nicht erscheint, in welchem Falle er sich über mangelhafte Vorbereitung nicht wird beklagen können.

Ähnlich, wie die Vorschriften des § 199 verfehlen auch die des § 264 (vergl. S. 45 unten und S. 46) ihren Zweck. Die Motive, aus denen sie hervorgegangen, sind völlig zu billigen, — aber der Angeklagte versteht sie ebensowenig wie die Anklageschrift. Die Tendenz des § 264 war, wie bereits angedeutet, die, eine Beeinträchtigung der Vertheidigung des Angeklagten bei eingetretener Klageänderung (§ 263, Abs. 2) zu verhüten. Allerdings soll der Angeklagte auf die „Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes“ besonders hingewiesen werden, worüber (nach § 274) ein Vermerk im Protocoll aufzunehmen ist; ob aber der Angeklagte diesen „besonderen Hinweis“ wird verstehen und benutzen können, ist eine andere Frage. Er wird, wenn er unvertheidigt ist, fast nie in der Lage sein, das in seinem Interesse erforderliche Material so zu bezeichnen und zu begründen, daß daraufhin seinem Vertagungsantrage stattgegeben werden kann. Diese Erfahrung läßt sich allgemein auch auf alle diejenigen Fälle ausdehnen, wo in Folge eines

mangelhaften und unvollständigen Vorverfahrens irgend welche Ergänzungen des Beweises in der Hauptverhandlung geboten erscheinen.

Es fragt sich nun, ob diesen Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens durch die Einführung einer Berufungsinstanz, welche die Möglichkeit einer Ergänzung der Vertheidigung gewähren würde, abgeholfen werden kann. Diese Frage beantwortet sich ganz von selbst, wenn man an dem Fundamentalsatz festhält, daß das Vorverfahren, der eigentliche Kernpunkt des Processes, dazu bestimmt ist, alles zur Anklage und Vertheidigung Erforderliche auszumitteln. Entspricht das Vorverfahren dieser Bedingung voll und ganz, dann wird die erste Instanz schon alle die Garantien bieten, welche man irriger Weise in der Berufung finden will. Wie wir aber bereits an mehreren Beispielen gesehen, entspricht die heutige Proceßordnung diesen Anforderungen noch nicht in allen Punkten; vorzüglich gewährt sie keine wirklich erschöpfende Vorbereitung des Vertheidigungsbeweises in erster Instanz. Dies bestätigt auch die folgende Betrachtung. Dem Vertheidiger, welchem die nicht leichte Aufgabe zufällt, aus den oft unklaren und verworrenen Angaben des Angeeschuldigten das erforderliche Material auszufondern, nothwendige Ergänzungen durch umständliche Fragestellung zu eliciren, sind so kurze Fristen eingeräumt, daß eine rechtzeitige Wahrnehmung der Vertheidigung kaum möglich erscheint. Gerade in den Stadien des Vorbereitungsverfahrens, wo mehrfach Beweisaufnahmen stattfinden, die in der Hauptverhandlung nicht wiederholt werden können, ist die Zulassung der Vertheidigung eine sehr beschränkte; den sich hieraus ergebenden Unzulänglichkeiten kann die unbeschränkte Zulassung in der Hauptverhandlung ebensowenig Abhilfe gewähren, wie die Bestimmung des § 377. 8, nach welcher die Revision zulässig ist, sobald die Vertheidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte durch einen Beschluß des Gerichts unzulässig beschränkt wurde, zumal die Stellung des Vertheidigers nicht einmal der des Staatsanwalts äqual ist. Außerdem werden auch die der Vertheidigung eingeräumten Rechte, wie das der Acteneinsicht nach Schluß der Voruntersuchung resp. Einreichung der Anklageschrift (§ 148) 2c., selbstverständlich um so mehr

ihren Werth verlieren, je knapper die Fristen bemessen sind; die Forderung, sie bei einer Revision der Proceßordnung angemessen zu verlängern, dürfte wohl als eine gerechtfertigte erscheinen.

Hier mag sich gleich eine kurze Erörterung der oft gehörten Beschwerde, daß die Grenzen der nothwendigen Vertheidigung zu eng gesteckt seien, anschließen. Nach § 140 ist die Vertheidigung nothwendig in landgerichtlichen Strafsachen, 1) wenn der Angeeschuldigte taub oder stumm oder noch nicht sechs- zehn Jahre alt ist, 2) wenn ein Verbrechen<sup>3)</sup> (nicht eine strafbare Handlung, die sich als Verbrechen darstellt, weil sie im Rückfall begangen ist) vorliegt und der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter die Bestellung eines Vertheidigers beantragt, was innerhalb dreier Tage (!) nach Zustellung der Anklageschrift (§ 199!) geschehen muß. Das Gericht kann auch außerdem die Bestellung eines Vertheidigers auf Antrag oder von Amtswegen anordnen (§ 141). Die Bestellung des Vertheidigers kann schon während des Vorverfahrens erfolgen (§ 142).

Wenn man bedenkt, wie hilflos der unvertheidigte, weniger gebildete Angeklagte der mit allen Mitteln ausgerüsteten Anklage in der Hauptverhandlung gegenübersteht, wie schwer es für ihn ist, seine Entlastungsthatfachen vorzuführen und zur Geltung zu bringen, so kann man sich des Gedankens kaum erwehren, daß die Fürsorge des Gesetzes für die berechtigten Interessen desselben in dieser Hinsicht eine äußerst mangelhafte ist. Sonach erscheint eine Ausdehnung der nothwendigen Vertheidigung dringend geboten; allerdings wird ein diesbezüglicher Vorschlag auf energischen Widerstand stoßen — der leidigen Kostenfrage halber. Dies läßt schon der Commissionsbericht (S. 35) zur Genüge erkennen: Bei Berathung des § 132 der Commissionsvorlage<sup>4)</sup> unterlag der Antrag der

---

<sup>3)</sup> Eine mit Zuchthaus, oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung (§ 1 des St.-G.-B.).

<sup>4)</sup> Dem zum Vertheidiger bestellten Rechtsanwalte sind für die geführte Vertheidigung die Gebühren nach Maßgabe der Gebührenordnung aus der Staatskasse zu bezahlen.

Der Rückgriff an den in die Kosten verurtheilten Angeklagten bleibt vorbehalten (§ 150 der St.-P.-O.).

Minderheit, demzufolge die Kosten der nothwendigen Vertheidigung in allen Fällen, auch wenn der Vertheidiger vom Angeklagten gewählt worden, der Staatskasse zur Last fallen sollten. Man beschränkte sich darauf, die Defensionalien nur für bestellte Vertheidigung in erster Linie der Staatskasse aufzuerlegen, was schon deshalb ungerechtfertigt und inconsequent erscheint, als der Angeklagte diese Bestimmung umgehen kann, da ihm nach § 140 Abf. 4, wenn er „einen Vertheidiger noch nicht gewählt hat, ein solcher von Amtswegen zu bestellen“ ist.

Die frühere Proceßordnung des Königreichs Sachsen kannte, wie hier erwähnt zu werden verdient, einen Unterschied zwischen bestelltem und gewähltem Vertheidiger nicht, sie ließ die nothwendige Vertheidigung bereits bei denjenigen Straffällen zu, welche das Gesetz mit Zuchthaus oder vierjähriger Zwangsarbeit bedrohte.

Die nothwendige Vertheidigung in unserem Sinne würde übrigens wesentlich zur Vereinfachung des Verfahrens beitragen; — die Befürchtung der Verschleppung und des Mißbrauchs<sup>5)</sup> glauben wir nicht theilen zu müssen: das „odium defensorum“ ist für uns, wenn nicht ein überwundener Standpunkt, so doch ein Ausnahmezustand. Zudem ist der Vertheidiger der discretionären und disciplinären Gewalt des Vorsitzenden, seine Anträge u. der Prüfung des Gerichts unterworfen.

Was endlich die pecuniäre Seite der Frage anbelangt, so greifen wir wohl nicht fehl, wenn wir behaupten, daß die Kosten, welche der ganze Apparat einer zweiten Instanz verschlingen würde, sich immerhin noch höher beziffern dürften, als diejenigen, welche eine angemessene Erweiterung der nothwendigen (bestellten und Wahl-) Vertheidigung verursacht.

---

<sup>5)</sup> Vergl. v. Schwarze, die Berufung im Strafverfahren u. S. 43 a. G.

IX.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens.

Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens wird von der St.=P.=D. nicht als ein Rechtsmittel betrachtet (vergl. § 405). Sie findet von Amtswegen nicht statt, sondern muß beantragt werden. Ein solcher Antrag kann jederzeit gestellt werden, er hemmt aber die Vollstreckung des Urtheils nicht, wenn auch nach § 400 zuweilen Aufschub resp. Unterbrechung der Vollstreckung auf Grund gerichtlicher Anordnung zulässig ist. Wiederaufnahme ist statthaft zu Gunsten und zu Ungunsten des Verurtheilten: wenn eine in der Hauptverhandlung producirte Urkunde unecht war, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger sich bezügl. seiner Aussage einer Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat, und wenn eine der zur Urtheilsfindung berufenen Personen sich in Beziehung auf die Sache einer solchen Verletzung der Amtspflicht<sup>1)</sup> schuldig gemacht hat, daß sie deshalb im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens verfolgt werden könnte<sup>2)</sup>. Wiederaufnahme zu Ungunsten eines (freigesprochenen) Angeklagten findet außerdem statt, wenn derselbe nachträglich vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständniß ablegt; zu Gunsten des Verurtheilten, wenn die Verurtheilung auf Grund eines civilgerichtlichen Urtheils erfolgte, welches nachträglich wieder aufgehoben worden und endlich, wenn neue Thatfachen oder Beweismittel beigebracht sind, welche allein oder in Verbindung

1) „sofern dieselbe nicht vom Verurtheilten selbst veranlaßt ist“ (§ 399. 3). Diese Beschränkung tritt nur bei der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurtheilten ein.

2) Wegen der im Obigen angeführten strafbaren Handlungen muß entweder ein rechtskräftiges Urtheil ergangen sein, oder es muß die Einleitung resp. Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen, als wegen Mangels an Beweisen, z. B. wegen Abwesenheit, Tod, Verjährung zc. ausgeschlossen sein (§ 404).



mit den früher erhobenen Beweisen Freisprechung oder Anwendung eines milderen Strafgesetzes zu begründen geeignet sind<sup>3)</sup>. In den vor den Schöffengerichten verhandelten Sachen können nur solche Nova beigebracht werden, die der Verurtheilte im früheren Verfahren nicht gekannt hatte oder ohne Verschulden nicht geltend machen konnte (§§ 399 und 402 der St.=P.=D.). Ueber die Zulassung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens entscheidet das Gericht, dessen Urtheil (mit dem Antrag) angefochten wird, ohne mündliche Verhandlung (§ 407).

Die St.=P.=D. hat die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurtheilten ausgedehnt, eine Vergünstigung, welche von den Gegnern der Berufung unter denjenigen Institutionen aufgeführt wird, welche die Garantien des Verfahrens verstärken sollen (vergl. Nr. 6 auf S. 40). Dies wird im Allgemeinen auch anerkannt, dagegen bestritten man, daß das Wiederaufnahmeverfahren einen Ersatz für den Wegfall der Berufungsinstanz gewähre. Namentlich hat man auf die Ungleichheit der Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen die von den verschiedenen Kategorieen der Gerichte gefällten Urtheilssprüche hingewiesen: gegen öffentliche Urtheile wegen Uebertretungen und leichterer Vergehen stehe die Berufung offen, welche sich auf die Rechtsfrage, die Thatfrage und die Strafzumessung erstrecken könne, außerdem die beschränkte Wiederaufnahme; in schwurgerichtlichen Strafsachen, den schwereren Verbrechen, habe der Angeklagte stärkere Garantien in der ersten Instanz, sodann aber die Revision und die erweiterte Wiederaufnahme; nur für die mittlere Klasse strafbarer Handlungen, in welcher die Zahl der Reate die bei Weitem größte sei, in Landgerichtlichen Strafsachen, seien nicht dieselben Chancen gegeben, insbesondere könne die Strafzumessungsfrage durch kein Rechtsmittel wieder erörtert werden; hier solle die Garantie in der Besetzung der Strafkammern mit fünf Richtern liegen, wovon vier das Schuldig aussprechen müssen. Daß aber die

---

<sup>3)</sup> Wiederaufnahme zum Zwecke der Aenderung der Strafe innerhalb des durch dasselbe Gesetz bestimmten Strafmaßes ist unstatthaft (§ 403).

Wiederaufnahme in schöffens- und schwurgerichtlichen Sachen für nothwendig erachtet worden, sei gerade ein Beweis dafür, daß sie als Ersatz der Berufungsinstanz in landgerichtlichen Sachen nicht mit angesehen werden könne. — Dieser Einwand wird hinfällig, wenn man in Erwägung zieht, daß bei Geschworenenfachen gegen die Strafzumessung ein Rechtsmittel ebenfalls unstatthaft ist, und daß die Festsetzung des Strafmaßes dort nur drei Richtern, in landgerichtlichen Strafsachen dagegen fünf Richtern überlassen ist. Eine nochmalige Prüfung des Strafmaßes kann übrigens auch leicht zum Nachtheil des Verurtheilten ausfallen, da, wie der Abg. Dr. Lasker<sup>4)</sup> treffend bemerkte, dieselbe zuweilen ein arithmetisches Berechnen nach subjectiven Factoren, zuweilen gar nur ein ungefähres Abwägen nach dem Gefühl ist: schon das Resultat bei dem ersten Richter ist mit einem starken Beisatz des Zufalls gemischt; eine Sache wird dadurch nicht besser, daß man den Zufall zweimal eine Rolle spielen läßt. Hierzu kommt noch, daß die Wiederaufnahme in Schwurgerichtsfachen dadurch an Bedeutung verliert, daß das Verdict der Geschworenen ohne Entscheidungsgründe ertheilt wird, und daher die Hilfe wegfällt, welche in anderen Strafsachen bei Vergleichung der älteren Beweisresultate mit dem Novum und der Prüfung des Einflusses des letzteren auf jene durch die Entscheidungsgründe geleistet wird. Dies ist auch der hauptsächlichste Grund, weshalb die Zahl der im Wiederaufnahmeverfahren aufgehobenen Urtheile in Schwurgerichtsfachen eine verhältnißmäßig sehr niedrige ist<sup>5)</sup>.

Weit berechtigter ist der andererseits erhobene Vorwurf, daß die Wiederaufnahme mit dem Princip der Mündlichkeit im Widerspruch stehe, schon insofern, als die Entscheidung über ihre Zulässigkeit auf Grund der Acten erfolge. Hierher gehört namentlich die mangelhafte Reproduction der früheren Verhandlung, die Abschwächung und der Verlust von Beweismitteln u. c.; diese Mängel hat

<sup>4)</sup> 22. Plenar Sitzung vom 1. December 1876, stenogr. Ber. S. 540.

<sup>5)</sup> Seit Einführung der neuen Justizgesetze (1. October 1879) bis 1. Januar 1883 betrug nach amtlicher Feststellung die Zahl der im Wege der Wiederaufnahme aufgehobenen Urtheilssprüche: in Schwurgerichtsfachen 10, in landgerichtlichen Strafsachen 99, in schöffengerichtlichen 96.

aber die Wiederaufnahme mit der Berufung gemein (cf. Abschn. XIII und XIV, S. 67 u. 71), — sie sind weder hier noch dort gänzlich zu beseitigen. Die Wiederaufnahme bietet aber immerhin den Vortheil, daß sie die Geltendmachung neuer Umstände an keinerlei Zeitbeschränkungen knüpft. Wie wir wissen, war die alte Berufung durch die Bedingung, daß der Angeschuldigte im früheren Verfahren sicher in Unkenntniß über die Nova oder in der Unmöglichkeit sich befunden haben mußte, sie zur Geltung zu bringen, so eingeschränkt, daß das ganze Rechtsmittel oft verloren ging, während jetzt in der nicht durch jene formale Rücksicht beschränkten Wiederaufnahme eine völlig freie Berufung gestattet wird. Der Ausschluß der Berufung berührt demgemäß nur die Fälle, wo das Thatfachenmaterial — unverändert — einer nochmaligen Prüfung durch den zweiten Richter unterzogen werden soll. In dieser Wohlthat aber liegt nicht die Voraussetzung eines besseren oder richtigeren Urtheils, wie wir später sehen werden.

Eine Härte schließt die Wiederaufnahme allerdings ein: ihre Zulässigkeit gegen ein absolutorisches Urtheil, das dem Angeklagten doch eigentlich eine unbedingte *exceptio rei iudicatae* gewähren sollte. Man hat mit Recht gesagt, daß die Möglichkeit einer solchen Wiederaufnahme den Freigesprochenen einer dauernden Beunruhigung aussetze, was um so ungerechtfertigter erscheine, als ja der Anklage stets die vollste Möglichkeit gewährt gewesen sei, das Beweisverfahren gründlichst vorzubereiten. Eine vollständige Ausschließung der Wiederaufnahme gegen freisprechende Erkenntnisse wird sich zwar weder aus strafpolitischen Gründen, noch durch die Rücksichten auf die Interessen des Angeklagten, noch durch die aus der mangelhaften Reproduction hergeleiteten Argumente rechtfertigen lassen; eine thunlichste Beschränkung, namentlich bezüglich der Fälle, wo bei einem condemnatorischen Urtheile Wiederaufnahme behufs Bestrafung wegen eines schwereren Delicts beantragt wird, scheint indeß dringend geboten, namentlich, wenn man erwägt, daß in diesen Fällen die Umkehrung des Satzes besonders grell zu Tage tritt: „in dubio pro reo“.

Andererseits darf man nicht verkennen, daß eine zu weite Ausdehnung der Wiederaufnahme bedenklich ist: sie gewährt den sogen.

Criminalquerulanten einen weiten Spielraum. Die Mehrzahl der Wiederaufnahmefälle beruht auf Production neuer Thatsachen oder Beweismittel; wie diese oft beschaffen sind, lehrt die Erfahrung zur Genüge. Man erinnere nur die zahlreichen Fälle, bei denen es sich herausstellt, daß die vorgebrachten Nova Nichts „Neues“ an sich hatten; sie bestanden in nachträglich präparirten Beweisen, insbesondere wohlfeilen Zeugen oder doch solchen Zeugen, die gern etwas bekunden mochten, hierzu aber nicht im Stande waren. Daß ein solches „Novum“ zugelassen wurde, erklärt sich einfach daraus, daß es in Folge seiner Isolirung von den früheren Beweisthatsachen eine Bedeutung gewann, welche es gegenüber dem Gesamtbeweise und bei einer gleichzeitigen, die übrigen Beweismomente mit umfassenden Beurtheilung nicht erlangt haben würde. Das Novum tritt mehr in den Vordergrund, weil es als eigentlicher Motor der Wiederaufnahme die besondere Beachtung der Proceßbetheiligten herausfordert.

Ein weiterer Theil der Wiederaufnahmefälle beruht ferner auf dem Nachweis von Zeugenmeineiden und falschen Recognitionen. Letztere verschuldet nicht allein die Leichtfertigkeit der Zeugen, zum Desteren haben sie ihren Grund auch in der Uebereilung der Verhandlungen. Dem Recognoscenten wird nicht die genügende Zeit gelassen, sich das Bild des vielleicht wesentlich veränderten Angeklagten wieder in die Erinnerung zurückzurufen, so wie es sich früher seinem Gedächtniß eingepreßt hat. Hieran sind aber weder die Gerichtsmitglieder noch der Vorsitzende Schuld; vielmehr ist dieselbe einzig und allein der Ueberlastung der Gerichte, ergo — dem Mangel an Arbeitskräften zur Ueberwältigung des vorliegenden Arbeitsmaterials zuzuschreiben. Daß ein solcher vorhanden ist, möge ein einfaches Rechenexempel darthun:

Nehmen wir an, es lägen einer Strafkammer 12 Sachen zur Aburtheilung an einem Tage vor (oft sind es deren 14 und mehr!), und die durchschnittliche Zeitdauer jeder Verhandlung betrüge eine halbe Stunde, so hätte das Richtercollegium — abgesehen von den häuslichen Arbeiten — ununterbrochen 6 volle Stunden hintereinander zu tagen. Nun fallen aber in der Regel einige — sagen wir 4 — Sachen aus (resp. werden sie bald vertagt), mithin blei-

ben 8 Sachen = 4 Stunden; dafür haben sich aber 1 Sache auf 2, 2 Sachen auf 1 Stunde ausgedehnt, was häufig vorkommt, da der Vorsitzende die Dauer der Verhandlungen nach den bezügl. Acten nicht immer genau veranschlagen kann. Demnach kämen also zu den 4 Stunden noch weitere 4 hinzu, so daß im Ganzen 8 volle Stunden richterlicher Amtsthätigkeit herauskommen würden! Regelmäßig zwar ist dies nicht der Fall, man frage indeß die Richter, wie häufig es sich zuträgt, daß sie von 9 Uhr vormittags bis 5 Uhr nachmittags zu Gericht sitzen! Käme dies auch nur allwöchentlich einmal vor, so hätte man jährlich immerhin eine ganz efflektliche Anzahl von Verhandlungen, die nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit haben geführt werden können.

Einen ebenso grellen Mangel zeigt die heutige Rechtsübung auch in der Handhabung des Eides. Man vereidigt Zeugen vielfach ohne Grund schon im Vorverfahren, um sich gegen nachträgliche Aenderungen ihrer Aussagen zu schützen, — die Vorschrift des § 65, Abf. 2 wird hier zu weit ausgedehnt. Ferner pflegt man Zeugen, die über dieselbe Thatsache abzuhören sind, vor ihrer Confrontation zu vereidigen, obgleich die letztere vielleicht manchen Widerspruch würde aufgeklärt haben. Endlich werden den Zeugen vielfach Fragen vorgelegt, die das Gesetz gar nicht oder wenigstens nicht in der beliebigen Fassung vorschreibt. So fragt man den Zeugen z. B. nach seinen Vorstrafen, die in öffentlicher Gerichtsitzung anzugeben er aus ganz natürlichen Gründen oft Anstand nehmen wird, während es eigentlich genügt hätte, zu wissen, ob er bereits wegen Meineids bestraft worden ist oder nicht. Zudem wird von dem § 60 der St.-R.-D., welcher aus besonderen Gründen einen affirmatorischen Eid zuläßt, ein zu seltener Gebrauch gemacht. Diese Mängel, theils in Verbindung mit der flüchtigen, rein formellen Ermahnung und Verwarnung der Zeugen, tragen nicht wenig dazu bei, die Anzahl der Meineide und somit auch die der lagen Wieder- aufnahmefälle zu vermehren: Der Feierlichkeit der gerichtlichen Vereidigung kann ein Abbruch schlechterdings nicht mehr geschehen, darum Sorge man hierin wenigstens für zweckmäßigere Handhabung des Gesetzes, so lange man sich zur Abschaffung des promissorischen Eides überhaupt nicht entschließen zu können glaubt.

Schließlich sei uns gestattet noch zu bemerken, daß bei den vorzüglichen Eigenschaften, die wir an der Wiederaufnahme kennen gelernt haben, der Gedanke, welcher von streng theoretischer Seite angeregt worden, dieselbe zu beschränken, falls die Wiedereinführung der Berufung beschlossen werden sollte, für uns in weiter Ferne liegt, ja, fast ausgeschlossen, seine Realisirung durch Nichts gerechtfertigt erscheint.

---

## XII.

### Das Princip der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung.

Auf die im Abschnitt VI sub b und c (S. 37) angedeuteten, zu Gunsten der Berufung aufgeführten statistischen Nachweise soll hier ebenso wie auf die zu Ungunsten beigebrachten nicht näher eingegangen werden. Sie würden nur dann Beweiskraft haben und zu berücksichtigen sein, wenn sie nach den Gründen, aus welchen die Berufung eingelegt worden, geordnet, und auch contradictorische von Contumacial-Urtheilen geschieden wären; denn es kann, was die erstere Forderung anlangt, nicht in Abrede gestellt werden, daß es einen wesentlichen Unterschied macht, ob ein Erkenntniß wegen Dissenses betreffs der Rechtsfrage, der Schuldfrage, der Beweiswürdigung, der Strafzumessung oder wohl auch betreffs der Kosten reformirt wurde. Zudem wäre bei diesem statistischen Material auch auf die Länge der Erfahrungen, welche mit oder ohne Berufung gemacht wurden, auf die Größe der fraglichen Territorien, auf die Charaktereigenthümlichkeiten ihrer Bewohner<sup>1)</sup> u. s. w. entsprechende Rücksicht zu nehmen.

---

<sup>1)</sup> Dieser Punkt ist nicht zu unterschätzen. Abg. Prof. Dr. Gneist z. B. bemerkte hierüber (Prot. der Comm. S. 554), daß in Frankreich, welches man ebenfalls angezogen hatte, die Berufung in sehr bescheidenem

Wir haben im Vorangehenden bereits mehrfach zu der Frage Stellung genommen, ob der Angeklagte bei der erstrichterlichen Verhandlung in der Lage sei, sich vollständig über die Anklagepunkte zu instruiren; abgesehen von einigen leicht auszufüllenden Lücken haben wir gefunden, daß diese Frage angesichts der umfassenden Garantien, mit denen das erste Verfahren umgeben ist, und denen sich übrigens im weiteren Verlauf unserer Abhandlung noch einige beigefellen werden, im Großen, Ganzen bejaht werden muß; zum Mindesten ist deutlich geworden, daß bei einem organisirten Verfahren, einer wiederholten und völlig umfassenden Erörterung der Thatfachen es factisch möglich ist, die endgiltige Entscheidung in die erste Instanz zu verlegen: die Fehlgrenze für menschliche Gerechtigkeitspflege kann thatsächlich in der ersten Instanz so eng gesteckt sein, daß eine Correctur durch den ganzen Apparat einer zweiten Instanz entbehrlich erscheint. Das setzt natürlich voraus, daß der Angeklagte sich der Tragweite des ersten Richterspruchs als einer endgiltigen Schicksalsentscheidung voll bewußt ist; denn es steht erfahrungsmäßig fest, daß er, wenn er weiß, es stehen ihm noch eine oder gar mehrere Instanzen offen, das erstrichterliche Verfahren vernachlässigt und seine Hoffnung auf die ungewisse Zukunft baut.

Hieran schließt sich die Frage, ob durch Zulassung eines Rechtsmittels die Strafsache an einen besser informirten Richter gelange, oder ob, wie man behauptet hat<sup>2)</sup>, die nochmalige Prüfung eine „*appellatio a iudice bene informato ad iudicem peius informandum*“ sei. Von der Beantwortung dieser Frage, deren Bedeutung für die Berufungsinstanz auch in neuester

---

Maße als ein practisches Correctiv gegen menschliche Irrthümer gelten könne; denn der französische Richter sei an eine souveräne Stellung gewöhnt, er gebe für die Thatfrage keine erschöpfenden Gründe, die Parteien beruhigten sich auch verhältnißmäßig leichter; während der deutsche Richter, insbesondere der norddeutsche, etwas schwerfälliger sei: er müsse Gründe geben und sei in der Handhabung des materiellen Rechts von peinlicher Gewissenhaftigkeit, die Parteien seien streitsüchtiger und überaus geneigt, Rechtsmittel einzuwenden.

<sup>2)</sup> Abg. Dr. Marquardsen (Prot. der Comm. S. 552).

Zeit<sup>3)</sup> noch anerkannt wird, hängt es wesentlich ab, ob wir uns auf die Seite der Anhänger oder der Gegner der Berufung werden stellen müssen.

Vorweg ausscheiden wollen wir den Gesichtspunkt, daß die Hauptverhandlung der ersten Instanz ebenfalls schon mangelhaft sei, nämlich eine Reproduction des Vorverfahrens, und daß auch im Wiederaufnahmeverfahren Zeitablauf und Zufall eine große Rolle spielen; denn, wenn es in der That nöthig wird — und leider ist dies so — sich mit mangelhaften Beweisaufnahmen zu behelfen, so muß man diese Fälle eben auf ein Minimum zu reduciren suchen, ein Postulat, das durch den Wegfall der Berufungsinstanz ohne Zweifel in höherem Maße erfüllt wird.

Vergegenwärtigen wir uns zunächst, weshalb die Appellation im schriftlichen Untersuchungsproceß eingeführt worden ist. Bekanntlich gab der Inquirent die Acten, in denen er die wesentlichsten Ergebnisse der Untersuchung fixirt hatte, also einen Excerpt aus den Aussagen des Angeklagten und der Zeugen nebst seinen sonstigen Beobachtungen an das in erster Instanz erkennende Gericht ab, welches einen Referenten delegirte, der nun aus diesem Excerpt wiederum einen Auszug zum Vortrag brachte, auf welchen sich dann — also nach doppelter Sichtung des Actenmaterials — das Urtheil des Richtercollegs stützte. Die Appellation war nun gegeben, weil man von der Ansicht ausging, daß dem erkennenden Gericht der Stoff nur unvollständig vorgelegen habe, modificirt überdies durch die einseitige Anschauung des Referenten, daß dies Urtheil daher einer Revision bedürfe auf Grund nochmaliger Prüfung des Actenmaterials durch einen zweiten Referenten, vor einem zweiten Collegium. Hiernach liegt das Essentielle der Appellation vorzüglich in der successiven Arbeit verschiedener Referenten, verschiedener Urtheiler.

Alle diese Vorzüge sind aber schon durch das mündliche Verfahren geboten. Das gesammte Beweismaterial liegt dem erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung vor; sämmtliche Richter, Verteidiger und Angeklagter wohnen der Beweisaufnahme bei, eine

---

<sup>3)</sup> Motive des Antrags Munkel.



Ergänzung und Berichtigung ist unmittelbar ermöglicht. W ithin wird hier die successive Arbeit der Referenten und Collegien in den verschiedenen Instanzen des schriftlichen Verfahrens voll und ganz, ja, in besserer Qualität dadurch ersetzt, daß der gesammte Apparat der mündlichen Hauptverhandlung gleichzeitig in Action tritt und functionirt. Da sonach die Vortheile, welche das Institut der Appellation im schriftlichen Untersuchungsproceß geboten hat, vollständig durch das öffentliche und mündliche Verfahren gewährleistet werden, so folgt schon hieraus, daß eine Berufungsinstanz dem mündlichen Strafverfahren widerspricht.

Ueberdies wird das Beweismaterial, selbst das in den Acten fixirte, im mündlichen Verfahren, eine richtige Construction der Hauptverhandlung vorausgesetzt, viel zweckmäßiger und übersichtlicher vorgeführt werden können, als dies sogar dann geschehen könnte, wenn die Acten des schriftlichen Verfahrens nicht excerptirt, sondern originaliter wortgetreu vorgelesen würden; denn die Untersuchungsprotocolle enthalten selbstverständlich nur dasjenige Beweismaterial, welches der Inquirent für erheblich erachtet hat, der Vortrag des Referenten hebt wiederum nur das hervor, was diesem erheblich schien; alle sich daraus ergebenden Lücken, Irrthümer und schiefen Auffassungen werden aber — bei aller Häufung der Instanzen — stets das Urtheil beeinflussen. Dieser Uebelstand fällt bei der unmittelbaren, mündlichen Beweisaufnahme nothwendiger Weise fort.

Gegen diese Deductionen ist nun geltend gemacht worden, daß, wenn auch die Vortheile einer unmittelbaren Beweisaufnahme nicht geleugnet werden könnten, der zweite Richter doch zur Genüge aus den Erkenntnißgründen des ersten Urtheils ersähe, ob die erstrichterliche Entscheidung bezügl. der Thatfrage eine folgerichtige sei oder nicht. (Es wird dabei vorausgesetzt, daß der erste Richter seine Ueberzeugungsgründe im Erkenntniß<sup>4)</sup> in scharf accentuirter Form hervortreten läßt, was leider nicht immer der Fall ist.) Für ihn handle es sich um die Frage, in welchem Ver-

<sup>4)</sup> Vergl. v. Schwarze, die Berufung im Strafverfahren u., S. 27 und folg.

hältniß die Beurtheilung der Beweisresultate zur Freisprechung oder Verurtheilung des Angeklagten stehe, und hierin sei der zweite Richter günstiger gestellt, weil er der Sache weit unbefangener gegenüberstehe: er könne ganz andere Conclusionen aus dem als richtig anerkannten Material ziehen, als der *index a quo*. Das Letztere soll keineswegs bestritten werden; allein, es fragt sich, ob die späteren oder die früheren Schlüsse die richtigeren sein werden. Die Haltlosigkeit der angeführten Ansicht liegt aber darin, daß man einerseits zugestehet, auf Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme sei hohes Gewicht zu legen, die Beweisresultate erster Instanz seien deshalb als maßgebende anzuerkennen, andererseits hingegen behauptet, der zweite Richter, vor dem diese Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme nicht Platz greift, sei dennoch im Stande, die Thatfrage besser zu beurtheilen als der erste. Bezüglich der Strafzumessungsfrage verweisen wir im Uebrigen auf Abschnitt XI (Seite 58), wo dieselbe specieller behandelt worden ist.

Erwähnenswerth erscheinen uns hier noch folgende sich widersprechende Ansichten: Man sagt einerseits, daß die bloße Existenz einer zweiten Instanz eine Abschwächung der Sorgfalt in der Prüfung des Materials in der ganzen Rechtsprechung der ersten Instanz zur Folge haben würde, — andererseits, daß dieselbe von großer moralischer Einwirkung auf den Richter der ersten Instanz wäre, insofern als demselben dauernd vor Augen gestellt sei, daß eine höhere Instanz ihn controllire. Wir glaubten aber diese Gesichtspunkte, deren erschöpfende Erörterung schließlich auf die Frage hinauslaufen würde, bis zu welchem Grade ein Richter seine Amtspflicht vernachlässigen darf, von unserer Betrachtung ausschließen zu müssen, da wir mit solchen imaginären Größen oder besser, irregulären Factoren, hier nicht rechnen können.

Ein nicht minder wunderlicher Streit hat sich um die Competenz der Kämpen, *qui pro appellatione*, *qui contra*, entsponnen. Die Einen führen die „berufenen Vertreter der Vertheidigung“, welche in großer Uebersahl für die Berufung eintreten, ins Feld, die Anderen die Richter, welche, mit der Handhabung der Berufung befaßt, „eine weit bessere Kenntniß von den inneren Vorgängen“

hätten, als die Vertheidiger und das Rechtsmittel darum verworfen wissen wollten; wieder Andere lassen zu den Richtern die Professoren stoßen, eine verbündete Macht, welche die Gegner nicht anerkennen und zwingen wollen, als kampfunfähig von der Arena abzutreten; noch Andere endlich wappnen den Verurtheilten, damit auch er seine Lanze für die Berufung zersplittere. Wer aus diesem Wettstreit als Sieger hervorzugehen verdient, wollen wir hier unentschieden lassen; es scheint indeß, als sprächen die an ein wohlfundirtes Urtheil geknüpften Prämissen in Verbindung mit dem von Kathederfeindlicher Seite aufgestellten Satz: „die Wissenschaft ist nicht die Abstraction aus theoretischen Sätzen, sondern die Abstraction aus gemachten Erfahrungen“, dafür, daß eine richtige Combination von theoretischen und praktischen Elementen, die man doch wohl in den Professoren und Richtern (einschließlich der Vertheidiger) verkörpert erblicken darf, die goldene Mittelstraße halten würde.

---

### XIII.

#### Die Reproduction des Beweismaterials.

Im Folgenden wollen wir nun untersuchen, ob sich noch weitere Gründe gegen die Berufungsinstanz herausstellen werden. Wir stoßen hierbei zunächst auf die vielfach ventilirte Frage, ob eine wiederholte Beweisaufnahme derjenigen der entsprechenden erstinstanzlichen Verhandlung gleichwerthig ist. Es ist dabei zu unterscheiden zwischen einer gänzlichen und einer nur theilweisen Reproduction. Daß der letzteren erhebliche Bedenken entgegenstehen, haben wir zum Theil schon bei Besprechung der Wiederaufnahme (Abschn. XI) gefunden. Dort handelte es sich um einzelne Nova, die gegenüber dem bereits gewürdigten Beweismaterial ungerechtfertigtermaßen eine zu große Bedeutung gewinnen; hier sollen gewisse Punkte, die sich in erster Instanz als entscheidend erwiesen haben, in ein richtigeres und deutlicheres Licht gesetzt werden. Diese einzelnen Beweisstücke treten also hier ebenso

in den Vordergrund, so daß sich dadurch das Gesamtbild des Beweises nothwendiger Weise verschieben muß. Durch Isolirung solcher aus dem Zusammenhang gerissener Beweismomente wird die Instruction des Obergerichters leicht einseitig und schief, sein Urtheil kann daher dem erstinstanzlichen gegenüber durchaus keinen Anspruch auf bessere Motivirung erheben. Es muß demnach ohne Zweifel demjenigen Gericht, welchem das gesammte Beweismaterial zur gleichzeitigen Prüfung vorgelegen hat, der Vorzug eingeräumt werden. Damit erledigt sich auch der Einwand, daß der Appellationsrichter häufig ohne jede Reproduction, einzig und allein schon durch das in den Acten niedergelegte Material in der Lage sei, eine fehlerhafte Conclusion des ersten Richters zu constatiren, weil die Kritik eines Urtheils leichter sei, als die Construction desselben.

Die erste Voraussetzung für eine nochmalige Prüfung des gesammten Beweismaterials ist unzweifelhaft die, daß der zweite Richter, wenn nicht besser, so doch mindestens ebenso gut, wie der erste, von der Sachlage unterrichtet werde. Dies läßt sich nur dadurch erreichen, daß dem zweiten Richter das gesammte Thatfachenmaterial in derselben Vollständigkeit und Frische unmittelbar vorgeführt wird, wie dem ersten. Die gesammten Acten der ersten Instanz müßten als nicht vorhanden angesehen werden, da ja die Benutzung derselben für das Urtheil ein verschlechterndes Moment wäre, kurz, der ganze Proceß hätte sich vor dem Appellationsrichter — als *novum iudicium* — genau so abzuspielen, wie in einer ersten Instanz. Dies ist aber unmöglich. Zunächst beruht schon die Cognition des Obergerichters bezügl. der Entscheidung, ob eine Beweisaufnahme reproducirt werden solle oder nicht, auf den vorhandenen — mehr oder minder gut geführten — Acten, wodurch das Princip der Mündlichkeit gegenüber der ersten mündlichen Verhandlung verletzt ist. Dasselbe geschieht, wenn, wie häufig, der Ort der That entfernt ist vom Sitze des Apellgerichtes; einzelne Beweisaufnahmen (Einnahme des Augenscheins, Vernehmung der Zeugen u.) werden *media requisitione* vorgenommen werden müssen; denn es wohnt z. B. ein Zeuge in weiter Ferne, sein persönliches Erscheinen würde (eventl. dem Verurtheilten!) zu große Kosten verursachen.

Oder, ein Beweisstück ist vollkommen verloren gegangen, wie z. B., wenn ein Zeuge „unbekannt verzogen“ oder gestorben ist, wo dann seine frühere Aussage verlesen werden muß u. s. w. — kurz, das Verfahren kann sich zu einem überwiegend schriftlichen gestalten. Aber auch abgesehen davon werden wir gleich sehen, daß eine Reproduction in der erforderlichen Treue und Vollständigkeit eine Illusion ist, weil sie der Natur der Dinge selbst widerspricht. Zunächst muß anerkannt werden, daß, je näher eine Verhandlung der That rückt, sie um so bessere Grundlagen hat, da man in Straf-sachen hauptsächlich auf den Zeugenbeweis, also auf das Gedächtniß des Menschen angewiesen ist, dies aber zuverlässiger für That-sachen ist, die der That näher, als solche, die ihr ferner liegen. Die erste unmittelbare Vernehmung der Auskunfts-personen kann aber, der That möglichst nahe, kaum das erkennende, geschweige denn das Appellations-Gericht, erreichen. Außerdem stehen aber noch viele, weit erheblichere Schwierigkeiten entgegen.

Es ist eine alte Erfahrung, daß, wenn Zwei dasselbe thun, das Resultat ihrer Thätigkeit nicht dasselbe ist; ebenso erzielt Einer beide Male nicht dasselbe Resultat, wenn er dieselbe Aufgabe zweimal löst. Eine ähnliche Verschiedenheit zeigt sich auch in der ersten Beweis-aufnahme und deren Reproduction. Das zweite Verfahren wird an Frische und Wirksamkeit nie mit dem ersten concurriren können. Es ist schon daran erinnert worden, daß einzelne Beweis-mittel ganz oder theilweise verloren gehen, daß Zeugen durch die Länge der Zeit in ihrer Erinnerung schwankend werden können, daß sie Dies oder Jenes vergessen haben, verwechseln u. s. w., kurz, daß ihre spätere Vernehmung nothgedrungen weniger Anspruch auf Zuverlässigkeit machen kann, als die frühere. Es liegt hierüber folgender klassischer Ausspruch<sup>1)</sup> vor:

„Ich halte es für unmöglich, daß der nämliche Zeuge von dem nämlichen Vorfall, den er mit aller vorzüglichsten Aufmerksamkeit beobachtete, zu verschiedenen Zeiten die nämliche Aussage machen könnte. Denn die Erinnerung des Menschen von der nämlichen Sache ist zu verschiedenen Zeiten ver-

---

<sup>1)</sup> Lessing, Erziehung des Menschengeschlechts.

schieden. Er müßte denn seine Aussage auswendig gelernt haben. Aber alsdann sagt er nicht, wie er sich der Sache jetzt erinnert, sondern wie er sich derselben zu der Zeit, als er seine Aussage auswendig lernte, erinnerte."

Dem gegenüber hat man auf die „psychologische Thatsache“ verwiesen, daß für jedes Gedächtniß Anhaltspunkte und Verdeutlichungen gegeben werden müßten, durch welche es gestärkt die Vorstellungen und Eindrücke, die es zuerst empfing, neu erweckt, wieder erkennen lasse. Eine solche Auffrischung des Gedächtnisses von Außen her hat aber auch ihre bedenkliche Seite: sie räumt dem Auctor derselben einen entschiedenen Einfluß ein. Man vergegenwärtige sich nur einmal ein Zeugenverhör: ein den unteren Volksschichten Angehöriger, der von dem fraglichen Vorgange so zu sagen nur noch eine „blasse Ahnung“ hat, wird vom besser unterrichteten Inquirenten an dies oder jenes äußere Merkmal erinnert, seine Erinnerung wird neu geweckt, sie lebt auf, der Vorgang steht wieder deutlich vor seinen Augen. Aber, wie ganz anders wird er sich oft gestaltet haben! Die fremden Wahrnehmungen sind der Situation so angepaßt, sie entsprechen so sehr den verwandten eigenen, daß er sie unbewußt mit den seinigen vermischt: er bekennet, in der That das Alles beobachtet zu haben, was man ihm zum Theil — in den Mund gelegt hat.

Nehmen wir aber den Fall an, daß auch in dieser Hinsicht eine vollständige Reconstruction des Verfahrens der ersten Instanz ausführbar wäre, so würde die Reproduction doch niemals dasselbe bieten, wie die Originalverhandlung: Die Beweismittel ergeben beim nochmaligen Gebrauch ein verändertes Resultat.

---

XIV.

Die Beweismittel insbesondere.

In der wiederholten Beweisaufnahme tritt ein neuer Richter auf. Derselbe wird selten die subjective Auffassungsweise mit dem ersten Richter gemein haben; abgesehen davon wird er als gewissenhafter Mann oft eine ängstliche Verlegenheit verspüren, weil er, der minder Informirte, vom Gesetz bestellt ist, den besser Informirten zu corrigiren und zwar auf Grund eines Bildes, das er, wie er sich sagen muß, in einigermaßen verwischten Zügen erhält. Abstrahiren wir auch von diesem Einfluß, so hat er doch mit ganz anderen, ihm oft unbekanntem Factoren zu rechnen, welche ein ganz anderes Ergebniß der Beweisaufnahme zu Stande bringen können. Man erinnere sich, wie ganz nebensächliche Umstände, z. B. die Haltung des Angeklagten, die größere oder geringere Sicherheit eines Zeugen &c. — leider häufig — schwer ins Gewicht fallen; solche Momente haben nun vielleicht direct oder indirect Aufnahme im Protocoll gefunden, vielleicht auch nicht; der zweite Richter kennt sie demnach, oder er kennt sie nicht, — in keinem Falle wird er auch nur annähernd so gut mit ihnen rechnen können, wie der erste Richter. Denn, was z. B. den Angeklagten anbetrifft, so ist es fraglich, ob er jetzt noch derselbe ist. Früher war er, wenn er sich unschuldig fühlte, vielleicht gebeugt von der Wucht der gegen ihn geschleuderten Anklage, oder im höchsten Grade alterirt durch die Schwere des Belastungsmaterials und geängstigt durch das Schreckgespenst der ihm drohenden Strafe; jetzt ist er zuverlässiger geworden: die Hoffnung, daß die Sonne seine Unschuld an den Tag bringen werde, richtet ihn wieder empor. Was aber bürgt dafür, daß ihm nunmehr seine damalige Niedergeschlagenheit, die der erste Richter als Symptom der Unschuld ins Gewicht fallen ließ, jetzt als Kennzeichen des Schuldbewußtseins, seine jetzige Zuversichtlichkeit hingegen als dreiste Heuchelei ausgelegt werde? Der sich

schuldig Fühlende andererseits, wenn er nicht als gewohnheitsmäßiger Verbrecher überhaupt bei allen Verhandlungen eine stoische Ruhe zur Schau trägt, kennt nunmehr den ganzen Apparat der Verhandlung, sein Auftreten dem Gerichtshof, den Zeugen u. gegenüber hat an Sicherheit gewonnen, ihn kann Nichts mehr überraschen, er hat auf jede Frage, auf jeden Vorhalt eine wohl präparirte Antwort in Bereitschaft, kurz, auch er ist ein ganz Anderer geworden: er hat sich — im Sinne des Appellrichters vielleicht zu seinem Vortheil — geändert.

Am Empfindlichsten aber macht sich diese allgemein veränderte Lage der Dinge an den Zeugen aus sagen bemerklich. Es ist bekannt, daß die Zeugen zur überwiegenden Mehrzahl nicht gerade der gebildeteren Gesellschaftsklasse angehören; meist nur mit einem einfach gefunden Menschenverstand ausgerüstet, behalten sie wohl, was ihnen Außerordentliches widerfahren ist, — aber nur so lange, als das Bild ungetrübt vor ihrem geistigen Auge schwebt. Aus diesem Grunde weichen sie, wie die Erfahrung lehrt, selten in den Stadien der Voruntersuchung von ihrer ersten Aussage ab; allein schon in der mündlichen Hauptverhandlung zeigen sich hier und dort kleinere Aenderungen und Ergänzungen resp. Lücken, die aus der Länge der inzwischen verflossenen Zeit, mit dem stereotypen Zusatz entschuldigt zu werden pflegen: „vor dem Untersuchungsrichter habe ich es ganz genau gewußt, meine damalige Aussage ist daher die richtigere“. Die Divergenzen in den einzelnen Aussagen werden um so auffallender, je mehr Zeugen sich einander gegenüberstehen, je verschiedener ihre Erinnerungskraft ist. In der zweiten Instanz tritt dieser Contrast erst recht grell zu Tage. Die Zeugen haben während der ersten Verhandlung Kenntniß erhalten von dem vorliegenden Beweismaterial, sie haben die Aussagen der übrigen Zeugen — entweder aus der unmittelbaren Vernehmung oder aus den Plaidoyers des Staatsanwalts und der Verteidiger — gehört, sie mit einander verglichen, sich vielleicht gar aus purer Gewissenhaftigkeit gegenseitig darüber ausgesprochen, wobei natürlich, wie bei der Abhörung selbst, der selbstbewußt und sicher Auftretende immer den Aengstlichen und Unsicheren beeinflussen wird. Jetzt, wo man sie in der Appellationsinstanz nochmals abhört, werden



ihre Aussagen fast regelmäßig anders ausfallen, als die früheren: sie confundiren ihre eigenen Anschauungen mit denen Anderer, modificiren und corrigiren sie nach jenen, eventl. auch nach den anderen Resultaten der Beweisaufnahme.

Die Existenz aller dieser Mängel der Berufungsinstanz haben einige ihrer Anhänger nicht weggeleugnet, sie verlangten daher eine nur theilweise Reproduction, deren Unzulänglichkeit wir bereits constatirt haben.

Das Resultat unserer Untersuchung läßt sich also in folgenden Satz zusammenfassen: Der erste Richter, mit besseren Hilfsmitteln für Erforschung der Wahrheit ausgerüstet und psychologisch mehr geeignet, aus dem Beweismaterial das relativ Richtige herauszufinden, hat einen Spruch gefällt, den nun ein zweiter, minder informirter Richter, dem die Handhabe einer gleich guten Prüfung fehlt, und dem das Material nicht in dem Maße, wie jenem, in lebenswarmer Darstellung vorgeführt wird, revidiren und, je nach Befinden, billigen oder reformiren soll. Ein bestätigtes Urtheil genieße größeres Vertrauen, sagt man; das Vertrauen in die Rechtspflege werde durch Beibehaltung der zweiten Instanz gefördert werden. Das mag sein, — aber, wie steht es dann mit den Reformatorien? Müßte nicht noch eine dritte Instanz etablirt werden, welche definitiv darüber zu befinden hat, ob das erste oder das zweite Urtheil das gerechtere ist? Man denke nur an den Fall, daß ein Angeklagter in erster Instanz einstimmig freigesprochen, in zweiter Instanz mit einfacher Majorität verurtheilt worden ist! Sollte ein solches Urtheil ein definitives bleiben dürfen? Wir möchten hier an einen Ausspruch des Abg. Dr. Lasker erinnern, welcher bei der ersten Berathung des Gesetzentwurfes<sup>1)</sup> Folgendes sagte:

„— Die Majestät des Rechts sehe ich heruntergezogen, wenn ein in erster Instanz Freigesprochener nochmals vor den Richter geschleppt wird, ob schon eine Mehrzahl von Richtern bereits ausgesprochen hat, daß sie die That nicht für strafbar erkennen. Ich halte es für eine Entwürdigung des Rechtsverfahrens und für absolut unzulässig, daß der

<sup>1)</sup> 18. Plenarsitzung vom 26. November 1874, stenogr. Ber. S. 343.

Privatmann, der Laie, der Bauer von seinem strafbaren Unrecht belehrt werde, daß die Handlung, welche der erste Richter als nicht strafbar erkannt habe, juristisch besser erwogen, doch strafbar sei.“

## XV.

### Der Antrag des Abgeordneten Munkel.

Aller der im Vorstehenden beleuchteten Bedenken ungeachtet, verlangt man neuerdings wieder nach einer zweiten Instanz, welche, da nichts Anderes beantragt wird, sich der Appellationsinstanz des preussischen Verfahrens, wie sie durch die St.=R.=O. in verbesserter Construction an uns gekommen ist, gleich stellen würde. Man vergißt aber, daß auch gegen diese Berufungsinstanz seither berechnigte Klagen geführt worden sind, die fast ausschließlich das Proceßverfahren betreffen. So ist z. B., was hier nochmals hervorgehoben zu werden verdient, eine volle Reproduction der früheren Beweisaufnahme nicht vorgeschrieben, vielmehr erfolgt eine solche nur insoweit, als sie von den Parteien beantragt bezügl. vom Gericht angeordnet wird; daneben ist die Verlesung früherer Zeugenaussagen in ausgedehntem Maße zulässig, — Bestimmungen, welche zu vielen Controversen Anlaß gegeben und zu einer ziemlich willkürlichen Gestaltung des Proceßverfahrens an den einzelnen Gerichten geführt haben.<sup>1)</sup>

Auch der Antrag des Abg. Munkel läßt diese Gebrechen ganz außer Acht, die §§ 244, 365 und 366 der St.=R.=O. intact bestehen: die Entscheidung über Zulässigkeit einer Reproduction der Beweisaufnahme und deren Umfang erfolgt also auch hier auf Grund der Acten, ebenso werden die Urtheiler durch einen Excerpt aus den

<sup>1)</sup> Rechtsmittel gegen diesbezügliche Entscheidungen des Gerichts sind unstatthaft.

Acten, ein Referat, instruiert, welches, wenn eine Reproduction nicht zugelassen oder ergebnislos war, die einzige Grundlage des Urtheils und der Strafabmessung bildet, auch hier können endlich Schriftstücke und Protocolle über Zeugenaussagen verlesen werden. Der vorgenannte Antrag intendirt demnach eine Confusion sich widerstreitender Systeme, seine (wohl nicht beabsichtigte) Consequenz wird die sein, ein vorwiegend schriftliches Verfahren zweiter Instanz auf ein mündliches der ersten aufzusetzen.

Es ist nun betont worden: „Der Antrag Munkel ist ein Versuch, die Uebermacht der Staatsanwaltschaft, deren Wirkung sich in den fast täglich gemeldeten Verurtheilungen Unschuldiger am Klarsten widerspiegelt, zu brechen.“ Diesen Versuch will man in den Vorschriften der §§ 338, 354 und 368 des genannten Antrags erblicken, nach welchen der Staatsanwaltschaft die Berufung zu Ungunsten des Angeklagten nicht zustehen soll, wenn es sich um ein landgerichtliches Urtheil erster Instanz handelt, das eine der in den Abschnitten 1 bis einschließlich 6, in Abschnitt 14 Theil II oder in den §§ 123 bis 135, 166 und 167 des St.-G.-B.<sup>2)</sup>

---

<sup>2)</sup> Die angeführten Stellen des St.-G.-B. enthalten Strafthaten, bei deren Verfolgung man — mit theilweiser Ausnahme des Abschnittes 14 des II. Theils (Beleidigung) — in der Stellung der Staatsanwaltschaft eine Quasiparteirolle erblicken zu können glaubt, nämlich: Hoch- und Landesverrath (Theil II, Abschnitt 1), Beleidigung des Landesherrn (Abschn. 2), Beleidigung von Bundesfürsten (Abschn. 3), feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten (Abschn. 4), Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte (Abschn. 5), Widerstand gegen die Staatsgewalt (Abschn. 6), einfacher und schwerer Hausfriedensbruch (§§ 123 und 124), Landfriedensbruch (§ 125), Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens (§ 126), Bildung oder Befehligung bewaffneter Haufen und Anschluß an solche (§ 127), Theilnahme an unerlaubten Verbindungen (§§ 128 und 129), Anreizung zum Klassenhaß (§ 130), Kanzelnißbrauch (§ 130a), Herabwürdigung von Staatseinrichtungen zc. (§ 131), Amtsannäherung (§ 132), Vergehen an Acten, öffentlichen Bekanntmachungen, Hoheitszeichen zc. (§§ 133 bis 135), Gotteslästerung, Beschimpfung kirchlicher Einrichtungen zc. (§ 166) und Störung des Gottesdienstes, Hinderung an der Ausübung desselben zc. (§ 167).

vorgesehenen Strafthaten, oder im Falle des § 139 die Kenntniß von dem Vorhaben eines Hoch- oder Landesverraths zum Gegenstand hat; nach welchen ferner in sonstigen Fällen die zum Nachtheil des Angeklagten eingelegte Berufung gegen ein landgerichtliches Urtheil nur durch Anführung neuer Thatfachen oder Beweismittel gerechtfertigt werden, deren Erheblichkeit aber in allen Fällen Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz zur Folge haben soll. Gegen das Urtheil desselben soll dann ein Rechtsmittel zu Ungunsten des Angeklagten nicht mehr zulässig sein.

Welchen Einfluß die „Uebermacht der Staatsanwaltschaft“ auf das Urtheil unabhängiger und pflichtgetreuer Richter ausüben soll, ist nicht abzusehen; man scheint auch jetzt noch die Staatsanwaltschaft von jenem Standpunkt aus zu beurtheilen, der in von Holkendorffs „Handbuch des deutschen Strafprocesses“ so treffend gekennzeichnet wird. Es heißt dort (Bd. II, S. 20 und 21): „Es scheint dabei von dem Gesichtspunkte ausgegangen worden zu sein, als ob der Staatsanwalt, wie der Kläger im Civilproceß, aller und jeder Objectivität entbehrend, eine höchst eigene Sache bei Erhebung der Anklage verfolge, bei der er jedes Mittel, wie Ueberraschungen zu benutzen stets bereit ist, wo möglich auch schiefer Darstellungen und Actenwidrigkeiten, gleich einem gewissenlosen Advocaten sich schuldig macht.“

Man vergißt aber ferner auch, daß gerade der Einwand, der Staatsanwalt gewinne beim Wegfall der Berufung in Folge seiner besseren „Präparation“ zu großen Einfluß auf das Verfahren, besonders auf die Beweisaufnahme, es gewesen ist, welcher dazu geführt hat, die Befugnisse der Staatsanwaltschaft — auch die ihr im Interesse des Angeklagten zugetheilten — in bedenklichem Maße zu beschränken. Man muß nach beiden Seiten hin gerecht sein: gewiß ist dem „armen Beschuldigten“ jeder nur mögliche Schutz zu gewähren, aber — die Interessen der öffentlichen Ordnung, des „armen Verletzten“ verdienen dabei doch auch Berücksichtigung!

Man spricht häufig von einer „Gleichstellung der Parteirollen im Strafproceß“, von einem „Dogma der Waffengleichheit“ u., —

wir sehen im Staatsanwalt nur den Vertreter des criminalpolitischen Interesses des Staates, der also seiner ihm gesetzlich angewiesenen Stellung nach nicht allein den Schuldigen zu verfolgen, sondern auch den Unschuldigen zu schützen hat: sein Recht und seine Pflicht gebieten ihm, den Belastungs-Momenten zu Ungunsten, ebenso, wie den Entlastungs-Momenten zu Gunsten des Angeklagten in gleicher Objectivität Geltung zu verschaffen. Es mag ja vorkommen, daß ein Staatsanwalt einmal den ersteren mehr Aufmerksamkeit zuwendet als den letzteren, daß er übereilt, fahrlässig vorgeht, daß er besonders, wenn die Strafkammer seinem Antrag auf Eröffnung der Hauptverhandlung nicht stattgegeben hat, nunmehr an der Hand jener Entscheidungsgründe, nach der darin angedeuteten Richtung hin, fast ausschließlich das Belastungsmaterial wird zu ergänzen trachten, daß er zuweilen auch einmal aus „Rechtshaberei“, wie man sich ausgedrückt hat, appelliren wird; aber das sind doch immer nur einzelne Ausnahmefälle, die bei Gestaltung ganzer Institutionen auf Berücksichtigung keinen Anspruch haben, oder, wenn doch, so muß man auch der anderen Seite Rechnung tragen, auf welcher z. B. frivole Appellationen auch beobachtet werden.

Die Stellung der Staatsanwaltschaft gegenüber der Berufung aber nimmt eine andere Gestalt an, wenn wir auf die historische Entwicklung des Rechtsmittels, als der ulterior defensio, zurückgehen. Die Appellation ist, so lange der schriftliche Inquisitionsproceß in Deutschland bestand, stets als ein Beneficium des Angeklagten betrachtet worden. Man nahm mit Recht an, daß der Angeklagte, der von einem Gericht freigesprochen war, auch der Gesellschaft gegenüber gereinigt dastehen müsse. (Das Rechtsmittel der Aggravation war von sehr untergeordneter Bedeutung.) Diesen Gesichtspunkt ließ man erst fallen, als das Anklageprincip in den Strafproceß Eingang fand. In der ersten Lesung der Justizcommission wurde beschlossen, die Berufung gegen die Urtheile der Schöffengerichte und der Strafkammern nur dem Angeklagten einzuräumen (Entwurf §§ a und b des III. Abschn.), weil man sich überzeigte, daß die Gründe, welche die Berufung für den Angeklagten bedingen, bei der Staatsanwaltschaft nicht, oder nur in geringem Maße zutreffend seien: sie hat die Initiative, sie bereitet die

Anklage vor mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln, sie kann jederzeit Aussetzung beantragen, sie hat den Zeitpunkt der Hauptverhandlung in ihrer Macht, sie steht endlich dem Angeklagten im entscheidenden Termine weit überlegen gegenüber.

Dies System ließ man in zweiter Lesung fallen, indem man der Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel in Schöffengerichtssachen einräumte. Hier erscheint eine solche Concession auch minder bedenklich, da es sich einerseits um geringfügige Sachen, andererseits um ein Urtheil handelt, welches von einem weniger gut besetzten Gericht gefällt wird. Für landgerichtliche Sachen aber die Berufung in ihrem vollen Umfange wieder einzuführen, wäre eine schwere Schädigung der Interessen des Angeklagten. Dieser Erkenntniß haben sich denn die Vertheidiger der Berufung nicht ganz verschließen können: sie wollen die Berufung des Staatsanwalts nicht „mit in den Kauf nehmen“, sondern dieselbe, wenn nicht gänzlich ausschließen, so doch erheblich beschränken. Es bleibt aber dennoch der staatsanwaltschaftlichen Berufung ein ziemlich ausgedehntes Gebiet offen. Andererseits will man auch die als theilweisen Ersatz für den Wegfall der zweiten Instanz der Staatsanwaltschaft auferlegten Beschränkungen beibehalten, ohne daran zu denken, daß schon jetzt ein großer Procentsatz von Strassachen über das Stadium des Scrutinalverfahrens nicht hinauskommt, weil der „arme Beschuldigte“ wegen der fürsorglich getroffenen Schutzmaßregeln vom Staatsanwalt nicht „gefaßt“ werden kann, — Garantien, die der schutzlose Verletzte verwünscht!

Man verspricht sich von dem — sonst vorzüglich angelegten — Antrag des Abg. Munkel, daß der Angeklagte durch die beschränkte Berufung in keiner Weise gefährdet werde. Die Erfahrung würde bald bestätigen, daß diese Hoffnung, von allem Andern abgesehen, eine trügerische ist, wenn der fragliche Antrag überhaupt zur Annahme käme, — das liegt aber außer dem Bereich der Wahrscheinlichkeit.

---

XVI.

Schluff.

Während der Reichstags-Debatten über die Berufungsfrage fiel einmal das Wort: 1) „die Surrogate für die Berufung seien illusorisch, mit ihnen das im Volke lebende Bewußtsein der Nothwendigkeit einer zweiten Instanz zu verletzen, müsse man für äußerst mißlich und bedenklich halten.“ Wir hatten an der Richtigkeit dieses Satzes keine Minute gezweifelt, wie wir auch jetzt noch von der Ueberzeugung durchdrungen sind, daß eine Abstimmung im deutschen Volke eine überwiegende Majorität zu Gunsten der Berufung ergeben würde. Allein, wie sehr auch die Vertheidigung der verfolgten Unschuld geeignet ist, den Glorienschein der Popularität zu verleihen, — so sehr führt auch der Weg, den die Geschichte, die Wissenschaft, die Praxis vorgezeichnet haben, von diesem sonst begehrenswerthen Ziele ab: das Resultat, welches wir im Verlaufe unserer Abhandlung gefunden, ist ein der Berufung nicht günstiges. Wir haben gesehen, daß die für ihre Beibehaltung angeführten Gründe zum Theil in etwas zu lebhaftem Colorit dargestellt, zum Theil auch aus nicht recht passenden Prämissen herangezogen worden sind. Die Beschwerden, mit denen man jetzt die Wiedereinführung zu rechtfertigen sucht, richten sich, wie auch von anderer Seite 2) nachgewiesen, theils gegen die Proceßordnung, theils gegen die Handhabung derselben. Dies geht auch, um noch ein Uebriges zu constatiren, daraus hervor, daß man gegen schwurgerichtliche Urtheile eine Berufung nie verlangt hat und auch jetzt nicht fordert: hier ist eben

1) Abg. Windhorst: Zweite Berathung im Plenum, stenogr. Bericht S. 552.

2) von Schwarze, die Berufung im Strafverfahren 2c., S. 4, 18 und folg.

für ein erschöpfendes Vorverfahren gesorgt, die Voruntersuchung, die Vertheidigung sind obligatorisch, die Prüfung der Schuldfrage unterliegt dem freien Ermessen der Geschworenen. In landgerichtlichen und schöffengerichtlichen Strassachen sind die Garantien des Verfahrens — entsprechend der Schwere der in Frage kommenden Thaten — geringere, die Consequenz erheischt somit, daß auch für sie eine Berufungsinstanz nicht zuzulassen ist, was sich aber bezüglich der letzteren, wie gezeigt worden, aus Rücksicht auf Besetzung, Competenz und Zwittergestalt der Schöffengerichte nicht empfehlen würde. Nun werden aber trotzdem — wie wir zugestanden haben — berechtigte Klagen gegen das landgerichtliche Verfahren laut; es muß also hierin Remedur geschaffen werden. Nur darf man nicht Abhilfe suchen in der Schöpfung einer neuen Instanz, welche das Verfahren nicht allein in ein Doppelverfahren zerreißt, sondern auch eine ungerechtfertigte Belastung der Gerichte, der Zeugen &c. involvirt, ohne darum auf größere Verläßlichkeit Anspruch machen zu können, sondern man muß die fehler- oder mangelhaften Institutionen des erstinstanzlichen Verfahrens zu corrigiren resp. zu ergänzen trachten. Auf dergleichen wünschenswerthe Correcturen und Ergänzungen sind wir bereits mehrfach gestoßen.

Wir fanden, daß es empfehlenswerth sei:

1) das Verfahren im Ganzen vorsichtiger zu gestalten, wozu eine Vermehrung des Richterpersonals unabweislich geboten erscheint. Hierher gehören insbesondere diejenigen Maßregeln, welche die Ueberlastung der Gerichte und die damit verbundene Uebereilung der Verhandlungen (Verflachung der Beweiswürdigung, mangelhafte Redaction der Verhandlungsprotocolle &c., Flüchtigkeit bei Vornahme von Vernehmungen und Recognitionen &c.) verhüten sollen;

2) die Grenzen der nothwendigen Vertheidigung zu erweitern und der Vertheidigung längere Fristen einzuräumen;

3) die zweimalige Vereidigung der Zeugen thunlichst zu vermeiden, den promissorischen Eid abzuschaffen oder doch zu beschränken, überhaupt den Act der Vereidigung förmlicher zu gestalten;



4) die Vorschriften der §§ 199 und 264 mehr zur Geltung zu bringen eventl. unter Berücksichtigung der von uns auf Seite 51 unten und Seite 52 angedeuteten Vorschläge.

Es sei uns gestattet, diese Punkte noch in den folgenden Nummern zu ergänzen:

5) Abschaffung oder thunlichste Beschränkung der „polizeilichen Vernehmung“. Das Vorverfahren zerfällt bekanntlich in Vorermittlungen (gerichtspolizeiliche Vorerhebungen, Scrutinalverfahren) und Voruntersuchung. Das Essentielle des Scrutinalverfahrens<sup>3)</sup> besteht in der Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen. Diese nimmt in der Regel ein Subalternbeamter der Polizei (Wachtmeister), also kein Protocollführer in unserem Sinne vor. Das Polizeibureau, in welchem diese Vernehmung stattfindet, ist ein öffentliches Local; Besucher und Polizeibeamte, die mit dem Beschuldigten oder dem Zeugen vielleicht in ein und demselben Hause wohnen u. finden Gelegenheit, den Inhalt des Protocolls ganz oder theilweise kennen zu lernen u. Wir haben ferner gesehen, welche Uebelstände bei Zeugenvernehmungen zu Tage treten, und welche Bedeutung gerade der der That auf dem Fuße folgenden Vernehmung beizulegen ist. Diesen Umständen wird hier nicht im Geringsten Rechnung getragen: die Aussagen werden einseitig im Polizeibureau protocollirt von einem Fremden, einem Laien, der den thatsächlichen Vorgang nicht kennt, sondern nur seinem gesunden Menschenverstand oder doch einem logischen Gedankengange folgt. Der Richter empfängt so das Zeugniß nicht mehr frisch und ungetrübt: das polizeiliche Protocoll hat den Worten und Erinnerungen schon eine gewisse Construction<sup>4)</sup> auf-

---

<sup>3)</sup> Das Institut der „gerichtlichen Polizei“ ist dem Code d'instruction criminelle entnommen, es bestand zunächst im Geltungsgebiet des französischen Rechts und in Braunschweig.

<sup>4)</sup> Der Curiosität wegen wollen wir auf polizeiliche Protocolle verweisen, nach deren Vorbild die Auslassung eines dem ungebildeten Volke angehörigen Beschuldigten beispielsweise lauten würde: „Beschuldigter erklärte: ich habe allerdings die Sache des X. in der Absicht, dieselbe mir rechtswidrig zuzueignen, weggenommen, nachdem ich mittelst Einsteigens in den umschlossenen Hofraum mir Eingang verschafft hatte u.“ In ähnlicher Weise werden auch zuweilen die Protocolle über Zeugenvernehmungen

gedrückt, der Beschuldigte hat vielleicht Winke — von irgend welcher Seite — erhalten, die Zeugen haben sich und ihre Aussagen kennen gelernt u. s. w. Alles dies kann vermieden werden, wodurch zugleich die Zeugnißpflicht in mancher Hinsicht erleichtert würde. Auch hierin würde eine strenge Trennung der Justiz von der Verwaltung nicht von Nachtheil sein; denn die Polizei hat in der Ermittlung der Thatfachen zc. ein weites Gebiet für ihre eigenste Thätigkeit, man braucht ihr nicht noch richterliche Functionen aufzubürden.

6) Deftterer Wechsel in dem die Strafkammer<sup>5)</sup> bildenden Richtercollegium. Es ist schon vielfach darauf hingewiesen worden, daß die Stabilität des Gerichts, namentlich des Vorsitzes, zu höchst bedenklichen Anzuträglichkeiten führt. Das gewohnheitsmäßige Zusammenarbeiten derselben Personen muß nothgedrungen zu einer schablonenmäßigen Gleichförmigkeit führen; es bildet sich unter den fünf Richtern ein nicht legalisirtes, aber de facto vorhandenes System der Beweistheorie aus, einzelne Mitglieder, insbesondere der Vorsitzende, gewinnen durch größere Aufmerksamkeit, Intelligenz, Befähigung zc. eine gewisse Superiorität über ihre Collegen; dazu kommt die allmähliche Abstumpfung der sich täglich ausschließlich mit Criminalsachen beschäftigenden Richter, sie gewöhnen sich mit der Zeit an das Strafen und behandeln die einzelnen Sachen schließlich — ohne daß sie es wissen — rein geschäftsmäßig.

Zm Anschluß hieran bleibt uns noch zu erwähnen, daß Viele durch die Einführung des Laienelementes in die Rechtsprechung dem unter Nr. 6 angeführten Uebelstande abhelfen zu können glauben, wie sie in einer solchen gleichzeitig auch einen genügenden Ersatz für den Wegfall der Berufung erblicken wollen, — ein Umstand, der die Vermuthung nahe legt, man werde bei einer Revision der

---

abgefaßt Es ist ja durchaus nicht zu mißbilligen, wenn ein Wächter der öffentlichen Ordnung sich mit dem Gesetzestext bekannt zu machen versucht, der Sache wäre aber mehr gedient, wenn er die Erklärung des Beschuldigten, die Wissenschaft des Zeugen niederschriebe, nicht seine eigene!

<sup>5)</sup> Die Strafkammer (fünf Richter mit Einschluß des Vorsitzenden) ist mindestens auf ein Jahr, thatsächlich aber auf mehrere Jahre in derselben Zusammensetzung gebildet.

Strafproceßordnung, zu welcher der Antrag Munkel führen dürfte, das „große Schöffengericht“ wieder ins Auge fassen, welches früher gefallen ist, weil, wie man damals sagte, „die Regierungen dasselbe nur in der Morgenröthe der Zukunft erblicken, für die Gegenwart dagegen bei dem fortwährenden Kampfe mit staatsfeindlichen Elementen dem Laienelement nicht trauen könnten.“

Dies und manches Andere liegt in der dunklen Zukunft. Bei der Berathung des Entwurfs hat man sich keineswegs darüber getäuscht, daß man in der St.-R.-O. ein Meisterwerk, ein definitives Werk nicht schaffe: „im großen, deutschen Reich“, sagte damals der Abg. Dr. von Schwarze, „wo wir auf Grund bereits vorhandener Gerichtseinrichtungen, gegenüber bereits gegebener Erfahrungen etwas Allgemeines schaffen wollen und sollen, sind wir kaum in der Lage gewesen, etwas Befriedigendes herzustellen, weil wir überall auf vorhandene Verhältnisse Rücksicht nehmen mußten.“ In der Strafproceßordnung aber ist eine gemeinschaftliche Basis geschaffen worden, auf Grund deren man jetzt wohl zur Genüge allgemein gültige Erfahrungen wird gesammelt haben: für eine Reform der Strafproceßordnung auf Grund einheitlicher, deutscher Praxis scheint der rechte Zeitpunkt nahe bevorzustehen. Die Berufsfrage kann — isolirt — nicht gelöst werden, sie ist für die ganze Strafproceßordnung eine Cardinalfrage und durchzieht dieselbe, wie ein rother Faden. Es ist daher zu wünschen, daß, da berechtigte Klagen sie einmal wieder zur Tagesfrage gemacht haben, sie nicht allein zum Gegenstande einer gesetzgeberischen Verhandlung gemacht, sondern eine Revision der gesammten Strafproceßordnung vorgenommen werde. Und wenn dies geschehen ist, gründlich, sachlich, sine ira et studio, so steht zu hoffen, daß das der gemeinsamen Arbeit der vom Volke aus allen deutschen Landen entsandten Vertreter entsprossene Werk der Gesetzgebung Deutschlands zur Ehre gereichen wird, eine Zierde der deutschen Nation!



Wiederaufnahme in schöffengerichtlichen Sachen für  
 notwendig erachtet worden, sei  
 als Ersatz der Berufungsinstanzen  
 mit angesehen werden könne.  
 wenn man in Erwägung zieht,  
 die Strafzumessung ein Rechtsm  
 daß die Festsetzung des Strafm  
 landgerichtlichen Strafsachen dag  
 Eine nochmalige Prüfung des  
 leicht zum Nachtheil des Verurtheil  
 Dr. Lasker<sup>4)</sup> treffend beme  
 metisches Berechnen nach subject  
 ein ungefähres Abwägen nach d  
 bei dem ersten Richter ist mit  
 gemischt; eine Sache wird dadur  
 zweimal eine Rolle spielen läßt  
 Wiederaufnahme in Schwurgeri  
 verliert, daß das Verdict der  
 dungsgründe ertheilt wird  
 welche in anderen Strafsachen be  
 rezultate mit dem Novum und  
 letzteren auf jene durch die G  
 Dies ist auch der hauptsächlichste  
 Wiederaufnahmeverfahren aufge  
 sachen eine verhältnißmäßig sehr

Weit berechtigter ist der  
 die Wiederaufnahme mit dem B  
 spruch stehe, schon insofern, als  
 läffigkeit auf Grund der Acten er  
 die mangelhafte Reproduction de  
 schwächung und der Verlust von

<sup>4)</sup> 22. Plenaritzung vom 1. D  
<sup>5)</sup> Seit Einführung der neue  
 1. Januar 1883 betrug nach amtlich  
 der Wiederaufnahme aufgehobenen  
 sachen 10, in landgerichtlichen Straf

gtlichen Sachen für  
 weis dafür, daß sie  
 lichen Sachen nicht  
 and wird hinfällig,  
 vorenenfsachen gegen  
 unstatthaft ist, und  
 drei Richtern, in  
 htern überlassen ist.  
 am übrigens auch  
 t, da, wie der Abg.  
 unweilen ein arith=  
 zuweilen gar nur  
 schon das Resultat  
 Beißatz des Zufalls  
 daß man den Zufall  
 mit noch, daß die  
 rch an Bedeutung  
 hne Entsch  
 die Hilfe wegfällt,  
 der älteren Beweis=  
 des Einflusses des  
 ade geleistet wird.  
 b die Zahl der im  
 in Schwurgerichts=

ene Vorwurf, daß  
 dlichkeit im Wider=  
 ung über ihre Zu=  
 gehört namentlich  
 handlung, die Ab=  
 ; diese Mängel hat

monogr. Ber. S. 540.  
 1. October 1879) bis  
 e Zahl der im Wege  
 in Schwurgerichts=  
 schöffengerichtlichen 96.

