

Einleitung

Der Name des Gesetzes „zur“ Wiederherstellung der Rechtseinheit im Justizrecht bringt genau genommen nichts weiter als ein Ziel und einen Willen zum Ausdruck. Und so muß er auch verstanden werden. Indem sich das Gesetz damit begnügen muß, die Einheit der Rechtspflege für ein Teilgebiet von Deutschland wiederherzustellen, dokumentiert es von neuem die deutsche Rechtszerrissenheit. In Brandenburg, Mecklenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen — um nur diese Gebiete zu nennen — werden Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz seit dem 1. 1. 1949 in einer von der Justizverwaltung der sowjetischen Besatzungszone herausgegebenen Fassung angewendet. Darin werden beispielsweise die Grundlagen der Gerichtsverfassung, die §§ 1 bis 11 GVG über das Richteramt, nicht mehr abgedruckt, mit der Begründung, daß sie der gesetzlichen Neuregelung bedürften.

Es verdient hervorgehoben zu werden, daß sich der Gesetzgeber vom 12. 9. 1950 des staatsrechtlich partiellen und provisorischen Charakters seines Werkes bewußt ist. Indem er nicht vom „Gebiet der Bundesrepublik“, sondern vom „Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes“ spricht, hält er im Sinne der Präambel und des Art. 23 des Grundgesetzes die Tür für eine deutsche Gesamtlösung offen. Und der Begründung ist darin zuzustimmen, daß es sich bei diesem ersten Akt der Wiederherstellung einer deutschen Rechtseinheit um eine besonders dringliche Arbeit handelte, die mit größter Beschleunigung durchgeführt werden mußte; daher wurde vorläufig auf Neuerungen verzichtet und auf Regelungen zurückgegangen, die bereits einmal in Deutschland einheitlich rechtens waren und sich bewährt hatten. Daraus ergibt sich zugleich eine Betonung der negativen Seite des Entwurfs. Er will die Vorschriften beseitigen, die entweder nationalsozialistisches Gedankengut enthalten oder, aus dem Zwang der Kriegsverhältnisse entstanden, mit einer geordneten Rechtspflege unvereinbar sind, sowie alle nach 1945 entstandenen Vorschriften, die nicht inhaltlich übereinstimmend allgemeines Recht im Gebiet der Bundesrepublik wurden. Nur in Ausnahmefällen ist das später gesetzte Recht eines Landes oder einer Zone auf das Bundesgebiet ausgedehnt worden. Im Kern ist danach, wie die Begründung sagt, das Recht vom 1. 1. 1933 wiederhergestellt und sind Neuerungen nur insoweit beibehalten worden, als sie allgemein eingeführt waren, auf Beratungen und Entwürfe der Zeit vor 1933 zurückgehen und einen Fortschritt darstellen.

Danach trägt das Gesetz auch in seinen sachlichen Intentionen Übergangscharakter. Es will „nur das Fundament bilden, auf dem in einem zweiten Ab-

schnitt der Gesetzgebung die notwendigen Reformarbeiten durchgeführt werden sollen“.

Diese Selbstbescheidung wird man dem Gesetzgeber besonders zu danken haben. In der Gegenwart zeichnen sich von der Justizpolitik bis zur Verfahrenstechnik soviel neue Strömungen ab, deren Stärke, Dauer und Richtung sich heute noch nicht übersehen lassen, daß weder die soziologischen noch die normativen Voraussetzungen für eine gesetzliche Festlegung gegeben sind.

Insbesondere bleibt realistisch zu prüfen, ob es sich empfiehlt, die Erfahrungen des angelsächsischen Strafprozesses im deutschen Strafprozeßrecht zu verwerten und wenn ja, in welchem Umfange. Diese in den letzten Jahren oft aufgeworfene Frage wurde auf dem Deutschen Juristentag 1950 als Ersatzthema gestellt, aber noch nicht behandelt. Man sollte hier nicht nur theoretische Erörterungen pflegen, sondern den Weg der praktischen Erprobung gehen, schon um die Anschauung, die uns zur Zeit möglich ist, nicht ungenutzt vorübergehen zu lassen und nicht in der Zwischenzeit bis zur Gesamtreform in einen Zustand der Stagnation zu geraten.

An einem entscheidenden Punkt hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, solche Erfahrungen in der Prozeßpraxis zu sammeln: durch die Wiederherstellung des § 239 über das Kreuzverhör, eine Bestimmung, die bisher auffälligerweise gerade in der britischen Zone nicht wieder eingeführt worden war. Daß sie unter früheren, ganz anderen Verhältnissen auf dem Papier gestanden hat, sollte die Praxis nicht hindern, sie in Zukunft gründlich zu erproben. Wahrscheinlich bedarf es nur eines Hinweises der Justizministerien an die Staatsanwälte, hier die Initiative zu ergreifen oder entsprechenden Anträgen der Verteidiger zuzustimmen. Die Zeit ist dafür reif, unsere Strafpraxis von einem psychologischen Grundübel zu befreien, an dem sie in vielen Fällen krankt: daß der Vorsitzende in der Hauptverhandlung dem Angeklagten als der Inquirent erscheint, der nur das Ziel hat, ihn im Sinne der Anklage zu überführen.

Natürlich können nicht alle Leiden unseres Strafprozesses aus diesem einen Punkte kuriert werden, schon deshalb nicht, weil ja nicht in allen Fällen Verteidiger auftreten. Daß aber gerade hier und jetzt eingesetzt werden sollte, ergibt sich aus einer unscheinbaren und doch grundsätzlich bedeutsamen Änderung des § 240, die in Zukunft die unmittelbare Befragung des Angeklagten durch Beisitzer, Staatsanwalt und Verteidiger zuläßt. Dieser neuen Möglichkeit, die zum Kreuzverhör des Angeklagten werden kann, muß eine möglichst kontradicitorische Gestaltung auch der übrigen Beweisaufnahme entsprechen. Denn sonst besteht die Neuerung einzig darin, daß nunmehr das Kesseltreiben gegen den Angeklagten, das der Gesetzgeber von 1877 bewußt ausschließen wollte, möglich ist. Kein geringerer als Gneist hat damals vor der Gefahr gewarnt, daß der Angeklagte zu einem Objekt für Fragen von allen Seiten werde. Eine Abschwächung der kontradicitorischen Verfahrensweise liegt auch darin, daß das Gericht bei der Entscheidung über die Beeidigung des Zeugen nicht mehr an Anträge der Parteien gebunden ist. Ein weiterer Grund, Gegen-

gewichte in die Waagschale zu werfen! Die Probe mit dem Kreuzverhör zu machen, liegt ferner deshalb jetzt besonders nahe, weil das Gesetz in § 245 die Beweisaufnahme grundsätzlich wieder auf alle herbeigeschafften Beweismittel erstreckt. Denn zu einer erschöpfenden Vernehmung unmittelbar gestellter Zeugen wird der Vorsitzende oft genug gar nicht in der Lage sein.

Bei den nicht präsenten Beweismitteln ist es interessant zu sehen, daß auch dieser so zurückhaltende Gesetzgeber nicht umhin kann, die gesetzliche Kristallisation der in der Praxis ausgebildeten Regeln weiter zu treiben. Er übernimmt zunächst in § 244 Abs. 3 die acht klassischen Regeln über die Verhandlung von Beweisanträgen und verallgemeinert sie. Damit ist die unerfreuliche Alternative zwischen einer guten und zwei schlechten Tatsacheninstanzen überwunden; nach früherem Recht war bekanntlich die Ablehnung von Beweisanträgen vor dem Amtsrichter, dem Schöffengericht oder dem Landgericht in der Berufungsinstanz dem freien Ermessen des Gerichts überlassen.

Die Absätze 4 und 5 des § 244 enthalten für den Beweis durch Sachverständige und durch Augenschein von der Regel des Abs. 3 „nach der Auslegung, welche die Strafprozeßordnung schon früher erfahren hat“, Ausnahmen, die das Gericht insoweit freistellen. Im einzelnen nicht ganz unbedenklich: Soll wirklich das Gericht etwa bei einem medizinischen Schulenstreit die Anhörung eines gleichrangigen Gegengutachters ohne weiteres ablehnen dürfen, weil es schon vom Gegenteil dessen, wofür er benannt wird, überzeugt sei? Und wie, wenn das Ermessen, aus dem die Einnahme eines Augenscheins abgelehnt wurde, zwar subjektiv pflichtgemäß, nach späterer Einsicht aber objektiv fehlerhaft war? Hier hilft nur der gegenüber der Spezialregel etwas mißliche Regreß auf den allgemeinen Grundsatz der Amtspflicht zur Wahrheitsforschung, den § 244 Abs. 2 ohne ersichtlichen Grund weniger lapidar als bisher formuliert. Im übrigen muß an die strenge Rechtsprechung des Reichsgerichts erinnert werden: daß es hier nicht darauf ankommt, welche Sachkunde sich das Gericht zutraut, sondern ob es sie nach der Erfahrung des Lebens auch haben kann.

Aber im ganzen sind doch die Garantien der Wahrheitsermittlung verstärkt.

Der gleiche rechtsstaatliche Zug kennzeichnet auch die anderen entscheidenden Stellen, die in Zukunft einem Verfahren das Gepräge geben. So im Recht der Untersuchungshaft insbesondere die Beschränkung auf die beiden klassischen Haftgründe, obwohl in der Zwischenzeit die Gefahr der Begehung weiterer strafbarer Handlungen z. T. geltendes Recht geblieben war und kriminalpolitisch für die Beibehaltung dieses dritten Haftgrundes gewiß erhebliche Gründe sprechen, die dennoch nicht entscheidend sein dürfen; ferner die Sicherung des mündlichen Haftprüfungsverfahrens.

In derselben Richtung liegt die Wiederherstellung des 1943 abgeschafften Klageerzwingungsverfahrens der §§ 172ff. und die Rückkehr zur gerichtlichen Voruntersuchung in dem vor 1933 geltenden Umfange. Aber auch die viel umstrittene Wiedereinführung des Eröffnungsbeschlusses wird ausdrück-

lich mit dem überwiegenden Rechtsschutzinteresse des Angeklagten begründet. Hinzuzufügen bliebe hier, daß auch die richtige Gewichtsverteilung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft, das Interesse aller Beteiligten daran, daß die nach Ansicht des Gerichts wesentlichen Gesichtspunkte von vornherein hervortreten, sowie die Autorität der Rechtspflege, um derentwillen es nicht dazu kommen darf, daß das Gericht gegen seine Überzeugung ein Verfahren durchführen muß, den Eröffnungsbeschuß fordern. Dagegen darf nicht die übliche Routine des bloßen Einrückens des Anklagetenors ins Feld geführt werden.

Während es sich hier überall im wesentlichen um Restitution der alten Garantien handelt, geht der erst im Laufe der Beratungen eingeführte § 136 a über die Vernehmung des Beschuldigten einen — durch die neuesten Erfahrungen veranlaßten — großen Schritt weiter. Bedeutsam ist einmal das klare Verbot selbst, die Freiheit der Willensentschließung und -Betätigung des Beschuldigten durch im einzelnen aufgezählte unzulässige Mittel oder sein Erinnerungsvermögen oder seine Einsichtsfähigkeit zu beeinträchtigen. Damit distanziert sich der Gesetzgeber eindeutig von dem Satze, daß der Zweck die Mittel heilige, und verwirft in eindrucksvoller Form jede Art moderner Folter oder unwürdiger Aussageerschleichung. Ebenso bedeutsam ist aber die doppelte Sanktion dieses Verbots: nicht nur durch die Strafandrohungen der §§ 240, 343 StGB, denen § 136 a StPO zugleich ein Fundament der materiellen Widerrechtlichkeit liefert — praktisch wichtiger noch erscheint die Präventivwirkung seines Abs. 3, Satz 2, wonach verbotswidrig zustandegekommene Aussagen unter keinen Umständen verwertet werden dürfen. Die ganze Kühnheit dieser für uns durchaus neuen Regel, bei der wohl die Beweisregeln des Common Law Pate gestanden haben, wird erst in der Revisionspraxis offenbar werden, der sie zweifellos neuartige und schwierige Probleme — namentlich in den Fällen behaupteter Ermüdung oder Täuschung — stellen wird.

Auch da, wo das Gesetz Bestimmungen oder Institute aufnimmt, die ihrer Natur nach nicht ohne Gefahr für die letzten Garantien der Wahrheitsermittlung sind, baut es rechtsstaatliche Kautelen ein.

Ein solches nicht ungefährliches Instrument ist von jeher das beschleunigte Verfahren der §§ 212ff. gewesen. Es wird unter sachlich weit gespannten Voraussetzungen beibehalten; in einer Zeit organisierter Massenverbrechen ist es sicherlich unentbehrlich. Die Klausel, daß Zuchthaus und Maßregeln der Sicherung und Besserung in diesem Verfahren nicht verhängt werden dürfen, schließt jedenfalls aber folgenschwerste Fehler hier aus.

Ob nicht die weitgehende Zulassung mittelbaren Urkundenbeweises in § 251 Abs. 2 ihre schweren Bedenken hat, wird freilich erst die Praxis erweisen müssen.

Trotz aller Verwahrung gegen die Absicht, Neues zu schaffen, bedeutet die Streichung des Wortes „sollen“ in § 267 Abs. 3 eine weitere, praktisch sehr bedeutsame Neuerung: den Begründungzwang für die Strafzumessungsgründe. Wenn man bedenkt, daß es für den Angeklagten entscheidend auf das

Wieviel und nicht auf das Weshalb der Strafe ankommt, wenn man sich der Dürftigkeit der bisher landläufigen Zumessungsgründe erinnert, wird man es begrüßen müssen, daß dieses Kernstück des Urteils nunmehr in vollem Umfange revisibel geworden ist, mögen auch hier der Revisionspraxis neue schwere Probleme gestellt werden. Daß damit die Streitfragen der jüngsten Zeit wegfallen, bei denen Argumente der Kriminalpolitik und der Gerechtigkeit in unzulänglicher und oft gequälter Weise an die zufällige Fassung von Besatzungsrecht angelehnt werden mußten, ist als weiterer Gewinn zu verbuchen.

Das Verbot der *reformatio in peius* spricht das Gesetz erneut aus. Es stellt dabei klar, daß es sich nur auf Art und Höhe der Strafe, nicht auf den Schulterspruch und nicht auf Maßregeln bezieht; dabei wird jedoch die Sicherungsverwahrung wie eine Strafe behandelt, was auch für die materiellrechtlichen Fragen des Verhältnisses von Strafe und Maßregel von Interesse ist. Bekanntlich gehen die Meinungen über die Berechtigung und den Wert des Verbots soweit auseinander, daß bisher sogar in den drei westlichen Besatzungszonen unterschiedliches Recht in diesem Punkte galt. Mit Recht verweist jedoch die Begründung auf das psychologische Hemmnis, das die Möglichkeit einer härteren Bestrafung für den Angeklagten in der Rechtsmittelfrage bedeutet.

Die Möglichkeit, Rechtsänderungen auch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen, folgt richtigerweise schon aus § 2a StGB. Angesichts der in der Praxis nach Streichung des § 354a StPO aufgetretenen Unsicherheit und insbesondere der Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone ist jedoch die ausdrückliche Wiederherstellung dieser Vorschrift zu begrüßen.

Das *Adhäsionsverfahren* ist „zunächst“ beibehalten worden, obwohl die Begründung konstatiert, daß es sich bisher nicht einzubürgern vermocht hat. Doch hat man mit Recht den Ausschluß der Anwälte beseitigt.

Strafverfügungen kann nach dem Gesetz nurmehr der Amtsrichter, nicht die Polizei erlassen (§ 413 StPO, § 6 Abs. 1, Satz 2 EG StPO). Dabei wird im wesentlichen eine für die britische Besatzungszone im Jahre 1946 eingeführte Regelung übernommen. Ob sie nicht zu einer Überlastung der Amtsgerichte führt, und ob sie nicht den Bestrebungen, kriminelles und Verwaltungsrecht scharf voneinander zu trennen, zuwiderläuft, wird abgewartet werden müssen. Vielleicht schafft die im Gange befindliche verfahrensrechtliche Reform des Verwaltungsrechts Abhilfe, soweit die Nebenstrafgesetze, die Domäne dieses Gebiets, in Betracht kommen. Für das Strafverfahren singulär und für die Gefahr einer Grenzüberschreitung bezeichnend ist die Festsetzung der „Befugnis zur Beseitigung eines gesetzwidrigen Zustandes“ durch richterliche Strafverfügung oder Strafbefehl.

In der Gerichtsverfassung kommt der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau bei den Bestimmungen über die Schöffen und Geschworenen zum Ausdruck (Wegfall der bisherigen §§ 29, Satz 2 und 84 Abs. 2 GVG). Weitere Auswirkungen dieses Grundsatzes zeigen sich in den §§ 149 (Beistand), 298 (Rechtsmittel) StPO.

Der technische Aufbau ist dadurch gekennzeichnet, daß im wesentlichen der alte Instanzenzug, wie er bis 1931 bestand, insbesondere der dreifache Rechtszug für die mittlere Kriminalität, wiederhergestellt ist (§ 121 GVG).

Die Zuständigkeitsabgrenzung kehrt in den §§ 24ff. zum abstrakten Maßstab zurück, jedoch mit der wichtigen Begrenzung, daß Amtsgerichte nicht auf mehr als zwei Jahre Zuchthaus und nicht auf Sicherungsverwahrung erkennen dürfen (§ 24 Abs. 2). Zu bedauern ist im Interesse der Prozeßökonomie, daß dem Urteil des Amtsrichters der schwere Diebstahl entzogen wird, dessen Fälle bekanntlich einen enormen Anteil an der Kriminalstatistik bilden und in aller Regel so einfach liegen, daß sie zum mindesten in den Grenzen des § 25 Nr. 2c dem Einzelrichter hätten anvertraut werden können. Wenn man bedenkt, daß die Rückfallsverbrechen, die er aburteilen kann, häufig die viel schwierigere und irrationalere Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters involvieren — mindestens im Strafmaß —, hätte man im Sinne der Differenzierung von Tat- und Täterstrafrecht eher die umgekehrte Lösung gewünscht: Schwerer Diebstahl dem Einzelrichter, Rückfallverbrechen dem Kollegialgericht.

Die Zuständigkeit der Schwurgerichte ist im Anschluß an die bisherige Regelung der britischen Besatzungszone bestimmt — eine der nicht ganz seltenen Abweichungen von dem Vorsatz, nur bisheriges gesamtdeutsches Recht zu restituiieren oder beizubehalten. Aber sachlich wird man dieser Ausnahme folgen, umso mehr, als der Meineid mit seinen häufig schwierigen Rechtsfragen aus der Zuständigkeit der Schwurgerichte begrüßenswerterweise herausgenommen worden ist.

Daß die Wahrung der Rechtseinheit beim Bundesgerichtshof durch Große Senate und nicht wie früher im Reichsgericht durch das Plenum erfolgt, wird man nach allen Erfahrungen der älteren und der neueren Zeit zu begrüßen haben. Im übrigen werden die hier gegebenen Bestimmungen nach Inkrafttreten des geplanten Staatsschutzgesetzes der Ergänzung bedürfen.

Berlin, Ende September 1950.

Lange.

