

PROZESSRECHTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN IN GEMEINSCHAFT MIT

HEINRICH B. GERLAND · AUGUST HEGLER

EDUARD KOHLRAUSCH · JOHANNES NAGLER

VON

JAMES GOLDSCHMIDT

VI

DAS BERATUNGSGEHEIMNIS

SEIN GEGENSTAND UND SEINE WIRKUNGEN

MIT BERÜCKSICHTGUNG DER

ABSTIMMUNGSMETHODE

VON

D.R. CARL GÜNTHER VON COELLN

BERLIN



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1931

PROZESSRECHTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN IN GEMEINSCHAFT MIT
HEINRICH B. GERLAND · AUGUST HEGLER
EDUARD KOHLRAUSCH · JOHANNES NAGLER

VON
JAMES GOLDSCHMIDT

VI

DAS BERATUNGSGEHEIMNIS

SEIN GEGENSTAND UND SEINE WIRKUNGEN
MIT BERÜCKSICHTIGUNG DER
ABSTIMMUNGSMETHODE

VON

DR. CARL GÜNTHER VON COELLN



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1931

ISBN-13: 978-3-642-93794-1 e-ISBN-13: 978-3-642-94194-8
DOI: 10.1007/978-3-642-94194-8

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.
COPYRIGHT 1931 BY JULIUS SPRINGER IN BERLIN.

Inhaltsverzeichnis.

A. Begriff und Rechtsgrundlage des Beratungsgeheimnisses.

	Seite
§ 1. Begriff des Geheimnisses; gesetzlich geregelte Fälle der Geheimhaltungspflicht	I
§ 2. Das Beratungsgeheimnis als Amtspflicht der Berufsrichter	4
§ 3. Das Beratungsgeheimnis als Folge der richterlichen Unabhängigkeit	8

B. Der Gegenstand des Beratungsgeheimnisses.

§ 4. Die Bedeutung der Beratung und der Abstimmung; Gefahren des Beratungsgeheimnisses	13
--	----

C. Die Abstimmungsmethode im besonderen.

I. Die Fragestellung bei der Abstimmung	16
§ 5. Die Bedeutung und die Möglichkeiten der Fragestellung	16
a) Totalfragen 16. — b) Partialfragen 20.	
§ 6. Die praktische Bedeutung der Abstimmungsmethode	21
a) Beispiele 21. — b) Insbesondere die Bedeutung der Beweisfrage 24.	
§ 7. Absolute und relative Mehrheit; zur Kombinationsmethode	28
II. Die Streitfrage zur Abstimmungsmethode	31
§ 8. Die Entstehung der Kontroverse	31
§ 9. Gewinnung eines Ausgangspunktes für die Beantwortung der Frage	34
a) Bedeutung der Logik 34. — b) Wesen und Aufgabe des Kollegialgerichts 35. — c) Wesen und Aufgabe des Prozesses 38.	
III. Ermittlung der richtigen Abstimmungsmethode aus dem geltenden Prozeßrecht	41
§ 10. Die Abstimmungsmethode im Strafprozeß	41
a) Darlegung 42. — b) Kritik abweichender Meinungen 45.	
§ 11. Die Abstimmungsmethode im Zivilprozeß	48

D. Die Wirkungen des Beratungsgeheimnisses im Revisionsverfahren.

§ 12. Die Art der in der Beratung und Abstimmung möglichen Rechtsverletzungen	53
I. Das Beratungsgeheimnis und die Urteilsgründe	54
I. Bei möglicherweise unrichtigem Inhalt der einzelnen Stimme	54
§ 13. Das Beratungsgeheimnis und die Gründe des Strafurteils	54
a) Allgemeines über den Inhalt der Urteilsgründe 55. —	
b) Die Angabe des Inhalts der einzelnen Stimmen insbesondere 59.	
§ 14. Das Beratungsgeheimnis und die Gründe des Zivilurteils	66

	Seite
2. Bei zweifelhaftem Hergang der Abstimmung	69
§ 15. Die Revisibilität der Abstimmungsvorschriften	69
a) Der Abstimmungsfehler als Revisionsgrund 70. —	
b) Der Rechtsnormcharakter der Abstimmungsvorschriften 70.	
§ 16. Die Kundmachung der Abstimmungshergänge in den Urteilsgründen	72
a) Die Notwendigkeit der Kundmachung 73. — b) Die rechtliche Bedeutung der Kundmachung 75.	
II. Das Beratungsgeheimnis und die Zeugnispflicht	77
§ 17. Ist die Rüge fehlerhafter Abstimmung zulässig, obwohl das angefochtene Urteil keine Angaben über die Abstimmung enthält?	77
§ 18. Dürfen die Richter als Zeugen über die Abstimmung vernommen werden?	79
a) Vernehmungsverbot als Grundsatz; Unanwendbarkeit der § 376 ZPO. und § 54 StrPO. 79. — b) Ausnahmen von diesem Grundsatz bei der Kollision der Interessen 82.	
§ 19. Die prozessuale Behandlung der Rüge in den Fällen des § 17 a) Richtlinien für das Verhalten der Beteiligten 87. — b) Zum Fall „Marschner“ 89. — c) Die Stellung der Literatur 90. — d) Die preußische Ministerialverfügung vom 10. März 1927 91.	87
 E. Die Wirkungen des Beratungsgeheimnisses im Verfahren wegen rechtswidrigen Verhaltens des Richters.	
§ 20. Mögliche Tatbestände eines rechtswidrigen Verhaltens	92
a) Strafrechtliche Verstöße 93. — b) Bürgerlichrechtlich verpflichtende Verstöße 93. — c) Disziplinarische Verstöße 94.	
§ 21. Erweislichkeit der Verstöße; Mitteilungen der beteiligten Richter	94
a) Allgemeines hierzu 95. — b) Beweis im Strafverfahren 96. — c) Beweis im Schadensersatzprozeß 98. — d) Beweis im Wiederaufnahmeverfahren 100. — e) Beweis im Disziplinarverfahren 100. — f) Stellung von Theorie und Praxis zu der Frage 101.	
 F. Rechtsvergleichende Betrachtung des Beratungsgeheimnisses.	
§ 22. Unterscheidung der geheimen Beratung und Abstimmung von dem Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis; mögliche Systeme	103
§ 23. Geltungsbereich der verschiedenen Systeme	103
1. Frankreich 104. — 2. Italien 106. — 3. Österreich 106. — 4. Schweiz 108. — 5. England und die Vereinigten Staaten von Amerika 109.	
 G. Bewertung des Beratungsgeheimnisses de lege ferenda.	
§ 24. Soll geheim oder öffentlich beraten und abgestimmt werden? 112	
a) Kritik an FEUERBACHS Meinung 112. — b) Richtlinien für den Gesetzgeber 116.	
§ 25. Ist das Beratungsgeheimnis als Rechtseinrichtung aufrechtzuerhalten?	117
a) Ist es einzuschränken? 117. — b) Ist es durch Strafdrohung zu schützen? 118.	
Literaturverzeichnis	120

A. Begriff und Rechtsgrundlage des Beratungsgeheimnisses.

§ 1. Begriff des Geheimnisses; gesetzlich geregelte Fälle der Geheimhaltungspflicht.

Das Beratungsgeheimnis, ein Schlagwort, das der Ausdrucksweise des Gesetzes fremd ist, bedeutet die Verpflichtung der bei der Beratung und Abstimmung eines Richterkollegiums anwesenden Personen, über die Hergänge bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu bewahren.

Im strengen Sinne des Wortes bezeichnet der Ausdruck „Geheimnis“ einmal eine Tatsache, die andern verschwiegen wird, sodann aber auch den Zustand der Verschwiegenheit einer Tatsache im Interesse bestimmter Personen¹. In der Rechtssprache hat der Ausdruck in einzelnen Fällen seiner Anwendung einen besonderen Sinn bekommen: er bezeichnet den rechtlichen Schutz jenes Interesses und damit die in dem Interesse begründete Pflicht anderer Personen, gewisse Angelegenheiten geheimzuhalten².

Das Gesetz kennt verschiedene Fälle der Geheimhaltungspflicht, die sich nach mehreren Gesichtspunkten ordnen lassen. Je nachdem, ob ein Privater oder der Staat ein Interesse an der Geheimhaltung hat, lassen sich private von Staatsgeheimnissen unterscheiden³. Es gibt Fälle, in denen fremde, und solche, in denen eigene Angelegenheiten von einer Person zu verschweigen sind⁴. Die fremden Angelegenheiten können anvertraute oder nicht anvertraute sein⁵. Die Verpflichtung zur Verschweigung anvertrauter fremder Angelegenheiten wird durch das sog. Berufsgeheimnis den Angehörigen bestimmter Berufe auferlegt (§ 300 StrGB.)⁶; auch das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprech-

¹ Das Interesse gehört zum Begriff des Geheimnisses. Vgl. FRANK: § 300 I 4.

² SERÉXHE 58. ³ SERÉXHE 28. ⁴ SERÉXHE: a. a. O.

⁵ Der andere befindet sich im „Besitze“ des Geheimnisses: SERÉXHE: 31.

⁶ Andere Fälle s. bei ALLFELD: 408 (RVO., GewO., MargG., WeinG., UmsatzStG.).

⁷ Briefgeheimnis nicht im Sinne von § 299 StrGB. Vgl. ANSCHÜTZ: Art. II 7, I; FRANK: § 354, I.

geheimnis gehört hierher (§ 5 PostG., § 8 Abs. 1 S. 2 TelG., §§ 354, 355 StrGB., Art. 117, 34 Abs. 3 RV.)¹. Das Eindringen in nicht anvertraute fremde Angelegenheiten verbieten das Briefgeheimnis (§ 299 StrGB.) und das Wahlgeheimnis (Art. 125 RV., §§ 42, 43, 45, 117 RStimmO.). Die Geheimhaltung der ihm amtlich anvertrauten oder überhaupt zugänglichen fremden Angelegenheiten und seiner eigenen amtlichen Handlungen gebietet dem Beamten, soweit die Geheimhaltung nach der Natur der Angelegenheit erforderlich oder ihm von seinem Vorgesetzten aufgegeben worden ist, das Amtsgeheimnis, auch Amtsverschwiegenheit genannt (§ 11 RBG.)^{2 3}; diese Pflicht besteht gegenüber allen denjenigen Personen, denen die Angelegenheit nicht im Dienstverkehr bekannt wird. Die Verpflichtung, über bestimmte eigene und fremde Angelegenheiten sowohl allen außerhalb der Behörde stehenden Personen als auch den in der Behörde stehenden unbeteiligten Beamten gegenüber zu schweigen, wird dem Richter durch das sog. Beratungsgeheimnis vorgeschrieben. Wie eine Vergleichung ohne weiteres ergibt, hat das Beratungsgeheimnis mit dem eigentlichen Amtsgeheimnis das gemeinsam, daß ein staatliches Interesse an seiner Wahrung besteht; hingegen unterscheidet es sich von jenem dadurch, daß der Richter Stillschweigen auch der eigenen und anderen Behörden gegenüber bewahren muß, sowie, daß es nicht nur für die beamteten Richter, sondern auch für die Laienrichter gilt.

Über das Beratungsgeheimnis enthalten die Justizgesetze des Deutschen Reiches nur eine einzige Vorschrift: § 198 GVG., der die Schöffen und Geschworenen verpflichtet, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten^{4 5}.

Das Gesetz behandelt das Beratungsgeheimnis unter den Vorschriften über die Gerichtsverfassung, und zwar in dem Titel „Beratung und Abstimmung“. Beratung und Abstimmung bilden einen Teil des Prozesses, sie stellen die eigentliche richterliche Tätigkeit, das „Richten“, dar⁶; die ihren Hergang betreffenden Vorschriften sind daher auch als

¹ Vgl. auch die Einschränkung in § 99 StrPO. und § 181 AO.

² Siehe auch preuß. KabO. v. 31. Dezember 1825 (GS. 1826, 5 X) und v. 21. November 1835 (GS. 237), § 34 WehrG., § 353a StrGB., § 10 AO., § 20 BankG.

³ Andere Fälle s. bei ALLFELD: 407f. (RVO., AngVersG., u. a.).

⁴ § 198 ist entsprechend auf die Beisitzer in den Arbeitsgerichten und den Landesarbeitsgerichten sowie auf die nichtrichterlichen Beisitzer im Reichsarbeitsgericht anzuwenden (§ 9 Abs. 1 ArbGG.). Die Handelsrichter haben bezüglich der Beratung und Abstimmung dieselben Rechte und Pflichten wie die Berufsrichter (§ 112 GVG.).

⁵ Gleiche Vorschriften enthalten MilStrGO. § 325 Abs. 2 und GeschO. des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich § 8 Abs. 2.

⁶ FEUERBACH: 130.

prozeßrechtliche anzusehen, die nur wegen ihrer gemeinsamen Geltung für die Zivil- und Strafgerichte im Gerichtsverfassungsgesetz ihren Platz gefunden haben. Einen anderen Charakter trägt dagegen die Vorschrift, die den Schöffen und Geschworenen aufgibt, über die Hergänge bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten. § 198 GVG. regelt nicht die entscheidende Tätigkeit der Schöffen und Geschworenen, sondern gibt ihnen eine Vorschrift, wie sie sich in der auf den Abschluß der Urteilsfällung folgenden Zeit außerhalb des entscheidenden Kollegiums verhalten sollen. Er ist keine das gerichtliche Verfahren betreffende Norm, sondern legt den Schöffen und Geschworenen außergerichtliche Pflichten auf; er würde seinen Platz im Gesetz ebensogut dort gefunden haben, wo die Rechte und Pflichten der genannten Laienrichter verzeichnet sind, also etwa in §§ 30 und 82 GVG. oder in ihrer Nähe.

§ 198 GVG. verpflichtet die Geschworenen und Schöffen, über die Hergänge bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten. Das ist streng auszulegen; die Schweigepflicht erstreckt sich nicht auf die übrigen Vorgänge, die bei Gelegenheit der Beratung und Abstimmung im Beratungszimmer geschehen und nicht diesen prozessualen Hergang selbst betreffen¹. So können z. B. strafbare Handlungen, die ein Mitglied des Kollegiums im Beratungszimmer begeht (der Vorsitzende beleidigt einen Schöffen), angezeigt und verfolgt werden. Das Beratungsgeheimnis soll keine Immunität der Richter für die Dauer der Beratung schaffen². Die Geschworenen und Schöffen sollen über die Beratungshergänge Stillschweigen beobachten; d. h.: sie dürfen weder spontan noch auf Befragen irgend jemand von jenen Hergängen erzählen oder sich an irgendeiner Stelle darüber schriftlich äußern.

Wie bei der Beratung des Gesetzes zum Ausdruck gelangte³, soll

¹ Richtig DOERR: RhZZP. 3, 458 Anm. 33.

² Daher ist auch die Klausur des Beratungszimmers der Beratung nicht wesentlich, vielmehr ist eine leise Beratung im Sitzungssaal zulässig: RGSt. 22, 396; 46, 373; RGJW. 59, 556f. — So ausdrücklich Code d'Instruction Criminelle Art. 369 Abs. 1; § 116 Kurhessisches Gesetz die Umbildung des Strafverfahrens betreffend v. 31. Oktober 1848; Art. 5 StrPO. für das Königreich Sachsen v. 11. August 1855, deren Art. 296 Abs. 6 jedoch für die Enderkenntnisse verlangte, daß das Gericht sich in das Beratungszimmer zurückzöge, weil das „juger sur le champ“ „keine genügende Sicherheit für eine möglichst sorgfältige und gründliche Beratung der Richter“ böte und der Autorität der Entscheidung schaden könnte (Motive, S. 266, bei SCHWARZE: Comm. 2, 97). — Für die Beratung der Geschworenen des alten Geschworenengerichts war dagegen in allen Gesetzen zwingend vorgeschrieben, daß sie sich in das Beratungszimmer begäben und unter strenger Klausur berieten und abstimmten.

³ Prot. d. Komm. I. Les., S. 65f. (HAHN: GVG. S. 366); 2. Les., S. 693f. (HAHN: S. 844f.).

die Vorschrift einerseits den Geschworenen und Schöffen Schutz gewähren gegen Kritiken ihrer Abstimmung von privater und öffentlicher Seite sowie gegen Schäden und Nachteile, die ihnen daraus erwachsen könnten, daß ihr Votum bekannt würde, und deren Befürchtung die Unbefangenheit und Unparteilichkeit ihrer Rechtsprechung beeinträchtigen könnte¹. Andererseits soll die Verschwiegenheitspflicht das Ansehen der Gerichte, insbesondere der Schwurgerichte, und ihrer Entscheidungen aufrechterhalten helfen, das geschädigt werden könnte, wenn die Äußerungen und Voten der einzelnen Richter, Geschworenen und Schöffen bekanntgemacht und unsachlichen Kritiken ausgesetzt werden würden.

§ 2. Das Beratungsgeheimnis als Amtspflicht der Berufsrichter.

Den richterlichen Mitgliedern der Richterkollegien ist die Verpflichtung, über den Hergang der Beratung und Abstimmung zu schweigen, in keinem Reichsgesetz ausdrücklich auferlegt worden. Die Verfasser des Gesetzes hielten eine derartige Vorschrift für überflüssig, weil die Richter bereits kraft ihrer Amtspflicht zur Verschweigung der Beratungs- und Abstimmungshergänge verpflichtet seien². Auch im Schrifttum³ und in der Rechtsprechung⁴ wird es meist nicht bezweifelt, vielmehr stets als selbstverständlich angesehen, daß die Berufsrichter das Beratungsgeheimnis zu wahren haben⁵.

Worauf gründet sich die Schweigepflicht der Berufsrichter?

Der Berufsrichter ist Beamter und hat alle Rechte und Pflichten eines solchen. Insbesondere treffen ihn die Pflichten der Amtserfüllung, der Anwesenheit am Dienort, des achtungswürdigen Verhaltens innerhalb und außerhalb des Dienstes und endlich auch die Pflicht der Amtsverschwiegenheit⁶, die allein hier näher zu betrachten ist.

Der Beamte ist verpflichtet, außerhalb seines Dienstes über die von ihm bearbeiteten oder ihm sonst zur Kenntnis gelangten dienstlichen Angelegenheiten zu schweigen, wenn die Natur der Angelegenheit es erfordert, oder wenn es ihm von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben

¹ Vgl. RGSt. 47, 365.

² Mot. 207 (HAHN: GVG. 181). Infolge dieser Begründung ist über die Schweigepflicht der Berufsrichter nicht debattiert worden: HAHN: 365ff., 844ff., 1387.

³ Statt aller vorläufig: BELING: StrprR. 253 VI; LOEWE-ROSENBERG: GVG. § 198.

⁴ RGSt. 61, 219; 60, 296; 26, 204; RGZ. 89, 16.

⁵ Nach RG. in JW. 59, 2534f. gilt das grundsätzlich auch für Schiedsrichter.

⁶ Pr. RichterDiszG. v. 7. Mai 1851, § 1. HARSEIM: Art. Richter, Disciplin derselben, § 2, S. 212.

worden ist. Diese Pflicht entspringt der allgemeinen Treupflicht¹, die der Beamte seinem Dienstherrn, dem Staate, schuldet².

Für die Reichsbeamten ist sie ausdrücklich geregelt im § 11 des Reichsbeamtengesetzes vom 17. Mai 1907³.

In Preußen fehlt eine entsprechende Vorschrift.

Das Allgemeine Landrecht bestimmt weder im 10. Titel des II. Teiles, wo es von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates spricht, noch an einer anderen Stelle etwas über die Amtsverschwiegenheit. Die Allgemeine Gerichtsordnung verpflichtet ausdrücklich die Räte bei den Justizkollegien, über alle im Kollegium vorkommenden Angelegenheiten zu schweigen (§ 18 III 3) sowie die bei Gelegenheit der Instruktion zu ihrer Kenntnis gelangten Privatgeheimnisse der Parteien nicht preiszugeben (§ 40 Abs. 2 III 3); ferner verpflichtet sie die Subalternbedienten bei den Justizkollegien, sowohl über die „durch ihre Hände gehenden Sachen und Geschäfte“ als auch über „die zu ihrer Kenntnis gelangenden Vota, Beschlüsse und Verfügungen“ des Kollegiums Stillschweigen zu bewahren (§ 2 III 4); dasselbe wird den „Secretarien“ und „Cancellisten“ in ihrem Diensteide noch besonders zur Pflicht gemacht (§§ 22, 71 III 5), den letzteren auch noch ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben (§ 68 III 5). Die AGO. regelt also nur die Amtsverschwiegenheitspflicht bestimmter Gruppen von Justizbeamten, nicht einmal aller.

Die Verwaltungspraxis hat jedoch stets eine Verschwiegenheitspflicht aller Beamten angenommen. So sind verschiedentlich Kabinettsorders ergangen, die jene Pflicht einschärften⁴ ⁵. Die Amtsverschwiegenheit ist bereits in der allgemeinen Treupflicht, die, wie jeden, der die Geschäfte eines anderen besorgt, auch den Beamten trifft, enthalten⁶ und gründet sich in Preußen auf eine in ständiger Verwaltungs- und Gerichtspraxis entstandene Rechtsgewohnheit⁷.

Der Inhalt der Amtsverschwiegenheit wird durch den schon angeführten § 11 RBG. gekennzeichnet.

Soweit es den Anschein hat, als ob die genannten preußischen Kabinettsorders eine unbedingte Schweigepflicht vom Beamten verlangten⁸, sind sie einschränkend auszulegen nach der Maßgabe des sie authentisch inter-

¹ Die jedem obliegt, der in fremdem Interesse tätig ist: vgl. das Geschäfts-, Betriebs-, Fabrikationsgeheimnis. Über strafrechtlichen Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses s. ALLFELD: 408. Auch das Berufsgeheimnis gehört in diesen Zusammenhang.

² PIEPER: § 11, 1; VON RHEINBABEN, Art. Beamter § 8 pr.; LABAND: I 459; VAN CALKER: 137.

³ Siehe auch die Sondervorschriften oben S. 2 Anm. 2.

⁴ So die KabOs. v. 31. Dezember 1825 u. v. 21. November 1835 (s. Anm. 3) u. v. 22. März 1845; dazu VON DULTZIG: 24f.

⁵ Darüber, daß sie die Schweigepflicht nur einschärften, nicht stautierten: vgl. VAN CALKER: 135; RGZ. 35, 403.

⁶ BRAND: 493.

⁷ VAN CALKER: 139.

⁸ Dies gilt insbesondere für die KO. v. 21. November 1835.

pretierenden § 11 RBG.¹, der keine Neuerung einführen, sondern den in den Bundesstaaten, besonders in deren größtem, bestehenden Rechtszustand auch im Reiche einführen wollte.

Danach ergibt sich als Inhalt der Amtsverschwiegenheit der Reichs- wie der preußischen Beamten folgendes.

In sachlicher Beziehung hat der Beamte einmal alle fremden Angelegenheiten, die ihm vermöge seines Amtes bekannt geworden sind, geheimzuhalten, genau wie die Angehörigen der im § 300 StrGB. genannten Berufe. Diese Pflicht beruht zwar auch auf der dem Staate geschuldeten Treupflicht; ihren Ursprung findet sie jedoch in der Treupflicht, die der Staat dem Bürger schuldet, dessen Angelegenheiten er besorgt. Den Beamten als handelndes Organ des Staates trifft hier eine Verpflichtung des letzteren, deren Erfüllung er diesem im Innenverhältnis schuldet.

Weiterhin hat der Beamte aber auch über alle amtlichen Vorkommnisse und Handlungen seiner selbst wie seiner Vorgesetzten, Kollegen und Untergebenen Stillschweigen zu bewahren. Diese Verpflichtung folgt unmittelbar und nur aus seinem eigenen Dienstverhältnis zum Staat und entspricht der Geheimhaltungspflicht, die jeder in fremden Diensten Arbeitende seinem Dienstherrn schuldet.

Die hiermit sachlich umgrenzte Geheimhaltungspflicht besteht jedoch nur, soweit die Geheimhaltung nach der Natur der Angelegenheit erforderlich oder dem Beamten von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben worden ist.

In persönlicher Beziehung hat der Beamte diese Angelegenheiten allen denjenigen Personen und Personenverbänden gegenüber zu verschweigen, die nicht amtlich damit befaßt werden. Er darf also weder unbeteiligten Privatpersonen noch Behörden, die nicht im Dienstwege mit der Angelegenheit befaßt werden², noch einer politischen Partei oder einer sonstigen Organisation noch in der Presse über die geschützten Angelegenheiten irgendwelche Mitteilungen machen.

Damit ist die allgemeine Amtsverschwiegenheit, die alle Beamten trifft, kurz gekennzeichnet. Es sind nunmehr Rechtsgrund und Umfang der besonderen Pflicht der richterlichen Beamten, über Beratungshergänge zu schweigen, darzulegen. Es wurde schon gesagt, daß die Schweigepflicht der Richter über die allgemeine Amtsverschwiegenheit hinausgeht.

Teilweise ist das Beratungsgeheimnis durch das allgemeine Amtsgeheimnis gedeckt.

¹ RGZ. 35, 403; RGSt. 28, 424; PIEPER: § 11, I; VON DULTZIG: 25; PFAFFEROTH: 3; BRAND: 494; MEYER-ANSCHÜTZ: 593, Anm. 4.

² Vgl. VAN CALKER: 151ff. Beachte hierzu die Vernehmungsverbote der § 54 StrPO. und § 376 ZPO. — Für das Verhältnis des Untersuchungsrichters zum erkennenden Gericht vgl. GOLDSCHMIDT: JW. 58, 2996.

Vollständig in sachlicher Hinsicht. Beratung und Abstimmung sind Angelegenheiten, die dem Richter vermöge seines Amtes bekannt werden: es sind eigene Angelegenheiten des Staates, Handlungen des Richters, seiner Kollegen und der etwa vorhandenen Laienbeisitzer, die sie bei einer im Prozeß notwendig gewordenen Entscheidung vornehmen. Diese Vorgänge finden unter Ausschluß aller anderen Personen statt (§ 193 GVG.); sie werden auch nachträglich nicht bekanntgegeben; die Entscheidung wird als eine solche des ganzen Gerichts verkündet und aktenkundig gemacht; sie wird von allen Richtern, auch den überstimmten, unterschrieben (§ 315 ZPO., § 275 StrPO.), die damit nach außen die Verantwortung für den Spruch übernehmen. Durch diese Fiktion der Einstimmigkeit der gerichtlichen Schlußfassung soll die Autorität der Entscheidung sichergestellt werden, die gefährdet sein könnte, wenn bei dem einzelnen Urteil die Stimmenzahl ersichtlich wäre und zu einer Wertung der Urteile nach der Zahl der sie tragenden Stimmen Veranlassung gäbe¹. Die Entscheidungsgründe haben grundsätzlich keine Angaben über die Abstimmungshergänge oder die verschiedenen Meinungen zu machen (§ 267 StrPO.)².

Aus den angeführten Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der beiden Prozeßordnungen erhellt ohne weiteres, daß das Gesetz eine Kundbarmachung der Beratungs- und Abstimmungshergänge jedenfalls gegenüber der Öffentlichkeit, die Parteien mit einbegriffen, nicht wünscht. Folglich sind Beratung und Abstimmung solche amtliche Angelegenheiten, deren Geheimhaltung das Gesetz nach seinem deutlich erkennbaren Willen erfordert. Da aber das Gesetz dem in seiner entscheidenden Tätigkeit unabhängigen Richter den Vorgesetzten ersetzt, hat der Richter Beratung und Abstimmung gemäß dem Grundsatz des § 11 RBG. zu verschweigen³.

Damit ist aber noch nichts über die persönliche Tragweite des Beratungsgeheimnisses gesagt. Das Amtsgeheimnis gilt nur allen außerhalb des Dienstkreises stehenden Personen gegenüber. Das Beratungsgeheimnis dagegen ist das alleinige Geheimnis des Kollegiums, das auch den Vorgesetzten, unbeteiligten Kollegen und Untergebenen gegenüber gewahrt wird⁴.

¹ Vgl. die Ausführungen der Kommissionsmitglieder zu dem (schließlich von allen übrigen abgelehnten) Antrage des Abg. LASKER: „Jeder Richter darf seine von der Mehrheitsentscheidung abweichende Ansicht bei der Verkündung des Urteils aussprechen und begründen“ bei der Beratung des GVG. (HAHN: 362—365).

² Über Ausnahmen s. u. § 13 b.

³ Auch per argumentum a minori ad maius: Das Gesetz ist ein noch stärkerer Zwang als die „Natur der Angelegenheit“.

⁴ Das übersehen die Schriftsteller, die das Beratungsgeheimnis allein aus der allgemeinen Amtsverschwiegenheit herleiten wollen.

Daß es sich auch in dieser Richtung erstreckt, wird zwar weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum ausdrücklich hervorgehoben; es wird aber stillschweigend anerkannt, wie sich aus den Folgerungen, die aus der Schweigepflicht gezogen werden, sowie daraus ergibt, daß das Beratungsgeheimnis zumeist als ein Ausfluß der richterlichen Unabhängigkeit angesehen wird.

§ 3. Das Beratungsgeheimnis als Folge der richterlichen Unabhängigkeit.

Dieser Grundsatz ist es denn auch, der es zu rechtfertigen vermag, daß das Beratungsgeheimnis auch im Dienstverkehr zu wahren ist.

Das Gesetz verbietet, daß Aufsichtsbeamte bei der Beratung anwesend seien (§ 193 GVG. in der Fassung des Gesetzes vom 5. April 1888)¹. Dieses Verbot kann nichts anderes bezwecken als den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit und damit zugleich der Unbefangtheit der richterlichen Entscheidung, die durch die Anwesenheit eines Aufsichtsbeamten gefährdet sein könnte. Zwar sind die Richter vor einer unmittelbaren Einwirkung durch den Grundsatz der „sachlichen“ Unabhängigkeit² geschützt (Art. 102 RV.); da jedoch die persönlichen Garantien des Richteramts, vor allem für die nicht fest angestellten Richter, unvollkommen sind³, und damit die für eine wirklich unbefangene Rechtspflege erforderliche „persönliche“⁴ Unabhängigkeit des Richters nicht unbedingt garantiert ist, besteht die Gefahr, daß die Richter sich infolge der Anwesenheit eines Aufsichtsbeamten befangen fühlen und, vor allem in Prozessen von besonderer Bedeutung für die Öffentlichkeit, mit ihrer wahren Meinung zurückhalten und ihr Votum mit Rücksicht auf den Vertreter der Aufsichtsbehörde einrichten. Dieser Gefahr wird mit der Vorschrift des § 193 GVG. begegnet⁵.

Diese Bestimmung würde aber ihren Zweck und Sinn verfehlen, wenn die Aufsichtsbehörde in der Lage wäre, nachträglich die Beratungs- und Abstimmungshergänge, insbesondere die Voten der Richter, zu erfahren⁶. Daher liegt es notwendigerweise im Sinne des Gesetzes,

¹ Vgl. LOEWE-ROSENBERG: § 193 GVG. 3a; BINDING: Grundriß 170f.

² GÜLLAND: Gruch. 69, 663, 665; LOEWE-ROSENBERG: § 1 GVG. 5; BÖTTICHER: ZJP. 51, 211, 225.

³ §§ 2–8 GVG.; DOERR: RhZZP. 3, 434; GÜLLAND: a. a. O. — Vgl. auch AUBIN 3, der diese Unvollkommenheit als eine notwendige bezeichnet, mit dem Hinweis auf den Konflikt zwischen dem Interesse des Staates an der Beaufsichtigung seiner Richter und seinem Interesse an der Unabhängigkeit. — DOERR (a. a. O. 452) spricht von der Scylla des Mißbrauchs der richterlichen Gewalt und der Charybdis des Mißbrauchs der Disziplinar-gewalt. ⁴ Siehe oben Anm. 2.

⁵ Vgl. dazu RG. in JW. 59, 2794.

⁶ Vgl. die Ausführungen KADES (70f.) und den dort z. T. wiedergegebenen Artikel der Kreuztg. v. 6. April 1909.

daß die ausdrücklich gebotene Verborgenheit der Beratung und Abstimmung perpetuiert wird durch die Beobachtung des Stillschweigens über jene Hergänge¹.

Läßt sich die Pflicht der Richter, auch im Dienstverkehr das Beratungsgeheimnis zu bewahren, unmittelbar aus § 193 GVG. herleiten, der seinerseits auf dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit beruht, so zeigt sich, daß das Beratungsgeheimnis, so weit wie jene Pflicht reicht, seinen Ursprung mittelbar im Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit hat. Aber auch nur insoweit; denn in seinen übrigen, zuvor aufgezeigten Beziehungen läßt es sich nicht auf jenen Grundsatz zurückführen.

Die richterliche Unabhängigkeit, die von jeher einer der wichtigsten Grundsätze der rechtsstaatlichen Verfassungen war², ja, bereits bestand und mehr oder weniger streng befolgt wurde, seitdem es beamtete Richter gibt³, bedeutet, daß der Richter bei der Entscheidung sich nur nach seiner aus dem Gesetze gewonnenen Überzeugung zu richten hat und sich dabei durch keinerlei Anweisungen der Regierung, einer Verwaltungsbehörde oder des Parlaments beeinflussen lassen darf⁴. Dies, nicht mehr und nicht weniger, ist der Inhalt des Satzes von der richterlichen Unabhängigkeit. Die Festlegung seiner Grenzen ergibt, daß, soweit das Beratungsgeheimnis auf der allgemeinen Amtsverschwiegenheit beruht, der Grundsatz der Unabhängigkeit zur Begründung des Beratungsgeheimnisses auszuschneiden hat; denn die allgemeine Amtsverschwiegenheit verpflichtet den Richter nicht, die Beratungs- und Abstimmungshergänge auch im inneren Dienstverkehr zu verschweigen⁵.

¹ Ohne geheime Beratung gäbe es kein Beratungsgeheimnis. — Auch BINDING führt das Beratungsgeheimnis auf die Vorschrift des § 193 GVG. (damals 195) zurück: Grundr. 161, allerdings ohne die hier gemachte Unterscheidung. Das gleiche gilt von STRUCKMANN-KOCH: § 195 GVG. Ähnlich RGSt. 61, 218. Dagegen FUCHS: Justiz III, 249.

² AUBIN (6ff.) behandelt hauptsächlich die persönliche Unabhängigkeit der Richter, insbes. 19f.

³ VON STAFF: DJZ. 34, 35ff.; WETZELL: 399f. und die daselbst zit. alten Reichsgesetze; ENDEMANN: ZZP. 18, 173.

Das RKG. wurde errichtet, um eine von kaiserlicher Willkür unabhängige Justiz zu schaffen. Was der Kaiser aber hier „mit der einen Hand gegeben, suchte er mit der andern zu nehmen“ und errichtete in dem Reichshofrat ein mit abhängigen Richtern besetztes „Regierungskollegium“ (STOBBE: 15ff., 23).

Einen Eingriff des Kaisers in die Rechtsprechung des RKG., der von letzterem jedoch nicht anerkannt wurde, schildert THUDICHUM: ZfdRudRw. 20, 166f.

⁴ ANSCHÜTZ: RV. Art. 102, 2; BÖTTICHER: ZZP. 51, 211; DOERR: RhZZP. 3, 441.

⁵ Der gesetzlichen Gewährleistung der Unabhängigkeit entspricht also nicht die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, wie das RG. (RGSt. 26, 204) unter Berufung auf die Motive S. 207 annimmt. Vgl. unten S. 11 Anm. 4.

Jene Verpflichtung des Richters, sich nicht beeinflussen zu lassen¹, die eine entsprechende Verpflichtung der genannten Staatsorgane, sich aller Versuche einer Beeinflussung zu enthalten, schafft², gilt zwar für alle Richter³. Für die Schöffen und Geschworenen ist sie jedoch ohne Bedeutung, weil diese in keinem zum Gehorsam gegenüber Anweisungen der Aufsichtsbehörde verpflichtenden Dienstverhältnis zum Staat stehen; auch war es, wie schon mitgeteilt, nicht der Grundsatz der Unabhängigkeit im verfassungsrechtlichen Sinne, der den Gesetzgeber zur Schaffung des § 198 GVG. veranlaßte⁴, sondern die Gefahr anderer die Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Rechtsprechung beeinträchtigender Einflüsse.

Die Gefahr derartiger Beeinflussung, drohe sie nun, von wem sie wolle, besteht auch für den Berufsrichter; ihn hindert jedoch, wie dargelegt, das Amtsgeheimnis daran, die Beratungs- und Abstimmungshergänge preiszugeben und damit seine richterlichen Handlungen zum Gegenstand der öffentlichen Erörterung zu machen.

Wenn man berücksichtigt, daß Unparteilichkeit und Unbefangenheit zu den Hauptpflichten eines jeden Richters gehören, überhaupt das Wesen eines Richters ausmachen⁵, und darum in den neuesten Gesetzen nicht

¹ Diese Pflicht als Kehrseite des Rechts auf Unabhängigkeit wird in der Literatur meist nicht hervorgehoben; sie wird angedeutet bei DOERR: RhZZP. 3, 441 und genannt bei ASCHER: DRZ. 21, 90.

² BÖTTICHER: ZZP. 51, 212; LOEWE-ROSENBERG: § 1 GVG. 1b; GÜLLAND: Gruch. 69, 664. ³ ANSCHÜTZ: Art. 102, 2.

⁴ Der Unabhängigkeit bedurfte es, wie die geschichtliche Entwicklung zeigt, nur für die angestellten Richter.

⁵ BRAND: 51. — Ältere Gesetze machen diese Eigenschaften dem Richter ausdrücklich zur Pflicht: sog. SchwabenSp.LdR.: „Ein iegelich rihter sol vier tugede han . . . rehtekeit . . . wisheit . . . sterke . . . masze. Ein rihter sol gerehtekeit also han, daz er durch liebe noch durch miete noch durch haz niut en tuon, waz daz reht si“ (VON LASSBERG: § 86; GENGLER: Cap. LXXI, § 3), (SEUFFERT zitiert diese Stelle zur Kennzeichnung der Pflichten der heutigen Schöffen: VON STENGEL: Erg.-Bd. 2, 243). RKGO. v. 7. August 1495 § 3 fordert von dem Richter und den Beisitzern in ihren Eiden: „. . . dem Hohen und dem Nidern nach seinem besten Verstantnus gleich zu richten und kein Sach sich dagegen bewegen zu lassen, auch von den Partheien oder jemand anders kainer Sach halben, so in Gericht hanget oder hangen wurde, kain Gab, Schenck, oder ainichen Nutz durch sich selbs oder anders . . . tzu nemen oder nemen lassen.“ — PGO. von 1532 schreibt dem Richter und den „Schöpffen oder Urtheilsprechern“ vor, zu schwören (Art. 3, 4): „. . . recht ergehen lassen, richten unnd urtheylen (bzw. ‚rechte urtheyl geben unnd richten‘) dem armen als dem reichen, unnd das nit lassen, weder durch lieb, leydt, miet, gab, noch kayner andern sachen wegen.“ — Den „Gerichtssitzern“ des „Churfürstlichen Cammergerichts in der Mark Brandenburg“ war in ihrem Eide zur Pflicht gemacht: „. . . zu Recht nach alle meinem besten verständniss, das gleichst und billig sprechen, thun und handeln will und das nicht lassen, um Liebe, Neydt, Gabe, Freundschaft noch keinerlei Sachen willen, auch keine Gabe oder Nutz darumb von Parthien nehmen“ . . . (CGO. v. 1516, Myl. II I Nr. I S. 3). — Den Kammergerichtsräten wurde das Nämliche in der Folgezeit fortwährend eingeschärft. Siehe die verschiedenen, das KG. betreffenden Konstitutionen bei MYLIUS: II I Nr. XXIV Kap. 29, 30; Nr. XCIV Cap.

mehr ausdrücklich betont werden¹, sowie daß die verfassungsrechtliche Unabhängigkeit jene Eigenschaften in einer bestimmten Richtung gewährleisten soll, und die allgemeine Amtsverschwiegenheit des Berufsrichters dem gleichen Zwecke dient wie § 198 GVG., so läßt sich sagen, daß das Beratungsgeheimnis als ein Institut der deutschen Gerichtsverfassung der Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Richters zu dienen bestimmt ist. Wenn man weiter bedenkt, daß der Richter unparteilich und unbefangen nur dann richten kann, wenn er von allen Einflüssen, die von der Regierung, von der Verwaltung oder dem Parlament oder von Privatpersonen, der Presse, vom Publikum, politischen Parteien oder sonstigen Faktoren des privaten oder öffentlichen Lebens herrühren, unabhängig ist, so mag es angehen, diese Anforderungen an die Einstellung des Richters bei der Rechtsprechung in einem zusammenzufassen² und sie allgemein als „Unabhängigkeit“ des Richters zu bezeichnen³ und zu sagen, das Beratungsgeheimnis bezwecke die Unabhängigkeit des Richters⁴.

15, 16 und die „Landesväterliche und nachdrückliche“ Ermahnung Friedrich Wilhelms I. in der Allgemeinen Ordnung, die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend, v. 21. Juni 1713, sub XXIV (MYLIUS: II I Nr. CXXXI). — Ähnlich verlangten die alten partikularrechtlichen Schwurgerichtsgesetze von den Geschworenen Unparteilichkeit und Unbefangenheit, nach französischem Muster: Code d'Instr. Crim. v. 17. November 1808 Art. 312: „... de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ... de n'écouter ni la haine ni la méchanceté ni la crainte ou l'affection ... de vous décider ... avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre.“ So, z. T. wörtlich übereinstimmend: Österr. StrPO. v. 17. Januar 1850, Art. 318; Preuß. VO. v. 3. Januar 1849, § 97; Bayr. Ges. v. 10. November 1848, Art. 110; Bad. Ges. v. 5. Februar 1851, § 76; Württ. Ges. v. 14. August 1849, Art. 118.

¹ Vgl. z. B. die Eide der Schöffen und der Geschworenen, §§ 51, 84 GVG. (RStrPO. v. 1. Februar 1877, § 288.

² Wobei allerdings noch die „innere“ Unabhängigkeit von eigenen Vorurteilen und Leidenschaften (s. Vertrauenskrise!) mit einzubegreifen wäre: GÜLLAND: Gruch. 69, 667.

³ Wie sich aus den vorangegangenen Darlegungen ergibt, ist diese allgemeine Bezeichnung „Unabhängigkeit“ im weiteren Sinne besser zu vermeiden, weil sie in Wahrheit nur ein ungenaues Schlagwort ist, das zu Verwechslungen mit dem verfassungsrechtlichen Begriff der Unabhängigkeit verleitet.

⁴ Diesen unscharfen Begriff der Unabhängigkeit legt das Reichsgericht seiner Rechtsprechung über das Beratungsgeheimnis zugrunde: so in der grundlegenden Entscheidung in Strafsachen 26, 204. Die dort in bezug genommenen Ausführungen bei der Beratung des Gesetzes betreffen nur die Schöffen und Geschworenen; unter den Kommissionsmitgliedern herrschte keineswegs Einstimmigkeit darüber, daß die Vorschrift des § 198 GVG. notwendig sei. Wie schon oben S. 3 Anm. 3, mitgeteilt, betrachteten ihre Befürworter sie als zweckmäßig, um die Unbefangenheit und Unparteilichkeit der Laienrichter sowie das Ansehen der Gerichte und ihrer Sprüche zu wahren. Wenn der Abg. GRIMM (HAHN: GVG. 366) hervorhob, daß die in Rede stehende Vorschrift als „ein Palladium der Unabhängigkeit“ für die Rechtsprechung der Schöffen und Geschworenen zu betrachten sei, so ist das nur in dem oben gekennzeichneten beschränkten Sinne desjenigen Teiles des Begriffes der „Unabhängigkeit“

Die Untersuchungen über den Rechtsgrund¹ des Beratungsgeheimnisses haben ergeben, daß, während die Schöffen und Geschworenen durch positive gesetzliche Vorschrift zur Verschweigung der Beratungs- und Abstimmungshergänge verpflichtet sind, die Berufsrichter teils infolge ihrer allgemeinen Verpflichtung zur Wahrung des Amtsgeheimnisses, teils infolge ihrer Verpflichtung zur Wahrung der Unabhängigkeit von den übrigen Staatsgewalten zur Beobachtung des Beratungsgeheimnisses verpflichtet sind.

Da die Berufsrichter Beamte sind, als solche der Disziplinalgewalt des Staates unterliegen, und da sowohl die Wahrung des Amtsgeheimnisses wie die Befolgung der Pflicht zur Unabhängigkeit zu ihren Amtspflichten gehören, läßt sich sagen, daß bei ihnen das Beratungsgeheimnis zu ihren Amtspflichten gehört. Die Aufrechterhaltung des Beratungsgeheimnisses ist für den Richter eine Amtspflicht; aber sie findet nicht in vollem Umfang ihren Rechtsgrund in der beamtenrechtlichen Dienststellung des Richters², sondern nur insoweit, als das Beratungsgeheimnis sich mit dem Amtsgeheimnis deckt. Darüber

im weiteren Sinne zu verstehen, der mit der eigentlichen Unabhängigkeit im verfassungsrechtlichen Sinne nichts gemein hat, sondern lediglich die selbstverständlichen Pflichten des Richters zur Unparteilichkeit und Unbefangenheit betrifft. Wenn auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine begriffliche Klarstellung des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit vermissen läßt, so läßt sich doch andererseits aus der Gesamtheit der in Frage kommenden Entscheidungen entnehmen, daß das Reichsgericht sehr wohl in der praktischen Anwendung jenes Grundsatzes unterscheidet.

Gegen die Art, wie das RG. den Begriff der Unabhängigkeit verwendet, kehrt sich auch HARTMANN: JW. 58, 236.

Das „Palladium der Unabhängigkeit“ hat das RG. in RGSt. 61, 218 und DRZ. 1927, Nr. 421 von dem Abg. GRIMM übernommen, und zwar in dem ungenauen Sinne, wie jener das Schlagwort verstand. Dem RG. folgt darin KÜBEL: DRZ. 2, 403.

Die Motive des Regierungsentwurfs beschränken sich auf die Mitteilung, daß die Vorschrift des § 198 GVG. dem Art. 380 Abs. 2 der Württ. StrPO. v. 17. April 1868 entspreche (HAHN: GVG. 181).

Mit der „Unabhängigkeit“ ohne die hier vorgenommene Differenzierung wird das Beratungsgeheimnis begründet von: BENNECKE-BELING: 42 mit 334; FEISENBERGER: § 198, 1; HAAS: 14; JHERING: I, 403. Gegen die Begründung mit der Unabhängigkeit im Sinne des Art. 102 RV. und § 1 GVG.: HAUCK: § 200; HABERSTUMPF: SeuffBl. 75, 383. Beide sehen die Amtspflicht als alleinige Rechtsgrundlage des Beratungsgeheimnisses an.

¹ Womit noch nichts über seine rechtspolitische Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit gesagt wurde. Hierüber unten Teil G.

² Wobei unter Amtspflicht die allgemeinen durch die Beamtendisziplinargesetze festgelegten Pflichten des Beamten zu verstehen und von den besonderen Pflichten des Richteramts zu unterscheiden sind, deren Erfüllung allerdings wiederum durch die Disziplinargesetze gesichert wird. Vgl. die Generalklauseln in § 10 RBG. und § 1 PrRichtDiszG.

hinaus hat das Beratungsgeheimnis seinen Rechtsgrund in der richterlichen Unabhängigkeit¹.

B. Der Gegenstand des Beratungsgeheimnisses.

§ 4. Die Bedeutung der Beratung und der Abstimmung; die Gefahren des Beratungsgeheimnisses.

Wie sich aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt, bezweckt der Staat mit dem Institut des Beratungsgeheimnisses die Erhaltung der Unbefangenheit und Unparteilichkeit der Rechtsprechung und der Autorität der gerichtlichen Entscheidung. An der Erreichung dieses Zweckes ist ihm so viel gelegen, daß er, in einem im übrigen öffentlichen Verfahren, der Allgemeinheit den Einblick in die Vorgänge der Beratung und Abstimmung verwehrt und selber auf die Kontrolle darüber verzichtet. Und das, obwohl die Beratung und die Abstimmung Vorgänge sind, die für den Ausgang des Prozesses ausschlaggebende Bedeutung haben; vorzüglich die Abstimmung stellt die eigentliche Tätigkeit des Richters, das Richten oder Entscheiden dar².

¹ Literatur und Rechtsprechung bezeichnen das Beratungsgeheimnis meist als Amtsverschwiegenheit schlechthin: HAAS: Titel und passim; LOEWE-ROSENBERG: § 198 GVG.; STENGLEIN: Lehrb. 54; RGSt. 26, 204; 60, 296; 61, 219 und folgern es aus der Amtspflicht des Richters, wobei unter „Amtspflicht“ wohl (es wird nicht wie hier unterschieden) die allgemeinen Beamtenpflichten zu verstehen sind: KOHLRAUSCH: § 198 GVG. 1; SYDOW-BUSCH-KRANTZ: § 198 GVG. 1; LOEWE-ROSENBERG: a. a. O.; BIRKMEYER: Lehrb. 271; STENGLEIN: a. a. O.; so auch die Motive 207 (HAHN: GVG. 181). Vgl. auch VAN CALKER: 126 Anm. 12.

HAUCK (§ 200) läßt das Beratungsgeheimnis für die Berufsrichter ausdrücklich nur aus dem allgemeinen Beamtendiensteide des Richters folgen.

In der Sache wie hier HAAS: 40.

Die Reichstagskommission von 1912 war der Ansicht, daß die Schweigepflicht der Richter durch die einzelstaatlichen Disziplinargesetze statuiert und begrenzt würde (nicht nur: teils gesichert, teils statuiert): Verh. d. RT. XII. Leg.-Per. II. Sess., Anl. zu d. Sten. Ber. 1911, 3152.

² Vgl. oben S. 2 Anm. 6. — Im heutigen Sinne; anders im germanischen und im deutschen Recht des Mittelalters. Damals bedeutete bekanntlich „Richten“ nicht „Entscheiden“, sondern das Ding leiten und „des Rechts Fragen“, während das Urteil nicht vom „Richter“, sondern von der Gerichtsgemeinde (bei den Germanen), den Rächinburgen (bei den Franken) und dem *ésago* (bei den Oberdeutschen und Friesen) „gefunden“ wurde: vgl. BRUNNER: I, 144, 155; II, 220, 223, 225; PLANCK: I, 123, 243f., 253; BRUNNER-HEYMANN: 18, 177; Ssp. Ldr. II, 12, § 7, II, 22, § 1, III, 30, § 2, I, 8, § 1 (HOMEYER). Schwsp. Ldr. §§ 97b, 116, 141, 172 (VON LASSBERG); Cap. LXXIX, XCVI, CXX, CCLVII (GENGLER).

Diese Verteilung der Funktionen fand sich auch bis zuletzt im RKG., wo „Richter“ im alten Sinne der Kammerrichter und die Präsidenten, „Urteilsfinder“ die Beisitzer waren. Vgl. SMEND: I, 244, 264; ENDEMANN: ZZZ. 18, 168ff.

Der Staat und mit ihm die Allgemeinheit setzen großes Vertrauen in die Richter, indem sie diesen die Beratung und Abstimmung zur völlig selbständigen, niemand gegenüber zu verantwortenden Behandlung anvertrauen. Die Voraussetzung einer langwierigen und gründlichen Ausbildung, an die das Gesetz die Erlangung des Richteramtes knüpft, vermag zwar zu gewährleisten, daß die Richter in der Regel nach bestem Wissen, Gewissen und Können bei der Beratung erwägen und abstimmen; sie vermag aber nicht zu verhindern, daß ein Richter einmal irrt oder, zumal, wenn er mit Geschäften dauernd übermäßig belastet ist, bei der Beratung und Abstimmung Tatsachen oder Rechtssätze übersieht; ferner vermag keine Staatsgewalt zu verhindern, daß ein Satz des materiellen oder des prozessualen Rechts zweifelhaft und bestritten ist; schließlich besteht auch stets die, wenn auch nur entfernte, Möglichkeit, daß ein Richter bei der Beratung und Abstimmung gegen gesetzliche Vorschriften in solcher Weise verstößt, daß sein Verstoß zu einer Verfolgung in einem besonderen Verfahren Anlaß gibt.

Es wäre ein unerwünschter Zustand, wenn derartige Verstöße nicht aufgeklärt und geheilt oder geahndet werden könnten, und das Beratungsgeheimnis zum Deckmantel eines rechtswidrigen Verfahrens würde¹. Beratung und Abstimmung sind Teile des Prozesses. Während für den zwanglosen und vorbereitenden Hergang der Beratung nur die allgemeine Regel gegeben werden kann, daß sie überhaupt und dann in sorgfältiger und gründlicher Weise stattfinden muß^{2 3}, ist es von unmittelbar ausschlaggebender Bedeutung, wie die Abstimmung vorgenommen wird.

Die Aufgabe der Beratung ist es, durch Aussprache und wechselseitige Belehrung und Anregung die Ansichten zu klären und die Voten vorzubereiten⁴. Ihr Gegenstand ergibt sich im Strafprozeß aus dem

¹ Diese Gefahr ist schon früher erkannt worden. So bemerkt HEFFTER (CivA. 13, 73), daß „das geheime Wesen“ der richterlichen Beratung ohne Zweifel manche Willkür bei der Abstimmung verdecken helfe.

² Die Beratung wird in derselben Ordnung vor sich gehen, wie der Berichterstatte seinen Vortrag aufbaut. Über die Disposition des Referates und des Votums gibt es Regeln, die besonders für den Zivilprozeß genau ausgebildet sind (s. die Anleitungsbücher wie DAUBENSPECK). Im Strafprozeß fehlen wissenschaftliche Regeln; es haben sich aber hier Regeln in der Praxis herausgebildet: Prozeßvoraussetzungen, Geschichtserzählung, objektiver Tatbestand, subjektiver Tatbestand, Strafzumessung, Nebenfolgen. Positive Vorschläge mit ähnlichem Ergebnis: KLEIN: Ann. 7, 333; KÖNIG: PrJW. 4, 545; VON LILIENTHAL: StrPrR. 1149; HEINEMANN: 242.

³ Die Beratung ist ein sehr wichtiger Teil des Prozesses. FEUERBACH hat Unrecht, wenn er sie nicht als Amtshandlung betrachten will und meint, im Beratungszimmer säßen „bloß Menschen, nicht Richter“ (128).

⁴ Warum diese wechselseitige Aussprache keine eigentliche Beratung sein soll, die wegen des Vorhandenseins von Gesetzen unnötig erschiene,

Eröffnungsbeschluß, den möglicherweise in der Hauptverhandlung neu auftauchenden rechtlichen Gesichtspunkten (§§ 264, 265 StrPO.) und einem etwa im Laufe der Hauptverhandlung ergangenen Beschlusse, durch welchen noch eine andere Tat, als wegen der das Hauptverfahren wider den Angeklagten eröffnet worden war, zum Gegenstand der Aburteilung gemacht wurde (§ 266 StrPO.); im Zivilprozeß liefert der Sach- und Streitstand, wie er sich am Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung darstellt, die Grundlage der Beratung (§§ 278—283, 286 ZPO.).

Das Ergebnis der Beratung liefert den Stoff der Abstimmung. Aus den in der Beratung laut gewordenen Meinungen und in die Erscheinung getretenen Entscheidungsmöglichkeiten ergeben sich die Fragen, die bei der Abstimmung zu beantworten sind.

Über die Abstimmung enthält das Gesetz nur wenige Vorschriften.

Es bestimmt, daß die Beratung und Abstimmung geheim vor sich gehe, und daß außer den beteiligten Richtern nur die bei demselben Gericht zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen¹, soweit der Vorsitzende ihre Anwesenheit erlaubt, zugegen sein dürfen (§ 193 GVG). So dann garantiert das Gesetz den ordnungsmäßigen Ablauf der Abstimmung: es bestellt den Vorsitzenden zum Leiter der Beratung und Abstimmung, legt jedoch die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten über den Gegenstand, die Reihenfolge und die Fassung der Fragen und das Ergebnis der Abstimmung in die Hände des Gerichts (§ 194 GVG.). Weiterhin will das Gesetz verhüten, daß infolge von Stimmenthaltungen eine Entscheidung unmöglich wird, und verpflichtet auch den bei einer vorangegangenen Frage Überstimmten bei der folgenden Frage mitzustimmen (§ 195 GVG.). Die persönliche Reihenfolge der Abstimmung regelt § 197 GVG. Endlich enthält das Gesetz auch Vorschriften über die für eine Entscheidung erforderliche Mehrheit der Stimmen: grundsätzlich verlangt es die einfache Majorität für alle Entscheidungen (§ 196 Abs. 1 GVG.); jedoch wird in Strafsachen eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen für eine jede dem Angeschuldigten nachteilige Entscheidung in der Schuld wie in der Straffrage verlangt (§ 263 Abs. 1 StrPO.). Die Möglichkeit einer relativen Mehrheit sieht das Gesetz für die Entscheidung über Summen und über die Straffrage vor und regelt diese Fälle (§ 196 Abs. 2, 3 GVG.).

Wie die mitgeteilten Gesetzesbestimmungen zeigen, will das Gesetz nur garantieren, daß die Abstimmung ungestört verläuft und in jedem Falle mit einem positiven Ergebnis endigt, nämlich mit einer Entschei-

wie WIEGAND (166) meint, ist nicht verständlich. Die Richter sind nicht Subsumtionsmaschinen; sehr oft sind Tat- und Rechtspunkte zweifelhaft, zu denen Stellung zu nehmen dem Richter durch Aussprache mit den Kollegen erleichtert wird.

Den Wert der Beratung betonen mit Recht: MITTERMAIER: CIV. A. 14, 408ff., der nicht Schnelligkeit, sondern Gründlichkeit der Urteilsfindung fordert; HELLWIG: Lehrb. 2, 66 und Syst. 1, 82; FEUERBACH: I, 125 (s. aber vorige Anm.); endlich SCHIFFER: 341.

¹ Die Schweigepflicht gilt auch für diese.

dung. Das Gesetz enthält sich dagegen jeder Vorschrift darüber, was Gegenstand der Abstimmung im einzelnen sein soll, wie die Fragen gestellt werden sollen, kurz: über die Abstimmungsmethode. Es ist daher Aufgabe der Rechtsprechung und der Wissenschaft, hierfür Regeln aufzustellen¹.

C. Die Abstimmungsmethode im besonderen.

I. Die Fragestellung bei der Abstimmung.

§ 5. Die Bedeutung und die Möglichkeiten der Fragestellung.

Im folgenden muß, wenn auch nur in Kürze, auf die Frage der Abstimmungsmethode eingegangen werden; denn wenn untersucht werden soll, welche Rechtsfolgen für das Abstimmungsgeheimnis eintreten, sobald es geeignet ist, Rechtsverstöße zu verdecken, muß zuvor festgestellt werden, wann ein solcher Verstoß vorliegt. Dabei kommen nur Verstöße in der Abstimmung in Betracht; die Beratung ist zwar auch ein wichtiger Vorgang, verursacht aber nicht unmittelbar die Entscheidung. Vielmehr wird die auf Grund der Beratung vorgenommene und die Beratung gewissermaßen absorbierende Abstimmung zur alleinigen formellen² Urteilsgrundlage.

Der Begriff Abstimmungsmethode ist dabei nicht im Wortsinne zu verstehen. Er umfaßt nicht den äußeren Hergang der Abstimmung, also die Reihenfolge, in der die Votanten ihre Stimme abzugeben haben. Er bezieht sich nur auf die Fragestellung³.

Die Fragestellung ist das Wichtigste bei dem Hergang der Abstimmung; sie liefert den Gegenstand der letzteren⁴.

a) Es ist nun durchaus nicht von vornherein sicher, wie die Fragen gestellt werden müssen. Einmal ist es stets möglich, den Gesamtinhalt

¹ Wie die Motive des Gesetzes betonen: 205 (HAHN: GVG. 180).

² Die materielle wird durch den Verhandlungsstoff gebildet.

³ Abstimmungsmethode ist also nicht gleichbedeutend mit dem, was VON SCHLIEBEN (PrJZ. 3, 542) unter Psephistik versteht, nämlich der „Kunst, bei collegialischen Beratungen die Stimmen zu sammeln und aus denselben einen Beschluß darzustellen“. Psephistik, ein Ausdruck, der sich übrigens, soweit ersichtlich, nirgend anderswo findet, ist also etwa das, was in den §§ 194–197 GVG. enthalten ist, unter Hinzunahme der Abstimmungsmethode.

⁴ Es gibt keine Abstimmung ohne Fragestellung. Die eine Abstimmung behandelnden Reichsgesetze setzen alle eine Fragestellung voraus. Vgl. z. B. Ges. über den Volksentscheid v. 27. Juni 1921 § 21 Abs. 4; RStimmO. v. 14. März 1924 §§ 121ff. (wo der Unterschied zwischen Abstimmung [über einen Beschluß] und Wahl [einer Person] deutlich wird, den dieses Gesetz im übrigen bei der Verwendung des Ausdrucks „Abstimmung“ nicht berücksichtigt); ReichstagsGeschO. v. 12. Dezember 1922 §§ 101ff.

der zu erwartenden Entscheidung¹ sogleich zum Gegenstand der Abstimmung zu machen, also z. B. im Strafprozeß zu fragen: Wegen welcher strafbaren Handlung und mit welcher Strafe soll der Angeklagte bestraft werden? oder sogar: Soll der Angeklagte mit der Strafe x bestraft werden?² oder: Soll der Angeklagte mit der Strafe y bestraft werden?

Eine solche Schuld und Strafe in einer zusammenfassenden Fragestellung³ kann zu demselben Ergebnis führen wie die allgemein übliche Trennung in Schuld- und Straffrage. Dabei wird davon ausgegangen, daß die Schuldfrage die Frage bedeutet, ob der Angeklagte wegen einer bestimmten strafbaren Handlung zu bestrafen ist; wird sie verneint, muß der Angeklagte freigesprochen werden; wird sie bejaht, bleibt nur noch das Strafmaß festzustellen. Zur Schuldfrage gehört also auch die Frage nach Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen sowie nach Strafausschließungsgründen (§ 263 Abs. 2 StrPO.)^{4 5}. Die StrPO. vom 22. März 1924 schreibt

¹ Nur die Sachentscheidung steht in Frage. Daß über prozessuale Vorfragen (Zuständigkeit, Verjährung, Strafantrag, prozeßhindernde Einreden u. a.) gesondert abzustimmen ist, hat niemand jemand bezweifelt, vgl. HENKE: 293; DORGUTH: PrJW. 7, 154; WALDECK: NPrA. 7, 469; PLANCK: Syst. 445f.; KELLER: § 262, 4; ROSENFELD: RStrPrR. 151; HAYMANN: 426; LOEWE-ROSENBERG: § 263, 3; RGSt. 2, 221f.

² Das Gesetz schreibt nirgends vor, daß die Angabe der strafbaren Handlung in den Tenor aufzunehmen ist. Vgl. KROSCHEL: 18.

Die Angabe der strafbaren Handlung bedeutet nur die Mitteilung einer Feststellung, die eigentlich schon eine Begründung des Strafausspruchs, des eigentlichen Urteils, darstellt.

Die CCC. verlangte zwar auch die Angabe der „Übelthat“ im Urteil, unterschied aber nicht zwischen Urteilsformel und -gründen: Art. 190ff.

Vgl. im übrigen die verurteilenden Zivilurteile, die in der Regel im Tenor lediglich die Rechtsfolge aussprechen, ohne auf den gesetzlichen Tatbestand Bezug zu nehmen.

³ Sie war früher, besonders bei schriftlicher Abstimmung, üblich. Vgl. die von DE FONTENAY (8ff.) angegebenen Beispiele.

⁴ So schon PLANCK: Syst. 410. Ferner BELING: Verbrechen 90; VON KRIES: 442; BENNECKE-BELING: 205; LOEWE-ROSENBERG: § 263, 2a; ROSENFELD: RStrPr. 148; GERLAND: 285. A. A. BINDING, der sich aber selber außerhalb der Debatte stellt, indem er von der „Schuldfrage im Sinne der Wissenschaft“ spricht und § 262 aStrPO. (jetzt 263) „ganz beiseite läßt“ (Abh. II 68 Anm. 63). BINDINGS Ausführungen verlieren noch aus einem andern Grunde für die Erörterung an Wert: BINDING ist bestrebt, der Jury des alten Schwurgerichts die Beantwortung der „Subsumtionsfrage“ zu entreißen und sie für den Gerichtshof zu retten (a. a. O. 64 und 68ff.); seine Animosität gegen das Schwurgericht verleitet ihn dazu, den Begriff der Schuldfrage zu vergewaltigen. Im übrigen vgl. die Kritik BELINGS in ZStW. 37, 367ff., ferner unten § 10b.

⁵ Diese Feststellung des Inhalts der Schuldfrage hat nichts mit der Frage zu tun, ob die Schuldfrage in toto oder in ihre Elemente geteilt zur Abstimmung zu bringen ist, und in toto oder sukzessive zu entscheiden ist.

die Trennung nicht ausdrücklich vor¹. Diese ist jedoch zweckmäßig und praktisch fast unumgänglich, weil sie die Findung der Entscheidung erleichtert, Irrtümern vorbeugt, und insbesondere auch, weil angesichts der zahlreichen Strafzumessungsvorschriften und der weitgespannten Strafrahmen der modernen Strafgesetze sowie angesichts der veränderten sozialen Wertung der Straftat und ihrer Folgen eine eingehende Diskussion der Straffrage notwendig ist, die das Gericht sich ersparen kann, wenn es bei getrennter Beratung wie Abstimmung bereits zu einem „nicht schuldig“ gelangt ist.

Aus dieser Erörterung ist zu ersehen, daß Schuld und Strafe verschiedene Dinge sind, deren Feststellung zwar äußerlich vereinigt werden kann, die aber zwei verschiedene Gedankenoperationen voraussetzen. Zwar ist das Ziel des Strafprozesses (im Falle der Schuld des Angeschuldigten) die Bestrafung, d. h. der Ausspruch einer vom Gesetz an die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes geknüpften Rechtsfolge. Vorher bedarf es jedoch der Feststellung, ob der Tatbestand verwirklicht ist; dabei hat das Gericht den Sachverhalt unter gesetzliche Tatbestände zu subsumieren, was, für sich gesehen, eine reine Verstandestätigkeit ist. Bei der Feststellung der Rechtsfolge wirken auch andere Erwägungen mit, nämlich solche sozialer und wirtschaftlicher Art; doch darf nicht übersehen werden, daß das Gesetz auch für die Bemessung der Strafe Tatbestände gibt, die eine Subsumtion erfordern (z. B. §§ 20, 27a, 27c Abs. 2, 157f., 199 StrGB.)²; jedenfalls sind es aber neue Erwägungen und Feststellungen, die das in einem bestimmten Sinne ausgefallene Ergebnis anderer Erwägungen und Feststellungen zur Voraussetzung haben³.

Auch im Zivilprozeß erscheint es denkbar, die Entscheidungsmöglichkeit in einer Frage auszudrücken; z. B.: Ist der Beklagte zu verurteilen, an den Kläger x M. zu zahlen? oder geradezu: Wieviel ist der Beklagte schuldig, an den Kläger zu zahlen? Kurz, es ist denkbar, daß der Antrag

¹ Für geradezu unzulässig hält die Trennung KÖNIG: PrJW. 4, 545.

Auch die aStrPO., die für die Bejahung der Straffrage die einfache Mehrheit ausreichen ließ (§ 262), erforderte damit nicht notwendig eine Trennung der Fragen bei der Abstimmung, abgesehen vom Schwurgericht. Ein geschicktes, erfahrenes Berufsrichterkollegium konnte nach genügend gründlicher Beratung sich in einem Abstimmungsgang über Grund und Maß der Bestrafung einigen, sofern nur bei der Zusammenrechnung der Stimmen die Vorschriften des § 262 beachtet wurden. Theoretisch muß dies heute um so mehr gelten, als für die Bejahung der Schuld- und der Straffrage gleichermaßen die qualifizierte Mehrheit verlangt wird (§ 263 StrPO.). Praktisch ist diese Möglichkeit aber dadurch ganz eingeschränkt worden, daß das, wie man sie zuweilen rühmen hört, „ideale Strafgericht“, die Strafkammer, dem Schöffengericht in seinen verschiedenen Formen gewichen ist.

² Ob auch § 244 StrGB. hierher gehört, erscheint zweifelhaft. Vgl. § 263 Abs. 3 StrPO.

³ BINDINGS Frage, Abh. II 148, wie Schuldfrage und Straffrage in einer „Generalfrage“ vereinigt werden könnten, dürfte ausreichend beantwortet sein. BINDING wird aber, wie aus dem Text ersichtlich, darin beigetreten, daß Schuld- und Straffrage Fragen verschiedenen gegenständlichen Inhalts sind.

des Klägers zum Gegenstande der Abstimmung gemacht wird. Es kann aber auch gefragt werden: Wie ist zu entscheiden¹?

Das Gemeinsame all dieser Möglichkeiten ist, daß der einmalige Abstimmungsgang sogleich den Tenor der Entscheidung ergeben muß². Man könnte diese Abstimmungsmethode daher Tenorabstimmung nennen; jedenfalls trifft diese Bezeichnung auf die mitgeteilte Abstimmung im Zivilprozeß zu; im Strafprozeß trifft sie nur die Methode, über Schuld- und Straffrage einmal und endgültig abzustimmen. Diese Methode ist aber, wie dargelegt, im allgemeinen unpraktisch, und eine getrennte Abstimmung über Schuld- und Straffrage ist möglich und

¹ Hier wird nicht mit Ja oder Nein geantwortet, sondern es muß ein Vorschlag gemacht werden von jedem Richter. Diese Methode herrschte zu den Zeiten der schriftlichen Abstimmung. Der Vorsitzende stimmte meist nicht mit, sondern gab nur bei Stimmgleichheit den Ausschlag. Vgl. KGO. v. 1495 § 1 („und ob sy (die Beisitzer) spennig und auf yeglichem Tail gleich wären, welchem dann der Richter einen Zufall tut, dabey soll es bleyben“). Anders aber die KGO. v. 1548/1555, durch die die früheren „Ordnungen und Satzungen, so dieser Ordnung zuwider verstanden werden möchten, hiermit cassiert und abgethan“ wurden, § 10 I 13 (wenn die „assessores in votis spännig und in zwey gleiche Theil zerfielen“, müssen die einzelnen Punkte beraten werden, und sie haben „sich einer Urtheil zu vergleichen“). Jeder Beisitzer aber gab sein Votum schriftlich oder zu Protokoll mit den Gründen. Allerdings wurde dieses zunächst sehr umständliche Verfahren allmählich etwas vereinfacht, vor allem durch Einführung des Re- und des Korreferenten, deren Votum sich die übrigen durch ein „placet“ anschließen konnten: Reformation des Kays. CammG. v. 1531 § 8, JRA. § 148.

Über das Votieren am RKG. gab es sehr viele umständliche Vorschriften, die einen ordentlichen Arbeitsgang sichern sollten: CGO. v. 1533 II §§ 2, 3 und alle folgenden, zuletzt JRA. §§ 143 ff. Beschreibungen s. bei PÜTTER: § 643 n. II, III, § 716 S. 482; WALDECK: NPrA. 7, 454 ff. mit zahlreichen Quellen- und Literaturangaben zum Kameralprozeß.

Ähnlich wie am RKG. vollzog sich die Entwicklung in Kurbrandenburg-Preußen, dessen Herrscher sich ständig, aber offenbar mit geringem Erfolg bemühten, die Prozesse zu beschleunigen: Neuverfaßte CGO. v. 1. März 1709 III §§ 3, 4, IV §§ 4, 11 (MYLIUS: II, 1 Nr. CXIX); Revid. Constit. wegen Abkürzung der Prozesse in der Neumark v. 18. November 1718 III (MYLIUS: II, 1 Nr. CLXXIX); VO., wonach bei dem Chur-Märkischen Hoff- und Cammergericht das Justitz-Wesen eingerichtet werden soll, v. 16. April 1725 § 52 (MYLIUS: II, 1 Nr. CCXXIX); in dieser VO. wurde anstatt des Herumschickens der Akten, das aufhielt, die Bestellung eines Re- und eines Korreferenten angeordnet, die in vierzehn Tagen mit der Relation fertig sein mußten. Die Relationen wurden in pleno verlesen; darauf wurde votiert und „sententia iuxta maiora“ abgefaßt. Ähnlich die Instruction an das hiesige Ober-Appellationsgericht (zu Cölln an der Spree) v. 4. Dezember 1703 (MYLIUS: II, 4 Nr. IV 1).

² Entscheidungen über die Zulässigkeit des Verfahrens ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage (Prozeßvoraussetzungen u. dgl.) bleiben hier außer Betracht, weil sie den Tenor der Sachentscheidung zwar ermöglichen, aber nicht inhaltlich beeinflussen.

angebracht. Eine solche Abstimmung heißt besser nicht Tenorabstimmung; denn erst die Resultate beider Abstimmungen ergeben (im Falle der Schuld) den Tenor; da aber über die gesamte Schuld- wie die gesamte Straffrage dabei in toto abgestimmt wird, nennt man sie am besten Totalabstimmung, eine Bezeichnung, die auch seit langem geläufig ist.

b) Gibt es aber eine Totalabstimmung, so muß es auch das Gegenstück, die Partialabstimmung, geben. Das ist auch der Fall. Die Totalfrage kann in einzelne Bestandteile aufgelöst werden. Ist die Rechtsfindung Subsumtion eines Sachverhalts unter gesetzliche Tatbestände, so kann man sukzessive entscheiden, wie es der Einzelrichter tut¹. Man fragt erst, welcher Sachverhalt erwiesen ist, sodann, welches das Ergebnis der Subsumtion ist. Man kann auch diese Fragen noch unterteilen.

Im Strafprozeß läßt sich die Beweisfrage zerteilen in Fragen nach allen einzelnen Sachvorgängen, nach den Gründen der richterlichen Überzeugung; die Subsumtionsfrage kann aufgeteilt werden in Fragen nach der abstrakten Auslegung der einzelnen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale sowie nach der eigentlichen Subsumtion der einzelnen festgestellten Sachvorgänge unter das Gesetz. Ferner kann über einzelne Gründe, die die Strafbarkeit ausschließen oder mildern, einzeln abgestimmt werden.

Im Zivilprozeß kann die Abstimmung ähnlich geteilt werden: Was für ein Anspruch wird erhoben? Ist der Anspruch schlüssig erhoben? Ist er begründet? Die letzte Frage kann wieder in viele Teile zerlegt werden; es kann nach dem Erfolg eines jeden zur Begründung oder Verneinung des Anspruchs geltend gemachten Angriffs- oder Verteidigungsmittels gefragt werden; ja diese Fragen können wieder in Tatsachen- und Rechtsfragen und diese wieder in Fragen nach den einzelnen Bestandteilen aufgelöst werden.

Da bei dieser letztgenannten Art, abzustimmen, die Hauptfrage, der Gegenstand der Entscheidung, in einzelne Bestandteile oder Elemente zerlegt wird, kann man sie Abstimmung nach Teilen oder Elementen nennen; da aber diese Elemente der Sachentscheidungsfrage, in bestimmtem Sinne beantwortet, die Gründe der Entscheidung darstellen,

¹ Derart, daß damit eine bindende Teilentscheidung gefällt wird; richtig SACHSE: ZStW. 49, 313. BINDINGS „Abstimmung nach Teilen“ über die von ihm sog. Schuldfrage bedeutet in Wahrheit keine Abstimmung nach Teilen, sondern eine Totalabstimmung, bei der nur eine äußerliche, informative Teilung der Schuldfrage vorgenommen wird (Abh. II 154). In dem auf S. 159 Anm. 34 in bezug genommenen Beispiel stimmen die Richter in Wahrheit über das Thema ab: ist der Angeklagte schuldig des Totschlags oder, wenn nicht, aus welchem Grunde nicht? Zutreffend BELING: ZStW. 37, 379.

Wenn man eine Schlußabstimmung über das Ergebnis verlangt, so darf man allerdings nicht von „Abstimmung“ nach Teilen oder Gründen sprechen; richtig HAYMANN: 414 Anm. 4.

nennt man diese Abstimmungs-methode vielfach Abstimmung nach Gründen^{1 2}.

§ 6. Die praktische Bedeutung der Abstimmungs-methode.

Diese Feststellung, daß es verschiedene Abstimmungs-methoden gibt, hat nun nicht etwa ihre Bedeutung nur in sich selbst ; vielmehr beeinflußt in vielen Fällen die Methode der Abstimmung die Entscheidung derart, daß die Abstimmung nach Gründen oder Teilen zu einem andern Ergebnis führt als die Totalabstimmung.

a) Dies mögen einige Beispiele zeigen.

1. Beispiel³. Verfahren wegen Körperverletzung.

Richter A verneint Täterschaft.

B verneint Zurechnungsfähigkeit.

C bejaht Notwehr.

D, E bejahen Täterschaft, Zurechnungsfähigkeit, verneinen Notwehr.

Abstimmung: a) nach Gründen:

1. Frage: Täterschaft? 1 nein, 4 ja.

2. Frage: § 51? 1 ja, 4 nein.

3. Frage: § 53? 1 ja, 4 nein.

Ergebnis: schuldig⁴.

¹ Es dürfte unerheblich sein, wie man die Bezeichnung wählt. Richtig, d. h. logisch einwandfrei, sind beide.

BINDINGS Polemik erscheint verfehlt. Es ist unnötig und nicht fördernd, zu bemerken (Abh. II 147), jede Abstimmung sei Totalabstimmung, weil sie über die gestellte Frage auf einmal und vollständig entscheide. Der Begriff Totalabstimmung wird mit Beziehung auf die Sachentscheidung des Prozesses gebraucht, was BINDING auch selber voraussetzt und tut (a. a. O. 148ff.); in diesem Sinne ist der Gegensatz der Totalabstimmung allerdings Abstimmung nach Teilen; denn die „Frage“ hat keine „Gründe“. Die Bezeichnung Abstimmung nach Gründen rechtfertigt sich aber dann, wenn man die Bezeichnung Totalabstimmung mit Beziehung auf das Ergebnis gebraucht; das Ergebnis, die Sachentscheidung, hat seine Gründe, die, wenn sie durch Abstimmung über Teilfragen gefunden werden, durch Teilentscheidung zustande kommen.

² Wenn das Urteil ein logischer Schluß ist, der aus den Prämissen Sachverhalt und Tatbestand gezogen wird, so kann man schließlich auch von einem Gegensatz zwischen der Totalabstimmung und der Abstimmung nach Prämissen sprechen (mit VON LANG: ZZP. 26, 65f.). Bei der Totalabstimmung vollzieht jeder Votant den logischen Schluß selber; bei der Abstimmung nach Prämissen liefert er nur die Prämissen; den Subsumtionsschluß zieht der Vorsitzende des Kollegiums als Leiter der Abstimmung.

³ Vgl. SACHSE: ZStW. 49, 308, der übrigens die Notwehr als Schuld-ausschließungsgrund bezeichnet. Vgl. dagegen FRANK: § 53 III.

⁴ Wenn BINDING bei einer derartigen Abstimmung dennoch zu einem „nicht schuldig“ gelangt (Abh. II 159), so liegt das daran, daß er in Wahrheit nicht sukzessive, nach Gründen oder Teilen entscheidet, sondern das Ergebnis aus der Beantwortung einer in Wirklichkeit nicht gestellten Totalschuldfrage herleitet. Vgl. das oben S. 20 Anm. 1 Gesagte.

b) Totalabstimmung:

Frage: Ist der Angeklagte schuldig, den X vorsätzlich körperlich verletzt zu haben? 3 nein, 2 ja.

Ergebnis: nicht schuldig.

2. Beispiel¹. Urkundenfälschung.

A bejaht Täterschaft; Schriftstück zwar nicht unterzeichnet, aber Urkunde.

B bejaht Täterschaft; Schriftstück unterzeichnet, deshalb Urkunde, sonst nicht.

C verneint Täterschaft; nicht unterzeichnet, nicht Urkunde.

Abstimmung: a) nach Gründen:

1. Frage: Täter? 2 ja, 1 nein.

2. Frage: Schriftstück unterzeichnet? 2 nein, 1 ja.

3. Frage: Urkunde? 1 ja, 2 nein.

Ergebnis: nicht schuldig.

b) Totalabstimmung:

Frage: Ist der Angeklagte schuldig im Sinne des § 267 StrGB.? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: schuldig.

3. Beispiel. Verfahren wegen Totschlags gegen einen jugendlichen Angeklagten².

¹/₃ der Richter: der Angeklagte hat vorsätzlich ohne Überlegung einen Menschen, und zwar den X, getötet; er hat dabei die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht gehabt.

¹/₃: der Angeklagte hat usw. (§ 212), hat aber die erforderliche Einsicht nicht gehabt.

¹/₃: der Angeklagte hat nicht usw. (§ 212), er hat allerdings die erforderliche Einsicht gehabt.

Abstimmung: a) nach Gründen (wie sie in § 298 aStrPO. vorgeschrieben war):

1. Frage (Hauptfrage): § 212? 8 ja, 4 nein.

2. Frage (Nebenfrage): Hat der Angeklagte zur Zeit der Tat die erforderliche Einsicht gehabt? 8 ja, 4 nein.

Ergebnis: schuldig.

b) Totalabstimmung (wie sie heute möglich ist):

Frage: Ist der Angeklagte schuldig, vorsätzlich ohne Überlegung einen Menschen, und zwar den X, getötet zu haben³? 6 nein, 3 ja.

Ergebnis: nicht schuldig.

¹ Vgl. SACHSE: ZStW. 49, 310f.

² Vgl. BELING: StrPrR. 391.

³ Zur Schuldfrage gehört auch die Frage nach dem Schuldaußschließungsgrund (vgl. FRANK: II zu § 4 JGG.) des § 3 JGG.; faßt man § 3 JGG. als persönlichen Strafausschließungsgrund auf, so gehört die Frage nach seinem Vorhandensein ebenfalls zur Schuldfrage (§ 263 Abs. 2 StrPO.). Die alte StrPO. hob kraft positiver Vorschrift (§ 298) die Frage nach der strafrechtlichen Erkenntnisfähigkeit des jugendlichen Täters ausdrücklich aus der Schuldfrage heraus, wenigstens für das Verdikt, und zwar aus besonderen sozialpolitischen Gründen (Mot. 177, HAHN: StrPO. 228). Vgl. ferner die Zulässigkeit der Abstimmung über besondere Nebenfragen (§ 295 aStrPO.), die praktischen prozessualen Zwecken diene (Mot. 175f., HAHN: 226f.).

4. Beispiel. Versuchter Diebstahl.

A verneint Täterschaft.

B: Versuchter Diebstahl, kein Rücktritt.

C: Rücktritt vom Diebstahlsversuch.

Abstimmung: a) nach Gründen:

1. Frage: Täterschaft? 1 nein, 2 ja.

2. Frage: §§ 242, 43? 1 nein, 2 ja.

3. Frage: § 46? 2 nein, 1 ja.

Ergebnis: schuldig aus §§ 242, 43.

b) Totalabstimmung:

Frage: Ist der Angeklagte schuldig (d. h. deswegen zu bestrafen) des versuchten Diebstahls? 2 nein, 1 ja.

Ergebnis: nicht schuldig.

5. Beispiel. Vergehen gegen § 326 StrGB¹.

A, B, D: Fahrlässigkeit, Schaden.

C: Schaden, keine Fahrlässigkeit.

E: Fahrlässigkeit, kein Schaden.

Abstimmung: a) nach Gründen:

1. Frage: Fahrlässigkeit? 4 ja, 1 nein.

2. Frage: Schaden? 4 ja, 1 nein.

Ergebnis: schuldig.

b) Totalabstimmung:

Frage: Ist der Angeklagte schuldig im Sinne des § 326? 3 ja, 2 nein.

Ergebnis: nicht schuldig.

6. Beispiel. Darlehensklage².

Kläger behauptet Hingabe des Darlehens.

Beklagter bestreitet Hingabe, wendet evtl. Verjährung ein.

A hält Hingabe für erwiesen, Anspruch nicht für verjährt.

B: Hingabe nicht erwiesen, Verjährung würde nicht vorliegen.

C: Hingabe erwiesen, aber Anspruch verjährt.

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

Frage: Ist Beklagter zu verurteilen, an Kläger (aus Darlehen) x M. zu zahlen? 1 ja, 2 nein.

Ergebnis: Abweisung des Klägers.

b) Abstimmung nach Gründen:

1. Frage: Hat Kläger dem Beklagten ein Darlehen gegeben? 2 ja, 1 nein.

2. Frage: Ist der Rückzahlungsanspruch verjährt? 2 nein, 1 ja.

Ergebnis: Verurteilung des Beklagten.

7. Beispiel. Beliebige Zivilklage³.

A: Klage schlüssig und begründet, weil anspruchbegründende Tatsachen bewiesen.

B: Klage schlüssig, Behauptungen nicht bewiesen.

C: Klage nicht schlüssig, Behauptungen aber bewiesen.

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

Frage: Ist Beklagter zu verurteilen usw.? 1 ja, 2 nein.

Ergebnis: Abweisung des Klägers.

¹ Vgl. RGSt. 8, 218.

² Vgl. PFIZER: ZZZP. 15, 367.

³ Vgl. BOLGIANO: CIV. 78, 149. Genau so (nach Prämissen) kann über jede Einrede, Replik usw. abgestimmt werden.

b) Abstimmung nach Gründen:

1. Frage: Klage schlüssig? 2 ja, 1 nein.

2. Frage: Behauptungen bewiesen? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Verurteilung des Beklagten.

8. Beispiel. Zivilklage.

A: Klage schlüssig; Einrede schlüssig und bewiesen.

B: Klage schlüssig; Einrede schlüssig, aber nicht bewiesen.

C: Klage schlüssig; Einrede nicht schlüssig, Behauptung aber bewiesen.

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

Frage: Ist Beklagter zu verurteilen? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Verurteilung.

b) Abstimmung nach Gründen:

α) 1. Frage: Klage schlüssig? 3 ja.

2. Frage: Einrede schlüssig? 2 ja, 1 nein.

3. Frage: Einrede bewiesen? 2 ja, 1 nein.

β) 1. Frage: Hat der Klagegrund Erfolg? 3 ja.

2. Frage: Hat die Einrede Erfolg? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Abweisung.

b) Bei allen Beispielen wird vorausgesetzt, daß, soweit das Votum auf Illiquidität lautete, ein weiteres Beweisverfahren nicht stattfinden kann, weil die vorhandenen Beweismittel erschöpft sind. Wäre es anders, so würde sich möglicherweise in einigen Fällen der vorläufige Mittelweg einer Zwischenentscheidung in Gestalt des Beschlusses, wieder in die Beweisaufnahme einzutreten, oder des Beweisbeschlusses als gangbar erweisen. Bei der Beratung müßte sich diese Möglichkeit herausstellen und alsdann bei der Abstimmung berücksichtigt werden mittels einer besonderen Frage. Auch dabei ist naturgemäß die Abstimmungsmethode von Bedeutung.

So kann beispielsweise im Strafprozeß der eine Teil der Richter für Verurteilung oder für Freisprechung stimmen, während der andere Teil noch Beweise erhoben sehen will. Die Abstimmung wird auch hier verschieden ausfallen, je nachdem, wie sie vorgenommen wird¹.

9. Beispiel. Verfahren wegen fahrlässiger Tötung.

A: Verurteilung; Beweismittel sind aber noch vorhanden.

B: Freisprechung; verneint ursächlichen Zusammenhang, bejaht aber evtl. Fahrlässigkeit; Beweismittel noch vorhanden.

C: Beweiserhebung, weil Fahrlässigkeit noch nicht voll erwiesen und Beweismittel noch vorhanden.

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

1. Frage: Verurteilung? 1 ja, 2 nein.

2. Frage: Freisprechung? 1 ja, 2 nein.

3. Frage: Beweiserhebung? 3 ja (weil nach § 195 GVG. die Überstimmten ihre Meinung aufgeben mußten).

¹ Zur Zeit des schriftlichen Prozesses forderten manche Prozeßgesetze ausdrücklich, daß besonders über die Frage abgestimmt würde, ob die Akten spruchreif seien; so z. B. Württ. StrPO. v. 22. Juni 1843 Art. 349f. Siehe auch PrCrimO. v. 11. Dezember 1805 §§ 469ff., 479; ferner MITTERMAIER: Dt. Strafverf. II, 524.

Ergebnis: Beweiserhebung.

b) Abstimmung nach Gründen:

1. Frage: Ursächlicher Zusammenhang? 2 ja, 1 nein.

2. Frage: Fahrlässigkeit? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Verurteilung.

Von noch größerer praktischer Bedeutung ist die Frage für den Zivilprozeß.

10. Beispiel. Zivilklage aus Darlehen¹.

A: Klage schlüssig und bewiesen; Beweismittel sind aber noch vorhanden.

B: Klage schlüssig; noch nicht bewiesen; Beweismittel noch vorhanden.

C: Klage nicht schlüssig; noch nicht bewiesen; Beweismittel noch vorhanden.

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

α) Frage: Wie ist zu entscheiden? 1 Verurteilung, 1 Abweisung, 1 Beweis.

Ergebnis²?

Man kann folgendermaßen schließen: A und C wollen zwei unvereinbare Endentscheidungen, B will eine Zwischenentscheidung, die beide Endentscheidungen möglich läßt und nur hinausschiebt. Da das Beweisverfahren zwar von A und C für überflüssig gehalten wird, aber doch der Entscheidung des A, von seinem Standpunkt aus, nicht mehr schaden kann, sondern sogar Aussicht bietet, den B für seine Ansicht zu gewinnen, muß es so angesehen werden, als ob in dem Votum des A als minus die Entscheidung für den Beweisbeschluß enthalten sei³.

Ein Ergebnis ist aber besser⁴ zu erzielen durch affirmativ-negative Fragen, deren Beantwortung mit ja oder nein den Punkt erledigt und eine Grundlage schafft, auf die sich zu stellen auch der Überstimmte gemäß § 195 GVG. genötigt ist⁵; nämlich:

β) 1. Frage: Ist der Beklagte zu verurteilen? 1 ja, 2 nein.

2. Frage: Ist der Kläger abzuweisen? 1 ja, 2 nein.

3. Frage: Ist Beweis zu erheben? 3 ja (weil C sich dabei auf den Standpunkt der Mehrheit stellen muß, die ihn bei Frage 2 überstimmt hat).

Ergebnis: Beweisbeschluß⁶.

¹ Vgl. BOLGIANO: a. a. O.

² Nicht mit dem Gesetz zu vereinen ist die in der Praxis mitunter festzustellende Auffassung, daß in solchen Fällen die Meinung des Vorsitzenden zu gelten habe. Nach heutigem Recht haben alle Richter gleiches Stimmrecht, auch die Laienbeisitzer.

³ Diese sog. Kombinationsmethode, d. h. Vereinigung der einander am nächsten kommenden Stimmen, über die noch ausführlicher zu sprechen sein wird, wird für derartige Fälle empfohlen von BOLGIANO: ZZP. 12, 468f. und HAYMANN: 427. Ihre Anwendung muß aber Bedenken begegnen (arg. § 196 Abs. 2, 3 GVG.) und wird von BOLGIANO auch später abgelehnt (CivA. 78, 146f.; ZZP. 15, 388).

⁴ Ohne damit schon die grundsätzliche Frage nach der Richtigkeit der Totalabstimmung im Zivilprozeß entscheiden zu wollen!

⁵ So mit Recht von LANG: ZZP. 26, 70 Anm. 27.

⁶ Das Ergebnis wäre das gleiche, wenn C den Beweis für gelungen oder mißlungen hielte. Es kommt nur auf den Inhalt der Entscheidung an, den die Mehrheit will, nicht darauf, eine prozessual wie geartete Entscheidung

b) Abstimmung nach Gründen:

- α) 1. Frage: Klage schlüssig? 2 ja, 1 nein.
 2. Frage: Klagebehauptung voll bewiesen? 1 ja, 2 nein.
 3. Frage: Klagebehauptung teilweise bewiesen? 1 nein, 2 ja.
 4. Frage: Sind noch Beweismittel da? 3 ja.

Ergebnis: Beweisbeschluß¹.

- β) 1. Frage: Ist Klage voll begründet, d. h. Darlehenshingabe und Fälligkeit schlüssig behauptet und voll bewiesen? 1 ja, 2 nein.
 2. Frage: Ist sie teilweise begründet, d. h. schlüssig behauptet, aber noch nicht voll erwiesen? 2 ja, 1 nein.
 3. Frage: Sind noch Beweismittel vorhanden? 3 ja.

Ergebnis: Beweisbeschluß.

In diesem Falle führt also die Totalabstimmung zu dem gleichen Ergebnis wie die Abstimmung nach Gründen. Anders im folgenden:

II. Beispiel. Zivilklage aus Darlehen.

A: Klage schlüssig und bewiesen, Beweismittel sind aber noch vorhanden.

B: Klage schlüssig, Beweis mißlungen, Beweismittel sind nicht mehr vorhanden.

C: Klage nicht schlüssig, Behauptung noch nicht bewiesen, Beweismittel sind noch vorhanden².

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

Frage: Wie ist zu entscheiden? Oder: Ist der Beklagte zu verurteilen?

Oder: Ist Kläger abzuweisen? 1 Verurteilung, 2 Abweisung.

Ergebnis: Abweisung.

b) Abstimmung nach Gründen:

- α) 1. Frage: Klage schlüssig? 2 ja, 1 nein.
 2. Frage: Behauptung voll bewiesen? 1 ja, 2 nein.
 3. Frage: Beweis mißlungen? 2 nein, 1 ja.
 4. Frage: Teilweise bewiesen? 2 ja, 1 nein.
 5. Frage: Noch Beweismittel? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Beweisbeschluß.

- β) 1. Frage: Ist Klagegrund schlüssig behauptet und voll bewiesen? 1 ja, 2 nein.
 2. Frage: Ist der Klagegrund schlüssig behauptet, aber erst unvollkommen bewiesen? 1 ja, 2 nein.
 3. Frage: Ist die Klage überhaupt nicht begründet? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Abweisung.

Ähnliche Entscheidungslagen ergeben sich im Zivilprozeß, wenn der Beweis von einem Teil der Richter für nicht voll erbracht angesehen wird, und nur der Parteieid zur Klärung der Sachlage übrigbleibt. Das Gesetz stellt den Richtern für solche Fälle das bedingte Endurteil zur Verfügung, das im Gegensatz zum Beweisbeschluß eine Endentscheidung darstellt. Das bedingte Endurteil ist nicht nur im Falle des richterlichen oder Not-

sie will (Endurteil oder Beweisbeschluß). Für welchen Inhalt sollte B sich entscheiden, der doch auf der Mitte zwischen Verurteilung und Abweisung steht? Daher unverständlich BOLGIANO: ZPP. 15, 393, 391; CIV.A. 78, 146f. A. A. HAYMANN: 427. Richtig VON LANG: ZPP. 26, 71.

¹ Vgl. BOLGIANOS Beispiel ZPP. 15, 391.

² BOLGIANOS Beispiele (CIV.A. 78, 149; ZPP. 15, 391) leiden daran, daß sie nicht erkennen lassen, ob die Beweise erschöpft sind oder nicht.

eides (§ 475 ZPO.) ein Aushilfsmittel; denn der Eid ist schon im Gesetz nur als subsidiäres Beweismittel vorgesehen (§§ 453 ff.). Es kann sein, daß ein Teil der Richter die Antretung der übrigen Beweise als erfolgreich betrachtet, während ein anderer Teil dies verneint und den Eid zum Erkenntnis stellen will. Im folgenden werden also außer den Fällen, in denen der zugeschobene Eid nicht durch Beweisbeschluß auferlegt werden kann, diejenigen Fälle zu betrachten sein, in denen ein Eid nicht zugeschoben worden ist, und zwar andere Beweise erhoben sind, aber nach der Meinung eines Teils der Richter im Ergebnis nicht ausreichen, um eine feste Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsache zu begründen. Der in solchen Fällen zulässige richterliche Eid muß durch bedingtes Endurteil auferlegt werden (§ 477 Abs. 3 ZPO.).

12. Beispiel. Zivilklage.

A: Klage schlüssig, bewiesen.

B: Klage schlüssig, nicht voll bewiesen.

C: Klage schlüssig, Beweis mißlungen (weil die etwaige Zuschiebung eines Eides unzulässig sei).

Abstimmung: a) Totalabstimmung:

α) Frage: Wie ist zu entscheiden? Verurteilung des Beklagten, Eid, Abweisung.

Ergebnis?^{1 2}

β) 1. Frage: Ist Beklagter zu verurteilen? 1 ja, 2 nein.

2. Frage: Ist Kläger abzuweisen? 1 ja, 2 nein.

3. Frage: Eid? 1 nein, 2 ja.

Ergebnis: Bedingtes Endurteil.

b) Abstimmung nach Gründen:

α) 1. Frage: Klage schlüssig? 3 ja.

2. Frage: Voll bewiesen? 1 ja, 2 nein.

3. Frage: Beweis mißlungen? 2 nein, 1 ja.

4. Frage: Teilweise bewiesen? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Eid³; denn A, genötigt durch § 195 GVG., die unzureichende Liquidität des Anspruchs anzuerkennen, muß und kann von seiner Ansicht ausgehend für einen Eid stimmen⁴.

β) 1. Frage: Klagebehauptung schlüssig und voll bewiesen? 1 ja, 2 nein.

2. Frage: Klage nicht begründet, d. h. nicht schlüssig oder nicht bewiesen? 2 nein, 1 ja.

3. Frage: Teilweise begründet, d. h. schlüssig, aber nur unvollkommen bewiesen? 2 ja, 1 nein.

Ergebnis: Eid.

¹ Die Kombinationsmethode würde auch hier zu einer Annäherung der Voten führen; denn A, der die Klagetatsachen schon für bewiesen hält, wird im Vertrauen auf seine Überzeugung das „Mindere“ wählen können, das auch die Möglichkeit der von ihm vorgeschlagenen Entscheidung in sich birgt.

² Daß zwei Richter ein Endurteil wollen, ist gleichgültig und führt nicht zur Überstimmung des dritten. Der Inhalt der Entscheidung ist maßgebend. Die beiden Inhalte der Endurteile sind aber unvereinbar, und der dritte Richter steht zwischen beiden Entscheidungen. Siehe oben S. 25 Anm. 6.

³ Ob er dem Beklagten oder dem Kläger aufzulegen ist, darüber muß besonders abgestimmt werden. Die Beweislast sagt darüber nichts. STEIN-JONAS: § 475 II Anm. 8, III.

⁴ Im Ergebnis ebenso VON LANG: ZZP. 26, 70.

§ 7. Absolute und relative Mehrheit; zur Kombinationsmethode.

In all diesen Fällen ist es gleichgültig, ob für ein Ergebnis eine relative Mehrheit vorhanden war¹; denn das Gesetz verlangt für die Entscheidung, abgesehen von Summen und vom Strafmaß, eine absolute Mehrheit. Daher kann schon so viel gesagt werden, daß eine Abstimmungsmethode nach dem Gesetz unzulässig ist, bei der es zur Bildung einer relativen Mehrheit kommen kann oder, anders ausgedrückt, möglicherweise nicht zur Bildung einer absoluten Mehrheit kommt. Dies ist der Fall bei der Stellung disjunktiver Fragen in den Beispielen 10 und 12, in denen mehr als zwei Entscheidungsmöglichkeiten gegeben sind. Das Gesetz sagt in § 196 Abs. 1 GVG., daß die Entscheidungen grundsätzlich nach der absoluten Mehrheit der Stimmen erfolgen, und nimmt davon nur die Abstimmung über Summen und das Strafmaß aus (§ 196 Abs. 2, 3 GVG.). Mit gutem Grund; denn wie die Beispiele zeigten, führt nur das Abstimmen nach absoluter Mehrheit zu einem Ergebnis, weil dabei nicht jeder für ein anderes Ergebnis stimmen kann; andererseits kann nach Summen und nach dem Strafmaß nicht bestimmt gefragt werden, weil es zu viele Möglichkeiten der Entscheidung gibt.

Es ist daher § 196 Abs. 1 GVG. so zu verstehen, daß grundsätzlich im Zivilprozeß die Fragen affirmativ-negativ, d. h. so zu stellen sind, daß sie mit ja oder nein beantwortet werden können.

In Strafsachen gibt es nur zwei Möglichkeiten einer Sachentscheidung; zur Bildung einer relativen Mehrheit über das Ergebnis der Schuldfrage kann es daher nicht kommen².

Jedoch ist hier eine Stimmkonstellation möglich, die, scheinbar, Zweifel darüber aufkommen läßt, was als Ergebnis der Abstimmung festzustellen sei, nämlich die, daß zwar jeder Richter verurteilen will, aber jeder aus einem anderen Grunde. Wie sich zeigen wird, hat diese Frage nichts mit der andern zu tun, ob nach Gründen oder nach dem Ergebnis abzustimmen ist³.

13. Beispiel. Verfahren wegen Diebstahls.

A, B, C: Diebstahl.

D, E: Unterschlagung.

Abstimmung: a) nach Gründen:

¹ Sie ist nur in einem mit mehr als drei Richtern besetzten Kollegium möglich, daher nicht in den heute als Tatsacheninstanzen fungierenden Zivilgerichten.

² Die Besorgnis des preußischen Justizministers (ausgedrückt in dem bei MANNKOPFF: CrimO. 305 mitgeteilten Rescript v. 29. März 1819), die zur Empfehlung von Spezialfragen führte, wäre daher nach heutigem Recht unbegründet.

³ Anders war es in dem Falle, daß alle Richter freisprechen wollten, aber aus verschiedenen Gründen: oben § 6, Beispiel 1.

1. Frage: Hat der Angeklagte die Sache einem andern weggenommen? 3 ja, 2 nein. (Bei diesem Ergebnis erübrigen sich weitere Fragen nach den einzelnen Merkmalen des Diebstahlstatbestandes.)

2. Frage: Hatte der Angeklagte die Sache im Besitz oder Gewahrsam? 2 ja, 3 nein. (Auch hier wären weitere Fragen überflüssig.)

Ergebnis: Freisprechung.

b) Totalabstimmung:

1. Frage: Ist der Angeklagte des Diebstahls schuldig? 3 ja, 2 nein.

2. Frage: Ist er der Unterschlagung schuldig? 2 ja, 3 nein.

Ergebnis: Freisprechung¹; denn die Verurteilung könnte nur auf Grund eines bestimmten Strafgesetzes erfolgen. Die Divergenz in der rechtlichen Würdigung ist nicht nur ein Streit um den Namen².

Es mag zugegeben werden, daß das Ergebnis nicht befriedigt³, und ein Gericht wird es dadurch zu vermeiden suchen, daß es sich durch Nachgeben auf eine bestimmte Tat einigt⁴.

Man hat nun versucht, insbesondere ist BINDING zu nennen, hier mit Hilfe der schon erwähnten Kombinationsmethode die widerstrebenden Ansichten zu vereinigen.

Diese Methode kennt das Gesetz aber, wie auch schon gesagt wurde, nur für die Feststellung des Strafmaßes und von Summen⁵. Die Anwendung dieser Methode würde im Beispiel 13 bewirken, daß die für Diebstahl abgegebenen Stimmen den für die Unterschlagung abgegebenen hinzugerechnet würden, weil die letzteren für den Angeklagten günstiger sind⁶ 7. Diese Methode wäre aber, abgesehen von ihrer gesetzlichen Unzulässigkeit, überhaupt nur bei solchen Delikten gerechtfertigt, die zueinander im Verhältnis von plus und minus stehen. Dies ist dann der Fall, wenn zwei Delikte dieselben Tatbestandsmerkmale enthalten, und außerdem das eine von beiden noch andere Merkmale aufweist. Sobald ein Merkmal des Minus-Tatbestandes im Plus-Tatbestand fehlt, stimmt die Rechnung nicht. Deshalb kann man nicht mit Hilfe der Kombinationsmethode im Diebstahl die Unterschlagung enthalten sehen⁸ 9.

¹ Richtig GOLTDAMMER (GA. 17, 181) in einem ähnlichen Beispiel; FUCHS: Hauptverf. 98; Graf ZU DOHNA: Strafverf. 80; BELING: ZStW. 42, 615; ferner, jedoch nur im Ergebnis, VON BAR: KritV. 10, 485. der wegen des favor defensionis will.

² Wie KLEIN: Ann. 7, 334 meint.

³ Wie STENGLEIN: StrPO. § 262, 2 (der anscheinend meint, es ließe sich durch Abstimmen nach Gründen vermeiden) und ZEILER: ZStW. 41, 549 bemerken.

⁴ Das schlägt schon SCHEPERS vor: NPrA. 11, 143.

⁵ Richtig Graf ZU DOHNA: Strafverf. 80.

⁶ So BINDING: Abh. II 160; ZEILER: a. a. O. 548.

⁷ So auch GOLTDAMMER: GA. 17, 184 im Widerspruch zu seiner daselbst 181 geäußerten Meinung.

⁸ Daher unrichtig HELLWEG: 307; GOLTDAMMER: GA. 17, 184; BINDING: Abh. II 160; richtig HEINEMANN: 65.

⁹ Verfehlt ist es auch, wenn VON BAR (KritV. 10, 494 Anm. 45), HELLWEG (307), BINDING (a. a. O. 161) die sog. Schuldformen Vorsatz und Fahr-

Scheinbar anders liegt die Sache bei den Privilegierungs- und Qualifizierungsgründen, die zu den Grundtatbeständen noch hinzutreten, sowie bei den sog. Spezialtatbeständen¹.

14. Beispiel. Anklage wegen schweren Diebstahls.

A, B, C: Schwere Diebstahl.

D, E: Einfacher Diebstahl.

Abstimmung (nach Gründen wie Totalabstimmung)²:

1. Frage: §§ 242, 243? 3 ja, 2 nein.

2. Frage: § 242? 5 ja.

Ergebnis: schuldig aus § 242.

15. Beispiel. Anklage wegen Notzuchtversuches.

A, B, C: Notzuchtversuch.

D, E: Raubversuch.

Abstimmung (gleich, nach welcher Methode):

1. Frage: Notzuchtversuch? 3 ja, 2 nein.

2. Frage: Raubversuch? 2 ja, 3 nein.

3. Frage: Nötigungsversuch? 5 ja.

Ergebnis: schuldig aus §§ 240, 43.

In diesen Fällen bedarf es nicht der (unzulässigen) Kombinationsmethode, um zu einem rechten Ergebnis zu kommen³. Da die Richter das Gesetz kennen, werden sie bei der Beratung merken, daß sie auch das gemeinsame Gattungsdelikt in Betracht ziehen müssen und nötigenfalls sein Gegebensein durch Abstimmung feststellen⁴, deren Ergebnis allerdings schon vorher feststeht, weil mit der Bejahung der Spezialdelikte auch der beiden gemeinsame Generaltatbestand implicite und unabweislich bejaht wird.

Nach diesen Erörterungen kann die Kombinationsmethode aus dem Kreis der Betrachtungen ausscheiden⁵.

lässigkeit in ein Verhältnis von plus zu minus bringen. Richtig RGRspr. IV 199f., das es für eine „Beweisfrage des einzelnen Falles“ erklärt, statt des vorsätzlichen das fahrlässig begangene Verbrechen angenommen werden könne, die gesondert zur Abstimmung zu bringen sei (204). Richtig BINDING: a. a. O. 154 Anm. 28; SCHWARZ: GVG. § 194, 1a; VON BAR: KritV. 10, 506.

¹ Insofern richtiger als BINDING (a. a. O. 160): STÜBEL: §§ 3158–3161, 221.

² So auch GERLAND: 285.

³ Richtig RGRspr. IV, 83, was auch BINDING (a. a. O. 160 Anm. 38) zugibt.

⁴ Das übersieht BINDING: a. a. O. 160, 161f.

⁵ Nur eine kurze geschichtliche Bemerkung sei noch gestattet. Die Kombinationsmethode findet schon bei römischen Juristen Erwähnung. Siehe die bei HEFFTER (CivA. 13, 74ff.) angeführten Stellen, die jedoch nicht aus dem Corpus Juris stammen. In diesem findet sich zwar das Mehrheitsprinzip: L. 27 § 3 D. de receptis (4, 8). Die Römer sprachen daher auch bei Stimmgleichheit zugunsten des Angegriffenen (bei Freilassung pro libertate), L. 38 pr. D. de re jud. (42, 1). Vgl. auch die Begründung ULPians dafür in L. 5 D. de poenis (48, 19). Bei relativer Mehrheit nahmen die Römer aber eine Kombination nicht vor (nach dem Corpus Juris); nicht einmal bei Summen eine Angleichung: L. 38 § 1 D. de re jud. (42, 1): Si diversis summis condemnant iudices, minimam spectandam esse, Iulianus scribit, und zwar quia in hanc summam omnes convenerunt, wie-

II. Die Streitfrage zur Abstimmungsmethode.

§ 8. Die Entstehung der Kontroverse.

Der Weg zur Erörterung des Hauptproblems der Abstimmungsmethode, nämlich der Frage, ob nach dem Ergebnis oder nach Gründen abzustimmen ist, ist wieder frei.

Wenn es auch, seitdem in organisierten Menschengemeinschaften Versammlungen und Kollegien¹ Beschlüsse fassen und insbesondere Recht sprechen, eine Abstimmung gibt², so hat es doch in der juristischen Wissenschaft bis in die neuere Zeit hinein noch niemals ein Problem der Abstimmungsmethode gegeben. Es wurde nach dem Endergebnis abgestimmt³. Abweichungen in der Begründung der Entscheidung

derselbe nach ULPIAN an anderer Stelle sagt, L. 27 § 3 D. de receptis (4, 8). ZACHARIAE dürfte daher nicht letztere Stelle zitieren (269), um zu zeigen, daß die Römer in solchen Fällen relativer Mehrheit den harmonischen Inhalt mehrerer Stimmen zusammenrechneten; sie nahmen vielmehr den allen Stimmen gemeinsamen Inhalt.

Bezüglich des RKG vgl. oben S. 19 Anm. 1.

Über die Anwendung der Kombinationsmethode in neuerer Zeit auf die Entscheidung über die Schuld im Strafprozeß und auf die Entscheidung über den Grund des Anspruchs im Zivilprozeß vgl. die Schriftsteller: STÜBEL: §§ 3158—3161, 221; MÜLLER: Lehrb. 490; HENKE: 293; ZACHARIAE: Grundlinien 269; ABEGG: Lehrb. 309; MITTERMAIER: Strafverf. II 527, und die gesetzlichen Vorschriften in: WürttStrPO. v. 22. Juni 1843 Art. 361 (wenn auch mit Vorbehalt), BadStrPO. v. 6. März 1845 § 247 Abs. 4; HannStrPO. v. 8. November 1850 § 150 Abs. 2, 4.

¹ Der Unterschied zwischen beiden dürfte nur in der Größe zu suchen sein.

² Man denke an den athenischen Areopag, an die Geschworenenkollegien des römischen Zivilprozesses, deren rechtsprechende Tätigkeit sich allerdings im Lauf der Zeit abwandelte: Im Legisaktionenprozeß sprach der iudex allein Recht; die rechtsgelehrten Beisitzer (advocati) waren seine Berater, mit denen er in consilium ging. Dagegen hatten im Geschworenenkollegium des Formularprozesses alle recuperatores Stimmrecht, und die Entscheidung wurde mit absoluter Mehrheit gefällt. In gleicher Weise verfuhr die Kollegien der decemviri und der centumviri. Im Kognitionalverfahren urteilte der magistratus wieder allein, nachdem er sich mit einem Beisitzer unverbindlich beraten hatte. Vgl. darüber VON BETHMANN-HOLLWEG: Röm. Cpr. I, 186; 2, 607, 612f.; 3, 132, 191; WENGER 56 ff., 29 mit Anm. 6.

Bei den Germanen und den Deutschen des Mittelalters urteilte stets die Gemeinde oder die gewählten Schöffen, ausnahmsweise ein einzelner. Vgl. BRUNNER: I 155, II 220; PLANCK: I 243 ff.; GRIMM: II 359, 380. Siehe auch oben S. 13 Anm. 2.

³ Eine Ausnahme macht der mittelalterlich-deutsche Prozeß. Hier wurde jede Rechtsfrage, auch soweit sie einzelne Handlungen betraf, sukzessive durch Urteil der Schöffen entschieden. Vgl. VON BETHMANN-HOLLWEG: Der germanisch-romanische Prozeß im Mittelalter I, 67 ff., auch das Beispiel eines langobardischen Prozesses 549 ff.; BRUNNER-HEYMANN: 177.

waren wohl möglich¹, haben aber nicht zu Zweifeln an der Abstimmungsmethode geführt.

Erst, seitdem den Urteilen regelmäßig Entscheidungsgründe beigegeben werden müssen, taucht das Problem der Abstimmungsmethode auf². Die schriftliche Abfassung und Publikation der Urteilsgründe wurde zwar schon früher vielfach verlangt³. Aber es ist, soviel bekannt,

Diese Methode bedeutet aber keine Abstimmung nach Gründen; denn die Schöffen sollten nicht feststehendes Recht auf einen vorgebrachten Sachverhalt anwenden, sondern die im Volke lebenden Rechtssätze ermitteln und feststellen, deren Feststellung in Verbindung mit einem primitiven Formalismus und der einfachen Gestaltung der Lebensverhältnisse das Urteil ohne weiteres erfolgen ließ.

¹ Dies erhellt aus der Vorschrift des § 157 JRA. Siehe auch PÜTTER: § 643 n. II, III.

² Vgl. TECKLENBURG: JahrbÖffR. 7, 89.

³ Schon im römischen Recht der kaiserlichen Zeit wurde bei Appellationen und bei Berichten an den höheren Richter und den Kaiser die Kundmachung der Entscheidungsgründe verlangt: L. 6 D. de appell. recip. (49, 5); L. 18, 19 C. de appell. (7, 62), wonach sogar dem Berufungskläger „*exemplum opinionis*“ zu geben war. Ferner L. 2 C. de relat. (7, 61).

In den Fällen der Rescission, Nichtigkeit und *res judicata* wurde die Kenntnis der Urteilsgründe vorausgesetzt: L. 19 D. de appell. et relat. (49, 1): ob „*sententia contra leges vel senatusconsulta vel constitutiones fuerit prolata*“, kann man nur aus den Gründen des Richters für seine Entscheidung ersehen. Vgl. auch L. 1 D. quae sent. sine app. (49, 8), oder L. 9 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): ob „*adversarius, quia nihil possidebat, absolutus*“ oder aus andern Gründen, können nur die Urteilsgründe ergeben.

Wie das römische verhielt sich das kanonische Recht: 68 X. 2, 28 de appell., 16 X. 2, 27 de sent. et re iud.

Die Prozeßgesetze des alten Reiches forderten nicht die Publikation der Entscheidungsgründe. Am RKG. wurden nur die Relationen und Voten der einzelnen aufgehoben: „*Rationes, Ursachen und Motiven seines Voti* (damit man daraus sehen möge, ob sie den Rechten und . . . Reichsverordnungen conform und gemäß oder nicht)“, JRA. § 150. Die Gründe des angefochtenen Urteils mußten dem RKG. eingereicht werden, JRA. § 60.

Dagegen bildete sich seit etwa 1700 in den Landesgerichten der Brauch aus, die *rationes dubitandi et decidendi*, später nur *decidendi*, den Parteien mitzuteilen. In Brandenburg-Preußen wurde dies gesetzlich festgelegt, und zwar vor allem zu dem Zweck, dem Rechtsmittelgericht Anhaltspunkte zur Beurteilung der Vorentscheidung zu geben. Vgl. Allg. O. die Verbesserung des Justitz-Wesens betr. v. 21. Juni 1713 LIV (MYLIUS: II 1, Nr. CXXXI); Gemeiner Bescheid, wie es bey dem Ober-Appellationsgericht gehalten werden soll, v. 12. Januar 1734, I (MYLIUS: II 4, LXIV); ebenso Rescr. an das Ober-Appellationsgericht v. 1. September 1732, I (MYLIUS: II 4, Anh. XIV); auch Neu verfaßte CGO. in der Chur- und Mark Brandenburg v. 1. März 1709 Tit. XLVIII § 4: auswärtige *collegia juridica* haben *rationes decidendi* beizufügen, die den Parteien auf Verlangen in Abschrift zu geben sind (wenn das Gericht die Akten versandt hatte). Vgl. endlich AGO. v. 6. Juli 1793 § 36 I 13 und CrimO. v. 11. Dezember 1805 §§ 481, 507.

dabei nicht zu Zweifeln über die Begründung der Entscheidung gekommen. Es wurden offenbar die Gründe der siegreichen Mehrheit mitgeteilt, mag sie absolut oder relativ gewesen sein. Eine relative Mehrheit wird sich stets haben erzielen lassen, und sei es auch erst durch Verstärkung des Gerichts, wie sie früher zulässig war¹.

Die Frage, ob nach dem Ergebnis oder nach Gründen abzustimmen sei, wurde erst erörtert, als die neueren partikularen Prozeßgesetze stets die absolute Mehrheit für die Entscheidung verlangten². Die bis dahin angewandte Kombinationsmethode brachte keine absolute Majorität für die Entscheidungsgründe, und so entschloß man sich, über die Gründe abzustimmen³. Daher dürfte nicht, wie manche sagen⁴, der Zwang der neueren Gesetze zur Begründung der Entscheidung der unmittelbare Anlaß zur Entstehung der Kontroverse gewesen sein⁵.

Die Frage ist viel und lebhaft diskutiert worden⁶. Es ist hier nicht der Ort, die Entwicklung dieser Diskussion eingehend zu beschreiben, zumal da HEINEMANN eine ausführliche Darstellung gegeben hat⁷; auch werden die Gründe, die die verschiedenen Ansichten für sich vorzubringen hatten, bei der Erörterung des Problems gewürdigt werden⁸. Es möge nur erwähnt werden, daß nach der heute herrschenden Meinung⁹

Als literarischer Nachweis seien genannt: BRINKMANN: 9f., 21ff.; STÖLZEL: Entwicklung des gelehrten Richterthums I 200f. Anm. 73 i. Verb. m. 227 Anm. 176; Brand. Schöppenst. I 512, 518.

¹ So z. B. WürttStrPO. v. 22. Juni 1843 Art. 351 Abs. 2, 341 Abs. 5; HannStrPO. v. 8. November 1850 § 150 Abs. 7.

² Z. B. preuß. MinRescr. v. 29. März 1819 (bei MANNKOPFF: 305); WürttStrPO. v. 1843 § 350.

³ So TECKLENBURG: JahrbÖffR. 7, 89.

⁴ Anscheinend HEINEMANN: ZStW. 15, 4f.

⁵ Wie BINDING: Abh. II, 148 mit Recht betont.

⁶ KLEIN: Ann. 7, 333 gibt sie zuerst als streitig an.

⁷ ZStW. 15, 3ff. Über die Geschichte der Theorie vgl. auch TECKLENBURG: a. a. O. 88f.

⁸ Rein historischen Wert hat GRIESEBACHS Meinung in HannMag. 8, 278, weil er die Notwendigkeit der Totalabstimmung lediglich aus damals geltenden hannöverschen Gesetzen herleitete: per argumentum e contrario; § 350 BürgPO. schrieb die Abstimmung über jedes Angriffs- und Verteidigungsmittel vor, während die StrPO. schwieg. Anders sein Landsmann WIARDA: siehe unten.

⁹ BELING: StrPrR. 245ff., ZStW. 42, 599ff., GA. 67, 141; KERN: ZStW. 41, 295; LOEWE-ROSENBERG: § 194 GVG. 3b, § 263 StrPO. 2; SCHWARZ: StrPO. § 263, 1, GVG. § 194, 1; GERLAND: StrPrR. 284; DAUDE: StrPO. § 263, 4; KOHLRAUSCH: GVG. § 196, 4. Auch das RG., Rspr. IV 203, RGSt. 2, 381, 8, 220 fordert in Strafsachen Totalabstimmung.

STEIN-JONAS: § 309 I 3; SYDOW-BUSCH-KRANTZ: GVG. § 196, 2; RINTELEN: CPr. 872f.; VON WILMOWSKY-LEVY: GVG. § 196, 1; HELLMANN: Lehrb. 211; HELLWIG: Lehrb. 2, 67f., Syst. 83.

Während die Frage der Abstimmungsmethode im Strafprozeß immer wieder erörtert wird (in allen Kommentaren und Lehrbüchern, außerdem

im Strafprozeß nach dem Ergebnis, im Zivilprozeß nach Gründen abzustimmen ist¹.

§ 9. Gewinnung eines Ausgangspunktes für die Beantwortung der Frage.

a) Will man die Frage beantworten, so muß man davon ausgehen, daß die Abstimmung ein prozessualer Vorgang ist, wie schon betont wurde, nämlich das eigentliche Entscheiden oder Urteilen. Als solcher ist sie nach juristischen Grundsätzen zu beurteilen, also in erster Linie nach dem Prozeßrecht², in zweiter Linie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Dabei darf, was selbstverständlich ist, nicht gegen die Denkgesetze verstoßen werden. Unrichtig wäre es aber, wollte man, weil das Urteilen Subsumtion, also ein logischer Schluß sei, nun die Abstimmung lediglich nach Gesetzen der Logik beurteilen³. Denn wohl gewinnt der Richter die Entscheidung, indem er eine oder mehrere Tatsachen (Untersatz, Prämisse 1) unter einen oder mehrere⁴ Rechtsätze (Obersatz, Prämisse 2) subsumiert⁵. Aber nach den Gesetzen der

in Aufsätzen [HEINEMANN: ZStW. 15, 1, 217; BINDING: Abh. II 141; BELING: ZStW. 37, 365, neuestens SACHSE: ZStW. 49, 306], findet die Frage in der Literatur des Zivilprozesses kaum Erwähnung. Abgesehen von den erwähnten Lehrbüchern und Kommentaren wird ihrer fast nirgends gedacht. GOLDSCHMIDT (ZPrR. 29) erwähnt sie mit einem Satz, ROSENBERG überhaupt nicht; seit BOLGIANO, PFIZER und VON LANG ist nur in den Aufsätzen von ZEILER: ZStW. 41, 528, BELINGS Erwiderung darauf, ebenda 42, 599 und HAYMANN: Festg. f. STAMMLER, 1926, 395 über die Abstimmung im Zivilgericht geschrieben worden und auch nur nebenher neben strafprozessualen Erörterungen, die den meisten Raum beanspruchten. Die Ursache dieser Verschiedenheit ist nicht recht ersichtlich. Offenbar ergeben sich bei der Abstimmung im Zivilprozeß niemals Schwierigkeiten. Warum, ist zweifelhaft; wahrscheinlich infolge einer Vernachlässigung des prozessualen Hergangs der Abstimmung, die ihrerseits durch eine von der Überlastung der Gerichte herrührende Übertreibung des Referentensystems verursacht sein oder auf einer Änderung des Weges zur Entscheidung beruhen mag. Siehe unten S. 34 Anm. 5.

¹ Früher für Abstimmung nach Gründen im Strafprozeß: KLEIN: Ann. 7, 333; 24, 101; OPPENHOFF: 214, 3; LÖWE: PrStrP. 340; ZACHARIAE: Handb. II 475; MITTERMAIER: Mündl. 411, CrimA., N. F. 1844, 312f., Gesetzgeb. 575f., Strafverf. II 542ff., CrimA., N. F. 1854, 149ff.; STENGLIN: StrPO. § 262, 2. Für Totalabstimmung im Zivilprozeß: D. (DORGUTH): PrJZ. 1, 1123; KÖNIG: CBIPrJur. 1841, 636; BOLGIANO: ZZP. 15, 396; HAYMANN: 418, 427.

² Richtig HAYMANN: 416; BELING: ZStW. 42, 605f.; GA. 67, 143.

³ So PLATHNER: Reform 2, 286f.; DE FONTENAY: 5; MITTERMAIER: ständig, bes. CrimA., N. F. 1854, 151; OPPENHOFF: 214, 3; PFIZER: ZZP. 15, 377f.

⁴ Es wird sich meist um eine Folge von Schlüssen handeln.

⁵ Dies bedeutet die Anwendung des Gesetzes oder einer Rechtsnorm, von der § 337 Abs. 2 StrPO. und § 550 ZPO. sprechen. Wenn die Entscheidung in der Praxis häufig im Wege der „Intuition“ nur durch Rechts-

Logik vollzieht sich nur die Subsumtion selber; die Prämissen findet der Richter auf Grund anderer Geistestätigkeit, vor allem empirischer Feststellungen¹, indem er auf Grund seiner Erfahrung im äußeren und inneren Leben der Menschen den Sachverhalt erforscht und mit Hilfe seiner Rechtskenntnisse die in Betracht zu ziehenden Rechtsnormen auffindet. Bei alledem wirken wirtschaftliche, soziale und ethische Wertungen mit und beeinflussen das Ergebnis der Subsumtion².

b) Mit dieser Feststellung ist aber noch keine Antwort gewonnen auf die Frage, wie abzustimmen ist. Denn diese bedeutet ja nur die Frage, wer die Prämissen des einzelnen Subsumtionsschlusses zu finden, wer die Subsumtion vorzunehmen und wer die einzelnen Teilschlüsse zu ziehen hat: ob schon der einzelne oder erst das Kollegium³. Und in Wahrheit ist für die Verfechter der widerstreitenden Ansichten, die sich auf die Logik berufen, nicht die Natur der Entscheidung als eines Syllogismus bestimmend, sondern die Auffassung vom Wesen und der Aufgabe des Kollegialgerichtes und seiner Tätigkeit^{4 5}. Dies ist ein juristischer Gesichtspunkt, der für die Lösung des Problems von Bedeutung sein muß.

Der Einzelrichter stellt die Prämissen und Elemente der Entscheidung allein fest und fällt danach die letztere. Hat er Zweifel hinsichtlich

gefühl gefunden wird, worauf ISAY (62 f.) hinweist an Hand von Äußerungen bedeutender Praktiker und der Entwicklung der Rechtsprechung einzelner Gerichtshöfe, so mag das vielleicht darauf hindeuten, daß das heutige Gesetzssystem, das, wie ISAY (177) nachweist, auf einer mit der kapitalistischen Wirtschaftsform zusammenhängenden, aus naturrechtlichen Anschauungen erwachsenen rationalistischen Geisteseinstellung der Gesetzgeber beruht, nicht vollkommen und zweckmäßig ist. Wenn aber Gesetze gegeben sind, muß der Richter sie anwenden (Art. 102 RV., § 1 GVG.) und mindestens seine aus dem Rechtsgefühl gewonnene Entscheidung auch aus dem Gesetz vor sich selber und seinen Kollegen rechtfertigen, und zwar schon vor dem Ausspruch der Entscheidung. Dies erkennt auch ISAY an (164 f.). Im übrigen vgl. noch zu ISAYS bedenklicher Trennung von staatlicher und Rechtsgemeinschaft WIERUSZOWSKI: JW. 59, 46.

¹ Richtig BELING: ZStW. 42, 603 ff., GA. 67, 143; auch von WILMOWSKY-LEVY: GVG. § 196, 1; HELLWEG: StrPr. 306; VON BAR: KritV. 10, 471.

² Sie vermögen aber nicht diese selbst zu ersetzen. Richtig WIERUSZOWSKI: JW. 59, 44 f. gegen ISAY. Jener weist zutreffend darauf hin, daß die scheinbare Rechtsfindung durch Intuition in Wahrheit ein „abgekürztes Denkverfahren“ darstelle (45).

³ Richtig HEINEMANN: ZStW. 15, 25.

⁴ Wenn z. B. RINTELEN (CPr. 873) und OPPENHOFF (214, 3) sagen, die Schlußentscheidung sei das Ergebnis logischer Schlüsse und die vorangehenden Schlüsse müßten gezogen sein, so ist damit, weil es selbstverständlich ist, daß die Schlüsse gezogen sein müssen, sicherlich gemeint, das ganze Kollegium müsse über die Prämisse entscheiden. Deutlich ist das ausgesprochen bei PFIZER: ZZZ. 15, 367, 378.

⁵ So auch TECKLENBURG: JahrbÖffR. 7, 89.

eines Elementes, so wägt er ab und entscheidet sich schließlich für oder wider, und zwar ein Element nach dem andern sukzessive erledigend. Man könnte nun den Einzelrichter mit dem Kollegium vergleichen und sagen: wie der Einzelrichter einen Zweifelspunkt nach dem andern erledigt und schließlich daraus die Entscheidung folgert, so sei auch das Kollegium als Ganzes ein Richter, der ebenso Schritt für Schritt vorschreitend alle Zweifelspunkte erledigen müßte, und könnte daraus die Folgerung ziehen, das Kollegium müsse durch Abstimmung über jeden einzelnen Punkt allmählich die Zweifel beseitigen und langsam zur Entscheidung vorschreiten, die sich dann ganz von selbst aus den gefundenen Prämissen als logische Schlußfolgerung ergebe¹.

Diese Auffassung würde aber der Stellung nicht gerecht werden, die das geltende Recht den Richterkollegien geben will. Der Zweck der verstärkten Gerichte ist, was er stets war, durch die Ermöglichung eines Meinungs-austausches der Entstehung von Irrtümern vorzubeugen und durch gründliche Beratung der Sache zur bestmöglichen Entscheidung zu verhelfen². Aber die Entscheidung des Gerichts ist nicht nur die Feststellung einer Rechtsfolge, sondern auch die Willensäußerung

¹ Dies ist in der Tat eines der Hauptargumente einiger Vertreter der Abstimmung nach Gründen, die zum Teil sogar das Kollegium als eine „moralische Person“ bezeichnen. So zuerst VON SONNENFELS (18), und zwar geht er in dem „Anthropomorphismus“ so weit, daß er völlige Einstimmigkeit über alle Fragen zur Verurteilung fordert, weil bei bloßer Mehrheit ein „nur wahrscheinlich Schuldiger“ verurteilt werden würde, a. a. O. 41. Diese auf die Spitze getriebene rationalistische Auffassung der Urteilerfunktion übersieht, daß der Einzelrichter nur selten in diesem Umstande ist, alle Reste eines Zweifels zu tilgen, vgl. demgegenüber den Ausspruch GÖSCHELS (234): die Unanimität sei von der Übereinstimmung mit dem Willen Gottes bedingt. — Später argumentieren ähnlich: PLATHNER: Reform 2, 283ff.; DE FONTENAY: 16; HEFFTER: CivA. 13, 93. — Richtig dagegen, trotz seiner Teilung der Schuldfrage, KLEIN: Ann. 24, 97; umgekehrt falsch, trotz richtigen Ergebnisses, KOCH: PrZPr. 317. — Weiter gehören hierher: der bei ZACKE (65) zit. Bericht des Präsidenten VON SCHEIBLER an den preußischen Justizminister VON MÜHLER v. 16. März 1839 und die ebenda (62ff., 67, 68) zit. Ministerialrescripte v. 1. Februar 1834, 31. März 1839, 12. Dezember 1840. Noch GLASER (Handb. 2, 268) spricht vom künstlichen Menschen: Kollegium. Sachlich gleich PFIZER: ZZP. 15, 367. Auch ZEILERS de lege ferenda gemachte Ausführungen in ZStW. 41, 528ff. beruhen auf diesem Anthropomorphismus (ebenda 536), was BELING (ZStW. 42, 618) mit Recht bemängelt. Das RG. spricht in Rspr. IV 203 von dem Kollegialgericht als einer geistigen Einheit, ohne jedoch daraus Folgerungen für die Abstimmungsmethode zu ziehen; es spricht vielmehr vom Urteil, das der Ausdruck der Überzeugung jener geistigen Einheit sei.

² So auch schon FEUERBACH: I 125; MITTERMAIER: CivA. 14, 410f.; Motive des GVG., HAHN: 30; ZEILER: ZStW. 41, 533.

eines Staatsorgans^{1 2}. Als letzteres sind die Richter für ihre Handlungen verantwortlich und somit auch für die von ihnen gefällten Entscheidungen. Ein Kollegium als solches kann nicht denken und einen Willen äußern; stets sind es seine Mitglieder, die diese Funktionen ausüben³. Wenn aber die einzelnen die Verantwortung für die Entscheidung tragen, so müssen sie auch die Entscheidung wollen. Niemand kann für das verantwortlich gemacht werden, was er nicht wollen kann⁴. Daher kann ein Kollegium nicht als „moralische Einheit“ verantwortlich gemacht werden für seine Entscheidungen; es können auch seine Mitglieder nicht für die Entscheidung einstehen, zu der sie nur Elemente haben liefern können, ohne zu übersehen, wie sie ausfallen würde. Der Sinn und Zweck der Kollegialgerichte ist nicht nur die Verstärkung der richterlichen Intelligenz⁵, sondern auch die Verstärkung der Verantwortlichkeit für die gesprochene Entscheidung, die dadurch erreicht wird, daß mehr Richter für sie einstehen, so wie der Einzelrichter für seine Entscheidung einsteht⁶; zudem erwächst nur das Urteil in Rechtskraft, nicht seine Gründe⁷. Der genannte Zweck kann nur dann erreicht werden, wenn jedes Mitglied des Kollegialgerichts Gelegenheit hat,

¹ GOLDSCHMIDT: Prozeß als Rechtslage 496, 498; SCHOETENSACK: Rechtsgang III I; BELING: StrPrR. 222 Anm. I, 237, 238 mit Anm. I, GA. 67, 143; GERLAND: StrPrR. 284; RGRspr. IV, 203.

Dies ist schon seit langem erkannt: WALDECK: NPrA. 7, 439; VON SCHLIEBEN: PrJZ. 3, 569; SCHEPERS: NPrA. 11, 150; VON BAR: NHannMag., N. F. 4, 412f., KritV. 10, 469; ULLMANN: Lehrb. 286; HELLWEG: StrPr. 306; GLASER: Handb. 2, 268 Anm. 7; DOCHOW: 28.

² Grundsätzlich richtig BINDING: Abh. II 151, auch Grundr. 172.

³ Das wird verkannt von MITTERMAIER: CrimA., N. F. 1854, 150; ORTLOFF: GA. 9, 19, wenn sie den „wahren Willen“ oder die „eigentliche Meinung“ des Gerichts durch eine Summe rein rationaler Denkkakte konstruieren wollen. Richtig WALDECK: NPrA. 7, 441: die Wendung, das Gericht habe usw. sei gleichbedeutend mit der, die Majorität der Mitglieder des Gerichts habe ihre Willensbestimmung dahin getroffen, daß usw.

⁴ Den mit der Abstimmung nach Gründen möglicherweise verbundenen Gewissenszwang auf den einzelnen Votanten heben mit Recht hervor: KÖNIG: PrJW. 4, 545; HEINEMANN: ZStW. 15, 49; HAYMANN: 426. Daran denkt wohl auch VOITUS (GVG. § 196), wenn er die Abstimmung nach Gründen als Gefahr für eine gesunde Rechtspflege bezeichnet. Ähnlich DORGUTH: PrJW. 7, 166. Die Gefährdung der Verantwortlichkeit hebt WALDECK (NPrA. 7, 451) hervor, desgleichen die Gefahr, daß jedes Mitglied des Kollegiums die Entscheidung desavouieren könne. Seltsam KOCH: PrCP. 325 Anm. 18: wenn die Majorität anders wolle, als der richtig konstruierte Schluß ergebe, könne nur ein unlogischer Schluß der juristischen Person vorliegen, was deren Denkfähigkeit beweise (!).

⁵ Vgl. HEFFTERS „Organe der juristischen Intelligenz“: CivA. 13, 93.

⁶ BELING: ZStW. 42, 610; HEINEMANN: ZStW. 15, 52.

⁷ Vom Boden seiner Ansicht aus, daß die objektiven Entscheidungsgründe, die Urteilelemente in Rechtskraft erwachsen, hält SAVIGNY die Abstimmung nach Gründen für richtig: Syst. 6, 408.

seine Stimme zur Entscheidung abzugeben und seinen Willen kundzutun. Daraus ergibt sich, daß eine Abstimmungsmethode, bei der die einzelnen Richter nur über die Gründe einer möglichen Entscheidung, nicht aber über die Entscheidung abstimmen, und die die Entscheidung künstlich konstruiert¹, mit dem Wesen und der allgemeinen Aufgabe der Kollegialgerichte nicht vereinbar ist².

c) Dieser allgemeine Grundsatz reicht jedoch noch nicht aus, um zu ermitteln, wie im einzelnen Falle die Abstimmung stattfinden muß.

Der dem Gericht unterbreitete Beurteilungsstoff läßt sich meist nicht in nur einen Unter- und nur einen Obersatz teilen, sondern fordert die Schaffung vieler Syllogismen. So können in einer Strafsache folgende Fragen auftauchen, deren jeder Beantwortung die Subsumtion von Tatsachen unter Rechtssätze erforderlich macht: Strafbare Handlung? Bestimmtes Tatbestandsmerkmal³? Versuch? Strafausschließungsgrund? Strafaufhebungsgrund? Privilegierungstatbestand? Qualifizierungstatbestand? Strafbarkeitsbedingung? u. a. m. In einer Zivilsache tauchen regelmäßig folgende Fragen auf: Schlüssige Klage? Klaggrund bewiesen? Schlüssige Einwendung? Einwendung bewiesen? u. a. m. Die Antworten auf alle diese Fragen bilden Gründe oder Teile der Endentscheidung, ohne jedoch Obersatz oder Untersatz des Syllogismus zu sein. Sie sind Teilfragen, deren jede für sich die Haupt- und Endfrage zur Bejahung oder Verneinung zu bringen imstande ist.

Ob über diese Einzelfragen getrennt oder insgesamt abzustimmen ist, muß nunmehr festgestellt werden. Zu diesem Zweck ist es nötig, auf das Wesen und die Aufgabe des Straf- wie des Zivilprozesses einzugehen⁴.

¹ Oder, wie DORGUTH (PrJW. 7, 197) sagt, erwürfelt. VON BAR (Recht und Beweis im Civilprozeß 179) weist darauf hin, daß die Abstimmung nach Gründen zu einer von der Majorität erfundenen abstrakten Beweistheorie führe, zieht jedoch nicht die Konsequenz dieser Feststellung, wie noch zu zeigen sein wird.

² GLASER (Handb. 2, 268 Anm. 2) meint, die Logik erfordere Spezialisierung, das Rechtsgefühl verlange aber die Möglichkeit einer einheitlichen Entscheidung auch ohne Gleichheit der Gründe.

Wie hier BELING: ZStW. 42, 611 ff.; HEINEMANN: ZStW. 15, 52; BINDING: Abh. II 151; TECKLENBURG: 90; ULLMANN: 280 Anm. 2; schon früher DORGUTH: PrJW. 7, 166; SCHEPERS: NPrA. 11, 147; WALDECK: NPrA. 7, 430 f., 451.

HAYMANN (415 f.) spricht von „sinnverwirrenden Anthropomorphismen“, läßt aber die Betonung der Verantwortlichkeit vermissen. Sachlich gleich SACHSE: ZStW. 49, 309.

³ Vgl. die Abstimmung über den Begriff Urkunde im 2. Beispiel oben § 6a.

⁴ Im Gedankengang ähnlich RINTELEN: StrPr. 450; Graf zu DOHNA: Strafverf. 78; HELLWEG: StrPr. 306, die aber gerade die Abstimmung nach Gründen für grundsätzlich richtig halten und nur für die Schuldfrage eine Ausnahme machen.

Der Prozeß ist eine staatliche Einrichtung, die der Feststellung und Durchsetzung des geltenden Rechts dient. Die Gerichte, die das Recht festzustellen haben, müssen versuchen, diese Aufgabe möglichst vollkommen zu erfüllen, d. h. die Feststellung möglichst richtig zu treffen.

Eine vollkommen richtige Entscheidung ist nicht das Ziel des Prozesses, weil es keine Instanz gibt, die, mit andern als menschlichen Erkenntnismitteln ausgerüstet, zu sagen vermöchte, welche Entscheidung richtig im absoluten Sinne sei¹. Richtig im relativen Sinne ist eine solche Entscheidung zu nennen, die dem mit Hilfe juristischer Kenntnisse verstandenen und ausgelegten Gesetz sowie dem Rechtsgefühl entspricht².

Je mehr Richter an der Findung der Entscheidung beteiligt sind, um so größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß sie richtiger wird; denn es besteht weniger Gefahr, daß Irrtümer obwalten, Versehen vorkommen und extreme Ansichten siegen. Der Vorzug, der in einer gegenseitigen Aussprache liegt, wurde schon hervorgehoben³, und es mag wieder betont werden, daß gerade die Beratung wegen ihrer klärenden und ausgleichenden Wirkung das Wichtigste an der Tätigkeit des Kollegial-

Übereinstimmend im Ausgangspunkt HAYMANN: 416.

Auch BELING entwickelt ähnlich: Es stehe fest, daß der Gesetzgeber die Abstimmung haben wolle; dann müsse gefragt werden, wozu er sie haben wolle; daraus ergebe sich schließlich, wie er sie haben wolle. ZStW. 42, 606, auch 608.

Vom Zweck der Rechtspflege geht auch RGRspr. IV, 203 bei der Prüfung der Abstimmungsmethode aus.

Dagegen gehen D. (DORGUTH) (PrJZ. 1, 1123) und KÖNIG (CBIPrJur. 1841, 636) hierauf nicht ein. Die Rücksicht auf Zweck und Wesen des Prozesses fehlt auch bei SACHSE (ZStW. 49, 308f.), über dessen Ansicht noch zu reden sein wird.

¹ So BELING: ZStW. 42, 608f.

² Das Gesetz sollte eigentlich der Niederschlag des herrschenden Rechtsgefühls sein, und es sollte genügen, wenn eine Entscheidung vor ihm besteht. Gesetze können aber immer nur Richtlinien geben und nur das Rechtsgefühl des Augenblicks ihrer Entstehung bannen. Mit den Lebensverhältnissen ändert sich das Rechtsgefühl. Dieses muß daher bei der Entscheidung mitwirken, und zwar als Kontrollfaktor. Werden die Entscheidungen aus dem Rechtsgefühl gefunden, und dient das Gesetz nur als Prüfstein oder als Mittel der äußeren Begründung, wie es ISAY schildert, so kann das, soweit es überhaupt zutrifft, nur als Zeichen für die Unvollkommenheit der Gesetzgebung gelten, vgl. oben S. 34 Anm. 5.

³ Diese Eigenschaften des Kollegialgerichts schätzt BELING doch etwas zu gering ein, wenn er als einzigen Wert die Verstärkung der Verantwortung gelten läßt (ZStW. 42, 610) und die Verstärkung der Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung ganz außer Ansatz läßt (608).

Wie hier FEUERBACH I 126: der Kollegialbeschuß habe eine stärkere Vermutung der Richtigkeit für sich als der Spruch des Einzelrichters.

gerichts ist¹. Bei der Beratung bilden sich die Meinungen. Die Beratung kann sich auf Einzelfragen erstrecken und muß es in allen nicht ganz einfachen Fällen. Die Abstimmung dient nur dazu, endgültig und bindend festzustellen, welche der gebildeten Meinungen gelte^{2 3}, ist also eine rein prozessuale Maßnahme⁴. Als solche ist sie aber von hervorragender Bedeutung für den Ausfall der Entscheidung, wie schon öfter bemerkt wurde; es gibt viele Fälle, in denen die Entscheidung einen anderen Inhalt bekommt, wenn die Abstimmung anders vorgenommen wird.

Es wäre verfehlt, wollte man diejenige Methode als die rechte bezeichnen, die die richtige Entscheidung herbeiführt⁵ oder wenigstens eine wahrscheinlich richtige Entscheidung bewirkt⁶. Eine Entscheidung

¹ Vgl. HEINEMANN: ZStW. 15, 54. — Mit Recht spricht daher HAYMANN von einer gesetzlichen Pflicht zur Beratung (408). — SAUER meint, das Kollegialgericht komme dem Normalrichter, den das Recht, das nur mit dem Normalen als dem Ausgleich zwischen Forderung und Wirklichkeit rechnen könne, erstrebe, am nächsten (72 f., 74). Aber nicht, wie SAUER (74) sagt, durch die Abstimmung, sondern durch die Beratung gewinnt das Gesetz den Normaltypus; denn die Abstimmung läßt nur zwei Möglichkeiten (abgesehen von der Kombinationsmethode); sie kann keinen Ausgleich mehr herbeiführen.

² Weshalb die durch die Abstimmung festgestellte Majorität keine „wahre“ sein soll, wenn sie nicht in den Gründen einheitlich ist, wie DE FONTENAY (18) meint, ist nicht verständlich. Soll die Majorität, die zwar in den Gründen, aber nicht im Endergebnis einheitlich ist, „wahrer“ sein? Es kommt eben nur auf die Feststellung der richterlichen Aufgabe an.

³ So auch FEUERBACH: I 125.

⁴ Durch die Abstimmung können nicht mehr Irrtümer beseitigt werden, wie WALTHER (CrimA., N. F., 2. Abschn. 1857, 254) und ORTLOFF (GA. 9, 19), auch BINDING (Abh. II 156 Anm. 29) meinen.

Es gibt auch keine „gründliche Abstimmung“, wie MITTERMAIER (Mündl. 411) meint, sondern nur eine gründliche Beratung, wohl aber eine richtige Abstimmung.

Auch KLEIN (Ann. 7, 333) irrt, wenn er sagt, die Abstimmung könne verhindern, daß die „Criminalerkennnisse wie aus dem Glückstopf gegriffen“ würden.

Die Bedeutung der Beratung verkennt auch SACHSE: ZStW. 49, 306 f.

⁵ So GÖSCHEL: I, 238; PLATHNER: Ref. 2, 288, der an den gesunden Verstand appelliert; ORTLOFF: GA. 9, 372 f., neuerdings SACHSE: ZStW. 49, 309. — Daher ist es auch nicht richtig, wenn manche probieren, welche Abstimmungsmethode günstigere oder härtere Entscheidungen für den Angeklagten im Strafprozeß herbeizuführen geeignet ist, wie DE FONTENAY: 13. Ähnlich ROSENFELD: RStrPr. 151. Im übrigen ist hierzu weiter unten noch ein Wort zu sagen.

⁶ Abzulehnen sind Versuche, die richtige Abstimmungsmethode mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung auszurechnen, wobei dann die Richter oder die günstigen oder ungünstigen Umstände als Rechnungsgrößen eingesetzt werden, wie es HAYMANN (423 ff.), ZEILER (ZStW. 41, 540 ff.) und VON KRIES (441 f.) wollen. Man müßte wissen, wie der einzelne

ist dann richtig, wie bereits gesagt, wenn sie vor dem Gesetz besteht^{1 2}. Dazu gehört aber, daß sie den Vorschriften des materiellen und des Prozeßrechts entspricht. Die Beachtung der materiellen Normen soll durch die Beratung gewährleistet werden; das gleiche gilt für die das Verfahren bis zur letzten mündlichen Verhandlung regelnden Vorschriften. Die prozessualen Vorschriften sind aber erst dann innegehalten, wenn auch die Abstimmungsregeln befolgt sind. Nicht gilt der Satz: die Abstimmung ist richtig, wenn sie die richtige Entscheidung ergibt; sondern: die Entscheidung ist richtig, wenn auch richtig abgestimmt worden ist.

III. Ermittlung der richtigen Abstimmungsmethode aus dem geltenden Prozeßrecht.

§ 10. Die Abstimmungsmethode im Strafprozeß.

Welche Abstimmungsmethode richtig sei, das kann, wie nunmehr als Ergebnis festzuhalten ist, nur das geltende Prozeßrecht erweisen³. Dabei ist zu berücksichtigen, daß, wie oben dargelegt, die Entscheidung Ausdruck des Willens eines jeden zu ihrer Fällung berufenen Richters sein muß, und daß die Abstimmung nach Prämissen im eigentlichen Sinne, bei der die Richter keine Willensentscheidung aussprechen, nicht richtig ist. Es fragt sich nun aber, was im einzelnen Prozeß unter einer Entscheidung zu verstehen ist; ob jeder durch Subsumtion sich ergebende Teilschluß oder erst das Endergebnis, die Endentscheidung⁴.

Richter Recht zu sprechen pflegt, was vielleicht, theoretisch, durch langwierige Beobachtungen festgestellt werden könnte. Erst aus der Gesamtheit („Kollektiv“) dieser bekannten Fälle ließe sich vielleicht mit Hilfe der Mathematik die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der einzelnen Abstimmungsart feststellen. Da die Voraussetzungen praktisch nicht erreichbar sind (von den genannten Schriftstellern werden sie unterstellt), hat es keinen Wert, auf diese Frage näher einzugehen. Vgl. VON MISES: 11 f.

¹ Vgl. BELING: STRPR. 245 (das Gesetz erheische diejenige Abstimmungsmethode, „die das im Sinne der Rechtsordnung richtige Ergebnis verbürgt“).

² Über die Bedeutung des Rechtsgefühls dabei vgl. das oben S. 34 Anm. 5 und S. 39 Anm. 2 Gesagte. — Daher darf die Frage, ob die Entscheidung gerecht ist, zur Ermittlung der Abstimmungsmethode nicht herangezogen werden. Deshalb bedenklich BELING: GA. 67, 155; VON KRIES: 451.

³ Es gibt also keine schlechthin und grundsätzlich richtige Abstimmungsmethode. A. A. LOEWE-ROSENBERG: § 194 GVG. 3b, der meint, von dem „anerkannten Grundsatz“ der Teilabstimmung sei eine wesentliche Ausnahme in der Schuldfrage zu machen.

⁴ Grundsätzlich, im Ausgangspunkt, übereinstimmend BINDING (Abh. II 152), wenn er bemerkt, das Gericht habe soviel Fragen gesondert zu beantworten, wie das Gesetz und der Prozeß gesondert stelle. Anders seine Folgerungen, s. u. — Wie hier PLANCK: CPr. I 160, auch HEINEMANN: ZStW. 15, 23.

Um diese Frage beantworten zu können, ist in der Darlegung der Aufgabe des Straf- wie des Zivilprozesses fortzufahren.

a) Der Straf- wie der Zivilprozeß ist eine staatliche Einrichtung, die der Staat zu dem Zweck geschaffen hat, daß die Rechtsordnung aufrechterhalten werde. Da die Rechtsordnung der Erhaltung des Friedens in der staatlichen Gemeinschaft dient, ist der Prozeß eine Einrichtung zum Schutze der sozialen Ordnung gegen Verletzungen. Diese Ordnung kann in verschiedener Weise verletzt werden, und je nach der Art der Verletzung hat der Staat verschiedene Wege geschaffen, auf denen ihre Erhaltung erreicht werden soll.

Der Strafprozeß hat seine Grundlage in der Tatsache des Verstoßes gegen die Rechtsordnung, den sozialen Frieden, nämlich dem Verbrechen, und bezweckt die Wiederholung eines Verstoßes zu verhüten, indem über den Rechtsbrecher eine bestimmte Maßnahme, die Strafe, verhängt wird, die nun, je nach der Grundanschauung der Gemeinschaft, den Charakter einer Sühne, eines Sicherungsmittels oder einer Besserungsmaßregel trägt. Die Aufgabe des Strafgerichts ist es, festzustellen, ob der Beschuldigte eine strafbare Handlung begangen hat, und ob und wie er dafür zu bestrafen ist. Dabei ist es ein besonderes Kennzeichen des geltenden Strafprozesses, daß das Gericht verpflichtet ist, von sich aus die materielle Wahrheit zu erforschen (§ 244 Abs. 3 StrPO.), und nicht darauf beschränkt ist, zu prüfen, ob die Anklage durch das von ihrem Vertreter beigebrachte Material begründet oder durch das Beweismaterial der Verteidigung entkräftet worden ist¹.

Jene Aufgabe des Strafgerichts in Verbindung mit der Maxime der Wahrheitserforschung bestimmt nun auch das Wesen der strafrichterlichen Entscheidung². Zwar ist der heutige Strafprozeß nach dem sog. Parteigrundsatz gestaltet. Aber der Sache nach ist die Tätigkeit des Gerichts nicht Streitentscheidung; das Gericht prüft vielmehr, selbständig handelnd, ob gegen den Angeklagten die staatliche Strafgewalt anzuwenden ist oder nicht. Der Strafprozeß ist, prozessual gesehen, kein Kampf zweier Parteien um den Sieg³. Das Gericht ist kein Schieds-

¹ Die Schlüssigkeit der Anklage wird vom Gericht schon vor dem Eintritt in die Hauptverhandlung geprüft. Das Ergebnis der Prüfung ist der Beschluß, durch den das Hauptverfahren eröffnet oder die Eröffnung abgelehnt wird (§ 203 StrPO.). Aber auch in diesem Stadium des Verfahrens ist das Gericht nicht auf das Vorbringen der Staatsanwaltschaft beschränkt, sondern kann von sich aus die Aufklärung der Sache fördern (§ 202 StrPO.).

² Und zeigt damit den von GLASER zitierten „Geist des Gesetzes“ (Handb. 2, 271) oder seine „Absicht“ (592), die GLASER dazu veranlassen, die Totalabstimmung für richtig zu halten.

³ So auch der Sache nach WIARDA, wenn er die Totalabstimmung im Strafprozeß anwenden will, weil es sich hier „um die höchsten Güter nur eines Teiles“ handle, während im Zivilprozeß zwei Parteien um Vermögens-

richter, der den Hergang des Kampfes passiv beaufsichtigt, darüber wacht, daß er gesetzmäßig geführt wird und schließlich das Endergebnis dieses Kampfes feststellt; sondern das Gericht führt selber den Prozeß, sobald die Sache bei ihm anhängig geworden ist. Der Partei- und Anklagegrundsatz sichert dem Angeklagten nur ein unvoreingenommenes Gericht und gewährt ihm die gleichen prozessualen Rechte wie der Staatsanwaltschaft¹. Ja der Angeklagte hat eine günstigere Position, weil der Staatsanwalt verpflichtet ist, nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln (§ 160 Abs. 2 StrPO.).

Die Frage, die das Gericht sich stellen und beantworten muß, lautet also nicht: Hat der Staatsanwalt recht, oder hat der Angeklagte recht? sondern: Hat der Angeklagte sich antisozial verhalten, und wie muß er etwa deswegen bestraft werden?

Diese Frage, die in zwei Teile zerfällt, ist nichts anderes als die Schuld- und die Straffrage, zusammengenommen, wie sie oben erläutert wurden. Die Straffrage kann hier ausscheiden, weil die Kontroverse sich auf sie nicht mit bezieht. Die Schuldfrage, das ist das gesuchte Ergebnis, muß einheitlich gestellt und beantwortet werden. Kommen jedoch mehrere strafbare Handlungen oder strafrechtliche Beurteilungen in Betracht, so ist nach jeder gesondert zu fragen²; denn dann gibt es mehrere selbständige Schuldfragen, die ohne die Sondervorschriften der §§ 73, 74 StrGB. jede eine besondere Straffolge herbeiführen würden. Das gleiche Verfahren ist zu beobachten, wenn außer einem Grundtatbestand ein diesen ausschließender Qualifizierungs- oder Privilegierungstatbestand in Betracht kommt, wie z. B. § 243 StrGB.³ Jeder gesetzliche Tatbestand mit besonderer Straffolge wirkt eine besondere Schuldfrage auf, die gesondert zu beantworten ist⁴. Daß eine Aufteilung in die Fragen nach dem Sachverhalt und dem Rechtssatz, den sog. Prämissen, unzulässig ist, wurde schon gezeigt⁵. Aber auch nach einzel-

werte stritten (HannMag. 8, 182). Die dabei unterlaufene gefühlsmäßige Wertung des Prozeßgegenstandes geht allerdings fehl: ein verlorener Zivilprozeß kann der Partei weit größeren Schaden bringen als eine geringe Strafe.

¹ Der Grundsatz „in dubio pro reo“ hätte auch in einem Inquisitionsprozeß Platz. Er bedeutet nur, daß dem Angeklagten die Schuld bewiesen werden und daß bei zweifelhaftem Beweisergebnis Freisprechung erfolgen muß. Die Erklärung des Satzes mit der Beweislast des Staatsanwalts ist zwar vom geltenden Recht aus verständlich, aber nicht vollständig.

² Darauf weisen mit Recht GERLAND (284); RINTELEN (StrPr. 450) hin.

³ Siehe 14. Beispiel oben § 7 und 20. Beispiel unten § 16a. Vgl. LOEWER-ROSENBERG: § 195 GVG. 1 b.

⁴ BELING: Enz. 377; ZStW. 37, 376 Anm. 8, auch GA. 67, 152; StrPrR. 245, wo er zutreffend die Abstimmungsmethode des alten Schwurgerichts in solchen Fällen zur Vergleichung heranzieht.

⁵ Oben § 9b.

nen gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen, nach Rechtfertigungsgründen, Entschuldigungsgründen, Strafausschließungsgründen, Strafmilderungs- und -erhöhungsgründen, Strafbarkeitsbedingungen¹ darf nicht gesondert gefragt werden². Sobald dies geschähe, würde das Gericht nicht mehr unmittelbar über die Strafbarkeit der Tat und des Angeklagten entscheiden, sondern darüber, ob die Anklage erfolgreich angegriffen, oder der Angeklagte sich erfolgreich dagegen verteidigt hat, also über Fragen, die das Gesetz dem Gericht gar nicht stellt, weil es hier keine Prozeßparteien im eigentlichen Sinne gibt, und weil dem Angeklagten, der sich völlig passiv verhalten kann, seine Schuld bewiesen werden muß³.

¹ So richtig RGSt. 8, 220 (oben Beispiel: 5 § 6a); denn die Strafbarkeitsbedingungen bestimmen die Schuld des Täters im Sinne der StrPO. Wenn sie auch nicht Teile des eigentlichen materiellrechtlichen Deliktstatbestandes sind, den der Täter schuldhaft verwirklichen muß (FRANK: Vorb. z. 4. Abschn. VI), so sind sie doch weder Verfolgbarkeitsbedingungen noch Strafzumessungsgründe. Sie entsprechen den qualifizierten Erfolgen (z. B. § 226 StrGB.); wie diese eine bestehende Strafbarkeit (gleich Schuld im Sinne der StrPO.) zu einer andern Art der Strafbarkeit steigern, qualifizieren, so schaffen jene eine Strafbarkeit (Schuld) neu, und bei beiden braucht der Erfolg nicht im materiellrechtlichen Sinne verschuldet zu sein.

² So ausdrücklich Freiherr VON GROSS: Allg. DStrRZ. 7, 211; QUARITSCH: 81 i. Verb. m. 178; GERLAND: 285; HEINEMANN: ZStW. 15, 67f.; ROSENFELD: RStrPr. 148f. Siehe auch die interessante Entscheidung des RG. zu § 213 Abs. 2 StrGB. (St. 14, 298), in der die „Reizung zum Zorn“ als strafmindernder Umstand zur Schuldfrage, die übrigen „mildernden Umstände“ als mildernde Umstände im gewöhnlichen Sinne zur Straffrage gerechnet werden. A. A. RINTELEN: StrPr. 451; GEYER: Lehrb. 610. Auch über Strafaufhebungsgründe darf nicht gesondert abgestimmt werden, siehe oben Beispiel 4 § 6a. Richtig schon VON BAR: NHannMag., N. F. 4, 415 Anm. 6 für Art. 187 CrimGB. (heute entsprechend § 310 StrGB.); VOITUS: StrPO. § 262, 2; ferner BELING: ZStW. 42, 614 Anm. 8; HAYMANN: 427; HEINEMANN: ZStW. 15, 75f.; RGSt. 4, 293. Von den Strafaufhebungsgründen sind aber die VON BAR (KritV. 10, 490) sog. Straftilgungsgründe, wie Verjährung, Begnadigung, Verbüßung einer im Ausland verhängten Strafe u. a., die nicht zur Schuldfrage zu rechnen sind, zu unterscheiden. Aber diese Umstände sind z. T. bereits Gegenstand prozessualer Vorfragen, nämlich soweit sie wie Verjährung, Abolition die Sachentscheidung hindern. Da man, nach FRANK (Vorb. z. 4. Abschn. V), auch die Begnadigung als Strafaufhebungsgrund bezeichnet, wäre es vielleicht besser, die hier sog. Strafaufhebungsgründe „Strafbarkeitsaufhebungsgründe“ zu nennen. Allerdings müßte man dann auch von „Strafbarkeitsausschließungsgründen“ statt „Strafausschließungsgründen“ sprechen. Eine „Strafe“ ist erst gegeben, wenn das Gericht sie ausgesprochen hat. Daher kann WITTERN (26) nicht gefolgt werden, wenn er keinen Unterschied findet zwischen den Strafaufhebungsgründen des § 46 StrGB. und der Begnadigung und der Verjährung. A. A. LOEWE-ROSENBERG: § 194 GVG. 3d (wie WITTERN: 25ff.). Über § 295 aStrPO. siehe oben S. 22 Anm. 3.

³ Nicht ganz zu billigen VON BAR (NHannMag., N. F. 4, 412f.; KritV. 10, 489), der nicht die prozessuale Funktion der Entscheidung, sondern

b) Es ist hier nicht der Ort, eingehend darzustellen, wie in den einzelnen Fällen abzustimmen ist¹. Die Erörterung muß sich auf einige Hauptpunkte beschränken, die vor allem streitig sind.

Zunächst ist die BINDINGSche Dreiteilung der Schuldfrage abzulehnen². Es ist unmöglich, die „Beweis- oder Schuldfrage“ von der „Subsumtionsfrage“ zu trennen; wenn die erste Frage bereits dahin lautet, „welcher Handlung im Rechtssinne der Angeklagte beweismäßig überführt sei“³, so kann die Antwort nur gefunden werden, wenn der erwiesene Sachverhalt unter das Gesetz subsumiert wird⁴. Was dann noch durch die Subsumtion der festgestellten Handlung unter den Tatbestand des Strafgesetzes⁵ erreicht werden soll, ist nicht verständlich; denn der Angeklagte kann nur einer strafbaren Handlung „beweismäßig überführt“ werden. BINDING selber läßt eine schlüssige Begründung dieser Lehre vermissen. Wie schon an anderer Stelle hervorgehoben wurde, stehen seine Ausführungen unter dem Zeichen des Bestrebens, der Jury des alten Schwurgerichts die endgültige Entscheidung über die Schuldfrage zu nehmen⁶. Endlich ist aber auch die dritte von BINDING aufgestellte Frage abzulehnen, die „Strafrage“, die BINDING dahin formuliert: „Ist der Angeklagte auf Grund des gefundenen Strafgesetzes zu bestrafen und eventuell wie?“ Sie ist nur in ihrem zweiten Teile richtig. Die Frage, ob der Angeklagte zu bestrafen sei, ist bereits mit der Schuldfrage beantwortet, die ja dahin lautet, ob der Angeklagte wegen der ihm zur Last gelegten Handlung zu bestrafen sei⁸. Dabei übergeht BINDING vollständig die Tatsache, daß das Gesetz ausdrücklich die Strafausschließungs-, -verminderungs- und -erhöhungsgründe zur Schuldfrage rechnet und damit auch schon vor 1924 eine begriffliche Trennung zwischen Schuld- und Strafrage anerkannte.

BINDINGS ganze Abstimmungstheorie beansprucht streng genommen in einer Betrachtung des geltenden Rechts überhaupt keine Beachtung; denn

ihren materiellen Gegenstand entscheiden läßt. Aber auch im Zivilprozeß kann Prozeßgegenstand ein „einheitlicher Willensakt“ des Beklagten sein. Wie von BAR HEINEMANN: ZStW. 15, 34f. — Richtig bemerkt übrigens BELING (GA. 67, 144), daß die Freisprechung niemals Fragethema, sondern nur negatives Ergebnis ist.

¹ In den oben gegebenen Beispielen sind in § 6a die unter 1b, 2b, 3b, 4b, 5b, in § 6b die unter 9a, in § 7 die unter 13b, 14 und 15 gezeigten Abstimmungsmethoden richtig.

² Abh. II 154ff. Auch schon Grundr. 173ff.

³ BINDING: Abh. II 154.

⁴ Zutreffend BELING: ZStW. 37, 371.

⁵ BINDING: Abh. II 163.

⁶ Auch PUCHELT (StrPO. § 262, 2) unterscheidet von der Schuldfrage, die er der des § 293 aStrPO. gleichsetzt, die „eigentliche Subsumtionsfrage“. Richtig STENGLEIN: StrPO. § 262, 1; KELLER: StrPO. § 262, 3; FUCHS: Hauptv. 98; HELLWEG: 307; Freiheit von AUFSCESS: § 262, 1; SCHWARZ: StrPO. § 263, 1; HEINEMANN: ZStW. 15, 60ff. Auch richtig VOITUS (Kontr. II 447ff.), der aber etwas dürftig aus § 293 aStPO. argumentiert und meint, § 262 hätte etwas sagen müssen, wenn er die Subsumtionsfrage hätte abgesondert wissen wollen. — BINDINGS Trennung der Schuldfrage findet Anerkennung bei OETKER (GerS. 66, 432), dagegen schärfste Ablehnung bei BELING (ZStW. 37, 367ff.), auf dessen Ausführungen hier an verschiedenen Stellen Bezug genommen wird.

⁷ BINDING: Abh. II 164.

⁸ Zutreffend BELING: ZStW. 37, 371.

BINDING sagt ausdrücklich, daß er „natürlich von der Schuldfrage im Sinne der Wissenschaft“ spreche und § 262 StrPO. „ganz beiseite“ lasse¹, worauf ebenfalls schon einmal hingewiesen wurde.

Nun gibt es eine Reihe von Schriftstellern, die zwar die einheitliche Abstimmung über die Schuldfrage für richtig halten, aber doch eine Abstimmung über sog. abstrakte Rechtsfragen zulassen wollen, mit deren Beantwortung das Strafgesetz ausgelegt werden soll, wenn die Auslegung zweifelhaft ist^{2 3}. Mit einer derartigen Abstimmung würde das Gericht gegen seine Aufgabe verstoßen, die einzig und allein darin besteht, über die Schuld des Angeklagten zu entscheiden, nicht aber in der Entscheidung abstrakter Rechtsfragen, mögen diese auch noch so wichtig für die Entscheidung der Schuldfrage sein⁴. Die Rechtsfragen sind implicite mit der Schuldfrage zu beantworten, deren Entscheidung ja eine Subsumtion der Tatsachen unter Gesetzesmerkmale verlangt. Der Richter kann erst subsumieren, wenn er Klarheit über die tatsächlichen Vorgänge wie über die rechtliche Bedeutung des anzuwendenden Gesetzes gewonnen hat. Die Abstimmung über eine abstrakte Rechtsfrage würde eine unzulässige Abstimmung über eine Prämisse des Subsumtionsschlusses bedeuten, die, wie gezeigt, dem Wesen des Kollegialgerichts völlig widerspricht; über eine theoretische Frage kann kein „Beschluß“, eine Willensbestimmung, gefaßt werden^{5 6}.

¹ BINDING: Abh. II 68 Anm. 63.

² Unzulässig ist auch die von KLEIN (Ann. 7, 333) unter Bezugnahme auf ein Werk von M. DE PASTORET (Des Lois Pénales, T. II, P. IV, 149, 150, Paris 1790 und Ann. 24, 101f.) empfohlene Ordnung der Fragen: 1. Was für ein Verbrechen soll überhaupt begangen sein? 2. Ist der Angeklagte der Täter? 3. Welche Strafe ist verwirkt? Frage 1 ist aber keine rein abstrakte Rechtsfrage, sondern eine von der Person des Täters abstrahierende Schuldfrage, die sich aus einer allgemeinen Tatfrage und der Frage nach dem anzuwendenden Rechtssatz zusammensetzt. Frage 2 ist die Aussonderung der konkreten Tatfrage, d. h. der Identitätsfrage, die ebenfalls in der Schuldfrage enthalten ist.

³ So VOITUS: StrPO. § 262, 1; VON KRIES: 451; Graf zu DOHNA: Strafverf. 80 (zweifelnd); ROSENFELD: RStrPr. 150f.; DStrPrR. I 31 (Göschel); LOEWE-ROSENBERG: § 263, 4 („Interpretation des objektiven Rechts“).

⁴ Im Ergebnis ebenso KÖNIG: PrJW. 4, 545; richtig VON SCHLIEBEN: PrJZ. 3, 569; HEINEMANN: ZStW. 15, 78; BELING: Enz. 378; GA. 67, 149f.; KOHLRAUSCH: § 263, 2; HAYMANN: 427.

⁵ PLANCK (Syst. 445f.) meint, wenn auch zweifelnd mit Beziehung auf das geltende Recht, es könnten „präjudizielle Rechtsfragen“ ausgenommen werden, wenn sie schon allein zur Entscheidung führen; so könnte z. B. über das Eigentum beim Diebstahl vorweg abgestimmt werden. Ein solches Verfahren ist unbedenklich; denn die Verneinung dieser einen Frage bedeutet bereits Verneinung der Schuldfrage. Würde die Frage dagegen (im ungünstigen Sinne) bejaht (was sich schon bei der Beratung ergeben müßte), so ist nicht abzustimmen, sondern weiter zu beraten und ordnungsmäßig abzustimmen. PLANCK'S Vorschlag eignet sich für das Geschworenengericht, wenn die sicher vorauszusehende günstige Erledigung der Vorfrage die weitere Verhandlung überflüssig macht; PLANCK beruft sich denn auch auf ein in England übliches Verfahren (446).

⁶ Dies gilt jedoch nur für den Tatrichter, der die Schuld oder Unschuld des Angeklagten feststellen soll, und dessen Aufgabe es nicht ist (wie BELING:

Schließlich ist noch auf einen häufig gelehrten Satz einzugehen, der die Abstimmung nach Gründen rechtfertigen soll: die Notwendigkeit, die Entscheidung zu begründen, fordere, daß nach Gründen abgestimmt werde, weil sonst eine Begründung nicht gegeben werden könne¹. Diese Auffassung verkennt die Bedeutung der Entscheidungsgründe. Es wird noch über die Gründe der Entscheidung, insbesondere des Urteils, zu sprechen sein. Hier nur soviel: das Gericht spricht auf Grund eingehender Beratung die Entscheidung. Diese beruht also auf ganz bestimmten Gründen, über die bei der Beratung verhandelt wurde. Da in der Beratung zutage tritt, welche Gründe für diese oder für jene Entscheidung von den Votanten vorzubringen sind, wird es im allgemeinen nicht schwer sein, die Gründe, die die Mehrheit des Gerichts zu der Entscheidung geführt haben, darzulegen. Wenn aber die Gründe der einzelnen Votanten auseinandergehen, was bei der Totalabstimmung vorkommen kann, so müssen die einzelnen Gründe, und zwar unter Angabe des Stimmverhältnisses, angegeben werden². Nicht um der Gründe willen wird das Gericht tätig, sondern um

GA. 67, 159ff. VON KRIES: 45I entgegenhält), für eine einheitliche Rechtsprechung Sorge zu tragen. Dies ist Aufgabe des Revisionsgerichts. Unrichtig ROSENFELD: DStrPrR. I 31 (Göschel). Über die Abstimmung im Revisionsgericht s. BELING: GA. 67, 159ff.; LOEWE-ROSENBERG: § 352, 4; BINDING: Abh. II 152 Anm. 23.

¹ Dieses Argument führen fast alle Vertreter der Abstimmung nach Gründen an: DE FONTENAY: 21f.; WALTHER: CrimA., N. F., 2. Abschn. 1857, 254; FRANKE: HannMag. VIII 69; MITTERMAIER: Mündl. 411; CrimA., N. F. 1844, 312ff.; Gesetzg. 575, dessen ständige Besorgnis um die Gründlichkeit der Urteilsfindung nichts anderes ist als die Sorge um eine gründliche Begründung. — Diese Argumentation hängt eng mit der Begründung zusammen, die Logik erfordere die Abstimmung nach Gründen. Beide dürften ihre Erklärung in der im vorigen Jahrhundert herrschenden rein rationalistischen Auffassung des Judizierens haben, über die schon, unter Berufung auf ISAY, gesprochen wurde. — Übrigens sind alle Vertreter der Abstimmung nach Gründen darin einig, daß nur die objektiven Entscheidungsgründe in ihre einzelnen Tatbestandsmerkmale aufgelöst zur Abstimmung gebracht werden könnten, daß dagegen über die subjektiven Entscheidungsgründe, d. h. die Beweggründe des einzelnen Richters, nicht gesondert abgestimmt werden könne, weil es keine gesetzlichen Beweisregeln gebe, sondern die Richter die Beweise nach ihrer freien Überzeugung zu würdigen haben. So VON BAR: KritV. 10, 470; SCHWARZE: GerS. 7, 98; SACHSE: ZStW. 49, 313.

² Diese Möglichkeit ziehen die meisten Vertreter der Gründeabstimmung überhaupt nicht in Betracht. Sie verlangen fast alle wahrheitsmäßige Begründung, einige unter Hinweis auf die Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde (wie FRANKE: HannMag. VIII 69; DE FONTENAY: 21f.; MITTERMAIER: Mündl. 411, 419; CrimA., N. F. 1844, 312f.; Gesetzg. 575; CrimA., N. F. 1854, 149; OPPENHOFF: 214, 3), glauben aber, daß eine wahre Begründung nur gegeben werden könne, wenn nach Gründen abgestimmt werde, weil die Gründe einheitlich sein müßten; als wenn eine ästhetische Notwendigkeit diese Einheitlichkeit fordere. Vgl. die Genannten, ferner PLATHNER: Reform 2, 297. DOCHOW hält zwar die Abstimmung über das Endergebnis für richtig, sieht aber, bei Verschiedenheit der Gründe der einzelnen, keinen andern Ausweg, als durch Einzelabstimmung zu einer Begründung zu gelangen (28). Richtig WALDECK: NPrA. 7, 461; HAYMANN: 413f.

der Entscheidung willen¹ ². Es hieße die richterliche Aufgabe verkennen, wenn man um der, nirgends vorgeschriebenen³, Einheitlichkeit der Entscheidungsgründe willen, die doch nur eine formale, äußerliche wäre, ein Resultat erzielen wollte, das auf gesetzwidrige Weise gefunden wäre. Dies gilt für freisprechende wie für verurteilende Erkenntnisse. Im einzelnen wird über diese Fragen an anderer Stelle ausführlich zu reden sein.

Es wurde nun schon früher und wird auch heute wieder behauptet, daß, wenn die Mehrheit der Richter verurteilen will, aber aus verschiedenen Gründen, nicht nach dem Ergebnis, sondern nach Gründen abgestimmt werden müsse. Die Vertreter dieser Ansicht, schon VON BAR⁴ und neuerdings SACHSE⁵, stellen sich aber dabei mit der im übrigen von ihnen selbst ausgesprochenen Beurteilung der kollegialen Rechtsprechung in Widerspruch. Sie meinen, wenn die Mehrheit über die Gründe der Verurteilung nicht einig sei, bestünde eine Unsicherheit, die gemäß dem Satze in dubio pro reo zur Freisprechung führen müsse⁶. Einmal besagt der Satz in dubio pro reo, wie beiläufig zu erwähnen schon Gelegenheit war, nur, daß ein unsicheres Ergebnis der Beweisaufnahme zugunsten des Angeklagten aufzunehmen ist, weil ihm die Schuld bewiesen werden muß. Sodann läuft jener Ansicht die abzulehnende anthropomorphistische Vorstellung vom Kollegium unter, welche Dissens über einzelne Gründe derselben Entscheidung als Zweifel an dem Gesamtergebnis gelten lassen will. Es können hier nur die schon gemachten Ausführungen über diese Auffassung wiederholt werden: der einzelne Votant ist für seine Entscheidung verantwortlich; er kann nicht über ihre Gründe entscheiden. Das Gesetz verlangt vom Richter nicht Entscheidung einzelner Tat- und Rechtsfragen, sondern die Entscheidung der Schuldfrage; die Tat- sowohl wie die Rechtsfrage muß sich jeder Votant selber beantworten.

§ 11. Die Abstimmungsmethode im Zivilprozeß.

Während die Grundlage des Strafprozesses ein antisoziales Verhalten eines Mitgliedes der Gemeinschaft bildet, und sein Ziel ist, ein solches Verhalten fernerhin zu verhüten, nimmt der Zivilprozeß seinen Ausgang von einem Streit zweier Gemeinschaftsmitglieder über die Abgrenzung

¹ Soweit richtig BINDING: Abh. II 149.

² Daher erwachsen auch nicht die Gründe, sondern die Entscheidung in Rechtskraft, worauf schon WALDECK (463) hinweist.

³ Was SACHSE (ZStW. 49, 309) nur für freisprechende Urteile gelten läßt.

⁴ KritV. 10, 480. — Auch GRIESEBACH gehört hierher, wenn er trotz de lege lata für richtig gehaltener Totalabstimmung eine Abstimmung über die Richtigkeit des Erkenntnisses empfiehlt (HannMag. 8, 289), ebenso MITTERMAIER: CrimA. 1854, 150; ORTLOFF: GA. 9, 19.

⁵ ZStW. 49, 312f. unter Bezugnahme auf die auch bei HEINEMANN (ZStW. 15, 58 Anm. 49) abgelehnte Ansicht des Norwegers SCHWEIGAARD in seinem Buch Den norske Proces 2, 3. Ausg., Christiania 1883. — Entsprechend für den Zivilprozeß BOLGIANO: CIVA. 78, 148.

⁶ Der „favor defensionis“ führt VOITUS (Kontr. II 449) dazu, im gegen teiligen Falle der Meinungsverschiedenheit über die Freisprechungsgründe nach dem Ergebnis abstimmen zu lassen. Hierfür gilt das Entsprechende wie im Text. Andere verwenden den Satz in dubio pro reo ganz allgemein zur Rechtfertigung der Totalabstimmung; so WITTERN: 11.

ihrer privaten Interessensphären¹. Die Allgemeinheit hat kein unmittelbares Interesse daran, festzustellen, wie die Abgrenzung zu erfolgen habe; denn der Streit berührt nicht ihren Bestand. Die Tatsache des Streites bringt aber die Gefahr mit sich, daß die Streitenden miteinander den Kampf um ihr Recht in einer Weise austragen, die den sozialen Frieden stört. Daher nimmt die staatliche Gemeinschaft die Schlichtung solcher Streitigkeiten selber in die Hand, verbietet die Selbsthilfe und stellt den Parteien im Zivilprozeß eine Einrichtung zur Verfügung, die die Schlichtung des Streites nach Maßgabe der Normen des bürgerlichen Rechts herbeiführen soll.

Wenn der Staat aber nur den friedlichen Austrag privater Streitigkeiten sichern will, so kann ihm nichts daran gelegen sein, daß der wahre, dem Streit zugrunde liegende Sachverhalt aufgeklärt werde; der Zivilprozeß wird daher von der sog. Verhandlungsmaxime beherrscht.

Die Aufgabe des Zivilgerichts ist es, unparteiisch die Führung des Streites zu überwachen und schließlich zwischen den Parteien festzustellen, wer von beiden recht hat.

Diese Stellung des Zivilgerichts als eines unparteiischen Beurteilers, dem der Streit von beiden Parteien vorgetragen wird, vor dessen Auge sich der Streit abspielt, bestimmt die Art der Abstimmung im zivilrichterlichen Kollegium².

Als Kampf besteht der Prozeß aus Angriff und Verteidigung und den zu diesen Zwecken verwendeten Mitteln. Wenn das Gericht feststellen soll, wer in dem Kampfe Sieger ist, dann muß es die Wirkung der einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmittel prüfen. Der Sieg fällt der Partei zu, welche die wirksamsten Mittel ins Feld geführt hat. Welche Partei siegreich geblieben ist, läßt sich also erst feststellen, wenn über die Wirksamkeit der Kampfmittel entschieden worden ist. Will das Kollegialgericht entscheiden, muß es demnach der Reihe nach die

¹ Die im Rahmen dieser Abhandlung unternommenen Versuche, das Wesen des Straf- und des Zivilprozesses zu bestimmen, beschränken sich auf die grundlegenden und typischen Merkmale beider Prozeßarten. So wenig wie im Strafprozeß auf besondere Verfahrensarten eingegangen werden konnte, so wenig können Fälle berücksichtigt werden, in denen ein öffentlichrechtlicher Anspruch im Zivilprozeß geltend gemacht wird. -- Ferner liegt es nicht im Rahmen dieser Arbeit, auf Streit- und Zweifelspunkte zu jenem Gegenstande einzugehen. Es muß genügen, die jedem erkennbaren sozialen Grundfunktionen festzustellen.

² Vielleicht schwebt der gleiche Gedanke SCHEPERS vor, wenn er NPrA. II, 144 zu einer verschiedenen Beurteilung der Abstimmung im Strafprozeß und im Zivilprozeß gelangt, weil im ersteren „eine Tatsache“, im letzteren „ein Ensemble von ineinandergreifenden Rechtsnormen, die selbständige Wirkungen äußern“, Gegenstand richterlicher Beurteilung sei. Allerdings hält SCHEPERS im damals geltenden preußischen Recht die Totalabstimmung auch für den Zivilprozeß für die richtige Methode (146).

Fragen sich vorlegen, ob der Kläger mit seinen Angriffs- oder der Beklagte mit seinen Verteidigungsmitteln durchgedrungen ist^{1 2}. Die Endentscheidung, Verurteilung oder Abweisung, ist dann lediglich die Folge der gesamten Vorentscheidungen³.

Jedoch ist eine Einschränkung zu machen. Der Begriff des Angriffs- oder Verteidigungsmittels ist sehr weit. Man versteht darunter „Prozeßhandlungen, die zum Zwecke der inhaltlichen Bestimmung der richterlichen Entscheidung vorgenommen werden“⁴, oder, anders ausgedrückt, „Rechtsbehelfe, deren sich eine Partei bedienen kann, um ihrem Angriff oder ihrer Verteidigung zum Erfolge zu verhelfen“⁵; es werden dazu Behauptungen aller Art, materiellrechtlicher und prozeßrechtlicher Natur, gerechnet⁶. Es ist oben dargelegt worden, daß es mit dem Wesen und der Aufgabe des Kollegialgerichts nicht vereinbar wäre, wenn das Gericht über die Prämissen eines Syllogismus, also über Unter- und Obersatz einer rechtlichen Schlußfolgerung, Tat- und Rechtsfragen, gesondert abstimmte. Diesem ganz allgemein aufgestellten Grundsatz würde es widersprechen, wenn im Zivilprozeß eine gesonderte Abstimmung über jedes Angriffs- oder Verteidigungsmittel tatsächlicher oder rechtlicher Art zulässig wäre. Das Gericht soll weder bloß Tatsachen

¹ So richtig WIARDA: HannMag. 8, 182; KOCH: PrCpr. 325; Freiherr VON GROSS: AllgDStrRZ. 7, 209 gegen ZACKE. KLEINFELLER: Lehrb. 226ff. Sachlich übereinstimmend RINTELEN: CPr. 872. Wie hier PLANCK: CPr. I 159ff., der auf die in der Rechtsgeschichte stets hervorgetretene Eigenart des deutschen Rechts hinweist, die Endentscheidung aus einer Reihe bindender Vorentscheidungen zu folgern. — A. A. VON SCHLIEBEN: PrJZ. 3, 570; GRÄVELL: AGO. 1, 676f.; WALDECK: NPrA. 7, 460; ZACKE: 52f., die alle über das Endergebnis abstimmen wollen. Die Motive des PrE. von 1864 stellen die Abstimmung nach Gründen als Prinzip auf, überlassen es jedoch der Wissenschaft, die Konsequenzen daraus zu ziehen (74).

² Dazu gehört auch, daß die behaupteten Tatsachen bewiesen sind. Die Beweislastverteilung ist deshalb erst eine Folge der Streitnatur des Zivilprozesses. Daher hat die Verteilung der Beweislast unmittelbar keinen Einfluß auf die Abstimmungsmethode. Anders BELING: ZStW. 42, 614, und mit Bezug auf die Verhandlungsmaxime (die nur die Streitnatur zum Ausdruck bringt) BELING: ZStW. 37, 376 Anm. 8.

³ Ist aber als solche nicht Willensentscheidung, weil sie nicht „durch“ die Abstimmung, sondern „auf Grund“ der Abstimmung erfolgt (so unterscheidet richtig GERLAND: 284); sie soll es nach ihrem Sinn und Zweck auch nicht sein, wie gezeigt wurde. Übereinstimmend betont auch BELING, daß unter Entscheidung im Sinne der Abstimmungslehre nicht formell das zu Verkündende, das Ergebnis, zu verstehen sei: ZStW. 42, 613. Das Zivilgericht hat den Rechtsfall also nicht als Einheit aufzufassen. Wenn VON SCHLIEBEN (PrJZ. 3, 571) und SILBERSCHLAG (PrAnwZ. 4, 186, 188) dies schlechthin behaupten, so verkennen sie den Unterschied zwischen der Aufgabe des Zivil- und des Strafgerichts.

⁴ STEIN-JONAS: § 146 I.

⁵ SCHOLLMEYER: 48.

⁶ STEIN: a. a. O.

feststellen noch reine Rechtsfragen beantworten, sondern soll feststellen, was in dem vorgetragenen Sachverhalt Rechtens ist¹. Das Gericht darf also nur insoweit gesondert über Angriffs- und Verteidigungsmittel abstimmen, als der Erfolg des Streitmittels durch Subsumtion des Vorbringens unter einen Rechtssatz, materieller oder prozessualer Natur, festgestellt werden muß. Damit wird für die Abstimmung die kaum abgrenzbare Menge der Angriffs- und Verteidigungsmittel zu einzelnen bestimmten Gruppen zusammengefaßt, derart, daß jede Gruppe von Kampfmitteln die Elemente eines Rechtssatzes des materiellen oder Prozeßrechts bildet. Diese Gruppen hebt das Gesetz besonders hervor: es sind die von der Zivilprozeßordnung sog. selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel², über die gesondert verhandelt werden kann (§ 146 ZPO.), und über die früher durch Zwischenurteil entschieden werden konnte (§ 303 ZPO. in der Fassung vom 20. Mai 1898). Diese Vorschriften bringen die prozessuale Bedeutung der selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel, wie sie hier gezeigt wurde, deutlich zum Ausdruck³, und können daher auch als Anzeichen für die Richtigkeit der hier entwickelten Abstimmungs-methode verwertet werden⁴.

Diese Methode, nach einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmitteln abzustimmen, ist nicht gleichbedeutend mit der Abstimmung nach Gründen⁵. Denn die Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nicht Obersatz oder Untersatz des Syllogismus, sondern sind Rechtsbehelfe⁶ und stellen selber den Gegenstand eines Syllogismus dar. Die Partei bringt Tatsachen vor, die nach ihrer Meinung geeignet sind, ihrem Angriff oder ihrer Verteidigung zum Siege zu verhelfen. Jeder Richter subsumiert die Tatsachen unter das Gesetz und bildet sich seine Meinung darüber, ob der erstrebte rechtliche Erfolg erreicht wird oder nicht. Darauf stellt der Vorsitzende die Frage an das Kollegium, ob das Streit-

¹ A. A. KOCH: PrCPr. 325. Richtig PLANCK: CPr. I 161.

² §§ 146, 289, 461. Vgl. STEIN-JONAS: a. a. O.; SCHOLLMAYER: 60. — Es ist bestritten, ob die selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel auch prozeßrechtliche Tatbestände umfassen (wie hier STEIN-JONAS: a. a. O.; A. A. SCHOLLMAYER: 60). Für die Abstimmung ist diese Frage ohne Bedeutung, weil über prozeßrechtliche Vorfragen, wie im Strafprozeß, stets gesondert abzustimmen ist; die Frage der Abstimmungs-methode betrifft ja nur die Sachentscheidung.

³ Sie ist durch die Novelle v. 13. Mai 1924 im Grunde nicht berührt worden; denn die Abschaffung des Zwischenurteils erfolgte nur im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens, vgl. GOLDSCHMIDT: ZPO. Einl. III pr. i. V. m. 3c.

⁴ So HEINEMANN: 38; PLANCK: CPr. I 161ff.; anscheinend auch SCHMIDT: 181.

⁵ Das verkennt ZACKE: 52f. Nicht richtig auch BOLGIANO: Civa. 78, 150.

⁶ Vgl. SCHOLLMAYER: Definition 48, 60.

mittel Erfolg habe, und läßt abstimmen¹. Es darf daher, wenn z. B. über den vom Gegner bestrittenen Klagegrund abgestimmt wird, nicht getrennt darüber gestimmt werden, ob die begründenden Tatsachen bewiesen seien², sodann darüber, welcher gesetzliche Tatbestand von diesen Tatsachen erfüllt werde³; das gleiche gilt bei den Einreden⁴ und Repliken und den sonstigen selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln.

Auch in diesem Teile der Untersuchung muß darauf verzichtet werden, alle Möglichkeiten der Abstimmung zu prüfen⁵. Die Stellung der Literatur ist schon im Verlauf der Darlegung mitgeteilt worden⁶. Es ist nur noch kurz auf einige abweichende Ansichten einzugehen. Manche Autoren suchen die Notwendigkeit der Abstimmung nach Elementen aus dem Erfordernis der Urteilsbegründung herzuleiten. Hier sind vor allem PFIZER⁷, VON LANG⁸ und STEIN-JONAS⁹ zu nennen¹⁰. Auch wird zuweilen

¹ Das Zivilgericht ist ebenso für seine Entscheidung verantwortlich wie das Strafgericht. Nur haben die Entscheidungen einen andern Inhalt gemäß der anderen Aufgabe des Zivilgerichts. Jede Teilentscheidung stellt eine Rechtsfolge fest. Für die Richtigkeit, d. h. Rechtsgemäßheit, dieser Feststellung ist das Gericht voll verantwortlich. Von einer Mitverantwortung der Parteien zu sprechen, wie BELING: ZStW. 37, 376, dürfte etwas schief sein; denn das Vorbringen der Parteien bildet zwar die alleinige Verhandlungs- und Entscheidungsgrundlage; aber für die auf dieser Grundlage gefundene Entscheidung ist das Gericht voll verantwortlich, und nur das Gericht.

² Daß über die subjektiven Beweisgründe abzustimmen sei, wird nirgends behauptet, sogar vielfach ausdrücklich verneint, so: PFIZER: ZZP. 15, 379; VON LANG: ZZP. 26, 77; HELLMANN: CPr. 211; SCHMIDT: 181; KLEINFELLER: Lehrb. 227; HEINEMANN: 40. — Ob die objektiven Entscheidungsgründe, über die allein abzustimmen ist, mit den von SAVIGNY sog. Elementen des Urteils gleichgesetzt werden können, ist nicht ganz sicher, vgl. SAVIGNY: Syst. 6, 358ff., 361, 362, soll aber nicht weiter untersucht werden.

³ A. A. WIARDA: HannMag. 8, 182 für das damals geltende Recht (§ 350 BürgPrO.); MITTERMAIER: CivA. 14, 420; PFIZER: ZZP. 15, 374f.; VON LANG: ZZP. 26, 69; HELLMANN: CPr. 211; VON WILMOWSKY-LEVY: § 196 GVG. 1; KLEINFELLER: Lehrb. 227; anscheinend auch STEIN-JONAS: § 309 I 3.

Richtig Freiherr VON GROSS: AllgDStrZ. 7, 209; HEINEMANN: 38; PLANCK: Lehrb. I 159ff. Nicht klar SCHMIDT: 181.

⁴ Im Sinne der ZPO. (§ 146).

⁵ In den oben gegebenen Beispielen sind folgende Abstimmungen richtig: in § 6a die unter 6b, 7a, 8b β , in § 6b die unter 10b β , 11b β , 12b β genannten. An den Beispielen 7a, 10b, 11b, 12b zeigt sich, daß, wenn nur ein einziges selbständiges Angriffsmittel und überhaupt kein solches Verteidigungsmittel vorgebracht wird, die Abstimmung einer Totalabstimmung gleichkommt.

⁶ Rechtsprechung über die Abstimmung in Zivilsachen ist nicht bekannt geworden.

⁷ ZZP. 15, 367.

⁸ ZZP. 26, 75, 78.

⁹ § 309 I 3; auch MITTERMAIER (CivA. 14, 408ff.) gehört hierher.

¹⁰ Ferner HELLMANN: Lehrb. 2, 66ff.; Syst. 1, 83f.

die Totalabstimmung für die im Zivilprozeß anzuwendende Methode erklärt, aber doch wegen des Zwanges, die Entscheidung zu begründen, eine nachfolgende Abstimmung für erforderlich gehalten, die unter Umständen das zuerst gefundene Ergebnis wieder umwirft¹. Zur Widerlegung dieser Meinung wird auf die Ausführungen Bezug genommen, die zur Bekämpfung der entsprechenden Meinung für den Strafprozeß gemacht wurden²; denn die Bedeutung der „Gründe“ der Entscheidung ist in beiden Prozeßarten die gleiche.

Eine besondere Meinung vertritt wieder VON BAR³. Er meint, es müsse grundsätzlich über jedes selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel (Klaggrund, Einrede, Replik) in toto abgestimmt werden. Da jedoch die so gefundene Entscheidung, wenn sie auf Verurteilung laute, keine „Gewähr der Solidität“ besitze, sobald die einzelnen Beweis- und Rechtsfragen verschieden beantwortet würden, müsse über jede dieser Fragen noch besonders abgestimmt werden und das Resultat nötigenfalls danach geändert werden. Wie VON BAR die entsprechende Ansicht für den Strafprozeß mit dem Satze in dubio pro reo begründete, so meint er, daß in solchen Fällen im Zivilprozeß ebenfalls eine Unsicherheit bestünde, die nach Maßgabe der Beweislastregeln mit der „kombinierten“ Abstimmung zu einem non liquet führe⁴. Diese Lehre leidet an der Verkenning der kollegialgerichtlichen Zusammenarbeit und der Bedeutung der Entscheidungsgründe; es kann auf die früheren Ausführungen dazu Bezug genommen werden.

D. Die Wirkungen des Beratungsgeheimnisses im Revisionsverfahren.

§ 12. Die Art der in der Beratung und Abstimmung möglichen Rechtsverletzungen.

Nach dieser Darstellung der Abstimmungsmethode hat die Untersuchung sich wieder ihrem eigentlichen Gegenstand zuzuwenden: dem Beratungsgeheimnis, und zwar nunmehr der Frage, welche Grenzen der bereits nach Inhalt und grundsätzlichem Umfang gekennzeichneten Schweigepflicht des Richters zu setzen sind.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß das Beratungsgeheimnis nicht nur die Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Rechtsprechung sowie die Autorität des erkennenden Gerichts zu gewährleisten geeignet ist, sondern daß es andererseits auch, bei uneingeschränkter Geltung, die Verdeckung eines rechtswidrigen Verhaltens ermöglicht und sich damit zu einer Gefahr für die Rechtspflege auswachsen kann, wenn es keine Möglichkeit der Remedur gibt. Es war auch schon Gelegenheit, anzudeuten, welche Fälle eines ungesetzlichen Verhaltens bei der Be-

¹ GRÄVELL: AGO. I, 676f., 677f.

² Siehe oben S. 47f.

³ Recht und Beweis im CPr., 180f.

⁴ a. a. O. 181.

ratung und Abstimmung möglich sind¹; sie sollen jetzt im einzelnen erörtert werden, und zwar zunächst solche, die eine Änderung der gefundenen Entscheidung zu veranlassen imstande sind.

Eine Änderung der Entscheidung ist dann möglich, wenn ein Revisionsgrund gegeben ist², mit anderen Worten, wenn die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 337 StrPO. §§ 549, 550 ZPO.). Die Verletzung kann ein Verstoß gegen das materielle oder das Prozeßrecht sein. Das materielle Recht ist verletzt³, wenn das Gericht den festgestellten Sachverhalt dem gesetzlichen Tatbestand unrichtig subsumiert hat; das Prozeßrecht ist verletzt, wenn das Gericht entweder eine Prozeßvoraussetzung irrig als gegeben angesehen oder eine die Leitung, Führung oder Entscheidung des Prozesses betreffende wesentliche Vorschrift außer acht gelassen oder unrichtig angewendet oder endlich tatsächliche Feststellungen auf gesetzwidrige Erwägungen oder Grundsätze, unter Mißachtung des pflichtmäßigen Ermessens, gestützt hat.

Die Frage, ob materielles oder prozessuales Recht verletzt wurde, ist für die hier vorzunehmende Untersuchung nicht von grundsätzlicher oder entscheidender Bedeutung. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Inhalt der Abstimmung, also das einzelne Votum, betreffe es nun eine materiellrechtliche oder eine prozeßrechtliche Frage, oder ob der Hergang der Abstimmung, also ein Verfahren, das Gesetz verletzt hat. Beide Fälle sind gesondert zu untersuchen. Da die Nachprüfung der Entscheidung durch das Revisionsgericht, abgesehen vom Verhandlungsprotokoll, ihre Grundlage hauptsächlich in den Gründen des angefochtenen Urteils findet, soll im folgenden zunächst ermittelt werden, welche Grenzen dem Beratungsgeheimnis im Urteil, insbesondere in den Entscheidungsgründen, gezogen sind.

I. Das Beratungsgeheimnis und die Urteilsgründe.

1. Bei möglicherweise unrichtigem Inhalt der einzelnen Stimmen.

§ 13. Das Beratungsgeheimnis und die Gründe des Strafurteils.

Von den beiden Arten möglicher Rechtsverletzungen in der Entscheidung ist einmal der Fall ins Auge zu fassen, daß ein Richter, dessen Stimme für das Zustandekommen der Entscheidung den Ausschlag gab,

¹ Auszuscheiden sind, wie nochmals zu betonen ist, die strafrechtlich, disziplinarisch oder bürgerlichrechtlich zu verfolgenden Verstöße, die nur bei Gelegenheit der Beratung begangen werden.

² Von der Möglichkeit der Wiederaufnahme ist vorläufig abzusehen. -- Siehe unten §§ 20a, 21d.

³ Zur Revisibilität vgl. KOHLRAUSCH: § 337, 2 StrPO.

Tatsachen unrichtig subsumierte oder von einer irrigen Auffassung der Rechtsbegriffe geleitet wurde, ohne daß seine Meinung in den Urteilsgründen zum Ausdruck gelangt, wenn nicht das Beratungsgeheimnis verletzt werden soll.

a) Die bei der Abstimmung laut gewordenen Meinungen der einzelnen Richter werden als solche grundsätzlich nicht aktenkundig gemacht¹; nur die Ansicht der gesetzlichen Mehrheit, die die Entscheidung trägt, wird festgelegt in der Urteilsformel und in den Urteilsgründen.

Die Entscheidung, der Tenor, ist zwar das Ergebnis der Abstimmung; er enthält aber keinerlei Angaben über die Zahl der die Entscheidung tragenden Stimmen².

Die Beratung ist die Grundlage der Abstimmung und liefert den Inhalt der Urteilsbegründung insofern, als die bei der Beratung angestellten Erwägungen durch den Ausfall der Abstimmung Billigung gefunden haben. Über die verschiedenen laut gewordenen Meinungen und die Stimmzahl verlautet nichts³; das Abstimmungsgeheimnis verbietet es.

Gegenstand der Untersuchung sollen zunächst die Urteile in Strafsachen sein.

Das Gesetz gibt Richtlinien dafür, was in die Gründe der Strafurteile aufzunehmen ist.

Die Begründung des verurteilenden Erkenntnisses hat die für erwiesen erachteten Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, oder die Indizien, aus denen auf das Vorhandensein jener Tatsachen geschlossen wird, anzugeben, mit anderen Worten: es muß in den Gründen die Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz vorgenommen werden (§ 267 Abs. 1 StrPO.).

16. Beispiel. Verfahren wegen Betrug.

A: § 263, B: § 263, C: § 263; oder

A: § 246, B: § 263, C: § 263.

Der Angeklagte wird hier wegen Betrug verurteilt und die Entscheidung aus § 263 StrGB. begründet, weil die Beurteilung der Tat als Betrug die erforderliche Mehrheit erlangt hat.

In den Gründen des freisprechenden Urteils ist anzugeben, ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist (§ 267 Abs. 5 StrPO.).

17. Beispiel. Körperverletzung.

A: § 223, B und C: Identität nicht erwiesen; oder

A, B, C: Identität nicht erwiesen.

¹ Über Ausnahmen siehe unten b.

² Anders in gewisser Weise aStrPO. § 307 Abs. 2.

³ Es ist nicht nötig, in der Mitteilung des Tenors und der Entscheidungsgründe bereits eine Durchbrechung des Beratungsgeheimnisses zu erblicken, wie es BELING (StrPr. 253 VI) will. Der Begriff der richterlichen Schweigepflicht umfaßt nur die Vorgänge der Beratung und Abstimmung, nicht aber ihr Ergebnis. Vgl. § 198 GVG.

Der Angeklagte wird freigesprochen, das Erkenntnis damit begründet, daß die Identität des Angeklagten mit dem Täter nicht festgestellt sei.

In den soeben mitgeteilten Beispielen — sie stellen den praktischen Regelfall des Stimmverhältnisses sowohl bei dem verurteilenden wie auch bei dem freisprechenden Erkenntnis dar — war es nicht zweifelhaft, was als Begründung der Entscheidung anzugeben sei¹, und ebensowenig zweifelhaft, daß ein Grund, Angaben über die bei der Beratung laut gewordenen Stimmen der Minderheit zu machen, nicht vorlag; denn die Urteilsgründe gaben die Meinung der Mehrheit des Gerichts wieder. Es verbleibt somit bei der Befolgung des Grundsatzes, daß die Beratungs- und Abstimmungshergänge im Urteil zu verschweigen sind.

Es gibt jedoch Fälle, in denen es wegen der Verschiedenheit der Begründung desselben Erkenntnisses zweifelhaft ist, was als Grund des Spruches in die Urteilsgründe aufzunehmen ist. Und zwar gilt dies für freisprechende und für verurteilende Erkenntnisse; denn auch bei den letzteren sind Abweichungen in der Begründung einzelner Tatbestandsteile möglich^{2 3}. Wie die zur Erläuterung der Abstimmungsmethode gegebenen Beispiele zeigten, kann ein von der Mehrheit gewolltes Ergebnis auf verschiedenen Gründen beruhen. Alle Richter wollen freisprechen, verneinen aber die Schuldfrage aus verschiedenen Gründen, tatsächlichen oder rechtlichen. Für den letzteren Fall noch zwei Beispiele:

18. Beispiel. Betrug eines jugendlichen Angeklagten.

A: § 263, nicht § 3 JGG.

B: Nicht § 263, weil keine Irrtumserregung.

C: Schuld durch § 3 JGG. ausgeschlossen.

19. Beispiel. Totschlag.

A, B, C: § 212; D, E, F: § 51; G, H, I: § 53.

Was soll in Fällen, wie den beispielsweise mitgeteilten⁴, als Grund der Entscheidung in den Urteilsgründen angegeben werden?

Nach der allgemeinen Vorschrift des § 34 StrPO. sind Entscheidungen in Strafsachen dann mit Gründen zu versehen, wenn sie durch ein Rechtsmittel angefochten werden können, oder wenn durch sie ein Antrag abgelehnt wird. Die schriftlich abgefaßten und zu den Akten gegebenen Entscheidungsgründe werden den Betroffenen mitgeteilt,

¹ Richtig SACHSE: ZStW. 49, 308.

² Siehe oben § 6a Beispiel 2. — Wie SACHSE (a. a. O. 311) feststellt, beziehen sich die in der Literatur und der Judikatur besprochenen Fälle sämtlich auf die andere Gruppe.

³ Daß in den Fällen, in denen die Richter sich über den zutreffenden gesetzlichen Tatbestand nicht einigen können, der Angeklagte nicht verurteilt wird, wurde schon nachgewiesen.

⁴ Hierher gehören auch die oben gegebenen Beispiele 1, 3, 4, 5 in § 6a.

und zwar, wenn die letzteren beim Ergehen der Entscheidung anwesend sind, durch Verkündung, sonst durch Zustellung (§ 35 StrPO.).

Die besondere Vorschrift des § 267 Abs. 4 StrPO. gestattet, die Urteilsgründe auf einen nahezu formelmäßigen Bericht einzuschränken, wenn alle Beteiligten auf Rechtsmittel verzichtet haben; §§ 316 Abs. 2, 343 Abs. 2 StrPO. schreiben vor, daß im Falle der Einlegung der Berufung oder der Revision dem Beschwerdeführer das Urteil mit den Gründen zuzustellen ist¹.

Aus all diesen Vorschriften folgt, daß ein wichtiger Zweck der Entscheidungsbegründung der ist, dem Rechtsmittelgericht die Anhaltspunkte zu geben, deren es bedarf, um die angefochtene Entscheidung nachzuprüfen²; die Zustellung der Urteilsgründe in den genannten Fällen der §§ 316, 343 bezweckt, dem Beschwerdeführer die Begründung des Rechtsmittels zu erleichtern.

Das Erfordernis, die Entscheidung in den Fällen der Ablehnung eines Antrages mit Gründen zu versehen sowie stets die Gründe den Beteiligten zu eröffnen, hat keine prozessuale Bedeutung, sondern ist, wie die Bestimmung des § 268 StrPO., die die Eröffnung der Urteilsgründe am Schlusse der Verhandlung nach der Verlesung der Urteilsformel fordert, zu erklären aus dem das ganze heutige Strafverfahren beherrschenden Grundsatz der Parteienöffentlichkeit. Dieser Grundsatz erfordert, daß die Gerichte die Gründe ihrer Entscheidungen offenlegen, insbesondere, wenn diese einem der Beteiligten Nachteil bringen³, was bei der Ablehnung eines Antrages, also auch fast immer bei einem Urteil⁴, der Fall ist. Ein weiterer wesentlicher Zweck der Urteilsbegründung, insbesondere der schriftlichen, ist die Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft. Diesen Zweck erfüllt allerdings nicht so sehr die rechtliche Begründung des Erkenntnisses als vielmehr die sog. Geschichtserzählung, die üblicherweise den eigentlichen Gründen vorangeschickt wird. Die Angabe der Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, darf selbst dann nicht fehlen, wenn alle zur Anfechtung Berechtigten auf Rechtsmittel verzichten (§ 267 Abs. 4 StrPO.).

Aus dem Zweck der Abfassung und Mitteilung der Entscheidungsgründe ergeben sich die Anforderungen, die an ihren Inhalt zu stellen sind.

Die angegebenen Zwecke können nur erreicht werden, wenn die Begründung wahrheitsgemäß ist, d. h. wenn sie angibt, warum die

¹ Auch wenn die Gründe durch Verkündung bereits bekanntgemacht worden waren; aber nicht, wenn die Entscheidung mit Gründen bereits zugestellt worden war (§§ 35, 268 StrPO.).

² Vgl. Mot. 157 (HAHN: StrPO. 210).

³ Vgl. Mot. 30 (HAHN: StrPO. 95): „Erfordernis der Billigkeit.“

⁴ So rechtfertigt es sich daher, daß unanfechtbare Urteile, vor allem auch die des Reichsgerichts, mit Gründen versehen werden. LOEWE-ROSENBERGS Kritik an der Bestimmung des § 34 StrPO. (StrPO. 1 pr.) dürfte daher insoweit unbegründet sein. Vgl. PUCHELT: § 34, 3, auf den jene sich berufen (a. a. O. zu 3). — Daß in den meisten Urteilen der Antrag eines Beteiligten abgelehnt wird, scheint auch GERLAND (289, 2a) zu übersehen.

Entscheidung gefällt wurde; die Entscheidungsgründe sollen die Gründe angeben, die die Entscheidung veranlaßt haben¹. Der Tenor der Entscheidung sagt, wie sie ausfällt, die Gründe geben an, warum sie so ausfällt².

Im folgenden sollen nun die Gründe der revisiblen Urteile Gegenstand besonderer Betrachtung sein. Sie dienen, wie dargelegt wurde, hauptsächlich als Unterlage für das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz, insbesondere der hier allein in Betracht zu ziehenden Revisionsinstanz³. Folglich muß ihr Inhalt dem Revisionsgericht die Möglichkeit geben, die Entscheidung nachzuprüfen⁴. Regelmäßig wird bei der Beratung und Abstimmung eine Ansicht die Billigung der erforderlichen Mehrheit finden. Die Gründe, die diese Mehrheit während der Beratung für die Entscheidung vorzubringen hatte, muß der Vorsitzende am Schlusse der Verhandlung verkünden und der Urteilsfasser, auch wenn er selbst anderer Meinung war, in das Urteil aufnehmen⁵. Die Gründe der überstimmten Minderheit brauchen im allgemeinen nicht aufgeführt

¹ Nur dies. Es ist nicht ihre Aufgabe, Außenstehenden zu beweisen, daß das Urteil auf einer gründlichen und unparteilichen Würdigung der tatsächlichen und rechtlichen Urteilsgrundlagen beruhe, wie BINDING (Abh. II 149) sagt. Wie BINDING ALSBERG: JW. 55, 2165; '59, 762. Die gründliche und unparteiliche Bearbeitung der Sache gehört zu den ersten Amtspflichten des Richters. Es wäre eigenartig, wenn der Richter den von der Entscheidung Betroffenen und anderen durch die Begründung seiner Entscheidung die Erfüllung seiner Amtspflicht zu beweisen suchen wollte. Die Kontrolle seiner Arbeitsweise ist Sache der Dienstaufsichtsbehörde, die allerdings auch die Urteilsgründe benutzen kann, um sich ein Bild von der Arbeitsweise des Richters zu machen. Die Entscheidungsgründe sollen nicht den Richter rechtfertigen, sondern die Entscheidung (so schon ORTLOFF: GA. 9, 20). Die Gründe sind auch nicht eine Garantie der Richtigkeit des Resultats, wie VON BAR (KritV. 10, 480) sagt. Das Gericht folgert das Urteil aus den Gründen; es findet nicht die Begründung des Urteils. Vgl. oben S. 39 Anm. 2. Übereinstimmend mit der hier vorgetragenen, im folgenden noch weiter zu entwickelnden Auffassung: RGJW. 59, 558f., wo gesagt wird, daß die Unterschrift der Richter unter dem Urteil bezeugen solle, daß die Urteilsgründe mit den Ergebnissen der Beratung übereinstimmen.

² Richtig HEINEMANN: ZStW. 15, 243; BELING (StrPrR. 254) bringt den Gegensatz auf die Formel: quid-cur.

³ Diese, die wichtigste Bedeutung der Entscheidungsgründe, folgt auch aus ihrer Geschichte. Siehe oben S. 32 Anm. 3.

⁴ Diese Funktion hebt GLASER (Handb. 2, 583) hervor.

⁵ BINDING (Abh. II 149) sagt, die Gründe für richterliche Entschlie-ßungen, die auf Totalabstimmung beruhten, könnten erst nach der Entschlie-ßung festgestellt werden, und zwar durch Kollegialbeschluß (150). BINDING übersieht offenbar, daß der Abstimmung eine eingehende Beratung vorauszugehen hat, in der die Gründe der Voten bereits vorgetragen werden. Durch die Abstimmung werden die Gründe der Mehrheit zu Urteilsgründen, während die der Minderheit mit ihren Voten fallen.

zu werden¹, sie kommen höchstens als zu widerlegende Zweifelsgründe in Betracht². Nach ROSENFELD³ sollen die Gründe ein „objektives Referat über die Art des Zustandekommens des verkündeten Urteils“ sein⁴. Diese Definition ist nicht ganz genau. Man ist versucht, unter „Art des Zustandekommens“ auch oder sogar nur die formelle Seite des Zustandekommens zu verstehen, während doch grundsätzlich nur die materielle Seite⁵, der Inhalt der Stimmen, darunter verstanden werden darf; denn über die Art der Abstimmung, das Verfahren und die Stimmenzahl, darf grundsätzlich nichts verlauten, und „jede publizierte Entscheidung hat die Präsomtion für sich, gesetzlich zustande gekommen zu sein“⁶. Die Gründe als Gründe der vermuteten Mehrheit müssen aber wahrheitsgemäß sein; dies allein meint wohl ROSENFELD, und darin ist ihm beizustimmen.

b) Nach diesen Feststellungen wird sich auch die oben gestellte Frage beantworten lassen, was in die Urteilsgründe zu schreiben sei,

¹ SACHSE: ZStW. 49, 310.

² Wenn auch nicht mehr in der schwerfälligen Form, wie sie von den alten Juristenfakultäten und Schöppenstühlen vielfach beobachtet wurde, die seit etwa 1700 die rationes dubitandi den rationes decidenti voranschickten. Vgl. STÖLZEL: Entwickl. d. gel. Richtert. 200 Anm. 73 i. V. m. 227 Anm. 176; Entwickl. d. gel. Rspr. I 518; SAVIGNY: Syst. 6, 371 Anm. a. Die preussischen Prozeßgesetze forderten ausdrücklich Zweifelsgründe und Entscheidungsgründe nur für die Relationen und Korrelationen: Art. 54 Allg. Ordn. die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend v. 21. Juni 1713 (MYLIUS: II, 1 Nr. CXXXI; AGO. § 7 I 13, §§ 53, 56 III 3.

³ ReichsStrPrR. 153. Ebenso BELING: ZStW. 37, 384.

⁴ Dagegen wendet sich BINDING: Abh. II 149 Anm. 15. Er sagt daselbst 149, es würde kein Gericht Bedenken tragen, triftigere Gründe, die ihm nach Fällung des Urteils einfielen, zur Begründung zu verwerten. Das Gesetz verlangt vom Gericht, daß es die Sache so gründlich berät, daß es alle für und wider die Entscheidung sprechenden Umstände erwägt. Wenn es praktisch im Einzelfall oft anders gehandhabt wird, und die genaue Begründung dem Urteilsfasser überlassen bleibt, so ist das ein inkorrektes Verfahren (das allerdings sogar die Motive 158f. [HAHN: StrPO. 211] als ein häufig geübtes in Rechnung stellen); aber es ist ohne Bedeutung für die grundsätzlichen Anforderungen, die an die Entscheidungsgründe zu stellen sind. — Weil ALSBERG von der laxeren praktischen Übung ausgeht (oben S. 58 Anm. 1), kommt er nicht als grundsätzlicher Gegner der hier entwickelten Auffassung in Betracht. — Gegen BINDING auch BELING: ZStW. 37, 384 Anm. 15. — Schon MITTERMAIER (Gesetzg. 575 Anm. 20) beklagt diese Gewohnheit als großes Übel, verlangt aber die Abstimmung nach Gründen, wie bekannt. Er sieht in der Beratung den Hauptwert des Kollegialgerichts (CivA. 14, 408ff.). Demgegenüber sieht HEFFTER (CivA. 13, 92ff.) in der Kollegialentscheidung über Rechtsfragen, die, nach Gründen vorgenommen, zu anderer Entscheidung führe, als der einzelne wolle, einen Nachteil und will insoweit den Einzelrichter an die Stelle des Kollegiums setzen. — Richtig JUNG: JW. 56, 363, 365.

⁵ Nicht etwa materiellrechtliche! Siehe oben § 12.

⁶ STENGLIN: StrPO. § 195, 3 (GVG.).

wenn die Richter zwar mit der erforderlichen Mehrheit die Schuldfrage bejaht oder verneint haben, aber aus Gründen, deren keiner die Mehrheit für sich hat.

Dabei muß als Richtlinie beachtet werden: die Gründe sollen einen wahrheitsmäßigen, der Nachprüfung fähigen Bericht darüber enthalten, welche tatsächlichen und rechtlichen Gründe das Gericht zu seinem Spruch veranlaßt haben.

Wollte man in den oben gegebenen Beispielen darüber abstimmen, was als Grund der Entscheidung anzugeben sei¹, so würde die Abstimmung wahrscheinlich zu keinem Mehrheitsbeschluß führen, weil jeder Richter auch bei dieser Abstimmung seine Meinung vertreten und dafür stimmen würde, daß seine Ansicht als Begründung des Urteils verwendet würde². Ja, da die Abstimmung über die Gründe das entgegengesetzte Ergebnis über die Meinung der Richter zeigen würde, müßte sich ein Dilemma ergeben, aus dem man eigentlich heil nur herauskäme, wenn man nun auch das Ergebnis im Wege der Teilabstimmung fände, wie es ja in der Tat von einigen vorgeschlagen wird³. Mit § 195 GVG. ist hier nicht zu helfen, weil bis dahin niemand überstimmt worden ist. Wenn aber einer oder mehrere der Richter nachgäben und darin einwilligten, daß die Ansicht des anderen zur Begründung der Entscheidung verwertet würde, so würden die Urteilsgründe zu Scheingründen, die die wahre Ansicht des Gerichts verschleierten⁴, wie es auch der Fall wäre, wenn von vornherein dem Urteilsfasser die Begründung des Urteils mit seiner Meinung überlassen würde. Die Folge wäre, daß das Revisionsgericht außerstande gesetzt würde, die Entscheidung auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen⁵.

Wenn etwa in dem oben beispielsweise gegebenen Falle⁶ des jugendlichen Betrügers der Richter C irrigerweise die Voraussetzungen des § 3 JGG.

¹ Nach BINDINGS Lehre (Abh. 150, Grundr. 178). Ebenso OETKER: GerS. 65, 439. Die ältere Literatur war, meist im Zusammenhang mit der Abstimmung nach Gründen, der gleichen Meinung: MITTERMAIER: Mündl. 419; ORTLOFF: GA. 9, 372f.; SILBERSCHLAG: PrAnwZ. 4, 189. Die nachträgliche Abstimmung über die Gründe halten auch LOEWER-ROSENBERG für zulässig (§ 194, 3c a. E.); GLASER: Handb. 2, 271; GERLAND: 289, 2b, letzterer obwohl er die Mitteilung des Stimmverhältnisses für zulässig hält (siehe unten). Auch das RG. hat in RGSt. 8, 220 beiläufig geäußert, eine Abstimmung über die Freisprechungsgründe sei erlaubt. Neuestens auch SACHSE: ZStW. 49, 307, jedoch mit folgerechter Veränderung der Abstimmungsmethode (siehe oben S. 48 Anm. 5).

² Mit dieser Möglichkeit rechnet offenbar auch BINDING: Abh. II 149, unter Hinweis auf OETKER: GerS. 65, 430. Beide gelangen jedoch zur Notwendigkeit einer kumulativen Begründung, über die noch etwas zu sagen sein wird.

³ Siehe oben S. 47f.

⁴ BELING: StrPrR. 254 Anm. I; ZStW. 37, 384.

⁵ Richtig SACHSE: ZStW. 49, 310.

⁶ 18. Beispiel oben § 13a.

für vorliegend erachtet hatte, aber damit einverstanden gewesen ist, daß das freisprechende Erkenntnis damit begründet werde, daß die Erregung eines Irrtums nicht erwiesen worden sei, so gewinnt es den Anschein, als sei die Entscheidung von der gesetzlichen Mehrheit aus der Erwägung heraus gefällt worden, daß ein Irrtum nicht erregt worden sei. Das Revisionsgericht muß eine Entscheidung bestätigen, die in Wahrheit nicht von der Mehrheit des Untergerichts gebilligt worden war.

Hier zeigt sich die Notwendigkeit, den wahren Stand der Meinungen in den Gründen ersichtlich zu machen.

Dann muß im obigen Falle das Revisionsgericht die Entscheidung aufheben und, wenn die irrige Annahme des Richters C auf ungenügenden tatsächlichen Feststellungen beruht, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen (§ 354 StrPO.). Wird zurückverwiesen, so wird möglicherweise, wenn die tatsächlichen Feststellungen kein anderes Bild ergeben, der Angeklagte verurteilt werden, weil § 3 JGG. nicht zur Anwendung gelangt, und die Richter A und C den Angeklagten nunmehr für schuldig halten werden. Beruhte dagegen die Annahme auf einer irrigen rechtlichen Würdigung der ordnungsgemäß festgestellten Tatsachen, so hat das Revisionsgericht das Urteil aufzuheben und selber zu entscheiden, wenn es derselben Meinung wie der Richter B ist. Ist es dagegen der Ansicht, daß der Angeklagte einen Irrtum erregt hat, so muß es möglicherweise zurückverweisen (§ 354 StrPO.). Das untere Gericht wird hier mit Notwendigkeit verurteilen (§ 358 StrPO.).

Das Entsprechende gilt für den andern oben gegebenen Fall. Wird das Urteil nur damit begründet, daß der Angeklagte nicht zurechnungsfähig gewesen sei, und haben die Richter G, H, I die Voraussetzungen der Notwehr mit Unrecht für vorliegend erachtet, so fehlt es an der Möglichkeit, die fehlerhafte Entscheidung nachzuprüfen und aufzuheben.

Die besprochenen Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen, haben bereits gezeigt, wie sehr es um der Güte der Rechtspflege willen erforderlich ist, daß die Urteilsgründe wahrheitsgetreu die Gründe angeben, die das Gericht zu der Entscheidung veranlaßt haben¹. Um diesem Erfordernis zu genügen, läßt es sich in den beispielsweise gegebenen Fällen wie in allen andern, in denen die Richter aus verschiedenen Gründen² zu dem gleichen Ergebnis gelangt sind, nicht umgehen,

¹ Dies gilt, wie MANNHEIM (JW. 58, 1063) mit Recht bemerkt, für verurteilende wie für freisprechende Erkenntnisse; denn bei beiden haben, wie gezeigt wurde, die Entscheidungsgründe die gleiche Funktion.

² Unter Gründen sind aber nur die objektiven Gründe zu verstehen, nicht auch die subjektiven Beweisgründe oder die psychologische Grundlage der richterlichen Überzeugung. Das Gesetz verlangt nicht, daß im Strafurteil die subjektiven Beweisgründe angegeben werden. Die Motive sprechen ausdrücklich aus (159, HAHN: StrPO. 211), daß die Urteilsgründe nur die objektiven Entscheidungsgründe, nicht aber die subjektiven Beweisgründe enthalten müssen. In der Praxis der Strafgerichte werden allerdings auch die subjektiven Beweisgründe im Urteil dargelegt (vgl. § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO.), und es wird damit eine sog. Beweiswürdigung vorgenommen (KROSCHEL: 73). Bei Verschiedenheit der Beweisgründe der

daß in die Gründe Angaben über die Gründe der einzelnen Votanten aufgenommen werden¹. Dies hat aber nicht etwa so zu geschehen, daß beide Begründungen nebeneinander gegeben werden, als wären beide die Gründe des ganzen Gerichts für seine Entscheidung².

Es dürfte also nicht heißen: Sowohl die Voraussetzungen des § 51 StrGB. wie die des § 53 StrGB. wurden für vorliegend erachtet.

Eine solche Begründung würde die Nachprüfung der Entscheidung durch das Revisionsgericht immer noch unmöglich machen, weil nicht ersichtlich wäre, daß jeden angegebenen Grund nur eine für sich allein die Entscheidung nicht rechtfertigende Minderheit von Stimmen trägt. So schiene es vielmehr, als ob alle Richter durch beide Gründe zur Abgabe ihrer Stimme veranlaßt worden wären. Das Revisionsgericht erführe nichts von der falschen Begründung des einen Teils der scheinbaren Mehrheit und müßte die falsche Entscheidung bestätigen, wenn es auch nur einen Grund für zutreffend erachtete³.

Die Gründe müssen vielmehr lauten: Das Gericht hat mit sechs Stimmen auf Freisprechung erkannt. Drei der Richter begründen die Freisprechung damit, daß sie § 51 StrGB., drei damit, daß sie § 53 StrGB. für vorliegend erachten⁴ ⁵.

einzelnen würde der Grundsatz der Wahrhaftigkeit der Entscheidungsgründe auch erfordern, daß die einzelnen Meinungen angegeben würden. Da jedoch die Revision mit einer fehlerhaften psychologischen Begründung der Überzeugung des einzelnen Richters von der Erwiesenheit einer Tatsache nicht begründet werden kann, ist es unschädlich, in dieser Beziehung die Angabe der verschiedenen Meinungen zu unterlassen. — Im Interesse des Angeklagten ist allerdings die Beweiswürdigung im Urteil erwünscht, vgl. KROSCHEL: 74; SACHSE: ZStW. 49, 314f.

¹ Die Gründe brauchen also nicht dem Resultat geopfert zu werden, wie VON BAR (KritV. 10, 480) für unumgänglich hält, und die Resignation der Mot. 159f. (HAHN: StrPO. 212) ist unnötig. So auch KROSCHEL: 104. Wie die Mot. JUNG: JW. 56, 364f. und für das preuß. Recht LÖWE: 341.

² Dies will VON BAR: KritV. 10, 481.

³ Richtig SACHSE: ZStW. 49, 310.

⁴ Vgl. die vom BayObLG. gebilligte Begründung des Landgerichts in JW. 58, 1062, über die noch zu sprechen sein wird.

⁵ Anders ist zu verfahren, wenn keiner der Richter freisprechen, aber jeder wegen einer anderen Straftat verurteilen will. Vgl. oben Beispiel 13 § 7. Hier besteht keine Notwendigkeit, das Stimmverhältnis zu offenbaren. Die Urteilsgründe haben sich auf die Angabe zu beschränken, daß das Gericht den Angeklagten keiner der in Betracht kommenden strafbaren Handlungen für schuldig befinden könne. Die Verneinung der Schuld ist bei jeder der strafbaren Handlungen mit den Erwägungen zu begründen, die jedesmal die Mehrheit der Richter bei der Beratung für ihre Auffassung vorzubringen hatte. Auf diese Weise wird die Freisprechung bereits wahrheitsgemäß begründet, ohne daß das Stimmverhältnis angegeben werden müßte. Der Unterschied zwischen diesen und den oben besprochenen Fällen liegt darin, daß in den erstgenannten mehrere Schuldfragen vor-

Der Grundsatz der Wahrhaftigkeit der Urteilsgründe verlangt aber auch dann sein Recht, wenn es sich nicht um die abweichende Begründung der die Entscheidung tragenden Stimmen handelt, sondern wenn die Mehrheit oder die ausschlaggebende Minderheit ihre Ansicht offenbar falsch begründet; die Gründe sollen ja nicht das Gericht, sondern seine Entscheidung rechtfertigen, sollen nicht Rechenschaft ablegen, sondern nur die Entscheidung motivieren. Der Urteilsfasser darf nicht davor zurückschrecken, ein in sich widerspruchsvolles Urteil zu schreiben¹. Kennt das Revisionsgericht die wahren Gründe nicht, sondern bieten sich ihm nur allgemeine Erwägungen² oder solche, die das Gericht gar nicht an gestellt hat, so fehlt ihm die Möglichkeit, die falsche Entscheidung aufzuheben³. Dem im Gesetz festgelegten Grundsatz der Wahrhaftigkeit der Urteilsgründe kann auch nicht mit Berufung auf die Staatsautorität entgegengetreten werden⁴. Der Staat, der juristisch nicht geschulten Personen die Mitwirkung bei den Entscheidungen seiner Gerichte gestattet, muß damit rechnen, daß diese Personen Entscheidungen herbeiführen, die dem geltenden Recht widersprechen. Dann muß er aber auch damit

liegen, während in den letzteren nur einmal über die Schuld abzustimmen ist. Begründen dagegen in den erstgenannten Fällen die Richter die Verneinung der Schuld verschieden, z. B. zu § 242: A, weil die Sache nicht fremd war, C, weil eigener Gewahrsam bestand, so müssen wieder die einzelnen Gründe angeführt werden.

¹ A. A. ALSBERG: JW. 55, 2164; JW. 59, 763, 2151; JUNG: JW. 56, 364. Gegen ALSBERG SACHSE: JW. 59, 2150.

Er darf dies selbstverständlich nur dann, wenn die Voten der Laienrichter keine „rechtlich brauchbaren Gedanken“ enthalten. Da hier aber als erstes Erfordernis die Gründlichkeit der Beratung immer betont wurde, wird natürlich vorausgesetzt, daß die Beratung keine Klärung der Meinungen hat bringen können. Da ALSBERG (a. a. O.) das Gegenteil voraussetzt, kommen seine Bedenken, streng genommen, hier gar nicht in Betracht. Es muß ALSBERG jedoch zugegeben werden, daß in den von ihm in JW. 59, 763 zu 1 und 3 besprochenen Fällen (JW. 55, 2164; 59, 762) die Notwendigkeit, das Stimmverhältnis zu offenbaren, nicht anerkannt werden kann; denn die Gründe konnten auch ohne diese Angabe wahrheitsgemäß geschrieben werden. Gerade anders muß aber der nach ALSBERG und einiger Reichstagsmitglieder (JW. 59, 763f.) Ansicht „krasseste Fall“ beurteilt werden, den das BayObLG. entschieden hat. Da hier die ausschlaggebende Minderheit teils juristisch haltbare, teils völlig unjuristische rein gefühlsmäßige Gründe vorzubringen hatte, konnten die Gründe wahrheitsmäßig nicht anders lauten, als es vom BayObLG. gebilligt worden ist. Vgl. unten S. 65f.

² Dies verlangt JUNG: a. a. O.

³ Denn hierauf kommt es an, nicht darauf, daß der Beschwerde in den Gründen einen Revisionsgrund entdeckt. Dies scheint JUNG (a. a. O.) zu verkennen.

⁴ Wie es JUNG (a. a. O.) tut, der im übrigen auch die Wahrhaftigkeit der Gründe verlangt.

einverstanden sein, daß die Beteiligten die wahren Gründe des Gerichts erfahren, worauf ihnen das Gesetz ein Recht gibt.

Solche Angaben in den Urteilsgründen bedeuten zwar eine Preisgabe des Beratungsgeheimnisses. Aber einmal ist die Preisgabe keine völlige, weil das Geheimnis in persönlicher Hinsicht gewahrt bleibt: die Persönlichkeiten der Richter dürfen weder nach Namen noch nach Amtsstellung gekennzeichnet werden¹, weil dies auch überflüssig wäre; denn die Aufgabe der Gründe, einen wahrheitsmäßigen und nachprüfbaren Bericht über das Zustandekommen der Entscheidung zu geben, wird bereits vollauf erfüllt, wenn außer den einzelnen für die Entscheidung wesentlichen Meinungen das Stimmverhältnis nur zahlenmäßig mitgeteilt wird. Die Verschweigung der Abstimmungshergänge bleibt im übrigen aufrechterhalten, auch gegenüber der vorgesetzten Behörde, und damit die richterliche Unabhängigkeit gesichert. Ebenso wird der den Laienrichtern durch das Beratungsgeheimnis zu gewährende Schutz nicht beeinträchtigt, weil auch sie nach ihrer Person in den Gründen in keinem Falle gekennzeichnet werden. Im übrigen, soweit die Schweigepflicht in dem Umfang der allgemeinen durch § 11 RBG. näher umschriebenen Amtsverschwiegenheit besteht, liegt hier, wie durch die vorangegangenen Untersuchungen nachgewiesen werden sollte, ein Fall vor, in welchem das Gesetz, das eine wahrheitsmäßige Begründung verlangt, geradezu die Mitteilung eines Teils der Abstimmungshergänge fordert. Da nur die Berufsrichter die Urteilsgründe unterzeichnen, nur der Vorsitzende sie verkündet, somit nur sie das Beratungsgeheimnis brechen, beurteilt sich der Bruch nur nach den sie betreffenden Normen, also nach der Amtsverschwiegenheitspflicht.

In der Literatur des Strafprozesses, die im allgemeinen dem Beratungsgeheimnis keine große Beachtung schenkt, wird neuerdings überwiegend angenommen, daß die Notwendigkeit richtiger Urteilsbegründung die Preisgabe des Beratungsgeheimnisses in dem soeben gekennzeichneten Umfange erfordert. Besonders wird dies von KRIES² und BELING³ ausgesprochen⁴.

¹ Richtig BELING: StrPr. 254. Damit fallen die Bedenken, die ZACKE (101) der bejahenden Beantwortung der schon damals öfters aufgeworfenen Frage nach der Zulässigkeit von Angaben über das Stimmverhältnis in den Urteilsgründen entgegengesetzte. ZACKE wünscht die Mitteilung der Abstimmung um der Steigerung der richterlichen Verantwortlichkeit willen, hält diesen Wunsch aber wegen der „damit unzertrennlichen Polemik und anderer Nachteile“ für unerfüllbar.

² Lehrb. 454, 437.

³ StrPrR. 254; ZStW. 37, 384.

⁴ Dafür ferner: ROSENFELD: RStrPr. 153; GERLAND: StrPr. 382 f.; HEINEMANN: ZStW. 15, 244; HAYMANN: 413; FEISENBERGER: § 194, 3; schließlich auch (allerdings im Anschluß an seine eigenartige Abstimmungslehre) ZEILER: ZStW. 41, 560; endlich SACHSE: ZStW. 49, 309 f.

Anderer Ansicht sind BIRKMEYER¹ und BINDING², von denen letzterer eine Abstimmung über die Entscheidungsgründe herbeigeführt wissen will, wogegen schon oben Einwände erhoben wurden. Der Kommentar von LOEWE-ROSENBERG³ empfiehlt nur die Angabe der verschiedenen Meinungen in den besprochenen Fällen⁴; von ihrer Notwendigkeit ist nicht die Rede. Die ältere Literatur war fast durchweg anderer Ansicht und hielt es für unbedingt notwendig, das Urteil einheitlich zu begründen. Aus dieser Einstellung zu den Urteilsgründen heraus gelangten jene Schriftsteller zumeist zu dem Erfordernis der Abstimmung nach Gründen, weil sie dennoch die Wahrhaftigkeit der Gründe für ein Wesenserfordernis des Urteils hielten⁵. Diejenigen der älteren Schriftsteller jedoch, die die Abstimmung nach dem Resultat verlangten, mußten sich notwendig mit der Frage auseinandersetzen, was in den Gründen anzugeben sei, wenn die Richter das Ergebnis verschieden begründeten. Dabei wurde dann teils verlangt, daß die Motive nebeneinander angegeben würden (aber ohne Hinweis auf das Stimmverhältnis), oder daß über den „überwiegenden Grund“⁶ abgestimmt würde⁷; teils war man weniger ängstlich und forderte die wahrheitsgemäße Angabe der Meinungen und der sie tragenden Stimmenzahlen⁸.

Das Reichsgericht hat zwar oft Urteile revidiert, in deren Gründen Angaben über das Stimmverhältnis enthalten waren⁹; es hat aber nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß es um der Wahrhaftigkeit der Gründe willen erforderlich sein kann, in den Gründen Angaben über das Verhältnis und die Begründung der einzelnen die Entscheidung tragenden Stimmen zu machen¹⁰.

Hingegen hat das Bayerische Oberste Landesgericht mit aller Deutlichkeit den auch hier gefundenen Grundsatz ausgesprochen und gesagt, daß es um der Wahrhaftigkeit der Urteilsgründe willen notwendig sein kann, in ihnen Angaben über die einzelnen Stimmen zu machen¹¹. In einer Strafsache wegen Amtsunterschlagung (§ 350 StrGB.) mußte die Strafkammer die Berufung der Staatsanwaltschaft verwerfen, weil nur drei Stimmen auf „schuldig“ lauteten. Die Urteilsgründe führen aus, daß von den die

¹ StrPr. 271 ohne erschöpfende Begründung und Erwägung der Möglichkeit von Ausnahmen; ebenso OPPENHOFF: 214; STENGLEIN: Lehrb. 54.

² Grundr. 177.

³ § 267, 9. Anders § 193 GVG. 5b: Nur wenn die Art der Abstimmung den Gegenstand der Meinungsverschiedenheit bildet, soll ihre Mitteilung zulässig sein.

⁴ Und lehnt die Stellung der Motive 159 (nicht 194!) ab, auf die schon einmal hingewiesen wurde.

⁵ Vgl. oben S. 47f.

⁶ Vgl. die vorangegangenen Ausführungen des Textes zu b (wie soll ein Grund überwiegen können?).

⁷ SILBERSCHLAG: PrAnwZ. 4, 189; WALDECK: NPrA. 7, 463.

⁸ ZACKE: 65, aber auch 101 (vgl. oben S. 64 Anm. 1).

⁹ Neuerdings JW. 59, 762.

¹⁰ Es hätte dazu Gelegenheit gehabt in der Entscheidung RGSt. 8, 218 (oben § 6a, Beispiel 5). Das RG. prüft die Ansicht des Richters C nach. Hätten die Urteilsgründe sie nicht mitgeteilt, so hätte ein falsches Urteil (das RG. mißbilligt seine Ansicht) nicht aufgehoben werden können. Entspr. RGSt. 2, 380: § 186. A, B, C, D: Tatsachen usw. behauptet. E: nicht erwiesen, daß behauptet. A, B, D, E: nicht erweislich wahr. C: wahr.

¹¹ JW. 58, 1062 ff.

Schuldfrage verneinenden Stimmen die eine damit begründet worden sei, daß der sie abgebende Richter einen Familienvater wegen 20 Pfennig nicht ins Zuchthaus bringe. Das Gericht sehe sich daher veranlaßt, gemäß § 267 Abs. 5 StrPO. das Stimmverhältnis zu offenbaren¹. Das Oberste Landesgericht billigt dieses Verfahren ausdrücklich und begründet seine Entscheidung damit, daß, wenn mehrere Richter des Kollegiums aus verschiedenen Gründen zu dem gleichen Ergebnis in der Schuldfrage kämen, eine wahrheitsgemäße Begründung, wie sie § 267 Abs. 5 StrPO. verlange, nur in der Weise möglich sei, daß die verschiedenen die Entscheidung tragenden Gründe der einzelnen Richter angegeben würden².

Es ist an dieser Stelle auf die Bedenken einzugehen, die ALSBERG gegenüber der soeben mitgeteilten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts erhoben hat³. Er meint, die Zulassung der Mitteilung des Stimmverhältnisses in den Gründen stärke einseitig die Stellung der Berufsrichter auf Kosten der Laienbeisitzer; jene könnten so stets die Nachprüfung der ihnen unrichtig erscheinenden Ansicht der Laien erreichen, während die entsprechende Möglichkeit diesen fehle. Darauf ist folgendes zu erwidern⁴: Einmal wird es angesichts der Rechtsunkenntnis der Schöffen und Geschworenen eher dazu kommen, daß einer von ihnen irrt, als daß die rechtsgelehrten Richter eine falsche Rechtsauffassung haben. Lassen sich aber die Laien von den Richtern zu einer falschen Auffassung überreden oder überzeugen, so wird diese Auffassung in den Gründen wiederkehren und ohne weiteres nachprüfbar sein. Bleiben dagegen die Laien bei ihrer (richtigen) Ansicht, so kann die verkehrte Auffassung der Richter dem Angeklagten niemals zum Nachteil gereichen; denn es wird in diesem Falle bei der Art der Besetzung der Strafgerichte stets an der erforderlichen Mehrheit fehlen. In jedem Falle bleibt den Laienrichtern die Möglichkeit offen, ihre Bedenken gegen die Abstimmung dem durch das Urteil beschwerten Prozeßbeteiligten zu offenbaren⁵ und auf diese Weise im Notfall eine Revision zu ermöglichen. Hierüber ist noch zu sprechen.

§ 14. Das Beratungsgeheimnis und die Gründe des Zivilurteils.

Die bisherigen Ausführungen beschränkten sich auf den Strafprozeß. Da aber auch im Zivilprozeß Kollegialgerichte entscheiden, die das Beratungsgeheimnis zu wahren haben, muß untersucht werden, ob auch das Urteil in Zivilsachen gegebenenfalls Angaben über die Beratung und Abstimmung machen muß, wie in den besprochenen Fällen das Urteil in Strafsachen, wenn eine wahrheitsgemäße Begründung anders nicht zu geben ist.

¹ a. a. O. Der Hinweis auf RGSt. 60, 296 ist überflüssig, sogar verfehlt. Siehe unten § 16b.

² a. a. O. 1063.

³ Verhandl. 35. DJurT. I, 450 Anm. 17. Wiederholt und eingehend JW. 59, 763; vgl. auch ebenda 2051 und oben S. 63 Anm. 1.

⁴ Vgl. auch MANNHEIMS Feststellung, daß angesichts der geringen Zahl bekannter derartiger Fälle anzunehmen sei, die Berufsrichter pflegten ihre Stellung nicht in der angegebenen Richtung zu mißbrauchen: JW. 58, 1063.

⁵ So auch MANNHEIM: JW. 58, 1063. — Hierüber s. unten § 19a.

In Zivilsachen wird, wie gezeigt wurde, nicht nach dem Gesamtergebnis abgestimmt, sondern über den Erfolg eines jeden selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittels entschieden. Da jede solche Feststellung das Ergebnis einer Subsumtion der vorgetragenen Tatsachen unter das Gesetz ist, kann es vorkommen, daß jeder der die Mehrheit bildenden Richter aus einem andern Grunde den Eintritt der Rechtsfolge bejaht oder verneint.

In solchen Fällen müssen die objektiven Gründe, die jeder Votant für die Entscheidung der Frage vorzubringen hatte, in den Entscheidungsgründen angegeben werden; denn auch die Gründe des Zivilurteils müssen wahr sein¹.

Die Zivilprozeßordnung enthält zwar, anders als die Strafprozeßordnung, außer der Einzelschrift des § 286 Abs. 1 Satz 2, keine genauen Angaben darüber, was in die Entscheidungsgründe aufzunehmen ist. Aber daß sie wahr sein sollen, läßt sich aus dem Zweck der Begründung der Entscheidung herleiten.

Der Tatbestand, der ebensowenig wie die Geschichtserzählung des Strafurteils zu den eigentlichen Gründen gehört, beweist das mündliche Parteivorbringen und gibt an, welchen streitigen und unstreitigen Tatsachenstoff die Parteien beurteilt haben wollen; er bestimmt daher den objektiven Umfang der Rechtskraft, deren Herbeiführung das letzte Ziel des Prozesses ist². Daß der Tatbestand wahrheitsgemäß sein muß, bedarf keines besonderen Nachweises.

Die Entscheidungsgründe, die hier in Frage kommen, dienen, wie die eigentlichen Gründe des Straferkenntnisses, verschiedenen Zwecken³. Einmal ergänzen sie den Tenor, der zwar ausspricht, daß der Kläger abgewiesen wird, oder wozu der unterlegene Teil verurteilt wird, und damit die Vollstreckung, die Erreichung des nächsten praktischen Prozeßziels, ermöglicht; aber der Tenor enthält sich üblicherweise jeder Angabe über die rechtliche Grundlage der Entscheidung und läßt allein nicht erkennen, was in dem Prozeß entschieden worden ist⁴. Wie die im Tatbestande enthaltenen Sachvorträge der Parteien den Umfang der Rechtskraft kennzeichnen⁵, so bedarf es noch der Hilfe der Entschei-

¹ So richtig PLANCK: Lehrb. I, 162.

² Vgl. GOLDSCHMIDT: Der Prozeß als Rechtslage 151 ff.

³ Die Mot. verzichten auf eine Darlegung ihres Zweckes (222, HAHN: ZPO. 288) und begnügen sich mit der Feststellung, daß Entscheidungsgründe auch in den damals vorliegenden Entwürfen gefordert wurden. Die Mot. des preuß. E. von 1864 S. 78 erklären, daß die Notwendigkeit, jedes Endurteil und jedes bindende Urteil durch Gründe zu rechtfertigen, von selbst einleuchte.

⁴ Anders das verurteilende Straferkenntnis, dessen Tenor bereits die rechtliche Qualifikation der Tat enthält, mindestens aber das angewendete Strafgesetz angibt. Vgl. oben S. 17 Anm. 2.

⁵ Vgl. ROSENBERG: Lehrb. 472, I, 2; STEIN-JONAS: ZPO. § 322 V I.

dungsgründe, um ihren Inhalt zu bestimmen; denn dies ist nicht möglich, ohne daß auch der Rechtsgrund des zuerkannten oder aberkannten Anspruchs in die Feststellung einbezogen wird¹: rechtskräftig festgestellt wird das Bestehen oder Nichtbestehen des erhobenen Anspruchs als Rechtsfolge eines bestimmten Tatbestandes². Ferner sollen die Entscheidungsgründe aber auch dem Revisionsgericht die Nachprüfung des Urteils ermöglichen³. Dies ergibt sich einmal aus den Vorschriften der §§ 552, 553a ZPO., nach welchen die Revisionsfrist mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils beginnt, und das angefochtene Urteil dem Revisionsgericht vorgelegt werden soll; sodann aus dem § 18 Abs. 2 Satz 2 und 3 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 9. September 1915 (RGBl. 562), der das in der voraufgehenden Bestimmung zugelassene Schiedsurteil einem im ordentlichen Verfahren ergangenen rechtskräftigen Endurteil gleichstellt und gestattet, daß mit Einverständnis der Parteien von einer schriftlichen Begründung Abstand genommen wird.

Diese Zwecke der Entscheidungsgründe: Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft und Ermöglichung der Nachprüfung der Entscheidung durch die obere Instanz, können nur erreicht werden, wenn die Entscheidungsgründe wahrheitsgemäß angeben, auf welchen Wegen das Gericht zu der Entscheidung gelangt ist⁴.

Dabei ergibt sich jedoch eine im Gesetz begründete Besonderheit. Nach § 286 ZPO. hat das Gericht in den Entscheidungsgründen auch die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung von dem Beweise oder dem Mangel des Beweises einer tatsächlichen Behauptung

¹ Besonders im Falle der Abweisung. Vgl. STEIN-JONAS: § 322 V I; vor allem SAVIGNY: Syst. 6, 356f., 368, der allerdings aus dieser Notwendigkeit (neben anderen Gründen) seine Lehre von der Rechtskraft der Urteilelemente ableitet (358).

² ROSENBERG: Lehrb. 472 I, 1.

³ Historisch gesehen, ist dies der erste Zweck, wie oben kurz gezeigt wurde (S. 32 Anm. 3).

⁴ Wenn, ähnlich wie in Strafsachen, häufig das Kollegium nur kurz in toto sich über den Entscheidungstenor einigt und die Findung der Gründe dem Urteilsfasser überläßt, so kann auch hier nur gesagt werden, daß das Gesetz vom Zivilrichterkollegium verlangt, daß es die Sache gründlich berät, nötigenfalls über die einzelnen selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel abstimmt, den Tenor findet und es dann dem Urteilsfasser überläßt, aus den in der Beratung und der Abstimmung gewonnenen Einzelergebnissen die Gründe zusammenzustellen. Auch HELLWIG (Lehrb. 2, 67 Anm. 10) hält das soeben verworfene Verfahren für sinnwidrig („wie wenn ein Amtsrichter die Gründe seiner Entscheidung nachher findet“), erklärt es aber immerhin für einen möglichen praktischen Ausweg, wenn nicht aus der Abstimmung die Begründung zu entnehmen sei, wie es auch nach seiner Meinung der Fall sein sollte. Vgl. hierzu MITTERMAIER u. HEFFTER: oben S. 59 Anm. 4.

leitend gewesen sind. Da über diese Gründe ebensowenig wie über die objektive Beweisfrage abgestimmt wird, müssen, wenn die Richter aus verschiedenen Gründen den Beweis einer Tatsache als erbracht oder nicht erbracht ansehen, die Gründe der einzelnen Richter angeführt werden¹. Ohne diese Angabe könnte das Revisionsgericht die Überzeugungsgründe des Gerichts nicht nachprüfen².

Aus der Rechtsprechung der Gerichte ist kein Fall bekannt geworden, in welchem die Entscheidungsgründe die verschiedenen Meinungen der abstimmenden Richter angegeben hätten. Auch in der neueren Literatur des Zivilprozeßrechts hat fast kein Autor diese Frage berührt³. Dieses Schweigen dürfte seinen Grund darin haben, daß neuerdings die Abstimmung nach „Gründen“, d. h. nach Angriffs- und Verteidigungsmitteln, als richtig angesehen wird; denn einige ältere Schriftsteller, die lehren, daß die Abstimmung nach dem Resultat im Zivilprozeß die richtige Methode sei, setzen sich mit der Frage auseinander, was in den Entscheidungsgründen anzugeben sei, wenn die Richter aus verschiedenen Gründen zu der gleichen Entscheidung gelangen. Auch hier war man, wie für den Strafprozeß, verschiedener Ansicht; teils forderte man, daß die verschiedenen Meinungen als Gründe des Gerichts „geschickt“ nebeneinander aufgeführt würden⁴, teils wollte man die offene Wiedergabe des Stimmverhältnisses⁵.

2. Bei zweifelhaftem Hergang der Abstimmung.

§ 15. Die Revisibilität der Abstimmungsvorschriften.

Die vorangegangenen Ausführungen haben ergeben, daß der Grundsatz der Wahrhaftigkeit der Urteilsbegründung Angaben über die Abstimmungshergänge in den Urteilsgründen erfordert, wenn die Entscheidung auf verschiedenen Gründen beruht, deren keiner von der gesetzlich erforderlichen Zahl der Stimmen getragen wird. Die gleiche Bedeutung wie der Inhalt der Stimmen, der hauptsächlich materielles

¹ Richtig HEINEMANN: ZStW. 15, 40.

² § 286 ZPO. ist eine Rechtsnorm im Sinn des § 50 ZPO. Die Revisibilität ist nur vorübergehend aufgehoben.

³ Wie hier ausdrücklich nur ein Älterer: PLANCK: Lehrb. I, 162.

⁴ So KÖNIG: CBIPrJur. 1841, 637.

⁵ So BOLGIANO: ZZP. 15, 396; CivA. 78, 151.

⁶ In diesem Zusammenhang ist eine Bemerkung PFIZERS zu beachten, der de lege lata die Abstimmung nach Gründen für richtig hält, jedoch de lege ferenda die Totalabstimmung in wohlwollende Erwägung zieht. PFIZER äußert dabei die Meinung, daß bei der Totalabstimmung die Entscheidungsgründe anders ausfallen müßten, und denkt dabei offenbar an die Notwendigkeit, die verschiedenen, das Ergebnis tragenden Meinungen erforderlichenfalls im Urteil zu offenbaren (ZZP. 26, 78). Ähnlich schon früher HEFFTER: CivA. 13, 94, der de lege ferenda auch die Ergebnisabstimmung empfiehlt und bemerkt, man solle an den verschiedenen Meinungen keinen Anstoß nehmen. HEFFTER unterläßt es, daraus die naheliegende Folgerung zu ziehen, daß die verschiedenen Motive dann auch in den Gründen angegeben werden müssen.

Recht betreffen wird, hat für die Entscheidung das Verfahren, der Hergang der Abstimmung.

Die Abstimmung ist ein wesentlicher Teil des Prozesses; auf ihr beruht die Entscheidung. Wie sehr dies zutrifft, zeigte die Erörterung der Abstimmungsmethode, die andererseits auch erkennen ließ, wie sorgfältige Beachtung jene Methode verlangt, und wie leicht ein Verstoß dabei möglich ist.

Gegen Urteile, die in einem fehlerhaften Verfahren zustande gekommen sind, gibt es das Rechtsmittel der Revision¹.

a) Zu den sog. absoluten Revisionsgründen gehört die fehlerhafte Abstimmung nicht. Das Gesetz zählt die Fälle erschöpfend auf, in denen eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist; der Verstoß gegen die Regeln der Abstimmung ist darunter nicht aufgeführt (§ 551 ZPO., § 338 StrPO.).

Dagegen kann der Verstoß gegen die Abstimmungsregeln einen Revisionsgrund dann bilden, wenn die Entscheidung auf ihm beruht (§ 337 StrPO., §§ 549 Abs. 1, 550 ZPO.).

Es ist nicht angängig, aus der Geheimhaltung der Beratung und Abstimmung zu folgern, die sie betreffenden Vorschriften seien keine Rechtsnormen, sondern lediglich interne Dienstvorschriften². Die Geheimhaltung eines amtlichen Vorganges macht diesen noch nicht zu einem solchen des innerdienstlichen Geschäftsverkehrs, der die Prozeßbeteiligten nichts angehe. Die Eigenart der Beratungs- und Abstimmungshergänge ist gerade, daß sie, obwohl wesentliche Prozeßvorgänge, der Aufsicht und Nachprüfung regelmäßig entzogen sind.

b) Eine andere Frage ist die, ob sich aus dem Inhalt der einzelnen gesetzlichen Vorschrift ergibt, daß diese nicht eine Rechtsnorm aufstellt, die dem Richter mit bindender Wirkung gegenüber der Allgemeinheit oder den einzelnen Bürgern befiehlt, wie er bei der Entscheidung des Prozesses verfahren soll, sondern bestimmt, wie der Richter sich im Verhältnis zum Dienstherrn Staat zu verhalten habe³. Es soll nicht in Zweifel gezogen werden, daß möglicherweise auch die Prozeßgesetze Vorschriften enthalten, die zwar der Form nach Gesetze, dem Inhalt

¹ Die Berufung hat hier auszuscheiden, weil sie, soweit sie eingelegt wird, stets eine erneute Verhandlung der Sache herbeiführt und nicht nur die Nachprüfung einzelner gerügter Verstöße.

² So ENDEMANN: CPr. III vor §§ 194 ff. GVG. Auch OPPENHOFF: § 57, I S. 281.

³ Soweit ersichtlich, ist die Frage in dieser mehr formellen Richtung nicht erschöpfend behandelt worden. Nach der rein materiellen Seite hin wird der angedeutete Gegensatz bisweilen auf die Formel: Rechtssetzung — Rechtsanwendung gebracht; so, unter Berufung auf KELSEN und NAWIASKY, WÜRZBURG: 27f. Im übrigen vgl. die folgenden Ausführungen des Textes und die Anmerkungen dazu.

nach aber innerdienstliche Anweisungen sind¹. Dies trifft jedoch nicht auf die gesetzlichen Vorschriften über die Beratung und Abstimmung zu.

Die §§ 192—197 GVG. betreffen unmittelbar die rechtsprechende Tätigkeit der Richter, und zwar das Zustandekommen der Entscheidung: die gesetzliche Zahl der mitwirkenden Richter, die strenge Ausschließung aller nicht zum erkennenden Richterkollegium gehörenden Personen sind Tatsachen, die im Interesse der Prozeßbeteiligten vorliegen müssen. Aber auch die Ordnung des Hergangs der Beratung und der Abstimmung muß im Interesse der Parteien gewahrt werden; denn ohne sie wäre es möglich, daß das Gericht, das sich nicht einigen kann, überhaupt zu keiner Entscheidung gelangte. Auch die Vorschriften über die Komputation der Stimmen sind durchaus im Parteiinteresse gegeben; sie besagen, welches Ergebnis der ordnungsgemäß vorgenommenen Abstimmung zu entnehmen sei. Zu diesen Vorschriften gehören auch die durch Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Regeln über die Abstimmungsmethode. Am ehesten könnte man an der Rechtsnormqualität der Vorschriften zweifeln, die die Reihenfolge der Stimmabgabe festsetzen. Aber auch sie betrifft nicht das dienstliche Verhalten der Richter zum Staat, sondern soll eine unabhängige Rechtsprechung garantieren, nämlich verhüten, daß die Stimme des älteren und im Range höheren Richters die des jüngeren und niederen, sowie daß die Stimme des juristisch erfahrenen Berufsrichters die des unerfahrenen und befangenen Laienrichters beeinflußt. Daß dies nicht geschehe, liegt aber im Interesse der Allgemeinheit und der Parteien.

Die fraglichen Vorschriften sind also Rechtsnormen² und nicht Dienstinstruktionen.

Wieder eine andere Frage ist die, ob die Vorschriften über Beratung und Abstimmung „Soll“- oder „Muß“-vorschriften sind³, mit anderen Worten, ob die als Rechtsnormen anzusprechenden Vorschriften vom Gericht ohne Rücksicht auf die besondere Lage des einzelnen Falles strikt zu befolgen sind, oder ob das Gericht je nach Lage des Einzelfalles anders verfahren kann⁴ ⁵. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß alle Vorschriften zwingend sind⁶.

¹ Vgl. dazu O. MAYER: I, 93; LABAND: II, 63; IV, 593; FLEINER: 66 Anm. 43; WÜRZBURG: 17. A. A. HAENEL: 245 ff.

² Sie haben die „zweiseitig verbindende Kraft“ der Rechtsnormen, d. h. sie begründen eine Rechtsbeziehung nicht nur zwischen Staat und Behörde, sondern auch zwischen Behörde und Bürger, also zwischen Staat und Bürger. Vgl. FLEINER: 64.

³ Die Unterscheidung wird nicht immer genügend beachtet. Dieser Vorhalt trifft z. B. FLEINER, der (66 Anm. 43) bei der Frage nach dem Unterschied zwischen Gesetz und Dienstinstruktion HEILBUTS Aufsatz: „Sollen und Müssen“ (CivA. 69, 331) zitiert. Der von HEILBUT (a. a. O. 331 und passim) verwendete Ausdruck „instruktionell“ für Sollvorschriften, der aus den Mot. stammt und auch sonst in diesem Sinne gebraucht wird, darf nicht zur Dienstinstruktion in Beziehung gebracht werden.

⁴ OERTMANN (Grundr. § 20) bringt diesen Gegensatz auf die Formel: zwingendes — nachgiebiges Recht, wie sie in der Zivilrechtslehre gebräuchlich ist. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Übertragung der für das Ver-

Keine der genannten Regeln über die Abstimmung könnte in irgendeinem Falle, in dem ihre Anwendung akut wird, ohne Beeinträchtigung des Ergebnisses der Entscheidung außer acht gelassen werden. Daß die Zahl der erkennenden Richter stets die gesetzlich bestimmte sein muß, brauchte nicht besonders gesagt zu werden, wenn es nicht zwingend hätte vorgeschrieben werden sollen¹; denn die Besetzung der Gerichte ist bereits an einer anderen Stelle im Gesetz geregelt. Die zwingende Kraft des § 193 GVG. folgt nicht nur aus seinem Wortlaut („dürfen“), sondern auch daraus, daß die vorher Zweifel zulassende Fassung des Gesetzes durch besonderes Reichsgesetz in die heutige Form umgegossen wurde². Auch die Reihenfolge der Stimmabgabe ist zwingend, weil sie die Unabhängigkeit der einzelnen Stimmen gewährleisten soll.

Es ergibt sich also, und nur das ist hier das Wesentliche, daß die Vorschriften über Beratung und Abstimmung³ revisible Normen im Sinne der §§ 337 StrPO. und 550 ZPO. sind⁴. Das Hauptthema kann nunmehr weiter erörtert werden.

§ 16. Die Kundmachung der Abstimmungshergänge in den Urteilsgründen.

Sind prozessuale Vorschriften während der Hauptverhandlung des Strafprozesses oder der mündlichen Verhandlung des Zivilprozesses verletzt worden, so kann die Verletzung regelmäßig durch das Sitzungsprotokoll erwiesen werden. Da der Abstimmungsakt nicht protokolliert wird, fehlt es an einer entsprechenden Möglichkeit, rechtswidrige Vorgänge, die sich bei der Beratung und Abstimmung begeben, nachzuweisen.

Auch die Entscheidungsgründe dürfen wegen des Abstimmungsgeheimnisses grundsätzlich keine Angaben über den Hergang der Beratung enthalten.

halten der Berechtigten und Verpflichteten des bürgerlichen Rechts geprägten Bezeichnung auf die Tätigkeit des Gerichts angebracht ist.

⁵ Vgl. MANNHEIM: Rev. 142.

⁶ Es braucht daher nicht auf die Kontroverse eingegangen zu werden, ob die Sollvorschriften des Prozeßrechts revisibel sind. Bejahend MANNHEIM (a. a. O.) gegen die h. M. (LOEWE-ROSENBERG: § 337, 3a; STEIN-JONAS: § 549 III; RGSt. 42, 168).

¹ In älteren Gesetzen waren nur die Mindestzahlen angegeben, z. B. § 10 I 13 KGO. v. 1555; § 5 Z. 4 PrVO. v. 14. Dezember 1833 (GS. 302—308). Vgl. auch oben S. 33 Anm. 1. ² Ges. v. 5. April 1888.

³ Im eigentlichen Sinne. Nicht hierher gehört § 198 GVG; vgl. oben S. 2 f.

⁴ Als Dienstinstruktion wären sie nicht revisibel (FLEINER: 66 Anm. 43), sondern nur im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde und disziplinarisch verfolgbare (FLEINER: 64), wie ENDEMANN (CPr. III vor § 194 ff.) und schon OPPENHOFF (§ 57, 6, S. 282) folgerichtig annehmen. Auch könnte aus ihrer Verletzung kein Schadensersatzanspruch hergeleitet werden, weil ihre Befolgung dem Richter nur dem Staat gegenüber obläge: PLANCK-GREIFF: § 839, 3a; SELL: 19; KRAFT: DJZ. 14, 1416 Anm. 1; Haftpflicht 32 f.

Es fragt sich aber, ob nicht auch dieser Grundsatz eine Ausnahme erleiden kann.

a) Die Wahrhaftigkeit der Urteilsgründe erfordert eine Angabe über die zahlenmäßigen Verhältnisse der Stimmen nicht, sofern nicht Fälle der Art vorliegen, wie sie in den früheren Ausführungen geschildert wurden. Wenn von diesen Fällen abgesehen wird, muß das Gericht stets zu einer Entscheidung gelangen, die, nach seiner richtigen oder unrichtigen Ansicht, auch in der Begründung dem Willen und der Meinung der gesetzlichen Mehrheit entspricht. Die Gründe dieser Mehrheit liefern die Urteilsbegründung. Wenn z. B. drei Richter des erweiterten Schöffengerichts den Angeklagten des Diebstahls, der vierte ihn jedoch der Unterschlagung für schuldig hält, so wird der Angeklagte wegen Diebstahls verurteilt. Die Urteilsgründe haben auszuführen, warum der Diebstahl für vorliegend zu erachten sei; aus den zur Begründung dieser Entscheidung verwendeten Momenten ergibt sich bereits, warum eine Unterschlagung nicht anzunehmen ist (die Gewahrsamsfrage wird das Entscheidende sein). Es besteht nicht der geringste Anlaß, in der Urteilsbegründung darauf einzugehen, daß drei Stimmen für die Annahme des Diebstahls und eine für die der Unterschlagung abgegeben worden sind. Die Gründe sind wahr; sie geben die Meinung der gesetzlichen Mehrheit wieder. Da auch die Abstimmung bedenkenfrei vor sich ging, genügt es, wenn die materiellstrafrechtlichen Gründe des Gerichts (d. h. seiner Mehrheit) dem Revisionsgericht zur Nachprüfung unterbreitet werden.

Bedenken ergeben sich in den Fällen, in denen die Richtigkeit des Abstimmungshergangs in Zweifel gezogen werden muß.

20. Beispiel. In einem Verfahren wegen Entwendung von Lebensmitteln hat die Strafkammer den Angeklagten freigesprochen, weil bei der Abstimmung weder für die Annahme eines Diebstahls noch für die Annahme des Mundraubs eine Zweidrittelmehrheit zu erlangen war.

Diese Abstimmung ist falsch. Der Entscheidung liegt eine irrige Auffassung des Verhältnisses zwischen Diebstahl und Mundraub zugrunde. Der Mundraub ist kein besonderes Delikt, sondern schafft Umstände, die die Strafbarkeit des Diebstahls, dessen Tatbestand er voraussetzt, vermindern. Da die Verneinung dieser Umstände eine Entscheidung zum Nachteil des Angeklagten in der Schuldfrage bedeutet, kann sie nur mit Zweidrittelmehrheit beschlossen werden gemäß § 263 Abs. 1 und 2 StrPO. Wenn sich zwei Stimmen für die Annahme dieser Umstände aussprechen, müssen sie angenommen werden, sofern vorher der gemeine Diebstahl bejaht wurde. Die Strafkammer hätte daher bei der Abstimmung, insbesondere bei der Feststellung ihres Ergebnisses, anders verfahren müssen¹; sie hätte, nachdem sie über den gemeinen Diebstahl und über den Privilegierungstatbestand abgestimmt hatte, schuldig sprechen müssen, wenn der Diebstahl bejaht wurde, und hätte dann nach § 370 Z. 5 StrGB. ver-

¹ Vgl. RGSt. 5, 404. — Vgl. oben S. 43 f.

urteilen müssen, wenn mehr als ein Richter für seine Anwendung gestimmt hätte.

21. Beispiel. In einem Verfahren wegen Brandstiftung (§ 306 StrGB.) ist die erforderliche Mehrheit der erkennenden Richter des Schwurgerichts in der Schuldfrage einig. In der Straffrage entsteht jedoch eine Meinungsverschiedenheit: 5 Richter wollen 5 Jahre Zuchthaus, 4 Richter wollen 3 Jahre verhängen. Das Gericht verurteilt zu 5 Jahren Zuchthaus¹. Die Entscheidung in der Straffrage ist falsch. Nach § 263 StrPO. ist für jede dem Angeklagten nachteilige Entscheidung in der Straffrage eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Bilden sich in der Straffrage zwei Meinungen, deren keine die erforderliche Mehrheit für sich hat, so gilt die mildere Meinung (§ 196 Abs. 3 GVG.).

In derartigen Fällen², in denen das Urteil auf einer fehlerhaften Abstimmung beruht, ist eine Behebung des Mangels dringend geboten; ja, in allen Fällen, in denen die Abstimmungsmethode zweifelhaft erscheint, ist es wünschenswert, daß die Nachprüfung des Urteils ermöglicht wird.

Es fragt sich nur, wie das Revisionsgericht die Kenntnis des Fehlers erlangen soll. Wenn durch eine Abstimmung nach Gründen eine Mehrheit in der Schuldfrage konstruiert wird, so werden die Gründe die einzelnen vom Gericht bejahten Tatbestandsmerkmale erörtern; auf das Zustandekommen der Entscheidung wird mit keinem Worte eingegangen werden, weil das Gericht seine Entscheidung für ordnungsgemäß gefunden halten wird. Das Gericht gibt die Gründe an, die es zu seiner Entscheidung geführt haben; es wird aber unterlassen, dabei auch anzugeben, wie es mit Hilfe dieser Gründe die Entscheidung gefunden hat.

Um zu erreichen, daß die auf falscher oder wenigstens zweifelhafter Abstimmung beruhende Entscheidung der Nachprüfung unterzogen werde, wäre das Nächstliegende und offenbar Zweckmäßigste, in den Urteilsgründen Angaben über den Abstimmungshergang zu machen.

Dies müßte in der Weise geschehen, daß ohne Kennzeichnung der einzelnen Richterpersönlichkeiten (denn sie wäre unnötig) die Hergänge der Abstimmung wahrheitsgetreu geschildert werden.

In dem Falle des Mundraubes hätte das etwa so zu geschehen, wie es das Landgericht Stade getan hat, dessen Urteil vom Reichsgericht (RGSt. 5, 404) aufgehoben wurde: „Bei der Abstimmung“ hat sich „weder für die Annahme eines Diebstahls noch für die Annahme einer in § 370 StrGB. unter Strafe gestellten Entwendung die für die Bejahung der Frage gesetzlich erforderte Majorität herausgestellt“. Da somit weder ein Vergehen gegen § 242 StrGB. noch eine Übertretung des § 370 Z. 5 StrGB. für erwiesen angesehen werden konnte, mußte der Angeklagte freigesprochen werden. Oder im Falle der Brandstiftung müßten die Gründe etwa lauten:

¹ Dieser Fall war Gegenstand der Entscheidung des RG. in St. 60, 295.

² Weitere Fälle s. in den zur Erläuterung der Abstimmungsmethode gegebenen Beispielen.

Bei der Bemessung der Strafe hielten vier Stimmen eine Zuchthausstrafe von drei Jahren für angemessen und ausreichend, während die übrigen Stimmen eine fünfjährige Zuchthausstrafe zur Sühnung des Verbrechens für erforderlich erachteten¹.

Bei einer solchen Angabe in den Gründen hat das Revisionsgericht die Möglichkeit, den bei der Abstimmung begangenen Fehler zu beheben.

b) Derartige Angaben werden zwar nicht ausdrücklich vom Gesetz verlangt, auch nicht stillschweigend, wie die Mitteilung der verschiedenen eine Entscheidung tragenden Meinungen, die um der Wahrhaftigkeit der Urteilsgründe willen notwendig war.

Da aber der Zweck der Urteilsgründe, wie oben gezeigt wurde, ist, die Nachprüfung der Entscheidung zu ermöglichen, muß es erlaubt sein, um die Erreichung dieses Zwecks zu fördern, auch Angaben über das Verhältnis der die Entscheidung tragenden Stimmen und ihre Zusammenrechnung in den Gründen in der angegebenen Weise zu machen.

Die Angabe der verschiedenen Meinungen der Richter in den erstgenannten Fällen unterscheidet sich von der Mitteilung der Stimmen in den letzteren einmal dadurch, daß es dort der Inhalt der Stimmen war, um dessentwillen die Mitteilung erfolgte, während hier die Fragestellung und die Stimmencomputation, also das Verfahren der Abstimmung, dem Revisionsgericht offengelegt werden sollte².

Beiden Fällen ist gemeinsam, daß ein Bruch des Beratungsgeheimnisses stattfindet; in beiden Fällen ist der Bruch aber auch von der Rechtsordnung vorgesehen.

Verletzt wird beidemal nur diejenige Seite des Beratungsgeheimnisses, die für den Berufsrichter einen Teil der allgemeinen Amtsverschwiegenheit bildet; denn in keinem Falle darf kenntlich gemacht werden, wie der einzelne Richter gestimmt hat³. Für die Amtsverschwiegenheit gilt der Grundsatz des § 11 RBG., daß (nur!) diejenigen Angelegenheiten zu verschweigen sind, deren Geheimhaltung durch die Natur der Angelegenheit erfordert wird oder dem Beamten von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben worden ist. Daher sind nicht nur diejenigen Angelegenheiten nicht zu verschweigen, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach nicht erfordert ist, sondern um so weniger auch solche, deren Natur

¹ Vgl. die schon zitierte RGSt. 60, 295.

² Diese Unterscheidung hat das BayObLG. JW. 58, 1062, wenn auch nicht ganz deutlich, zum Ausdruck gebracht.

³ Aus diesem Grunde ist auch die Einschränkung nicht notwendig, die das bei OPPENHOFF (Strafs. 214 Anm. 5) angeführte Urteil des PrObTr. v. 4. Juni 1855 (125 Disc. I) macht, wenn es zwar die Verpflichtung des erkennenden Gerichts anerkennt, in Fällen, in denen die Richtigkeit der Abstimmungsmethode zweifelhaft ist, in den Urteilsgründen Angaben über die bei der Abstimmung befolgten Grundsätze zu machen, es aber für unzulässig erklärt, das Stimmverhältnis selbst anzugeben. Es erscheint fraglich, ob diese beiden Anforderungen praktisch zu vereinen sind.

geradezu eine Offenbarung erfordert. Und das letztere ist der Fall, wenn die Richtigkeit der Abstimmung zweifelhaft ist; denn auf der Abstimmung beruht die Entscheidung, und eine Entscheidung soll möglichst richtig sein. Sie muß daher auch durch das höhere Gericht nachgeprüft werden können. Die Nachprüfung ist aber nur möglich, wenn die Hergänge, auf denen die Entscheidung beruht, offen dargelegt werden.

Eine Pflichten- oder Interessenkollision liegt in diesen Fällen nicht vor¹. Zwei Pflichten kollidieren dann miteinander, wenn sie beide zu gleicher Zeit erfüllt werden müßten, aber aus logischen oder tatsächlichen Gründen nicht gleichzeitig erfüllt werden können²; in solchen Fällen ist die jeweils höhere Pflicht auf Kosten der minderen zu erfüllen. Sobald aber eine allgemeine Norm besteht, deren Anwendung in allen Fällen, in denen sonst eine Kollision stattfinden würde, stets zur Erfüllung der einen Pflicht auf Kosten der anderen führen muß, ohne daß eine Abwägung vorzunehmen wäre, kann von einer Pflichtenkollision im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein³. So liegt es auch hier; das Prozeßrecht verlangt allgemein die Nachprüfbarkeit der Entscheidung und infolgedessen auch die wahrheitsgemäße Urteilsbegründung; damit beugt es allgemein einem möglichen Konflikt mit dem Beratungsgeheimnis vor und verlangt Offenbarung der Hergänge in der geschilderten Weise⁴.

In der Literatur des Strafprozeßrechts wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß es zulässig sei, in den Entscheidungsgründen Angaben über die Abstimmung zu machen, um die Nachprüfung eines vielleicht rechtswidrigen Verfahrens bei der Urteilsfindung zu ermöglichen⁵. Besonders ist hier von KRIES anzuführen⁶, der auch die Fälle, in denen die Wahrfähigkeit der Urteilsbegründung die Angabe der verschiedenen Meinungen, die zu dem gleichen Tenor führen, erfordert, von den zuletzt besprochenen

¹ Anders RGSt. 60, 296, dem BayObLG. JW. 58, 1063 folgt. Wie diese BELING: JW. 55, 2579 und MANNHEIM: JW. 58, 1062.

² FRANK: StrGB. III vor 4. Abschn. S. 135; HEIMBERGER: Vgl. Darst. A. T. IV 3. ³ Siehe auch unten § 18b.

⁴ Die Offenbarung des Stimmverhältnisses ist also nicht nur ein nobile officium der Strafgerichte, wie JOHN (StrPO. § 262, 2) meint.

⁵ BELING: StrPrR. 253ff.; GERLAND: 382f.; BELING: JW. 55, 2579; ROSENFELD: DStrPrR. (Göschel) I, 76 Anm. 2; HEINEMANN: ZStW. 15, 244; DAUDE: § 196 GVG. 23. LOEWE-ROSENBERG (GVG. § 193, 5) will die Mitteilung der Abstimmungshergänge nur in dem Falle gelten lassen, daß über die Art der Abstimmung eine Meinungsverschiedenheit im erkennenden Gericht entstand und die Entscheidung der Sache je nach dem Ausfall der Entscheidung jener Meinungsverschiedenheit verschieden ausfällt. Die Ausführungen des obigen Textes ergeben, daß diese Einschränkung nicht geboten ist.

A. A. sind BINDING: Grundr. 177; BIRKMEYER: 271; STENGLEIN: Lehrb. 54; ROMEN-RISSOM: § 325, 3, 4. ⁶ Lehrb. 454.

scheidet, in denen unmittelbar und allein das Bedürfnis der Revision die Offenbarung von Abstimmungshergängen erfordert¹.

Das Reichsgericht hat oft Urteile der Strafkammern nachgeprüft, in denen Angaben über die Abstimmung enthalten waren. Es hat diese Angaben niemals mißbilligt, hat sie vielmehr stets bei der Nachprüfung benutzt² und in einer der letzten Entscheidungen³ jenes Verfahren sogar ausdrücklich gebilligt.

In Zivilsachen hat das Reichsgericht, soweit seine Rechtsprechung bekannt geworden ist, kein Urteil nachgeprüft, in welchem Angaben über den Abstimmungshergang enthalten waren. Auf welchen Ursachen dies auch immer beruhen mag⁴, der Satz, daß die Entscheidungsgründe Angaben über das bei der Abstimmung beobachtete Verfahren enthalten dürfen, ja müssen im Interesse der Erhaltung einer guten Rechtsprechung, gilt auch für die Zivilurteile. Wenn beispielsweise die Entscheidung im Wege der Totalabstimmung gefunden worden ist, die Abstimmung nach selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln aber möglicherweise zu einem anderen Ergebnis führen würde, so muß für den Fall, daß das Urteil durch das Revisionsgericht nachgeprüft wird, in den Gründen mitgeteilt werden, auf welchem Wege das Gericht zu seiner Entscheidung gelangt ist. Die Notwendigkeit derartiger Angaben ergibt sich aus den gleichen Gründen wie bei den Strafurteilen; ihre Rechtfertigung finden sie ebenfalls in dem Beratungsgeheimnis selber, das, wie ausgeführt wurde, gemäß dem Grundsatz des § 11 RBG. die Verschwiegenheit solcher Angelegenheiten nicht erfordert, deren Geheimhaltung von ihrer Natur nicht erheischt wird, noch weniger aber solcher, deren Offenbarung aus anderen Gründen geboten ist.

Die Literatur, die die ganze Frage, im Gegensatz zum Strafprozeßrecht, wo sie eine zwar nicht erschöpfende, aber doch an den Kern der Sache rührende Behandlung erfahren hat, nur stellenweise flüchtig gestreift hat, beschränkt sich darauf, den Grundsatz festzustellen, daß das Beratungsgeheimnis Angaben über Abstimmungshergänge in den Urteilsgründen verbietet⁵.

II. Das Beratungsgeheimnis und die Zeugnispflicht.

§ 17. Ist die Rüge fehlerhafter Abstimmung zulässig, obwohl das angefochtene Urteil keine Angaben über die Abstimmung enthält?

Die Untersuchungen über das Verhältnis des Beratungsgeheimnisses zu den Urteilsgründen haben gezeigt, daß es unter Umständen nicht

¹ VON KRIS (a. a. O.) hat auch die Entscheidungen des RG. (St. 2, 379; 8, 218; Rspr. 3, 797) in dieser zweifachen Hinsicht gewürdigt.

² RGSt. 2, 379; 5, 404; 8, 218; Rspr. 4, 198. Nicht unvereinbar damit sind die Entscheidungen Rspr. 1, 250 und 2, 70, die den auch hier vorangestellten Grundsatz betonen, daß Angaben über die Beratung und Abstimmung in den Urteilsgründen unzulässig seien. Nur diesen Grundsatz wiederholt STENGLEIN: StrPO. § 195, 3, ohne, wie das RG. a. a. O., die Möglichkeit von Ausnahmen zu erwägen.

³ RGSt. 60, 295.

⁴ Vgl. oben S. 33 Anm. 9.

⁵ STRUCKMANN-KOCH: § 195; STEIN-JONAS: § 313 V. Nicht ausdrücklich, aber implicite, ENDEMANN: III vor §§ 194 ff.

nur erlaubt, sondern sogar geboten ist, in den Gründen Angaben über die Beratung und Abstimmung zu machen, damit ein möglicherweise dem Gericht bei der Findung der Entscheidung unterlaufener Fehler materiell- oder prozeßrechtlicher Art mit Hilfe der Nachprüfung durch das Revisionsgericht geheilt werden kann.

Wie ist aber eine Heilung möglich, wenn das erkennende Gericht den Grundsatz der Wahrhaftigkeit der Entscheidungsgründe verletzt oder seine Entscheidung für richtig zustande gekommen hält und davon absieht, in den Gründen das Stimmverhältnis zu offenbaren, während die Richtigkeit der Abstimmung oder ihres Ergebnisses sehr in Zweifel gezogen werden kann?

Die zur Anfechtung der Entscheidung Berechtigten erlangen in erlaubter Weise keine Kenntnis von der Möglichkeit eines Fehlers; der einzige Weg ist, daß ein Mitglied des Gerichts spontan oder auf Befragen die Bedenken mitteilt, die es hinsichtlich der Abstimmung hat.

Der durch die Entscheidung Beschwerde wird diese Mitteilung dazu benutzen, seinen Revisionsantrag zu begründen. Durch die Rüge wird das Revisionsgericht auf das behauptete Stimmverhältnis und das angezweifelte Abstimmungsverfahren hingewiesen und ist in der Lage, die Begründetheit der Rüge zu prüfen.

Es fragt sich aber, ob eine derartige Rüge überhaupt zulässig ist, die sich auf einer Verletzung des Beratungsgeheimnisses aufbaut und, da das Revisionsgericht wohl nicht würde umhin können, in dem weiteren Verfahren über den gerügten Mangel Beweis zu erheben, auf eine weitere ebensolche Verletzung hinzielt.

Da die Rüge fehlerhaften Abstimmungsverfahrens eine Anfechtung des Urteils wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren bedeutet, hat die Revisionsbegründung die Tatsachen zu bezeichnen, welche den behaupteten Mangel ergeben (§ 344 Abs. 2 S. 2 StrPO., § 554 Abs. 3 S. 2 lit. b ZPO.). Andernfalls ist die Revision als unzulässig zu verwerfen (§ 349 StrPO., § 554a ZPO.)¹.

Wenn nun die Revisionsrüge mit Behauptungen belegt würde, deren Wahrheit das Revisionsgericht nicht ermitteln kann, weil ein Beweisverbot besteht, so müßte es nach den eben genannten gesetzlichen Bestimmungen die Revision als unzulässig verwerfen, weil nicht beweisbare Tatsachen prozessual als nicht vorhanden gelten müssen².

Entsprechendes gilt aber dann auch für die andere Rüge, die den im Urteil nicht angeführten Inhalt einer für den Ausfall der Entscheidung maßgebenden Stimme beanstandet. Zwar ist dies nicht notwendig eine prozeßrechtliche Rüge, für die das Gesetz die Angabe von Tatsachen

¹ LOEWE-ROSENBERG: § 349, 2; RGSt. 53, 235; STEIN-JONAS: § 554 a II.

² So in der Tat RG. in DRZ. 1927, Nr 1081. Vgl. BELING: StrPrR. 419, Text zu Anm. 2.

in der Begründung fordert; aber da der Inhalt der Stimme dargetan und bewiesen werden muß, wenn das Rechtsmittel Erfolg haben soll, wird die Revision als unbegründet zurückgewiesen werden müssen, wenn der Beweis rechtlich nicht möglich ist.

Da mangels anderer Beweismittel das Stimmverhältnis und die Abstimmungshergänge nur durch Vernehmung der beteiligten Richter als Zeugen bewiesen werden können, ist daher zu prüfen, ob die Richter über jene Hergänge befragt werden dürfen, ob sie aussagen dürfen oder gar müssen oder ob sie die Aussage verweigern dürfen. Aus dem Ergebnis dieser Untersuchung wird sodann die Antwort auf die logisch vorhergehende Frage zu entnehmen sein, ob die Begründung der Revision mit der Rüge fehlerhafter Abstimmung beachtlich, d. h. zulässig ist¹.

§ 18. Dürfen die Richter als Zeugen über die Abstimmung vernommen werden ?

Das Gesetz hat zwei Fälle der Kollision von Zeugnispflicht und Schweigepflicht geregelt: das Berufsgeheimnis (§ 52 StrPO., § 383 Ziff. 4, 5 ZPO., auch RV. Art. 38) und das Amtsgeheimnis (§ 54 StrPO., § 376 ZPO.). Den beruflich zur Verschwiegenheit Verpflichteten gibt es ein Zeugnisverweigerungsrecht, während die öffentlichen Beamten nach Umständen, auf die sich ihre Amtsverschwiegenheit bezieht, überhaupt nicht gefragt werden dürfen, es sei denn, daß ihre vorgesetzte Dienstbehörde die Vernehmung gestattete.

a) Die Berufsrichter sind öffentliche Beamte; auch für sie gelten die Vorschriften §§ 54 StrPO. und 376 ZPO. Aber sie gelten für sie nur insoweit, als der Richter dienstrechtlich den öffentlichen Beamten gleichsteht, insbesondere der Aufsicht seiner Vorgesetzten über seine Amtshandlungen untersteht.

Wie schon des näheren erörtert, ist das Beratungsgeheimnis von dem allgemeinen Amtsgeheimnis zu scheiden; sein Wesen besteht gerade darin, daß der Richter die Pflicht hat, auch seinem Vorgesetzten gegenüber die Beratungs- und Abstimmungshergänge zu verschweigen.

¹ In diesem Sinne bedingt die Zulässigkeit der Vernehmung des Richters als Zeugen die Beachtlichkeit der Rüge des Abstimmungsfehlers. Darauf, daß der Revisionswerber die Aussage des Richters, der ihm gegenüber den Abstimmungshergang preisgegeben hat, als Beweismittel für den behaupteten Verstoß angibt, kommt es zunächst nicht an: die Zulässigkeit der Vernehmung als Zeugen vor dem Revisionsgericht entscheidet die Zulässigkeit der Revision. Das Reichsgericht (St. 60, 295) hat im Ausgangspunkt Recht, wenn es sagt, die Unzulässigkeit der Beweiserhebung bedinge die Unbeachtlichkeit der Rüge. Die Frage, ob bereits eine Äußerung eines beteiligten Richters vorliegt, ist nur eine solche praktischer Art nach der tatsächlichen Möglichkeit des Beweises. A. A. BELING: JW. 55, 2579 Anm. 5.

Damit ist die Anwendung der §§ 54 StrPO. und 376 ZPO. unvereinbar; denn ein Vorgesetzter, der die Beratungshergänge nicht kennt, kann auch nicht beurteilen, ob die Aussage genehmigt werden darf oder nicht¹.

Auch das Revisionsgericht kann den als Zeugen benannten Richter nicht von der Schweigepflicht entbinden². Es ist als solches überhaupt nicht Vorgesetzter des Richters. Dieser erscheint vor ihm nur als Zeuge. Es wäre unvereinbar mit der Unabhängigkeit des Richters und mit der Stellung des Revisionsgerichts als eines unparteilichen Gerichts, wenn dieses selbst die Erlaubnis der Aussage erteilen oder verweigern dürfte. Auch eine Nachprüfung der Berechtigung zur Aussageverweigerung ist ihm nicht möglich. Der Hinweis des Richters auf das Beratungsgeheimnis genügt³.

¹ Eine Folge des Grundsatzes der Unabhängigkeit. Insofern richtig ASCHER: DRZ. 21, 90. Dagegen MANNHEIM: JW. 58, 1064. Aber wenn die Aufsichtsbehörde die Aussage genehmigen soll, muß sie den Gegenstand der Aussage kennen, und das soll sie gemäß dem Grundsatz des Beratungsgeheimnisses nicht. Das Gesetz ersetzt eben dem Richter insoweit den Vorgesetzten, und es räumt dem Richter also doch eine Sonderstellung ein, wie HARTMANN (JW. 58, 236) zu entgegenen ist. — Richtig FEISENBERGER: StrPO. § 54, 7; § 198, GVG. I; KOHLRAUSCH: StrPO. § 54, 4; SALINGER: ZZP. 30, 5; KÜBEL: DRZ. 2, 401; DOERR: RhZZP. 3, 458; ASCHER: DRZ. 21, 90. Insofern auch richtig RGSt. 61, 218. Hiergegen ohne ausreichende Begründung ERNST FUCHS: Just. III, 249. — Verkannt von ROSENFELD: RStrPr. 165; BENNECKE-BELING: 334 mit Anm. 8; BELING: Abh. 46, 27; HABERSTUMPF: SeuffBl. 75, 383; HARTMANN: JW. 58, 236. — Die Richter und Beisitzer des RKG. konnte der Kaiser und der römische König von der Schweigepflicht über Beratungshergänge entbinden: KGO. v. 1555, § 16 I 13.

² Wie SCHWARZ (§ 198, § 1) will.

³ Das Revisionsgericht kann daher auch nicht über die Abstimmungshergänge eine „dienstliche Äußerung“ einholen, wie BELING (StrPrR. 419 Anm. 2) meint, und die Verteidigung in RG. DRZ. 1927 Nr. 1081 beantragt hatte. Wenn das Gesetz im § 26 Abs. 3 StrPO. und im § 44 Abs. 3 ZPO. dem wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richter aufgibt, sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern, so rechtfertigt sich diese Ausdrucksweise vielleicht damit, daß die Frage der Besetzung des Gerichts außer ihrer Bedeutung für den einzelnen Prozeß auch eine gerichtsorganisatorische Seite aufweist, deren Beurteilung eigentlich der Aufsichtsbehörde zukommt. Streng genommen läßt sich aber auch im Ablehnungsverfahren die Bezeichnung „dienstliche“ Äußerung nicht rechtfertigen; denn über das Ablehnungsgesuch entscheidet nicht die Aufsichtsbehörde, sondern das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört (§ 27 Abs. 1, 2 StrPO., § 45 Abs. 1 S. 1 ZPO.), oder das im Instanzenzuge nächsthöhere Gericht (§ 27 Abs. 3, 4 StrPO., § 45 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 ZPO.). Außerdem bezeichnet das Gesetz den „dienstliche Äußerung“ genannten Bericht des abgelehnten Richters kurz vorher als sein „Zeugnis“ (§ 26 Abs. 2 S. 2 StrPO., § 44 Abs. 2 S. 2 ZPO.). Diese letztere Bezeichnung dürfte die der Sache entsprechende sein.

Außerdem verbietet der Zweck der angegebenen Vorschriften eine Anwendung auf den Richter. Das Vernehmungsverbot für öffentliche Beamte bezweckt die Verhütung von Nachteilen, die dem Wohle des Reichs oder eines Landes aus der Preisgabe des Amtsgeheimnisses erwachsen könnten (Abs. 2 der Vorschriften). Danach hat der Vorgesetzte die Angelegenheiten, über die der Beamte aussagen soll, zu prüfen, ob ihre Geheimhaltung aus den angegebenen Gründen geboten erscheint. Bei der Prüfung ist er an keine gesetzliche Vorschrift gebunden; die Entscheidung erfolgt nach pflichtmäßigem Ermessen für den einzelnen Fall.

Dagegen verlangt das Gesetz vom Richter die Verschweigung der Beratungshergänge, weil ihre Offenbarung die Unparteilichkeit, Autorität und Unabhängigkeit der Gerichte gefährden könnte. Hierbei kann nicht unterschieden werden zwischen solchen Angelegenheiten, deren Offenbarung dem Staatswohl Nachteile bringen würde, und solchen, bei denen diese Gefahr nicht bestände; denn es ist die Offenbarung der Beratungshergänge als solche, die bereits jene Gefahren mit sich bringen würde und daher grundsätzlich und unbedingt verboten ist. Für eine Abwägung der Zwecke ist insoweit kein Raum.

Daß die Vorschriften der Prozeßordnungen über die Vernehmung öffentlicher Beamter als Zeugen auf den Richter keine Anwendung finden, ergibt sich schließlich auch aus einer Vergleichung mit der Schweigepflicht der Schöffen und Geschworenen. Werden diese als Zeugen benannt, so haben sie nicht nur das Recht¹, sondern die Pflicht, die Aussage abzulehnen; der vorsitzende Richter darf sie erst gar nicht nach Beratungshergängen fragen². Die Schweigepflicht der Laienrichter besteht im Interesse des Staates und der Allgemeinheit. Es hätte einer ausdrücklichen Vorschrift, ähnlich denen der §§ 54 und 376 bedurft, um ihre Vernehmung in bestimmten Fällen zu erlauben. Mangels einer solchen muß angenommen werden, daß das Gesetz das Zeugnis der Schöffen und Geschworenen unbedingt verbietet. § 383 Ziff. 5 ZPO. kann

Der als Zeuge benannte Richter gehört als Zeuge nicht zu den Prozeßsubjekten; er vereinigt in sich die Funktionen des als Zeugen benannten öffentlichen Beamten des § 54 StrPO. und des § 376 ZPO. sowie des Vorgesetzten, der gemäß diesen Vorschriften den Beamten von der Schweigepflicht zu entbinden befugt ist. Beide Funktionen bringen ihn aber nicht in ein dienstliches Abhängigkeitsverhältnis zum Revisionsgericht. Dieses ist nur in der Lage, dem unteren Gericht bindende Anweisungen zu geben, wie es in einer Sache verfahren und entscheiden soll (§ 358 StrPO., § 565 Abs. 2 ZPO.). Diese Abhängigkeit ist keine dienstliche, sondern eine, wenn der Ausdruck erlaubt ist, „jurisdiktionelle“ oder „judikatorische“.

¹ So KOHLRAUSCH: StrPO. § 198 GVG. I.

² SYDOW-BUSCH-KRANTZ: GVG. § 198, 2. A. A. BELING: Abh. 46, 26 Anm. 3: § 200 GVG. habe der Zeugnispflicht zu weichen.

hier nicht angewendet werden, weil es sich nicht um anvertraute fremde Angelegenheiten handelt¹. Einen Vorgesetzten, der zur Genehmigung in Betracht käme, haben die Schöffen und Geschworenen nicht². Die Schweigepflicht der Richter und die der Laienrichter ist aber insofern gleich zu behandeln, als ihr Gegenstand wie auch ihr Inhalt einer und derselbe ist; denn die Laienrichter haben nicht nur ihre eigene Abstimmung, sondern auch die der Berufsrichter zu verschweigen, die umgekehrt die entsprechende Verpflichtung trifft.

Diese Darlegungen haben so viel ergeben, daß auf die Vernehmung der Richter als Zeugen über Beratungshergänge nicht die Vorschriften der §§ 54 StrPO. und 376 ZPO. angewendet werden können³. Es ist vielmehr von dem Grundsatz auszugehen, daß die Befragung der Berufs- wie der Laienrichter nach Beratungshergängen unstatthaft ist. Dieser Satz wird von der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertreten⁴. Insbesondere hat das Reichsgericht ihn in ständiger Rechtsprechung stets von neuem betont⁵.

Seine strenge Befolgung führt jedoch zu dem unerwünschten Ergebnis, daß ein aus dem Urteil nicht ersichtlicher, die Entscheidung aber beeinflussender Fehler in der Ansicht eines der Richter oder ein Mangel im Abstimmungsverfahren bestehen bleiben muß, und mit ihm eine möglicherweise falsche Entscheidung.

b) Anders als bei der Aufnahme in die Urteilsgründe fehlt es hier an einem gesetzlichen Grunde, der die Verschwiegenheitspflicht zugunsten der Verpflichtung, die wahre Entstehung der Entscheidung zu offenbaren, entkräftete. Die Gründe des Urteils haben die Vermutung der Vollständigkeit für sich. Das Gesetz vertraut auf die Gewissenhaftigkeit und Gründlichkeit der Richter, die alle Aufgaben ordnungsgemäß erledigen und darüber im Sitzungsprotokoll und in den Gründen be-

¹ Dieses verkennen SEUFFERT: CP. § 383, 7; STEIN-JONAS: § 383, 5.

² Wie ROSENFELD sich die analoge Anwendung des § 54 StrPO. auf die Schöffen und Geschworenen praktisch durchgeführt denkt (DStrPrR. I 76 Anm. 2), ist nicht ersichtlich.

³ Bei dieser Auffassung wird die nachteilige Folge vermieden, die sich ergeben würde, wenn man die vorgesetzte Dienstbehörde über die Genehmigung zur Aussage entscheiden ließe: dann entstände der Zwiespalt, daß zwar die Richter aussagen könnten, die Laienrichter jedoch nicht, weil es keine Instanz gibt, die ihnen die Aussage erlauben könnte. — Damit erledigen sich LISZTS Bedenken (JW. 46, 166).

⁴ Außer den in den vorangehenden Anmerkungen genannten: STENGLIN: Lehrb. 82; GERLAND: 206; Graf zu DOHNA: Strafverf. 88, Strafproz. 82; SYDOW-BUSCH-KRANTZ: GVG. § 1, 3; DOERR: RhZZP. 3, 408; BINDING: Grundr. 161; LOEWE-ROSENBERG: 7 vor §§ 52—55 StrPO.; VON WILMOWSKY-LEVY: § 1 GVG. I.

⁵ RGSt. 26, 202; 36, 373; 61, 218; JW. 53, 1721, 2; GA. 64, 553; DRZ. 1927, Nr. 1081.

richten sollen; denn Protokoll und Entscheidungsgründe bilden die hauptsächlichliche Grundlage für die Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

Trotzdem kann damit nicht jeder Weg abgeschnitten sein, der zu einer Änderung der auf fehlerhafter Grundlage beruhenden Entscheidung führte; denn das erkennende Gericht kann nicht willkürlich darüber bestimmen sollen, ob es dem Mangel eine Abhilfe durch seine Mitteilung in den Gründen verschaffen soll oder nicht.

Es muß ein Ausgleich gesucht werden zwischen dem Interesse an der Aufrechterhaltung der Autorität des unterschriebenen Urteils, überhaupt der mit dem Beratungsgeheimnis verbundenen Wirkungen, und dem Interesse an der Beseitigung eines Mangels der Entscheidung.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß eine nachträgliche Verleugnung des unterschriebenen Urteils in einer Zeugenaussage das Ansehen des Gerichts und seiner Entscheidung weit eher zu erschüttern geeignet ist¹ als die vorherige Offenbarung der Abstimmung durch die Richter in ihrem eigenen Urteil, und es ist ERNST FUCHS nicht zuzugeben, daß es eine reine Äußerlichkeit sei, ob das Stimmverhältnis (oder der Abstimmungshergang) in den Urteilsgründen mitgeteilt werde oder nicht².

Noch ein weiteres ist zu berücksichtigen. Es macht einen Unterschied, ob der Richter als Zeuge nur die Angaben über die Abstimmung nachholen soll, die das Gericht in den Gründen zu machen versäumt hat, oder ob er aussagen soll, wie ein bestimmter oder mehrere bestimmte einzelne Richter gestimmt haben. Im letzteren Falle träte eine völlige Verletzung des Beratungsgeheimnisses ein, während im ersten die Unabhängigkeit des Gerichts unangetastet bliebe. Daher werden im ersten Falle besonders starke Bedenken gegenüber einer Zeugenaussage obzuwalten haben.

Das Ganze ist ein Fall der sog. Interessenkollision.

Das Gesetz begünstigt weder das Interesse an der Aufdeckung des Fehlers noch das an der Wahrung des Beratungsgeheimnisses.

Beide Interessen verlangen vielmehr Berücksichtigung, und zwar will beide der Staat gewahrt sehen; denn ihm liegt sowohl an der Wah-

¹ Nur insofern ist die Tatsache der Unterschrift des Urteils von Bedeutung. Es erscheint willkürlich, wenn RGSt. 38, 412 (ähnlich 61, 218) sagt, mit der Unterschrift übernahmen die Richter die volle und ausschließliche Verantwortung dafür, daß das Urteil in gesetzmäßiger Weise gefunden worden sei, derart, daß eine Nachprüfung der Urteilsfindung ausgeschlossen sei. Die Richter übernehmen auch für andere Teile des Verfahrens die Verantwortung, die dennoch vom Revisionsgericht nachgeprüft werden können. Dagegen auch FUCHS: Justiz III, 248 und MANNHEIM: JW. 58, 1063, letzterer allerdings mit anderer Begründung.

² Just. III, 243.

rung des Beratungsgeheimnisses wie an der Abänderung der fehlerhaften Entscheidung.

Der Konflikt ist nur dadurch zu lösen, daß ein Interesse als das überwiegende angesehen wird und auf Kosten des andern allein Berücksichtigung findet.

Die gesamte Rechtsordnung dient dem Ausgleich widerstreitender Interessen, seien es nun die Interessen der Allgemeinheit, die denen einzelner zuwiderlaufen¹, oder Interessen einzelner, die mit denen anderer Einzelpersonen zusammenstoßen, oder endlich auch zwei Interessen des Staates, die beide gleichzeitig berücksichtigt werden müßten, aber nicht beide gleichzeitig berücksichtigt werden können, aus logischen oder tatsächlichen Gründen. Die meisten Fälle von Kollisionen sind heute von der Rechtsordnung geregelt worden, derart, daß der Gesetzgeber bereits die widerstrebenden Interessen möglichst gerecht gegeneinander abgewägt und einem von ihnen den Vorzug gegeben hat.

So hat z. B. jeder, der eine verbotene Handlung begehen will, ein privates Interesse an der Vornahme dieser Handlung. Andererseits hat die Allgemeinheit das Interesse an der Bewahrung des allgemeinen Friedens. Der Gesetzgeber hat das letztere Interesse für weit höher erachtet und durch strenge Strafdrohung geschützt. In den Fällen der Notwehr, beispielsweise, kehrt sich dagegen die Interessenlage um.

Aber das geltende Recht grenzt die Interessen nicht immer endgültig gegeneinander ab, sondern überläßt dies zuweilen dem Beurteiler des Einzelfalles (so in §§ 228, 904 BGB.)². Jedoch kann auch in diesen Fällen das Bestehen der Norm nicht bezweifelt werden. Und selbst da, wo das geltende Recht die Interessen gegeneinander abgegrenzt hat, können sich Konflikte ergeben. Auf dem Gebiete der Rechtsordnung, d. h. also in rechtlich erheblicher Weise, werden sich Konflikte nur in der Weise ergeben, daß einer zu erfüllenden Pflicht eine andere Pflicht, die ebenfalls Erfüllung erheischt, oder ein eigenes, rechtlich geschütztes Interesse oder Rechtsgut gegenübertritt. Zwei Interessen oder Rechtsgüter werden hingegen als solche in rechtlich erheblicher Weise kaum miteinander kollidieren können³. Die zuvor erwähnten Fälle sind recht eigentlich die Fälle echter Kollision, in denen es zu einer Pflichten- oder Güterabwägung kommt⁴. Die Geltung dieser Sätze ist heute vielfach anerkannt⁵.

Ein Widerstreit der Interessen (in dem soeben festgestellten Sinne) kann nicht nur im materiellen Recht, sondern auch im Prozeßrecht

¹ Vgl. den geradezu klassischen Fall des PrALR. Einl. § 74.

² Vgl. RGSt. 61, 255.

³ So GOLDSCHMIDT: JW. 57, 2024.

⁴ RGSt. 61, 254.

⁵ Vgl. BELING: ZStW. 18, 236f.; 44, 236f.; vor allem BINDING: Handb. I, 760ff., insbes. 762; HEIMBERGER: Vgl. Darst. A. T. IV 3 (de lege ferenda: 11); FRANK: 134f.

entstehen. Einige Fälle hat hier der Gesetzgeber selber geregelt, so die Fälle der Kollision zwischen der Zeugnispflicht und der auf sittlicher oder rechtlicher Grundlage beruhenden Schweigepflicht gewisser Personen (§§ 52—55 StrPO., §§ 383f. ZPO.). Wie im materiellen Recht ein Interesse im Notfall einem höheren weichen muß, genau so kann es Kollisionen prozeßrechtlicher Pflichten mit ebensolchen oder anderen geben, in denen die eine Pflicht höher zu bewerten ist als die andere und auf Kosten der andern erfüllt werden muß, wie in den Fällen der zitierten Gesetzesvorschriften die prozessuale Zeugnispflicht der entgegenstehenden Schweigepflicht weichen muß.

Die Pflicht, Beratungshergänge zu verschweigen, widerstreitet ganz offensichtlich der prozessualen Pflicht, als Zeuge sein Wissen dem Gericht als einem Schutzorgan der Rechtspflege zur Verfügung zu stellen und ihm die Feststellung der behaupteten Rechtswidrigkeit in der Entscheidung zu ermöglichen. Irgendeine gesetzliche Vorschrift oder sonstige Rechtsnorm, die die eine der beiden Pflichten begünstigt, gibt es nicht. Es kann daher nur im einzelnen Fall gesagt werden, welches Interesse überwiegt.

Der Richter, Berufs- oder Laienrichter, der als Zeuge benannt ist, muß bei sich die Interessen abwägen. Es wurden hier schon Richtlinien gezeigt, die den Wert des Stillschweigens über Beratungs- und Abstimmungshergänge bestimmen können. Danach wird das Beratungsgeheimnis dann eher zurücktreten dürfen, wenn der Richter in seiner Aussage ohne Kennzeichnung der Persönlichkeit der Abstimmenden nur das zahlenmäßige Stimmverhältnis angeben soll. Der Richter wird anderseits bedenken müssen, von welcher Bedeutung der Fehler in der Abstimmung für die Entscheidung ist, und welche Änderungen die Revision herbeizuführen geeignet ist. Sind diese Änderungen ganz geringfügig, handelt es sich z. B. um eine geringe Herabsetzung oder Heraufsetzung des Strafmaßes¹ oder einer Summe oder um nicht einschneidende Nebenfolgen des Urteils, so wird der Richter besser das Beratungsgeheimnis vorziehen und die Aussage ablehnen². Stehen dagegen wichtige Interessen der Beteiligten auf dem Spiele, so wird der Richter, wenn es darauf ankommt, sogar die Abstimmenden nach ihrer Persönlichkeit kennzeichnen und damit den Grundsatz der Unabhängigkeit gefährden müssen. Zwischen diesen Extremen liegt eine Skala von Möglichkeiten, die dem Richter im Einzelfall eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Interessen zur Pflicht machen.

¹ Richtig MANNHEIM: JW. 58, 1063.

² Vgl. dagegen die Interessenslage in den Fällen des Verfahrens wegen Rechtsbeugung und der Syndikatsklage, unten § 21 b, c, insbes. auch die ebenda S. 99 Anm. 1 angeführte RGZ. 89, 13.

Die Anwendung des Satzes von der Berücksichtigung des höheren Interesses auf Kosten des minderen auf die Vernehmung des Richters ist nicht neu.

Das Verdienst, sie zuerst vorgenommen zu haben, gebührt dem Reichsgericht, das schon im Jahre 1894¹ zwar die Vernehmung der Richter über Beratungshergänge grundsätzlich für unstatthaft erklärte, aber dabei doch offen gelassen hat, daß es Fälle geben könne, in denen der Grundsatz Ausnahmen erleide und bei höheren Interessen der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung weichen müsse. Das Reichsgericht hat jedoch, sooft es dazu Gelegenheit hatte², erklärt, daß das Interesse des Beschwerdeführers an der Beseitigung eines Rechtsverstoßes nicht das Interesse des Staates am Beratungsgeheimnis überwiege. Erst in neuester Zeit hat das Reichsgericht dies „mit allem Nachdruck“ wieder ausgesprochen³.

In der Literatur begnügen sich die meisten Schriftsteller mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴. Nur einige von ihnen äußern Bedenken gegen die Vornahme einer Interessenabwägung und wollen das Beratungsgeheimnis immer als überwiegend ansehen⁵. WACH bekämpft die grundlegende Entscheidung von 1894⁶. SALINGER spricht in seiner Untersuchung zwar nicht von dem Fall der Revision; immerhin stellt er den Satz auf, daß das Interesse des Staates an der Befolgung des Gesetzes höher stehe als das Interesse an der Geheimhaltung der Beratung⁷. BELING hingegen nimmt in einem neueren Aufsätze⁸ zu der Frage nicht ausdrücklich Stellung. Wenn er aber zu dem Satze gelangt, der Richter sei nicht verpflichtet, Prozeßverstöße zu verschweigen, und das Beratungsgeheimnis könne dies auch nicht bezwecken, so meint er offenbar damit, daß das Interesse des Staates an der Aufdeckung eines rechtswidrigen Verfahrens das Interesse am Beratungsgeheimnis überwiege, zumal er zum Schluß seiner Erörterung die Stelle aus der schon zitierten Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1894 anführt, in der das Reichsgericht die Möglichkeit offen läßt, daß die Interessenabwägung zuungunsten des Beratungsgeheimnisses ausfalle. Schon früher hat BELING sich dahin ausgesprochen, daß das Beratungsgeheimnis nur so weit reiche, als nicht eine widerstreitende Zeugnispflicht es zurückdränge⁹. Die Anwendung des Gedankens der Interessenkollision fordert ausdrücklich MANNHEIM¹⁰. Allerdings wird ihm hier insoweit nicht gefolgt, als er auch das Verhältnis der Urteilsgründe zum Beratungsgeheimnis mit Hilfe desselben Grundsatzes

¹ RGSt. 26, 202.

² RGSt. 36, 373; JW. 53, 1721, 2; GA. 64, 553; DRZ. 1927, Nr. 421. Gegen den Zeugenbeweis auch BayObLG. JW. 58, 1063.

³ RGSt. 61, 218.

⁴ Graf zu DOHNA: Strafverf. 88, StrPr. 82; BENNECKE-BELING: 42; BINDING: Grundr. 161; GERLAND: StrPr. 206 Anm. 141; SYDOW-BUSCH-KRANTZ: GVG. § 198, I, 2, § 1, 3; BAUMBACH: ZPO. § 383, I, GVG. § 196, I; STEIN-JONAS: § 309, I 2; DAUDE: § 196 GVG. 24. Für das Militärrecht ROMEN-RISSOM: § 325, 6.

⁵ Aus Anlaß der noch zu besprechenden RGZ. 89, 16; MARSSON: DJZ. 23, 152; VON LISZT: JW. 46, 166, 15; BRAUN: JW. 46, 132 (dieser mehr aus praktischen Gründen).

⁶ GerS. 66, 26 Anm. 36.

⁷ ZZP. 30, 513. ⁸ JW. 55, 2579.

⁹ Abh. 46, 26f. So auch StrPrR. 419 Anm. 2.

¹⁰ JW. 58, 1062.

regeln, ferner dem Vorgesetzten die Interessenabwägung überlassen will, was schon früher besprochen wurde. Ohne Begründung hält endlich ROSENFELD die Vernehmung der Richter für zulässig^{1 2}.

§ 19. Die prozessuale Behandlung der Rüge in den Fällen des § 17.

Die Untersuchung hat sich nun wieder der Hauptfrage zuzuwenden, ob die Begründung der Revision mit der Rüge fehlerhafter Beratung und Abstimmung zulässig ist. Die Beantwortung dieser Frage wurde von der Beantwortung der Vorfrage abhängig gemacht, ob die Aussage des Richters überhaupt als Beweismittel in Betracht kommt, und ob nicht vielmehr ein Beweisverbot besteht. Diese Vorfrage ist inzwischen dahin beantwortet worden, daß der Richter dann aussagen darf, wenn das Interesse an der Heilung eines materiell- oder prozeßrechtlichen Fehlers mehr wiegt als das Interesse an der Wahrung des Beratungsgeheimnisses, eine Abwägung, die der Richter selber vornehmen muß.

a) Dabei ist aber noch festzustellen, wie denn das Revisionsgericht, das die Zulässigkeit der Revision prüft, überhaupt Kenntnis davon erlangt, ob der als Zeuge benannte Richter aussagen will oder nicht.

Der nächstliegende und wohl auch einzig mögliche Weg ist eine Anfrage an den Richter, ob er aussagen wolle, oder ob er sich durch seine Schweigepflicht daran gehindert fühle. Und zwar wird das Revisionsgericht zweckmäßigerweise auch dann bei den Berufsrichtern anfragen, wenn ein Laienrichter als Zeuge benannt worden ist; denn den Laien wird im allgemeinen die rechtliche Beurteilung der Abstimmungshergänge unmöglich sein, und sie sehen vielleicht ein Verfahren als fehlerhaft an, daß in Wahrheit dem Gesetz entspricht.

Es kann aber auch sein, daß bereits Äußerungen von Mitgliedern des Gerichts vorliegen, die diese den Beteiligten gegenüber gemacht haben.

Wenn einer oder alle mitwirkenden Berufsrichter nachträglich zu der Überzeugung gelangt sind, das bereits unterschriebene Urteil sei im Wege falscher Abstimmung zustande gekommen oder gebe nicht die wahre Ansicht des Gerichts wieder, und wenn die Richter davon den zur Anfechtung Berechtigten Kenntnis geben, so muß eine auf jenen Mangel gestützte Revision zugelassen werden; einer Anfrage an die einzelnen Richter bedarf es nicht mehr, weil bereits feststeht, daß mindestens einer zur Aussage bereit ist.

Etwas anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn Mitteilungen der Laienrichter über angebliche Fehler bei der Abstimmung vorliegen. Rechtsunkundige Richter sind bei der Vorbereitung ihres Votums meist

¹ DStrPrR. I 76 Anm. 2.

² Auch GOLDSCHMIDT (ZPrR. 28) ist hier zu nennen, vgl. unten S. 91 Anm. 6.

auf die Rechtsbelehrung durch die Berufsrichter angewiesen. In tatsächlich oder rechtlich schwierigen Sachen werden sie trotzdem oft nicht übersehen können, wie auf Grund der möglicherweise komplizierten Abstimmung gerade die ergangene Entscheidung gefunden werden konnte und mußte. Ihre Eröffnungen über die Abstimmung sind daher mit Vorsicht aufzunehmen. Sind die Angaben eindeutig, bestimmt und schlüssig, so wird man bereits daraufhin die Revision zulassen können. Es kann dem Ermessen des Revisionsgerichts überlassen bleiben, ob es auch die mitwirkenden Berufsrichter als Zeugen hören will. Sind dagegen die Angaben der Laienrichter unbestimmt und nicht recht schlüssig, so wird es erforderlich sein, bei den Berufsrichtern anzufragen¹.

Diese werden sich überlegen müssen, ob sie Anlaß haben, das Beratungsgeheimnis hintanzusetzen und den Abstimmungshergang zu offenbaren. Dabei wird der Richter in der Regel in der bereits angegebenen Weise verfahren müssen. Genügt es, wenn er sich nur über das zahlenmäßige Verhältnis der Stimmen äußert, so wird er, sofern die Rüge ihm begründet erscheint, seine Bereitwilligkeit zur Aussage erklären, auch wenn der Erfolg der Revision keine erheblichen Änderungen herbeiführen könnte. Würde dagegen die Bezeichnung der abstimmenden Persönlichkeiten erforderlich, so wird er nur in schwerwiegenden Fällen sich zu einer Verletzung des Beratungsgeheimnisses bereit erklären. Es muß aber jedenfalls genügen, wenn der Richter sich zur Aussage bereit erklärt, ohne daß er schon jetzt nähere Angaben über den Inhalt seiner künftigen Aussage macht, oder wenn er die Aussage ablehnt, ohne daß er auf den Gegenstand der geforderten Aussage eingeht. Die Erzwingung der Aussage durch Ordnungsstrafen ist nicht möglich; denn hier ist der Richter noch gar nicht Zeuge, sondern ein Stück Beweismaterial, dessen Benutzbarkeit für die Revisionsinstanz festgestellt werden soll. Der Richter, der nun einmal unabhängig gestellt ist, muß auch in dieser Beziehung so viel Vertrauen finden, daß es seinem eigenen pflichtmäßigen Ermessen überlassen bleiben kann, die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Gefahr einer leichtfertigen Ablehnung der Aussage, etwa durch den die Abstimmung leitenden Vorsitzenden aus Furcht vor dienstlichen Folgen des Abstimmungsverstoßes wird dadurch verringert, daß der Richter sich mit seinen Kollegen über die Hergänge der Abstimmung bespricht, was auch schon zur Auffrischung der Erinnerung an die oft längere Zeit zurückliegenden und stets durch andere Dienstgeschäfte gleicher Art verdrängten Vorgänge erforderlich ist. Sollte sich bei dieser Besprechung herausstellen, daß in der Tat starke Bedenken gegen die Richtigkeit der

¹ A. A. das RG., das die Rüge auch in diesem Falle schlechthin für unzulässig erklärt: GA. 56, 212. — Anders in einem anderen Falle RGZ. 89, 16; s. unten S. 90 Anm. 1, S. 102 Anm. 1.

angefochtenen Entscheidung hinsichtlich der Abstimmung bestehen, und daß eine Änderung der Entscheidung von erheblicher Bedeutung sein würde, so werden auch die übrigen Richter, falls sie nicht schon benannt worden sind, sich zur Aussage bereit erklären. Eine disziplinarische Bestrafung des nach der Ansicht der Kollegen zu Unrecht die Aussage ablehnenden Richters ist nicht möglich¹; die Zeugnispflicht steht außerhalb der Dienstpflicht. Mit jener verletzt der Richter nicht zugleich auch diese, wenn er überhaupt die Zeugnispflicht verletzt.

Je nach dem Ergebnis der Anfrage an die Richter wird die Rüge für zulässig oder für unzulässig zu halten sein. Liegen bereits schlüssige Äußerungen vor, so wird sie stets für zulässig zu erachten sein².

b) Das Reichsgericht erklärt, wie schon angedeutet wurde³, die Begründung der Revision mit der Rüge fehlerhafter Abstimmung für schlechthin unzulässig.

Eine besondere Stellung in der Rechtsprechung dieses Gerichtshofes nimmt die Entscheidung des sog. Falles „Marschner“ ein⁴.

Hier erklärt das Reichsgericht eine Rüge der genannten Art „mit allem Nachdruck“ für unzulässig. Es raubt aber seinem eigenen Spruche einen Teil seiner Überzeugungskraft, indem es vorher mitteilt, es seien mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles Ermittlungen angestellt worden, die die Haltlosigkeit der Revisionsbehauptungen ergeben hätten. Die Besonderheit des Falles fand das Reichsgericht darin, daß ein unbescholtener und verdienster Gerichtsvorsitzender einer dienstwidrigen Handlung bezichtigt wurde.

Diese Besonderheit weist aber mit mehr oder weniger schwerem Gewicht jeder derartige Fall auf⁵. Die protestatio facto contraria in jener Entscheidung ist denn auch in der Literatur hervorgehoben und kritisiert worden⁶.

Der wahre Grund des Reichsgerichts ist, wie sich aus seinen eigenen Ausführungen ergibt, die Besorgnis, durch Zulassung der Revision würde das Beratungsgeheimnis jeder Bedeutung beraubt werden, weil dann auf die bloße Behauptung des Beschwerdeführers hin, die Abstimmung sei falsch gewesen, das Revisionsgericht genötigt sein werde, über die Behauptung Beweis zu erheben und die Richter zu einer Verletzung des Beratungsgeheimnisses zu veranlassen⁷.

Diese Bedenken des Reichsgerichts sind unbegründet. Die vorangegangenen Ausführungen haben ergeben, daß die Revision als unzulässig zu verwerfen oder als unbegründet zurückzuweisen ist, wenn der als Zeuge

¹ Für den umgekehrten Fall s. unten § 25 b.

² A. A. in Weiterführung seiner in RGSt. 26, 202 begründeten Meinung RG. in JW. 53, 1721.

³ Siehe oben S. 86 Anm. 2; ferner RGSt. 38, 412.

⁴ RGSt. 61, 218. Gebilligt von CONRAD: DJZ. 32, 656. Vgl. auch SLING: 364ff.

⁵ Übereinstimmend FUCHS: Just. III, 250.

⁶ So FUCHS: a. a. O. 249; MANNHEIM: JW. 58, 1063.

⁷ Daß das Reichsgericht, wie FUCHS (a. a. O. 251) meint, nur um der Prozeßökonomie willen seine Stellung eingenommen habe, ist aus der Entscheidung ebensowenig wie aus anderen ersichtlich.

benannte Richter eine Aussage ablehnt. Sie ist ferner dann als unzulässig zu verwerfen, wenn bei der Behauptung eines fehlerhaften Abstimmungsverfahrens die den Mangel enthaltenden Tatsachen nicht einmal behauptungsweise angegeben sind, sondern lediglich allgemein die Verletzung des § 263 StrPO. gerügt wird (§§ 349, 344 Abs. 2 StrPO., §§ 554a, 554 Abs. 3, S. 2 lit. b ZPO.). Endlich kann das Revisionsgericht eine bei ihm eingelegte Revision in Strafsachen als unzulässig verwerfen, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erklärt (§ 349 Abs. 1 S. 2 StrPO.). Einem Mißbrauch in der Begründung der Revision kann und muß also, wie das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung selber sagt, mit den Mitteln des Prozeßrechts entgegengetreten werden¹.

Die Literatur hat sich zu dieser Frage noch weniger als zu der Frage der Vernehmung des Richters als Zeugen über Beratungshergänge geäußert².

Meist, besonders in der älteren Literatur, wird die Ansicht vertreten, daß das Beratungsgeheimnis jedes Rechtsmittel in bezug auf Beratung und Abstimmung ausschließe³. Erst neuere Schriftsteller lassen, wenn auch nur in gewissen Grenzen, die Begründung der Revision mit Abstimmungsfehlern gelten.

Hier ist einmal BELING zu nennen⁴; seine Ausführungen lassen erkennen, daß auch er mit Hilfe einer Abwägung der Interessen zu dem angegebenen Ergebnis gelangt⁵. Nicht zu billigen ist es aber, wie schon an anderer Stelle hervorzuheben Gelegenheit war, wenn BELING meint, das Revisionsgericht solle die Richter gemäß §§ 352, 344 Abs. 2 S. 2 StrPO. zur dienstlichen Äußerung über die Richtigkeit der Revisionsbehauptungen veranlassen⁶. Dieses Verfahren käme einer prozeßordnungswidrigen Beweisvorwegnahme gleich. Das Gesetz verlangt aber vom Beschwerdeführer nur die Angabe der Tatsachen, in denen der prozessuale Verstoß enthalten sein soll. Trotz der Angabe dieser Tatsachen darf die Revision nur dann für unzulässig erklärt werden, wenn diese Tatsachen bereits ergeben, daß die Revision offensichtlich unbegründet ist, oder wenn der Ermittlung der Tatsachen ein Beweisverbot entgegensteht. Wird mit Beziehung auf die Abstimmung ein Verstoß gegen materielles Recht gerügt, so brauchen nicht einmal Tatsachen angegeben zu werden; es genügt die Angabe, daß eine aus den Gründen nicht ersichtliche Stimme von einer falschen Auffassung geleitet worden ist. Hier kann die Revision nur dann ohne weitere Prüfung verworfen oder zurückgewiesen werden, wenn sie offenbar unbegründet ist, oder wenn die Ermittlung des Verstoßes durch ein Beweisverbot gehindert ist.

¹ RGZ. 89, 16. A. A. HARTMANN: JW. 58, 236.

² Es dürfte aber ein Rückschluß von der Ablehnung der Zeugenvernehmung auf die Annahme eines Beweisverbotes und damit der Unbeachtlichkeit der Rüge gestattet sein, soweit die Schriftsteller dem RG. folgen.

³ STENGLEIN: Lehrb. 54; ENDEMANN: CPr. III vor §§ 194f. GVG.; STRUCKMANN-KOCH: ZPO. § 196, 4; VOITUS: StrPO. § 262, 1; LOEWER-ROSENBERG: § 198 GVG.; SCHWARZ: StrPO. § 198 GVG. — So schon für das preußische Recht die bei OPPENHOFF (214, 5) angeführte Entscheidung des pr.ObTr. v. 4. Juni 1855 (125 Disc. I). Ebenso für das hann.R. GRIESEBACH: HannMag. 8, 289, der sogar ein vorhandenes votum dissensus für nicht verwendbar erklärt.

⁴ JW. 55, 2379 Anm. 5.

⁵ Dies kommt nicht klar zum Ausdruck.

⁶ a. a. O. und StrPrR. 419 Anm. 2.

Ferner ist MANNHEIM anzuführen¹, der es ebenfalls für zulässig hält, die Revision mit der Rüge fehlerhafter Abstimmung zu begründen; er stimmt auch mit der hier vertretenen Ansicht insofern überein, als er die Zulässigkeit der Rüge nicht schlechthin bejaht, sondern voraussetzt, daß der Richter die für und wider eine Aussage über Beratungshergänge sprechenden Gründe gegeneinander abgewägt hat, ehe er sich entscheidet. In anderen Punkten wird MANNHEIM allerdings hier nicht gefolgt: die Pflichtenabwägung kann nur der Richter selber vornehmen, nicht auch, wie MANNHEIM will², das Revisionsgericht. Diesem fehlt es dazu an jeder Grundlage; es kann nur beurteilen, ob die Revision schon von vornherein unzulässig ist, weil sie offensichtlich unbegründet ist, oder weil bei der Rüge des Verfahrens nicht die Tatsachen angegeben worden sind, aus denen sich der Verstoß ergeben soll. Daß MANNHEIM im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung die Genehmigung der vorgesetzten Behörde zur Aussage verlangt, wurde schon gesagt.

Gegen die Annahme eines Beweisverbotes wendet sich auch ERNST FUCHS³, dessen Ausführungen bereits im einzelnen gewürdigt wurden. Im ganzen ist zu ihnen zu bemerken, daß sie zwar in sehr scharfem Tone gehalten⁴, dafür aber weniger sachlich als gefühlsmäßig begründet sind⁵. Endlich will JAMES GOLDSCHMIDT die Rüge fehlerhafter Abstimmung auch in den Fällen zulassen, in denen die Urteilsgründe keine Angaben über das Stimmverhältnis enthalten⁶.

d) Aus Anlaß des schon berührten Falles Marschner erließ der preußische Justizminister am 10. März 1927 eine Allgemeine Verfügung⁷, der ein Merkblatt über die Pflichten der Schöffen und Geschworenen beigegeben war, das den letzteren vor ihrem Amtsantritt ausgehändigt werden sollte. Außerdem enthält die Verfügung einen Hinweis darauf, wie in Fällen schwieriger Abstimmung zweckmäßig verfahren werden könne; sie schlägt vor, „in nicht ganz einfach liegenden Fällen . . . über das Stimmverhältnis sofort eine Aufzeichnung zu machen. Solche Aufzeichnungen werden in versiegeltem Umschlage unter dem Aktendeckel zu verwahren sein und etwa ein Jahr nach Abschluß des Verfahrens vernichtet werden können“.

Der der Verfügung zugrunde liegende Gedanke ist offenbar der, die Möglichkeit zu schaffen, etwaige spätere Anzweiflungen der Richtigkeit der Abstimmung zu widerlegen.

Aus den hier entwickelten Anschauungen über das Verhältnis des Beratungsgeheimnisses zur Revision ergibt sich jedoch, daß der in der Verfügung erteilte Rat überflüssig ist. In nicht einfach liegenden Fällen hat das Gericht, sofern überhaupt Zweifel möglich und vorhanden sind, in den Urteilsgründen Angaben über das zweifelhafte Stimmverhältnis zu machen. Des in der Verfügung empfohlenen Verfahrens bedürfte es also nicht. Hat das Gericht hingegen keine Zweifel, so wird es weder auf den Gedanken kommen, die, vielleicht komplizierte, Abstimmung schriftlich niederzulegen und verschlossen aufzubewahren, noch Anlaß nehmen, in den Urteilsgründen Angaben über die Abstimmung zu machen. Es ist also mindestens zweifelhaft, ob der in der Verfügung vorgeschlagene Weg praktische Bedeutung hat.

¹ JW. 58, 1062.

² a. a. O. 1063. ³ Just. III, 242 ff.

⁴ Wie auch MANNHEIM (a. a. O. 1062) bemerkt.

⁵ Insbes. 248. ⁶ ZPr. 28.

⁷ JMBI. S. 67, 69. Siehe auch DJZ. 32, 510.

Der Vorschlag beruht aber in anderer Hinsicht auf zutreffenden Erwägungen.

Der Zweck der Maßnahme soll offensichtlich der sein, im Falle einer etwaigen Beanstandung der Abstimmung einen urkundlichen Beweis für den Hergang der Abstimmung zu haben, der sicherer ist als die Zeugenaussage der Richter.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Ergiebigkeit der Zeugenaussage sehr unsicher erscheint. Der Richter, der mehrmals in der Woche mehrere Entscheidungen berät, wird sich nach längerer Zeit nicht mehr genau der Abstimmungshergänge in einem bestimmten Falle erinnern können, zumal dann nicht, wenn sie dem Gericht nicht zweifelhaft erschienen waren¹. Dies ist ein praktisches Bedenken gegen die theoretische Zulassung der Zeugenaussage des Richters².

Die schriftliche Niederlegung der Abstimmungshergänge vermöchte gewiß das Gedächtnis des Richters erheblich aufzufrischen, und insoweit wäre die Aufzeichnung wertvoll. Sie darf aber nicht als Abstimmungsprotokoll angesehen und mit einer dem Verhandlungsprotokoll entsprechenden Beweiskraft ausgestattet werden; denn das Gesetz kennt kein Abstimmungsprotokoll mehr im Gegensatz zum alten Schwurgerichtsverfahren, das eine beschränkte Aufzeichnung der Abstimmung zuließ (§ 307 Abs. 2 aStrPO.).

Die genannte Verfügung ist offensichtlich auf den Marschner-Fall abgestellt³ und soll derartigen Revisionsprozessen vorbeugen.

Wie schon angedeutet, wird aber ebensoviel, ja mehr erreicht, wenn die Richter die ihnen zweifelhafte Abstimmung in den Urteilsgründen angeben. Damit wird dem Gesetz Genüge getan und ein Verfahren vermieden, das, durch einen Einzelfall veranlaßt, den Charakter eines Notbehelfes hat. Für den Regelfall ist vorauszusetzen, daß die Richter die Abstimmung sorgfältig und gründlich vornehmen, und daß auch die Laienrichter voll von der Richtigkeit der Hergänge überzeugt sind. Sobald aber Zweifel bleiben, ist es angezeigt, ihnen dadurch Ausdruck zu verleihen, daß der Urteilsfasser die Abstimmung im Einverständnis der übrigen Berufsrichter in den Urteilsgründen wenigstens andeutungsweise wiedergibt.

E. Die Wirkungen des Beratungsgeheimnisses im Verfahren wegen rechtswidrigen Verhaltens des Richters.

§ 20. Mögliche Tatbestände eines rechtswidrigen Verhaltens.

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen über die Wirkungen des Beratungsgeheimnisses war, daß das Beratungsgeheimnis nicht dazu dienen darf, wesentliche Mängel, formeller oder materieller Art, in der Findung der Entscheidung zu verdecken; es wurde in gewissen Grenzen

¹ Etwas anders liegt die Sache beim seltener tagenden Schwurgericht, das nur eine Sache in einer Sitzung verhandelt und dann meist solche von besonderer Bedeutung.

² Das LISZT veranlaßte, sich grundsätzlich gegen die Zeugenvernehmung auszusprechen. JW. 46, 166.

³ So auch LIEBMANN: DJZ. 32, 510.

zugelassen, gegen Urteile, die in fehlerhafter Weise gefunden wurden, im Wege der Revision vorzugehen. Der Mangel, der zu einer Abänderung der Entscheidung selbst in demselben Verfahren Anlaß gibt, kann aber auch geeignet sein, ein neues selbständiges Verfahren herbeizuführen, weil er einen Tatbestand erfüllt, der selbständige, über das Verfahren, in dem der Mangel entstand, hinauswirkende Rechtsfolgen hervorbringt.

a) Als Tatbestände dieser Art kommen einmal Verstöße gegen das Strafgesetz in Betracht, und zwar, da nur die eigentliche Entscheidungstätigkeit des Richters in Frage steht, das übrige Tun und Lassen bei Gelegenheit der Beratung dagegen von der Schweigepflicht nicht betroffen wird¹, Verletzung des § 336 StrGB. Eine Rechtsbeugung liegt vor, wenn ein Berufsrichter seine Stimme vorsätzlich zugunsten oder zum Nachteil einer Partei wider seine Rechtsüberzeugung² abgibt.

Eine bei der Urteilsfindung begangene strafbare Handlung ist auch die Voraussetzung für die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens, wenn wegen der behaupteten Rechtsbeugung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen oder die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann (§§ 359 Z. 3, 362 Z. 3, 364 StrPO., §§ 580 Z. 5, 581 Abs. 1 ZPO.).

b) Aber auch bürgerlichrechtliche Wirkungen kann eine inhaltlich oder förmlich falsche Abstimmung nach sich ziehen. Dem Richter liegt den Parteien gegenüber die Amtspflicht ob, das Recht richtig anzuwenden. Verletzt er bei der Beratung und Abstimmung vorsätzlich oder fahrlässig diese Pflicht, so ist der Staat dem dadurch Geschädigten gemäß § 839 BGB., Art. 131 RV. zum Ersatz des Schadens verpflichtet, jedoch im Falle der Fahrlässigkeit nur subsidiär (§ 839 Abs. 1 S. 2) und überhaupt nicht, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3). Die Ersatzpflicht tritt stets ein bei der vorsätzlich oder fahrlässig falschen Abstimmung über Beschlüsse des Gerichts; ein falsches Votum in einer Urteilsache führt nur dann zur Schadensersatzpflicht, wenn die Amtspflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist, sofern nicht wiederum die Pflichtverletzung in einer pflichtwidrigen Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes besteht (§ 839 Abs. 2)³. Als Amtspflichtverletzung im Sinne

¹ Ein bei der Urteilsfindung begangenes Verbrechen gegen § 339 StrGB. kann ohne Rücksicht auf den Inhalt der Stimmen aufgeklärt werden.

² Dies letztere Merkmal fehlt in dem von FUCHS (Just. III, 245) mitgeteilten Falle.

³ Die Verweigerung oder Verzögerung der Stimmabgabe als solche hat hier außer Betracht zu bleiben, weil das Beratungsgeheimnis nur den Inhalt der Stimme verschwiegen wissen will, sei es als solchen, sei es in seiner Beziehung zu den übrigen Stimmen (Abstimmungsverfahren), nicht

des § 839 ist ohne weiteres ein Verstoß gegen § 336 StrGB. anzusehen. Eine Rechtsbeugung wird sogar stets vorliegen, wenn ein Richter bewußt falsch stimmt oder bewußt eine falsche Stimmabgabe der Kollegen veranlaßt; letzteres könnte etwa dadurch geschehen, daß der Berichterstatter bei der Beratung den Akteninhalt entstellt vorträgt, um einer Partei zum Siege zu verhelfen. In Beschlusssachen würde bereits eine fahrlässige Verletzung genügen; sie läge z. B. vor, wenn der Berichterstatter eine Frist falsch berechnete oder Tatsachen übersähe, und verursachte, daß das Kollegium den wahren Sachverhalt falsch beurteilte¹.

c) Weiterhin kommt eine dritte Gruppe von Vorschriften in Betracht, die durch falsches Abstimmen verletzt werden können: die Disziplinarvorschriften, denen der Berufsrichter untersteht, und die ihn seinem Dienstherrn, dem Staate, gegenüber verpflichten, seine entscheidende Tätigkeit ordnungsgemäß auszuführen. Da die Richter bei der Findung der Entscheidung unabhängig sind und nur das Gesetz anzuwenden haben, kann der Richter wegen seiner Entscheidung nur dann disziplinarisch belangt werden, wenn er in einer weder durch irgendwelche Rechtsnormen noch durch irgendwelche Grundsätze der Wissenschaft oder der Rechtsprechung zu rechtfertigender Weise Recht gesprochen hat. Da die Pflicht, das Recht richtig anzuwenden, dem Richter nicht nur dem Staate, sondern auch den Parteien gegenüber obliegt, werden Dienstpflichtverletzungen bei der Findung der Entscheidung wohl stets mit den zum Schadensersatz verpflichtenden Amtspflichtverletzungen zusammenfallen.

§ 21.

Erweislichkeit der Verstöße; Mitteilungen der beteiligten Richter.

Hiermit sind die Tatbestände, die ein Verstoß bei der Abstimmung erfüllen kann, kurz umrissen. Da aber zur Durchsetzung eines Rechts stets Darlegung und Beweis der es begründenden Tatsachen gehören, fragt es sich nunmehr, wie das mit der Feststellung der Rechtsfolgen des Verstoßes befaßte Gericht die Kenntnis jener Tatsachen erlangen kann, wenn doch die Hergänge der Abstimmung verschwiegen werden müssen.

aber die Tatsache der Stimmabgabe oder -verweigerung. Soweit allerdings eine ausreichende Aufklärung der Hergänge nicht möglich ist, ohne auf den Inhalt der Stimmen einzugehen, gelten die unten zu entwickelnden Grundsätze auch für den Beweis der *iustitia denegata vel protracta*.

¹ Man denke an so einschneidende Entscheidungen wie Haftbefehle oder durch Wahrung von Fristen bedingte. In RGZ. 89, 13 war eine fahrlässige Amtspflichtverletzung darin gefunden worden, daß der trotz Ladung unentschuldig zur Hauptverhandlung nicht erschienene Angeklagte verhaftet worden war, obwohl ihm die Verhaftung nicht vorher gemäß § 216 StrPO. (§ 215 aStrPO.) angedroht worden war.

a) Der sachliche Verstoß kann sich aus der Entscheidung selbst ergeben, dann nämlich, wenn die falsche Stimme siegt; aus der Unvereinbarkeit des Sachverhalts mit der erlassenen Entscheidung wird er zu entnehmen sein.

Ist dagegen die das Gesetz verletzende Stimme nicht durchgedrungen, so ist der Verstoß aus der Entscheidung nicht ersichtlich¹.

In keinem Falle wird erkennbar, welches Mitglied des Kollegiums seine Pflicht verletzt hat.

Die verschiedenen Möglichkeiten der Stimmenkombination lassen für jedes Mitglied die gleiche Wahrscheinlichkeit bestehen, daß es nicht in dem gesetzwidrigen Sinne gestimmt habe, wie umgekehrt. Hier zeigt sich die „Anonymität“ des Kollegiums.

Zwar vertritt das Kollegium seine Entscheidung als Einheit; aber es fehlt an gesetzlichen Bestimmungen, aus denen zu folgern wäre, daß auch für die Folgen einer pflichtwidrigen Entscheidung das ganze Kollegium eintreten müsse, weil alle Mitglieder die Entscheidung mit ihrem Namen decken^{2 3}.

Die Kenntnis von der Person desjenigen, der rechtswidrig gehandelt hat, ist nach geltendem Recht zur Rechtsverfolgung sowohl im Straf- wie im Zivilprozeß als auch im Disziplinarverfahren in allen Fällen unerläßlich. Eine Kollektivhaftung im eigentlichen Sinne gibt es nicht.

Die Vorschriften der § 227 StrGB. und § 830 BGB. sind nur scheinbar Ausnahmen dieses Grundsatzes. Die sog. Beteiligung am Raufhandel ist wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit als Sonderdelikt unter Strafe ge-

¹ Ein Schaden wird dann zwar nicht entstanden sein. Es kann aber eine versuchte Rechtsbeugung (FRANK: § 336 III) sowie ein Dienstvergehen übrigbleiben.

² Anders teilweise das französ. Recht (s. unten S. 105 Anm. 6) und das PrALR. für Schadensverbindlichkeiten wegen Amtspflichtverletzung. Hier mußten alle Mitglieder „die Geschäfte, welche dem ganzen Kollegio obliegen, vertreten“ (§ 127 II 10). Bei „Vorsatz oder grobem Versehen“ haften sie „einer für alle und alle für einen“ (§ 128 i. V. m. § 29 I 6). Bei „mäßigem oder geringem Versehen“ haftet jeder nur für sein eigenes Versehen (§ 31 I 6). Kann nicht festgestellt werden, „welchen Theil des Schadens ein jeder durch sein besonderes Versehen angerichtet habe“, so haften sie wiederum gesamtschuldnerisch (§ 32 I 6). Auch wo nach den mitgetheilten allgemeinen Vorschriften nur der einzelne haftet, müssen die übrigen doch den Teil des anderen tragen, wenn dieser nicht zahlen kann (§ 129 I 10). Auch im übrigen ist bei genauer Regelung der Entlastungsmöglichkeit eine subsidiäre Haftung aller Mitglieder des Kollegiums dem Geschädigten gegenüber angeordnet (§§ 130ff. II 10, insbes. §§ 132, 133, 135, 136).

³ Richtig NÖLDEKE: Gruch. 42, 826. A. A. HAFFNER: 71c. Ersterer: Es bestehe nur eine Präsomtion dafür, daß die Mehrheit für die Entscheidung gestimmt habe.

stellt worden¹. Die Haftung aus § 830 Abs. 1 S. 2 BGB. setzt voraus, daß jeder Beteiligte eine Handlung begangen hat, die nach den Regeln des adäquaten Kausalzusammenhanges geeignet war, den Schaden herbeizuführen, daß ferner einer der Beteiligten den Schaden herbeigeführt haben muß, daß aber endlich nicht festgestellt werden kann, welcher der möglichen Urheber der wirkliche Urheber des Schadens ist².

Da eine Mitteilung des rechtswidrigen Verhaltens bei der Beratung und Abstimmung in den Akten wohl in keinem Falle zu finden sein dürfte, wird es in den Fällen der hier besprochenen Art stets auf die Angaben und Bekundungen der beteiligten Richter ankommen, die sie als Beschuldigte oder als Zeugen zu machen haben.

Aus den Erörterungen über den Richter als Zeugen in der Revisionsinstanz kann hierher einstweilen schon übernommen werden, daß ein allgemeines und striktes Beweisverbot hinsichtlich der Beratungshergänge nicht besteht.

b) Im Strafverfahren ist zwar eine Vernehmung des Angeklagten zur Sache vorgesehen (§§ 136, 243 StrPO.); es besteht aber weder eine Pflicht des Angeklagten zur Erwiderung auf die Anschuldigung noch ist die Erwiderung Voraussetzung für das Ergehen einer Sachentscheidung.

Man könnte zweifeln, ob der wegen Rechtsbeugung angeklagte Richter überhaupt Angaben über die ihm zur Last gelegte Tat machen dürfte, weil er Abstimmungshergänge nicht offenbaren darf.

Der Grundsatz des Beratungsgeheimnisses gilt auch hier unverändert.

Es ist aber zu berücksichtigen, daß dem Interesse des Staates an der Schweigepflicht das Interesse des Richters an der Verteidigung gegen die schwere Anschuldigung entgegentritt, das ihn zum Bruch des Geheimnisses drängt. Der Richter befindet sich in einem Konflikt der Interessen³; das eine fordert in Gestalt der Schweigepflicht von ihm die Verschweigung, das andere die Offenbarung der Beratungshergänge. Auch hier hat der Richter gemäß dem bekannten Grundsatz die Interessen abzuwägen und das höhere Interesse auf Kosten des minder hohen zu wahren.

Dabei ist aber weiter zu berücksichtigen, daß nicht nur das eigene Interesse den Richter zur Aussage drängt, sondern daß auch das Interesse des Staates an der Wahrung der Schweigepflicht mehr oder weniger durch ein Interesse des Staates, besser der Allgemeinheit, an der Er-

¹ So FRANK: § 227 II und die überwiegende Meinung (s. ebenda). Die gegenteilige Meinung, die in der Strafbarkeit der Beteiligung am Raufhandel nur eine Vermutung für die Verursachung der im § 227 Abs. 1 StrGB. bezeichneten Folgen sieht, müßte diese Vorschrift allerdings als Ausnahme des im Text aufgestellten Grundsatzes ansehen.

² Vgl. OEGG im RGRKomm. § 830, 4 und RGZ. 98, 58.

³ Vgl. oben § 18b.

mittlung der Wahrheit der Anschuldigungen gegen den Richter verdrängt wird. Es mag dahingestellt bleiben, ob stets das eigene Interesse des Beamten an der Aussage die Schweigepflicht beseitigt¹ oder niemals²; die Anwendung des Satzes von der Pflichten- und Güterabwägung führt dazu, dem des Amtsmißbrauchs angeklagten Richter die von seinem wie vom Interesse des Staates erforderte Aussage zu gestatten.

Ähnliches wie für den Angeklagten muß für den als Zeugen der strafbaren Abstimmungshandlung benannten Richter gelten. Hier können aber nicht nur die Berufsrichter, sondern auch die Geschworenen und Schöffen in Betracht. Da sie in ihrer entscheidenden Tätigkeit dem Richter völlig gleichstehen, gilt für sie das gleiche wie für die Richter als Zeugen über Beratungshergänge.

Der Richter als Zeuge war schon Gegenstand der Erörterung. Es wurde schon gezeigt, daß die Schweigepflicht unter Umständen einer höher zu bewertenden Pflicht, ein rechtswidriges Verfahren aufzudecken, weichen muß. Das gleiche gilt hier, und noch in verstärktem Maße. Der Verfahrensmangel als solcher ist nicht immer von so großer Bedeutung, daß um seiner Beseitigung willen stets die Schweigepflicht gebrochen werden müßte. Die Beseitigung muß schon erhebliche Folgen nach sich ziehen, wenn sie so hoch³ bewertet werden soll; denn unmittelbar ist es doch nur das Interesse der Partei, das die Beseitigung fordert, der Staat ist stets nur mittelbar interessiert. Sein Interesse, das identisch ist oder sein soll mit dem der Allgemeinheit, wiegt aber im allgemeinen verhältnismäßig mehr als das des einzelnen, der seine Interessen denen der Allgemeinheit unterordnen muß.

Ist aber der Richter eines Mißbrauchs seiner Entscheidungsgewalt beschuldigt, so besteht in jedem Falle, ohne Rücksicht auf die Folgen einer Behebung des damit verbundenen Mangels in der Entscheidung⁴, ein großes Interesse der Allgemeinheit daran, die behauptete Tat festzustellen und entweder den beschuldigten Richter für sein antisoziales Verhalten zu bestrafen oder durch den Beweis seiner Unschuld zu rechtfertigen. Die Integrität des Richtertums und der Rechtsprechung verlangt die unbedingte Aufklärung des Vorwurfes auch der erfolglos gebliebenen Rechtsbeugung. Die Abwägung der Interessen, die der als Zeuge benannte Richter vorzunehmen hat, wird daher stets zugunsten des verfolgenden Staates, und damit zugleich eines unschuldig verfolgten Richters, ausfallen müssen.

¹ So BRAND: 500; PILOTY: I, 715.

² So VAN CALKER: 162.

³ Was, wohlgemerkt, relativ zu verstehen ist.

⁴ Ein Mangel besteht nicht notwendig: er kann durch Gebrauch eines Rechtsmittels beseitigt worden sein, was zwar die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs hindert, nicht aber die Strafbarkeit; entsprechend beim Versuch. Vgl. oben S. 95 Anm. 1.

Im einzelnen ergeben sich für den Richter als Zeugen im Strafverfahren wegen Rechtsbeugung einige Unterschiede gegenüber der Stellung des Richter-Zeugen im Revisionsverfahren eines beliebigen Prozesses. Dieser Unterschied ergibt sich aus der anderen prozessualen Gestalt des erstinstanzlichen Verfahrens in Strafsachen, insbesondere der Anfügung des vorbereitenden Verfahrens bei der Staatsanwaltschaft oder dem Untersuchungsrichter. Bei der Ermittlung des Sachverhalts müssen diese Behörden die Richter vernehmen, wenn sie überhaupt irgendwelche Ergebnisse erzielen wollen. Den Angaben des Beschuldigten werden sie, wenn er sich überhaupt zur Sache erklärt, nicht unbedingt Wert beimessen. Dagegen bedürfen sie der Aussagen der übrigen als Zeugen. Bereits bei der Vernehmung durch die Untersuchungsbehörde müssen die letzteren sich entscheiden, ob sie aussagen wollen oder nicht. Lehnen sie die Aussage ab, so wird es an anderen Beweismitteln wohl fehlen, und das Verfahren wird eingestellt werden müssen. Es läge jedoch im Interesse aller Beteiligten, zur Aufklärung der Sache mitzuwirken. Der schuldlos Beschuldigte wird eine Rechtfertigung durch freisprechendes Urteil wünschen, und die das Zeugnis ablehnenden Richter setzen sich dem Verdacht der Begünstigung aus.

In der prozessualen Stellung eines der Rechtsbeugung geziehenen Kollegialrichters zeigt sich wiederum die eigenartige Stellung, die der Staat den Richtern eingeräumt hat, und wie großes Vertrauen er ihnen schenkt. Ein böswilliges Richterkollegium könnte die Strafverfolgung wegen Rechtsbeugung durch Berufung auf das Beratungsgeheimnis unmöglich machen. Ein Mittel zur Erzwingung der Aussage ist nicht gegeben. Da es sich nicht um ein Zeugnisverweigerungsrecht handelt, kann das Gericht auch nicht verlangen, daß die als Zeugen benannten Richter die Tatsachen, um derentwillen sie ihre Aussage ablehnen, glaubhaft machen. Sie dürfen nach solchen Tatsachen, auf die sich das Beratungsgeheimnis bezieht, zunächst überhaupt nicht gefragt, sondern nur um Stellungnahme zu ihrer Benennung ersucht werden; ob eine höhere Pflicht zur Aussage besteht, haben sie allein abzuwägen. Dem Gericht fehlt jeder Anhaltspunkt für die Beurteilung dieser Frage¹.

c) Ähnliche Wirkungen wie im Strafverfahren äußert das Beratungsgeheimnis im Zivilprozeß gegen den Staat auf Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung des Richters. Als Beklagter kommt der Richter erst in einem etwaigen Regreßprozeß des verurteilten Staates gegen ihn in Betracht. Als Zeuge gerät er, sei er Berufs- oder Laienrichter, zunächst wieder in Konflikt mit dem Beratungsgeheimnis. Er muß sich selber für oder gegen die Aussage entscheiden. Zwar handelt es

¹ Diese Schwierigkeiten werden aber nicht leicht praktisch werden. Einmal kommen Strafverfahren wegen Rechtsbeugung nur sehr selten vor. Wird aber ein Kollegialrichter der Rechtsbeugung beschuldigt, so wird der Beschuldigung wohl die Anzeige eines oder mehrerer beteiligter Richter zugrunde liegen, die dann auch bereit sind, auszusagen. Aus dem Inhalt der Entscheidung allein, mag diese noch so verkehrt sein, wird sich niemals der Tatbestand der Rechtsbeugung ergeben.

sich hier nicht notwendig um strafbare Handlungen, und jedenfalls ist es nicht die Strafbarkeit, um deretwillen prozessiert wird, sondern das Vermögensinteresse des Geschädigten und des Staates. Aber es sind doch möglicherweise lebenswichtige Interessen, die auf dem Spiele stehen. Der Richter muß die Interessen wieder pflichtgemäß gegeneinander abwägen und die höherstehende Pflicht erfüllen¹. Er wird dabei auch bedenken müssen, daß seine eigenen Interessen auf dem Spiele stehen². Eine Ablehnung der Aussage wird ein ungünstiges Licht auf das Kollegium werfen.

Die Klage kann aber nur Erfolg haben, wenn es gelingt, den oder die Schuldigen festzustellen. Die Beweislast trifft den Kläger³; eine Vermutung für die Begehung der Pflichtverletzung durch alle oder einen der Richter besteht nicht⁴. Ein Versäumnisurteil kann allerdings

¹ Nicht immer wird das Interesse des Geschädigten überwiegen, wie RGZ. 89, 16f. anzunehmen scheint.

² Wie RGZ. 89, 17 mit Recht bemerkt.

³ SELL: 67; MELTZ: 16, 37ff.

⁴ Siehe oben S. 95. — Vgl. RGZ. 89, 15. — Der überstimmte Richter kann daher getrost den Beweis abwarten und nötigenfalls bekunden, daß er nicht in dem pflichtwidrigen Sinne gestimmt habe. Eines Separatvotums bedarf es nicht. Wohl war ein solches notwendig und auch ausdrücklich erlaubt im PrALR., das alle Richter des Kollegiums verantwortlich machte. Das mit Gründen versehene Separatvotum bei den Akten befreite den überstimmten Richter von der Haftung (§ 144 II 10). — Jedoch läßt sich gegen die Zulässigkeit des Separatvotums im heutigen Recht nichts einwenden, und es ist auch in der GeschO. des RG. § 15 vorgesehen. Daß es wie das Votum des Berichterstatters geheimzuhalten ist, folgt aus dem Abstimmungsgeheimnis und ist überdies mit Beziehung auf die Parteien im § 299 Abs. 3 ZPO. ausdrücklich gesagt. Ein Separatvotum kennt auch die ReichstagsGeschO. v. 12. Dezember 1922 in den Fällen einer nicht namentlichen Abstimmung (§ 107). — In der Literatur wird das Separatvotum fast allgemein für zulässig gehalten. So PETERSEN: CPO. § 299, 4; ENDEMANN: CPr. § 199; VON WILMOWSKY-LEVY: § 199 GVG. I; SCHWARZ: § 198 GVG. 2; STRUCKMANN-KOCH: § 195 GVG. A. A. für das Militärrecht ROMEN-RISSOM: § 325, 5. — Die Entstehungsgeschichte des GVG. könnte vielleicht zu Bedenken gegen diese Auffassung Anlaß geben. Nachdem in der ersten Lesung die Kommission auf Grund eines anfangs stark umstrittenen Antrages der Abgeordneten BÄHR und STRUCKMANN eine Vorschrift aufgenommen hatte, die dem überstimmten Richter ausdrückliche die Niederlegung seines Separatvotums in den Geheimakten erlaubte, wurde diese Vorschrift in zweiter Lesung nach anfänglich diskussionsloser Genehmigung erneut beraten und gegen die einzige Stimme STRUCKMANNs gestrichen (HAHN: GVG. 36I, 844, 845f.). Die Änderung wurde jedoch nicht mit grundsätzlichen, sondern mit praktischen Erwägungen begründet; man hielt die Vorschrift für unnötig. Dabei war der jetzige § 299 Abs. 3 ZPO. schon im Entwurf vorhanden (§ 261) und wurde (mit Recht) widerspruchlos vom Abgeordneten STRUCKMANN zur Begründung der grundsätzlichen Berechtigung seines Antrages verwendet (a. a. O. 845f.). Der „Gesetzgeber“ hat also das Separatvotum nicht verbieten wollen. — Die Zulässigkeit

ergehen, wenn der Kläger schlüssig dargelegt hat, daß genau bestimmte Mitglieder des Kollegiums die Amtspflichtverletzungen begangen haben. Im kontradiktorischen Verfahren wird es aber stets auf das Zeugnis der Richter ankommen, das jedoch auch hier nicht erzwungen werden kann. Lehnt der als Zeuge benannte Richter die Aussage ab, so muß die Klage wegen Beweisfälligkeit des Klägers abgewiesen werden.

In dem Rückgriffsprozeß des Staates gegen den Richter wird die Sach- und Rechtslage bereits durch den Vorprozeß geklärt sein, der mit der Verurteilung des Staates geendet hat. Zwar bewirkt das Urteil des Vorprozesses Rechtskraft nur zwischen dem Geschädigten und dem Staate; aber der letztere wird dem oder den Richtern, gegen die er vorgehen will, den Streit verkündet haben, um die Wirkungen der Nebenintervention den Richtern gegenüber herbeizuführen (§§ 72, 74, 68 ZPO.). Selbst wenn der Streit den Richtern nicht verkündet worden ist, werden doch die Feststellungen des Vorprozesses einen gewissen Beweiswert haben, und die beklagten wie die als Zeugen benannten Richter werden mit einer Ablehnung der Aussage nun nicht mehr die Abweisung der Klage herbeiführen können.

d) Im Falle der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens, deren Voraussetzung, wie oben gezeigt wurde¹, eine bei der Urteilsfindung begangene strafbare Handlung bildet, gilt folgendes: Ist der Richter rechtskräftig wegen der Amtspflichtverletzung in einem öffentlichen Strafverfahren verurteilt worden, so ist damit bereits der Beweis des Verstoßes bei der Abstimmung erbracht, der die Grundlage des Wiederaufnahmeverfahrens bildet. Wird dieses Verfahren eingeleitet, ohne daß eine rechtskräftige Verurteilung vorliegt (§ 364 StrPO., § 581 ZPO.), so ist die dem zugrunde liegenden Prozeß entsprechende Interessenlage maßgebend: im Zivilprozeß steht das Interesse der Parteien, im Strafverfahren das Interesse des Angeklagten und des Staates, beidemale nicht anders als in einem ordentlichen Rechtsmittelverfahren, dem Interesse an der Wahrung des Beratungsgeheimnisses gegenüber. Es kann daher wegen der Einzelheiten auf das Bezug genommen werden, was über die Wertung des Beratungsgeheimnisses in der Revisionsinstanz gesagt worden ist.

e) Im Disziplinarverfahren wegen dienstpflichtwidrigen Verhaltens bei der Abstimmung ist die prozessuale Stellung des Richters ähnlich der in den besprochenen Fällen. Der Pflicht, über Abstimmungshergänge

des Separatvotums bedeutet allerdings die Möglichkeit des Bruches des Beratungsgeheimnisses (wie auch HAAS: 33 bemerkt). Die Niederschrift des Votums allein verstößt aber noch nicht gegen die Schweigepflicht; denn das Votum bleibt geheim. Falls es gebraucht wird, hat der Vorsitzende des Gerichts im Einverständnis mit dem Votanten die Urkunde dem Gericht als Beweismittel auszuhändigen. Dabei werden jedoch die gleichen Erwägungen angestellt werden müssen, wie sie der als Zeuge benannte Richter anzustellen hatte. Das Votum wird nicht ohne Not herausgegeben werden. — Übrigens ist das Separatvotum nicht zu verwechseln mit dem vorbereitenden Votum des Berichterstatters, wie es in Preußen üblich ist und über das neuerdings diskutiert worden ist. Vgl. FLÜGGE: LZ. 23, 587; CONRADS: JW. 59, 1049.

¹ S. 93.

zu schweigen, widerstreitet das eigene Interesse des Beschuldigten, sich gegen die Beschuldigung zu verteidigen, und die Pflicht des Zeugen, im Interesse der Sache auszusagen.

Zwar unterscheidet sich das Disziplinarverfahren wesentlich von dem Strafverfahren gegen den Richter wegen Rechtsbeugung und dem Regreßprozeß wegen Amtspflichtverletzung: während im Strafverfahren wegen Rechtsbeugung die Allgemeinheit durch den Staat ein antisoziales Verhalten festgestellt und nötigenfalls bestraft sehen will, während mit der Syndikatsklage ein einzelner seinen Vermögensschaden geltend macht, zieht im Disziplinarverfahren der Dienstherr Staat seinen Beamten wegen einer Verletzung der ihm gegenüber bestehenden Dienstpflicht zur Verantwortung.

Diese Wesensverschiedenheit begründet aber keine Verschiedenheit in der Behandlung des Beratungsgeheimnisses in den einzelnen Verfahren. Der Zweck des Beratungsgeheimnisses ist die Bewahrung der richterlichen Unabhängigkeit, vornehmlich auch der Aufsichtsbehörde gegenüber. Es wird daher auf die Lage des einzelnen Falles ankommen, wenn man feststellen will, ob das Interesse des Staates an disziplinarischer Verfolgung mehr wiegt als das Interesse an der Wahrung des Beratungsgeheimnisses. Der beschuldigte oder der als Zeuge benannte Richter muß bei sich selber abwägen, welchem Interesse er größere Bedeutung beimessen solle.

Diese Folgerung aus dem Grundsatz des Beratungsgeheimnisses, die entsprechend schon für die anderen Verfahren gezogen wurde, erscheint hier in einem besonderen Lichte: es scheint auf den ersten Blick verwunderlich, daß sogar der Staat als Dienstherr bei der disziplinarischen Verfolgung seiner „Diener“¹ an dem Beratungsgeheimnis eine Schranke findet. Bei genauerem Zusehen ergibt sich jedoch, daß diese Folgerung unvermeidlich ist; denn wollte man hier die Schranke des Beratungsgeheimnisses vor dem Staate öffnen, so würde das Geheimnis seiner wesentlichen Bedeutung entkleidet werden, weil der Vorwand des Disziplinarverfahrens zu leicht gefunden werden könnte, um nicht in allen möglichen Fällen von der Aufsichtsbehörde zum Vorgehen gegen ein irgendwie unliebsam aufgefallenes Gericht benutzt zu werden². Die Unabhängigkeit des entscheidenden Richters würde zum bloßen Scheine werden.

f) Die im Vorangegangenen entwickelte Auffassung findet in Literatur und Rechtsprechung nur zum Teil eine Stütze.

Auch hier, wie zur Frage der Aussage in der Revisionsinstanz, hat das Reichsgericht die erste und grundlegende Stellung eingenommen. In seiner schon mehrfach herangezogenen Entscheidung aus dem Jahre 1894³ hat es zwar nicht entschieden, ob der Richter im Strafverfahren, im Regreßprozeß und im Disziplinarverfahren, wie soeben geschildert, aussagen müsse oder dürfe; es hat aber darauf hingewiesen, daß in derartigen Fällen

¹ Wie das PrALR. die Beamten nennt: II 10.

² Man denke vor allem an politische Prozesse!

³ RGSt. 26, 202.

von dem im übrigen als allgemein gültig angenommenen Grundsatz der Unzulässigkeit richterlicher Zeugenaussagen über Beratungshergänge möglicherweise Ausnahmen zu machen seien. In einer späteren Entscheidung hat dann das Reichsgericht, wie schon früher mitgeteilt wurde, eine solche Ausnahme in einem Regreßprozeß wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung bei dem Erlaß eines Haftbefehls erblickt¹.

In der Literatur wird einerseits dieser vom höchsten Gericht geäußerten Meinung gefolgt². Andererseits wird diese Ansicht teils in der vom Reichsgericht selber angedeuteten Richtung fortgeführt, teils wird am unbedingten Beratungsgeheimnis auch in solchen Fällen festgehalten.

Von den wenigen Schriftstellern, die sich außer den genannten überhaupt mit diesen Fragen beschäftigen³, kommt SALINGER⁴ zu dem Ergebnis, daß das Interesse des Staates an der Bestrafung der Rechtsbeugung stets, das Interesse an der disziplinarischen Verfolgung des Richters nicht stets mehr wie als das Interesse an der Wahrung des Beratungsgeheimnisses.

HAAS⁵ kommt zu dem Ergebnis, daß das Interesse an der Verfolgung wegen Rechtsbeugung und wegen Amtspflichtverletzung mit dem Ziele des Schadensersatzes stets, das Interesse an disziplinarischer Verfolgung des Richters niemals das Interesse an der Schweigepflicht überwiege.

Ohne nähere Begründung wendet sich WACH⁶ gegen die Zeugnisbefreiung der Richter überhaupt, wie sie vom Reichsgericht in der grundlegenden Entscheidung als geltendes Recht festgestellt worden war.

HABERSTUMPF⁷ bejaht die Auskunftspflicht für den Fall einer strafbaren Handlung oder eines Dienstvergehens.

Demgegenüber gibt es eine Anzahl Stimmen, die für die unbedingte Wahrung des Beratungsgeheimnisses, schon nach geltendem Recht, eintreten und sogar die vom Reichsgericht ursprünglich offen gelassene und später bejahend beantwortete Frage nach der Zulässigkeit von Ausnahmen verneinen⁸. Dieser Standpunkt wird damit begründet, daß der Grundsatz der Unabhängigkeit stets höher zu bewerten sei als die Inanspruchnahme des Staates wegen Amtspflichtverletzungen⁹, aber selbst höher als die Verfolgung des Richters wegen Rechtsbeugung¹⁰; außerdem wird die Zeugenvernehmung deswegen für unstatthaft erklärt, weil ihr Ergebnis nur sehr unsicher sein könne¹¹.

¹ RGZ. 89, 13. Siehe oben S. 94 Anm. 1.

² So SYDOW-BUSCH-KRANTZ: GVG. § 198, I, § 1, 3; Graf zu DOHNA: StrPrR. 82; KÜBEL: DRZ. 2, 402; STEIN-JONAS: § 309 I 2; LOEWER-ROSENBERG: 7 vor §§ 52 ff.; BAUMBACH: GVG. § 196, I (mit Bedenken).

³ Einige andere, die die Zeugenaussage der Richter nur nach den Vorschriften der Prozeßgesetze über die Vernehmung öffentlicher Beamten beurteilen wollen und daher auch gegen die Rechtsprechung des RG. Stellung nehmen, behandeln die hier erörterten Fragen nicht: s. ROSENFELD, BENNECKE-BELING, HABERSTUMPF, HARTMANN oben S. 80 Anm. 1.

⁴ ZJP. 30, 513. ⁵ 48f., 56f., 63f. ⁶ GerS. 66, 26 Anm. 36.

⁷ SeuffBl. 75, 383. HABERSTUMPF geht aber davon aus, daß der Grundsatz der Unabhängigkeit für die Frage der Schweigepflicht ohne Bedeutung sei, wie schon erwähnt.

⁸ DOERR: ZJP. 3, 458; FEISENBERGER: § 198, GVG. 3.

⁹ BRAUN: JW. 46, 132.

¹⁰ MARSSON: DJZ. 23, 152; VON LISZT: JW. 46, 166, 15.

¹¹ VON LISZT: a. a. O.; BRAUN: a. a. O.

F. Rechtsvergleichende Betrachtung des Beratungsgeheimnisses.

§ 22. Unterscheidung der geheimen Beratung und Abstimmung von dem Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis; mögliche Systeme.

Die Untersuchung des für das Beratungsgeheimnis geltenden deutschen Rechts ist damit beendet. Als Abschluß der ganzen Erörterung mögen einige kritische Betrachtungen über das als geltend Festgestellte folgen; dabei soll auch ein Blick auf das in andern Ländern geltende Recht geworfen werden.

Zunächst ist hier nochmals hervorzuheben, daß das Beratungsgeheimnis begrifflich nicht verwechselt werden darf mit der geheimen Beratung. Eine Beziehung besteht zwischen beiden Begriffen insofern, als das Beratungsgeheimnis die geheime Beratung voraussetzt; denn nur etwas Geheimes kann verschwiegen werden. Jedoch kann begrifflich die Beratung auch dann geheim stattfinden, wenn kein Schweigegebot besteht für die daran Beteiligten. Wenn man das Beratungsgeheimnis im Sinne von Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis versteht, ergeben sich folgende Möglichkeiten der Unterscheidung:

Erstens: Beratung und Abstimmung finden geheim statt und sind auch nachher geheimzuhalten.

Zweitens: Beratung und Abstimmung finden zwar geheim statt, sie sind aber keinem oder doch nur einem beschränkten Schweigegebot unterstellt.

Drittens: Die Beratung findet geheim statt, es wird aber öffentlich abgestimmt; ein Beratungsgeheimnis wäre hier nur dann denkbar, wenn den öffentlich abgegebenen Stimmen keine Begründung beigegeben würde, die Begründung vielmehr der siegreichen Mehrheit überlassen würde.

Viertens: Die Beratung findet öffentlich, die Abstimmung jedoch im geheimen statt; dabei wäre Raum für das Abstimmungsgeheimnis.

Fünftens: Beratung und Abstimmung spielen sich öffentlich ab; dann wäre naturgemäß nichts zu verschweigen.

§ 23. Geltungsbereich der verschiedenen Systeme.

Diese fünf Systeme sind nicht nur theoretisch möglich, sondern zum Teil geltendes Recht, zum Teil Inhalt von Vorschlägen zu Gesetzesreformen, wenn auch dabei nicht alle möglichen soeben erwogenen Auswirkungen berücksichtigt sind.

Das erste System ist das im Hauptteil beschriebene, im deutschen Recht geltende. Insoweit braucht darüber nichts mehr gesagt zu werden. Ferner findet sich dieser Grundsatz des völligen Beratungsgeheimnisses aber im französischen und italienischen Recht.

1. In Frankreich¹ hatten die Revolutionsgesetze vom 26. Juni 1793 und vom 3. Brumaire 2 die öffentliche Beratung und Abstimmung der Richter eingeführt. Da sich jedoch bei diesem System² mannigfache Unzuträglichkeiten herausstellten, bestimmte die Constitution vom 5. Fructidor 3, Art. 208, und der Code vom 3. Brumaire 4, daß die Richter geheim beraten und abstimmen und das Beratungsgeheimnis wahren sollten³. Von den späteren Gesetzen schreibt zwar Art. 369 Code d'Instruction Criminelle die geheime Beratung und Abstimmung vor⁴; sie enthalten jedoch keine entsprechende Bestimmung über das Beratungsgeheimnis. Aber gerade aus ihrem Schweigen entnimmt man, daß das Beratungsgeheimnis als ein Grundsatz des französischen Rechts zu gelten habe, der die Unabhängigkeit der Gerichte und die Autorität ihrer Entscheidungen sichern soll. Deshalb müssen auch die Richter in ihrem Diensteid nach dem Gesetz vom 8. August 1849, Art. 3, geändert durch Dekret vom 22. März 1852, Art. 8, schwören: „de garder religieusement le secret des délibérations“.

Das Beratungsgeheimnis gilt in Frankreich für Strafsachen wie für Zivilsachen⁵. Allerdings sind, soweit ersichtlich, in den mehr als hundert Jahren seiner Geltung im neueren Recht Entscheidungen darüber, mit ganz wenigen Ausnahmen⁶, nur in Strafsachen ergangen⁷, genau wie in Deutschland. So ist insbesondere vom Kassationshof entschieden worden, daß die Kundmachung seiner abweichenden Ansicht durch den Vorsitzenden oder einen Beisitzer im Protokoll oder im Urteil verboten ist⁸.

Anders als im deutschen Recht findet sich ein ausdrückliches Schweigegebot nicht einmal für die Geschworenen. Die Gesetzgebung⁹ der „époque intermédiaire“ ließ die Geschworenen öffentlich abstimmen. Da man jedoch ihre Unabhängigkeit dadurch gefährdet sah, führte der Code d'Instruction Criminelle von 1808 im Art. 345 die geheime Beratung ein, und zwar mit

¹ Vgl. zum folgenden: DALLOZ: Rép. 7, 385 Anm. 144; GARRAUD: Traité III, 578ff.; auch DALLOZ: art. „Cours et tribunaux“ Nr. 118; LABORDE: Cours 640, Nr. 987; SIREY et GILBERT: art. 369, § 1, 1.

² Von GARRAUD: III, 580 „délibération théâtrale“ genannt.

³ Der Ursprung des Beratungsgeheimnisses ist nach GARRAUD (III, 580) in der ordonnance v. 13. März 1344 art. 14 zu finden.

⁴ Wie GARRAUD (a. a. O.) bezeugt, beraten die Richter in Frankreich entweder im Beratungszimmer oder mit leiser Stimme stehend hinter ihren Sitzen („au rondau“) oder sogar am Tisch. — Die Regel des art. 369 bezeichnet GARRAUD als allgemeingültig; im Code de Procédure Civile findet sich keine entsprechende Bestimmung.

⁵ DALLOZ: Rép. 7, 385, Nr. 145.

⁶ Siehe unten S. 105 Anm. 4.

⁷ DALLOZ: a. a. O.

⁸ Vgl. die bei DALLOZ (a. a. O.) zitierten Urteile v. 27. Juni 1822; 21. April 1827; 18. August 1831; 24. Februar 1837; 28. Mai 1847. NORMAND: Traité 675.

⁹ Vgl. für das Folgende GARRAUD: Traité IV, 399ff.

mündlicher Stimmabgabe. Diese wurde später, in dem Gesetz vom 13. Mai 1836, ersetzt durch das *scrutin secret*, wie es noch heute gilt. Die Geschworenen geben verdeckte Zettel in eine Urne; der Obmann stellt das Ergebnis fest und verbrennt die Zettel sogleich. Nach der Abstimmung sind die Geschworenen, gemäß dem Gesetzeswortlaut wenigstens, nicht verpflichtet, über ihre Beratung Stillschweigen zu bewahren. Trotzdem wird angenommen, daß die Geschworenen wegen des geheimen Charakters ihrer Abstimmung diese geheimzuhalten hätten¹.

Eine Wirkung des Beratungsgeheimnisses ist es, daß weder im Wahrspruch der Geschworenen noch im Urteil die Zahl der abgegebenen Stimmen mitgeteilt werden darf². Eine Ausnahme von dieser Regel wird, soweit festgestellt werden konnte, nur in einem Falle gemacht³. Nach einem mit Gesetzeskraft ausgestatteten *avis du Conseil d'Etat* vom 23. April 1807 zählen die Stimmen zweier in gewissem Grade verwandter Richter, wenn sie gleicher Ansicht sind, nur für eine. Der Kassationshof hat entschieden⁴, daß in solchem Falle die Angabe im Urteil, ihre Ansichten seien entgegengesetzt gewesen und daher jede ihrer Stimmen gerechnet worden, keine Verletzung des Beratungsgeheimnisses darstelle, weil in jedem Falle die gesetzliche Richterzahl gewährleistet sein müsse. Ob aber genügend Stimmen mitgewirkt haben, lasse sich nur bei einer Mitteilung der bezeichneten Art sagen; deswegen sei die Angabe sogar notwendig. Dabei betont der Gerichtshof, daß solche Angabe ja keine Enthüllung der persönlichen Meinung des einzelnen darstelle.

Ferner darf ein Richter über Beratungshergänge nicht als Zeuge vernommen werden⁵. Ob und wieweit davon Ausnahmen zugelassen werden, ließ sich nicht feststellen.

Eine ganz eigenartige Folgerung, die dem deutschen Recht fremd ist, wird in Frankreich aus dem Institut des Beratungsgeheimnisses gezogen: die Mitglieder der *corps judiciaires* können „collectivement“ disziplinarisch verfolgt werden⁶.

¹ Vgl. GARRAUD: *Traité* IV, 406 Anm. 54, der zugeben muß, daß die Geschworenen oft diese Pflicht verletzen.

² NORMAND: *Traité* 675; GARRAUD: *Précis* 923; ROLLAND DE VILLARGUES: art. 369 Anm. 4. Es darf im Wahrspruch nicht einmal gesagt werden, daß er einstimmig gefunden wurde: CassCr. 15. Februar 1861, 29. November 1877, 23. November 1882.

³ DALLOZ: a. a. O. Anm. 146.

⁴ Crim. 11. Oktober 1822, 31. Oktober 1828. Civ. 23. Juni 1840, 7. November 1866.

⁵ SIREY et GILBERT: art. 80 § 2 Anm. 36.

⁶ DALLOZ: art. „discipline judiciaire“ Anm. 37. DALLOZ (Anm. 38 ebenda) bespricht noch einen besonderen Fall: Nach einem Gesetz vom 30. August 1883 art. 14 §§ 2, 4 ist den Richterkollegien „toute délibération politique“ bei Androhung disziplinarischer Bestrafung verboten. Da eine Beratung das Werk des ganzen Kollegiums sei, die Beratung aber geheimzuhalten

In Frankreich wird das Beratungsgeheimnis, soweit festgestellt werden konnte, nicht angegriffen. Es gilt offenbar als untrennbares Zubehör der Kollegialgerichte¹.

2. Neben Frankreich findet sich das unbeschränkte Beratungsgeheimnis auch in Italien, wenn es gleich hier nicht mit solcher Entschiedenheit betont wird, und nicht alle Folgerungen ausdrücklich daraus gezogen werden.

Nach Art. 103 des neuen Codice di Procedura penale² beraten die „corti e tribunali“ „die regola“ im Beratungszimmer, und zwar auf den Vortrag eines ihrer Mitglieder. Dasselbe Gesetz verbietet im Art. 106 Abs. 3 „in ogni tempo“ die Veröffentlichung der Namen der Geschworenen oder der Richter mit Angabe ihrer Voten.

Es ist allerdings nicht völlig ersichtlich, wie weit das Beratungsgeheimnis gelten soll³, insbesondere ob es auch den Aufsichtsbehörden gegenüber gilt⁴.

Im Gegensatz zu Frankreich macht sich in Italien eine gewisse Kritik am Institut des Beratungsgeheimnisses bemerkbar⁵.

3. Eine ausdrückliche Einschränkung des Beratungsgeheimnisses gibt es dagegen in Österreich. Hier kann die Staatsanwaltschaft der

sei, könne man mit einer Einzelverfolgung die wahren Täter nicht erfassen. — Die angeblich von BAUDOIN in seiner Schrift: *Le secret du délibéré et le droit de défense* 25 ausgesprochene gegenteilige Ansicht konnte der Verfasser nicht nachprüfen.

¹ Eine Lobpreisung der geheimen Beratung findet sich bei MARCY (I, 213 f.) aus Anlaß einer Vergleichung mit Schweizer Recht; die Vorschriften (des alten ital. Cod. Proc. Pen.) über die geheime Beratung gründeten sich „dans une parfaite appréciation des convenances judiciaires et de la dignité des magistrats“.

² Entsprechend der alte in art. 319.

³ Die Geschworenen sind, wie STOPPATO (I, 655 Anm. 2) meint, nicht verpflichtet, nach der Findung des Wahrspruchs ihr eigenes Votum geheimzuhalten. — Andererseits spricht LUCCHINI (§ 326 S. 420) von der „segretezza assoluta del voto“.

⁴ Nur das Verbot der Veröffentlichung wird als Schutz der „perfetta libertà del voto“ gepriesen: STOPPATO: I, 674. Immerhin bemerkt STOPPATO III, 672, daß die Abstimmungshergänge nicht ans Licht kommen und keiner Nachprüfung unterworfen seien.

⁵ Vorsichtig bei STOPPATO I, 655: Man könne über die „assoluta necessità“ des Beratungsgeheimnisses streiten. — Die öffentliche Beratung („la deliberazione coram populo“) fordert LUCCHINI: § 326 S. 420, während derselbe noch 1895 § 326 S. 343 das Beratungsgeheimnis für eine „garanzia di libertà del voto e di autorità del giudizio collegiale“ erklärte. Und STOPPATO (III, 672) beklagt, daß erfahrungsgemäß in der Praxis das Beratungsgeheimnis dazu diene, ein mangelhaftes Abstimmungsverfahren zu verdecken, das mit Kompromissen („transazioni“) oder mit ungesetzlicher Bevorzugung der Meinung des Vorsitzenden („dando illegittima prevalenza all' autorità del presidente“) geführt werde.

Beratung¹ beiwohnen (§ 35 Abs. 2 StrPO.); auch wird über die Beratung ein Protokoll aufgenommen (§ 272 StrPO.).

Diese Protokolle sind aber der Einsicht der Parteien und ihrer Vertreter verschlossen². In das Protokoll werden Vermerke über den Hergang und das Ergebnis der Abstimmung aufgenommen³. Die Aufnahme soll gewährleisten, daß die Richter sich über die Richtigkeit der Abstimmung Rechenschaft ablegen⁴.

Trotz der vorgeschriebenen Beurkundung der Abstimmungshergänge sind die „Gerichtspersonen“ verpflichtet, über Beratung und Abstimmung „unverbrüchliches Stillschweigen“ „gegen jedermann“ zu bewahren, „dem sie eine ämtliche Mitteilung darüber zu machen nicht verpflichtet sind“⁵. An die Übertretung dieser Vorschrift knüpfen sich strenge disziplinarische Bestrafungen^{6 7}.

Eine solche amtliche Mitteilung müssen die Gerichte jedoch den höheren Behörden machen, wenn sie von diesen zur Berichterstattung aufgefordert werden; dem Bericht sind alsdann die Originalprotokolle anzuschließen⁸.

Hingegen wird es nicht für zulässig gehalten, ein ordentliches Rechtsmittel auf die Geltendmachung eines Abstimmungsfehlers zu stützen⁹.

¹ Nicht der Abstimmung und Beschlußfassung.

² § 45 Abs. 2 StrPO., GeschO. f. d. Gerichte I. u. 2. Inst. (VO. d. Just.-Min. v. 5. Mai 1897) § 189, Vollzugs-Vorschr. § 81; nicht aber der Staatsanwaltschaft, was WEISL (§ 45, 3) als eine Ungerechtigkeit und Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit beklagt.

³ §§ 186, 188 GeschO.; vgl. Freiherr von CANSTEIN: I, 414.

⁴ Eigentümlicherweise werden in Österreich die Urteile der Kollegialgerichte nicht von sämtlichen Richtern unterschrieben. Das Abstimmungsprotokoll wird als ein Ersatz dieser Unterschrift angesehen, weil dann auf diese Weise ein ordnungsmäßiges Zustandekommen der Entscheidung gesichert sei. Vgl. S. MAYER: § 272, I.

Nach § 160 StraferInstr. (VO. d. JustMin. 16. Juni 1854) sollen auch die Gründe der einzelnen im Protokoll vermerkt werden. Dies begrüßt HERBST (141) als Zwang zur gründlichen Abstimmung über jeden Entscheidungsgrund unter Berufung auf MITTERMAIER. Über Abstimmung vgl. die eingehenden Vorschriften der §§ 9–14 der Jurisdiktionsnorm, Ges. v. 1. August 1895. — Übrigens unterschrieben auch im alten RKG. nicht alle Richter des Kollegiums das Urteil, sondern nur die Referenten: KGO. v. 1555, § 11 I 13.

⁵ GerInstr., Kais. Pat. v. 3. Mai 1853 § 50.

⁶ Abs. 2 des § 50 a. a. O.

⁷ Dagegen sind die Geschworenen nach der Findung des Verdiktes, wie in Italien, an der Preisgabe der Abstimmungshergänge nicht gehindert, vgl. LOHSING: 113.

⁸ StraferInstr. § 164 (JustMinErl. v. 16. Mai 1856).

⁹ LOHSING: 113; S. MAYER: § 272, 2. Nach LÖFFLER (29f.) ist in mehreren Entscheidungen die Nichtigkeitsbeschwerde deshalb verworfen worden. LÖFFLER meint, es läge aber in solchen Fällen gar kein Strafver-

Stärkere Bedenken sind in Österreich gegen das geltende System der geheimen Beratung und des Beratungsgeheimnisses, soweit ersichtlich, nicht erhoben worden¹.

Die bisher kurz betrachteten Rechtsordnungen stimmten darin grundsätzlich überein, daß sie alle Beratung und Abstimmung im geheimen stattfinden lassen und ein mehr oder weniger strenges Schweigebot daran knüpfen.

4. Ein anderes Bild bietet die Gerichtsverfassung der Schweiz in den Bundesgerichten wie auch in einigen Kantonen².

In einer großen Zahl von Kantonen findet die Beratung geheim statt, wenigstens in Strafsachen³. Jedoch ist in Zürich die Beratung und Abstimmung beim Kassationsgericht und den Appellationskammern der Obergerichte öffentlich, und bei den übrigen Gerichten kann die Beratung und Abstimmung öffentlich stattfinden⁴. Ein ausdrückliches

fahren im Sinne der StrPO. vor; der Mangel sei also viel schlimmer als in sonstigen Nichtigkeitsfällen. Gegen die Rechtsprechung auch, nach LOHSING: a. a. O., VON KORVIN-DZBAMSKI: Die „Nichtigkeitsgründe“ der österreichischen StrPO., 1913, S. 182.

¹ Es wäre allenfalls die Kritik VARGHAS an der Ausnutzung der Geheimhaltung durch die Gerichte zu erwähnen, der (281) meint, in den Senaten werde einem bequemen Abstimmungsmodus gehuldigt, der, wie GLASER bemerke, „den Rechtsmitteln der Parteien entrückt, mittels mannigfacher Transaktionen logische Inkorrektheiten verdeckt und tatsächlich auseinandergehende Meinungen zu einem scheinbar gemeinschaftlichen Spruche zusammenschließt“.

² Bekanntlich ist die Gerichtsbarkeit in der Schweiz unter die Eidgenossenschaft und unter die einzelnen Kantone verteilt, ähnlich wie in den Vereinigten Staaten von Nordamerika. — Dem Verfasser waren nicht alle Kantonalgesetze zugänglich; daher ist die folgende Darstellung unvollständig.

³ Graubünden Ges. betr. das gerichtl. Verfahren in Strafsachen v. 28. Oktober 1853 § 57. Die Zürcher Gesetze betr. die Organisation der Rechtspflege (§ 80) und betr. das Strafverfahren (§ 261), beide v. 1. Januar 1853, bestimmen das Beratungsgeheimnis für die Geschworenen. Die StrPO. f. d. Kanton Solothurn v. 28. August 1885 § 71 Abs. 2 wie oben; ferner StrPO. f. d. Kanton Glarus v. 7. Mai 1899 § 125; Basel-Stadt Ges. betr. Wahl und Organisation der Gerichte und der richterlichen Beamten v. 27. Juni 1895 §§ 42 Abs. 1, 94, 118; ebenso Entw. einer StrPO. f. d. Kanton Basel-Stadt v. 14. Mai 1926 § 168; Bern Ges. üb. d. Verf. in Strafs. v. 1. August 1854 Art. 437, 272 Abs. 1. Nach MEILI (49) hat Bern 1850 öffentliche Abstimmung in Strafsachen eingeführt und erst 1879 wieder abgeschafft.

⁴ Gerichtsverf. und Zivilproz. d. Kantons Zürich v. 2. Dezember 1874 § 145. Ebenso Entw. d. Regierungsrates d. Kantons Zürich eines Ges. betr. das Gerichtswesen im allgemeinen v. 21. November 1901 § 148. Dagegen soll nach dem Entw. vom selben Tage betr. den Strafprozeß das Schweigegelöbnis der Geschworenen bleiben, § 237. Für die Geschworenen gilt Schweigepflicht in Genf Art. 280, 393 Code d'Instr. pén. v. 25. Oktober 1884.

Schweigegebot findet sich für die Richter im Kanton Tessin¹. Im Kanton Schaffhausen findet die Beratung und Abstimmung öffentlich statt².

In einigen Kantonen schreitet das Gericht „nach Abtretung aller Parteien und Zuhörer“ zur Beratung und Abstimmung³. Dabei haben jedoch in St. Gallen die Urteilsgründe Angaben über die Stimmzahl zu enthalten⁴.

Im Zivilprozeß wird dagegen in vielen Kantonen öffentlich beraten und abgestimmt, jedoch nicht in erster Instanz⁵.

Bei den Bundesgerichten wird in Zivilsachen öffentlich beraten und abgestimmt⁶.

Man sieht hieraus, daß in der Schweiz in vielen Gerichten öffentlich beraten und abgestimmt wird, daß es zwar in den Strafgerichten eine geheime Beratung gibt, daß aber ein striktes Schweigegebot für die Richter nur in dem, offenbar auch rechtlich mit Italien verwandten, Kanton Tessin besteht. Wieweit im übrigen aus der Verschwiegenheit des Beratungsherganges auch die Pflicht, ihn künftig zu verschweigen, gefolgert wird, ließ sich nicht feststellen.

Es mag hier nur noch darauf hingewiesen werden, daß MEILI an dem Institut der öffentlichen Beratung und Abstimmung scharfe Kritik geübt hat⁷.

5. Schließlich ist von den ausländischen Rechtsordnungen noch ein ganzer Rechtskreis zu betrachten, der das Beratungsgeheimnis so gut wie nicht kennt: der englisch-amerikanische. Das Besondere an ihm ist, daß seine Einrichtungen nur zum kleinen Teil auf gesetzlicher

¹ Legge sulla organizzazione giudiziaria in materia penale v. 4. Mai 1895 Art. 36 Abs. 2 („È vietato ai giudici di popolare il proprio voto e quello dei colleghi“).

² Nach MEILI: 49. Die StrPO. v. 3. März 1909 enthält keine Vorschriften über Beratung und Abstimmung. MEILI sagt (1882), Schaffhausen kenne als einziger Kanton die öffentliche Beratung in Strafsachen. Aber COESTER berichtet (1929), daß in Strafsachen nicht öffentlich abgestimmt werde (30).

³ So Appenzell a. Rh. StrPO. v. 25. April 1880 § 70; St. Gallen Ges. über die Strafrechtspflege v. 27. Juni 1892 Art. 163; Luzern Ges. über das Strafverfahren v. 7. Juni 1865 § 191.

⁴ Art. 178 Ziff. 1.

⁵ Schaffhausen s. oben Anm. 2; Basel-Stadt §§ 42, 68 a. a. O. Im übrigen vgl. MEILI: 49; COESTER: 30.

⁶ Bundesges. über das Verfahren bei den Bundesgerichten in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten v. 22. November 1850 Art. 181. Während Bundesges. über die Bundesstrafrechtspflege v. 27. August 1851 Art. 48 Abs. 2, 147 Abs. 2 (nach Art. 125 lit. J enthält das Urteil die Stimmzahl der Richter) die öffentliche Beratung der Strafgerichte bestimmte, setzte Bundesges. v. 22. März 1893 Art. 36 (über die Organisation der Bundesstrafrechtspflege) die geheime Beratung und Abstimmung aller Bundesstrafgerichte fest.

⁷ 47ff. Siehe auch unten S. 116 Anm. 5.

Grundlage beruhen, daß vielmehr die meisten ihre heutige Gestalt auf Grund einer organischen, ungestörten langen geschichtlichen Entwicklung erlangt haben¹.

In England war es bislang ständige Praxis der Kollegialgerichte, und die höheren Gerichte sind sämtlich kollegialisch besetzt, daß das Gericht nur selten geheim über die Entscheidung beriet, und daß stets jeder Richter sein eigenes Urteil aussprach und öffentlich begründete. Die Entscheidung, für die die Mehrheit sich fand, galt dann als Entscheidung des Gerichts². Auch heute ist dies noch die übliche Methode³.

Von einer Geheimhaltung ist dabei naturgemäß nicht die Rede. Im Gegenteil, die Rechtspflege wird getragen von dem Ansehen der einzelnen Richterpersönlichkeit, und die ständige Erhaltung dieses Ansehens erfordert, daß die Öffentlichkeit weiß, wie der einzelne Richter entscheidet⁴. Dem entspricht es andererseits, daß es keine Abstimmungsregeln gibt, sondern daß auch hier oft das Ansehen des einzelnen Richters entscheidet⁵.

Ähnlich wie in England ist der Rechtszustand in Nordamerika. Auch dort wird die Person des einzelnen Richters viel mehr beachtet als die permanente Gerichtsbehörde, und auch dort ist es üblich, daß die überstimmten Richter dissenting opinions geben^{6 7}.

¹ Der Mangel an Gesetzen über das Verfahren, auch über die Gerichtsorganisation, wie überhaupt an Systematik, erschwert die Erkenntnis des englischen Rechts. Da über Dinge, die dem Engländer oder Amerikaner als alte Einrichtungen selbstverständlich sind, nicht geschrieben wird, fließen die literarischen Quellen für diese Arbeit nur sehr spärlich, und die beste Erkenntnisquelle, die eigene Anschauung, war dem Verfasser verschlossen.

² Vgl. KOELLREUTER: II; BROMBERG: 50 Anm. 2; an älteren: BIENER: II, 195; MITTERMAIER: Das engl. usw. Strafverf. 470; GLASER: Anklage usw. 455. Ähnlich in Schottland: MITTERMAIER: 499.

³ So wurde es dem Verfasser persönlich berichtet für den Supreme Court of Judicature (d. h. Court of Appeal [zivil]) und das House of Lords. Die Gerichtsberichte der Tageszeitungen bestätigen das. Vgl. JW. 60, 766.

⁴ Vgl. MITTERMAIER: a. a. O. 306; GERLAND: II, 84Iff.; KOELLREUTER: II.

⁵ Vgl. KENNY: 434, der ohne Anstand berichtet, daß bei Stimmengleichheit der jüngste Richter, der gegen den Vorsitzenden stimmte, seine Stimme zurückziehen muß.

⁶ Vgl. FRITZ: 17, der jedoch die Einschränkung macht, daß die überstimmten Richter ihre abweichende Meinung nur dann beifügen dürfen, wenn sie zu der Mehrheit gehören, durch welche die Entscheidung beschlossen wurde, d. h. also wohl, wenn sie nur in den Gründen anderer Ansicht sind.

Es dürfte übrigens nicht ohne Interesse sein, zu erfahren, daß in Amerika vielfach, wenigstens in zweiter Instanz, eine schriftliche Abstimmung stattfindet (so in Connecticut, Illinois). Einer der Richter wird vom Vorsitzenden dazu bestimmt, eine opinion vorzubereiten, und dieser schickt

Die Geschworenen beraten jedoch in beiden Ländern geheim, wenn sie auch nicht immer den Saal verlassen¹. Da aber die Geschworenen ihren Spruch einstimmig finden müssen², hätte eine Geheimhaltungspflicht bei ihnen keine Bedeutung³.

Die öffentliche Abstimmung der Richter gilt jedoch in England wie in Amerika nicht mehr uneingeschränkt. Schon von jeher wurde im Privy Council, dem Königlichen Geheimen Rat, nicht öffentlich abgestimmt⁴; und für die Abstimmung des 1907 geschaffenen Court of Criminal Appeal in London wurde die Regel aufgestellt, daß im allgemeinen nur ein einziges Urteil verkündet werden sollte, und daß das Gericht nur bei zweifelhaften Rechtsfragen zulassen sollte, daß jeder Richter sein eigenes Urteil öffentlich spräche und begründete⁵. In den Vereinigten Staaten hat 1913 die Louisiana Constitution bestimmt, daß „concurring and dissenting opinions“ nicht veröffentlicht werden dürften⁶.

Ob die Richter in diesen Fällen, insbesondere die des Court of Criminal Appeal, nun auch zur Verschweigung der Beratungshergänge verpflichtet sind, ist leider nicht ersichtlich. Immerhin ist schon des öfteren von englischen Gerichten entschieden worden, daß ein Richter nicht über das als Zeuge aussagen muß oder darf, was sich in der Ver-

sie dann den übrigen zur Prüfung, die sie entweder unterzeichnen oder unter Angabe der eigenen opinion ablehnen. Die eigentlich erwünschten gemeinsamen Besprechungen der opinion fallen oft der Last der Geschäfte zum Opfer. Vgl. hierüber DODD: Amer. Law School Rev. 6, 686 ff.

⁷ Vgl. auch § 126 des Code of CrimProc. of the State of New York 1881: im Strafverfahren gegen öffentliche Beamte (mit dem Ziel der Dienstentlassung [removal by impeachment]) werden die Ja- und Neinstimmen ins Protokoll aufgenommen.

¹ MITTERMAIER: 469; BIENER: II, 164; MÜHRY: 600f. Eine authentische Bestätigung dieser Übung auch im Entwurf v. 1878, sect. 375: LAMMASCH: AllgÖsterGerZ. XXX, N. F. XVI, 167 (1879).

² Was MITTERMAIER (477f.) preist. — Anders in Schottland.

³ In Amerika, dessen Schwurgerichtsverfahren, wie aus Romanen und ähnlichen Schilderungen auch in Deutschland bekannt geworden ist, außerordentlich formal ist, und in welchem, im Gegensatz zu England, das summing up, die persönliche Würdigung des Falles durch den Vorsitzenden zur Belehrung der Geschworenen, aus übertriebenem Mißtrauen gegen den Richter auf eine ganz objektive Darlegung der Aufgabe der Geschworenen eingeschränkt ist (vgl. die Kritik bei HARTMANN: 703f.), ist es auch zulässig, daß der Richter die Geschworenen einzeln befragt, ob der Wahrspruch auch ihrer Meinung entspreche (polling); z. B. § 450 New York Code CrimProc. (auch HART MANN: 682); in Illinois haben dieses Recht auch die Parteien, vgl. MOORE: § 985; ähnlich in Ohio, vgl. WILSON: 531.

⁴ Vgl. BROMBERG: 50 Anm. I.

⁵ ARCHBOLD: 308, 5; BROMBERG: 50.

⁶ Von anderen Staaten ist dem Verfasser nichts bekannt geworden.

handlung und bei der Entscheidung der Sache ereignete¹. Dieses Privileg gilt aber für Richter, Geschworene, Schiedsrichter und Rechtsanwälte² und bezieht sich auf alle Vorgänge der Verhandlung, so daß eine Parallele zum Beratungsgeheimnis wohl kaum zu ziehen ist³. Das Privileg scheint weniger ein in der Sache als in der Person begründetes zu sein⁴.

G. Bewertung des Beratungsgeheimnisses de lege ferenda.

§ 24. Soll geheim oder öffentlich beraten und abgestimmt werden ?

Will man nun in eine Erörterung de lege ferenda eintreten, so wird man wiederum die beiden Fragen voneinander scheiden müssen, ob Beratung und Abstimmung geheim vor sich gehen sollen, und ob die Beratungs- und Abstimmungshergänge auch geheimgehalten werden sollen. Die Bejahung der ersten Frage bedingt überhaupt erst die Stellung der zweiten.

Die Lösung beider Fragen liegt jedoch nicht im Rahmen einer wissenschaftlichen, d. h. auf Erkenntnis zielenden Arbeit. In einer solchen können, außer dem Bericht über den Stand der Bestrebungen, nur Richtlinien aufgezeigt werden, die bei der Beantwortung der Fragen leitend sein müßten.

a) Darüber, ob die Gerichte öffentlich oder geheim beraten und abstimmen sollen, haben sich bereits vor hundert Jahren die deutschen Juristen gestritten. In jener Zeit, als die Umgestaltung des bis dahin schriftlichen und geheimen Prozesses in einen öffentlichen und mündlichen die Möglichkeit eines Gegensatzes zwischen öffentlicher Verhandlung und geheimer Beratung aufkommen ließ, schrieben Gelehrte vom Range FEUERBACHS, MITTERMAIERS, PUCHTAS ihre Werke über die Reform des gerichtlichen Verfahrens, in denen sie auch die Frage der geheimen Beratung erörterten.

¹ RUSSELL (II, 2194) spricht hier von einem judicial privilege.

² Im einzelnen vgl. RUSSELL: a. a. O. und 2192; hier wird gesagt, daß ein Verstoß gegen diese Regel, wie er unter den „strong feelings“ der Zeitläufte zweimal vorkam, als ein „very unwarrantable departure from law and justice“ betrachtet worden sei.

³ Der Court of Kings Bench hat nach RUSSELL (a. a. O.) sogar die eidesstattliche Versicherung (affidavit) eines grand juror abgelehnt, die sich nur auf die Zahl der bei der Findung der Entscheidung beteiligten grand jurors bezog.

⁴ Es ist auch als ein Verweigerungsrecht aufgezogen. Der Richter ist zwar competent, aber nicht compellable witness (nach RUSSELL: II, 2194). Die Frage ist bestritten, vgl. STEPHEN: Art. III S. 118, Art. II 4 S. 120.

Sie kamen dabei, unter FEUERBACHS Führung¹, zu dem Ergebnis, daß die Beratung geheim, die Abstimmung aber öffentlich erfolgen müsse. FEUERBACH² ließ sich dabei hauptsächlich von der Rücksicht auf das ältere deutsche Recht leiten, in welchem die Urteilsfinder sich zwar untereinander oder mit den übrigen Gemeindegossen außerhalb der Gerichtsstätte beraten konnten, in welchem sie andererseits aber auch zur öffentlichen Antwort auf die Urteilsfrage des Richters gehalten waren³. Außer diesem romantischen, die geschichtliche Entwicklung der dazwischenliegenden Zeit nicht genügend berücksichtigenden Grunde gelangt FEUERBACH, und mit ihm noch andere, auch aus juristischen, teils theoretischen, teils praktischen Gründen zu seiner Forderung, Er betont den wesentlichen Unterschied zwischen Beratung und Abstimmung; diese sei das eigentliche Richten, jene dagegen nur eine rein menschliche Vorbereitung dieser Amtstätigkeit⁴. Während in einer öffentlichen Rechtspflege das Richten als die Haupttätigkeit des Richters öffentlich erfolgen müsse⁵, sei es, um die Autorität der Gerichte und ihrer Mitglieder zu wahren, zweckmäßig, die Beratung im geheimen stattfinden zu lassen⁶. Die öffentliche Abstimmung hält FEUERBACH auch deswegen für notwendig, weil die Partei die Gewähr haben müsse, daß das Gericht ordnungsgemäß arbeite und dem Gesetze gemäß richte⁷.

Diese Erörterungen gehen von zwei extremen Gesichtspunkten aus. Einmal zeugen sie von einem allzu großen Mißtrauen gegen die Richter, denen man, nachdem sie bis dahin ganz im geheimen gearbeitet hatten, nun gar nicht genug auf die Finger sehen zu müssen glaubt; zum andern aber beruhen jene Vorschläge auf einem, wohl in dem Aufkommen demokratischer Ideen begründeten allzu großen Vertrauen zu dem Volke, das man sich offenbar als die Gesamtheit idealer Staatsbürger vorstellt, wie es Staatslehrer der Antike und der Aufklärungszeit vor Augen hatten. Wie schon erwähnt, hatte inzwischen Frankreich diesen Irrtum in der

¹ Dem sich auch BRINKMANN (66) anschließt. Gegen ihn LAUCK: *Zu Rhein II*, 135f.; WIGAND: 165ff.

² I, 122. Darauf wies auch MITTERMAIER: *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß* 99, 185 hin.

³ Vgl. PLANCK: *Das deutsche Gerichtsverfahren I*, 255; GRIMM: *Deutsche Rechtsaltertümer II*, 402. Insofern ist es nicht richtig, wenn WIGAND (165) meint, es hätte niemals in der Geschichte öffentliche Abstimmung gegeben.

⁴ Zu dieser Ansicht ist schon oben S. 14 Anm. 3 Stellung genommen worden.

⁵ Aus diesem Grunde verlangt auch BAUER (163) öffentliche Beratung und Abstimmung.

⁶ FEUERBACH: I, 125—131.

⁷ a. a. O. 133ff. Ferner MITTERMAIER: a. a. O. 185; PUCHTA: 144ff. Dieser fordert sogar von jedem Richter vor Eintritt in die geheime Beratung einen öffentlichen Bericht über den Sachstand, um die Gewähr zu haben, daß die Parteien richtig verstanden worden sind (144).

eigenen Justiz zu spüren bekommen und hatte die vorübergehend eingeführte „délibération théâtrale“ in eine völlig geheime und auch durch nachträgliche Schweigepflicht geschützte Beratung und Abstimmung umgewandelt.

Trotzdem ist es allerdings denkbar, daß in einem Staate die Richter ein solches Vertrauen bei dem ganzen Volke genießen, daß selbst unvereinbare Gegensätze der Meinungen ihr Ansehen nicht nur nicht zu erschüttern vermögen, sondern sogar unter dem Gesichtspunkt einer Bereicherung der Jurisprudenz als Aussprüche bedeutender Juristen gewertet werden.

Dieser Zustand besteht, wie gezeigt wurde, in England, in Amerika und in einem gewissen Grade auch in der Schweiz.

Er ist aber in England und Amerika bedingt durch die besondere Stellung, die der Richter dort einnimmt. Das englische Recht ist nur zu einem Teil kodifiziert; der englische Richter hat von jeher nicht nur gesetztes Recht anzuwenden, sondern auch durch Fortbildung des bestehenden Rechts Präjudizien zu schaffen, die von späteren Gerichten wie Gesetze beachtet werden müssen¹.

Da diese, der des Prätors ähnliche Aufgabe und Stellung des Richters in England von Anbeginn der politischen Entwicklung dieses Landes an so bestanden hat, ist naturgemäß die Autorität der Richter eine alteingewurzelte. Damit hängt es auch zusammen, daß in England von jeher die Persönlichkeit des einzelnen Richters besonders beachtet wurde. Die englische Anschauung hat sich dann auf die Vereinigten Staaten von Nordamerika übertragen.

In der Schweiz bedeutete die Einführung öffentlicher Beratung und Abstimmung nur einen Versuch², der zudem nur auf Obergerichte beschränkt blieb, in denen die Richter hauptsächlich Rechtsfragen zu erörtern haben.

Ganz anders ist es um die Justiz in Deutschland bestellt. Als die mit gelehrten Richtern kollegialisch besetzten Gerichte vom Kaiser und nach seinem Vorbild von den Landesherren eingesetzt wurden, war es nicht ihre Aufgabe, ein Spruchrecht zu entwickeln, sondern das römische Recht und die territorialen Gesetze anzuwenden. Mag nun schon wegen der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse das Interesse des einzelnen Bürgers an dem öffentlichen Leben sehr gering gewesen sein und sich in den eigenen Angelegenheiten erschöpft haben, oder mochte eine Entscheidung des Gerichts auch deswegen kein allgemeines Interesse erregen können, weil sie nur bestehendes, zudem nicht im Volke lebendes Recht anzuwenden hatte, dessen Fortbildung

¹ Siehe hierüber GELDART: 6ff., 10ff.

² Vgl. MEILI: 47ff.; COESTER: PrJb. 216, 30ff.

nur in beschränktem Umfange in Betracht kam¹, jedenfalls hat in Deutschland die einzelne Richterpersönlichkeit stets im Hintergrund gestanden, und das Gericht als Spruchbehörde ist allein nach außen hervorgetreten².

Die Tatsache allein, daß es immer so gewesen ist, rechtfertigt zwar noch nicht die Aufrechterhaltung einer bestimmten Gerichtsorganisation. Es kommen aber noch andere Gesichtspunkte hinzu, die bei der Erörterung der Frage, ob geheim oder öffentlich beraten und abgestimmt werden soll, zu beachten sind. An anderer Stelle wurde schon dargelegt, daß ein Wesenserfordernis der Gerichte von jeher ihre Unabhängigkeit im weitesten Sinne war, und daß der Staat darauf bedacht sein muß, ihren Entscheidungen die nötige Autorität zu verschaffen.

Diese Seite der Sache wird von FEUERBACH und seinen Gefolgsleuten zu wenig beachtet. Der Staat kann sich zwar die Richter erziehen und bis zu einem ziemlich hohen Grade garantieren, daß sie, auch ohne ständige Kontrolle, gewissenhaft und unparteiisch urteilen. Er kann aber nicht so leicht das Volk zum Vertrauen zur Rechtsprechung seiner Gerichte erziehen³; denn gerade im parlamentarischen Staat ist auch solchen Parteien und Vereinigungen die Entfaltung ihrer Wirksamkeit gestattet, die die bestehende politische und wirtschaftliche Ordnung mehr oder weniger weitgehend und mehr oder weniger offen bekämpfen.

Je weniger der Staat die äußere Form seines eigenen Bestandes zu sichern vermag, um so mehr muß er für eine Rechtspflege sorgen, die unbeirrt durch Zeitströmungen und politische Anschauungen wie ein „rocher von bronze“ die Herrschaft des jeweiligen Gesetzes „stabilisiert“, um ein bekanntes auf die regierende Gewalt gemünztes Wort auf die Justiz anzuwenden. Die Richter müssen aber nicht nur von „unten“, sondern auch von der jeweiligen Regierung unabhängig sein. Es dürfte kaum eine Staatsform geben, die durch sich selber die Gewähr einer völligen Unabhängigkeit der Gerichte im verfassungsrechtlichen Sinne böte. Jedenfalls besteht in der parlamentarischen Demokratie

¹ Nämlich soweit das römische Recht unvereinbar war mit den deutschen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen.

² Diese lange geschichtliche Entwicklung wird anscheinend von PFIZER (ZZP. 15, 345ff.) übersehen. PFIZER bezeichnet nämlich das System der geheimen Beratung als ein „dürftiges Schutzmittelchen des Liberalismus“.

³ Eine etwaige „Vertrauenskrise“ dürfte daher kaum wirksam mittels einer Kontrolle der Beratung und Abstimmung durch die Öffentlichkeit bekämpft werden können, wie MITTERMAIER (185) und COESTER (34) annehmen. Schon MEIL sagte mit Recht (51), daß nur dem Richterstand als solchem Vertrauen entgegengebracht werden müßte. Die beste Ausbildung und sorgfältigste Auswahl der Richter verhilft ihnen aber nicht zu dem verdienten Vertrauen, wenn der Staat sie nicht ausreichend gegen unsachgemäße und gehässige Anfeindungen in der Presse und anderen Veröffentlichungen schützt.

mindestens so sehr wie in der absoluten Monarchie die Gefahr, daß die Regierung versucht, die Rechtsprechung in ihrem Sinne zu beeinflussen. Daher kann SCHIFFER nur zugestimmt werden, wenn er auch für den demokratischen Staat die Unabhängigkeit der Richter vom Staate fordert^{1 2}.

Außer der Unbefangenheit und Unparteilichkeit seiner Gerichte muß der Staat auch ihre Autorität erhalten. Und schon die letztere wird nur schwer zu erhalten sein, wenn das Publikum, insbesondere auch die Beteiligten, genauen Einblick in den Entstehungsgang einer Entscheidung bekommen. Das gilt wenigstens für die Deutschen, die ihre Gerichte als Spruchbehörden anzusehen gewohnt sind und daher die Entscheidung nicht als solche der gerade sitzenden Richter, sondern als die des „Gerichts“, allenfalls der „Kammer“ betrachten. Ob diese Stellung zu den Gerichten sich einmal ändern kann, ist eine andere Frage. Heute wird jedenfalls den Bedürfnissen der Rechtspflege vollauf Genüge getan, wenn die Entscheidung und ihre Begründung veröffentlicht wird. Die Kenntnis der Beratungs- und Abstimmungshergänge würde zu einer verschiedenen Bewertung der Urteile nach der Zahl der sie tragenden Stimmen führen³; und der Einblick in die Beratungshergänge, während welcher Erörterungen und Belehrungen stattzufinden pflegen, und die Meinungen zuweilen weit auseinandergehen, würde das Ansehen der Richter nicht stärken⁴. Der letztgenannte Umstand spricht ebenfalls gegen eine öffentliche Abstimmung⁵.

b) Der Gesetzgeber, der sich darüber entscheiden wollte, ob er die Beratung der Gerichte geheim oder öffentlich stattfinden lassen will, müßte also prüfen, ob auch bei öffentlicher Beratung und Abstimmung Unabhängigkeit und Autorität der Gerichte gewährleistet ist. Es soll

¹ 25. In der Sache übereinstimmend VON STAFF: DJZ. 34, 38.

² Die, wie schon berichtet, im deutschen Mittelalter gebräuchliche öffentliche Stimmabgabe der urteilfindenden Schöffen bedeutete schon damals eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit, wie PLANCK (Das deutsche Gerichtsverfahren I, 253) hervorhebt: der des Urteils Gefragte suchte sich bei schwierigeren Sachen gern dem richterlichen Gebot zu entziehen, weil er befürchten mußte, sich die Feindschaft des Unterlegenen zuzuziehen. Außerdem bestand die Gefahr der Urteilsschelte.

³ So richtig SCHIFFER: 341f., der auch mit Recht hervorhebt, daß eine öffentliche Beratung wahrscheinlich nur ein Schaustück werden würde, nachdem die Richter sich schon vorher geeinigt hätten.

⁴ Insoweit übereinstimmend auch FEUERBACH: a. a. O.; auch MITTERMAIER: a. a. O.; PUCHTA: a. a. O.

⁵ So schon LAUCK: ZuRhein II, 131. Um der Erhaltung der Autorität willen bekämpft MEILI (49ff.) die in der Schweiz teilweise geltende öffentliche Beratung und Abstimmung. Er spricht dort von den „beschämenden Divergenzen“ in Schuldspruch und Strafmaß, die die Berner veranlaßt hätten, 1879 die Abstimmung in Strafsachen wieder der Öffentlichkeit zu entziehen.

nicht gezeugnet werden, daß die Öffentlichkeit, mindestens der Abstimmung, viel für sich hat. Jede geheime Tätigkeit ist geeignet, Mißtrauen zu erregen. Man hat sogar den geheim beratenden und abstimmenden Richtern den Vorwurf der Feigheit gemacht¹. Daß dies allerdings eine völlige Verkennung der Probleme bedeutet, braucht nicht mehr dargelegt zu werden.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Beratung des Gerichtsverfassungsgesetzes eingehend erwogen, welchem der möglichen Systeme er sich anschließen sollte. Der Abgeordnete LASKER verfocht mit dem Hinweis auf England, Amerika und die Schweiz einen Antrag, daß jeder Richter bei der Verkündung des Urteils seine abweichende Meinung aussprechen und begründen dürfte². Der Antrag fand jedoch keine Billigung; die übrigen Abgeordneten waren der Meinung, daß die Rechtseinrichtungen anderer Länder nicht ohne weiteres auf Deutschland übertragen werden dürften³ und glaubten, das System der geheimen Beratung und Abstimmung entspräche mehr der Einstellung des Deutschen zum Gericht, der in diesem eine nach außen solidarisch auftretende Behörde zu erblicken gewohnt wäre.

In den Fehler, schlechthin ausländische Einrichtungen nachahmen zu wollen, verfallen auch ERNST FUCHS und COESTER, die beide die öffentliche Abstimmung fordern⁴. Sie haben beide nicht den Nachweis erbracht, daß die Unabhängigkeit und Autorität der deutschen Gerichte durch eine solche Änderung nicht gefährdet werden würde. Die Kommission für die Reform des Strafprozesses von 1905 hat keinen Anlaß genommen, für eine Änderung der Gerichtsverfassung in dieser Beziehung einzutreten.

§ 25. Ist das Beratungsgeheimnis als Rechtseinrichtung aufrechtzuerhalten?

a) Wenn der Gesetzgeber sich für die geheime Beratung und Abstimmung entschieden hat, so hat er sich weiterhin schlüssig zu werden darüber, ob er auch eine Schweigepflicht bezüglich jener Hergänge festsetzen will.

Wieweit hierfür die Unabhängigkeit von Bedeutung ist, wurde schon an anderer Stelle gezeigt. Schon seit der Zeit des Kameralprozesses, der fast allen Territorialrechten zum Vorbild diente, wurden die Beratungs- und Abstimmungshergänge der Einsicht der Parteien entzogen^{5 6}.

¹ BAUER: 163; PFIZER: ZZP. 15, 368.

² HAHN: GVG. 361.

³ Vgl. insbes. die Ausführungen des Abgeordneten VON AMSBERG: a. a. O. 364. ⁴ JW. 58, 27; PrJb. 216, 30ff.

⁵ Die Relationen und Voten der einzelnen sind „verpitschirt“ in einer besonderen „Kiste im Gewölb“, zu der der Kammerrichter den einen, der erste Assessor den anderen Schlüssel hat, zu verwahren. So § 150 JRA.

Ob die Voraussetzungen für diese Norm noch vorliegen, ist wohl weniger eine Rechtsfrage als eine Frage der tatsächlichen Feststellung. Die Kommission von 1905 hatte vor, mit Rücksicht auf die von ihr als unerwünscht empfundene, hier mehrfach herangezogene Entscheidung des Reichsgerichts im 26. Bande, S. 202, einen abändernden Gesetzesvorschlag zu machen; diese Absicht ist aber nicht durchgeführt worden¹. Die sozialdemokratische Fraktion hat, wie SCHIFFER berichtet², im Reichstag einen Antrag eingebracht, daß die Urteilsbegründung stets das Stimmverhältnis enthalten sollte.

SCHIFFER hält eine solche Bestimmung im Interesse der Unabhängigkeit und Autorität der Gerichte für verfehlt³. Es sind auch bisher von keiner Seite überwiegende Gründe dafür vorgebracht worden, weshalb es im Interesse einer Förderung der deutschen Rechtspflege erwünscht wäre, in allen Fällen die Abstimmungshergänge zu enthüllen⁴. Soweit in einzelnen Fällen ein Bedürfnis nach einer Überprüfung der Beratungs- und Abstimmungsvorgänge unabweislich besteht, bietet der geltende Rechtszustand, wie gezeigt, ausreichende Möglichkeiten zur Abhilfe.

b) Andererseits muß aber auch den Vorschlägen die Billigung versagt werden, die den geltenden Rechtszustand durch Einführung von Strafbestimmungen zu verschärfen wünschen⁵. Zwar dient das Beratungsgeheimnis dem Interesse der Allgemeinheit an der Unabhängigkeit der Richter. Seine Verletzung bedeutet aber keine unmittelbare Schädigung eines einzelnen, eines Landes, des Reiches oder des Volkes, verletzt vielmehr ihre Interessen nur durch das Mittel der Dienstpflichtverletzung,

Nach § 16 I 13 KGO. v. 1555 sollen die „Richter und Beysitzer bey ihren gethanen Gelübden und Eyden alles so im Rathe gehandelt, votirt und gertheilt wird, in ewige Zeit in guter Geheim halten und niemands offenbahren, sie werden dann solches durch die Kayserliche Majestät oder Uns als Römischen König sonderlich beschieden und geheißē“. — Vgl. auch BRINKMANN: 42.

⁶ Den Parteien wurden sogar die Namen der Referenten vorenthalten, um sie vor unerlaubter Beeinflussung zu bewahren. Auch sollte niemand die „Rathschläge“ der Richter erfahren (KGO. v. 1555, § 17 I 13); vgl. THUDICHUM: ZfDR. 20, 169.

¹ Vgl. Prot. I, 34 und 2, 210. ² 342. ³ 342.

⁴ Dies gilt auch von SLING: 370ff., der die Veröffentlichung des Abstimmungsverhältnisses fordert, und zwar aus Anlaß des Marschner-Prozesses. Über diesen s. oben § 19b.

⁵ IHERING: I, 403; HAAS: 64 (letzterer: Wer die ihm hinsichtlich des Hergangs der Beratung und Abstimmung eines Richterkollegiums obliegende Pflicht zur Amtsverschwiegenheit verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 3000 M., mit Haft oder mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft).

PREISER: DJZ. 12, 874, der das Amtsgeheimnis über die Grenzen des § 353a StrGB. hinaus strafrechtlich geschützt wissen will, spricht aber vom Beratungsgeheimnis nicht. Es ist zweifelhaft, ob er es mit darunter versteht.

die nur auf dem für solche Verletzungen vorgesehenen Wege zu verfolgen ist. Unter die, inzwischen wieder herausgestrichene Bestimmung des § 133 des amtlichen Entwurfs des Strafgesetzbuches wäre die Verletzung des Beratungsgeheimnisses nicht gefallen; denn § 133 wollte den Amtsträger bestrafen, der ein ihm anvertrautes oder zugängliches Geheimnis, also das eines Dritten, unbefugt offenbart. Das Beratungsgeheimnis ist aber das eigene Geheimnis des Richters, und kein Vorgesetzter und keine Partei kann ihm die Befugnis zur Offenbarung geben oder nehmen. Dies kann nur er selber, nach Maßgabe des Rechtes, dem er dient.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien, Aufsätze.

ABEGG: Beiträge zur Lehre von der Rechtsfindung durch Richter-Collegien. GA. 6, 738 (1858); 7, 1, 145 (1859). — Lehrbuch des gemeinen Kriminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Preußischen Rechts. 1833. — Der Entwurf einer Strafprozeßordnung für die Preußischen Staaten. 1852. — Der Entwurf einer Strafprozeßordnung für den Preußischen Staat vom Jahre 1865. 1865. — ALLFELD: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922. — ALSBERG: Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? Gutachten auf dem 35. Deutschen Juristentag. Verh. des 35. DJT. I, 440ff. — Anmerkung zu RG. in JW. 59, 762 (1930). — Die Urteilsbegründung des von den Schöffen überstimmten Berufsrichters. JW. 59, 2521 (1930). — ANSCHÜTZ: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 5. Aufl. 1926. — ARCHBOLDS Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases by John Jervis, 27. edition by R. E. Ross. — ASCHER: Die Schweigepflicht der Richter. DRZ. 21, 89f. (1929). — AUFSSESS, Freiherr von: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1901.

BAR, von: Zur Lehre von der Abstimmung der Richter in Strafsachen. NHannMag., N. F. IV, 401 (1863). — Recht und Beweis im Geschworenengericht. 1865. — Recht und Beweis im Civilprozeß. 1867. — Zur Lehre von der Abstimmung in Richterkollegien. KritV. 10, 438 (1868). — BAUER: Lehrbuch des Strafprozeßrechts, 2. Ausg. von MORSTADT. 1848. — BAUMBACH: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl. — BELING: Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts vom 1. Oktober 1900 bis 6. Oktober 1902. ZStW. 24, 265. — Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß. Belings Abh. 46. — Strafprozeßrecht. VON HOLTZENDORFF-KOHLERS Enzykl. — Die Lehre vom Verbrechen. 1906. — Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1891 bis 31. März 1894. ZStW. 18, 267. — BINDINGS Lehre von der Abstimmung im Strafgericht. ZStW. 37, 365. — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. ZStW. 44, 220. — Vertrauensmißbrauch durch die Presse. DJZ. 23, 460 (1918). — Zur Lehre von der ratsgerichtlichen Abstimmung. ZStW. 42, 599. — Rechtsfrage und revisionsinstanzliche Abstimmung im Strafprozeß. GA. 67, 141. — Anmerkung zu RG. in JW. 53, 1721, 2 (1924). — Anmerkung zu RG. in JW. 55, 2579, 5 (1926). — Deutsches Strafprozeßrecht, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft 17. 1928. — BENNECKE-BELING: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1900. — BERNER: Lehrbuch des Strafrechts, 16. Aufl. — BETHMANN-HOLLWEG, von: Der Civil-Proceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, 1864 bis 1874. — Der römische Civil-Proceß, 1864—1866. Der Civil-Proc. des gem. R. — Der germanisch-romanische Civil-Proceß im Mittelalter, 1868—1874.

Der Civil-Proc. des gem. R. — BEWER: Zur Unantastbarkeit der richterlichen Unabhängigkeit. DRZ. 19, 255 ff. (1927). — BIENER: Das englische Geschworenengericht. 1852. — BINDING: Die Beschlußfassung im Kollegialgericht. BINDINGS Abh. 2. — Grundriß des Strafprozeßrechts, 5. Aufl. — Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. 1887—1892. — Handbuch des Strafrechts 1. 1885. BINDINGS Syst. Handb. — BIRKMEYER: Deutsches Strafprozeßrecht. 1898. — BÖTTICHER: Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZZP. 51, 201 (1926). — BOLGIANO: Zur Lehre von der Urteilsschöpfung. ZZZP. 12, 467; 15, 389. — Über den Abstimmungsmodus im Richterkollegium nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetz. CIVA. 78, 147. — BRAND: Das Beamtenrecht, 3. Aufl. 1928. — BRAUN: Richterhaftung und Beratungsgeheimnis. JW. 46, 132. — BRINKMANN: Über die richterlichen Urteilsgründe nach ihrer Nützlichkeit und Notwendigkeit, sowie über ihre Auffindung, Entwicklung und Anordnung; nebst Bemerkungen über den richterlichen Stil und Ton. Kiel 1826. — BROMBERG: Das Rechtsmittelwesen in England und Schottland. Beitr. z. Ref. des Strafproz. 2, H. 4 (1908). — BRUNNER: Deutsche Rechtsgeschichte. BINDINGS Syst. Handb. 2, I. (1887). — BRUNNER-HEYMANN-VON SCHWERIN: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1930. — BUNSEN: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1900.

CALKER, VAN: Die Amtsverschwiegenheit im deutschen Staatsrecht. Festgabe für OTTO MAYER, S. 117 ff. 1916. — CANSTEIN, Freiherr VON: Lehrbuch des österreichischen Civilprozeßrechts. 1880. — COESTER: Das Geheimnis des Richterberatungszimmers. PrJb. 216, H. 1, 30 ff. (1929). — CONRAD: „Der Fall Marschner“ und das Reichsgericht. DJZ. 32, 653; 33, 509. — CONRADS: Das offene Votum. JW. 59, 1049 (1930).

DALCKE: Die deutsche Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. 1881. — DALLOZ: Répertoire Pratique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, tome septième. 1915. — DANIELS, VON: Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens. 1849. — DANZ: Grundsätze des gemeinen ordentlichen, bürgerlichen Prozesses, 3. Aufl. 1800. — DAUDE: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich und das Gerichtsverfassungsgesetz, 13. Aufl. 1928. — DOCHOW: Abstimmung. Artikel in VON HOLTENDORFFS Rechtslexikon. 1880. — DODD: The Problems of Appellate Courts. Amer. Law School Rev. 6, Nr 11, 681 ff., März (1930). — DOERR: Begriff und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit. RhZZP. 3, 425. — DOHNA, Graf zu: Das Strafverfahren. 1913. — Das Strafprozeßrecht. 1925. — DORGUTH: Bemerkungen über die Art der Abstimmung bei der Urteilsfindung, besonders über das Votieren hinsichtlich der Urteilsgründe. PrJW. 7, 153, 173 (1841). — D. (DORGUTH?): Über die Computation der Stimmen bei Entscheidungen im Civil-Proc. PrJurZ. 1, 608, 640, 1121 (1832). — DULTZIG, VON: Das preußische Disziplinalgesetz für die nichtrichterlichen Beamten. 1914.

ENDEMANN: Der deutsche Civil-Proceß. 1878. — Von dem alten Reichskammergericht. ZZZP. 18, 165 ff. — Entwurf einer Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat. 1864.

FACILIDES: Abstimmung über Urteil oder über Gründe. ZStW. 16, 790. — FEISENBERGER: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1926. — Festgabe für RUDOLF STAMMLER zum 70. Geburtstage am 19. Februar 1926. 1926. — FEUERBACH, Ritter von: Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. 1821. — FLEINER: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 6. u. 7. Aufl. 1922. —

FLÜGGE: Warum Geheimhaltung der Voten? LZ. 23, 587 (1929). — FONTENAY, DE: Über die Abstimmung in Richterkollegien. 1868. — FRANCKE: Über die Abstimmung der Richter und die Stimmenzählung. HannMag. 8, 63 (1858). — FRANK: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl. 1926. — Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts. — FRITZ: Aus dem amerikanischen Rechtsleben. 1930. — FUCHS: Das Hauptverfahren in erster Instanz. VON HOLTZENDORFFS Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts II. 1871. — FUCHS, ERNST: Strafrechtsscholastik und neues Strafgesetzbuch. Justiz III, 238 (1927/28). — Besprechung von GÜLLAND, Stellung und Aufgabe des Richters im Spiegel der Zeit. JW. 58, 26ff. (1929).

GARRAUD: Traité Théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale, t. III. 1912; t. IV. 1926. — Précis de Droit Criminel, 13. édition. 1921. — GELDART: Grundzüge des englischen Rechts, übersetzt von WERTH REGENDANZ. 1929. — GENGLER: Des Schwabenspiegels Landrechtsbuch, 2. Aufl. 1875. — GERLAND: Die englische Gerichtsverfassung. 1910. — Der deutsche Strafprozeß. 1927. — GEYER: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 1880. — GLASER: Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren. 1866. — Handbuch des Strafprozeßrechts. BINDINGS Handb. 1883/85. — GÖSCHEL: Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hilfsakten eines Juristen, 1. Theil. 1832. — GOLDSCHMIDT, JAMES: Die neue Zivilprozeßordnung vom 13. Mai 1924. 1924. — Der Prozeß als Rechtslage. 1925. — Anmerkung zu RG. in JW. 56, 2021 (1927). — Zivilprozeßrecht. 1929. — Der Kommentar von LÖWE-ROSENBERG. JW. 58, 2993 (1929). — GOLDTAMMER: Über die Abstimmung bei Strafurteilen. GA. 17, 180 (1869). — GRÄVELL: Praktischer Kommentar zur Allgemeinen Gerichtsordnung für die preussischen Staaten. 1825. — GRIESEBACH: Über die Abstimmung der Richter und die Stimmenzählung in Strafsachen. HannMag. 8, 270 (1858). — GRIMM, JACOB: Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausg. 1899. — GROSS, Freiherr von: Beschlußfassung und Abstimmung in den Richterkollegien. AllgDStrRZ. 7, 205 (1867). — GÜLLAND: Stellung und Aufgabe des Richters im Spiegel der Zeit. Gruch. 69, 657.

HAAS: Die Pflicht des Richters zur Amtsverschwiegenheit. Dissert., Göttingen 1912. — HABERSTUMPF: Geheime Abstimmung und Zeugnispflicht. SeuffBl. 75, 383. — Geheime Beratung und Zeugnispflicht. DRZ. 2, 485. — HAEBERLIN: Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen mit Einschließung der französischen und belgischen sowie der Gesetze über Einführung des mündlichen und öffentlichen Strafverfahrens mit Schwurgerichten. 1852. — HAENEL: Das Gesetz im formellen und im materiellen Sinne. 1888. — HAFFNER: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter. 1885. — HAGEMANN: Über die Rechte und Pflichten der Schöffen und Geschworenen. DJZ. 32, 593ff. — HAHN: Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877. 1879. — Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877. 1879. — Die gesamten Materialien zu der Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877. 1880. — HARSEIM: Richter, Disciplin derselben. Artikel in von STENGEL: Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Erg.-Bd. 2. — HARTMANN, AD.: Die amerikanischen Schwurgerichte. Schwurgerichte und Schöffengerichte 1, H. 7. 1908. — HARTMANN: Die Schweigepflicht der Richter. JW. 58, 236 (1929). — HAUCK: Gerichtsverfassungsgesetz. 1879. — HAYMANN: Die Mehrheitsentscheidung. Ihr Sinn und ihre Schranke. Festgabe für RUD. STAMMLER, S. 395. 1926. — HEFFTER: Über die juristische

Intelligenz, ihre Bedeutung und Repräsentanten in der Rechtsanwendung, insbesondere über das Kollegialgericht. CivA. 13, 93. — HELBUT: „Müssen“ und „Sollen“ in der deutschen Zivilprozeßordnung. CivA. 69, 331. — HEIMBERGER: Rechtmäßiges und rechtwidriges Handeln. Berufsrechte und verwandte Fälle. Vergleichende Darstellungen, Allg. T. IV, 1. — HEINEMANN: Die Abstimmung in Strafgerichten. ZStW. 15, 1. — Zur Lehre von der Abstimmung in den Strafgerichten. ZStW. 15, 217. — HELLMANN: Civilprozeß-Ordnung für das deutsche Reich. 1881. — Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1886. — HELLWEG (-DOCHOW): Der Reichsstrafprozeß, 4. Aufl. 1890. — HELLWIG: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1907. — System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1912. — HENKE: Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen. 1817. — HERBST: Einleitung in das österreichische Strafprozeßrecht. 1871. — HOLTZENDORFF, VON, u. KOHLER: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. — HOLTZENDORFF, VON: Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. — Rechtslexikon. 1880/81. — HOMEYER: Des Sachsenspiegels erster Theil oder das sächsische Landrecht nach der Berliner Handschrift vom Jahre 1369. 1861.

IHERING, VON: Der Zweck im Recht, 4. Aufl. 1904/05. — ISAY, HERMANN: Rechtsnorm und Entscheidung. 1929.

JERVIS s. ARCHBOLD. — JOHN: Strafprozeßordnung. 1884.

KADE: Der deutsche Richter, 2. Aufl. 1910. — KELLER: Strafprozeßordnung. 1878. — KENNY: Outlines of Criminal Law, 11. Aufl. 1926. — KERN: Besprechung von BELING. GA. 67, 141; ZStW. 41, 293. — KLEIN: Vorschlag, wie bey der Berathschlagung und Stimmensammlung der Criminalrichter zu verfahren sey. Aus PASTORETS Werke, über die peinlichen Gesetze (M. DE PASTORET, Des Loix pénales, T. II, P. IV, 149, 150. Paris 1790), Ann. 7, 333 (1791). — Über die Stimmensammlung in Spruchcollegien, besonders in Criminalsachen. Ann. 24, 94 (1806). — KLEINFELLER: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1925. — KOCH: Der Preußische Civilprozeß. 1855. — KOELLREUTER: Richter und Master. Dissert., Freiburg 1908. — KÖNIG: Über die Urteilsfindung durch Stimmenmehrheit in Zivilsachen. PrJurCentrBl. 1841, 630. — Abstimmung. Urteil. Kriminaluntersuchung. Fiskalische Untersuchung. Polizeigemäß geführte Untersuchung. PrJW. 4, 541 (1838). — KOHLRAUSCH: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl. 1921, 20. Aufl. 1925. — KRIES, VON: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892. — KROSCHEL: Die Abfassung der Urteile in Strafsachen, 9. Aufl. 1925. — KÜBEL: Geheime Beratung und Zeugnispflicht. DRZ. 2, 401 ff.

LABAND: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911—1914. — LABORDE: Cours de Droit Criminel, 2. édition. 1898. — LAMMASCH: Der Entwurf eines Strafgesetzes und einer Strafprozeßordnung für das Königreich England. AllgÖstGerZ. 30, N. F. 16, 21 ff., 149 ff. (1879). — LANG, VON: Über die Abstimmung in Kollegien. ZZP. 26, 63. — LASSBERG, Freiherr VON: Der Schwabenspiegel nach einer Handschrift vom Jahre 1287. 1840. — LAUCK: Über die öffentliche Abstimmung der Richter. Zu Rhein II, 131 (1828). — LIEBMANN: Über die Rechte und Pflichten der Schöffen und Geschworenen und ihr Verhältnis zu den Berufsrichtern. DJZ. 32, 510 ff. — LILIENTHAL, VON: Das Strafprozeßrecht. — LISZT, VON: Anmerkung zu RG. in JW. 46, 166, 15. — LÖFFLER: Über unheilbare Nichtigkeit im österreichischen Strafverfahren. 1904. — LÖWE: Der Preußische Strafprozeß. 1861. — LOEWE-ROSENBERG: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl. 1929. — LOHSING: Österreichisches Straf-

prozeßrecht, 2. Aufl. 1920. — LUCCHINI: Elementi di Procedura Penale. 1895. 1920.

McCLURE S. RUSSELL. — MANNHEIM: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren. 1925. — Anmerkung zu BayObLG. JW. 58, 1062 (1929). — MARCY: Code de Procédure Pénale du Royaume d'Italie. 1881. — MARSSON: Der 89. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. DJZ. 23, 152. — MAYER, OTTO: Deutsches Verwaltungsrecht. BINDINGS Syst. Handb. 1. 1895. — MAYER, S.: Kommentar zu der Österreichischen Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873. 1878. — MEILI: Der Zivil- und Strafprozeß des Kantons Zürich und des Bundes. 1882. — MELTZ: Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB. Rostocker wissenschaftliche Studien 2, H. 3. — MELTZING: Der deutsche Strafprozeß. 1882. — MEYER-ANSCHÜTZ: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919. — MISES, VON: Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit. 1928. — MITTERBACHER: Die Strafprozeßordnung. 1882. — MITTERMAIER: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung. 1822—1827. — Über die Grundbestimmungen einer zweckmäßigen Gerichtsverfassung und Prozeßordnung. CivA. 14, 398. — Über den neuesten Stand der Ansichten der Gesetzgebung und der Wissenschaft über den Indicienbeweis und die Vorschläge der Bedingungen, unter welchen diese Beweisart gestattet werden soll. CrimA., N. F. 1844, 274. — Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen. 1845. — Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Strafverfahren, 4. Aufl. 1846. — Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. 1851. — Über den Zustand der Strafprozeßordnung in Deutschland und Prüfung der neuesten Gesetzgebungsarbeiten mit besonderer Rücksicht auf die Fragen über den Wert gesetzlicher Beweisregeln, der Entscheidungsgründe und der Rechtsmittel. CrimA., N. F. 1854, 120. — Gesetzgebung und Rechtsübung im Strafverfahren. 1856. — MOORE: A Practical Treatise on Criminal Law, and Procedure in Criminal Cases in the State of Illinois, 2. edition. 1890. — Motive zu dem Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat. 1864. — MÜHRY: Handbuch des englischen Strafverfahrens von HENRY J. STEPHEN. 1843. — MÜLLER, WILHELM: Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Particularrechte. 1837. — MYLIUS: Corpus Constitutionum Marchicarum. 1737.

NÖLDECKE: Die civilrechtliche Haftung des Richters nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Gruch. 42, 815. — NORMAND: Traité Élémentaire de Droit Criminel. 1896.

OERTMANN: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 2./3. Aufl. 1927. — OETKER: Besprechung von BINDING: Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. GerS. 65, 431 (1905). — Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten. BINDINGS Syst. Handb. 1907. — OPPENHOFF: Die Preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen. 1860. — ORTLOFF: Beweisregeln und Entscheidungsgründe im Strafprozeß. GA. 9, 13, 370 (1861).

PETERSEN: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, 4. Aufl. 1899. — PFAFFEROTH: Preußische Beamtengesetzgebung, 5. Aufl. 1916. — PFIZER: Die civil-

rechtliche Verantwortlichkeit der Beamten („Syndikatsklage“). *CivA.* 72, 66. — Abstimmung und Revision. *ZZP.* 15, 365. — PIEPER: Das Reichsbeamten-gesetz vom 31. März 1873, 2. Aufl. 1901. — PILOTY: Bayrisches Staatsrecht. — PLANCK: Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens. 1857. — PLANCK, J. W.: Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879. — Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1887—1896. — PLATHNER: Vorstand und Mitglied eines Richterkollegiums in Collision bezüglich des Abstimmens. *Reform* 2, 281 (1845). — PREISER: Strafrechtlicher Schutz der Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit. *DJZ.* 12, 874. — Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. 1905. — PUCHELT: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1881. — PUCHTA: Beitrag zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens I. 1822. — PÜTTER: *Introductio in Rem Iudiciariam Imperii, speciatim quoque in Statum ac Praxim Amborum Supremorum Imperii Tribunalium.* 1752.

QUARITSCH: *Kompendium des deutschen Strafprozesses*, 12. Aufl. 1914.

REINDL: *Kommentar zum bayrischen Beamten-gesetz vom 16. August 1908.* 1914. — RHEINBABEN, VON: *Amt.* Artikel in VON STENGEL-FLEISCHMANN: *Wörterbuch*, 2. Aufl. 1911. — *Beamte.* Artikel ebenda 2. Aufl. 1911. — RINTELEN: *Der Civil-Prozeß.* 1891. — *Der Strafprozeß.* 1891. — ROLLAND DE VILLARGUES: *Les Codes Criminels.* 1877. — ROMEN-RISSOM: *Militärstrafergerichtsordnung.* 1918. — ROSENFELD: *Der Reichsstrafprozeß*, 4. u. 5. Aufl. 1912. — *Deutsches Strafprozeßrecht.* Sammlung Göschen. 1926. — ROSS s. ARCHBOLDS und RUSSELL. — RULF: *Der österreichische Strafprozeß.* 1888. — RUSSELL, SIR WM. OLDNALL: *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, 8. edition by R. E. ROSS & G. B. McCLURE 1923.

SACHSE: *Die Abstimmung über die Schuldfrage im Strafgericht.* *ZStW.* 49, 306. — *Die Urteilsbegründung des von den Schöffen überstimmten Berufsrichters.* *JW.* 59, 2520 (1930). — SALINGER: *Über die Wahrung des Beratungsgeheimnisses.* *ZZP.* 30, 507. — SARWEY, VON: *Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.* 1879. — SAUER: *Grundlagen des Prozeßrechts*, 2. Aufl. 1929. — SAVIGNY, VON: *System des heutigen römischen Rechts.* 1840—1849. — SCHEPERS: *Gedanken über das Abstimmen in Spruch-Kollegien.* *NPrA.* 11, 138 (1845). — SCHIFFER: *Die Deutsche Justiz.* 1928. — SCHLIEBEN, VON: *Grundlinien der Psephistik, d. h. der Kunst, bei collegialischen Beratungen die Stimmen zu sammeln und aus denselben einen Beschluß darzustellen.* *PrJW.* 3, 542 (1834). — SCHMIDT, RICHARD: *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts.* 1898. — SCHOETENSACK: *Zur Urteilssystematik des Straf- und Zivilprozesses, Rechtsgang III, 1* (1916—1922). — SCHOLLMAYER: *Der Zwischenstreit unter den Parteien.* 1880. — SCHWARZ: *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz.* 1928. — SCHWARZE: *Kommentar zur Strafprozeßordnung des Königreichs Sachsen vom 11. August 1855.* 1855. — *Die zweite Instanz im mündlichen Strafverfahren.* *GerS.* 7, 2. I, 81 (1855). — SELL: *Die Staatshaftung für richterliche Beamte.* *Dissert., Greifswald* 1919. — SERÉXHE: *Die Verletzung fremder Geheimnisse.* *Freib. Abh.* VII (1906). — SEUFFERT, HERMANN: *Schöffengerichte.* Artikel in VON STENGELS *Wörterbuch*, Erg.-Bd. 2. — *Kommentar zur Civilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.* 8. Aufl. 1910. — SILBERSCHLAG: *Über die sogenannte Abstimmung nach Gründen.* *PrAnWZ.* 4, 185 (1865). — SIREY et GILBERT: *Les Codes annotés: Code d'Instruction Criminelle.* 1903. — SLING: *Richter und Gerichtete.* — SMEND: *Das Reichskammergericht.* *ZEUMERS Quellen und Studien.* 1911. — SONNENFELS, VON:

Über die Stimmenmehrheit bey Kriminal-Urtheilen. 1801. — STAFF, VON: Zur Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit. DJZ. 34, 34 (1929). — STEIN-JONAS: Zivilprozeßordnung. 1926. — STENGEL, Freiherr VON, u. FLEISCHMANN: Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Erg.-Bd. 2. 1893. — Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1911—1914. — STENGLEIN: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Aufl. 1889. — Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1889. — STEPHEN S. MÜHRV. — STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: A Digest of the Law of Evidence, 4. edition. 1881. — STOBBE: Rede beim Antritt des Rectorats der Universität Leipzig am 31. October 1878. — STÖLZEL: Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 1872. — Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung. 1901—1910. — STOPPATO: Commento al Codice di Procedura Penale. 1923. — STRUCKMANN u. KOCH: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1910. — STÜBEL: Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten mit besonderer Rücksicht auf das Königreich Sachsen. 1811. — SYDOW-BUSCH-KRANTZ: Gerichtsverfassungsgesetz. 1925. — Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1926.

TECKLENBURG: Die parlamentarische Beschlußfassung. JbÖffR. 7, 75 (1914). — THILO: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1878. — THUDICHUM: Das vormalige Reichskammergericht und seine Schicksale. Z. f. d. R. u. d. Rwiss. 20, 148 (1861). — TRIEPEL: Quellensammlungen zum Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht. 1902—1907.

UEBEL: Kommentar der Civil-Proceß-Ordnung für das Deutsche Reich. 1878. — ULLMANN: Der österreichische Strafprozeß. 1879. — Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.

VARGHA: Das Strafprozeßrecht. 1885. — Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. — VOITUS: Strafprozeßordnung. — Kontroversen betreffend die StrPO und das GVG. 1881—1883.

WACH: Handbuch des Zivilprozeßrechts. 1885. — Das Recht der Zeugnisverweigerung. GerS. 66, 26. — WALDECK: Beiträge zur Beantwortung der Frage: Ob über den Tenor oder die Gründe eines Urtheils abzustimmen? NPrA. 7, 427 (1841). — WALTHER: Über die Gründe zur Thatfrage-Entscheidung. CrimA., N. F. 1857, 239. — Lehrbuch des bayrischen Strafprozeßrechts. 1859. — WEISL: Glossatorium zur Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873. 1886. — WEISMANN: Lehrbuch des deutschen Zivil-Prozeßrechts. 1903—1905. — WENGER: Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, 1925. — WETZELL: System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl. 1878. — WIARDA: Über die Abstimmung der Richter und die Stimmenzählung. HannMag. 8, 175 (1858). — WIERUSZOWSKI: HERMANN ISAY, Rechtsnorm und Entscheidung. JW. 59, 44. — WIGAND: Auch ein Wort über Öffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens. 1828. — WILMOWSKY, VON, u. LEVY: Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, 7. Aufl. 1895. — WILSON: The Criminal Code of Ohio, 3. edition. 1890. — WITTERN: Abstimmung in Strafkammern und Fragestellung in Schwurgerichten in den Fällen des § 46 Nr. 1 und 2 StGB. Dissert., Erlangen 1899. — WÜRTH: Der österreichische Strafprozeß. 1851. — WÜRZBURG: Der Begriff des Gesetzes im Sinne der Reichsverfassung. Dissert., Breslau 1928.

ZACHARIÄ: Grundlinien des gemeinen deutschen Criminal-Processes. 1837. — Handbuch des deutschen Strafprozesses. 1868. — ZACKE: Über Beschlußfassung in Versammlungen und Kollegien, insbesondere über die Abstimmung in Richterkollegien. 1867. — ZEILER: Ein neuer Lösungs-

versuch zur Frage der Abstimmung im Strafgericht. ZStW. 41, 528. — ZEUMER: Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des Deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit. 1906ff. — Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, 2. Aufl. 1913. TRIEPEL: Quellensammlungen.

II. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

- Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
 The American Law School Review.
 Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten (KLEIN) (Ann.).
 Archiv des Kriminalrechts (KrimA.).
 Archiv für die civilistische Praxis (CivA.).
 Archiv für öffentliches Recht (ArchöffR.).
 Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (GOLTDAMMER) (GA.).
 Beiträge zur Gesetzgebung und practischen Jurisprudenz mit besonderer Rücksicht auf Bayern (Freiherr von ZU-RHEIN).
 Beiträge zur Reform des Strafprozeßrechts.
 Centralblatt für Preußische Juristen (RAUER) (PrJurCentrBl.).
 Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
 Deutsche Richter-Zeitung (DRZ.).
 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).
 Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
 Der Gerichtssaal (GerS.).
 Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruch.).
 Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart.
 Juristische Wochenschrift (JW.).
 Juristische Wochenschrift für die Preußischen Staaten (HINSCHIUS) (PrJW.).
 Juristische Zeitung für die Königlich Preußischen Staaten (PrJurZ.).
 Die Justiz (Just.).
 Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV.).
 Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).
 Magazin für hannoversches Recht (HannMag.).
 Neues Archiv für Preußisches Recht und Verfahren sowie für deutsches Privatrecht (NPrA.).
 Neues Magazin für hannoversches Recht (NHannMag.).
 Preußische Anwaltszeitung (PrAnwZ.).
 Preußische Jahrbücher (PrJb.).
 Der Rechtsgang.
 Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (RGRspr.).
 Die Reform (Reform).
 Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Zivilprozeßrecht (RhZZP.).
 Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (SeuffBl.).
 Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (ZZP.).
 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW.).
 Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft.