

Fünftes Hauptstück.

Die Rechtsprechung.

23. Abschnitt.

a) Justiz und Verwaltung.

Von

Hochschulprofessor Dr. Fritz Stier-Somlo, Cöln.

Literatur:

O. v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht 1887 S. 14 ff. — Anschütz, Justiz und Verwaltung, Systematische Rechtswissenschaft von Stammler, Sohm u. a. (Kultur der Gegenwart Teil II Abt. VIII) 1906 S. 336—386. — Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung 1908; v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910, dazu W. Jellinek, Arch. f. öff. R., Bd. 27 S. 462. — Stier-Somlo, Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum 1911. — Oertmann, Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden 1912. — Friedrich Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung 1912. — Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung 1912.

I. Begriff der Gesetzgebung, Justiz, Verwaltung. — Teilung der Gewalten. — Gegenseitige Bedingtheit. Die Grundfragen des gegenseitigen Verhältnisses und der notwendigen Abgrenzung von Justiz und Verwaltung gehen auf den Lebenskern moderner konstitutioneller Staatsgestaltung zurück. Zwar hat schon Locke für die von uns als einheitlich und einzigartig anzuerkennende Staatsgewalt Einteilungsmaßstäbe gewinnen wollen, indem er die gesetzgebende, rechtsprechende und föderative Funktion unterschied. Aber erst durch Montesquieu ist die Unverlierbarkeit der Idee von der Trennung der Gewalten gesichert und auch die Erkenntnis ihrer besonderen organisatorischen und funktionellen Bedeutung in das Bewusstsein der politisch Denkenden eingedrungen. Gesetzgebung oder Legislative besteht in dem Erlassen von Rechtsnormen durch die verfassungsmässigen Organe der Staatsgewalt. Sie sind allgemein und abstrakt, d. h. für alle, die es angeht, gleichmässig anzuwenden. Die Justiz im Sinne von Rechtsprechung besteht in der Handhabung der von der Gesetzgebung dargebotenen Rechtssätze und anderen Vorschriften. Justiz im Sinne der Aufrechterhaltung unserer Rechtsordnung, d. h. der Ahndung der Rechtsverletzung und Gewährung des Rechtsschutzes durch Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte ist darüber hinaus ein weiterer, mit dem ersten nicht zu verwechselnder Begriff. Verwaltung ist die Tätigkeit des Staates, die sich in der zweckmässigen Anordnung der für das Gemeinwohl erforderlichen Massnahmen, in der Sorge für die Volks- und Staatsinteressen ausserhalb der Gesetzgebung und Justiz erschöpft. Sie regelt im wesentlichen konkrete und individuelle Angelegenheiten im Gegensatz zur Gesetzgebung, die das Recht allgemein und ohne Ansehen des besonderen Falles setzt. Die Abscheidung der Verwaltung

von Gesetzgebung und Justiz erfolgt aber auch, wie klar ersichtlich, nach einem rein äusserlichen Momente, nämlich der Nichtzugehörigkeit zu diesen beiden letzteren Staatsfunktionen. Damit ist ein Element der Unsicherheit gegeben, das erst die Beziehung zwischen Verwaltung und Justiz zu einem geistigen Problem gestaltet. Denn würde eine reinliche Grenzscheidung zwischen ihnen und allen rechtlichen und staatspolitischen Verhältnissen vorhanden und durchführbar sein, so wäre eine Einteilungsart der Staatstätigkeiten gewonnen, die systematische und technische Bedeutung besässe, nicht aber bis zu den letzten Tiefen staatsrechtlicher Lebensgestaltung hinabreichte.

Dass dem so ist, zeigt die Bedeutung der Zuweisung der staatlichen Funktionen an verschiedene Organe. Nach der französischen Theorie des 18. Jahrhunderts (Montesquieu, Rousseau) dürfen jene drei Funktionen nicht in der Hand eines einzelnen Menschen, insbesondere des Monarchen sein, da hierdurch naturnotwendig die Tyrannei begründet würde. Wer neben der Verwaltung die Rechtspflege und die Gesetzgebung in seiner Person vereinigt, vermag das Recht in dem einzelnen Anwendungsfalle nach seinem Willen zu beugen, dies sogar noch mit einem Schein der Gerechtigkeit, da eine Berufung auf das Gesetz erfolgt, freilich auf ein solches, dass er stets umändern und aufheben kann. So sollen denn die Funktionen der Staatsgewalt nach der konstitutionellen Theorie geteilt sein: die Gesetzgebung soll dem Volke zustehen, die Gerichtsbarkeit unabhängigen Gerichten, lediglich die Verwaltung bleibt in der Hand des Monarchen oder obersten Staatsoberhaupts. Durchgeführt ist aber in den modernen Kulturstaaten nur das Zweite, die Unabhängigkeit der Gerichte. Dagegen steht die Gesetzgebung nicht allein dem Volke zu, wird vielmehr am häufigsten ausgeübt durch das Parlament im Zusammenwirken mit einem anderen Staatsorgan, insbesondere dem Monarchen. Die Verwaltung ist zwar nominell bei dem Staatsoberhaupt verblieben, doch hat seine Machtbefugnis eine erhebliche Einschränkung dadurch erfahren, dass die Verwaltungsakte unter der Verantwortlichkeit der Minister vorgenommen werden und dass die Freiheit der monarchischen Verwaltungstätigkeit erheblich begrenzt erscheint durch die Organisationsgesetze und spezielle Verwaltungsnormen. Denn jene lassen ein Abweichen von ihren Vorschriften nicht zu, diese legen der monarchischen Gewalt positive Schranken auf. Auch zeigt sich, dass die Idee der Trennung der Gewalten zwar verbunden erschien mit der ihrer Unabhängigkeit und Gleichwertigkeit, dass aber hier grundlegende Irrtümer vorliegen.

Denn Verwaltung und Justiz sind der Gesetzgebung nicht gleichgestellt, ihr vielmehr untergeordnet. Zwar kann und muss die Justiz die Einwirkung einer anderen Gewalt von sich abwehren, und es sind für sie grundsätzlich nur Rechtsnormen massgebend, aber diese stammen in der Hauptsache aus der Gesetzgebung — ein Teil kann allerdings auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnommen werden. Für die Verwaltung sind sowohl Rechtsgrundsätze wie Zweckmässigkeitsrücksichten massgebend. Hier klingt die Lehre vom Rechtsstaat an (siehe unten II). Es hält aber auch die Auffassung von der Selbständigkeit und Unbeeinflussbarkeit der Gewalten kritischer Prüfung nicht stand. Die schroff durchgeführte Teilung der Gewalten müsste die Einheit des Staates vernichten, da sie einzelne Ausflüsse der einheitlichen Staatsgewalt zu selbständigen und unabhängigen Mächten erhöhe. Unausbleiblich wäre, dass die Gewalten gegeneinander arbeiteten, sich rieben und zerrieben und somit anarchische Zustände herbeiführen würden. So müssen denn die Funktionen vielfach ineinandergreifen und sich gegenseitig ergänzen. Vom politischen Standpunkte gesehen ist sogar die Gesetzgebung von der Rechtsprechung nicht unabhängig. Denn sie muss in den Ergebnissen der Rechtsprechung vielfach einen Prüfstein für die Richtigkeit und Zweckmässigkeit der Normen sehen. In Wirklichkeit haben die Veränderungen der Gesetze häufig ihren Ursprung in der Lage, die durch die Judikatur geschaffen worden ist, wenn diese, die letzte Folgerung aus den gegebenen Rechtsnormen ziehend, die Fehler des Gesetzes aufdeckt oder seine Unzulänglichkeit, Überlebensfähigkeit, Einseitigkeit usw. dartut. Dass Rechtsprechung und Verwaltung sich von der Gesetzgebung nicht unabhängig fühlen können, liegt in dem Wesen dieser, die für die Wirksamkeit der beiden anderen Staatsfunktionen im Rechtsstaat die massgebende Grundlage, freilich in einem besonderen Sinne (vergl. unten II), abzugeben hat. Aber noch in dem besonderen Verstande ist die Verwaltung von der Gesetzgebung untrennbar, der hinweist auf die Formel der „gesetzmässigen Verwaltung“, von der alsbald die Rede sein wird. Die Notwendigkeit einer Beachtung der Judikatur für die praktische Verwaltung leuchtet ebenfalls ohne weiteres

ein. Wenn und insoweit diese einer gerichtlichen Nachprüfung unterworfen ist, dann muss sie die ergebenden richterlichen Sprüche für sich gelten lassen. Dies zwar zunächst nur in dem konkreten Streitfall; aber die Wirkung der, insbesondere oberstrichterlichen, Rechtssprüche geht darüber hinaus. Eine Verwaltung, die mit den ständig festgehaltenen Rechtsgrundsätzen der höchsten Verwaltungsgerichtshöfe in Widerspruch steht, ist auf die Dauer unmöglich.

II. Die Aufgaben der Justiz und Verwaltung. Die Aufgabe der Justiz in materiellem Sinne (die im formellen Sinne ist die der ordentlichen Gerichte schlechthin, umfasst also u. a. auch die freiwillige Gerichtsbarkeit) besteht nach der herrschenden Auffassung darin, mittels des Rechtsspruches die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, Recht und Gerechtigkeit durch strenge Bindung an Rechtssätze zu verwirklichen. Ihr Mittel ist, aus festgestellten tatsächlichen Verhältnissen auf der Grundlage des Rechts eine logische Folgerung zu ziehen. Dagegen hat, immer nach der überwiegenden Meinung, die Verwaltung Staatsaufgaben nach Massgabe der gegebenen Verhältnisse durchzuführen, eine praktische Tätigkeit in Verfolgung der Kulturzwecke auszuüben, nach Zweckmässigkeit, Staatsnotwendigkeit, Angemessenheit, wohl nicht ausserhalb der Rechtsordnung, aber doch nur derart, dass diese lediglich „Mittel zum Zweck“ wird. Wo objektives Recht fehlt, tritt ein mehr oder minder freies Ermessen in die Lücke ein.

Diese Grundvorstellungen lassen sich in ihrer einseitigen Formulierung nicht mehr halten. Denn auf der einen Seite strebt die Justiz zu immer grösseren Freiheiten, die sich in der Richtung des freien Ermessens bewegen, auf der anderen Seite tritt eine immer stärkere Bindung der Verwaltung durch das Gesetz im Sinne jeder Rechtsnorm ein, wiewohl allerdings auch hier für das Walten ohne engste Rechtsbindung reichlich Gelegenheit bleibt. In jener ersten Beziehung mag hier nur generell auf die sogenannte freie Rechtsschule verwiesen werden. Mag man ihre Tendenzen und Ziele, die sich übrigens weidlich abschatten, als zu weitgehend, als bedenklich oder gefährlich ansehen: jedenfalls bringt sie den alten und immer wieder neuen Gesichtspunkt zum scharfen Ausdruck, dass die Justiz sich in der schablonenhaften Anwendung des gegebenen Rechts schon deshalb nicht voll auswirken kann, weil dieses auf die vielen neu auftauchenden Lebensverhältnisse nicht anwendbar ist oder stark lückenhaft erscheint. Somit tritt der Gedanke der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters in den Vordergrund. Die Zulässigkeit des richterlichen freien Ermessens zeigen sogar Bestimmungen des positiven Rechts. Ein Hinweis auf das BGB. wird genügen, wo z. B. die Entscheidung abgestellt wird auf die „Umstände des Falles“ (§§ 151, 328, 612, 638), die „Würdigung des Falles“ (§ 119), auf „Treu und Glauben“ (§§ 157, 242). Hingewiesen sei noch auf die Verkehrsitte (§ 151 Abs. 2, 157, 242), auf die vorsätzliche gegen die guten Sitten verstossende Schadenszufügung und das Schikaneverbot (§§ 826, 226). Von der „Angemessenheit“ ist 45 mal in dem Gesetzbuch die Rede. Das freie Ermessen kann aber dem Richter ferner nicht versagt werden, wenn er im Gesetz eine Reihe von Bestimmungen vorfindet, denen er den konkreten Inhalt nach Lage der Umstände bei der Rechtsanwendung geben will, sodann wenn Zweifel darüber entsteht, welche Normen der Rechtsordnung anzuwenden sind. Nicht minder hat sein Ermessen platzzugreifen hinsichtlich der Konkretisierung der Rechtsfolge. Somit ist also das nach der herrschenden Lehre der Justiz eigentümliche Moment der strengen Bindung an die Rechtssätze durchbrochen, wenn hier der Gegensatz zur Verwaltung herausgestellt werden soll. Diese Bindung liegt allerdings vor, aber sie ist eingeschlossen in dem von mir als *Rechtgemässheit* bezeichneten Erfordernis (vergl. meine Abhandlung: „Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung“. Festschrift für Laband Bd. II S. 445—514). Eine diesem gemässe Entscheidung erfüllt die Aufgabe der Justiz. Der Gedanke einer „gerechten“ Entscheidung schliesst dagegen eine Fülle subjektiver Momente ein, die zur objektiven Erfüllung dieser Staatsfunktion nicht ausreichen können. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist eine unantastbare Regel; jede aus „sozialem Gefühl“, „Rechtsgefühl“ usw. entnommene Entscheidung ist eine aus dem Gemüt und nicht aus dem Recht geschöpfte. Aber wo das Gesetz versagt, tritt das freie Ermessen bei der rechtsprechenden Tätigkeit in Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtssachen in sein Recht. Es ist aber jedesmal nur ein Mittel zur Herstellung einer rechtmässigen Entscheidung, niemals eine Handhabe, den Richter über den Gesetzgeber zu stellen, neue Rechtsnormen zu schaffen, die nicht in der Richtung der bisherigen, bereits festgelegten liegen. Der Richter darf nicht Gesetzgebungspolitik treiben, er darf nicht über dem Gesetzgeber stehen. Sind die Gesetze unzweckmässig oder schädlich, so müssen



sie abgeändert oder beseitigt werden. So lange sie aber bestehen, muss sie der Richter anwenden, er darf nicht neues Recht gegenüber dem bestehenden setzen. Darüber, welche Mittel geeignet sind, zur Erfüllung des Erfordernisses der Rechtsgemässheit beizutragen, kann hier nicht gehandelt werden. Eines der wichtigsten ist aber die Erkenntnis der Grundlinien und Grundgedanken, die das gesamte Rechtssystem beherrschen, und die auch richtunggebend sind für die Entscheidung in den Fällen, in denen das Gesetz dem Wortlaute nach scheinbar versagt. Ein bemerkenswerter gesetzgeberischer Versuch, das Problem zu lösen, ist der des Schweizer Zivilgesetzbuchs, das mit dem Jahre 1912 in Kraft trat und in Art. 1 bestimmt: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

Erweist sich solcher Art das übliche materielle Entscheidungsmerkmal der Verwaltung nicht mehr für diese allein kennzeichnend, da das freie Ermessen, die „Zweckmässigkeit“, „Angemessenheit“ auch den richterlichen Handlungen nicht zu fehlen braucht, so ist umgekehrt die rechtliche Bindung der Verwaltung in zahlreichen Beziehungen — nicht, wie man meint, in allen — wohl durchgeführt. Es handelt sich hier um das berühmte Erfordernis der „gesetzmässigen Verwaltung“. Hierbei ist ein Verweilen erforderlich.

Einen in der Wissenschaft allgemein anerkannten Begriff des Rechtsstaats haben wir nicht. Man hält sich mit Recht an die historische Entwicklung einer Anzahl grundlegender Errungenschaften des modernen Staatswesens, denkt an die Unabhängigkeit der Gerichte, an die Selbstverwaltung, an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, unterscheidet im übrigen drei Stufen der rechtsstaatlichen Entwicklung. Die erste ist als Gegenpol der absolutistischen Staatsauffassung zu begreifen. Es handelt sich um die Reaktion gegen die bevormundende Staatsallmacht und die Rechtsauffassung vom Staate. Das ist die, wenigstens in Deutschland, ursprünglichste und allgemeinste Formel, die für den „Rechtsstaat“ ersonnen wurde (Pufendorf, Kant, Wilh. von Humboldt). Die Beschränkung des Staates lediglich auf die Rechtspflege, die Bestimmung seines Charakters als eines Rechtsschutzvereins und seine Kennzeichnung, dass das Verhältnis der öffentlichen Gewalt zum einzelnen durch das Recht geordnet sein müsse, darf als das Stich-Merkmal angesehen werden. Als die zweite Stufe des Rechtsstaats stellt sich der „konstitutionelle“ Staat dar, d. h. derjenige, in dem die Bildung des Staatswillens in Übereinstimmung des Monarchen mit den gesetzgebenden Körperschaften vor sich geht. So findet sich der Ausdruck „Rechts- und Verwaltungsstaat“ (Stahl, Rob. von Mohl). Auf der dritten Entwicklungsstufe spricht man von dem „modernen Rechtsstaate“, in dem die ganze Verwaltung unter dem Gesetze steht, an dieses gebunden ist. Dieser Grundsatz bedeutet eine erhebliche Einschränkung des freien Ermessens. Niemals darf, das ist der Sinn der „gesetzmässigen Verwaltung“, das freie Ermessen in Willkür ausarten, es muss stets rechtmässig sein, d. h. entweder durch Gesetz im Sinne einer jeden Rechtsnorm ausdrücklich zugelassen oder aber durch eine Rechtsnorm nicht gehindert sein, im übrigen aber dem Wesen der Verwaltung gemäss erlaubt erscheinen. Freilich wird man allgemein einsehen müssen — wovon wir noch weit entfernt sind —, dass dieser formale Begriff der „gesetzmässigen Verwaltung“ nicht ausreicht. Erstens schaltet man, indem man auf die Garantie der Gesetzsmässigkeit das alleinige Gewicht legt, diejenigen Errungenschaften des modernen Staates aus der Begriffsbestimmung aus, ohne die doch der moderne Rechtsstaat nicht denkbar ist, wie die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, den Konstitutionalismus, die Selbstverwaltung. Zweitens ist die Idee der „Gesetzsmässigkeit der Verwaltung“ viel zu unbestimmt, weil sie die Frage offen lässt, was „Gesetzsmässigkeit“ ist: die Verwaltung auf Grund eines formellen Gesetzes, einer allgemeinen Ermächtigung, eines aus dem Wesen der Verwaltung überhaupt folgenden Grundsatzes? Ist es nur das Erstere, dann würde man der Verwaltung schlechterdings unerfüllbare Aufgaben stellen, die mit einer solchen engen Bindung nicht auszukommen vermöchte. Ist es aber auch gesetzmässig, auf Grund einer Ermächtigung oder eines allgemeinen Grundsatzes zu handeln, dann ist der Rahmen der „Gesetzsmässigkeit“ soweit gezogen, dass die strenge Formel sich verflüchtigt. Gleichwohl habe ich keinen Zweifel, dass unsere moderne Verwaltung nur auf dieser letzteren breiten Grundlage beruhen kann, dass sie also auch gesetzmässig bleibt, wenn sie sich auf eine allgemeine

Ermächtigung oder auf einen Grundsatz stützt, der aus dem Wesen der Verwaltung überhaupt folgt. Denn tatsächlich ist die politische Rechtsstaatsidee heutzutage nur insoweit verwirklicht, als dies durch positives Recht geschehen und so belegen ist. Die Verwaltung ist im übrigen so frei wie aus ihrem Begriffe und dem Polizeibegriffe folgt, wenn auch natürlich mit den Einschränkungen, dass anstelle der Willkür ein mindestens pflichtmässiges Ermessen treten muss und dass eine Einschränkung der freien Initiative in dem Masse besteht, als sie in Konsequenz des politischen Gedankens der Rechtsstaatsidee auch rechtlich ausdrücklich vorgesehen worden ist. (Vergl. meine Abhandlung: „Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum“. Eine kritische Auseinandersetzung und eine neue Lehre. 1911 S. 37—47). Nicht zuletzt spricht gegen die Gleichsetzung von Rechtsstaat mit einem Staate der gesetzmässigen Verwaltung, dass der Begriff nur als ein formeller, nicht als ein materieller aufgerichtet ist. Wenn der Zweck der ganzen Rechtsstaatsidee die grösstmögliche Sicherung der individuellen Sphäre gegenüber dem Staate, besonders gegenüber seinen Beamten, ist, so bietet ein nur formeller Begriff diese Garantie nicht in ausreichendem Masse. Denn diese rechtliche Grundlage eines „Gesetzes“ kann so ausserordentlich lax sein, dass alles weniger als ein Rechtsstaat dabei in die Erscheinung tritt. Das zeigt uns z. B. der § 6 i des preussischen Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, wonach zu den Gegenständen der polizeilichen Befugnis nicht nur gehört die grosse Summe derjenigen Angelegenheiten, die daselbst unter a bis h aufgezählt sind, sondern „alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muss“. Dieses „Gesetz“ würde schliesslich jede willkürliche Verwaltung zulassen, wenn nicht durch das preussische OVG. eine einengende Auslegung sich durchgesetzt hätte.

Betrachtet man, von diesen Ideengängen bestimmt, das materielle Abscheidungsmerkmal der Verwaltung gegenüber der Justiz, so wird man es nicht mehr in der Herrschaft des Gedankens von der Zweckmässigkeit, Staatsnotwendigkeit usw. allein und das justizielle Moment der Rechtsbildung bis zu weitgehendem Masse auch hier finden. Freilich nicht in einem ausschliesslichen Sinne, weil eben die Rechtsstaatsidee als politisches Prinzip noch nicht überall sich in Rechtsformen umgesetzt hat. Hierdurch löst sich auch der Widerspruch, der darin liegt, dass einerseits die Verwaltung im modernen Rechtsstaat unter der Rechtsordnung, also unter dem Gesetze steht, andererseits von dem Grundsatz des freien Ermessens im Gegensatz zur Justiz beherrscht sein soll. Nur wo das Gesetz nicht nur Mittel zum Zweck, sondern Schranke der Verwaltung ist, erscheint der Rechtsstaat in jenem Sinne durchgeführt; wo dies nicht der Fall ist, waltet zwar nicht Gesetzlosigkeit, es sind aber die Schranken des Ermessens weit hinausgezogen. Der Spielraum der Verwaltungstätigkeit ist ein grosser, für die meisten Fälle sind nur allgemeine Rechtsgrundsätze gegeben. Das materielle Unterscheidungsmerkmal zwischen Justiz und Verwaltung besteht lediglich in der Verschiedenheit des freien Ermessens, seines Rechtsgrundes, seiner Funktion, seines Endzieles. Das freie Ermessen ist bei der Rechtsprechung immer nur Ausnahme, dagegen bei der Verwaltung immanentes Prinzip. Die Lösung jenes Widerspruches liegt also darin, dass innerhalb der Rechtsschranken die Betätigungsmöglichkeit für die Verwaltung gross ist, und dass in sehr zahlreichen Fällen für sie nur allgemeine Rechtsgrundsätze bestehen, die die Grundlage der „Gesetz-mässigkeit“ abgeben müssen.

III. Positivrechtliche Abscheidung der Lebenskreise von Rechtsprechung und Verwaltung. Besteht das materielle Merkmal für Rechtsprechung und Verwaltung in nicht mehr und nicht weniger als in der Art und der Bedeutung des freien Ermessens, so hat das formelle Merkmal praktisch um so grössere Bedeutung, soweit nämlich durch die jeweilige staatliche Gesetzgebung rein äusserlich gewisse Angelegenheiten der Justiz, andere der Verwaltung anheim gegeben sind. So sehr es sich hier auch um allgemeine Grundsätze handeln mag, die für alle Staaten mit annähernder Richtigkeit Bedeutung beanspruchen können, so ist doch nur die Beschränkung auf einen einzigen Staat geeignet, hier einen klaren Einblick zu gewähren. So ist die Beschränkung auf das preussisch-deutsche Recht zulässig und geboten. Die Trennung von Justiz und Verwaltung bedeutet hier die Beseitigung des Landesfürsten als ausübende Macht auf dem Gebiete der Justiz. Nicht mehr in seinem Kabinett werden die Prozesse erledigt, sondern durch unabhängige Gerichte. Nur in der Trägerschaft der Staatsgewalt durch den Landesherrn dokumentiert sich auch seine Befugnis, der Idee nach Inhaber der richterlichen Gewalt

zu sein. In seinem Namen wird daher Recht gesprochen. Schon seit 1749 findet bekanntlich diese Trennung von Justiz und Verwaltung in Preussen statt. Im Reiche haben die Gerichte ein historisch begreifliches Übergewicht über die Verwaltung durch die Bestimmung des Gerichtsverfassungsgesetzes § 17 Abs. 1 erlangt, wonach sie über die Zulässigkeit des Rechtsweges entscheiden. So hat die Verwaltung nicht mehr die Macht, eine Angelegenheit in ihre Kompetenz zu ziehen, wenn die Gerichte sie für sich in Anspruch genommen haben. Umgekehrt aber ist das Gericht nicht gebunden an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, welche ihre eigene Zuständigkeit ausgesprochen hat. Das EG. zum Gerichtsverfassungsgesetz § 4 sieht aber die Möglichkeit vor, dass der Justiz auch Geschäfte der Justizverwaltung übertragen werden. Somit ist hier Justiz und Verwaltung schon miteinander vermengt worden. Auch haben die Gerichte, besonders auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Verwaltungsgeschäfte zu besorgen.

Umgekehrt sind die ordentlichen Gerichte nicht in allen Fällen zur Rechtsprechung berufen; denn nach § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen nur insofern vor die ordentlichen Gerichte, als für sie nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder von Verwaltungsgerichten begründet ist. Auch die Verwaltungsnormen des Strafgesetzbuchs in dem Abschnitte über die Übertretungen bilden hier ein wichtiges Beispiel.

Sodann ist aber dadurch, dass über Vorfragen die Zivilgerichte auch dann entscheiden können, wenn es sich um verwaltungsrechtliche Dinge handelt, eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes von der Scheidung der Justiz und Verwaltung vorgesehen. Nicht minder ist auch den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten die Möglichkeit gegeben, Vorfragen zivilrechtlicher Art zu entscheiden und somit eine Funktion auszuüben, die der Justiz im engeren Sinne zukommt. Die positiven und die negativen Kompetenzkonflikte und die zu ihrer Entscheidung bestehenden besonderen Gerichtshöfe zeigen an einem der wichtigsten Punkte an, dass hier die materielle Scheidungslinie zwischen Justiz und Verwaltung in keiner Weise geachtet wird. Die Bedürfnisse des staatlichen Lebens haben daher vielfach zu einer positivrechtlichen Regelung geführt, die der konstitutionellen Theorie von der Scheidung der Gewalten zu spotten scheint. Immerhin wird man als das Lebenselement der Verwaltung die Besorgung von Verwaltungsgeschäften und nicht die rechtsprechende Tätigkeit ansehen müssen, dagegen diese als die angeborene Aufgabe der Justiz erkennen. Somit sind die grossen Zusammenhänge und Gegensätze zwischen Justiz und Verwaltung nicht durch scharf abtrennende Linien, sondern im Bilde durch Fäden zu kennzeichnen, die von dem einen Teil zu dem anderen, von einem Gewebe in das andere herüber- und hinüberschiessen. Damit sind sie ein Spiegelbild der grossen innerlichen Schwierigkeiten und Verwicklungen, die das öffentlichrechtliche Leben unserer Zeit darbietet. Die gradlinigen, mit romanischem Formensinn und durchsichtiger Klarheit geschaffenen Grenzregulierungen erweisen sich je länger je mehr nur als Wegweiser und keineswegs immer in der Richtung, in der die grossen Namen des Montesquieu und Rousseau stehen.

b) Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Von

Geh. Justizrat Dr. Gerhard Anschütz,

o. Professor des öffentl. Rechts an der Universität Berlin.

Literatur:

Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht 655 ff. — Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht 1. Aufl. 66 ff. — Joening, Deutsches Verwaltungsrecht 771 ff. — Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1 161 ff. — Sarwey, Das öffentl. Recht u. die Verwaltungsrechtspflege (1880). — E. v. Meier, Verwaltungsrecht in v. Holtzendorf-Kohlers Enzykl. der Rechtswissenschaft (6. Aufl.) 2 729 ff. — Anschütz, Justiz u.

Verwaltung in der Kultur der Gegenwart, Syst. Rechtswissenschaft 2. Aufl. 382 ff. — Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 3. Aufl. 227 ff. — Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsarchiv 2 74 ff. — v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit u. die öffentl. Rechte, Verwaltungsarchiv 3 177 ff. — Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grünhuths Zeitschr. f. Privat- u. öff. Recht 22 353 ff. — Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Verwaltungsarchiv 8 220 ff., 475 ff., 9 159 ff., 515 ff. — Loening, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Hartmanns Zeitschrift 5 337 ff., 6 12 ff., 81 ff., 308 ff. — O. Mayer, Theorie des franzos. Verwaltungsrechts (1886). — Laferrière, Traité de la justice administrative (1896). — Daresté, la justice administrative en France (2 éd., 1902). G. Jéze im Jahrbuch des öffentl. Rechts 5 628 ff.

I. Begriffliches und Terminologisches. — Das Wort VG passt auf jede Gerichtsbarkeit, d. h. streitentscheidende Staatstätigkeit, wobei die Verwaltung entweder als Objekt bzw. Partei oder als Subjekt erscheint. VG im ersteren (objektiven) Sinne ist alle Jurisdiktion in Verwaltungssachen, insbes. jede Entscheidung von Streitigkeiten zwischen der Verwaltung und den einzelnen über die beiderseitigen Rechte und Pflichten, einerlei, wer diese Jurisdiktion handhabt, also jede, gleichviel von wem, über die Verwaltung ausgeübte Gerichtsbarkeit, z. B. die Kognition des Zivilrichters über die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde, über den von der vorgesetzten Dienstbehörde abgelehnten Besoldungsanspruch eines Beamten, die Entscheidung des Strafrichters über die Gültigkeit einer Polizeiverordnung, über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung eines Beamten, dem Widerstand geleistet worden ist (Str.G.B. § 113). In dem andern (subjektiven) Sinn bedeutet VG soviel wie Gerichtsbarkeit der (d. h. durch die) Verwaltung, wobei es nicht auf die Art des Streitgegenstandes, sondern nur auf das Subjekt der Jurisdiktion, welches stets ein Verwaltungsorgan sein muss, ankommt. VG in dieser Wortbedeutung wäre die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde über eine gegen die Amtstätigkeit der ihr untergeordneten Behörde eingelegten Beschwerde, aber auch z. B. die den Polizei- und Finanzbehörden zustehende Strafrechtspflege (Str.P.O. §§ 453 ff.).

Der an die positivrechtliche Gestaltung der Dinge sich anschliessende technische Sprachgebrauch akzeptiert jedoch weder die eine noch die andere Begriffsbestimmung. Er lehnt es ab, alle Fälle, wo über die Verwaltung und ihre Tätigkeit judiziert wird, ohne Unterschied des judizierenden Organs, z. B. auch dann, wenn letzteres der Zivilrichter ist, als VG zu bezeichnen und lässt diese Bezeichnung nur für solche Einrichtungen zu, welche eine Jurisdiktion durch die Verwaltung zeigen. Er schliesst sich also an den zweiten, subjektiven, Wortsinn an, ist jedoch enger als dieser. VG im sprachgebräuchlichen Sinne ist die von Organen der Verwaltung ausgeübte Gerichtsbarkeit, diese jedoch nur, sofern die betreffenden Organe den Zwecken dieser, materiell nicht administrativen, sondern richterlichen Tätigkeit entsprechend eingerichtet, d. h. nach Organisation, Rechtsstellung, Verfahren den ordentlichen Gerichten angeglichen sind. VG in diesem Sinne besteht, in Gestalt von Einrichtungen, die in den Einzelheiten unter sich weit abweichen, aber in den grossen Grundgedanken übereinstimmen, vornehmlich in Deutschland, Frankreich, Österreich und Ungarn. Ihr Wesen beruht nicht darin, dass die Verwaltung aller Gerichtsbarkeit (streitentscheidender Tätigkeit) beraubt, sondern darin, dass die Verwaltungstätigkeit, soweit sie streitentscheidender Natur, materiell also Gerichtsbarkeit ist, nicht durch die ordentlichen, gewöhnlichen, sondern durch besondere, eigens auf das Streitentscheiden eingerichtete (insbes. kollegiale und unabhängige) Verwaltungsorgane gehandhabt wird. Trennung der streitentscheidenden von der übrigen (reinen, tätigen) Verwaltung (französisch: des contentieux administratif von der administration pure); darin liegt die Idee der VG, deren Begriff sich, auf eine kurze Formel gebracht, dahin bestimmen lässt: VG ist eine streitentscheidende Tätigkeit der Verwaltung, ausgeübt durch gerichtsähnliche Behörden (Verwaltungsgerichte) in einem prozessähnlichen Verfahren (Verwaltungsstreitverfahren).

II. Geschichtliche Rückblicke. Die Ausbildung der VG in Deutschland. — Schon im Laufe des 17. Jahrhunderts war in Deutschland die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte mehr und mehr auf die Zivil- und Strafrechtspflege beschränkt worden. Auf die Entscheidung von Streitigkeiten mit der damals emporkommenden und immer mächtiger anwachsenden staatlichen Verwaltung („Polizei“ im Sinne des damaligen Sprachgebrauchs) erstreckte sich diese Zuständigkeit nicht: „in Polizeisachen gilt keine Appellation“ (nämlich: an den

ordentlichen Richter). Und im 18. Jahrhundert wurde dieser Grundsatz nur noch schärfer und folgerichtiger ausgeprägt. Besonders in Preussen, wo nicht nur bei Konflikten der Einzelnen mit den Organen der öffentlichen Verwaltung, sondern überhaupt in allen Streitsachen, „welche den *statum oeconomicum et politicum* angehen oder überhaupt in das *interesse publicum* einschlagen“ (Ressort-Reglement Friedrichs II. v. 19. Juni 1749), also bei jedem Zusammenstoss von öffentlichem und Privatinteresse der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen war. Nur, wer sich mit Privatpersonen über Privatrechte streiten wollte, konnte die Justiz anrufen; wer sich durch die Tätigkeit der landesherrlichen Verwaltungsbehörden verletzt fühlte, konnte es nicht. Er konnte lediglich Beschwerde einlegen. Dieser Beschwerdeweg war gewiss, vom Standpunkte des sein Interesse verfolgenden Beschwerdeführers (*R e c h t e* hatte er ja, bei dem allgemeinen Mangel gesetzlicher Bindung der Verwaltungsorgane, der Verwaltung gegenüber niemals) aus gesehen, mangelhaft. Über die Beschwerde wird im schriftlichen und geheimen Verfahren auf Grund der Akten entschieden durch eine höhere Behörde, welche der Unabhängigkeit entbehrte. Aber die gleichen oder doch ähnliche Mängel hafteten auch der damaligen Verfassung und dem Verfahren der ordentlichen Gerichte, dem dem Beschwerdeführer verschlossenen Rechtsweg an. Auch hier gab es nur ein geheimes, schriftliches Aktenverfahren. In den kleineren deutschen Ländern war es meist eine und dieselbe Behörde, welche die Funktionen eines obersten Gerichts und eines obersten Verwaltungsorgans wahrnahm; und wo, wie in Preussen, die oberste Verwaltungsbehörde (z. B. das Generaldirektorium) schon im 18. Jahrhundert von dem obersten Gerichtshof getrennt gewesen ist, war sie ebenso wie ein solcher Gerichtshof, nämlich kollegialisch, organisiert und der oberste Gerichtshof war ebensowenig unabhängig wie die oberste Verwaltungsbehörde. So fehlte es an den Voraussetzungen, um den Ausschluss des Rechtswegs in Verwaltungstreitsachen als besonderen Nachteil empfinden zu lassen.

Im 19. Jahrhundert haben sich diese Verhältnisse völlig geändert. Die jetzt einsetzende Modernisierung der Justiz-, wie der Verwaltungseinrichtungen schafft Verschiedenheiten zwischen Rechts- und Verwaltungsbeschwerdeweg, welche den ersteren in den Augen des Rechtsuchenden als das Bessere, den anderen als das sehr viel Schlechtere erscheinen liessen. Justiz und Verwaltung, nun erst scharf von einander getrennt, entwickeln sich selbständig, sozusagen nach entgegengesetzten Richtungen. Die Justiz schlägt eine ausgeprägt individualistische, auf möglichst vollkommenen Schutz von Einzelrecht und Einzelinteresse bedachte Richtung ein. Die Gerichte werden unabhängig von jedem Regierungs- und Verwaltungseinfluss, ihre Organisation wird stetig verbessert, ebenso ihr Verfahren: Regelung des Instanzenzugs und der Rechtsmittel, Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung, Anklageprozess, Schwurgerichte. Alle diese und andere Garantien der Gesetzmässigkeit und Sachlichkeit der Streitentscheidung fehlten dem Verwaltungsbeschwerdewege, welcher unter diesem Gesichtspunkte nicht sowohl schlechter war wie der moderne Rechtsweg, als auch schlechter wie der Verwaltungsweg in älteren Zeiten. Eine Verschlechterung im letzteren Sinn war vor allem dadurch eingetreten, dass zu Anfang des 19. Jahrh. die kollegiale Einrichtung der obersten Verwaltungsinstanzen durch die büromässige, m. a. W. durch das System der Ministerien ersetzt wurde, womit eine sehr wesentliche Garantie unparteiischer und gerechter Verwaltungsentscheidungen verschwand, während andererseits die Abhängigkeit der unteren Verwaltungsorgane von den Ministern stetig verschärfte, die Energie und Intensität der gesamten Verwaltungstätigkeit, ohne sonderliche Rücksichtnahme auf die Interessen der Einzelnen, gesteigert wurde.

Auch durch den Übergang der deutschen Staaten (Bayern, Baden, Württemberg, Hessen 1818—1820, Sachsen 1831, Preussen 1848) zur konstitutionellen Verfassungsform ist eine Besserung des Verhältnisses zwischen Verwaltung und Individuum zunächst tatsächlich nicht bewirkt worden. Wohl bringen die konstitutionellen Verfassungen dieses Verhältnis in eine rechtliche Ordnung, sie setzen an Stelle des „Polizeistaats“, der Verwaltung nur nach Zweckmässigkeitsrücksichten, den „Rechtsstaat“: die Verwaltung auf Grund und innerhalb der Schranken der Gesetze. Doch hatte das zunächst mehr theoretische als praktische Bedeutung. Der Rechtsstaat war proklamiert, aber der Polizeistaat dauerte fort. Er dauerte fort, weil man es versäumt hatte, wirksame Schutzeinrichtungen zu treffen, welche dem Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung im Streitfalle Achtung verschafften. Diese Unterlassung erklärt sich daraus, dass man eine ausreichende Bürgschaft für die Gesetz-

mässigkeit der Verwaltung in der konstitutionellen Verantwortlichkeit der Minister zu besitzen glaubte, wobei nicht bedacht wurde, dass die Ministerverantwortlichkeit nur dann wirklich korrektive Bedeutung hat, wenn, was z. B. in Preussen nicht der Fall ist, die Volksvertretung das Recht und die Macht hat, den Rücktritt der Minister gegen den Willen der Krone zu erzwingen, und dass, abgesehen hiervon, jene Verantwortlichkeit in einem sehr wesentlichen Falle keine Garantie gegen Willkürlichkeiten bietet: dann nämlich, wenn die Parlamentsmehrheit dem Minister ergehen ist, in ihm den Mann ihrer Partei, ihres Vertrauens erblickt und ihn deshalb nicht zur Verantwortung zieht.

Es blieb also auch unter dem Konstitutionalismus vorerst dabei, dass, wer anstatt mit dem Nachbar, mit den Organen der öffentlichen Gewalt, namentlich mit der Polizei streiten wollte, sich unter Ausschluss des Rechtsweges auf den Weg der Verwaltungsbeschwerde an die höhere Instanz, zuletzt an den Ressortminister, angewiesen sah. Das hiess: der Minister entscheidet an oberster Stelle auch dann, wenn den ihm nachgeordneten Stellen das Recht auf Eingriff und Zwang von der betroffenen Partei streitig gemacht wurde. Das Verwaltungsrecht seines Ressorts steht ihm einfach zur Verfügung. Er entscheidet über die an ihn gelangenden Beschwerden durch Reskript, per decretum simplex, in einem formlosen schriftlichen Verfahren, nach Akten, auf deren Inhalt der Beschwerdeführer keinen Einfluss und auf deren Kenntnis er keinen Anspruch hat; er entscheidet auf den Bericht der Behörde, gegen deren Verfügung die Beschwerdesiche richtet, er entscheidet nur allzuhäufig nach dem Prinzip, dass im Interesse der „Staatsautorität“ (und der massgebenden politischen Richtung) die angegriffene Behörde wenn irgend möglich nicht ins Unrecht gesetzt werden darf. So blieb die Verwaltung, wenn sie auch nicht mehr, wie ehemals, ihr eigener Gesetzgeber sein durfte, doch auch nach der Verfassung noch ihr *eigener Richter*. Im praktischen Effekt bedeutete das, dass sie jedes ihr erwünschte Recht sich auch dann zusprechen konnte, wenn es ihr bestritten wurde. Massgebend für ihr Tun und Lassen war schliesslich doch nicht das Gesetz, sondern ihr eigener Wille. Den hierin liegenden Widerspruch mit der Verfassung liess in Preussen die dem Eintritt des konstitutionellen Regimes auf dem Fusse folgende „Reaktionszeit“ (1850—1858) grell hervortreten. Hier wurde das Unzulängliche, welches darin liegt, dass das rechtsstaatliche Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung zwar „gilt“, aber jeder Schutzgarantie entbehrt, Ereignis. Der de jure abgeschaffte Polizeistaat lebte de facto fort; niemals hat die preussische Verwaltung so ungescheut wie damals nach dem Grundsatz handeln dürfen: erlaubt ist, was mir gefällt.

Der diesen Missständen zugrundeliegende Fehler lag in der Konstruktion des Rechtsstaatsgebäudes. Man hatte, dem Prinzip der Gewaltenteilung zuwider, zuviel Gewalt in einer Hand vereinigt gelassen. Man hatte in die Hand jedes Ressortministers zwei Funktionen gelegt, welche in jedem Staate, der nicht nur dem Namen nach ein Rechtsstaat sein will, getrennt sein müssen: die *reine oder tätige* (laufende) und die *streitentscheidende* Verwaltung. Man hatte dem Minister nicht nur, wie recht und richtig, die verantwortliche Leitung der Verwaltungstätigkeit eines Ressorts, sondern auch noch das Recht überlassen, alle Streitigkeiten zu entscheiden, welche sich aus Anlass dieser Tätigkeit ergaben. Die ordentlichen Gerichte waren zur Entscheidung solcher Streitigkeiten unzuständig, eine andere, hierfür zuständige, gleich den Gerichten von der laufenden Verwaltung unabhängige Instanz fehlte.

Dass dies ein unhaltbarer, durchaus reformbedürftiger Zustand war, wurde innerhalb und ausserhalb Preussens bald eingesehen. Aber über das Wie und Wohin des zur Besserung einzuschlagenden Weges gingen die Meinungen weit auseinander.

Als das Nächstliegende erschien die Übertragung der streitentscheidenden Pflege des Verwaltungsrechts an die *ordentlichen Gerichte*. Und in der Tat ist dieser Gedanke oft genug geäussert und vertreten worden. Schon die Frankfurter Grundrechte des Deutschen Volkes von 1848 wollten ihn zum Gesetz erheben: „Die Verwaltungsrechtspflege (d. h. alle den Verwaltungsbehörden zustehende Gerichtsbarkeit) hört auf, über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte“ (Reichsverfassung v. 1849, § 182). Aus der Bewegung des Jahres 1848 übernahm ihn der Liberalismus der 60er Jahre, insbesondere in Preussen, und verhalf ihm dort zu einem, freilich nicht sehr bedeutsamen Teilerfolge: preuss. Gesetz betr. die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861. Bald darauf erstand ihm in *Otto Bähr* („Der Rechtsstaat“, 1864) sein hervor-



ragendster theoretischer Vertreter. Indessen hatte er damals den Höhepunkt seiner werbenden Kraft doch schon überschritten. Es war ihm inzwischen, namentlich durch die bahnbrechenden Arbeiten Gneists über englisches und deutsches Verwaltungsrecht eine Gegnerschaft erwachsen, welche das Problem des Rechtsschutzes auf dem Gebiete der Verwaltung auf einem anderen Wege lösen wollte. Schon 1860 hatte Gneist (Engl. Verf. u. Verwaltungsgr. Bd. 2, 1. Aufl., S. 887 ff.) den Gedanken der Rechtskontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte verworfen: die Garantie gesetzmässiger Verwaltung dürfe nicht in der Unterordnung der Verwaltung unter die Justiz gesucht, sondern müsse gefunden werden in einer dem Zwecke des Rechtsschutzes entsprechenden Neugestaltung der Verwaltung selbst: eine gewisse Justizähnlichkeit der Verwaltung in Organisation und Verfahren sei anzustreben. Das Wesentliche sei „die Trennung der höchsten Beschwerdeinstanz von der laufenden Ministerverwaltung“. Damit war die Forderung besonderer Verwaltungsgerichte — justizförmiger Einrichtungen mit prozessähnlichem Verfahren innerhalb, nicht ausserhalb des administrativen Organismus — im Kerne bereits erhoben. Dieser Forderung sollte die Zukunft gehören. Eine erste Verwirklichung fand sie im Grossherzogtum Baden: G. über die Organisation der inneren Verwaltung vom 5. Oktober 1863. Ihren Sieg in Deutschland entschied die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen durch die Verwaltungsreform der Jahre 1872—1883.

Die Gründe, welche diesen Sieg und damit die Ablehnung der Übertragung der Rechtskontrolle der Verwaltung auf die ordentlichen Gerichte herbeigeführt haben, sind im wesentlichen folgende. Einmal musste damit gerechnet werden, dass der deutsche Richterstand in seiner vorwiegend privat- und strafrechtlichen Schulung und Berufserfahrung den Aufgaben, vor welche ihn jene Übertragung stellen würde, nicht gewachsen sein möchte. Dieser Besorgnis unzureichender Rechtskenntnis trat die andere hinzu, dass es auch an der nötigen Sachkenntnis fehlen würde. Ist doch in ausserordentlich vielen Konfliktfällen zwischen Verwaltung und Individuum weniger die Rechtsfrage als die Tatfrage streitig. Man denke an die Bedürfnisfrage bei Wirtschaftskonzessionen, an Meinungsverschiedenheiten über Zuverlässigkeit oder Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden (vgl. Gewerbeordnung § 32), über die Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit öffentlicher Arbeiten. (Anlegung eines Weges, Bau eines Schulhauses), über das Vorliegen der „tatsächlichen Voraussetzungen“ (preuss. Landesverwaltungsgesetz v. 30. Juli 1883, § 127), welche die Polizei zum Erlass einer Verfügung berechtigen. Diese und viele andere in der Praxis der heutigen Verwaltungsgerichte tagtäglich vorkommenden Fragen sind nicht Rechtsfragen, welche allein der im Richteramt geschulte Jurist beantworten kann. Es kommt hier weit weniger auf Rechts- als auf Sachkenntnis, und auf praktische administrative Erfahrung an. Und schliesslich noch eine gegen die Übertragung der Verwaltungsrechtspflege an die Justiz sprechende Erwägung; es ist die entscheidende: diese Übertragung würde die Verantwortung nicht sowohl dem Recht als der Justiz unterordnen, damit aber letzten Endes die Verantwortlichkeit in den Verwaltungssachen auf die Justiz überwälzen und die Verwaltung der Selbständigkeit berauben, deren sie durchaus bedarf, um ihren Aufgaben gerecht zu werden. Die staatliche Verwaltungshoheit würde in Wahrheit auf die Gerichte übergehen. Das, worauf es im Rechtsstaate immer wieder ankommt, die Durchführung der Gewaltenteilung, wäre nicht nur nicht erreicht, sondern in einem entscheidenden Punkte geradezu negiert: die Verwaltung wäre mit der Justiz gleichsam wieder zusammengelegt und damit eine Entwicklung, die man bisher allgemein für einen der grössten Fortschritte hielt, auf ihren status quo ante zurückgeführt.

Das natürliche Schwergewicht dieser Erwägungen hat sich überall geltend gemacht. Wo immer in Deutschland seit den 60er und 70er Jahren des 19. Jahrhunderts das Problem der VG in Angriff genommen wurde (s. u. III), nirgends hat man der anfänglich hier und da wohl vorhandenen Neigung, den Rechtsschutz in Verwaltungssachen den ordentlichen Gerichten zu übertragen, Folge gegeben (woran man übrigens, was die Landesgesetzgebung betrifft, von Reichs wegen nicht gehindert gewesen wäre, vgl. Einf. Ges. zum Reichs-Gerichtsverfass.-Ges. § 4). Vielmehr ist das, was Gneist als das „Wesentliche“ bezeichnet hatte, die Trennung von tätiger und entscheidender Verwaltung, gesucht und gefunden worden in der Schaffung von Verwaltungsgerichten, welche, obwohl den Gerichten ähnlich gestaltet, doch Verwaltungsorgane geblieben, nicht ausserhalb

sondern innerhalb des Verwaltungsorganismus angebracht sind. Die VG bedeutet Kontrolle der Verwaltung, aber durch eine ihr nicht fremde, sondern immanente Macht, durch besondere, justizförmig gestaltete Verwaltungsbehörden.

Man hätte sich für das Ganze auf das Vorbild Frankreichs berufen können. Denn die Gedanken, welche unserer VG ihr Gepräge geben, liegen doch, wenn man den Blick auf das wirklich Wesentliche richtet, auch der um mehr als sieben Jahrzehnte älteren, durch das grosse napoleonische Organisationsgesetz von 1801 („Pluviösegesetz“) geschaffenen französischen VG (contentieux administratif, justice administrative) zugrunde (vgl. unten S. 317). Doch ist das Bewusstsein einer Anlehnung an die französischen Einrichtungen (abgesehen natürlich von Elsass-Lothringen, wo dieselben einfach übernommen und in der Folge nur wenig umgebildet wurden) nirgends nachweisbar, und auch objektiv kann von einer solchen Anlehnung nicht die Rede sein. Es liegt ein Parallelismus der Entwicklung, nicht eine Rezeption französischen Rechtes vor. Die deutsche VG ist Eigengewächs, sie gehört nicht zu den Institutionen, welche aus Frankreich importiert oder unter französischem Einfluss ausgestaltet worden sind.

III. Organisation, Verfahren und Zuständigkeit der deutschen Verwaltungsgerichte. — VG besteht gegenwärtig im grössten Teile des Deutschen Reichs, nämlich in den Staaten Preussen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt, sämtlichen thüringischen Staaten und Lippe (also in 18 deutschen Einzelstaaten von 25) ferner im Reichslande Elsass-Lothringen. Auch das Reich hat sich eine eigene und unmittelbare VG geschaffen, diese besteht aber nicht in einem zentralen Gerichtshof mit allgemeiner Zuständigkeit, sondern in einer Mehrheit von Spezialbehörden (Reichsversicherungsamt, Bundesamt für das Heimatswesen, Aufsichtsamt für Privatversicherung, Oberseamt, Reichspatentamt und einige andere Stellen, z. B. Aufsichtsamt für Privatversicherung, Oberschiedsgericht in Sachen der Angestelltenversicherung, Reichseisenbahnamt). Die von mehreren Seiten empfohlene (vgl. Verhandlungen des 30. deutschen Juristentages [1910] Bd. 1 S. 51 ff., 489 ff.) Vereinigung dieser Sondergerichte zu einem einheitlichen Reichs-Verwaltungsgericht, dem dann auch noch andere Zuständigkeiten, eventuell die Rechtskontrolle über den gesamten Vollzug der Reichsgesetze durch die Behörden der Einzelstaaten zu übertragen wären, ist wohl nur eine Frage der Zeit.

Einstweilen aber liegt diese, wie jede andere Rechtskontrolle der Verwaltung noch in der Hand der Einzelstaaten; die deutsche VG ist, von jenen Reichs-Sondergerichten abgesehen, Landesgerichtsbarkeit.

I. Organisation. — Die Verwaltungsgerichte sind, dem Begriff der VG entsprechend, nicht in den Rahmen der Gerichtsverfassung sondern in den der Verwaltungsorganisation der einzelnen Länder eingefügt, also nicht Justiz-, sondern Verwaltungsorgane. Die unteren Instanzen des Systems, die Verwaltungsgerichte erster und, beim Vorhandensein dreier Instanzen, der Mittelinstanz sind überall zugleich Verwaltungsbehörden im engeren und eigentlichen Sinne, beauftragt mit der laufenden, tätigen Geschäftsführung auf dem Gebiete der inneren Verwaltung (nach dem preussischen Ausdruck: der „allgemeinen Landesverwaltung“), sodass hier die Trennung zwischen tätiger und streitentscheidender Verwaltung eine nur prozessuale ist, indem die Behörden dann, wenn sie als Verwaltungsgerichte fungieren, nicht das gewöhnliche formlose Verwaltungsverfahren, sondern eine besondere Prozedur, das Verwaltungsverfahren (s. u. 2) zu beobachten haben. Dagegen ist in der obersten Instanz die VG durchweg auch organisatorisch von dem laufenden Vollzug der Verwaltungsgeschäfte getrennt: die diese Instanz verkörpernden Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe sind nur Verwaltungsgerichte und haben mit der oberen Leitung der tätigen Verwaltung, welche den administrativen Zentralbehörden, d. h. den Ministerien, ungeschmälert verblieben ist, nichts zu tun.

Die Verwaltungsgerichte sind also Verwaltungsorgane. Sie sind aber, ihrem besonderen Zweck, der gesetzmässigen, unabhängigen und unparteiischen Streitentscheidung entsprechend, gerichtsähnlich gestaltet. Sie sind, im Gegensatz zu dem in der Verwaltung sonst vorherrschenden monokratischen Organisationstypus, kollegialisch eingerichtet. Ihr Instanzenzug ist nach dem Vorbild des gerichtlichen geregelt (3 Instanzen in Preussen und Bayern, in den anderen

Ländern 2). Sie sind, wie die ordentlichen Gerichte, unabhängig in der Ausübung ihres Berufes, sodass sie, wie jene, nur dem Gesetz, nicht aber den Anordnungen der Verwaltung, insbesondere nicht Dienstbefehlen vorgesetzter Behörden unterworfen sind. Was die Garantien der Unabhängigkeit betrifft, so sind diese am stärksten ausgebildet bei den obersten Instanzen (Oberverwaltungsgerichten, Verwaltungsgerichtshöfen), deren Mitglieder meist im Hauptamt auf Lebenszeit angestellt sind und das volle Ausmass richterlicher Unabhängigkeit, ebenso wie die Mitglieder des Reichsgerichts, geniessen. Die Verwaltungsrichter der Unterinstanzen dagegen sind, soweit überhaupt Beamte, nicht richterliche, sondern Verwaltungsbeamte, doch steht z. B. den beamteten Mitgliedern der preussischen Bezirksausschüsse (mit Ausnahme des vorsitzenden Regierungspräsidenten) das Privileg der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit in dem gleichen Masse wie den ordentlichen Richtern zu. Zu den Garantien der Unabhängigkeit gehört auch, wo sie vorhanden, die Teilnahme unbeamteter Elemente („Laien“) an der VG. Diese ist freilich nicht überall eingeführt: nicht in Bayern, Sachsen, Württemberg, Elsass-Lothringen; dagegen verwenden Preussen, Baden, Hessen das Laienelement in ausgedehntem Masse, allerdings nur in den Unterinstanzen, während die oberste Instanz auch in diesen Ländern durchweg nur mit Berufsbeamten (des höheren Verwaltungs- und Justizdienstes) besetzt sind.

Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. In Preussen wird die VG ausgeübt durch die aus Beamten und Laien, mit numerischem Übergewicht der letzteren, gemischten Kreis-ausschüsse (an deren Stelle in den kreisfreien Städten Stadtausschüsse treten) und Bezirks-ausschüsse sowie durch das, wie angegeben, ausschliesslich aus Beamten bestehende Oberverwaltungsgericht (Ges. betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren v. 3. Juli 1875, Ges. über die allgem. Landesverwaltung v. 30. Juli 1883). Die Kreis-ausschüsse erkennen stets in erster, die Bezirks-ausschüsse entweder in erster oder (als Berufungsgerichte der Kreis-ausschüsse) in zweiter, das OVG stets in letzter (dritter, zweiter, einziger) Instanz. Ähnlich, nur vermöge des Fehlens der Mittelinstanz, einfacher ist, die Organisation der VG in Baden und Hessen.

Bayern, Württemberg und Sachsen haben gemeinsam, dass sie die VG unterer Instanz nicht als die aus Beamten und Laien gemischten neueren, sondern als die älteren, nur mit Beamten besetzten Formationen des Behördensystems angeschlossen haben. Demgemäss erscheinen als Verwaltungsgerichte unterer Instanz in Bayern die Distriktsverwaltungsbehörden und Kreisregierungen, in Württemberg die Kreisregierungen, in Sachsen die Kreishauptmannschaften. Über diesen Organen steht in allen drei Staaten der, häufig auch in erster und einziger Instanz erkennende, Verwaltungsgerichtshof (Sachsen: „Oberverwaltungsgericht“).

2. Verfahren. — Die Justizförmigkeit der Verwaltungsgerichte zeigt sich ausser in ihrer Organisation auch in ihrem Verfahren. Dieses, das „Verwaltungsstreitverfahren“ ist eine dem Verfahren der ordentlichen Gerichte, und zwar mehr dem Zivil- als dem Strafverfahren nachgebildete Prozedur. Es ähnelt einem — stark vereinfachtem — Zivilprozess. Die Nachbildung ist freilich keine vorbehaltlose Kopie, vielmehr musste der Umstand, dass bei den Gegenständen der VG nicht nur das private, sondern stets auch das öffentliche Interesse beteiligt ist, zu erheblichen Abweichungen von dem zivilprozessualen Vorbild führen. So ist die dem Zivilprozesse zugrundeliegende Verhandlungsmaxime („quod non est in actis, non est in mundo“) für die VG nicht brauchbar. An ihre Stelle tritt die Untersuchungsmaxime: die Entscheidungsgrundlage des Verwaltungsrichters ist nicht das Parteivbringen, sondern der von ihm selbständig und unabhängig von den Ausführungen der Parteien zu erforschende Sachverhalt. Allerdings ist der Verwaltungsrichter hinsichtlich seiner Entscheidungen nach dem Recht mehrerer Staaten (so Preussen, Baden, dagegen nicht in Bayern und Sachsen) an die Anträge der Parteien gebunden („ne acti iudex ultra petita partium“). Der Prozessbetrieb ist nicht, wie im Zivilprozess, Sache der Parteien, sondern des Gerichts, alle Ladungen, Zustellungen, Beweiserhebungen erfolgen von Amts wegen (Offizialmaxime). Gemeinsam mit dem Verfahren der ordentlichen Gerichte sind dem Verwaltungsstreitverfahren die Grundsätze des beiderseitigen Gehörs, der Mündlichkeit und Öffentlichkeit. Doch gilt das Mündlichkeitsprinzip nur mit gewissen, partikularrechtlich verschieden

bemessenen Ausnahmen, welche die Urteilsfällung auch ohne voraufgehende mündliche Verhandlung, auf Grund der Akten, gestatten.

3. **Zuständigkeit.** — Formell am weitesten reicht die sachliche Zuständigkeit (der Wirkungskreis) der Verwaltungsgerichte in Württemberg und Sachsen. Die Gesetze dieser Länder zählen zunächst eine Reihe von sog. **Parteistreitigkeiten** des öff. Rechts (Streitigkeiten zwischen Gemeinden und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und ihren Mitgliedern oder unter sich oder zwischen Individuen untereinander über Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentl. Recht) als zur Kompetenz der Verwaltungsgerichte gehörig namentlich auf, lassen aber ausserdem noch eine Generalklage (Rechtsbeschwerde, Anfechtungsklage) bei dem obersten Verwaltungsgerichtshof zu in allen Fällen, wo jemand durch eine ungesetzliche Verfügung der Staatsverwaltung (Sachsen: der inneren Verwaltung) in seinen Rechten verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet zu sein behauptet. Der Gesetzgebung Preussens und der meisten anderen Einzelstaaten ist diese Unterscheidung zwischen „Parteistreitigkeiten“ und „Anfechtungs-“ bzw. „Rechtsbeschwerdesachen“ fremd, indem einerseits nicht nur in den Fällen der ersten sondern auch in denen der zweiten Kategorie, da also, wo es sich um Streitigkeiten zwischen Untertan und Staatsgewalt handelt, das Recht auf Anrufung der Verwaltungsgerichte nicht allgemein, sondern nur in den vom Ersatz namentlich aufgezählten Fällen gegeben ist, — andererseits aber diese Fälle prozessual ganz ebenso behandelt werden, wie diejenigen, welche das württembergische und sächsische Recht als „Parteistreitigkeiten“ bezeichnet. Nach preuss. Recht ist jede Verwaltungstreitsache eine Parteistreitigkeit; Kontestationen zwischen Untertan und Staatsgewalt sind davon nicht ausgenommen, die betreffende Verwaltungsbehörde (z. B. Polizeibehörde) erscheint dabei stets als Prozesspartei und zwar regelmäßig in der Rolle des Beklagten.

Ist sonach die Zuständigkeit der preussischen (und ebenso die der bayerischen, badischen, hessischen) Verwaltungsgerichte nicht durch Generalklausel, sondern **aufzählend** bestimmt (durch das ZG v. 1. August 1883 und viele anderen Einzelgesetze vgl. auch preuss. Ges. über die allgem. Landesverwaltung, § 7), so reicht doch diese Zuständigkeit, vermöge der grossen Zahl und Bedeutung der sie begründenden Bestimmungen, tatsächlich sehr weit. Die wichtigsten Gruppen der den Verwaltungsgerichten in Preussen zugewiesenen Sachen sind folgende:

a) Streitigkeiten der Gemeinden und höheren Kommunalverbände (Kreise, Provinzen) einerseits mit dem Staat (über ihr Recht auf Selbstverwaltung, z. B. über die Berechtigung der Staatsaufsichtsbehörde, die Einstellung eines Ausgabepostens in das Gemeindebudget zu verlangen), andererseits mit ihren Mitgliedern bzw. Einwohnern (z. B. über Erwerb, Verlust und Inhalt des Bürgerrechts, über das Recht auf Benutzung von Gemeindegeldern, die Pflicht zur Zahlung von Gemeindeabgaben).

b) Streitigkeiten über die Tragung öffentlicher Lasten z. B. der Wegeunterhaltungspflicht, der Pflicht zur Räumung von Wasserläufen, der Schulbaulast, der Armenlast.

c) Streitigkeiten über den Umfang der polizeilichen Verfügungsgewalt: gegen Verfügungen der Orts-, Kreis- und Landespolizeibehörden kann nach §§ 127 ff. LVG bei den Verwaltungsgerichten Klage erhoben werden; die Klage kann nur darauf gestützt werden, dass die Verfügung durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts den Kläger in seinen Rechten verletze, oder darauf, dass die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlassen der Verfügung berechtigt haben würden.

d) Streitigkeiten über die Verpflichtung zur Zahlung direkter Staatssteuern (der Einkommen- und „Ergänzungs“-[Vermögens]-steuer).

Hinzuzufügen ist noch, dass in Preussen die Disziplinargerichtsbarkeit über die Kommunalbeamten den Verwaltungsgerichten übertragen ist.

IV. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich und Österreich-Ungarn.

1. **Frankreich** ist in der Ausbildung der VG allen andern Ländern vorangegangen. Die VG ist hier nach Abschluss der Revolutionszeit durch Napoleon I. eingeführt worden, in einem Werke mit dem von ihm bald nach dem Staatsstreich des 18. Brumaire berichteten Neuaufbau

der Verfassung und Verwaltung (Verfassung vom 22. frimaire und Gesetz vom 28. pluviöse des Jahres VIII der Republik). Einer der leitenden Gedanken dieser Gesetzgebung des Jahres VIII ist die Trennung der streitentscheidenden von der tätigen oder reinen Verwaltung (des contentieux administratif von der administration pure). Letztere wird durchweg von Einzelbeamten (Ministern, Präfekten, Unterpräfekten, Maires) geführt, erstere an Kollegien übertragen, welche indessen nicht aus dem Verwaltungsorganismus hinaus-, sondern in ihn hineinverlegt sind: die conseils de préfecture und der über ihnen stehende conseil d'Etat. So bedeutet die VG in Frankreich seit Anbeginn ihres Bestehens nichts anderes, als was sie heute in Deutschland darstellt: die Rechtskontrolle der Verwaltung durch eine ihr nicht fremde, sondern immanente Macht, durch besondere, gerichtsähnlich formierte und prozedierende Verwaltungsorgane.

Die spätere Gesetzgebung hat die Grundprinzipien dieser napoleonischen Einrichtungen nur ausgebaut, nicht verändert. Danach sind die Hauptorgane der französischen VG noch heute die conseils de préfecture, Präfekturräte, und der Staatsrat, ersterer stets in erster, der Staatsrat stets in letzter (teils in zweiter, teils in erster und einziger) Instanz entscheidend. Von einer Heranziehung unbeamteter Elemente ist in beiden Instanzen Abstand genommen: sowohl die Präfekturräte wie der Staatsrat bestehen nur aus besoldeten Berufsbeamten, die übrigen in ihrer dienstlichen Stellung der Garantien richterlicher Unabhängigkeit so gut wie völlig entbehren. Der organische Zusammenhang der VG mit der reinen Verwaltung ist in beiden Instanzen stark betont: der Präfekturrat dient nicht nur als Verwaltungsgericht, sondern auch als Verwaltungsbehörde, den Vorsitz in ihm führt der leitende Verwaltungsbeamte des Bezirkes, der Präfekt; der Staatsrat ist nicht nur oberster Verwaltungsgerichtshof, sondern auch, und sogar in erster Linie, ein oberstes, Staatsoberhaupt und Minister beratendes Verwaltungskollegium. Diese Verbindung von Verwaltung und VG auch in der Zentralinstanz stellt eine erhebliche Abweichung von den deutschen Einrichtungen (s. o.) dar: hierdurch und auch in ihrer sonstigen Anlage und Organisation ist die französische VG noch viel mehr Verwaltung, weniger Justiz als die deutsche.

Die sachliche Zuständigkeit der Präfekturräte ist durch zahlreiche Gesetze *aufzählend* bestimmt. Gegen ihre Urteile findet der Rekurs an den Staatsrat statt, welcher ausserdem, als Verwaltungsgericht erster und letzter Instanz erkennt über „demandes d'annulation pour excès de pouvoir contre les actes des autorités administratives“, also über Nichtigkeitsbeschwerden, welche gegen Akte der Verwaltungsbehörden wegen Machtüberschreitung erhoben worden sind. Auf diesem Wege können Verfügungen und Entscheidungen aller Staats- und Kommunalbehörden vor den Staatsrat gebracht werden, dem damit eine sehr weitreichende Rechtskontrolle über die gesamte Verwaltung ermöglicht ist.

2. Der durch das Gesetz v. 22. Oktober 1875 geschaffenen österreichischen VG ist, im Vergleich mit der deutschen und französischen, eigentümlich der Mangel einer Gliederung in mehrere Instanzen. Der Träger der VG, der Verwaltungsgerichtshof, entscheidet stets in erster und einziger Instanz. Unterinstanzen der VG bestehen nicht, auch nicht in dem Sinne, dass gewissen Verwaltungsbehörden für alle oder bestimmte Fälle streitentscheidender Tätigkeit ein prozessähnliches Verfahren vorgeschrieben wäre. Die streitentscheidende Verwaltungstätigkeit ist auch prozessual nicht differenziert. Alle Streitfragen des Verwaltungsrechts sind zunächst im allgemeinen Instanzenzuge der Verwaltung dadurch zum Austrag zu bringen, dass der Rechtsuchende von dem Mittel der Verwaltungsbeschwerde bis zur letzten Instanz Gebrauch macht: erst nach Erschöpfung dieses Instanzenzuges kann die Sache vor den VG-hof gebracht werden. Dieser — wie die deutschen zentralen Verwaltungsgerichtshöfe ausschliesslich mit Berufsbeamten besetzt und mit allen Kautelen richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet — entscheidet in allen Fällen, in denen jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Seine Zuständigkeit ist also, abweichend von dem in Deutschland geltenden Recht, durch eine Generalklausel, und nur durch eine solche, abgegrenzt. Der österreichische VG-hof ist ausschliesslich Kassationsinstanz: er kann die vor ihn gebrachte Verwaltungsverfügung nicht abändern, sondern nur entweder aufheben oder — durch Abweisung der dagegen erhobenen Klage — bestätigen.

Neben dem Verwaltungsgerichtshof übt das Reichsgericht, abgesehen von seiner sonstigen Zuständigkeit (Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, zwischen den Ländern unter sich, von Kompetenzkonflikten) Verwaltungsgerichtsbarkeit aus, indem seiner Komposition zugewiesen sind Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte.

3. Viel später als in der cisleithanischen Reichshälfte ist die VG in Ungarn eingeführt worden: Gesetzartikel XXVI von 1896.

Auch dieses Gesetz kennt, wie das österreichische vom 22. Oktober 1875, nur eine Instanz der VG: den (ausschliesslich mit Berufsbeamten besetzten) Verwaltungsgerichtshof. Doch ist die Errichtung von Unterinstanzen ungefähr nach dem Vorbild der deutschen Staaten, insbesondere Preussens, für die Zukunft geplant.

Die Zuständigkeit des ungarischen Verwaltungsgerichtshofes ist im Gegensatz zu der des österreichischen aufzählend bestimmt: die Klage bei ihm kann nur erhoben werden gegen (gewisse, nicht alle) Anordnungen derjenigen Behörden, welche in dem Gesetz von 1896 oder anderen Gesetzen namentlich angeführt sind. Eine bedeutsame Erweiterung erfuhr diese Zuständigkeit durch den Gesetzartikel LX v. 1907, wodurch die verwaltungsgerichtliche Klage den Munizipien (Gemeinden und höheren Kommunalverbänden) für alle Fälle gegeben wurde, in denen sie sich in ihrem Recht auf Selbstverwaltung durch eine gesetzwidrige Verfügung oder Entscheidung der Regierung oder ihrer Organe verletzt fühlen.¹⁾

24. Abschnitt.

Volksrichter und Berufsrichter.

Von

Exzellenz Wirklichem Geh. Rat D. Dr. Adolf Wach,

Mitglied der Ersten Kammer, o. Professor d. R. an der Universität Leipzig.

I. Man spricht vom Laienrichter oder Volksrichter als dem juristisch nicht geschulten und approbierten Mann aus dem Volke, dem Ehrenbeamten, im Gegensatz zum zünftigen, dem Juristenstand angehörigen Richter, dem Richter, dessen Beruf die Rechtspflege ist, dem richterlichen Staatsbeamten. So wurzelt bei uns der Gegensatz in der eigenartigen Entwicklung des Richterstandes als einer durch juristisch berufsmässig geschulte Personen gebildeten Gruppe der Beamtenhierarchie, der zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufenen Justizbeamten. Das geht zurück auf das gelehrte Richtertum, welches selbst wieder seinen Grund hat in der Eigenart der Rechtsentwicklung, der Natur unseres Rechts als Juristenrecht im Gegensatz zum Volksrecht.

Wer die Rechtspflege in Händen hat, der hat das Staatswohl zu wahren. Daher war allzeit die Frage, wer sie üben soll, von grosser politischer Tragweite. Der moderne Rechtsstaat will sie der Willkür der souveränen Macht entheben, gleichviel ob sie monarchisch

¹⁾ Nach gütiger Mitteilung des Herrn Dr. Stefan v. Csekey (Klausenburg) aus den in magyarischer Sprache geschriebenen, dem Verf. nicht verständlichen Quellen.

oder republikanisch organisiert ist. Er sucht das Walten der Gerechtigkeit zunächst in der Unabhängigkeit der Rechtspflege. Sie soll in Händen liegen, die unabhängig sind von den Weisungen des Monarchen und seinen Verwaltungsstellen. Daher der Ausschluss der Kabinettsjustiz, der Rechtsprechung durch Verwaltungsorgane, daher strenge Scheidung von Justiz und Verwaltung, Bindung jener lediglich durch das Gesetz und endlich die Garantien richterlicher Unabhängigkeit. Alles das gilt in erster Linie der Rechtspflege durch Beamtenrichter, während dem Ehrenbeamten die Präsumtion der Unabhängigkeit zukommt: freilich dann eine arge Täuschung, wenn der Volksrichter der öffentlichen Meinung, der Parteilung oder Interesseneinwirkung unterliegt. — Solche Einflüsse können in politisch erregten Zeiten, in denen Klassen, Stände und die Herrschaft ringen, wirtschaftliche und soziale Gegensätze das öffentliche Leben bestimmen, das Volksrichtertum verderben und zur politischen Geisel machen. Die Eigenschaft des Richters als Ehrenbeamten gewährleistet die Unabhängigkeit der Rechtsprechung noch nicht, so wenig wie eine staatsrechtliche Organisation der Justiz Es bedarf hierzu vor allem der geeigneten Personen, solcher, die innerlich unabhängig sind.

Für den Beamtenrichter setzt hier Zucht und Erziehung ein. Der Lebensnerv des Standes muss die innere Freiheit von äusseren Einflüssen und subjektiven Interessen sein. Der deutsche Richterstand darf sich mit Recht solcher Integrität rühmen. Der oft gehörte Vorwurf der Klassenjustiz ist ein unwahres Schlagwort politischer Agitation.

Für den Volksrichter kommt die standesgemässe Selbstzucht nicht in Frage. Hier hilft nur Selektion, wie man die bei der Bildung der Schöffen- und Geschworenengerichte zu üben sucht. Darauf ist später einzugehen.

Die Unabhängigkeit im einzelnen Fall, die Unparteilichkeit und Unbefangenheit sucht man durch gesetzliche Vorschriften über Ausschliessung und Ablehnung des Richters zu wahren. Immerhin: Unabhängigkeit verbirgt noch nicht Gerechtigkeit. Dazu gehört mehr. Sie fordert die Fähigkeit zur Rechtsprechung und das bedeutet Verschiedenes für den naiven einfachen Zustand des Volksrechts und den eines hochentwickelten Juristenrechts. Daher bestreiten heute viele dem Volksrichter in Deutschland den Beruf zum Richter. Erledigt kann diese Frage nur werden von der heutigen Organisation der richterlichen Behörden aus.

III. Man kann den Volksrichter allein oder in Gemeinschaft mit dem Beamtenrichter verwenden und im letzteren Fall die Urteilsfunktion entweder ausschliesslich dem Volksrichter oder beiden zu gesamtter Hand geben oder sie zwischen ihnen teilen. Sieht man von historischen und ausserdeutschen Bildungen ab, so bieten sich folgende Typen. Die Zivilgerichtsverfassung, soweit sie gemäss den Reichsjustizgesetzen als „ordentliche“ zu bezeichnen ist, hat Laienrichter lediglich in den nur fakultativen Kammern für Handelssachen als die beiden Besitzer des Beamtenrichters mit ungeteilter Urteilsfunktion (GVG. §§ 100 f. 116). Dem sind durch Sondergesetze die nach gleichem Typus verfassten Gewerbegerichte (R.Ges. v. 29. Juli 1890, 1. Februar 1902) und Kaufmannsgerichte (R.Ges. v. 6. Juli 1904) hinzutreten. Die vom Reichsgesetz zugelassene landesgesetzliche Eigenbildung der Gemeindegerichte bleibt hier beiseite. In der Strafgerichtsverfassung erscheint der Volksrichter als Schöffe und als Geschworener; im Schöffengericht in gleicher Urteilsaufgabe mit dem Richter, im Geschworenengericht mit geteilter Urteilsfunktion. Hier beantwortet nach französisch-deutschem System die Jury die Schuldfrage gemäss der Fragestellung des Richters, während diesem die Straffrage verbleibt. In höherer Instanz hatten bis vor kurzem Volksrichter keinen Platz; der ist zuerst den Handelsrichtern zuteil geworden durch die Novelle z. ZPO. und GVG. vom 1. Juni 1909, welche die Kammern für Handelssachen zu Berufungs- und Beschwerdegerichten in amtsgerichtlichen Handelssachen gemacht hat. Für Schöffengerichte wird gleiches erstrebt durch Übertragung der Berufung an sie. Eine eigentümliche Stellung nehmen die Militärstrafgerichte ein. Sie lassen sich in den hier erörterten Gegensatz nicht eingliedern.

III. So zeigt unser Rechtszustand ein unklares, zerfahrenes Bild. Wir wollen suchen es zu verstehen. Die auffallende Tatsache, dass die Laien in Zivilsachen nur ausnahmsweise, hingegen in Strafsachen erstinstanzlich — von Strafkammern und Reichsgericht abgesehen — regelmässig mitwirken, kann nur aus der Natur der Sache erklärt werden, während die Verschiedenartigkeit der erstinstanzlichen Strafgerichte damit nichts zu tun hat. Die Strafkammer, das reine Beamtengericht, beschäftigt sich mit durchaus gleichartigen Dingen, wie Schöffen- und Schwurgericht. Nur äusserliche und politische Gründe motivieren die Differenz: Misstrauen gegen den Volksrichter, Unklarheit über den Wert des Schöffen- und Schwurgerichts. Daher als Rückstoss das Misstrauen aller derer gegen die Strafkammer, die in der Laienbeteiligung einen Vorzug des Strafgerichts sehen. Das Volk verwirft das rein bürokratische Strafgericht; zünftige Juristen reden ihm das Wort: mit Unrecht, wie sogleich zu zeigen sein wird.

Unser Zivilrecht ist ein hochgespanntes Juristenrecht, dessen Beherrschung durch die stets wachsende und nichts weniger als volkstümlich geartete Gesetzgebung immer mehr erschwert wird und nur noch berufsmässigem Studium möglich ist. Der Laie ist ihm gegenüber hilf- und ratlos. Was soll er im Zivilgericht? Ihn etwa für rein wirtschaftliche Fragen, z. B. in Schadensprozessen zu verwenden, ist ein längst aufgegebener, unpraktischer Gedanke. Da tritt der Sachverständige ein. Wenn dennoch in Handelssachen der Laie als Vollrichter eine beliebte, erspriessliche Tätigkeit entwickelt, so ist das auf die Art der Selektion und Aufgabe zurückzuführen.

Die Kammer für Handelssachen ist nicht Standesgericht, nicht nur für Prozesse von Kaufleuten untereinander oder gegen Kaufleute berufen, sondern ein fachmännisches Gericht, Zuständig für Rechtsverhältnisse, wie sie im Handelsverkehr gang und gäbe sind. Der Handelsrichter ist Fachmann, ins Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesener Kaufmann oder Vorstand einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H., sonstigen juristischen Person, an Seeplätzen wohl auch Schifffahrtkundiger, ernannt von der Landesjustizverwaltung auf gutachtlichen Vorschlag der Handelskammer für drei Jahre mit Möglichkeit der Wiederernennung. Von ihr wird oft Gebrauch gemacht und so haben wir trefflich geschulte Handelsrichter, die lange Zeit hindurch willig das Ehrenamt führen. Der Grundgedanke des Instituts ist also die Nutzbarmachung der eigenartigen fachmännischen Kenntnis für die Rechtsprechung. Daher ist es, nebenbei bemerkt, eine Verirrung, der Kammer für Handelssachen die Prozessbeschwerden und damit spezifisch formal-prozessuale oder Vollstreckungsfragen zuzuweisen.

Anders die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, die ihrer Organisation wie ihrer Aufgabe nach wesentlich sozial-politisch gedachte Klassengerichte sind. Das tritt scharf hervor in der Wahl der Beisitzer durch die beiden beteiligten Interessentengruppen (Arbeitgeber und Arbeiter; Kaufleute und Handlungsgeshilfen) und in der Beschränkung der Kompetenz vorzüglich auf Arbeits-, Dienst- und Lehrverhältnisse. Daher auch die Verwertbarkeit der Gewerbegerichte als Einigungsämter. Der von den widerstrebenden Interessen unabhängige Vorsitzende erscheint als ausgleichender Faktor und der — freilich gegenständlich stark eingeengte — Rechtsmittelzug an die Zivilkammer des Landgerichts als eine Garantie ge rechter Rechtsprechung.

So enthalten diese Institutionen der Zivilgerichtsverfassung ein deutliches Bekenntnis, dass in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Laie sich zum Richteramt der Regel nach nicht eignet. Daran ist festzuhalten.

IV. Wesentlich anders liegt es in Strafsachen. Ein nicht verbildetes Strafrecht sollte dem entwickelten Laienverstand, der Intelligenz, die man den gesunden Menschenverstand nennt, ohne weiteres zugänglich sein. Die Grundbegriffe des Strafrechts können ihm nur durch eine Scholastik, die das Natürliche und Einfache verkünstelt und verschraubt, unverständlich werden. Das Wesen der strafbaren Handlung, die Begriffe und die Formen der Schuld, der Teilnahme, des Versuchs u. dergl. sind nichts spezifisch Juristisches oder

Kriminalistisches. Man macht sie dazu, indem man sie dem Leben entfremdet. Jedes Strafurteil sollte dem klar Denkenden, gesund Empfindenden, der teil hat an unserm Kulturleben, fassbar sein, wie wir wünschen müssen, dass der Schuldige es innerlich anzunehmen vermag. Leider gehört das Gegenteil vermöge unserer fehlerhaften Gesetzgebung und der vielfach in Scholastik ausgearteten Strafrechtswissenschaft zu den alltäglichen Erlebnissen. Das aber ist gewiss kein Grund, um den Laien von der Beurteilung der ihm zum mindesten in seiner menschlichen Seite durchaus fassbaren Strafsache auszuschliessen. Im Gegenteil, er wird in seiner natürlichen, einfachen Auffassung der Dinge gegenüber dem sogenannten juristischen Verstand zum gesunden Korrektiv. So kann man ihn zum mindesten überall da, wo nicht die spezifische Rechtsfrage gestellt wird, wo es sich um Tat, Schuld und deren Abmessung handelt, als Strafrichter sehr wohl verwerten. Ja, man soll und muss es tun.

Die Volkstümlichkeit des Rechtes ist eines der höchsten rechtspolitischen Ziele. Sie kann nicht sein ohne Vertrauen des Volks in die Rechtsprechung. Daher ist es ein unabweisbares Postulat im konstitutionellen Staate, der dem Volk die Mündigkeit zuerkennt, es an der Rechtsprechung überall da zu beteiligen, wo es ohne Schaden, ja mit Vorteil für die Justiz geschehen kann.

V. Wie kann das geschehen? Zunächst durch eine Selektion der Laienrichter, die den oben angedeuteten Gefahren begegnet und möglichst geeignete Kräfte für den Richterdienst heranzieht. In Deutschland verfährt man dabei nicht wie in Frankreich nach einem System des Zensus und der Kapazitäten, sondern sucht auf demokratischer Basis Gewähr durch die Auswahl eines Vertrauensmänner-Ausschusses. Aber man begibt sich wichtigen Materials, wenn man, wie bisher, Volksschullehrer vom Schöffen- und Geschworenendienst ausschliesst. Und wie soll das Gericht gebildet werden? In der Art der Schöffen- oder der Geschworenengerichte? In der Jury verkümmert das Richteramt des Laien, wird ihm die Strafzumessung und jeder Einfluss auf die Gestaltung des Urteilsstoffs entzogen, wird die einheitliche Richteraufgabe widernatürlich und unlogisch zerrissen, entsteht die unerschöpfliche Fehlerquelle der Rechtsbelehrung, der Fragestellung und des Mangels geistiger Kommunikation der geschiedenen Urteilsfaktoren: der Geschworenen und der Richter. Der angebliche Gewinn der völligen Freiheit der Jury ist Illusion oder doch zu teuer erkauft. Im einheitlichen Schöffenkollegium sind alle diese Fehler vermieden, kommt der Laienrichter vollwertig zur Geltung, sichert man ihm überdies die Mehrheit, so dass es nur von ihm abhängt, wie viel seine Stimme gilt. Zur Selbstzucht des Richters gehört, von dem Schöffenelement Nutzen zu ziehen und es nicht zu unterdrücken. — Überdies eignet sich nur das Schöffengericht zum Berufungsgericht, während das Geschworenengericht mit seinem Orakelspruch sogar jede Berufung unmöglich macht und die Revision wesentlich verengert.

So gehört neben der Verwendung des Einzelrichters und des Reichsgerichtes die Zukunft dem Schöffengericht in allen erstinstanzlichen Strafsachen, — und in der Berufungsinstanz.

25. Abschnitt.

a) Zivilrechtspflege.

Von

Dr. Albrecht Mendelssohn Bartholdy,

o. Professor der Rechte an der Universität Würzburg.

Literatur:

A) Allgemein: Die Darstellungen des Zivilprozesses in Birkmeyers Enzyklopädie (2. Aufl. 1904) von Stein und in Holtzendorffs Enzyklopädie von Kohler (6. Aufl. 1904), die allgemeinen Vorbemerkungen im Kommentar zur Z.P.O. von Stein (10. Aufl. 1910, S. 1—22), und Struckmann-Koch (9. Aufl. 1910, S. XIII fglde). Von grösster Bedeutung für jede neue Prozessgesetzgebung bleiben Wachs Vorträge über die damals neue Z.P.O. von 1879 und Klein's Vorlesungen zur Einführung der neuen österreichischen Z.P.O.

B) Zur Bedeutung des ausländischen Rechts für die Reform vor allem die Abhandlungen von Chiovenda, Pound und Tissier im Prozessreformheft der Rheinischen Zeitschrift (Juli 1910); Haager, der französische Zivilprozess und die deutsche Zivilprozessreform (Berlin 1908); zum englischen Recht ausser den unten genannten Werken von Adickes und Stein: Koellreuter, Richter und Master (Prozessrecht. Forschungen Heft 1); Peters, Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform; R. Schmidt in der Zeitschrift f. Politik I 250; Mendelssohn Bartholdy, das Imperium des Richters (Strassburg 1908), derselbe, Justizreform, Jahrb. des öff. Rechts I 153.

C) Aus der sehr breiten und verschiedenwertigen Literatur der letzten Jahre zur Prozessreform in Verbindung mit der Lehre von der freien Rechtsfindung hebe ich hervor (aber unter ausdrücklichem Hinweis auf die vortrefflichen Berichte von Hedemann im Archiv f. bürgerl. Recht 31 296 und 34 115, wo besonders auch die Arbeiten von Stampe und Danz gewürdigt sind): Stammer, die Lehre vom richtigen Rechte 1902, Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903, Peters, Prozessverschleppung, Prozessumbildung usw. 1904; Rumpf, Gesetz und Richter 1906; Kantorowicz, der Kampf um die Rechtswissenschaft 1906; Adickes, Grundlinien durchgreifender Justizreform 1906; derselbe, Zur Verständigung über die Justizreform 1907; Stein, Zur Justizreform 1907; Schwartz, Erneuerung Deutscher Rechtspflege 1908; Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs 1908 und dazu Rabel in der Rhein. Z. 2 308; Kantorowicz, Zur Lehre vom richtigen Rechte 1909; Rundstein, Freie Rechtsfindung im Archiv f. bürgerl. R. 1909 fglde.; Mendelssohn Bartholdy, Programmatisches zur Prozessreform in der Rhein. Z. 2 437, Reform d. Zivilprozesswesens in D.R.Z. 1913 273, 313, 439, 483; Kohler, Zur Prozessreform Rhein. Z. 3 fglde.; Kisch, Unsere Gerichte und ihre Reform 1909; Brie und Kiss, Billigkeit und Recht im Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 3 526 u. 536; Ehrlich, Die Erforschung des lebenden Rechts in Schmollers Lehrbuch 35 (1911) 129 fglde.; Vierhaus, Die Methode der Rechtsprechung 1911. — Für die kleineren Schriften und Aufsätze die Literaturübersicht von Kann in Buschs Zeitschrift 40 (1910) 359 und 422, wo auch die Schriften von Fuchs und Düringer erwähnt sind; neuerdings erscheinen kurze Gesamtberichte über die Prozessliteratur in der Zeitschrift „Geisteswissenschaften“.

Ganz besonders sei auf zwei kleine Festschriftbeiträge hingewiesen, die aber im inneren Gehalt mehrere Bände der übrigen Literatur überwiegen: Andreas Heufler, Aus der Basler Rechtspflege in 5 Jahrhunderten, in der Basler Jubiläums-Festschrift (1910) S. 1 fglde., und Leopold Wenger, Antikes Richterkönigtum in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen B.G.B. (1911) I 479 fglde.

I. Die Zivilrechtspflege ist noch mehr als ihr strafrechtliches Geschwister der Macht- und Partei-Politik ent Fremdet. Fragen, die bei einer Strafgesetzreform unter dem Gesichtspunkt des freihheitlichen oder autoritären, des konservativen oder demokratischen, des kapitalistischen oder sozialistischen Zugs erörtert zu werden pflegen, lassen, wenn sie in einer Zivilprozess-Novelle aufgeworfen werden, die öffentliche Meinung kalt: man denke an die Strafarten (Todesstrafe, körperliche Züchtigung, Deportation) dort und an die Vollstreckungsformen hier, an die Zuziehung der Laien zur Rechtsprechung dort und hier, an die Probleme der Auslieferung und Ausweisung im Gegensatz zu den ganz den Juristen überlassenen Fragen der internationalen Rechtshilfe im Zivilstreit. Ein Mittelweg wäre gegenüber diesem Zustand zu wünschen. Der Kriminalist klagt darüber, dass Einrichtungen der Rechtspflege durch das Hin- und Herzerren im parteipolitischen Programm entwürdigt werden und offene, jedem Rechtspraktiker sehr fühlbare Missstände nicht beseitigt werden

können, weil sie einmal eine „Errungenschaft“ waren; er empfindet es nicht ohne Grund als schweres Hemmnis gesunder Justizgesetzgebung, dass in den Parlamenten der Abgeordnete, der bei einer Kommissionsberatung nach den Bedürfnissen der Rechtspflege stimmt, im Plenum dem Fraktionszwang unterworfen ist und deshalb die für recht erkannte, aber unpopuläre Reform nicht zu befürworten wagt. Dagegen ist dem auf die Besserung der Zivilrechtspflege bedachten Rechtsverständigen die Gleichgültigkeit im Weg, mit der selbst die Grundsätze und die alltäglichen Wirkungen des bürgerlichen Streitverfahrens im Volk und selbst unter den Leuten, die sich besonders mit der Erörterung und Behandlung des öffentlichen Wesens abgeben, betrachtet — oder vielleicht geradezu übersehen werden; er ist betroffen davon, wie wenig selbständiges Nachdenken der Bürger, der nicht eber selbst in einen Prozess verwickelt ist, den Problemen widmet, die ihm die wichtigsten scheinen: etwa der Stellung des Richters und des Anwalts, der Unabhängigkeit und Würde des Richteramts, der Einheit der Rechtsprechung, der Einfachheit und Billigkeit, aber auch der Energie des Prozessgangs, oder, um einige verstreute Einzelfragen hervorzuheben, der Zeugnispflicht (Beeidigung), dem Armenrecht und der unentgeltlichen Gewährung von Rechtsrat, dem Prozessführungsrecht des Ehemanns und der Vollstreckung in das Frauenvermögen, dem Präventivakkord oder schliesslich dem Aufhebungsverfahren gegen rechtskräftige Urteile. Nur das verkehrte und verwirrende Schlagwort der „Weltfremdheit“ des Richters ist gleichmässig oder wenigstens ohne besondere Differenzierung für Zivil- und Strafrechtspflege durch die Presse in die Vorstellung der Menge von unserm Rechtswesen eingedrungen, während zum Beispiel die nah verwandten und durchaus berechtigten Klagen über unverständliches und oft geradezu auf die Verblüffung des Rechtsunkundigen hinauskommandes Juristendeutsch ohne Resonanz bleiben und sich höchstens gelegentlich in der humoristischen Ecke des Feuilletons auslassen dürfen.

2. Diesem allem zum Trotz tritt in der neuern Reformbewegung auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege nichts anderes so deutlich hervor wie das Verlangen nach stärkerer Bewertung des Öffentlich-rechtlichen im Zivilprozess. Das zeigt sich nicht nur in der deutschen Literatur; ein Vergleich mit den Bestrebungen in Frankreich und Italien, in den Vereinigten Staaten und in England, wie ihn das Prozessreformheft der Rheinischen Zeitschrift (Juli 1910) an den Abhandlungen von Tissier, Chiovenda und Pound erlaubt, zeigt überall, sogar bei den verschiedensten Zuständen der Staats- und Rechtskultur und bei einer im übrigen unverkennbaren Unvergleichbarkeit der Rechtspflege-Einrichtungen, dieselbe Tendenz. (Vgl. besonders a. a. O. S. 490, 491; 505, 506; 533 fgd., 563 und meine Abhandlung über Justizreform im Jahrbuch des öffentl. Rechts 1907 153 fgd., 166, 167). Sie impliziert keineswegs ein Aufgeben der s. g. Verhandlungsmaxime, obgleich natürlich für sie der Gegensatz zwischen dem gerichtlichen Verfahren in Strafsachen und in Zivilsachen gegenüber der Betonung des gemeinsamen gerichtlichen (Staats-) Charakters beider Prozesse zurücktreten muss. Ein guter Prüfstein für die ältere und die neuere Auffassung ist der Fall einer auf Klage und Klagbeantwortung (oder sonstigen genügenden Schriftenwechsel) anberaumten Verhandlung, zu der der Richter vorbereitet erscheint — er hat auch bei der Verteilung der Geschäfte unter seine Amtsstunden mit der wahrscheinlichen Dauer dieser Verhandlung rechnen müssen —, die Parteien aber beide ausbleiben (oder eine Partei ausbleibt und ihr erschienener Gegner daraufhin sich weigert, allein mit dem Richter die Sache fortzuführen). Mit anderen Worten: Die für den Säumigen mildere oder strengere Gestaltung des Versäumnisverfahrens ist eines der besten Kriterien für den Geist der Prozessordnung. (Tissier a. a. O. S. 560 zum französischen Entwurf; die sehr schwächlichen Änderungen der Novelle von 1909 zur deutschen Z.P.O.; die radikale Unterdrückung der Parteiversäumnis im englischen Prozess.) Je mehr die öffentlich-rechtliche Seite des Zivilprozesses betont wird, desto mehr Gewicht legt man auch auf die Bedeutung der Gerichtsverfassung für den Prozess. Für das geringe Verständnis, das noch die deutsche Justizgesetzgebung von 1879 diesem organischen Zusammenhang entgegenbrachte, ist es bezeichnend, dass bei grundverschiedener Gestaltung des Straf- und Zivilprozesses die Verfassung der Gerichte in einem selbständigen Gesetz für die beiden Prozesse zusammen geordnet wurde. Ebenso bezeichnend ist auf der anderen Seite, dass in der Justizverwaltungspraxis der deutschen Staaten überall eine mehr oder weniger ausnahmslose Trennung der Zivilrichter- und der Strafrichter-Laufbahn, im Zusammenhang mit der Beförderung vom Staatsanwalt zum Strafrichter, besteht.

3. Zwei verschiedene Grundformen des Aufbaus einer Gerichtsverfassung sind denkbar und stehen, heute noch, jede mit ihren offenen Nachteilen behaftet, in Geltung. Die eine Form hat für die wichtigsten, neue Rechtsfragen aufwerfenden Zivilprozesse ein hauptstädtisches Zentralgericht (Hochgericht) erster Instanz und daneben für die geringeren Sachen, ursprünglich nur für Bagatellsachen und Sonderprozesse, Lokalgerichte erster Instanz durch das ganze Land. Über beiden Gerichtsarten der ersten Instanz baut sich ein Rechtsmittelsystem auf, das in England über dem Hochgericht noch zwei Instanzen (Court of Appeal und Oberhaus-Gericht) kennt, jedoch mit einer durch Herkommen, Schwierigkeiten und Kosten des Rechtsmittelverfahrens und überwiegende Abweisung der eingelegten Rechtsmittel äusserst niedrig gehaltenen Zahl der Appellationen und Ober-Appellationen rechnet (Vgl. mein Englisches Richterturn im Court of Criminal Appeal, 1909, S. 35 fgd., 41). Da überall in der neueren Zeit die Kompetenz der Untergerichte sich auf Kosten der höheren erweitert und dadurch die Autorität der hochgerichtlichen Entscheidungen, selbst bei striktem Präjudizienystem geschwächt wird, so ist diese erste Form der Gerichtsverfassung gefährdet und braucht da, wo sie sich halten will, die Stütze konservativer Staatsgesinnung und das Gewicht alter Gewohnheit.

Die andere Form der Gerichtsverfassung verstreut die Gerichte der ersten Instanz über das ganze Land, grenzt ihre sachliche Zuständigkeit nach höheren und niedern, personenrechtlichen und vermögensrechtlichen, wichtigen und Bagatell-Sachen (wohl auch nach dem mehr oder weniger auf schleunige Entscheidung drängenden Rechtsschutzbedürfnis) unter einander ab, koordiniert aber dann wieder die höheren und niederen Gerichte der ersten Instanz (Amts- und Landgerichte) in der Wirkung der Prozessführung und der gerichtlichen Entscheidung, die in allen Fällen gleich stark ist (dabei ist nur zu bemerken, dass die den ordentlichen Gerichten der untersten Ordnung gleichstehenden Kaufmannsgerichte in geringwertigen Sachen die stärkste Jurisdiktion besitzen, die das deutsche System überhaupt kennt, da sie inappellabel urteilen). Über den Gerichten der ersten Instanz baut sich auch hier das Rechtsmittelsystem auf, jedoch so, dass die Einlegung des Rechtsmittels gegen das erste Urteil von den Prozessordnungen in jeder Weise erleichtert wird, die höhere Instanz durchaus selbständig und unter mehr oder weniger beschränktem Noverrecht der Parteien den Fall prüft (ohne irgendwelche Stimmung in favorem der Unterentscheidung) und insbesondere nach deutschem Prozessrecht auch der Vorteil der vorläufigen Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils durch die Schadensersatzpflicht des Gläubigers aus § 717 Abs. 2 Z.P.O. herabgemindert ist. Auch der höchste Gerichtshof, dem bei dieser Form der Gerichtsverfassung vollends keine unmittelbare, erstinstanzliche Jurisdiktion zukommt, hat noch eine äusserst breite Zuständigkeit, die durch sämtliche Beschränkungen des zu ihm führenden Rechtsmittels in den Grenzen der Leistungsfähigkeit seiner Mitglieder gehalten werden muss. Hier ist der wunde Punkt dieses Systems. Ein Gerichtshof, der nur in den seltensten Fällen — fast nur *praeter legem* — dazu kommt, den eigentlichen Richterberuf des Urteilens über subjektives Recht und Unrecht zu üben, dafür aber tagaus, tagein die Rechtsanwendung der mittleren Gerichte auf schon in der untersten Instanz festgelegte Tatbestände nachzuprüfen hat, ist in steter Gefahr zum Gegenstück des berichtigten Wiener Hofkriegsrats zu werden, der vom grünen Tisch aus den im Feld stehenden Generalen und Truppenführern ihre Marschlinie vorschreibt.

4. Eine freiere Gestaltung des Rechtsmittelwesens, die auch dem höchsten Gericht neben seiner Revisions- oder Kassations-Aufgabe einen Anteil an der unmittelbaren Rechtsprechung geben könnte, ist freilich nur in der Art zu denken, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels weithin in das Ermessen der Urteilsgerichte gestellt wird. Ein kleiner Ansatz in dieser Richtung findet sich in der Z.P.O. neuester Fassung im § 708 Ziffer 7 cf 717 Abs. 3. für die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit. Die volle Entwicklung ist aber davon abhängig, dass die Vorstellung eines Rechts der Partei auf das Rechtsmittel wenigstens für die Revision oder Ober-Appellation völlig aufgegeben und das zweite Rechtsmittel ausschliesslich in den Dienst der allgemeinen Justiz gestellt wird; und des weiteren davon, dass man vor der Überlassung der Frage der Angreifbarkeit einer Entscheidung an das Ermessen des Richters nicht zurückschreckt. Jede gesetzliche Regelung, die in gewissen Fällen ein Recht auf Rechtsmittel gäbe oder dem Richter vorschriebe, unter welchen

stimmten Voraussetzungen er allein die Erlaubnis zum Rechtsmittelangriff versagen dürfe, ist zu perhorreszieren, insofern sie den Zweck der Einschläferung von Argwohn und Misstrauen gegen den Richter („Willkür“ des Richters) doch nicht zu erreichen vermag, wohl aber ihrerseits eine Quelle von Streitigkeiten vor dem höchstinstanzlichen Gericht werden würde, die ebenso zeitraubend sind wie das Rechtsmittel in der Sache selbst und dem Ansehen der Justiz nur schaden können. Glaubt man also, dass nach der Art der Richter, deren Ermessen walten müsste, eine unbefangene Würdigung der konkreten Dienlichkeit des Rechtsmittels nicht zu erwarten ist, vielmehr zu befürchten stünde, dass die Richter entweder in übermässig vielen Fällen die Verantwortung für die Entscheidung auf das höhere Gericht würden abschieben wollen oder umgekehrt geneigt wären, ihre Urteile für unfehlbar zu halten oder jedenfalls der Kritik durch das höhere Gericht zu entziehen (sog. Vermauerung), so ist die erörterte Umbildung des Rechtsmittelwesens gar nicht zu versuchen. Andererseits könnte eine Sicherung gegen ein bei einzelnen Richtern etwa vorhandenes Vermauerungsbestreben beim Kollegialgericht darin gefunden werden, dass zum Versagen des Rechtsmittels Einstimmigkeit verlangt würde.

5. Unmittelbar hängt mit der eben berührten Frage eines der Tatbestandsermittlung ganz brauchten Revisionsgerichts zusammen die hiernurkurz zu streifende Frage der Ausbildung und Anzahl der Richter, des gelehrten oder Laienrichtertums, der monokratischen oder kollegialen Verfassung der Gerichte und innerhalb der Kollegialverfassung die Frage der grösseren oder geringeren, der notwendig ungeraden oder vielleicht auch geraden Zahl, der Mehrheit oder Einstimmigkeit bei Entscheidungen ungerad besetzter Kollegien. Zum Teil finden diese dem allgemeinen Staatsrecht so gut wie dem Prozess angehörenden Probleme an anderer Stelle des Handbuchs ihre eigene Darstellung. Neuere Vorgänge in England nötigen zu entschiedener Betonung der Forderung, dass bei der Auswahl der Richter ihre politische Gesinnung völlig ausser Betracht bleiben müsse. Dort ist von Parlamentsmitgliedern der Regierungspartei verlangt worden, dass bei der Besetzung gewisser Richterstellen der Lordkanzler, in dessen Hand die Ernennung liegt, den Wünschen des Abgeordneten Rechnung trage, in dessen Bezirk der Richter Jurisdiktion üben wird, damit einflussreiche Parteimitglieder nicht ohne die Belohnung dieser — ehrenamtlichen — Stellen zu bleiben brauchen. Die Zurückweisung dieser Präntensionen durch den Lordkanzler ist nicht ohne merkbare Erschütterung seiner Stellung gelungen. Während man früher die Parlamente als Hüter und Wächter der unparteiischen Besetzung richterlicher Ämter durch die Regierung anzusehen geneigt war, ist heute umgekehrt die Regierung im Parlament vielfach dazu gedrängt, die politische Farblosigkeit des Richters gegen die Patronagewünsche wie gegen die parteipolitische Kritik der Volkvertreter zu verteidigen, ein Zustand, der im Interesse der parlamentarischen Verfassung (und besonders vom Standpunkt derer, die an die Möglichkeit einer demokratischen Regierungsform glauben) mehr zu bedauern ist als im Interesse der Justiz.

Grössere praktische Bedeutung hat für deutsche Verhältnisse heute die Frage, ob an den Richter ausschliesslich oder vorwiegend Anforderungen des technisch-juristischen Könnens zu stellen seien oder ob seine Tauglichkeit zum Richteramt sich wesentlich nach seiner Lebenskenntnis, seinem Verständnis der sittlichen Anschauungsweise und der wirtschaftlichen Gewohnheit des Volks beurteilen solle. Dabei ist, wenn dies letztere emphatisch bejaht wird, nur eine neue Frage aufgetan: ist es möglich, dem künftigen Richter diese Fähigkeiten in der Ausbildungszeit anzulernen und ihn vor der Anstellung darauf zu prüfen, ob er sie erworben hat und richtig übt? Wir dürfen der Möglichkeit, da ihre Verwirklichung so sehr zu wünschen wäre, das beneficium des Zweifels geben, uns aber nicht verhehlen, dass auf jeden Fall eine Verstärkung der diskretionären Gewalt des Leiters der Justizverwaltung in Kauf genommen werden muss, und dass von der Forderung des Verständnisses für die „Wirtschaft“ (im Gegensatz oder als Ergänzung zum reinen „Recht“) nur ein kleiner Schritt ist zu der Forderung eines Einschwörens der Richter auf bestimmte wirtschaftliche Anschauungen und Dogmen, seien sie wissenschaftlicher oder politischer Natur.

Bestimmteres lässt sich über die Kollegialverfassung der Gerichte sagen. Der Einzelrichter der ersten Instanz ist nirgends in Gefahr, bei einer Reform dem Kollegium weichen zu müssen, im Gegenteil ist einer der wenigen Punkte, an denen die Rechtsvergleichung eine Regel für die ganze

Kulturwelt ergibt, heute der der Grenzen zwischen der Jurisdiktion des untern und obern Gerichts erster Instanz; überall erweitert sich die Zuständigkeit des ersteren auf Kosten des letzteren. Da wo die Teilung der Zuständigkeit nach dem Geldwert der Streitsache erfolgt ist, erklärt man mit der Minderung dieses Wertes im Wirtschaftsverkehr die Notwendigkeit der Hinaufsetzung des für die Zuständigkeit entscheidenden Werts sehr einfach. Indessen zeigt sich die allgemeine Tendenz auch da, wo die Teilung nach sachlichen Kriterien ohne Rücksicht auf den Streitwert erfolgt ist. Man fordert mit Recht, dass diese Art der Teilung, für die der Ausdruck der funktionellen Zuständigkeit in erweiterterem Sinn übernommen werden kann, mehr und mehr an die Stelle der mechanischen Wertgrenze trete, und diese Forderung geht Hand in Hand mit dem Verlangen danach, dass auch hier ein Hin- und Hergeben der Streitsachen unter den Gerichten der ersten Instanz, je nach ihrer Eignung zur einzel- oder kollegialrichterlichen Behandlung, ermöglicht werde. Jetzt entscheiden darüber die Parteien und, wo sie nicht anders disponieren, die starre Zuständigkeitsregel des Gesetzes. Je mehr sich aber der Gegensatz zwischen dem amts- und landgerichtlichen Verfahren vertieft und dadurch zwei völlig verschiedene ordentliche Zivilprozesse nebeneinander treten (darüber vgl. unten 13), desto mehr darf man auch fordern, dass den Fällen Rechnung getragen wird, in denen nach der Meinung des vom Kläger angegangenen Gerichts eine Abweichung von der gesetzlichen Regel dem Bedürfnis des Einzelfalles entspräche. Gegen eine Überweisung vom Amts- an das Landgericht spräche freilich das Bedenken, dass den Parteien im höheren Verfahren höhere Kosten erwachsen und der Anwaltszwang auferlegt wird. Gegen die Abgabe eines einfachen und für eine Partei wenigstens besonders dringenden Rechtsstreits vom Landgericht an das Amtsgericht treffen diese Erwägungen, selbst wenn man ihnen Gewicht beilegt, nicht zu.

Schliesslich ist auch darüber fast allgemeine Einigkeit gegeben, dass die Besetzung der Richterbank in unseren höheren Gerichten mit fünf und sieben Richtern zu hoch gegriffen ist. Dass die hohe Zahl keinerlei Gewähr für die Güte der Entscheidungen bietet — vollends nicht für ein Mass der Vortrefflichkeit des Urteils, das die Nachteile der schwerfälligen Verhandlung aufwäge —, haben die Plenarentscheidungen des deutschen Reichsgerichts-Systems gezeigt. Sie haben in der Praxis völlig versagt, und es fehlte nicht viel, so hätte sich an ihnen gezeigt, dass auch heute noch ein Gesetz in desuetudinem kommen kann. In bedeutenden Streitfragen haben die Plenarentscheidungen vielfach sogar eine lähmende Wirkung auf die Rechtsentwicklung geübt und zu Rückbildungen geführt, die unter der gewöhnlichen Rechtsprechung nicht eingetreten wären. Die Gefahr des Kollegialgerichts liegt immer darin, dass nur ein Kollegialmitglied, der Referent, mit dem Einzelfall nach seinem Tatbestand völlig vertraut wird, während die übrigen Mitglieder nur in streitigen Rechtsfragen zur Entscheidung mitwirken. Dieser, der rechten Übung des Richteramts zuwidergehende Zustand tritt um so eher ein, je höher die Zahl der Richter ist, die die Bank bilden. Will man also eine Rechtsprechung, die möglichst dem Einzelfall gerecht wird, gerade auch in den höheren Gerichten, so ist für die Gerichte erster und zweiter Instanz als Höchstzahl eine Bank von drei Richtern, und auch beim Reichsgericht nur für besondere Fälle nach Anordnung des Senatspräsidenten die Mitwirkung von mehr als drei (bis zu fünf) Richtern zu fordern. Das höhere Gewicht gibt dem Gericht höherer Ordnung nicht die Zahl (da doch $3 \times 1 = 3$ mehr bleibt als $7 \times 0 = 0$), sondern die grössere Erfahrung und die bessere Auslese der Richter, die dem höheren Gerichte zugute kommt.

6. Die Einsetzung von Sondergerichten. denen durch technisch geschulte Beisitzer des Richters für gewisse Arten von Rechtsstreitigkeiten eine populärere Rechtsprechung gewährleistet werden sollte, als sie die ordentlichen Gerichte zu bieten vermochten, ist unter den Prozessualisten von vornherein erheblichen Bedenken begegnet. Ein Weitergehen auf diesem Weg ist nicht zu erwarten, daschon bei den Kaufmannsgerichten durchaus nicht jene Beruhigungswirkung in der öffentlichen Kritik der Justiz eingetreten ist, die sie üben sollten und die auch von den Gewerbergerichten vielfach ausgegangen ist. Eine bleibende Bedeutung wird aber diesen Sondergerichtsordnungen in der Geschichte der deutschen Gerichtsordnung deshalb zukommen, weil sie einen starken Druck auf die Reform des ordentlichen Verfahrens ausgeübt haben und noch üben. Der Vergleich des Amtsgerichtsverfahrens mit dem gewerbe- und kaufmannsgerichtlichen schärft das Bedürfnis nach Schleunigkeit und Formlosigkeit des Prozesses; der Versuch des Ausschlusses der Rechtsanwälte beim Sondergericht gibt

eine Probe, wie sie für sehr v.iele andere Reformvorschläge ebenso drastisch zu wünschen wäre. Die ordentlichen Gerichte werden sozusagen in den Kampf ums Dasein gestellt, und wenn sie in diesem Kampf sich verjüngt und ungeeignete Stücke ihrer Ausrüstung gegen wirksamere vertauscht haben, so werden sie die Jurisdiktion wieder an sich ziehen können, die ihnen zugunsten der Sondergerichte genommen wurde.

Ganz anders sind die in Baden und Württemberg fungierenden Gemeindegerichte einzuschätzen. Sie dienen den ordentlichen Gerichten zu sehr praktischer Erleichterung der Geschäftslast und haben sich so sehr bewährt, dass die Durchführung des ihnen zugrunde liegenden Gedankens durch das ganze Reich angezeigt erscheint und nur die Verschiedenheit des politischen Verhältnisses zwischen Gemeindevorstehern und Gemeindeangehörigen in den verschiedenen Staaten einen Grund zur sorgfältigen Prüfung der Frage abgibt, ob diese Rechtsprechung in Bagatellsachen auch anderwärts wie in Südwestdeutschland durch den Vorsteher oder einen deputierten ständigen Gemeinderichter ausgeübt werden kann. Die Ergebnisse, die das Verfahren in der Praxis gehabt hat, sind unter reiflicher Überlegung des Für und Wider in zwei Abhandlungen von R. Schmidt (Festgabe f. Laband 2 339 und Weidlich (Rhein. Z. 1 45) und in der Monographie von Hegler (Tübingen 1910) vortrefflich zur Darstellung gebracht.

7. Kommen wir zu einer durchgehenden Bagatellgerichtsbarkeit für das ganze Reich, so wäre hier zweckmässig einzusetzen mit der Übertragung der Funktion der Rechtsratserteilung an den Richter. Das, was damit erreicht werden sollte und anderwärts wirklich erreicht wird, nämlich eine Stärkung des richterlichen Imperiums in der Vorstellung des Volkes und in der Wirklichkeit, ist im geltenden Recht wieder nur in schwachen Ansätzen vorhanden. Das Sühnverfahren bei den Amtsgerichten liefert in der Praxis nicht die Erfolge, die es auf dem Papier verspricht und schliesst ja auch durch seine kontradiktorische Gestaltung von vornherein die Fälle aus, in denen einer Partei wirksamer Rechtsschutz schon durch das Gehör und die Belehrung seitens des Richters gewährt werden kann. Der Gerichtsschreiber soll den Verkehr mit der anwaltlosen Partei vermitteln, hält aber meistens in der Praxis mit der Ratserteilung zurück, wo es sich nicht nur um die Formen der Prozessführung handelt, und ist jedenfalls nicht von Amts wegen dazu bestellt. Am lebendigsten ist die unmittelbare Macht des Richters, einer bedrängten Partei ohne Fristen und Termine des kontradiktorischen Prozessgangs zu helfen bei den einstweiligen Verfügungen der §§ 935, 940 Z.P.O. und besonders in der, aus der Z.P.O. etwas herausfallenden, jedoch durchaus gerechten Vorschrift, die dem Richter die Wahl der zweckmässigen Mittel zur Hilfe freistellt: „Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, dass dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräusserung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird“ § 938 (die Vorschrift ist gesetzestechisch gut gefasst, insofern sie im zweiten Satz nicht kasuistisch beschränkt, sondern nur exemplifizierend das Ermessen des Richters leitet; sie hat dadurch überhaupt für diese Fragen der Methode der Gesetzesfassung hervorragende Bedeutung und wird, auch als Muster für die Regelung richterlicher Gewalten im Strafverfahren, nicht genügend gewürdigt). Dass die Verfügung, die der Richter trifft, eine einstweilige, keine der Rechtskraft fähige ist, versteht sich; es kommt aber für die Erweckung der Vorstellung eines starken, im Notfall für den Verletzten, Schutzbedürftigen wirklich brauchbaren richterlichen Imperiums nicht so wohl die Unangreifbarkeit und gesetzesgleiche Kraft einer nach vier oder fünf Jahren des Prozesses von sieben Richtern erlassenen Endentscheidung des Rechtsstreits an, als auf die Möglichkeit sofortigen Eingreifens, selbst wenn es keinen dauernden Bestand hat.

Solange der Richter nicht an ordentlichen Gerichtstagen, sei es öffentlich, sei es in seinem Amtszimmer, um R e c h t s r a t angegangen werden kann, trifft die Justizverwaltungen die doppelte Pflicht der Überwachung, aber auch jeder möglichen Förderung der sozialen Einrichtungen, die der Erteilung von Rechtsrat und dadurch der Justiz selbst dienen. Sparsamkeit im Versagen von Unterstützungen an solche Auskunftsstellen wäre, wenn diese die Gewähr breiter öffentlicher unentgeltlicher Zugänglichkeit und sachlicher Leitung bieten, geradezu eine Vergeudung von Volksvermögen. Wer mit den Rechtsangelegenheiten der ärmeren und amtlichen Schreibwerks unkundigen Volks-

klassen zu tun gehabt hat, weiss, welche schädliche und dem ganzen Geist unserer Rechtsordnung feindliche Rolle die Einschüchterung einer nicht vertretenen und nicht beratenen Person durch juristisch gefasste, mit den gesetzlichen Folgen dieser oder jener Handlung oder Unterlassung drohende Schreiben von Anwälten der Gegenpartei spielt. Bei der letzten Novelle zur Z.P.O. ist für die Neuregelung des Mahnverfahrens darauf hingewiesen worden, dass im Volk die alte Fassung des § 692 viel missverstanden worden sei; weil der Zahlungs „befehl“ nämlich dem Schuldner gebot, entweder zu zahlen oder Widerspruch zu erheben, sollen die in dieser Weise Gemahnten oft geglaubt haben, beim Unvermögen der Zahlung eben wenigstens dem Alternativgebot folgen und den Widerspruch erheben zu müssen, selbst wenn sie gar nicht die Absicht oder die rechtliche Möglichkeit hatten, den Anspruch des Gläubigers zu bestreiten. Deshalb soll ihnen nach dem neuen Recht nur noch geboten werden, den Widerspruch zu erheben „falls sie Einwendungen gegen den Anspruch haben“. Aber während das Gesetz sich so um eine dem einfachsten Verstand fassbare Ausdrucksweise der Befehle bemüht, die von Rechts wegen ein Privatrechtssubjekt mit Hilfe der gerichtlichen Organe an ein anderes erlassen kann, ist für den aussergerichtlichen Verkehr von Anwälten, Rechtskonsulenten, Konkursverwaltern, Gerichtsvollziehern usw. mit den Gegnern ihrer Klienten die entgegengesetzte Methode leider nicht selten in Anwendung, durchaus nicht immer aus dolosen Beweggründen oder dem Bestreben, in imponierender Form aufzutreten, sondern vielfach aus schlechter Routine. Hier hilft eine Rechtsauskunftsstelle, die ohne Entgelt oder gegen ganz geringe Gebühr angegangen werden kann und das Vertrauen der Bevölkerung geniesst, unmittelbar; dass sie, sofern sie der Rechtspflege dienen will, nicht gegen den Anwalt oder gegen die gerichtlichen Organe arbeiten darf, liegt auf der Hand; ein guter, geschlossener, mit den Gerichten aufs allernächste zusammenhängender und zusammenarbeitender Anwaltstand ist der Justiz heute unentbehrlich und da, wo die Prozessordnung die Mitwirkung des Anwalts oder andere Gesetze die Tätigkeit des Notars vorschreiben, da ist für den Rechtsrat von anderer Seite kein Bedürfnis und kein Raum innerhalb der Justiz. Indessen ist dieser Bezirk deutlich abgegrenzt, und ausserhalb sollte umgekehrt der Gegenpartei eines vom Anwalt oder anderen Berufsjuristen Beratenen das Gegengewicht eines öffentlichen Rechtsrats zur Verfügung stehen.

Nicht empfehlenswert scheint dagegen die z. Z. in England in Verbindung mit dem Präjudizienystem gebräuchliche Aufstellung von Versuchsfällen (test cases) zur Entscheidung einer für die Allgemeinheit wichtigen Rechtsfrage im Scheinprozess.

8. Die Frage der U n a b h ä n g i g k e i t der ordentlichen Gerichte ist, nachdem sie lange Zeit geruht hatte, verschiedentlich neuerdings zu praktischer Bedeutung gelangt. Dass die Garantien, die das G. V. G. gibt und somit von Reichs wegen gegen die einzelnen Justizverwaltungen stabilisiert, für sich allein nicht ausreichen, um die Unabhängigkeit der Richter im richtigen Sinn zu schützen, ist bei der komplizierten Natur dessen, was man eben unter dieser Unabhängigkeit zu verstehen hat, selbstverständlich. Drei besondere Sicherungen jener allgemeineren Bürgschaften sind, ihrer Wichtigkeit wegen, und weil sich bei ihnen Konflikte ergeben haben, hier anzuführen. Einmal die Regelung des sog. Kompetenzkonflikts in der Weise, dass den ordentlichen Gerichten nicht nur auf dem Papier des G. V. G., sondern in Wirklichkeit die bindende Entscheidung über ihre Jurisdiktion gegenüber der Verwaltung gegeben und besonders die Rechtskraft eines Urteils, das die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht, gegenüber der unzulässigen Bezweiflung durch Verwaltungsinstanzen des Inlands oder des Auslands vom Staat wie ein Stück seiner eigenen Ehre verteidigt wird. Zweitens dass die ordentlichen Gerichte da, wo ihnen im Prozess die Wahrheitsprüfung zum Richteramt zugewiesen ist, an die Entscheidungen anderer Behörden über Präjudizialfragen auch des öffentlichen Rechts nicht gebunden sind — dies natürlich mit der Bedeutung, dass unter den Handlungen der anderen Behörden die Verfügungen konstitutiven Inhalts von den Entscheidungen deklaratorischer Art zu trennen sind und nur gegenüber den letzteren den Gerichten die Freiheit der eigenen Ermittlung und Prüfung gewahrt wird. Schliesslich ist als Ergänzung der persönlichen Unabhängigkeitsgarantien für den Richter darauf zu achten, dass sein Amt ihm zur ausschliesslichen Aufgabe im Staatsdienst wird; zu vermeiden wäre also ebenso die Bestellung von Verwaltungsbeamten oder Beamten des Unterrichtswesens zu Richtern im Nebenamt wie umgekehrt die nebenamtliche Beschäftigung der Richter in Funktionen, die unter der gewöhnlichen Beamtendisziplin stehen müssen.

9. Im Ausland wird mehrfach vom Richter politische Neutralität verlangt, während in Deutschland die Aktivität höherer Richter im Parteileben und ihre Wahl zu den Parlamenten nichts ungewöhnliches ist. Das englische Beispiel jenes Neutralitätssystems kann nicht zur Nachahmung aneignen, wenn man es nach seinen Früchten beurteilt, denn einerseits ist gerade in England die Mehrzahl der Richter vor ihrer Ernennung politisch häufig im Parlament selbst, tätig gewesen, wodurch der Verdacht parteipolitischer Motive für die Ernennung und das Bestreben eifriger Parteileute, Einfluss auf die Ernennungen zu bekommen, nie ganz zum Einschlafen kommen kann; andererseits scheitert die Durchführung des Systems im Oberhaus, da hier die höchsten Richter des Landes wieder an den politischen Debatten oder wenigstens an den Abstimmungen über rein politische Fragen teilnehmen.

In den deutschen Staaten, die eine erste Kammer besitzen, ist die Ernennung eines oder mehrerer Höchstrichter des Landes durch den Landesherrn zum Mitglied dieser Kammer üblich. Zu wünschen wäre, dass solche Mitgliedschaft überall ex officio einträte, wie es die neue Verfassung für Elsass-Lothringen im § 6 I verordnet. Die Ernennung verletzt gewiss die Unabhängigkeit des Richters an sich noch nicht. Unterbleibt sie aber, der Regel zuwider, in einem Fall, so ist damit eine Kritik des Souveräns und der seine Wahl bestimmenden Regierung nicht nur an der Einzelperson, sondern am Amt selbst geübt und das Ansehen des Standes geschädigt, da ja natürlich die Nichternennung auf keinen Fall würde bedeuten können oder sollen, dass nun der Übergangene auch sein Richteramt verlasse und damit dem Chef der Justizverwaltung die Möglichkeit der Ernennung eines politisch genehmeren Richters auf den freien Posten gewährt werde. Für das Reich ist, solange ihm die erste Kammer fehlt, durch eine staatsrechtlich-gesetzlich geregelte Form der Mitwirkung und jedenfalls des Beirats einer Gruppe von Höchstrichtern bei der Schaffung von Justizgesetzen ein Ersatz zu suchen.

10. Im allgemeinen Prozessrecht steht mit der Gerichtsverfassung im nächsten Zusammenhang die Sicherung der Einheitlichkeit oder wie man häufiger kurz und hyperbolisch sagt: Einheit der Rechtsprechung. Dass sie höchst wünschenswert ist, daran zweifelt niemand. Andererseits ist nicht zu leugnen, dass neuerdings häufig einer drängenden Prozessreform die durch sie drohende Gefährdung der einheitlichen Rechtsprechung so summarisch entgegengehalten worden ist, als sei die Einheit schlechthin das höchste Gut der guten Justiz und deshalb inkommensurabel. Demgegenüber ist in meinem Wiener Vortrag über das Thema (Österr. Zentralbl. f. d. jur. Praxis 29, 1 ff) der Versuch unternommen, sie unter die übrigen Grundsätze des Prozessrechts zurückzustellen und vor allen Dingen dem Schlagwort einer angeblich vorhandenen und gefährdeten Einheit der Rechtsprechung im deutschen Prozess das Bild der Wirklichkeit entgegenzustellen. Sichern lässt sich die Einheit nur durch das Präjudizien-system oder durch die straffe Zentralisierung der Gerichtsverfassung in einem Hochgericht. Beides ist dem geltenden deutschen Prozessrecht gleich fremd. Die Wirkung, die wir den endgültigen Urteilen der Zivilrechte geben, ist streng auf den entschiedenen Fall beschränkt; das ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Natur des Verfahrens mit seiner weitgehenden Freilassung der Parteiposition. In der Praxis ist ein Gegengewicht gegen eine zu starke Partikularisierung der Rechtsprechung dadurch geschaffen, dass nicht nur die wichtigeren Entscheidungen der höheren Gerichte, und zwar neuerdings mehr und mehr, publiziert und in handlichen Sammlungen jeder Gerichtsbibliothek einverleibt werden, sondern dass auch die Kommentare zur Prozessordnung, denen vielfach fast die Autorität authentischer Gesetzesauslegung in der Praxis eingeräumt wird, ihrerseits auf dem genauesten Studium der Judikatur beruhen, wo sie nicht gar, auf eigene Ansichten der Verfassers verzichtend, nur Repertorien für die Präjudizien der höchsten Gerichte sind. Dieses heimliche Präjudizien-system ist deshalb nicht unbedenklich, weil es, ähnlich wie die amerikanischen Repertorien und Enzyklopädien, mit Rechtspräjudizien arbeiten muss, die, von dem Fall losgelöst, aus dem sie ursprünglich erwachsen waren, ganz wie Sätze der lex scripta wirken. Soll aber das Präjudizien-system überhaupt gegenüber dem Kodifikationssystem Vorzüge seiner Eigenart haben, so könnten sie nur darin bestehen, dass beim ersten der Einzelfall in seiner Eigentümlichkeit stärkerer Beachtung finden kann, weil der Richter vor der Befolgung des im Präjudiz enthaltenen Rechtssatzes genau zu prüfen hat, ob sein jetzt zu entscheidender Fall im Tat-

bestand dem Fall des präjudiziellen Urteils in allem wesentlichen gleichsicht. Das geschieht bei unserem heimlichen Präjudizien-system nicht oder nur sehr selten, da, selbst wenn die Original-publication der Präjudizial-Entscheidung nachgeschlagen wird, der Tatbestand in ihr nur in den für die folgenden Urteilsgründe und den Tenor wesentlichen Punkten zurechtgemacht wiedergegeben ist, oft auch ganz fehlt. Ist also gegenüber dem jetzigen Rechtszustand im deutschen Prozess in diesem Punkt etwas zu ändern, so wäre weniger darauf zu sehen, dass die Einheitlichkeit der Rechts-sprechung stärkere Wahrung bekomme, als darauf, dass diese Sicherung aus der Heimlichkeit des Kommentar- und Präjudizien-sammlungs-Wesens in eine offene gesetzlich geregelte Form übergeführt und dabei für eine sorgfältige Handhabung des Präjudizes, das nur bei gleichem Tatbestand an-wendbar sein dürfte, gesorgt würde.

Mit dem Verlangen nach einheitlicher Rechtsprechung wird oft, besonders für Handelsstreitig-keiten, das Verlangen laut nach möglichst genauer Berechenbarkeit der Entscheidung im voraus. (In gleicher Richtung liegt es auch, wenn unter staatsrechtlicher Betrachtungsweise gelehrt wird, das Urteil entspreche, wenn es gut und richtig sei, den Erwartungen der öffentlichen Meinung.) Dabei ist Richtiges und Falsches vermengt. Richtig ist, dass die *lex scripta* möglichst klar sein und dadurch dem einzelnen Rechtssubjekt die Richtschnur für sein Handeln und für sein Verhalten zum Handeln anderer abgeben muss; richtig ist, dass man hier von einer präventiven Auf-gabe des Gesetzes sprechen kann, das durch seine klare, genaue, möglichst alle Fälle deckende und Kontroversen vermeidende Fassung die Entstehung von Rechtsstreitigkeiten verhindert, so weit diese nicht aus offenem Rechtsbruch entstehen und deshalb auch einfach und rasch zu erledigen sind; richtig ist schliesslich, dass der Gesetzgeber in seinen Vorschriften überall dem „richtigen Recht“ zum Durchbruch verhelfen soll, und sofern dieses wiederum sich mit dem Willen der Allgemeinheit, deckt, eine Wechselwirkung zwischen diesem Willen und dem Gesetz eintritt. Unrichtig ist aber-dass in den Fällen, in denen die präventive Macht der Gesetzes versagt hat, sei es, weil das ob-jektive Recht unklar gefasst, sei es, weil das subjektive nicht besonders eigenartig und kompliziert ist, nun auch vom Richterspruch das Gleiche wie vorher vom Gesetz gesagt werden kann. Die ein-fachste praktische Probe auf die Doktrin der Berechenbarkeit ergibt, dass sie nicht standhält. Die Parteien, die sie im Mund führen, sind zugleich die, an deren Prozessführung die Justiz immer Schaden leidet. Die Rechtskraft des Urteils verlangt Achtung und schliesst die Behauptung der Unrichtigkeit aus, zu der die Partei, die das Ergebnis des Prozesses vorausgerechnet hatte und deren Berechnung es nicht entspricht, gerade geneigt ist. Das Ideal des einfachen Rechts- und Wirtschaftszustandes, in dem jeder Gemeindegenosse die Berechtigung und die Rechtswirksamkeit seiner Handlungen sich ebenso selbst zu bemessen vermag wie ihre sittliche oder religiöse Erlaubtheit, liegt in der Entwick-lung weit und unwiderbringlich hinter uns. Dafür kann man weder das Gesetz noch die Justiz ver-antwortlich machen.

II. In besonderem Sinn ist vom Prozessgesetz Klarheit und Verständlichkeit da zu fordern, wo es sich unmittelbar an die ohne Prozessvertreter handelnden Parteien wendet. Das ist in der Prozessordnung in den allgemeinen Vorschriften wie bei der Regelung des amtsgericht-lichen Verfahrens, des Mahnverfahrens, der einstweiligen Verfügungen und der Zwangsvollstreckung vielfach der Fall, ohne dass überall jene Gebote bei der Fassung des Gesetzes beachtet wären. Dem Prozessgesetz ist ganz allgemein der technische Vorwurf zu machen, dass nur in verschwindend wenigen Fällen ausdrückliche Vorschriften über die Folgen eines Verstoßes gegen das Gesetz, über die Möglichkeit der Heilung eines solchen Verstoßes oder eines Mangels und überhaupt über die zulässigen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegeben sind. Wenn es irgend eine Frage gibt, die in der *lex scripta* statt im ungeschriebenen Recht entschieden werden sollte, so ist es eben die nach der zwingenden oder dispositiven Natur der Vorschriften, die die *lex scripta* enthält und besonders der Gebote, die sie den Parteien und sonstigen Prozesspersonen gibt, und im Zusammenhang damit die Frage der Heilbarkeit von Mängeln einer Handlung, die unter solcher Vorschrift vorgenommen ist. Es lässt sich sehr viel dafür sagen, dass man Wissenschaft und Praxis, zusammen mit den wirtschaft-lichen Kräften und dem Rechtsempfinden des Volks, materielle Rechtssätze in verhältnismässig freiem Spiel ausarbeiten lässt; aber wenn der Gesetzgeber einmal Gebote in der starren Form des

Gesetzes erlassen hat, so hat es schlechterdings keinen Sinn, jene rechtsbildenden Faktoren nun sich an den Folgen der Gesetzesverletzung betätigen zu lassen oder ihnen die „Sanktion“ des Gesetzgebungsgebots zu übertragen. Im Gegenteil hiesse das den Bock zum Gärtner machen. In der deutschen Z.P.O. ist die absolute Nichtigkeit von Prozesshandlungen überhaupt nicht geregelt, und die Bestimmungen des § 295 über die Mängelrüge, des § 567 über die Zulässigkeit der Beschwerde (ebenso der §§ 766 und 793 über Beschwede in der Zwangsvollstreckung und Vollstreckungsbeschwerde) und über die Nichtigkeitsklage aus § 579 Z. 4 sind wahre Muster unklarer, den Laien ganz unverständlicher und für den Juristen als Kontroversenherde berücktigter Gesetzesvorschriften. Andererseits wird dieser Mangel des Gesetzes selbst, der bei der Methode der Gesetzgebung unserer Zeit und dem schlechten Stand der legislativen Technik kaum zu beseitigen ist, in etwas dadurch ausgeglichen, dass dem Gericht und dem Gerichtsschreiber für das amtsgerichtliche Verfahren die Rechtsbelehrung der Partei und die Mitwirkung bei der rechtlich wirksamen Formulierung ihres Willens vorgeschrieben und in der Zwangsvollstreckung den ausführenden gerichtlichen Organen die Officialprüfung der Gläubigeranträge und Auträge in weitem Mass zur Pflicht gemacht ist.

Ein anderer fühlbarer Mangel der Gesetzestechnik haftet der Z.P.O. seit der Novelle von 1900 an. Während eine gute Prozessordnung jedem Anspruch, gleichviel welchem bürgerlichen Recht er nach Entstehung und weiteren Schicksalen zugehört, wirksamen Schutz gegen Gefährdung und Verletzung durch richterliche Prüfung, Urteil und Vollstreckung gewähren sollte, sind jetzt in der deutschen Z.P.O. eine Reihe von Vorschriften auf Vorschriften des gleichzeitigen mit der Novelle in Kraft getretenen B.G.B. so eng zugeschnitten, dass sie bei Ansprüchen, die materielrechtlich nicht unter der Herrschaft des B.G.B. stehen, unanwendbar sind; da aber die Jurisdiktion der deutschen Gerichte sich nicht im geringsten mit dem Herrschaftsbereich des B.G.B. deckt, vielmehr, insbesondere durch die stete Erweiterung der sog. dispositiven Zuständigkeit in den neueren Prozessgesetzen, grundsätzlich ausländische Rechtsverhältnisse ebenso gut wie inländische vor den deutschen Richter kommen können, so entstehen durch jene, mit dem B.G.B. zusammengewachsenen Vorschriften der inländischen Prozessordnung notwendig Inkongruenzen und Lücken.

Da wo die Prozessordnung technische Ausdrücke in ihren Vorschriften verwendet, die sonst hauptsächlich im materiellen Zivilrecht vorkommen (z. B. Wohnsitz, Auftrag, Anspruch, Gläubiger und Schuldner, Rechtsnachfolge, Veräusserung, Abtretung, guter Glaube, Erbfolge, Verein und Gesellschaft, unbewegliche Sache, Forderung, Berechtigung — um nur einiges zu nennen), da ist der mit dem Ausdruck zu verbindende Begriff in erster Linie aus dem Zusammenhang der Prozessordnungsvorschriften, also nach der prozessualen *ratio legis* zu bestimmen, und nicht nach dem zufällig im gleichen Staatsgebiete koexistenten Zivilgesetzbuch (Vgl. Rhein. Z. 4 1 fgde.).

Schliesslich ist einer anderen sehr bedenklichen Folge unseres Kodifikationssystems zu gedenken: des zwischen zwei Gesetze Fallens der Grenzmaterien, deren Behandlung dann doch den sonst ganz auf die Anwendung geschriebener Gesetze eingeübten Praktikern überlassen bleiben muss. Aus der langen Reihe solcher zwischen Z.P.O. und B.G.B. durchzufallenden Rechtsfragen nenne ich wenigstens die drei wichtigsten: die der materielrechtlichen Vertretungsmacht in ihrem Verhältnis zur Parteistellung des Prozesses, die der ganzen Beweislast und die der materiellen Wirkungen des Urteils — denn die Ansätze zu einer Regelung der beiden letzteren Materien im B.G.B. und der Z.P.O. sind zu kümmerlich, um selbst der kräftigsten Analogie-Auslegung einen Halt zu geben.

12. Besondere Aufmerksamkeit wendet man, unter dem Einfluss rechtsvergleichender Darstellungen des angloamerikanischen Rechts gegenüber den europäisch-kontinentalen Systemen, der Erscheinung der *Gerichtsregeln* zu, die, ein fest redigierter *stilus curiae* für die Form des Verfahrens, das eigentliche Gesetz entlasten und ihm gegenüber den doppelten Vorteil der Abfassung durch die Sachkundigsten und der leichten Abänderlichkeit und Ergänzungsfähigkeit tragen, während man auf der andern Seite zu ihren Nachteilen eine durch dieses System geweckte übermässige Regulierungslust der Gerichte und die Gefahr des Erstickens der grossen Prozessgrundsätze unter den kleinen Formregeln zählt. Mit der grösseren Dezentralisierung in der Gerichtsverfassung und der feineren Differenzierung der Verfahrensarten nach den Arten der Streitsachen wird die Einführung und Handhabung des Regel-Systems immer schwieriger. (Sehr warm für das Regel-System

englischer Art auf Grund amerikanischer Erfahrungen Pound, Rheinische Zeitschrift II 518; als Illustration des englischen Systems mein Englisches Richtertum usw. 1909, S. 61 f. u. d. e.).

13. Der deutsche Zivilprozess ist nach der Prozessordnung von 1879 wesentlich mündliches Verfahren mit unbeschränkter Herrschaft der Parteien über den Stoff und hier und da eingeschränkter Prozessführungsgewalt der Parteien, denen der Richter als Urteiler, und nur in gesetzlichen Grenzen als Leiter des Verfahrens gegenübersteht. Die starke Betonung der „Grundsätze“ der Mündlichkeit, des Parteibetriebs, und die fast doktrinaire Durchführung der Dispositionsmaxime im Gesetz ist ebenso wie die Bestrebung, wenigstens den Schein einer Zäsur im „konzentrierten“ Verfahren zu meiden, aus Reaktionen und Reflexbewegungen gegenüber dem eben verlassenem oder, wie man überall meinte, überwundenem gemeinrechtlichen System zu erklären. In der Lebensgeschichte des Prozessgesetzes, das sich übrigens, von den Bestimmungen der Novelle von 1909 abgesehen, für moderne Verhältnisse sehr gut und dauerhaft bewiesen hat, zeigt sich denn auch eine Abspannung in allen jenen Punkten. Man gibt sich damit zufrieden, dass je nach der Landessitte hier die Schriftsätze auf ein Minimum reduziert und innerhalb der mündlichen Verhandlung die Plaidoyers nach französischer Art zur Hauptsache gemacht, dort umgekehrt eine intensive aktenmäßige Vorbereitung mit dem entsprechenden Studium des Referenten vor der Verhandlung gefordert, in der Verhandlung selbst aber nur auf die Schriftsätze verwiesen und neu Vorzubringendes auch möglichst verlesen wird — alles nach der gleichen Reichsprozessordnung —; die Novelle von 1905 hat aber auch eine gesetzliche Bresche in die Mündlichkeit der Verhandlung selbst gelegt, indem sie schriftliche Zulässigkeitsprüfung bei der Revision ermögllichte; die Bedenken, die das a priori weckte, sind in Vergessenheit geraten. Der Parteibetrieb ist wenigstens für das amtsgerichtliche Verfahren und für die Einlegung der Rechtsmittel seit den Novellen von 1909 und 1910 dem Amtsbetrieb gewichen, und man weist mit Recht seitdem darauf hin, dass die Bewährung dieser neuen Prozessgangart notwendig ihre Übertragung auf das Verfahren vor den höheren Gerichten zur Folge haben muss, da nichts dem Geist unserer Gerichtsverfassung und unseres Prozesses ärger zuwiderliefe, als eine Diskreditierung des landgerichtlichen Verfahrens und damit ein allmähliches Absterben der Revision als ordentlichen Rechtsmittels an das einzige Gericht des Reichs. Der straffere Offizialbetrieb wird aber wiederum eine Abschwächung der Dispositionsmaxime im materiellen Prozessrecht mit sich bringen. Es ist gewiss wahr, dass Amtsbetrieb und Offizialmaxime nicht unzer trennlich sind, ja dass sie nicht einmal in logischem Zusammenhang stehen. Aber eine tatsächliche Wechselwirkung ist vorhanden. Auf dem Gebiet der Stoffsammlung für den Prozess, des richterlichen Rechts zu spontaner Beweiserhebung oder auch im Versäumnisverfahren gibt es so viele auf der Grenze zwischen formeller und materieller Prozessleitung stehende Vorschriften, dass eine Stärkung der richterlichen Gewalt in jener Richtung zugleich zur Reform in dieser Richtung drängt. Übrigens hängt für die Ausübung der materiellen Leitung schon nach dem geltenden Recht sehr viel von der Art ab, in der die Praxis vom Fragerecht des Richters nach den §§ 138 Abs. 2 u. 3, 139, 286, 288, 289 Abs. 2 und vor allem von der Befugnis zur Auflegung des richterlichen Eides nach § 475 Z.P.O. Gebrauch macht. Schliesslich denkt man auch über die Frage der Konzentration der Verhandlung heute wesentlich anders als vor dreissig Jahren. Auf der einen Seite haben die Versuche des Gesetzgebers von damals, alle Trennungen des Verfahrens wenigstens zu verschleiern, wo sie nicht ganz zu vernichten wären, vor der wissenschaftlichen Kritik so wenig wie vor dem Bedürfnis der Praxis bestehen können: man hat gefunden, dass auch heute noch die Einlassung des Beklagten ihre gewichtige innere Bedeutung neben der Klagerhebung hat und selbständige Wirkungen durch sie ausgelöst werden; man hat den vom Gesetz wie eine Ausnahmeerscheinung nebenher geregelten Beweisbeschluss in täglichen Gebrauch genommen, und, soviel man bisher sieht, lässt sich von diesem Herkommen die Praxis auch durch die sehr gut gemeinten Neuerungen des § 501 Z.P.O. nicht abbringen. Vor allem aber wird immer dringender das Verlangen danach laut, dass der mündlichen Verhandlung, wenn sie wirklich den Prozessstoff konzentriert in sich fassen und als Ganzes dem Richter unmittelbar darstellen soll, ein Vorbereitungsstadium vorangegangen sein muss, das, abgesehen von den Fällen, die sich in ihm selbst als streitlos und liquid erledigen, auch im Zivilprozess nicht wesentlich kürzer oder oberflächlicher sein dürfte, als es die Voruntersuchung im Strafprozess ist. Schon ehe die österreichische Prozessordnung

den Gedanken teilweise verwirklichte, ist der *V o r t e r m i n* für die deutsche Prozessreform gefordert worden, und neuerdings haben die Untersuchungen des englischen Gerichtswesens wieder dargetan, wie notwendig die gründliche *I n s t r u k t i o n* des *P r o z e s s e s* vor einem *R i c h t e r - G e h i l f e n* für das glatte Funktionieren eines Verfahrens mit konzentrierter mündlicher Verhandlung ist. Vor einer Übertragung dieses Vorbereitungsstadiums an einen Einzelrichter dürfte man allerdings dann auch im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht zurückschrecken. Hier wie überall wird die resolute Übersetzung von heimlichen Prozessgebräuchen in offenes Ge-etzrecht nur gut wirken können; was jetzt doch in vielen Fällen der Referent des Kollegiums hinter dem Rücken der Prozessordnung tut, das könnte der Instruktionsrichter im mündlichen oder schriftlichen Vorverfahren besser leisten.

14. An zwei Abschnitten der Prozessordnung sind die Novellen zur Z.P.O., die sonst wenig Steine aufeinander liessen, fast ohne jeden Eingriff vorbeigegangen: am ganzen *B e w e i s r e c h t* und an dem formellen *V o l l s t r e c k u n g s r e c h t*. Für das *B e w e i s r e c h t* hat das seinen Grund wohl in der eben schon berührten Herrschaft der Praxis über die Gestaltung des Verfahrens, der gegenüber ein besseres oder schlechteres Gesetz verhältnismässig wenig bedeutet. Sie ist über den öden Schematismus der Beweismittel, dem die Z.P.O. verfallen ist und der sich am übelsten im Urkundenprozess äussert, ohne Schwierigkeit weggekommen; sie arbeitet ganz selbstverständlich mit der Erkenntnis, dass der Sachverständige Gehilfe des Richters und nicht Beweismittel gleich der Urkunde oder dem Augenscheinsobjekt ist; sie weiss durch die Autorität, die sie der Durchführung des Augenscheinsbeweises gibt, das Fehlen jeglichen Zwangsmittels gegen den Besitzer des Objekts im allgemeinen gut zu machen; sie geht an den Schwerfälligkeiten der Urkunden-Beweisführung, wenn die Urkunde sich in den Händen einer Behörde befindet, auf dem Weg der Rechtshilfe-Requisition (G.V.G. § 169) vorbei und gleicht so die sonderbare Verschiedenheit zum Teil aus, die in den §§ 142, 143 einerseits und § 144 andererseits zwischen dem Beweis durch Urkunde und dem Augenscheinsbeweis statuiert ist; sie macht auch vielfach den richterlichen Eid zu dem, was er ist, was er aber nach der Fassung der ihn regelnden Vorschriften der Prozessordnung dur haus nicht zu sein scheint: nämlich zu einem völligen aliud gegenüber dem zugeschobenen Eid und überhaupt den Partei-Beweisen. Machtlos ist sie natürlich gegenüber den Missständen, die sich aus der strafrechtlichen Regelung der Eidesdelikte in ihrem Verhältnis (oder vielmehr ihrem Missverhältnis) zu der Eidespflicht der Zeugen und Parteien im Zivilprozess ergeben.

15. Das Schmerzenskind des deutschen Prozesses ist, trotz mancher Besserungsversuche der letzten Novellen, das *V e r s ä u m n i s v e r f a h r e n*, zusammen mit dem unbeschränkten Recht der Parteien, *V e r t a g u n g* zu erzwingen und den Prozess ruhen zu lassen. An der Erkenntnis des Übels fehlt es wahrhaftig hier nicht. Es ist ein öffentliches Ärgernis, dass die Parteien, die vom Gericht die volle Bereitschaft zum Gehör der anberaumten Sache fordern, ohne jeden Grund, ja ohne jede Nachricht einfach ausbleiben können, um am Tag darauf wieder gebieterisch einen neuen Termin zur nächsten möglichen Zeit zu verlangen; ein Ärgernis, dass die erschienene Partei aus Rücksicht auf ihren säumigen Gegne; aber mit der dazu gehörenden Rücksichtslosigkeit gegenüber der Justiz, dem Gericht sagen kann: ich bin zwar hier, aber ich verhandle nicht, und dadurch das Gericht zwingt, sie nun auch als nicht erschienen zu behandeln. Wie ist dem abzuhelpen? Die Prozessverjährung und die Zurückstellung des nicht ordentlich betriebenen Prozesses hinter die anderen anhängigen Sachen für die fernere Behandlung ist, nach ausländischem Muster empfohlen, bei uns stets abgelehnt worden; bedenklich ist in der Tat, dass insbesondere das zweite von diesen Mitteln eine Reihe überjähriger Prozesse schafft, die doch schliesslich wieder anderen Rechtsstreitigkeiten die öffentliche Zeit der Rechtsschutzstelle wegnehmen und einer straffen Geschäftsleitung bei den Gerichten im Weg sind. Man braucht radikalere Hilfe; sie ist zu finden in der Klagenabweisung beim Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Klägers, ohne Rücksicht auf Säumnis des Beklagten, nur mit dem Modus, dass das Gericht eine vom Kläger beantragte Vertagung nach seinem Ermessen statt der Klagenabweisung verwilligen könnte, wenn die Partei sachliche Gründe für diesen Antrag bringt (sachlich dabei im Gegensatz insbesondere zum persönlichen Zeitmangel der Partei oder ihres Vertreters gedacht). Schon eine Abweisung durch Prozessurteil würde die Parteien zu schärferem Prozessbetrieb

anhalten; sie hätte aber das Bedenkliche, dass besonders bei vorgeschrittenem Prozess, gar in der Rechtsmittelinstanz die geleistete Arbeit verloren ginge und auf die neu angestellte Klage von neuem geleistet werden müsste, sodass auch dieses Mittel zwar da, wo es präventiv wäre, gut wirken könnte; da aber, wo es versagt, das Übel der Zeitvergeudung eher steigern könnte. Deshalb ist Abweisung des säumigen oder nicht verhandelnden Klägers, auch ohne Antrag des Beklagten, durch Sachurteil zu fordern, und dagegen nur der Rechtsbehelf eines formell streng gefassten Einspruchs an das Urteilsgericht zuzulassen.

16. Das Mass der Urteilstwirkung ist natürlich bestimmt durch das Mass der Parteidisposition über den Prozessstoff (subjektive Grenzen) und durch die Beschränkung der Entscheidungsgewalt des Gerichts auf die von der Partei erhobenen Ansprüche (strenge Klagform, Unzulässigkeit der Klageänderung, Inzidentfeststellungsklage, für die Berufungsinstanz §§ 525, 526, 536, 537 Z.P.O.; objektive Grenzen). Jedoch bricht sich mehr und mehr die Meinung Bahn, dass die Rechtskraftwirkung des Urteils eine öffentlich-rechtlich-prozessuale ist (was mit der Bestimmung ihres Masses durch die Regelung des Prozessrechtsverhältnisses, der Machtverteilung unter die Prozesssubjekte in der Prozessordnung durchaus verträglich ist), die nicht primär nur die Parteien des Prozesses und erst durch eine von ihnen erhobene „Einrede“ auch ein später mit der Sache befasstes Gericht bindet, sondern unmittelbar die Gerichte des gleichen Staats (soweit eine Arbeitsgemeinschaft mit dem Ausland besteht, auch die Gerichte der Konventionsstaaten) angeht und von ihnen kraft Amts beachtet werden muss.

17. Die Zwangsvollstreckung steht durchaus unter dem Zeichen möglichst unmittelbarer, den Schuldner im übrigen schonender Verwirklichung des Gläubigerrechts und verwendet nur im Notfall noch die alten Mittel indirekten Zwangs gegen den Schuldner. Die vorläufige Vollstreckbarkeit der noch mit Rechtsmitteln und Einspruch angreifbaren Entscheidungen wird immer mehr ausgedehnt. Durchaus sinnwidrig hat aber die Novelle von 1909 auch in den Fällen, in denen der Entscheidung aus prozessualen Gründen gegenüber dem Schuldner die besondere Schärfe einer von Amtswegen auszusprechenden vorläufigen Vollstreckbarkeit gegeben wird, dem Gläubiger eine besondere zivilistische Schadenshaftung beim nachträglichen Umfall seines Titels aufgebürdet (Z.P.O. 717 Abs. 2, mit der einen Ausnahme des § 703 Ziffer 7, die den richtigen Weg andeutet). — Für das Vollstreckungsrecht gilt ganz besonders die früher aufgestellte Forderung an das Gesetz, dass es die Möglichkeiten der Heilung und des Angriffs auf fehlerhafte Handlungen der gerichtlichen Organe und der Partei selbst genau bezeichne.

18. Der Gedanke einer internationalen Urteils- und Vollstreckungsgemeinschaft hat neuerdings manche Förderung erfahren. Die Haager Konvention von 1905 hat gegenüber ihrer Vorläuferin von 1897 vor allem in der Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidungen ohne Geleiturteil einen Fortschritt gebracht, an dem nun weiter zu arbeiten ist. Im allgemeinen ist die Gemeinschaft dann durch die Rechtshilfe-Konferenz in Wien 1909/10 für Deutschland und Österreich-Ungarn nach der rechtlichen wie nach der wirtschaftlichen Seite hin eingehend erörtert und in manchen Punkten warm befürwortet worden; dabei hat sich gezeigt, dass durch solche ins einzelne gehende Verhandlungen zwischen zwei Rechtsgebieten auf Grund genauer Kenntnis ihres positiven Rechts mehr zu erreichen ist, als durch breitere und weniger vom geltenden Recht und seinen notwendigen Verschiedenheiten ausgehende Bestrebungen. An die deutsch-österreichische Fühlung sollte sich binnen kurzem eine deutsch-schweizerische, deutsch-holländische und deutsch-französische anschliessen.

19. Die Justizstatistik (für das Reich nach dem Stand vom 1. Januar 1912, für Bayern mit den Ergebnissen von 1912) zeigt eine ziemlich gleichmässige, der Bevölkerungszunahme annähernd entsprechende Vermehrung der Zahl der Prozesse, der Anwälte, der Richter. Die Richter sind von rund 7000 im Jahr 1883 auf wenig über 10 000, die Anwälte von rund 4100 im Jahr 1880 jetzt auf rund 12 300 gekommen, wobei in den letzten vier Jahren die Zunahme besonders stark war; die Zahl der vermögensrechtlichen Sachen (Mahnsachen, ordentliche Prozesse, Urkundenprozesse) ist von 3 325 652 im Jahr 1881 auf 5 694 690 im Jahr 1911 gestiegen; auch hier ist die Zunahme seit 1905 stetig und in den letzten vier Berichtsjahren besonders stark.



im Jahr 1907 zum erstenmal 50 % gegen 1881, im Jahr 1911 schon 71,2 %. Die Novelle vom Jahr 1909 hat die gewünschten Wirkungen für das Verhältnis der amtsgerichtlichen und landgerichtlichen Zahlen gehabt; auch die Verbesserungen des *Mahnverfahrens* spiegeln sich in der Statistik wieder: die Mahnsachen hatten von 1881 bis 1908 mit einer Ausnahme absolut abgenommen, sind dann 1909 um 26 016, 1910 um 206 115 und 1911 um 549 404 auf 2 659 982 gestiegen. In Bayern sind 1912 anhängig geworden 284 387 Mahnsachen gegen 237 127 ordentliche Prozesse und Urkundenprozesse, also 54,6 % Mahnsachen, während es 1909 nur 46,7 % waren. Die Zahl der Revisionen ist durch die letzte Novelle verringert worden, in Bayern von 271 im Jahr 1910 auf 189 im Jahr 1911 und 197 im Jahr 1912. In geringerem Mass ist durch die Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit auch die Zahl der Berufungen zum Oberlandesgericht reduziert worden (in Bayern 1909 2738, 1912 2189); aber dem steht die *Zunahme der Berufungen zum Landgericht* gegenüber, die im gleichen Zeitraum in Bayern von 4864 auf 6558 hinaufgeschwollen sind. Die Reichsstatistik zeigt eine erschreckende Zunahme der Berufungen; auf 1000 kontradiktorische Endurteile der Vorinstanz kamen im Jahr 1881 noch 457 Berufungen, im Jahr 1911 aber 750! Auch an dem unerfreulichen Bild der *Versäumnisstatistik* hat sich nichts geändert; bei den Amtsgerichten waren im Jahr 1911 46 %, bei den Kammern für Handelssachen 53 %, bei den Zivilkammern der Landgerichte in erster Instanz 70 % aller Verhandlungen kontradiktorisch; nur beim Reichsgericht wird die gesunde Prozentziffer von 93 kontradiktorischen Verhandlungen erzielt.

Die Erhebungen über die *Prozessdauer*, die seit einigen Jahren, unter dem Einfluss des Vergleichs mit der österreichischen Ziviljustiz, besonders gründlich vorgenommen werden, gaben kein ungünstiges Bild. Im Reich haben 93,6 % amtsgerichtliche und 76 % landgerichtliche Sachen von der Klage bis zum ersten Termin weniger als einen Monat gebraucht; beim Amtsgericht sind 53,4 % der durch kontradiktorisches Urteil erledigten Sachen in weniger als 3 Monaten und noch 40,3 % in weniger als einem Jahr erledigt worden, bei den Landgerichten brauchten 74,7 % dieser Sachen nicht mehr als ein Jahr. Beim Reichsgericht ist durch die Einstellung von Hilfsrichtern Erleichterung gegenüber der Stockung geschaffen worden, die eingetreten war. Dass auch in der höchsten Instanz eine rasche Erledigung möglich ist, wenn die Zahl der Richter ihrem Jurisdiktionsbereich angemessen bleibt, das zeigt wieder die Uebersicht über den Geschäftsgang beim bayerischen Obersten Landesgericht, wo von 26 kontradiktorisch erledigten Sachen keine überjährig wurde, und 21 (80,8 %) weniger als 6 Monate zur Erledigung brauchten.

b) Die Entlastung des Reichsgerichts.

Von

Geh. Regierungsrat Prof. Dr. K. Schulz,

Bibliothekdirektor bei dem Reichsgericht.

Literatur:

Verhandlungen des 29. Juristentags. Gutachten von Hamm und Syring über die Frage: Empfiehlt sich eine Änderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen? 3. Band S. 39—50 und 129—186. Stenographische Berichte. 5. Band S. 700—774.

Bericht der XII. Kommission des Deutschen Reichstags über den Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozessordnung vom 10. Mai 1905.

Bericht der 14. Kommission des Deutschen Reichstags über die Entwürfe a) eines Gesetzes betr. die Zuständigkeit des Reichsgerichts, b) eines Gesetzes betr. Änderungen der Rechtsanwaltsordnung vom 29. April 1901.

Peters, Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform. Berlin 1908.

Salinger, Max. Die Änderung des Rechtsmittels der Revision die dringlichste Frage des deutschen Zivilprozesses. Berlin 1909.

Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht. Von einem Juristen (Karl Schulz). Berlin 1910.

Putzler, Die Überlastung des Reichsgerichts und die Abhilfsvorschläge. Leipzig 1910.

Kranz, Ernst. Reichsgerichtsreform. Bemerkungen zu dem Gesetzentwurf, betr. die Zuständigkeit des Reichsgerichts. Berlin 1910.

Ott, Emil. Die in Österreich geplante Beschränkung der Revision mit Rückblick auf deren Geschichte in Deutschland. Wien 1911.

In Art und Umfang der Tätigkeit der obersten Gerichtshöfe in den Kulturländern besteht eine grosse Verschiedenheit. An den französischen Kassationshof gelangen jährlich nur 700 bis 800 Kassationsgesuche. Zivil- und Strafsachen werden von je einem einheitlichen Senate entschieden, soweit sie nicht von der Chambre des requêtes nach einer Vorprüfung zurückgewiesen werden. Noch enger sind die Arbeitsgebiete des obersten Bundesgerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika, der jährlich nur etwa 250 Rechtsfälle entscheidet, und des englischen obersten Gerichts. Auf der Geschlossenheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung dieser Gerichtshöfe beruht ganz wesentlich ihr unbestrittenes Ansehen und ihr grosser Einfluss. Nur ausgezeichnete Juristen allerersten Ranges werden für sie ernannt. Im englisch-amerikanischen Recht ist die Fortbildung des Rechts direkt an die einzelnen Persönlichkeiten der Richter geknüpft, die in den Urteilen aufgestellten Rechtssätze werden unter dem Namen des Richters, der sie bei der Begründung des Urteils ausgesprochen hat, in Literatur und Praxis aufgeführt.

Den grössten Gegensatz zu diesen Gerichtshöfen bildet, was den Umfang der Arbeit anlangt, das Deutsche Reichsgericht. Mit dem Eintreten normaler Verhältnisse nach der Überleitung aus dem früheren Rechtszustand wurden von 1884 ab etwa 2100 Revisionen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eingelegt, von 1893 bis 1901 stiegen sie auf 3000, dann ganz schnell von 1902 bis 1904 auf 4000, 1909 auf 4595. An Stelle der ursprünglichen fünf Zivilsenate sind deren sieben getreten. Auch die Revisionen in Strafsachen haben sich so vermehrt, dass statt drei Senaten fünf zu ihrer Aburteilung nötig geworden sind. Trotz dieser Vermehrung war den Senaten eine rasche Abwicklung der Prozesse nicht möglich. In Zivilsachen konnten die Verhandlungstermine erst 10 bis 14 Monate nach dem Einbringen des Rechtsmittels abgehalten werden. Der Übelstand wäre durch eine weitere Vermehrung der Senate des Reichsgerichts zu beheben, wenn mit einer solchen Vergrösserung des Gerichts nicht der grosse Nachteil verbunden wäre, dass zwischen den vielen Senaten in ihrer Rechtsprechung Widersprüche entstehen und dass der Vorteil einer einheitlichen Rechtsprechung und der auf einer solchen beruhenden Fortbildung des Rechts verloren geht. Das Mittel, die Einheitlichkeit durch Plenarentscheidungen aufrecht zu erhalten, bewährt sich wohl bei einfacheren, mehr formalen Rechtsfragen, wie etwa solchen des Prozesses, der Verjährung und ähnlichen, nicht immer aber bei schwierigen und verzweigten Fragen. Umfassende vom Referenten und Korreferenten als Vertretern der entgegengesetzten Meinungen ausgearbeitete und an die Mitglieder verteilte Referate geben der Beratung eine sichere Unterlage. Die Debatte selbst vermag, weil die Zahl der Mitglieder viel zu gross ist, dem Wissen und der Erfahrung der Einzelnen Raum und Betätigung nicht hinreichend zu gewähren. Nach gesetzlicher Vorschrift hat das Plenum nicht den Prozess, sondern die Rechtsfrage zu entscheiden. Die Schwierigkeit liegt hier bereits in der Fassung der zu beantwortenden Frage und weiter in der Erwägung, ob für künftige vielleicht nicht ganz gleiche Fälle die Entscheidung der Frage passt. Vielfach wird die Entscheidung der Rechtsfrage im einzelnen gegebenen Fall zweifellos richtig und treffend sein, die durch die Plenarentscheidung aufgenötigte Generalisierung aber bedenklich erscheinen und später zu einem geistigen Zwange oder zu einer neuen abweichenden Plenarentscheidung führen.

Aus diesem sehr berechtigten Grunde hat man der Vermehrung der Senate ernstlichen Widerstand entgegengesetzt, bis zur übermässigen Inanspruchnahme der Kräfte der Richter und bis zu einer als unmöglich empfundenen Verzögerung der Prozesse. Die zweckmässige Lösung der ange deuteten Schwierigkeiten bildet das Problem der Entlastung des Reichsgerichts.

Eine ideale Auffassung ist genügt, die Prüfung aller Endurteile durch einen höchsten Gerichtshof für wünschenswert zu halten. Die praktische Notwendigkeit zwingt zu einer Begrenzung und

Auswahl der Rechtssachen. Die bei den Amtsgerichten anhängigen bürgerlichen Prozesse enden mit der Entscheidung der Landgerichte auf die eingewendete Berufung. Das Bedürfnis der Begrenzung tritt gebieterisch auf bei den von den Oberlandesgerichten auf Berufung gefällten Endurteilen. Ein größerer Staat vermag hier nicht die Oberberufung zu gewähren, nämlich die Prüfung von Rechts- und Tatfrage, sondern er muss sich auf ein Rechtsmittel beschränken, welches nur die Prüfung der Rechtsfrage zulässt, die Nichtigkeitsbeschwerde oder nach der deutschen Zivilprozessordnung die Revision. Die Unterscheidung nach Faktum und Jus ist alt und schon von den römischen Juristen gehandhabt, der Versuch einer Trennung von Tat- und Rechtsfrage in ihrer formalistischen Durchbildung und mit ihren juristischen Folgerungen ist ein Ergebnis französischer Doktrin und Praxis bei Kassation und Schwurgericht. Die Kassation ist bei der Gestaltung des auf die Rechtsfrage beschränkten Rechtsmittels im deutschen Zivilprozess nur bis zu einem gewissen Grade das Vorbild gewesen. Man hat den Ausdruck „Nichtigkeitsbeschwerde“ vermieden, „weil er zu sehr an den Kassationsrekurs des französischen Rechts erinnerte, mit diesem aber der Sache und den Formen nach vollständig gebrochen werden sollte“. Die Revision wurde „als eine frei gestaltete revisio in jure konstruiert“, sie sollte als „beschränkte Berufung“, nicht als „erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde“ aufgefasst werden.

Mit dieser freieren Gestaltung war auch die freiere Handhabung durch den Gerichtshof notwendig gegeben. Das Auseinanderhalten von tatsächlicher Feststellung und rechtlicher Erwägung, welches im französischen Prozess durch die Bearbeitung des tatsächlichen Teils des Urteils seitens der Anwälte erleichtert wird, hat sich in der deutschen Praxis und Wissenschaft nicht in dem erwarteten Masse durchführen lassen. In dem begrifflichen Erfassen tatsächlicher Vorgänge liegt vielfach ein Element rechtlicher Erwägung. So hat die Begrenzung der Revision unter den Zivilsenaten des Reichsgerichts zu verschiedener Auffassung geführt, Mitglieder der Oberlandesgerichte haben über „Eingriff des Reichsgerichts in die Beurteilung der Tatfrage“ lebhaft geklagt. Jedenfalls hat die freiere Handhabung der „beschränkten Berufung“ dazu beigetragen, dass dies Rechtsmittel auch in Fällen eingeleitet wurde, wo eine strengere Auffassung das Urteil als nur auf tatsächliche Erwägung gegründet ansehen konnte. Die auf diesem Gesichtspunkt beruhende Beschränkung des Rechtsmittels hat danach nicht so vollkommen gewirkt, wie erwartet wurde, und es ist nicht anzunehmen, dass man sich jemals zu der formalistischen Handhabung entschlossen wird, bei der die volle Wirkung der Beschränkung eintreten würde; der 1910 gemachte Versuch einer grösseren Sicherstellung der tatsächlichen Feststellungen der Instanzgerichte gegen Revisionsangriffe durch gesetzliche Vorschriften ist, abgesehen von dem neuen § 561, Absatz 2, vom Reichstag abgelehnt worden. Vereinzelt Stimmen haben wegen dieser Unsicherheit der Scheidung die Beschränkung auf die Prüfung der Rechtsfrage aufheben und dem Reichsgericht auch die Beurteilung der Tatfragen überweisen wollen. Die neue ungarische Zivilprozessordnung hat sich auf diesen Standpunkt gestellt. Für das Deutsche Reich dürfte sich jedoch der Schritt nicht empfehlen, nicht bloss, weil die Zahl der Revisionen stark zunehmen würde, sondern auch, weil bei der tatsächlichen Prüfung die Vorinstanzen in einer vorteilhafteren Lage sind, als das Reichsgericht. Es lässt sich freilich nicht verkennen, dass oberlandesgerichtliche Urteile zuweilen gerade in tatsächlicher Hinsicht zu lebhaftem Widerspruch herausfordern; aber eine so eingreifende Massregel würde nur bei einer völligen prinzipiellen Umgestaltung des Rechtsmittels sich rechtfertigen lassen. Zurzeit werden nicht bloss viele Revisionen zurückgewiesen, weil die Urteile auf tatsächlicher Erwägung beruhen und einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassen, sondern es wird auch in unbestreitbar so gearteten Fällen das Rechtsmittel gar nicht angewendet. Welchen Prozentsatz diese letzteren Fälle ausmachen, lässt sich nicht berechnen.

Unzweifelhaft ist noch eine weitere Einschränkung der Zulässigkeit des Rechtsmittels nötig. Der dem Reichstag vorgelegte Entwurf der Zivilprozessordnung beschränkte den Zutritt zu dem höchsten Gerichte durch das Erfordernis der Difformität der Vorentscheidungen. Der Reichstag nahm in den Jahren 1875 und 1876 diese Beschränkung nicht an, sondern ersetzte sie durch die Einführung einer Revisionssumme von 1500 Mark. Damit geschah ein tiefer Eingriff in das Wesen des geplanten Prozesses, eine prinzipielle Abweichung von der ursprünglich beabsichtigten Begrenzung des Arbeitsstoffes für den obersten Gerichtshof. Was vorauszusehen war und vorausgesehen wurde,



dass die Revisionssumme öfter erhöht werden müsse, ist nur zu bald eingetreten. 1905 setzte man die Revisionssumme auf 2500 Mark fest, der Vorschlag der Regierung, bei *sententiae difformes* 2000 Mark, bei *sententiae conformes* 3000 Mark, anzunehmen, wurde abgelehnt. 1910 haben die schweren Bedenken, die gegen eine weitere Erhöhung der Revisionssumme bestehen, die Regierungen veranlasst, als Hauptmittel der Entlastung des Reichsgerichts unter Aufrechterhaltung der bestehenden Revisionssumme nochmals die Einführung des *Difformitätsprinzips*, d. h. den Ausschluss der Revision bei konformen Entscheidungen vorzuschlagen. Aus theoretischen, praktisch unerprobten Bedenken ist dies Prinzip wiederum vom Reichstag verworfen und dafür die Erhöhung der Revisionssumme auf 4000 Mark beschlossen worden.

Unterstützend soll daneben auf Verringerung der Arbeitslast einwirken die Beseitigung der Beschwerdeinstanz, auf die Verminderung der Revisionen der Ausschluss der Revision bei Arresten und einstweiligen Verfügungen, die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile der Oberlandesgerichte sowie die Erhöhung der Gerichts- und Anwaltskosten nebst Einziehung eines Kostenvorschusses.

Zudem sind zur Aufarbeitung der Prozesse 11 Hilfsrichter bestellt worden. Neue Senate hat man nicht gebildet, die Hilfsrichter wurden vielmehr zur Verstärkung der sieben Zivilsenate verwandt, die alle 14 Tage neben den beiden in der Woche stattfindenden Sitzungen eine dritte unter dem Vorsitz des ältesten Rates abhalten.

Die Wirkung der Reform lässt sich schon jetzt überschauen. Das Gesetz vom 22. Mai 1910 betr. die Zuständigkeit des Reichsgerichts ist am 1. Juli 1910 in Kraft getreten. Vom Januar bis Juni 1910 wurden 2677 Revisionen eingelegt, vom Juli bis Dezember 1667. Nur für diese letzte Hälfte des Jahres wirkte das erwähnte Gesetz. Statt der 4595 Revisionen des Jahres 1909 finden wir 4314 des Jahres 1910, also 251 weniger. 1911 hat sich die Zahl der eingewendeten Rechtsmittel um weitere 813 gegenüber der von 1910 verringert, sie beträgt 3531.¹⁾ Auf einen weiteren Rückgang ist nicht zu rechnen, die Vermehrung der Bevölkerung und Ausdehnung der Tätigkeit von Gewerbe, Industrie und Handel werden vielmehr wieder eine jährliche Steigerung der Ziffer im Gefolge haben. Dann ist eine Verminderung der Zahl der Zivilrichter nicht möglich. Was einschichtige Beurteiler voraussahen, dass die Erhöhung der Revisionssumme nicht den erwarteten und nur einen auf kurze Zeit wirkenden Erfolg haben werde, ist eingetreten. Die Ablehnung der Regierungsvorlage erweist sich als ein bedauerlicher Missgriff. Hinsichtlich der Strafsenate schwebt die Reform der Strafprozessordnung. Wird sie weiter hinausgeschoben oder führt sie zu keiner Veränderung, so wird eine schon jetzt zu spürende Vermehrung der Revisionen in Strafsachen voraussichtlich in einigen Jahren zur Errichtung eines sechsten Strafsenats führen.²⁾ Man wird also zu einer geringeren Zahl als 100 Mitglieder des Gerichts schwerlich wieder gelangen, auch wenn es möglich würde, mit der abgelaufenen Zeit auf die Mitwirkung der Hilfsrichter zu verzichten. Es bleibt voraussichtlich ein Zustand bestehen, den die Begründung des Entwurfs der Zivilprozessordnung „als Unmöglichkeit oder doch als eine fehlsame Institution“ bezeichnete,³⁾ ein Urteil, welches auch in den Motiven der Novelle von 1910 aufrecht erhalten wurde.

Das schwerste Bedenken gegen das *Difformitätsprinzip* ist darin gefunden worden, dass sich ein *Rechtspartikularismus*, eine Sonderrechtsprechung in den einzelnen Oberlandesgerichtsbezirken geltend machen werde. Die Regierungen wollten dem dadurch entgegenwirken, dass die Revision

¹⁾ Es kommen immer noch etwa 500 Rechtssachen auf jeden Zivilsenat im Jahr. Der Erfolg, dass die Termine nicht mehr so weit hinaus angesetzt zu werden brauchen, ist nicht gleichmäßig eingetreten. Am Ende des Jahres 1911 hat der I. Zivilsenat seine Termine angesetzt im Oktober 1912, der II. im März, der III. im Juni, der IV. im Mai, der V. im März, der VI. im Juni, der VII. im März. Die vorläufige Vollstreckbarkeit und die Erhöhung der Kosten scheinen nahezu wirkungslos geblieben zu sein. Eine stärkere von der Einlegung des Rechtsmittels zurückhaltende Wirkung übt der auferlegte Kostenvorschuss. Wegen nicht geleisteten Kostenvorschusses sind 1911 70 Revisionen zurückgewiesen worden.

²⁾ Beschleunigt wird dies durch die ganz ungewöhnliche Vermehrung der Fälle des Verrats militärischer Geheimnisse, deren jeder drei Strafsenate beschäftigt. Möchte in dieser Hinsicht doch eine Entlastung durch Verweisung unbedeutender Fälle an andere Gerichte und durch Besetzung des verhandelnden Gerichts mit nur einem Senat bewirkt werden.

³⁾ H a h n, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung. I. Abt. S. 143.

bei konformen Entscheidungen für solche Fälle gegeben sein sollte, in denen das Berufungsurteil auf der Auslegung eines Gesetzes beruht, die mit einer früheren Entscheidung des Reichsgerichts oder eines Obersten Landesgerichts in Widerspruch steht. Die Geltendmachung eines solchen Widerspruchs sollte dem Privatinteresse der Partei überlassen bleiben. Sehr allgemein wendete man dagegen ein, dass dadurch ein starker Anreiz zur Formulierung von Rechtsätzen aus Urteilen, welche nur den einzelnen Fall zu entscheiden bestimmt sind, gegeben sei und die Verstärkung des Präjudizienunwesens daraus hervorgehen werde. Jedenfalls würde eine grosse Anzahl von Revisionen mit einer auf jene Ausnahme hinzielenden Begründung eingewendet werden. Meines Erachtens wäre der Vorschlag der Regierungen annehmbar gewesen, wenn die Formulierung von Rechtsätzen aus den Urteilen ausschliesslich dem erkennenden Senat überlassen bliebe. Es wäre die einstige Gepflogenheit des Reichsgerichts, in dazu geeigneten Rechtsfällen kurze Rechtssätze oder Grundsätze — ähnlich wie die vom Plenum entschiedenen Rechtsfragen — aufzustellen und als „Notizen“ unter den Senaten des Reichsgerichts auszutauschen, wieder aufzunehmen gewesen. Durch Veröffentlichung hätte man ihnen eine grössere Verbreitung geben müssen. Nur das Abweichen von diesen Sätzen dürfte als Revisionsgrund gelten. So würde das Reichsgericht selbst den prinzipiellen Teil seiner Rechtsprechung von dem mehr zufälligen, in seiner Wirkung auf den einzelnen Fall beschränkten scheiden. Oder die Prüfung des Widerspruchs hätte nur aus öffentlichem Interesse durch eine öffentliche Behörde geschehen dürfen. Von anderer Seite ist zur Verminderung der Bedenken gegen das Difformitätsprinzip die Zulassung der Revision trotz konformer Entscheidungen bei einer Revisionssumme von 5000 bis 10 000 Ma-k vorgeschlagen worden.³⁾

Die frühere praktische Betätigung des Difformitätsprinzips in Ländern des jetzigen Deutschen Reichs (bei der preussischen Revision und im hamburgischen, badischen und braunschweigischen Prozess) ist eine zu beschränkte gewesen, um daraus Gründe für oder gegen seine Einführung zu entnehmen. Wichtiger ist die längere Geltung des Grundsatzes in Österreich. Hier wird er auch bei der jetzt noch schwebenden Reform des Rechtsmittels der Revision seine Mitwirkung bei der Begrenzung behaupten. Die österreichische Regierung hat vorgeschlagen, die Revisionen gegen gleichlautende Zivilurteile nur dann zuzulassen, wenn die Revisionssumme in bezirksgerichtlichen Rechtssachen 1000 Kronen, in Gerichtshofsachen 2000 Kronen überstiege. Das Herrenhaus hat statt dessen die Unzulässigkeit von Revisionen gegen bestätigende Berufungsurteile in allen bezirksgerichtlichen Rechtssachen ferner in Wechsel- und Scheckprozessen bis einschliesslich 1000 Kronen beschlossen.⁴⁾

Die Einheit der Rechtsprechung ist ein Grundsatz, der nicht ohne Begrenzung und verständige Abwägung geltend gemacht werden kann. Die Fülle des individuellen Rechtslebens soll durch ihn nicht eingengt werden, die Entscheidungen dürfen nicht dem Schematismus verfallen. Aber die Sicherheit des Rechtsverkehrs und das Ansehen der Gerichte beeinträchtigende Widersprüche sollen verringert und womöglich ausgeschlossen werden. Die zahlreichen Klagen in der Literatur über widersprechende Urteile betreffen vorzugsweise die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diese unterscheidet sich durch den präjudiziellen Charakter vieler ihrer Urteile wesentlich von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Auch da, wo diese in letzter Instanz Recht sprechen, können ihre Urteile nicht die vorbildliche und massgebende Bedeutung gewinnen wie die des Reichsgerichts; sie können „endgültige Rechtssätze“ nicht aufstellen. Erst in der obersten Instanz tritt das Bedürfnis einheitlicher Rechtsprechung zwingend hervor. Die Bedingungen für diese herzustellen und aufrechterhalten ist daher von besonderer Wichtigkeit.

Die Begrenzung des Arbeitsstoffs des Reichsgerichts durch die Erhöhung der Revisionssumme behandelt völlig ungleich Sachen, die sich in Geld schätzen lasen und solche, bei denen dies ausgechlossen ist; sie beruht auf einem völlig äusserlichen Gesichtspunkt. Das Difformitätsprinzip legt dagegen der Übereinstimmung zweier Instanzen im Ergebnis, wenn auch aus verschiedenen

³⁾ Düringer, Richter und Rechtspflege. Leipzig 1909. S. 58—59. Derselbe: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts. Deutsche Jurist-n-Zeitung. XV. Jahrg., S. 331.

⁴⁾ Die Bedeutung des Difformitätsprinzips im österreichischen Prozess ist gründlich erörtert von Ott a. a. O. S. 57 ff. Vergl. auch: Leonhard, Die Einschränkung des Rechtsmittelzuges im österr. Zivilprozeesse. Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich. 1912 S. 13 ff.

Gründen, eine innere, moralische Bedeutung bei, welche schwerer wiegt, als die Abschätzung in Geld mit ihrem rein zufälligen und leicht beeinflussbaren Charakter. Gewiss wird unter Umständen durch den Ausschluss der Revision bei gleichlautenden Entscheidungen ein maassgebendes und bedeutsames Eingreifen des Reichsgerichts verhindert. Aber das ist auch der Fall in den Rechtssachen mit einer Beschwerdesumme zwischen 2500 und 4000 Mark. Bei dem Difformitätsprinzip führt die Differenz der beiden Instanzen in diesen Fällen die Zulässigkeit der Revision herbei, die jetzt überhaupt ausgeschlossen ist. Es ist auch nicht zu verkennen, dass durch die Erhöhung der Revisionssumme ganze Rechtsgebiete, bei denen die Streitobjekte nicht so hoch bewertet werden können, der einheitlichen Regelung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in einem viel höheren Grade entzogen werden, als durch den Ausschluss des Rechtsmittels bei konformen Entscheidungen mit den obenerwähnten Kautelen.

Wie das Difformitätsprinzip auf die praktische Tätigkeit der Oberlandesgerichte einwirken würde, ist sehr verschieden beurteilt worden. Ich glaube, dass die vermehrte Selbständigkeit nicht zu einer oberflächlicheren, sondern zu einer gründlicheren Bearbeitung der nicht revisiblen Entscheidungen und damit zu einer Stärkung und Hebung der Oberlandesgerichte sowie zu einem grösseren Interesse der Regierungen für ihre Förderung und gute Besetzung geführt hätte.⁵⁾

Wiederholt ist bei der Beratung der Prozessnovelle von 1910 betont worden, dass als wirksame Mittel der Entlastung, falls man nicht Senate und Mitglieder des Reichsgerichts dauernd vermehren will, nur Difformitätsprinzip und Erhöhung der Revisionssumme in Betracht kommen. Auf die anderweit vorgeschlagenen Hilfsmittel möge daher hier nur kurz hingewiesen sein.

Da nur etwa ein Fünftel der eingewendeten Revisionen von Erfolg ist, liegt die Erwägung nahe, dass bei einem Teile der erfolglosen vier Fünftel die Erfolglosigkeit mit einer annähernden Sicherheit hätte vorausgesehen werden können. Der Wunsch, dass die Rechtsanwaltschaft am Reichsgericht strenger in der Auswahl der zur Revision geeigneten Rechtssachen verfare, ist von ihr nicht leicht zu erfüllen, nicht sowohl weil die Rechtsanwälte erster und zweiter Instanz mit der beschränkenden Handhabung der Revision durch die absichtlich in begrenzter Anzahl gehaltene Rechtsanwaltschaft am Reichsgerichte aufs äusserste unzufrieden sind, sondern weil die Erfolglosigkeit bei der verschiedenen Praxis der Senate nicht sicher beurteilt werden kann. Sehr eingreifend ist, dass Personen in verantwortlicher Stellung, wie Vorstände von Korporationen usw. zu ihrer Entlastung die Durchführung des Prozesses bis zur letzten möglichen Instanz nötig haben. Hierin eine praktische Änderung eintreten zu lassen, ist sehr schwer. Zu dem vorgeschlagenen allgemeinen oder nur fakultativen Ausschluss der mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgericht — der letztere war im Entwurf der Novelle von 1910 vorgesehen — hat man sich nicht entschliessen können, weil der lebendige mündliche Vortrag von beiden Parteien zur raschen Erfassung der Prozesslage und zur Würdigung aller rechtlichen Gesichtspunkte vorteilhafter erscheint, als der Vortrag durch einen Referenten. Die Vorprüfung der Revisionen kann von wesentlichem Vorteil für die Entlastung nur dann sein, wenn sie nicht durch den Senat geschieht, sondern nur durch ein oder zwei Mitglieder. Dem Bedenken, dass dann nicht ein Spruch des Gerichts vorliegt, ist eine entscheidende Bedeutung nicht beizulegen. Jedenfalls würde diese Vorprüfung wirksamer sein, als die zurzeit durch die Rechtsanwaltschaft ausgeübt; bei dieser wiegt zudem das erwähnte Bedenken noch schwerer. Die Ablehnung der Einlegung der Revision durch die Rechtsanwälte am Reichsgericht wird zuweilen als eine Härte empfunden, bei der die rechtfertigende Autorität vermisst wird. Die Vorprüfung durch Mitglieder des Gerichts hat innerhalb des Gerichtshofes selbst verschiedene Befürworter.⁶⁾ Der Einwand, dass sie dem Prinzip der Mündlichkeit widerspreche, ist als rein theoretisch nicht ausschlaggebend; die Tragweite des Hilfsmittels ist jedoch ohne praktische Erprobung schwer zu übersehen. Würde seine Einführung die Zahl der zur Beratung und Entscheidung durch das Gericht gelangenden Revisionen verringern, so wird sie andererseits die der eingelegten Rechtsmittel doch wohl vermehren. Die von einzelner Stimme⁷⁾ befürworteten

⁵⁾ Weitere Ausführungen über das Difformitätsprinzip s. in Schulz, Der Kampf S. 33 ff.

⁶⁾ Hagens, Die Entlastung des Reichsgerichts, D. Jur. Zeit. 1909 S. 1110 ff. Kantsch, a. O. S. 33 ff.

⁷⁾ Peters, a. a. O. S. 112 ff. Übrigens stellt die 1910 erfolgte Erhöhung der Gerichts- und Anwaltskosten bereits eine ganz gehörige Sukkumbenzstrafe dar.

Sukumbenzstrafen des französischen Rechts sind eng verbunden mit dem formalen Charakter der Kassation; sie würden für unser Empfinden nur bei frivoler Einlegung des Rechtsmittels erträglich, bei der Seltenheit solcher Fälle aber unwirksam sein.

Die Herabsetzung der Mitgliederzahl der Senate von sieben auf fünf würde geringen praktischen Nutzen bringen und doch in vereinzelt Fällen, bei weittragenden nur mit Majorität zur Entscheidung kommenden Fragen die geistige Potenz des Senats und die Erwürgung der Frage von allen Seiten beeinträchtigen. Die Überweisung der Prozesse, bei denen Landesrecht als verletzt gerügt wird, an oberste Landesgerichte,⁸⁾ wie sie für Bayern besteht, könnte nur wenig helfen, zumal sie nur für Preussen erstlich in Betracht zu kommen hätte. Die Forderung, die Rechtssachen, in denen die Entscheidung Fragen des öffentlichen Rechts behandeln muss, vom Reichsgericht noch mehr fern zu halten,⁹⁾ als es durch die bisherige Gesetzgebung und Praxis geschieht, verkennt das Ineinandergreifen von öffentlichem und Privat-Recht im einzelnen Fall. Die Ausscheidung strenger durchzuführen ist, eine kaum zu lösende gesetzgeberische Aufgabe.

Der Vorschlag, statt eines Reichsgerichts solcher mehrere, etwa „zwei, drei oder lieber gleich vier“ zu errichten¹⁰⁾ und dem freien Wettbewerb um die bessere Einsicht die Einheit der Rechtsprechung zu überlassen, bedarf wohl keiner ernstlichen Widerlegung. Er mutet uns einen Verzicht auf Errungenschaften der deutschen Einheitsbewegung zu, die niemand preisgeben will. Italien ist bestrebt, seine fünf Kassationshöfe in Zivilsachen durch einen einheitlichen Gerichtshof zu ersetzen. Der Plan eines Oberreichsgerichts als einer vierten Instanz würde bei vier Reichsgerichten wohl nicht lange auf sich warten lassen.

Mittelbar eine Entlastung des Reichsgerichts herbeizuführen beabsichtigt der Plan ein eigenes „Amt oder einen Reichsgerichtshof für bindende Gesetzesauslegung“ zu schaffen.¹¹⁾ Man verspricht sich eine Stärkung der Rechtssicherheit durch die Tätigkeit eines solchen Amtes. Würde diese auch in einzelnen mehr formalen Fragen möglich erscheinen, so würde sie doch in anderen Fällen leicht zu einem unerträglichen Zwang und zu einer Hemmung der freien Geistestätigkeit des Richters führen, die viel schlimmer wäre als das Übel, welches beseitigt werden soll. Das zu begründende neue Reichsamt hätte aus etwa 21 Mitgliedern (darunter 6 Richtern) zu bestehen. Es soll die bei der Rechtsprechung hervortretenden Unvollkommenheiten der Gesetzgebung und Rechtsanwendung durch neue bindende Vorschriften heilen. Diese würden so lange gelten und auch für das Reichsgericht verbindlich sein, bis sie vom Amt selbst oder durch Gesetzgebung wieder aufgehoben werden. Ich halte das für unvereinbar mit der Aufgabe eines obersten Gerichtshofs. Die bindende Gesetzesauslegung zieht die Fesseln für erspriessliche richterliche Tätigkeit, wie sie die mangelhafte Gesetzgebung unserer Zeit mehrfach bietet, nur enger. Nur die Prüfung und Entscheidung der einzelnen Fälle ist die zweckmässige Grundlage für die Fortbildung des Rechts durch Auslegung. An der Mannigfaltigkeit der besonderen Fälle ist die Bedeutung und Tragweite der gesetzlichen Vorschriften zu messen und festzustellen. Nur so lässt sich in das Gefäss der Worte der Geist der Auslegung füllen.

Wie auch die Wirkungen des Gesetzes betr. die Zuständigkeit des Reichsgerichts vom 22. Mai 1910 sich endgültig gestalten werden, mit der allerseits für notwendig erachteten allgemeinen und gründlichen Reform der Zivilprozessordnung wird die Frage der zweckmässigen Gestaltung des Rechtsmittels letzter Instanz wieder brennend werden. Die stärkere Besetzung der Senate, die man bei der Ausführung des genannten Gesetzes anstatt einer Vermehrung derselben gewählt hat, ist nicht ohne nachteilige Wirkung auf den inneren Zusammenhang, auf die Festhaltung der Einheitlichkeit und auf den zusammenfassenden Einfluss des Präsidenten geblieben. Der von den Entscheidungen der Gerichte als menschlicher Einrichtungen nicht völlig fernzuhaltende zufällige oder aleatorische

⁸⁾ Hagensa. a. O.; Hellwig, Die Notlage des Reichsgerichts. Jurist. Woehenschr. 1910 S. 308, Neumann daselbst S. 315.

⁹⁾ Hartmann in D. Jur. Zeit. 1909 S. 1407 und 1910 S. 279.

¹⁰⁾ Bekker, Grundbegriffe des Rechts. Berlin 1910. S. 310.

¹¹⁾ Zeiler, Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. München 1911. Dagegen Silber-schmidt, Die deutsche Rechtseinheit. Berlin 1911 S. 39 ff.

Einschlag ist verstärkt worden. Als dauernde Einrichtung wird man die Verstärkung der Senate, sei es auch nur um 2 Mitglieder, und den Wechsel des Vorsitzes nicht beibehalten wollen.

Das Diffinitätsprinzip vermag ich nicht für erledigt und dauernd beseitigt zu halten. Ich verkenne jedoch nicht, dass nur geringe Aussicht besteht, es im Reichstage durchzusetzen und zu einer praktischen Erfahrung über seine Wirkung zu gelangen.

In Erwägung zu ziehen ist der Verzicht auf die „freiere Gestaltung“ der *revisio in jure*, mit anderen Worten die Annäherung an den formalen Charakter der Kassation oder auch der preussischen Nichtigkeitsbeschwerde. Sieht man darin eine Unterbindung der besten Kraft des Reichsgerichts, so werden wieder alle bisher erörterten Mittel der Abhilfe, nämlich die weitere Erhöhung der Revisionssumme, Diffinitätsprinzip, Vorprüfung, völlige oder fakultative Beseitigung der mündlichen Verhandlung, Ausscheiden landesrechtlicher Rechtssachen, Herabsetzung der Mitgliederzahl der Senate, Sukkumbenzstrafen und schliesslich auch die Vermehrung der Senate und die Beschränkung des Plenum auf die zwei dissentierenden Senate von den einen vorgeschlagen, von den anderen bekämpft werden. Ich möchte annehmen, dass die Wurzel dieses Zwiespaltes der Meinungen der unausgeglichene Gegensatz der Anschauungen über den eigentlichen Zweck der dritten Instanz ist. Soll sie dem Privatinteresse des Einzelnen, dem Ringen um sein Recht oder dem öffentlichen Zweck der einheitlichen Rechtsprechung und der Fortbildung des Rechts dienen? Das letztere haben die Regierungen und einflussreiche Vertreter von Wissenschaft und Praxis wiederholt und mit aller Schärfe betont, aber immer wieder hat der erstere Gesichtspunkt im Reichstag und namentlich bei der zur Verfolgung des Parteinteresses berufenen Rechtsanwaltschaft eifrigste Vertretung gefunden. Stimmen der Wissenschaft haben gesagt: „Die Revision ist nur gegen solche Entscheidungen zulässig, welche gleichzeitig das Interesse der Partei an einem gerechten Rechtsschutz im Einzelfall wie das Interesse der Gesamtheit an einer einheitlichen Rechtsprechung des Gerichts in allen Fällen gefährden. Wo nur das eine Interesse ohne das andere verletzt ist, entfällt der Grund der Revision.“¹²⁾ Oder: „Das Privatinteresse ist bei der Revision das Vehikel des öffentlichen Interesses.“ Leider haben die Ausgestaltung des Rechtsmittels und die ihm gesetzten Beschränkungen dieses Ziel durchaus nicht erreicht. Tatsächlich bestimmt zurzeit das Privatinteresse die Einlegung der Revision. Ob eine andere Entscheidung des Prozesses als die der zweiten Instanz im öffentlichen Interesse liegt, ob die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sie erfordert oder eine zweckmässige Fortbildung des Rechts — das alles wird nicht geprüft und von der Partei niemals erwogen.¹³⁾ So gelangt eine Fülle von Rechtssachen an den Gerichtshof, deren Entscheidung für dessen höheren Zweck völlig gleichgültig ist. Das Reichsgericht muss zu viel für seine wichtigere Bestimmung völlig unnütze Arbeit leisten. Das Privatinteresse bei der Einlegung der Revision erdrückt das öffentliche Interesse.

Die wichtigste Frage für die künftige Gestaltung des Rechtsmittels dürfte daher sein: Auf welche Weise könnte dem öffentlichen Interesse ein stärkerer Einfluss auf die Einlegung des Rechtsmittels verschafft werden?¹⁴⁾

¹²⁾ Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 2. Aufl. S. 797.

¹³⁾ Junk in einer im Reichstag am 14. April 1910 gehaltenen Rede. Stenographische Berichte S. 2359 D. Junk behauptet, die Partei werde es nicht verstehen, dass ihr die Revision versagt sei, weil die Entscheidung ihres Prozesses nicht zur Erhaltung der Rechtseinheit nötig sei. Zugegeben. Nur wird die Partei es ebenso wenig verstehen, wenn der Rechtsanwalt die Einlegung der Revision verweigert, weil das Urteil 2. Instanz auf tatsächlicher Erwägung beruht oder die Beschwerdesumme nur 3000 Mk. beträgt. Das Privatinteresse lehnt sich gegen jede Beschränkung der Revision auf. Das Reichsgericht ist nicht geschaffen, um den „Rechtsanspruch des Deutschen Bürgers zu sichern“. Das ist die Aufgabe der ersten und zweiten Instanz.

¹⁴⁾ Ganzlichen Ausschluss des Privatinteresses bei der Revision erstreben die Ausführungen von Wildhagen bereits in D. Jur. Zeit. 1908 S. 924. Der Gedanke ist weiter verfolgt in Wildhagen, Der bürgerliche Rechtsstreit. Berlin, 1912. In dieser sehr beachtenswerten und eindrucksvollen Schrift werden die zweifellosen Missstände in der Revisionsinstanz auf die bestehende Verknüpfung des privaten mit dem öffentlichen Interesse zurückgeführt und deshalb die dritte Instanz ausschliesslich für das öffentliche Interesse der Erhaltung und Förderung der Rechtseinheit gefordert. Es sind auch Vorschläge gemacht, wie die Gerichte der ersten und zweiten Instanz zu organisieren und wie das Verfahren zu ordnen ist, damit zwei Instanzen dem privaten Interesse der Rechtsuchenden ausreichend genügen.

Beseitigt würde das Privatinteresse bei der Einlegung der Revision, wenn das Gericht zweiter Instanz berechtigt und verpflichtet würde, mit seiner Entscheidung die Zulässigkeit der Revision gegen dieselbe auszusprechen. Ohne diesen Ausspruch wäre die Geltendmachung der Revision ausgeschlossen. Das Oberlandesgericht wäre dazu berechtigt in ihm zweifelhaft erscheinenden, für eine weitere Prüfung geeigneten Rechtsfällen. Durch gesetzliche Bestimmung wäre es zur Festsetzung der Zulässigkeit zu verpflichten, wenn es in vom Reichsgericht bereits entschiedenen gleichen oder ähnlichen Fällen von dessen Entscheidung abweicht und wenn andere Oberlandesgerichte in gleichen Fällen anders entschieden haben. Nach dem Gesetzentwurf von 1910 wäre die Prüfung dieser Voraussetzungen die Sache der Parteien gewesen. Die Erwägung durch die Gerichte selbst würde die in jenem Fall befürchteten Nachteile — Präjudizienkultus und häufige Rechtsmittel nicht nach sich gezogen haben. Die Grundlage wären auch hier die vom Reichsgericht selbst formulierten Rechtssätze. Durch eine öffentliche Behörde, eine Staatsanwaltschaft in Zivilsachen könnte diese Tätigkeit der Oberlandesgerichte überwacht und durch die Berechtigung, ihrerseits die Zulässigkeit der Revision auszusprechen, ergänzt werden.

Beiseite gesetzt würde das Privatinteresse auch, wenn das Aussprechen der Zulässigkeit der Revision ausschliesslich einer öffentlichen Behörde, einer Zivilstaatsanwaltschaft übertragen würde. Bei grösseren Oberlandesgerichten hätte die Behörde aus mehreren Personen zu bestehen. Durch ihre Ernennung aus Richterkreisen könnte ihre Unabhängigkeit gewährleistet werden.

Durch beide Einrichtungen wäre das Privatinteresse beseitigt bei der Frage, ob das Rechtsmittel eingelegt werden darf. Es würde wieder eintreten bei der Durchführung derselben. Die Prozesse wären der Regel nach mit dem Spruch der zweiten Instanz zu Ende. Stellt das Oberlandesgericht oder die öffentliche Behörde fest, dass ein allgemeines Interesse an der nochmaligen Prüfung der Sache besteht, so eröffnen sie den Parteien dies und überlassen es der unterlegenen Partei, ihr Recht weiter zu verfechten. Verzichtet die Partei darauf, so muss auch das öffentliche Interesse schweigen.

Nur beschränkt würde das Privatinteresse, wenn man durch eine Vorprüfung seitens eines Senatsmitglieds und des Senatspräsidenten oder seitens zweier Mitglieder die Rechtssachen ausschiede, in denen die eingelegte Revision zweifellos einen Erfolg nicht haben kann. Wer sich nicht entschliessen kann, die Oberlandesgerichte selbst über die Zulässigkeit des Rechtsmittels bestimmen zu lassen und wer dies auch nicht einer öffentlichen, nichtrichterlichen Behörde anzuvertrauen vermag, wird der Vorprüfung durch einzelne Glieder des Gerichts seine Erwägung zuwenden müssen¹⁵⁾ Liegt es zurzeit in der Macht des einzelnen Rechtsanwalts am Reichsgericht die Einlegung der Revision abzulehnen und sie als unzulässig oder bestimmt erfolglos zurückzuweisen — die anderen Rechtsanwälte am Reichsgericht pflegen dann auch ihrerseits die Vertretung zu versagen —, so wird die Zurückweisung ohne Verhandlung durch ein oder zwei Mitglieder des Gerichts die Parteien kaum ungünstiger stellen.

Als eine Beschränkung des Privatinteresses wäre endlich noch aufzufassen die gänzliche oder fakultative Beseitigung der mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgericht.

In der einen oder anderen dieser Richtungen wäre der Kampf des Einzelnen um sein Recht zu beschränken und den höheren Interessen des Ganzen dienstbar zu machen. Gelänge es, das Privatinteresse bei der Einlegung der Revision, wie oben geschildert, ganz zu beseitigen, so könnte die Revisionssumme ermässigt werden, wenn nicht ganz wegfallen.

Ob es dieser Auffassung gelingen wird, sich gegenüber der Zähigkeit überlieferter Ansichten und der Macht beteiligter Interessen, denen sie entgegenstehen muss, durchzusetzen, steht dahin. Von den Regierungen ist angekündigt, dass als Abhilfe für künftige Zeit vorerst nur Vermehrung der Mitglieder und der Senate ins Auge gefasst werden solle. Dem gegenüber muss immer wieder betont werden, dass ein oberster Gerichtshof in einem grossen Lande, der allzuvielle Prozesse und dabei auch untergeordnete, nicht lediglich wichtige Fragen zu entscheiden hat, so viele Mitglieder erfordert,

¹⁵⁾ H a g e n s a. s. O. will auch, wenn das Berufungsurteil an Mängeln leidet, die dessen Aufhebung und zugleich die weitere Entscheidung in einem bestimmten Sinne unbedenklich gebieten, namens des Senats endgültige Entscheidung durch zwei Mitglieder desselben nach Gehör des Revisionsgegners ergehen lassen.

dass zwischen ihnen geistiger Zusammenhang und Wechselwirkung nicht möglich sind und dass sie nicht so sorgsam ausgewählt werden können, wie es bei einer kleineren Zahl geschehen kann. Das Gericht muss in so viele Abteilungen zerfallen, dass es aufhört ein Gerichtshof zu sein und dass wechselnde und innerlich ungleichartige Entscheidungen, welche das Ansehen des Gerichts schädigen, unvermeidlich sind. Kritik und Beschwerde über sich widersprechende Urteile des Reichsgerichts bilden ein ständiges Thema in den Zeitschriften. Praxis und Rechtswissenschaft werden durch massenhafte Präjudizien, die in unkontrollierter Weise aufgestellt und von den Untergerichten auch da angewendet werden, wo sie nicht passen, beengt und gefährdet. Die den Ballast der Entscheidungen gewissenhaft verstaudenen Kommentare zu den Gesetzbüchern werden immer umfangreicher und verengern mehr und mehr den Raum für das freie richterliche Urteil. Die Arbeit eines solchen allzugrossen Gerichtshofes wird vielleicht in einigen Fällen einer oder der anderen Prozesspartei zum Siege verhelfen, dem geistigen und wirtschaftlichen Leben des deutschen Volkes wird sie aber nicht den erwarteten Vorteil bringen, vielleicht sogar mehr schaden als nützen. Möge es gelingen, das Eintreten eines solchen Zustandes zu verhindern.

26. Abschnitt.

a) Strafrechtspflege.

Von

Dr. Ernst Beling,

„Professor der Rechte an der Universität München.“

Literatur:

Eine umfassende systematische Darstellung der Strafrechtspflegepolitik als solchen fehlt. Über Einzelprobleme ist seit der Aufklärungsperiode (vgl. insbes. Beccaria, Dei delitti e delle pene 1764, deutsche Übersetzung von Esselborn, 1905) unüberschaubar viel geschrieben worden. Mit ihnen beschäftigen sich regelmässig mehr oder minder auch die dogmatischen Darstellungen des Strafrechts (teilweise unter Erwähnung der Literatur de lege ferenda): die Lehrbücher des Strafprozessrechts von Geyer (1850), v. Kries (1892), Ullmann (1893), Bennecke (1895), Bennecke-Beling (1900), Rosenfeld^{1,2} (1912), Graf Dohna (1913); die „Vorlesungen“ von Birkmeyer (1898); der Grundriss von Binding³ (1904); die Handbücher von v. Holtzendorff (1877—1879) und Glaser (1883, 1886); die kurzgefassten Darstellungen von v. Lilienthal in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft⁴ (1904) und Beling in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft⁵ (1913). Reiches Material an gesetzgebungspolitischen Erwägungen bieten die Verhandlungen des deutschen Juristentages (seit 1860) und die Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (seit 1889). Vgl. ferner Motive zu dem Entwurf (I) einer deutschen Strafprozessordnung, Berlin, Kgl. Geh. Oberhofbuchdruckerei, 1872; desgl. zu Entwurf II, daselbst 1873; zu Entwurf III, Drucksachen des Reichstages II. Legislaturperiode, II. Session 1874, zu Nr. 5 (A); Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 2 Bde, Berlin, Guttentag, 1905. Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906; (Reichsjustizamts-) Entwurf einer Strafprozessordnung nebst Begründung, Am'l. Au-gabe, Berlin, Liebmann, 1908; Begründung zu den (Bundesrats-) Entwürfen einer Strafprozessordnung, Drucksachen des Reichstages, 12. Legislaturperiode, I. Session, zu Nr. 1310 A; Verhandlungen des 19. deutschen Anwaltstages, Jurist. Wochenschrift, Bd. 38 S. 568 ff.; Änderungsvorschläge zum Entwurf einer Str.-Pr.-O., veröffentlicht vom Berliner Anwaltsvereine, Berlin, Heymann, 1910. Fortlaufende Berichte „zur Strafprozessreform“ in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft seit Bd. 24 (1904).

Wie müssen die Strafrechtspflegeeinrichtungen und ihr Wirken beschaffen sein, um den Lebens- und Entwicklungsbedingungen der im Staate geeinten Gesellschaft am besten zu entsprechen? Das ist das in Frageform gefasste Programm der „Politik der Strafrechtspflege“.

Wenn „politische“ Betrachtungsweise diejenige ist, die die Einzelercheinungen des menschlichen Gesamtlebens, soweit sie menschlicher Gestaltung zugänglich sind, mit der idealen Gestaltung des Staates vergleicht und sie unter diesem Gesichtspunkt wertend dem Ideal anzupassen bestrebt ist, so ist es selbstverständlich, dass sich auch die Strafrechtspflege solcher Betrachtungsweise nicht entziehen kann. Den politischen Gesichtspunkt an die Strafrechtspflege heranbringen heisst also diese letztere deskriptiv-kritisch derart würdigen, dass das „Soll“-Ergebnis dieser Würdigung im Einklang steht mit dem politischen Gesamtideal. Unvermeidlich ist, dass sich auch auf diesem engbegrenzten Gebiete die Geister nach ihrer politischen Gesamtauffassung scheiden müssen. Starke Betonung des Werts des Individuums, der Würde der Persönlichkeit, der einbruchssicheren Privatsphäre wird gerade für den Strafprozess eine ganz andere Ausgestaltung bedingen, als eine sozialistische Grundauffassung jener Art, die den Wert des Einzelnen nichts oder nur wenig gelten lässt, wo Gesamtheitsinteressen gegen das Einzelinteresse anlaufen. Ein auf individualistischen Grundton gestimmter Strafprozess wird dahin neigen, den Beschuldigten ganz wie den Beklagten im Zivilprozess zu stellen, ihn von jeder Auskunftsspflicht zu entbinden, seine Anwesenheit nicht durch Untersuchungshaft zu erzwingen, ihn zum Eide zuzulassen, die Verteidigung in weitesten Grenzen freizugeben, ein Manko an Beweis stets zu Gunsten des Beschuldigten ausschlagen zu lassen, Rechtsmittel gegen das gesprochene Urteil in möglichster Breite zu eröffnen und dabei auch der Rechtskraft möglichst wenig einengende Bedeutung zu verleihen, vielleicht sogar das gesamte Rechtssystem lediglich dem Verurteilten zur Verfügung zu stellen und dem Kläger zu versagen. Ein solcher Strafprozess wird aber auch ungern Dritte in Mitleidenschaft ziehen, demnach nicht nur Beschlagnahme- und ähnlichen Zwang gegen sie vermeiden, sondern auch die Ablehnung einer Zeugenaussage im Hinblick auf private Interessen des Dritten möglichst weit zulassen. Ein aus sozialistischer Grundauffassung erwachsener Strafprozess wird umgekehrt Erscheinungs- und Geständnispflicht des Beschuldigten normieren, die Untersuchungshaft zur voraussetzungslosen Regel machen (wie es der vormalige Militärstrafprozess tat), die Folter — solange sie nicht als untaugliches Mittel zur Erzielung wahrheitsgemässer Geständnisse erkannt ist — gegen den leugnenden Beschuldigten anwenden, die Verteidigung in bescheidene Grenzen bannen, das gesprochene Urteil und gar erst das rechtskräftige gegen Anfechtung durch den Beschuldigten schützen und womöglich nur Prozesserneuerung zu Ungunsten des Beschuldigten gestatten usw., aber auch gegen Dritte die Schonung beiseite setzen, Sicherungszwangsmittel auch gegen sie ausspielen, Beweisverbote, die dem privaten Interesse dienen, ablehnen, ja sogar (wie das römische Recht) auch die Zeugen erforderlichenfalls unter die Folter stellen.

Aber auch der eigentliche *partei* politische Standpunkt wird folgerichtig für die strafjustizpolitischen Forderungen des Einzelnen richtunggebend sein, wie denn auch die Parteiprogramme zum Teil Punkte, die zur Strafjustiz gehören, berühren, und jeweils die Strafprozessvorlagen in den Parlamenten eine *itio in partes* nach rechts und links ausgelöst haben. Konservative und liberale Grundauffassung haben z. B. verschiedene Haltung zur Folge gehabt in den Fragen nach Gestaltung der Verteidigung, in den Fragen nach Sicherstellung der Parlamentsgebäude und der Abgeordneten vor prozessualer Durchsuchung, Befreiung der Abgeordneten und der Zeitungsredakteure von der Zeugnisspflicht usw.

Aber so sehr diese Zusammenhänge zwischen subjektiver Grundauffassung und den an die Strafrechtspflege zu stellenden Anforderungen vorhanden sind und Beachtung heischen, so erscheint doch der Versuch nicht aussichtslos, den Subjektivismus dadurch bis zu einem gewissen Grade zu überwinden, dass die der Strafrechtspflege immanenten Bedürfnisse, Notwendigkeiten und Möglichkeiten zum Ausgangspunkte genommen, dann erst die auftretenden Werte und Gegenwerte in Rechnung gestellt werden, und dadurch der Doktrinarismus der subjektiven Prinzipien ausgeschaltet wird. Nicht, als ob bei einem methodischen Vorgehen solcher Art die fundamentalen politischen Strebungen als gänzlich bedeutungslos beiseite geschoben werden könnten: sie melden sich auch so an der Stelle zum Worte, wo die Werturteile einsetzen. Aber diese Werturteile werden anders ausfallen und grösseren Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben können, wenn die „Prinzipien“ auf ihr Passen und ihre Fruchtbarkeit hin an der Eigenart der Strafrechtspflege gemessen werden, als wenn umgekehrt diese lediglich vor den Richterstuhl der „Prinzipien“ gestellt wird.

Der Versuch, die Politik der Strafrechtspflege von innen heraus aufzubauen, soll im Folgenden unternommen werden.

Der nachfolgenden Untersuchung sind indes enge Grenzen gesteckt: quantitativ insofern, als es sich lediglich um eine Skizze handelt; qualitativ insofern, als lediglich die „Strafrechtspflege“ in politischer Beleuchtung gerückt werden soll. Das letztere will freilich nicht sagen, dass von den sog. politischen Prozessen und nur von ihnen zu handeln wäre. Mit dieser Bezeichnung belegt man in der Regel solche Prozesse, bei denen die in Rede stehende Tat als sog. politisches Delikt (etwa Hochverrat) in Frage kommt oder unter Begleitumständen begangen ist, die der ihrer juristischen Wesensart nach ein unpolitisches Delikt (z. B. Beleidigung, Meineid) darstellenden Tat einen politischen Einschlag geben. In solchen Fällen liegen die politischen Gesichtspunkte auf dem Felde des materiellen Strafrechts, nicht auf dem der Strafrechtspflege. Letztere fordert zu politischer Betrachtung aber auch da heraus, wo der Gegenstand des Prozesses eine Tat ohne jede politische Bedeutung ist. Beispielsweise taucht die Frage nach den Grenzen der Verteidigung als eine strafrechtspflegepolitische auch da auf, wo ein des politischen Interesses ganz entbehrender Diebstahl zur Untersuchung gezogen wird. Aber auch dann, wenn man diejenigen Prozesse „politische“ nennen wollte, an denen Persönlichkeiten in politischer Stellung irgendwie als Beschuldigte, Zeugen pp. beteiligt sind oder das prozessualische Handeln in die politische Region, etwa in Parlamentsgebäude übergreift, würde sich die Strafjustizpolitik nicht auf sie zu beschränken haben; auch wo all solche Umstände fehlen, behalten die für die Strafrechtspflege auftretenden Probleme ihren besonderen politischen Charakter. Die politischen Prozesse dieser oder jener Art mögen vielleicht zu besonderen strafjustizpolitischen Erwägungen Anlass geben (Öffentlichkeit der Verhandlung, Fesselung des Angeklagten usw.). Aber das Objekt der Strafrechtspflegepolitik bildet das kriminelle Prozedieren überhaupt. Es gilt festzustellen, wie die zum Strafrechtsschutz berufenen Einrichtungen beschaffen sein und wie sie wirken sollen.

4 Rein theoretisch müsste das Programm freilich dahin eine Erweiterung erfahren, dass nach dem „Ob“ einer Strafrechtspflege überhaupt gefragt würde. Aber praktisch erledigt sich diese Frage. Es liegt im Wesen der Strafrechtsordnung, wenigstens sobald sie die ältere Entwicklungsstufe der Privatstrafe überwunden hat, dass sie sich nicht anders als durch das Eingreifen der öffentlichen Gewalt durchzudrücken vermag. Ohne Eingreifen der Strafrechtspflege wäre die Strafrechtsordnung selbst verloren.

Auf dem hiernach umrissenen Raum spaltet sich die Untersuchung in zwei Gedankenreihen. Die eine zielt dahin ab, klar zu stellen, wie die Gesetze beschaffen sein sollen, die für die Strafrechtspflegeeinrichtungen und ihr Wirken massgebend sein sollen. Die andere geht hinaus auf Richtschnuren für die Staatsorgane da, wo die Gesetze dem Handeln Raum lassen und auf Ermessen und Zweckmässigkeitserwägungen abstellen. Die Strafrechtspflegepolitik im ersten Sinne kann als die Strafrechtspoliti k bezeichnet werden. Bei den Erwägungen der zweiten Art handelt es sich um ein Stück Staatskunst; es mag gestattet sein, von einer Politik der Strafrechtsp r a x i s zu sprechen.

Diese Scheidung ist freilich nicht dahin zu verstehen, als stehe von vornherein fest, in welchem Masse die Strafjustiz gesetzlich festzulegen sei, und von wo ab bei ihr den Staatsorganen freie Hand zu lassen sei. Im Gegenteil setzen schon hier die Meinungsverschiedenheiten ein. Soll das Gesetz möglichst wenig oder soll es tunlichst alles in feste Regeln giessen? Unzweifelhaft geht heute eine starke Strömung dahin, die starre gesetzliche Regelung mit ihrem unvermeidlichen Formalismus nach Möglichkeit zurückzudrängen.¹⁾ In der Tat ist auch nicht zu verkennen, dass die Gesetzesregel mit ihrem Formenzwang, ihrem Fristenzwang usw., mit ihrer Gleichmacherei und Abstraktion den Lebensinteressen abträglich sein kann. Aber die Gesetzesfessel ist auf der anderen Seite auch ein Schutz gegen Willkür und schiefe Interessenwägungen durch die Justizorgane, sowie ein Schutz dieser letzteren gegen den Vorwurf der Willkür oder Verkehrtheit der Entscheidungen; und insonderheit gewährleistet nur das feste

¹⁾ Über die Zusammenhänge dieser Bewegung mit der nach „freier Rechtsfindung“ bei der Auslegung drängenden vgl. Rich. Schmidt, Richtervereine 1911.



Gesetzesrecht mit seiner Berechenbarkeit die unbedingt erforderliche Rechtssicherheit. Deshalb wird der Staat sein Absehen darauf richten müssen, die Strafrechtspflege in der Hauptsache gesetzlich festzulegen und das Ermessen der Justizorgane nur in solchen Punkten zu entfesseln, wo die Möglichkeit exakter Formulierung versagt oder Werturteile im Spiele sind, die der Gesetzgeber nur ins Blaue hinein fällen könnte (z. B. Frage, in welcher Reihenfolge Zeugen vernommen werden sollen).

Im übrigen ist dabei auch nicht zu übersehen, dass zwischen der „gesetzlichen Regelung“ und der „Freigabe des Ermessens der Organe für den Einzelfall“ noch Zwischenglieder inmitten liegen. Eine Regelung kann sehr wohl eine „feste“ sein, ohne dass sie vom Gesetz ausginge. Damit soll nicht auf die Regelung im Verordnungswege angespielt sein. Gesetz und Verordnung mögen hier als eine einheitliche Gruppe zusammengefasst sein, einmal weil Verordnungen strafprozessrechtlichen Inhalt, abgesehen von den Strafjustizverwaltungsverordnungen, heute keine erhebliche Rolle spielen, sodann weil die Aufteilung des zu regelnden Stoffes zwischen das Gesetz im konstitutionellen Sinne und die Verordnungsgewalt für die Strafrechtspflege kaum nach besonderen Gesichtspunkten zu erfolgen haben wird. Wohl aber sei hier auf die interessante Erscheinung des englischen Rechtslebens: die rules der Gerichte hingewiesen.²⁾ Die Frage wird der Erwägung wert sein, ob nicht zahlreiche Punkte innerhalb der Strafrechtspflege zwar an sich einer „festen“ Regelung bedürfen, doch aber einer — die Änderung erschwerenden und die verschiedenen Justizstellen zu schablonenhaft gleichmässig behandelnden — gesetzlichen Festlegung widerstreben. Ist dies der Fall, so bieten die englischen rules einen praktischen Ausweg.

Im Folgenden sind unter A die Probleme eingestellt, die herkömmlich als Gesetzgebungsfragen behandelt werden; unter B folgen solche, die gewöhnlich nicht als solche der *lex ferenda* aufgefasst werden.

A. Strafprozessrechtspolitik.

I. Die Rechtsschutzstellen.

I. Ausser Diskussion steht heute, dass nur staatliche Stellen geeignet sind, über die Erteilung des Strafrechtsschutzes zu entscheiden; dass eine unmittelbare Beteiligung des Staatshauptans an der Rechtsprechung (Kabinettsjustiz) schon deshalb ausgeschlossen sein muss, weil die Rücksicht auf die Rechtssicherheit Justizorgane bedingt, die hinsichtlich der Gesetzmässigkeit ihres Handelns einer Verantwortlichkeit unterliegen; dass eigene staatliche Stellen für die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit vorzusehen sind, die zwar auch mit sonstiger Gerichtsbarkeit, aber nicht mit Aufgaben der Verwaltung (exkl. Justizverwaltung) betraut sein dürfen; dass diese Gerichte ebenso sehr an das Gesetz zu binden wie von einer Befolgungspflicht gegenüber den (nicht justizverwaltungsmässigen) Weisungen vorgesetzter Stellen unabhängig zu stellen sind; dass gültig Recht zu sprechen nur Stellen berufen sein können, die das Gesetz vorsieht, nicht „Ausnahmegerichte“, deren Konstituierung ausserhalb des Gesetzes steht.

Unausgetragen ist in diesen Beziehungen nur die Frage, ob nicht die Abrührung geringfügiger Verfehlungen bestimmten Verwaltungsbehörden (Polizei-, Zoll- und Steuerbehörden usw.) zu überlassen sei. Das Reichsrecht hat die gesetzgeberische Entscheidung hierüber in der Hauptsache dem Landesrecht überlassen; daher die Erscheinung, dass z. B. polizeiliche Strafverfügungen in Bayern und Hessen im Gegensatz zu den meisten Einzelstaaten nicht Rechtens sind. Gegen eine Verhängung von Strafen durch Verwaltungsstellen wird meist das Argument geltend gemacht, dass deren Blick berufsmässig zu stark auf die öffentlichen Interessen gerichtet sei, und das Individuum deshalb möglicherweise Not leide. Aber auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass die verwaltungsmässige Erledigung regelmässig kürzer, wohlfeiler und ohne den oft für das Individuum lästigen Apparat der Justiz erfolgt, dass die Verhängung einer Strafe durch eine Verwaltungsbehörde im Publikum minder tragisch genommen wird als gerichtliche Bestrafung, endlich dass bei einem Teil der Fälle (so bei Gefällsstrafsachen) der Richter nicht derart Spezialist ist, wie die

²⁾ Vgl. Gerland, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England, S. 8 ff.; Derselbe, Englische Gerichtsverfassung S. 232 ff., 287 ff. und sonst.

betr. Verwaltungsbehörde. Deshalb wird nur die eine Forderung zu erheben sein, dass es dem Individuum frei stehen muss, gegenüber der Straffestsetzung durch die Verwaltung die ordentliche Strafrechtsschutzstelle, das Gericht anzurufen — eine Forderung, der das geltende Recht wenigstens grundsätzlich genügt.

2. Aus dem Gros der Strafsachen sind heute gesetzlich bestimmte Gruppen derart herausgehoben, dass ihre Erledigung besonderen Stellen zufällt, die in ihrer Gesamtheit die Organe für eine von der „ordentlichen“ abgezweigte „Sonderstrafgerichtsbarkeit“ darstellen. Von diesen Sonderstrafgerichten haben sich die Elbzoll- und Rheinschiffahrtsgerichte zweifellos überlebt; ein praktisches Bedürfnis für sie besteht um so weniger, als sie de facto schon in die Hierarchie der ordentlichen Gerichte übergeführt sind (Amtsgerichte); ihrer Beseitigung stehen nur internationale Verträge entgegen, an deren Aufrechterhaltung in dieser Beziehung aber schwerlich ein Interesse der beteiligten Staaten besteht. Gleichfalls nur noch als historisch überkommen sind zu nennen die sog. Austrägalgerichte gegen die Häupter der standesherrlichen Familien (verbrieftes Privileg). Kaum durch innere Erwägungen gerechtfertigt sind ferner die sog. ausserordentlichen Stand- und Kriegsgerichte, die da, wo der sog. Kriegs-(Belagerungs-)zustand verhängt ist, die ordentlichen Gerichte in gewissem Umfang ablösen; die von ihnen erwartete Schleunigkeit der Prozedur kann auch innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit durchgeführt werden; die von ihnen erwartete Strenge der Beurteilung ist zu missbilligen, soweit sie nicht als eine durch das Gesetz gedeckte gedacht ist, und ist, soweit sie de lege ferenda berechtigt erscheint, durch das materielle Strafrecht zu gewährleisten; der Gedanke, dass die Vorstellung, man werde vor ein ausserordentliches Stand- oder Kriegsgericht gestellt werden, besonders unheimlich sei und daher von der Verübung strafbarer Handlungen abschrecken werde, ist, solange die Belagerungszustandsgerichte wie alle anderen auch nur „Recht“ sprechen und nicht Gewalt üben dürfen, verfehlt.

Anders steht es mit den Militärgerichten. Für sie spricht vornehmlich der Grund, dass die aus dem militärischen Leben erwachsenen Strafsachen regelmässig nach der tatsächlichen, oft aber auch nach der rechtlichen Seite hin besser von militärischen „Spezialisten“ beurteilt werden können, sowie der andere, dass die Erledigung dieser Strafsachen durchschnittlich eine Störung des geordneten Ganges des militärischen Lebens mit sich bringt, und diese Störungen viel grösser sind, wenn die mit dem Heeresverband nicht in Fühlung stehenden ordentlichen Gerichte die Strafsache zu erledigen haben.³⁾ Die Idee der „Gleichheit aller vor dem Gesetz“ kann demgegenüber nicht durchschlagen, sofern nur die Gerechtigkeitsgarantien hüben und drüben gleich gross sind.

Die reichsrechtlich zugelassenen Sondergerichte gegen Mitglieder der landesherrlichen Familien endlich rechtfertigen sich mindestens so lange, als das Reichsrecht weitergehend sogar ihre völlige Befreiung von der Gerichtsbarkeit zulässt. Im übrigen lässt sich dieses Problem wohl kaum anders als aus der subjektiven politischen Grundauffassung heraus beantworten.

3. Ob und inwieweit die Strafrechtspflege auf Selbstverwaltung gestellt werden soll, ist hier insoweit nicht zu erörtern, als es sich um die Zuziehung des Laienelements handelt (darüber vgl. Abschn. 22 und 24 b dieses Handbuchs). Dagegen ist hervorzuheben, dass das geltende Recht eine Selbstverwaltung der unteren Gerichtsstellen im Gegensatz zu den vorgesetzten Behörden insofern kennt, als ihnen die Bildung der Rechtsprechungskörper an den Gerichtsanstalten (teilweise) und die Geschäftsverteilung zugewiesen ist. Diese Einrichtung bedeutet eine Art Autonomie der Gerichte und weist einen verwandten Zug mit den englischen rules auf. Sie ist ebenso als Garantie der Unparteilichkeit schätzenswert, wie sie zugleich auch die Leiter der Justizverwaltung vor Verdächtigungen bewahrt.

4. Die Forderung, dass die Richterstellen den Frauen eröffnet werden sollen, lässt sich (unbeschadet der durchaus zu trennenden Fragen, ob Frauen zum Rechtsanwaltsberuf und zu sonstigen nichtrichterlichen Funktionen zuzulassen seien) jedenfalls für die Strafrechtspflege kaum verteidigen. Der Strafrichter muss imstande sein, seine Sympathien mit dem Angeklagten und

³⁾ Auf die Abgrenzung der Militär- und der ordentlichen Gerichtsbarkeit kann hier nicht eingegangen werden.

seine Antipathien gegen ihn völlig auszuschalten; eine aus persönlicher Sympathie oder Antipathie geborene Strafjustiz würde schwere Erschütterungen im Gefolge haben umso mehr, als jene Gefühle häufig sehr individuell und selbst für den, der sie in sich trägt, schwer kontrollierbar sind. Unzweifelhaft ist aber die weibliche Psyche viel weniger, als die männliche, in einer konkreten Angelegenheit ein Urteil zu fällen, das von Liebe und Hass unbeeinflusst ist.

5. Der Gedanke, dass der zum Richter Berufene möglicherweise in einer konkreten einzelnen Strafsache nicht völlig unparteiisch sein, oder doch der Schein fehlender Unparteilichkeit obwalten kann, hat im geltenden Recht zu Bestimmungen geführt, kraft deren für die betr. Strafsache teils „Ausschließung vom Richteramt“, teils „Ablehnbarkeit“ eintritt. In dieser Hinsicht ist hier von Interesse namentlich die Frage, ob und inwieweit eine etwa vorhandene politische oder konfessionelle Gegensätzlichkeit zwischen Richter und Angeklagtem Berücksichtigung verdient. Unzweifelhaft liegt in solcher Gegensätzlichkeit die Gefahr falscher, d. i. nicht objektiver Behandlung, zumal in den Fällen, in denen die politische oder konfessionelle Grundanschauung des Richters auch bei Würdigung der Tat (etwa als Beschimpfung religiöser Einrichtungen) mitsprechen kann. Gleichwohl kann die Tatsache, dass der Richter auf einem bestimmt ausgeprägten Standpunkte in konfessioneller oder politischer Hinsicht steht, für sich allein nicht zu seiner Ausschaltung führen. Die Konsequenzen einer solchen Bestimmung wären unübersehbar. Das Postulat würde am letzten Ende darauf hinauslaufen, dass nur politisch und konfessionell ganz indifferente Richter mit der Aburteilung betraut würden — und wie sollen solche gefunden werden? Auch kann der Schutz gegen unstatthaften Subjektivismus in der Ausbildung des Richters (strenge Gewöhnung an Objektivität) und in den Verfahrensbestimmungen gesucht und gefunden werden, die ihn nötigen, seine Gedankengänge aufzudecken und ihre Kontrolle — auch durch die öffentliche Meinung — zu ermöglichen. Freilich ist nicht zu verkennen, dass dem *Laien* Richter gegenüber in diesen Beziehungen eine gewisse Schutzlosigkeit besteht, da er weder zum Amte erzogen wird, noch in der Weise wie der Berufsrichter seine Entscheidungen motivieren kann und zu motivieren braucht.

II. Das Rechtsschutzverfahren.

Man kann mit nur geringer Übertreibung sagen, dass, seitdem sich im 18. Jahrhundert die allgemeine Aufmerksamkeit auf die Schäden des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses gelenkt hatte, der politische Liberalismus ständig der Träger aller Reformen gewesen und bis heute geblieben ist. War ehemals das Verfahren in allem Wesentlichen nur gedacht als ein Vorgang zum Schutze der Gesamtheit gegen das Verbrechen — *ne delicta maneant impunita* —, so ist es heute der Schutz des Individuums gegen die Staatsgewalt, der für den Ruf nach Reformen den Grundton angibt: Schutz des Unschuldigen möglichst schon dagegen, dass ihm überhaupt ein Strafprozess aufgenötigt wird, jedenfalls aber dagegen, dass er zu Unrecht gestraft wird; Schutz auch des Schuldigen gegen unnötige und ungebührliche Leidenszufügung; Schutz Dritter vor unnötiger und exzessiver Belästigung. Im Dienste dieser Idee hat sich der Strafprozess im 19. Jahrhundert reformiert zu einem Verfahren mit Anklageform und Staatsanwaltschaft, mit Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, freier Beweiswürdigung und Öffentlichkeit. Aber die rein negative Forderung, dass für das Individuum eine Sphäre sichergestellt wird, vor der die Strafjustiz Halt zu machen hat, kann, so zentrale Bedeutung sie auch hat, das Problem der Gestaltung des Verfahrens schon deshalb nicht restlos lösen, weil sie für sich allein die Grenzen dieser Sphäre nicht umreißt. Diese sich vielmehr erst im Zusammenhalt aller Bedürfnisse mit einander bestimmen lassen. Allzuweite Hinaussteckung dieser Grenzen käme auf eine Lahmlegung der Strafjustiz hinaus oder könnte wenigstens unliebsame Verzögerung und Verteuerung im Gefolge haben. So werden auf Schritt und Tritt Interessenwägungen erforderlich. Übrigens treten die Ideale der möglichsten Treffsicherheit, der Promptheit und der Wohlfeilheit der Strafrechtspflege oft auch da herein, wo es sich nicht oder nicht in erster Linie um die Frage der Ausgleichung der Gesamtheits- und der Individualinteressen handelt. Für die Gesamtheit selbst ist namentlich das Bedürfnis der Prozessökonomie zu betonen: Erreichung des Zweckes mit dem geringstmöglichen Aufwand an Zeit, Kräften und Kosten. Dies um so mehr, als die Strafrechtspflege keine produktive Tätigkeit im wirtschaft-

lichen Sinne ist, sondern zahlreiche Personen gerade produktiver Tätigkeit entzieht. Generell wird sich sagen lassen, dass der Gedanke der Proportionalität von Zweck und Mittel im heutigen Recht noch nach manchen Richtungen hin nicht genügende Beachtung gefunden hat. Namentlich lässt sich das heute noch unverhältnismässig entwickelte Schreibwerk stark beschneiden (in dieser Hinsicht wird heute nicht mit Unrecht auf das Vorbild Englands hingewiesen). Auch sollten die Opfer, die die Gesamtheit in Form von Richterkräften und -Zeit und Kosten bringt, sowie die Eingriffe gegen die Einzelnen noch viel grundsätzlichlicher auf den Gedanken abgestimmt werden, dass sich ihre Zulässigkeit und deren Mass nach der Wichtigkeit der Strafsache bestimmt.

Eine Aufrollung aller Einzelprobleme ist an dieser Stelle nicht möglich. Andeutungsweise sei Folgendes hervorgehoben:

1. Die Befugnis zur Auslösung der Strafgerichtsbarkeit versagt das geltende deutsche Recht grundsätzlich dem Einzelnen; nur der Staat befindet grundsätzlich darüber, ob ein Strafprozess stattfinden soll: *Offizialprinzip*, nicht *Privat-* oder — wie in England — *Popularklage*. Mit Recht, denn einestheils gefährdet die Überlassung der Initiative an Private das Gesamtheitsinteresse, weil dabei zahlreiche Strafsachen aus mehr oder minder zufälligen Gründen — Fehlen des Interesses der Einzelnen, Scheu vor Kosten und Mühe — auf sich beruhen bleiben, anderenteils belastet sie die Privaten mit einer Tätigkeit, die dem Gesamtwohl dient. (Nur ausnahmsweise, bei bestimmten Deliktarten, insonderheit Beleidigung, mag der Gedanke durchschlagen, dass es konkrete Fälle gibt, in denen die Gesamtheit an der Betreibung der Verfolgung nicht stark genug interessiert ist, sodass folgeweise — wie es das geltende Recht tut — dem einzelnen Interessenten bei derartigen Delikten ein *Privatklagerecht* verliehen wird.) Ist aber der Staat souverän in der Entschliessung darüber, ob es zu einem Strafprozess kommen soll, so sind zwei Forderungen zu stellen: einmal, dass das Staatsorgan, das den Rechtsschutz für den Staat begehrt, nicht identisch ist mit demjenigen Staatsorgan, das darüber zu befinden hat, ob der Rechtsschutz dem Staate oder dem Beschuldigten zu gewähren ist; daher nicht *Inquisitionsprozess* — Verfolgung von *richte r l i c h e n* Amts wegen —, sondern *Organisation einer Staatsanwaltschaft als staatlichen Klageorgans*. Sodann: *Unterstellung der staatsanwaltschaftlichen Entschliessung über die Klageerhebung unter Garantien gegen unbegründete Unterlassung der Klageerhebung*. Im Falle der staatsanwaltschaftlichen Ablehnung der Klageerhebung muss entweder dem interessierten Einzelnen der Zugang zum Strafgericht als *Kläger* eröffnet werden — *subsidiäre Privatklage*, wie in Oesterreich — oder es muss ihm ein gerichtliches Verfahren offen stehen, in dem das Gericht über die Frage entscheidet, ob die Staatsanwaltschaft zu klagen habe (*Klageprüfungsverfahren*, so das deutsche Recht).

2. Die Frage, wer sich einen Strafprozess als Beschuldigter aufnötigen lassen muss, kann niemals dahin beantwortet werden, dass das Prozessieren nur gegen Schuldige rechtmässig sei; denn die Feststellung, ob Strafbarkeit gegeben ist, steht erst am Ende des Prozesses.

Wohl aber ist denkbar, dass persönliche Privilegien der Unverfolgbarkeit geschaffen werden. Das geltende Recht stellt ein solches für Abgeordnete auf, nicht sowohl aus der Erwägung heraus, dass volle Freiheit der Aussprache gewährleistet sein muss — denn diese Erwägung führt nicht zu blosser Unverfolgbarkeit, sondern zu *Straflosigkeit der Berufsausübung* —, als vielmehr aus der Erwägung heraus, dass der Abgeordnete nicht um eines Prozesses halber die Teilnahme an der parlamentarischen Tätigkeit soll versäumen müssen, worunter möglicherweise seine Wähler und die Partei sowie die Fraktion, der er angehört, leiden würden.

3. Eine mit dem Klagemonopol ausgerüstete Staatsanwaltschaft (oben Ziff. 1) muss notwendig zugleich auch dem *Legalitätsprinzip* unterworfen sein, d. h. es muss ihr gesetzlich zur *Amtspflicht* gemacht sein, ihr Einschreiten nicht wegen *Inopportunität* zu unterlassen, wo nach dem Gesetz keine *Verfolgungshindernisse* vorliegen. Das *Opportunitätsprinzip*, das heute zahlreiche Anhänger hat, müsste nicht nur das Vertrauen auf die Objektivität der Strafverfolgung gefährden, sondern auch den staatsanwaltschaftlichen Beruf schwer erträglich machen, weil auch bei objektiver Amtsführung *Verdächtigungen* unausbleiblich wären. Nur bestimmten *Durchbrechungen* des *Legalitätsprinzips* lässt sich, möglichst genaue Fixierung der Voraussetzungen für Unterlassung der Strafklage vorausgesetzt, das Wort reden.

Überhaupt hat es seine Bedenken, die Tätigkeit der Beamten der Staatsanwaltschaft an andere Normen als die des allgemeinen juristischen Denkens zu binden. Ob es wohlgetan ist, sie wie es das geltende deutsche Recht tut, an die Anweisungen der Vorgesetzten zu binden und ihnen die Garantien der richterlichen Unabhängigkeit (Unabsetzbarkeit usw.) zu versagen, lässt sich stark bezweifeln. Man sagt, dass diese Stellung der Staatsanwaltschaft unentbehrlich sei, weil die Regierung auf die Strafverfolgung müsse Einfluss üben können. Diese Beeinflussung von seiten der Regierung kann aber nur auf zweierlei hinaus wollen: Entweder: es soll ein juristisch nicht begründeter Strafprozess heraufbeschworen oder ein juristisch begründeter Strafprozess unterdrückt werden. Dass derartige Tendenzprozesse bzw. Tendenzunterdrückung von Prozessen für das Gemeinwohl schädlich sind, Erbitterung erzeugen und demoralisierend wirken, lehrt die Geschichte; aber auch die Regierung selbst kompromittiert sich durch solches Vorgehen in augenfälliger Weise mindestens dann, wenn es sich um grundlose Anklagen handelt, die von den Gerichten mit Freisprechung beantwortet werden. Oder aber der Einfluss der Regierung ist so gemeint, dass diese vor juristischen Skrupeln und Irrtümern des mit der Sache befassten Staatsanwalts sichergestellt wird. Dann ist es selbstverständlich erwünscht, wenn die Regierung, mag sie auch von politischen Motiven geleitet sein, Remedur schaffen kann. Zu diesem Behufe ist es aber nicht erforderlich, den Untergebenen durch Anweisungen oder Verkümmern der unabhängigen Stellung die Hände zu binden. Es würde vielmehr die gesetzliche Bestimmung genügen, dass jede staatsanwaltschaftliche Entschliessung von vorgesetzter Stelle aus ausser Kraft gesetzt werden und die weitere Bearbeitung der Sache einem anderen Beamten übertragen werden kann (was in der Hauptsache schon jetzt Rechtens ist).

Aber auch nach anderer Richtung hin ist die Wahrheit, dass der Staatsanwalt nicht anders zu arbeiten und zu denken hat, als jeder andere Jurist, zum Teil verdunkelt. Noch ist viel, vielleicht überwiegend, die Meinung vertreten, dass der Staatsanwalt, wiewgleich durch das Gesetz zu voller Beachtung und Anwendung des Entlastungsmaterials berufen, doch in dubio stets die dem Beschuldigten ungünstige Lesart zugrunde zu legen habe, und zwar nicht nur, wo er in tatsächlicher oder juristischer Hinsicht persönlich zweifle, sondern auch, wo er — bei juristischen Problemen — zwar persönlich im Sinne der dem Beschuldigten günstigen Lösung überzeugt sei, aber eine Streitfrage existiere. Darüber hinaus wird heute öfter an die Gesetzgebung das Postulat gestellt, sie möge nach englischem Muster den Strafprozess zum reinen Parteiprozess machen in dem Sinne, dass die Aufgabe der Staatsanwaltschaft auf Sammlung und Geltendmachung lediglich des tatsächlichen und juristischen Belastungsmaterials beschränkt werde.

Schon jene de lege lata verfochtene Meinung ist weder irgendwie im Gesetz begründet, noch durch triftige Gründe rechtspolitischer Art gestützt. Tatsächlich pflegt die länger dauernde staatsanwaltschaftliche Tätigkeit ganz von selbst die Neigung zu erzeugen, die Dinge lieber schwarz als weiss anzusehen. Dem Staatsanwalt aber geradezu die Verpflichtung auferlegen, die ihm unterlaufenden Fälle nicht so zu erledigen, wie er es als Richter tun würde, heisst die Zwecke verkennen, zu denen die Staatsanwaltschaft geschaffen ist. Sie soll ja gerade prüfen, ob die Strafverfolgung im konkreten Falle nach dem Gesetz zu erfolgen hat. Eine Überschwemmung der Gerichte mit dubiosen Sachen wäre weiter ganz unökonomisch. Auch genügen das private Beschwerderecht, das Klageprüfungsverfahren und die Dienstaufsicht vollständig, um das Interesse am Eintritt einer Strafverfolgung gegenüber dem von unbegründeter Spezies erfüllten Staatsanwalt zum Durchbruch zu bringen. Endlich ist wohl nichts so sehr geeignet, die Staatsanwaltschaft mit einem Odium zu belasten, als die Praxis der „ungünstigen Lesart.“⁴⁾

In noch umfassenderem Masse ist die Forderung zu missbilligen, dass die Staatsanwaltschaft lediglich contra reum zu wirken berufen sein solle. Ein solcher „Parteiprozess“ würde ein Zerrbild ergeben, die Ermittlung der Wahrheit gefährden, gänzlich unökonomisch sein, das staats-

⁴⁾ Etwas ganz anderes ist selbstverständlich, dass der Staatsanwalt die Anklage schon bei hinreichendem Verdacht zu erheben hat. Die Annahme, dass hinreichender Verdacht vorliege, ist gesetzliche Voraussetzung für die Eröffnung des Hauptverfahrens durch den Richter. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hat der Staatsanwalt mit richterlichem Auge zu prüfen.

anwaltschaftliche Amt diskreditieren, überdies das Forum geradezu mit Notwendigkeit zu einer Stätte hässlichsten Parteikampfs machen. Nutzen hätte davon nicht die Gesamtheit, die vielmehr daran interessiert ist, dass keine Märtyrer einseitigen Klageeifers der Behörden geschaffen werden, und nicht der Beschuldigte.

4. Für die Stellung des Beschuldigten ist heute anerkannt, dass sie als die eines verteidigungsberechtigten Subjekts, nicht als die eines Inquisitionsobjekts auszuprägen ist. Keine Aussage-, geschweige denn Geständnispflicht. Gewährleistung voller Selbstverteidigung wie einer Verbeistandung durch Verteidiger. Diskutabel der Vorschlag, eine der Staatsanwaltschaft korrespondierende staatsamtliche Verteidigerschaft einzurichten.

5. Die grundsätzliche Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen bedarf heute keiner Rechtfertigung mehr. Seltsamerweise bestehen aber heute zum Teil unklare Auffassungen über die Konsequenzen des Öffentlichkeitsprinzips. Es sind gelegentlich Verurteilungen von Zeitungsredakteuren wegen Beleidigung des Angeklagten erfolgt, wenn die Zeitung wahrheitsgemäss über Vorgänge der Verhandlung (insbesondere über Zeugenaussagen mit einem dem Angeklagten ungünstigen Inhalt) berichtet hatte. Das ist mit dem Öffentlichkeitsprinzip unvereinbar, denn dieses ordnet gerade ausgesprochenermassen zahlreiche Interessen, darunter in erster Linie das Ehrinteresse des Beschuldigten, dem Interesse am Einblick der Allgemeinheit in die Vorgänge der Verhandlung unter. Unter dem Gesichtspunkt der Beleidigung kann deshalb die Übermittlung der Kenntnis von den Vorgängen an die Öffentlichkeit zum mindesten nicht rechtswidrig sein. Ob die Freiheit der Zeitungsberichterstattung, die ja unzweifelhaft auch eine unerfreuliche Seite hat (Sensationspresse), durch Rechtsmassregeln beschnitten werden soll, mag hier auf sich beruhen bleiben; jedenfalls sollte nicht übersehen werden, dass die Verkürzung dieser Freiheit das Öffentlichkeitsprinzip einschneidend berührt.

6. Von den zahlreichen Problemen auf dem Gebiete des Beweisrechts interessiert hier namentlich die Frage nach den Beweisverboten: Verbot des Hineinleuchtens in das Privatleben von Zeugen, Zeugnisweigerungsrechte von Abgeordneten, Redakteuren, Beamten, Schutz der Behörden und Parlamente vor Aufdeckung gewisser Tatsachen. Für die Würdigung dieser Fragen wird zunächst die Feststellung massgebend sein, dass, wenn Tatsachen infolge solchen Beweisverbots zweifelhaft bleiben, nach dem heute feststehenden Grundsatz „in dubio pro reo“ eine dem Beschuldigten günstige Entscheidung zu erfolgen hat, alle diese Beweisverbote also das Staatsinteresse, das für den Strafprozess charakteristisch ist, zu schädigen vermögen. Es wird also stets darauf ankommen, ob diese Schädigung lieber in den Kauf genommen werden soll, als eine Verletzung der entgegenstehenden Privat- und Staatsinteressen. Offenbar sollte bei solcher Abwägung die Schwere der betr. Strafsache ein gewichtiges Wort mitsprechen.

7. In ähnlicher Weise wird auch die Erstreckung oder Begrenzung des prozesspolizeilichen und des Sicherungszwangs (Untersuchungshaft, Beschlagnahme, Durchsuchung) je nach der Schwere der Strafsache abzustufen sein.

8. Die Einrichtung des Vorverfahrens ist heute in besonders hohem Masse strittig. Das Ziel der Entwicklung muss sein, das Vorverfahren als reines Selbstinformationsverfahren der Staatsanwaltschaft auszuprägen (dadurch auch Verminderung des Schreibwerks!), derart, dass das erkennende Gericht die Vorverfahrensakten nicht in die Hand bekommt. Dem Bedürfnis sachgemässer Leitung der Hauptverhandlung wäre dann am besten dadurch zu genügen, dass die Staatsanwaltschaft veranlasst würde, ihre Anklageschrift in ähnlicher Weise, wie eine zivilprozessuale Klageschrift, also mit detaillierten Tatsachenanführungen unter Bezugnahme auf Beweismittel abzufassen; eventuell so, dass der Vorsitzende die Vorverfahrensakten erhalte, aber an der Urteilsfällung nicht teilnehme.

B. Politik der Praxis.

Soll die Strafprozessgesetzgebung auch darauf bedacht sein, das Dürfen und Müssen der Staatsorgane tunlichst exakt zu umreissen, so bleiben doch zahlreiche Sachlagen übrig, für die das nicht möglich ist, wie auch die Art und Weise des behördlichen Handelns in weitem Um-

fange gesetzlich höchstens durch eine kautschukartige Formel (etwa, wie in den Beamten-gesetzen „achtungswürdiges Verhalten“) umschrieben werden kann. Soweit hiernach das Gesetz die exakte Antwort auf die Frage nach Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Verhaltens bestimmter Art schuldig bleibt oder eine Handlung zur „Ermessenssache“ stempelt, müssen notwendigerweise Werturteile, also Zweckmässigkeitserwägungen die Direktive für das Handeln abgeben.

Solche nach Tunlichkeit zu objektivierende Zweckmässigkeitserwägungen müssen im Strafprozess namentlich dahin führen, dass — im Grunde genommen alles Trivialitäten! — die Behörden leidenschafts- und vorurteilslos verfahren, namentlich nicht vor vollem Abschluss der Beweisaufnahme einen Beschuldigten als Schuldigen, einen Zeugen als unglaubwürdig behandeln; dass Parteipolitik und Klassenjustiz keinen Eingang in den Gerichtssaal finden, dass jedermann ohne Ansehen des Standes, der politischen Parteilage und seiner sozialen Stellung gleich höflich und seinem Alter, seinen Gesundheitsverhältnissen pp. entsprechend, aber auch ohne privilegierende Auszeichnung (Entbindung von Betreten der Anklagebank, Anrede als „Herr“ Angeklagter) behandelt wird; dass auch der leiseste Schein der Unaufmerksamkeit, der Überhastung oder Ungründlichkeit vermieden wird⁵⁾ usw.

Für die Haltung der Staatsanwaltschaft ist namentlich eins zu betonen: sie hat gegenüber den Strafanträgen wegen übler Nachrede (oder Verleumdung) auch dann grösste Zurückhaltung zu üben, wenn jene von sozial Höhergestellten oder amtlichen Stellen ausgehen. Hat jemand, etwa in einer Zeitung, gegen einen Privaten oder Beamten einen Vorwurf inkorrekten Verhaltens erhoben, so muss die erste Aufgabe die sein, der Richtigkeit dieser Anschuldigung auf den Grund zu gehen und gegebenenfalls eine umfassende Strafverfolgung in dieser Richtung eintreten zu lassen. Es ist verkehrt, den Spieß umzukehren und gegen den, der den betr. Vorwurf erhoben hat, sogleich auf Grund mehr oder weniger oberflächlicher Erhebungen die Beleidigungsklage zu erheben. Das Fiasko, das solche Beleidigungsklagen häufig erleben, wie manche Vorkommnisse der letzten Zeit zeigen, ist für das Ansehen der Behörde ebenso abträglich, wie es unbillig und schwadrig ist, denjenigen ans Messer zu liefern, der ein Geschwür aufgedeckt hat, statt an das Geschwür selbst zu rühren!

Endlich ist aber auch Behörden aller Art ausserhalb staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Funktionen vielfältige rechtliche Möglichkeiten gegeben, durch Ermessensentscheidungen fördernd oder hemmend auf den Strafrechtsschutz einzuwirken: sie sind nicht selten vor die Frage gestellt, ob sie einen Strafantrag stellen, ob sie einem zugehörigen Beamten die Zeugenaussage oder die Tätigkeit als Sachverständiger ermöglichen, ob sie Benutzung ihrer Akten zu Prozesszwecken gestatten sollen, ohne dass dabei die Entschliessung durchweg durch feste gesetzliche Direktiven geregelt wäre. In derartigen Sachlagen liegt — psychologisch sehr begreiflich — für die Behörde die Versuchung nahe, ihr spezifisch behördliches Interesse massgebend sein zu lassen, z. B. Zeugenaussagen durch Beamte und Akteneinsicht deshalb zu inhibieren, weil anderenfalls Fehlgriffe von Beamten ans Tageslicht treten würden. Es bedarf keiner Ausführung, dass solche Praxis ebenso bürokratisch engherzig ist, wie sie dem Gesamtwohl abträglich sein muss, und dass speziell das Amtsgeheimnis nicht Selbstzweck sein darf. Das behördliche Interesse ist hier wie immer als ein nur abgeleitetes zu werten. Auch hier muss sich die Entschliessung auf die Höhe der Staatskunst überhaupt erheben: *salus publicae suprema lex*.

⁵⁾ Es ist zu missbilligen, dass sich ein Richter während der Verhandlung anderweit, etwa mit Lesen von Akten, beschäftigt. Zu widerraten auch die flüsternde oder auf konkludente Verständigung durch Kopfnicken usw. beschränkte Beratung des Kollegiums im Sitzungssaal. Geradezu pehlich und erbitternd wirkt es, wenn diese „Beratung“ nur einen Augenblick währt und nur in einem Austausch von Blicken besteht. Wer wollte es hier dem Unbeteiligten verargen, wenn er ein vor Eintritt in die Verhandlung abgekartetes Spiel wittert!

b) Schwurgericht und Schöffengericht.

Von

Geh. Hofrat Dr. Friedrich Oetker,

o. Professor der Rechte an der Universität Würzburg.

Literatur:

A. Schwurgericht.

Geschichtlich: Biener, Engl. Geschworenengericht 1852 fg., Brunner, Entstehung der Schwurgerichte 1872.

Dogmatisch: Glaser-Oetker, Handbuch des Strafprozesses Bd. 3, 1907.

Ausserordentlich reich die rechtspolitische Literatur.

Eingehende Nachweise der einheim. u. ausländ. Lit. bei Glaser-Oetker Bd. 1 S. 18 fg., 130 fg., 145 fg., 156 fg., 162 fg., 173 fg., Bd. 3 S. 3, 42 (Gerichtsbildung; Oetker, Arch. f. Strafrecht Bd. 49, 50), 88, 117 u. 328 (Fragestellung; H. Meyer, Tat- u. Rechtsfrage im Geschw.-Gericht 1860, v. Bar, Recht u. Beweis im Geschw.-Gericht 1865, Glaser in Holtzendorfs Rechtslexikon I, 905 fg., Oetker, Gerichtssaal Bd. 64 S. 55 fg.), 389 (Wahrspruch), 436 (Prüfung des Wahrspruchs), 530 (Aufhebung des Spruchs), 574 (Rechtsbelehrung), 649 fg. (Schwur- oder Schöffengericht?). Ferner: Sammelwerk Mittermaier-Liepmann, Schwurger. u. Schöffengerichte, 2 Bde. 1906 fg.; Beiträge z. Reform des Strafprozesses 1908 fg. Bd. 1 H. 4 (Bericht einer Kommiss. der internat. kriminal. Vereinigung) H. 6 (Kleinfeller); Zeitschr. f. Strafrechtswiss. Bd. 31 S. 15 fg. (Rosenberg).

B. Schöffengericht.

Geschichtlich, dogmatisch und rechtspolitisch: Glaser-Oetker, Handbuch I S. 175 Anm. 10, III S. 649 fg., 665 (Gerichtsbildung); Sammelwerk Mittermaier-Liepmann.

Zu A und B. Auf einige für die Zwecke des Aufsatzes besonders wichtige Schriften ist im Text hingewiesen.

I. Die Heranziehung nicht-beamteter Richter zum Strafgericht — eine kriminalpolitische Forderung, deren Berechtigung besonderer Prüfung bedarf (vgl. Wach, Volksrichter und Berufsrichter, in diesem Handbuch Abschnitt 22) — kann in Form des Schwurgerichts und des Schöffengerichts erfolgen. Der stets sich erneuernde Kampf zwischen den Anhängern der einen und der andern Bildung deutet darauf, dass beide eigentümliche Vorzüge und Mängel besitzen, und legt den Gedanken nahe, in einem einheitlichen gemischten Gericht nach Möglichkeit die Nachteile beider Institutionen zu überwinden, ihre guten Seiten zu vereinigen. Vorschläge in dieser Richtung bei Oetker Gerichtssaal Bd. 68 S. 81 fg., Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 2 Heft 2. Geschworene und Schöffen sind naturgemäss ganz überwiegend Laien, doch ist nicht ausgeschlossen, dass sie rechtsgelehrte Bildung besitzen. Nicht-beamtete und Laien-Richter dürfen daher bei Würdigung der gemischten Gerichte nicht schlechthin gleichgestellt werden. Scharfe Trennung in der Fragestellung bei Binding, die drei Grundfragen zur Organisation des Strafgerichts (1876).

II. Der Ursprung der englischen Jury, die von Frankreich in der Revolutionszeit übernommen, hier stark umgebildet wurde und dann in dieser Gestalt einen grossen Teil des europäischen Kontinents, insbesondere von 1848 an das deutsche und österreichische Rechtsgebiet sich eroberte, ist nicht auf englischem Boden zu suchen. Der Keim liegt, wie Brunner bewiesen hat, in einem Institute des fränkischen Reichsrechts, in der „inquisitio“, der Vernehmung einer Anzahl wissender Gemeindegossen durch den Richter nach eidlichem Wahrheitsversprechen, einem Gebilde, das von den eroberten Normannen aus dem Frankenreiche nach England übertragen und hier lebensvoll weiter entwickelt wurde, während es im Ursprungsgebiete verkümmerte. In zwei Anwendungen beherrscht die Jury das englische Rechtsleben. Die „grosse“ oder „Anklage“-Jury (23 Mitglieder) hat zu entscheiden (nach Stimmen-Mehrheit), ob die Anklage zur Verhandlung zuzulassen sei; sie ist hervorgegangen aus der Rüge der Genossen auf Befragung des Richters hin, die nach fränkischem Rechte zur Gleichbehandlung des Gerügten mit einem wegen des erfragten Vergehens Beklagten führte. Die „kleine“ oder „Urteils“-Jury fällt in der Hauptverhandlung auf Grund der Beweisaufnahme den Wahrspruch („verdictum“, Verdikt) über die Schuld, während die Strafe vom



Richter bestimmt wird. Auch in Zivilprozessen entscheiden sehr häufig Geschworene. Das nordamerikanische Recht hat die englischen Institutionen beibehalten.

Die geschichtliche Wurzel der Urteilsjury ist der Inquisitionsbeweis, die Beweisführung durch das Zeugnis der Genossen, Nachbarn, an Stelle der formalen Beweismittel des Volkrechts. Von den Sätzen der normannisch-englischen Herrscher, „*assise*“, die zunächst auf zivilprozessualen Gebiete die neue Beweisart in den ordentlichen Rechtsgang aufnahmen, hat sich dieser Ausdruck auf die so gestalteten Gerichte übertragen. Dann erkannte die Magna Charta das Recht des Angeschuldigten an, sich — an Stelle der Reinigung durch Gottesurteil — auf den Spruch der Nachbarn zu berufen. Die bald folgende Aufhebung der Gottesurteile (1219, mit Ausnahme des Zweikampfes) erhöhte das Bedürfnis dieses Prozessausstrags. Der Richter verurteilt die Nachbarn auf wahrheitsgemäßes Zeugnis aus eigenem Wissen über Schuld, Nichtschuld; daher heißen sie „Geschworene“, „*juratores*“, die Gruppe „*jurata patriae*“, „*Jury*“. Die Anwendbarkeit dieses Beweismittels schwand mit seinen sozialen Voraussetzungen. Nur auf primitiver Kulturstufe, bei unentwickelten Verkehrsverhältnissen, in einer sesshaften, nicht dichten Bevölkerung kann Kunde vom Tun und Treiben des Einzelnen mit einiger Sicherheit bei den Umwohnern erwartet werden. So musste sich mit der Zeit die eigene Information der Geschworenen als immer mangelhafter erweisen. Daher trat in sehr allmählicher Entwicklung an Stelle der Beweisführung durch Abhör der Geschworenen die Beweiserhebung vor diesen. Das Verdikt wird aus einer Zeugen-Aussage über die Schuld zu einem Urteil darüber auf Grund der Beweisergebnisse. Das Erfordernis der Nachbarschaft hatte nun jede Bedeutung verloren (noch ausdrücklich beseitigt 1825).

Das Verdikt ist in älterer Zeit zwölfstimmiges, bei Nicht-Einigung der anfänglich Berufenen eventuell durch Heranziehung weiterer Geschworenen erzielt Gruppenzeugnis. Demnächst wandelt es sich in einen einstimmigen Spruch der 12 Urteilsgeschworenen. Die Annahme höherer Vertrauenswürdigkeit des einstimmigen Verkdicts war nicht der Bestimmungsgrund für dieses Erfordernis, hat aber zu dessen Beibehaltung beigetragen und seine Empfehlung (durch Rüttimann, Köstlin pp., in zum Teil seltsamer Begründung) und Nachahmung in einigen deutschen Gesetzen (Braunschweig, Waldeck) veranlasst. Die schweren Bedenken liegen zutage: Begünstigung des Schuldigen, der nur einstimmig verurteilt, Benachteiligung des Unschuldigen, der nur einstimmig freigesprochen werden kann; Justizverweigerung bei nicht gelöstem Zwiespalt; Sieg der hartnäckiger vertretenen Sache mit dem Siege der bessern Sache nicht gleichbedeutend. Die Voraussetzungen, die in England die Einstimmigkeit erträglich machen, die Abhängigkeit der Geschworenen von Beweisregeln nach richterlicher Belehrung und die unbestriittene Autorität der richterlichen Weisungen, sind einer Übertragung nicht fähig.

Den Charakter eines Verteidigungsmittels hat der Geschworenenanspruch in England insofern bis heute behalten, als auf Geständnis, „*Autoverdikt*“, hin der Richter ohne Geschworene urteilt. Auch hierin sind einige deutsche Gesetze dem englischen Vorbilde gefolgt (Württemberg 1849, Preussen pp.; so auch norweg. Ges. 22. 5. 1892 § 21). Wunderliche philosophische Deduktionen (Köstlin) haben die geschichtliche Zufälligkeit innerlich zu begründen versucht, während es doch Sache der Schuldbeurteilung, also des Richters der Schuldfrage sein muss, die Glaubwürdigkeit des Geständnisses zu prüfen.

Von den Fällen der *summaries convictions* abgesehen kommen in England alle Strafsachen vor Geschworene.

Als die französische Revolution den völlig entarteten, geheimen schriftlichen Untersuchungsprozess beseitigte, wurde nach englischem Muster mit dem öffentlich-mündlichen Anklageprozess auch die Jury in Frankreich eingeführt (Gesetze vom 16. bis 29. September 1791, *code des délits et des peines* vom 3. Brumaire IV). Die Volkssouveränität erheischte Volksrichter, und die Schriftsteller der Aufklärungsperiode hatten seit Montesquieu die Jury gefordert. Als Anklagejury — eine vom kontinentalen Rechte fast durchweg reprobirte Bildung — hatte sie freilich nur kurzen Bestand. Dagegen wurde die Urteilsjury mit Beschränkung auf *crimes*, Verbrechen im eng. S., von Napoleon I., *code d'instr. criminelle* v. 1808, beibehalten.

Mit dem französischen Recht kam die Urteils-Jury in die Rheinlande. Die Bewegung der Jahre 1848 fg. hat dann — unter manchen Schwankungen — das Institut auf nahebei ganz Deutschland erstreckt.¹⁾ Ausgenommen blieben schliesslich nur die wenigen Gebiete, die am gemeinrechtlichen Untersuchungsprozess festgehalten hatten (die beiden Mecklenburg, die beiden Lippe) und trotz Einführung des reformierten Strafverfahrens Sachsen-Altenburg und Lübeck. In Österreich hatte die Jury zunächst nur kurzen Bestand, bis die Prozessordnung v. 23. Mai 1873 sie als ordentliches Gericht wieder einführt.²⁾ Der Siegeslauf der Schwurgerichte in 1848 wurde ohne Zweifel durch die Tatsache begünstigt, dass man eine andere Form der Laienbeteiligung damals nicht kannte, indem die Form des Schöffengerichts erst nachher und sehr allmählich zur Ausbildung kam.

¹⁾ Verzeichnis der Gesetze bei Binding, Grundriss des Strafprozessrechts 5. Aufl. § 10. Sammlungen (bis 1860) von Häberlin und Sundelin.

²⁾ Näheres bei Glaser, Handbuch des Strafprozesses I S. 182 fg., Ullmann, österr. Strafprozessrecht S. 32 fg.

Die Bekämpfung der Jury zugunsten des rechtsgelehrten Beamtenrichters, an der es in Deutschland nie gefehlt hat, ist bisher ohne Erfolg geblieben. Die Teilnahme des Volkes am Strafgericht liegt, wenn nicht logisch, so doch für die politische Gedankenwelt, die unsere Zeit beherrscht, in der Konsequenz des konstitutionellen Prinzips. Im Schöffengericht hingegen ist der Jury ein gefährlicher Rivale entstanden.

So hielt 1873 die Reichsregierung die Zeit für gekommen, unter Abschaffung der Schwurgerichte für Strafsachen aller Art Schöffengerichte einzuführen. Aber die Jury hat sich in den Reichsjustizgesetzen behauptet. Die Kommission zur Vorbereitung einer neuen deutschen Strafprozessordnung kam auf das Projekt von 1873 zurück. Doch bewährte sich wiederum die Volkstümlichkeit der Jury. Die neuen Entwürfe 1908, 1909 halten — mit einigen Beschränkungen der Zuständigkeit — an ihr fest.

Auf dem europäischen Kontinent bestehen Schwurgerichte ferner in Belgien (franz. code d'instr. crim. mit Abänderungen), Portugal (seit 1832), Griechenland (10. 3. 1834), in einer Reihe schweiz. Kantone (Genf, Waadt, Bern, Freiburg, Thurgau, Zürich, Aargau, Neuenburg, Solothurn), Italien (20. 11. 1859. bezw. 26. 11. 1865, 8. 6. 1874), Russland (20. 11. 1864, umgestaltet 1889, nicht überall eingeführt; Näheres: Foinitzki, Strafgesetzgebung der Gegenwart I S. 308 fg.), Rumänien (2. 12. 1864), Spanien (25. 4. 1888), Norwegen (1. 7. 1887, 22. 5. 1902), Ungarn (4. 12. 1896, 25. 8. 1897).

Die englischen Kolonien haben vielfach mit dem engl. Rechte auch die Jury (Malta, Australien, Ostindien pp.). In Brasilien wurden Anklage- und Urteils-Jury (5. 12. 1832) eingeführt.

Die Entwürfe für Italien und Österreich (1909) behalten die Jury bei, der letztere freilich in starker Beschränkung und mit unverkennbarer Hinneigung zum Schöffengericht.

III. Der Jury fällt die Schuld-, der Richterbank die Straffrage zu. Nicht der „nackte“ Tatbestand einer Tötung, sondern die Verübung eines Tötungsverbrechens in der Gesamtheit seiner rechtlichen Erfordernisse wird im Wahrspruche bejaht. An Stelle dieses allein fassbaren, in England klar erkannten Gegensatzes hat die französische Rechtsübung die zur Kompetenzabgrenzung ungeeignete Scheidung von Tat- und Rechtsfrage gesetzt, war bemüht, die Geschworenen auf blasse Tatsachen zu beschränken, den Rechtspunkt dem Gerichte vorzubehalten. Die englischen Geschworenen werden durch Rechtsweisung des Richters in ihrer stets zugleich rechtlichen Aufgabe unterstützt; in Frankreich ist dafür nicht gehörig gesorgt. Die deutsche Wissenschaft hat den Irrtum der französischen Praxis überwunden. In Deutschland und Österreich wird den Geschworenen richtig die Schuld-, den Richtern die Straffrage zugewiesen. Aber die Durchführung der Unterscheidung lässt noch zu wünschen übrig, indem Teile der Straffrage zur Schuldfrage gerechnet werden und (nach Reichsrecht im Anschluss an code 341) den Geschworenen die Feststellung der mildernden Umstände, die als Strafzumessungsgründe zur Straffrage gehören, zufällt.

Eine Ausnahme vermag für England zu begründen das „Spezialverdict“: die Jury antwortet auf die einzelnen Anklageatsachen und überlässt die Findung des Ergebnisses dem Richter, doch ist solche Selbstbeschränkung selten. In das kontinentale Recht sind die Spezialverdicte nur ganz vereinzelt und modifiziert (Braunschweig, Thüringen) aufgenommen worden.

Auf dem Grunde eines Schuldspruchs der Geschworenen hat das Gericht die Strafe zu bestimmen.

Das Ansehen des engl. Richters, der im Schlussvortrag (summing-up, charge) bestimmenden Einfluss übt, und die Abhängigkeit der Geschworenen von Beweisregeln, die der Richter bindend darlegt, ermöglichen, dass das engl. Verdict unmittelbar die Anklageschrift für begründet erklären oder verwerfen kann. Die französischen, deutschen pp. Geschworenen, die in der Beweiswürdigung ganz frei und an Rechtsweisungen des Gerichts formell nicht gebunden sind, bedürfen der Leitung durch Fragen des Gerichts (so von vornherein die franz. Gesetze), die, logisch gegliedert, die konkreten Tatbestände und Tatumstände hypothetisch unter die gesetzlichen ziehen und so gefasst sind, dass ihre Bejahung oder Verneinung die Schuld, Nicht-Schuld des Angeklagten vor dem Gesetze oder den Bestand, Nichtbestand gesetzlicher Erschwerungs-, Milderungs- pp. Gründe ergibt. Teilweise Bejahung, Verneinung einer Frage ist zulässig.

Das deutsche System der Spezialbefragung, das auf der Fortbildung des französischen durch Überweisung der vollen Schuldfrage an die Geschworenen beruht und in den Hauptpunkten mit dem österreichischen Rechte übereinstimmt, scheidet drei Fragarten. Die Hauptfrage geht dahin, ob der Angeklagte sich des bestimmten bei Eröffnung des Hauptverfahrens angenommenen Verbrechens nach Massgabe der Tatbeschreibung im Gesetze, z. B. der vorsätzlichen, mit Überlegung ausgeführten Tötung eines Menschen schuldig gemacht habe. Eine Hilfsfrage („Eventualfrage“ in Österreich) tritt hinzu, wenn nach dem Verhandlungsergebnis mit einer andern als der bisherigen Beurteilung der Tat, z. B. mit Annahme von Erpressung statt Raubes, zu rechnen ist. Bejahung der Hauptfrage macht die Hilfsfrage abfällig. Nebenfragen („Zusatzfragen“ in Österreich, hier in noch weiterer Verwendung*) richten sich auf Erschwerungsgründe (Einbruch beim Diebstahl), Milderungsgründe (Reizung als Totschlagsanlass) oder Strafaufhebungsgründe, die für bestimmte Delikte gesetzlich anerkannt sind (Lösen des Brandes vor Entdeckung pp.). Nebenfragen setzen Bejahung der Hauptfrage voraus. Eine Mehrzahl von Angeklagten oder von strafbaren Handlungen führt zu der entsprechenden Zahl getrennter Schuldfragen (in Österreich nicht scharf durchgeführt).

Die starke Vernachlässigung der Fragestellungslehre in der Literatur hat zu der Meinung geführt (v. Hye-Glnek, Schwarze, H. Meyer pp.), dass sie ein unlösbares Problem sei.

Die Präzisierung und Gliederung des Beurteilungsstoffes in den Fragen und die Rechtsbelehrung der Geschworenen durch den Vorsitzenden verhüten keineswegs immer formell oder materiell mangelhafte Antworten, einen unvollständigen, einzelne Fragen, Frageteile nicht erledigenden oder sich widersprechenden, z. B. die Haupt- und Hilfsfrage, obwohl diese einander ausschliessen, zugleich bejahenden Spruch. Die Geschworenen sind dann unter Einleitung des Berichtigungs-Verfahrens (in Frankreich auf der Praxis beruhend, sonst gesetzlich bestimmt) zur Behebung des Fehlers zu veranlassen. Nur ein von solchen Mängeln freier Spruch kann Grundlage des Urteils sein.

In England wird der Wahrspruch mündlich abgegeben und erst protokolliert, nachdem etwaige Bedenken, Unklarheiten durch Befragung der Geschworenen und eventuell durch Änderung des Spruchs ihrerseits gehoben worden sind; ein formelles Berichtigungsverfahren ist bei dem freien Verkehr zwischen Richter und Jury erübrigt.

Die Beweiswürdigung und die Gesetzesauslegung der Geschworenen sind an sich nicht Gegenstand richterlicher Nachprüfung. Doch kann der Spruch abgewiesen werden, wenn sich nach einstimmiger Ansicht der Richter die Geschworenen in der Hauptsache zum Nachteil des Angeklagten geirrt haben (code 352, Ges. 9. 6. 1853 lässt Mehrheit der Richter genügen; Österr. 332; Ungarn 371, Deutsch. Reich 317; Italien 509: mit Beschränkung auf Mehrheits-Wahrspruch, erweitert durch ital. E. 1909 art. 42). Dann endgültiger Entscheid durch eine Jury der nächsten Session, möchte der neue Spruch auch ebenso oder noch schärfer (Beschränkungen in letzterer Hinsicht nach französ., österreich. pp. Praxis) ausfallen. Bei der Zweischneidigkeit der Massregel hätte der deutsche E. nicht von Irrtum „in der Hauptsache“ absehen sollen.⁴⁾

Wenn der engl. Richter gegenüber einem seiner charge widersprechenden verurteilenden Verdikt einen andern Spruch fordert, kommt's nicht zur Verweisung; die Jury fügt sich.

Deutsch. Reich (262, 297, 307) fordert $\frac{2}{3}$ -Mehrheit und deren Konstatierung im Spruch, soweit die Schuldfrage zum Nachteil des Angeklagten entschieden wird (ebenso die grosse Mehrzahl der frühern deutsch. Ges. im Gegensatz zu franz. Ges. 9. 6. 1853: einfache Mehrheit); Österr. 329 (ähnlich Ungarn 368) lässt, sonst übereinstimmend, zur Verneinung von Strafausschliessungs- und Milderungs-Gründen einfache Mehrheit genügen.

Dem Wahrspruch gehen voran die Vorträge der Parteien zur Schuldfrage, zwischen Wahrspruch und Urteil liegen ihre Ausführungen zur Straffrage. Anders die engl. Hauptverhandlung, die ein gesondertes Stadium des Plädierens nicht kennt, die Aufgabe der Parteien in die Beweisführung konzentriert (wohlthuende Sachlichkeit der Partei-Ausführungen gegenüber der französ. Rhetorik).

Den Vorträgen zur Schuldfrage wird nach deutsch-österreichischem (ungarischem) Rechte (und ital. E. 09 art. 39, 40) durch die zuvor (diese zweckmässige Folge empfohlen von Walther pp.; anders Italien, Norwegen) — unter Beteiligung der Parteien (so weitgehend ital. E. 09 art. 39)

* 319 (Ungarn 358) lässt Zusatzfragen auf Schuld ausschliessungsgründe zu. Allein Trennung der einen Schuldfrage in der Abstimmung kann zu verschieden zusammengesetzten Mehrheiten für die einzelnen Teile und somit leicht zu einer Scheinmehrheit für die Schuldannahme führen.

⁴⁾ Besser als Verweisung wäre eigene Entscheidung der bezüglichen Schuldfrage durch das Gericht zugunsten des Angeklagten.

und (in nicht ausreichendem Masse) der Geschworenen (in Frankreich beides nur durch die Praxis gewährt) — bestimmten Fragen die Richtung gegeben, während ein Vortrag des Präsidenten an die Geschworenen, in Deutschl., Ungarn, ital. E. 1905 u. 1909 mit der Aufgabe nur der Rechtsbelehrung (formell nicht bindend), in Österr., Italien, Norwegen zugleich im Sinne des unparteiischen Resumés der Verhandlungen (Beeinträchtigung der Selbständigkeit der Schuldbeurteilung) den Abschluss bildet. Frankreich kennt nicht die Rechtsbelehrung (Jury vermeintlich nur mit der Tatfrage befasst) und seit Ges. 19. 6. 1881 auch nicht das Resumé, doch fehlt es nicht an z. T. bedenklichen Surrogaten (Aufklärungen durch den Präsidenten im Beratungszimmer pp).

Das Fehlen der Wahrspruchs-Begründung weist die Urteils-Anfechtung wegen falscher Auslegung des Strafgesetzes in sehr enge Grenzen. Eine Reform hätte Stärkung des juristischen Elements unter Erhaltung der Unabhängigkeit des Wahrspruchs von der Verhandlungsleitung (durch Heranziehung eines rechtsgelehrten Geschworenen),⁵⁾ Wahrspruchs-Begründung,⁶⁾ weitergehenden Einfluss der Geschworenen auf die Fragenstellung, Vereinfachungen pp. anzustreben. Beteiligung der Geschworenen an der Strafbestimmung wäre zu erwägen.⁷⁾ Ein Vorzug von Österr. 315 (Ungarn 351) ist das Recht der Geschworenen, der Richter der Schuld, zu Beweisanträgen an das Gericht.

Die Geschworenen haben Urteilsgewalt an der Hand der Gesetze, nicht Gnadengewalt, nicht ein vom Gesetze entbundenen Volksrichteramt (dazu Eirkmeyer, Strafprozessrecht S. 224 fg.).

IV. Nur nach durchgreifender Reform der Jury (Minderung des Personalbedarfs pp.) käme ihre Verwendung in der Mittelstufe in Betracht („korrektionelle“ Jury in Genf und Neuenburg). Die gegebene Gestalt der J. hat in Frankreich die genteilliche Tendenz hervorgerufen, Schwurgerichtssachen durch Unterdrückung erschwerender Umstände vor die Beamten-Gerichte zu bringen („Korrektionalisierung“).

Die öfters bestimmte Zuständigkeit der Geschworenen für politische und Press-Delikte (Österr. 484, Ungarn Einf.-Ges. 15, Bayern, Württemberg, Baden, Oldenburg: Pressdelikte; in Frankreich diese Zuständigkeit eingeschränkt durch Ges. 16. 3. 1893⁸⁾) führt auf das Streben zurück, diese nicht immer scharf zu umgrenzenden, erweiternder Auslegung leicht zugänglichen Tatbestände im Interesse ungehemmter politischer, publizistischer Betätigung dem Beamtengerichte zu entziehen und erübrigt sich durch eine diesen Anlass beseitigende Gesamtreform der Gerichtsverfassung.

Schwurgerichte als Ausnahmegerichte lediglich für Presssachen (Österr. Ges. 9. 3. 1869, Schweden) verleiten zu ungesetlichen Entscheidungen nach subjektiven Rechtsüberzeugungen und dem Parteistandpunkte.⁹⁾

V. Das kontinentale Recht unterwirft Schwurgerichtsurteile bezüglich des Schuldentscheids einer Nachprüfung nur im Rechtspunkt. Dagegen hat Crim. Appeal Act v. 1907 — 7 Edw. 7 c. 13 — (Mendelssohn-Bartholdy, Imperium des Richters S. 210 fg.) unter völligem Bruch mit der Tradition ein rechtsgelehrtes Beamtengericht den Schwurgerichten auch in der Tatfrage übergeordnet (stark abweichend von der deutschen Berufungsgestaltung).

Die herrschende deutsche Rechtsanschauung könnte, auch abgesehen vom Mangel der Begründung des Spruchs, eine zu dessen Nachprüfung geeignete Instanz weder in einem Berufungs-Beamten-, noch in einem Berufungs-Schwurgericht finden.

⁵⁾ Verkehrt Anteilnahme des Präsidenten an der Geschworenen-Beratung nach Genf I. 10. 1890 Art. 208 Abs. 2.

⁶⁾ Ein technisch nicht befriedigender Ansatz dazu liegt in den „Kontrollfragen“ nach Österr. 323 (Vorschlag v. Bar's; nicht in Ungarn), d. h. in Zusatzfragen, welche bezwecken, ein in die Fragen aufgenommenes gesetzliches Merkmal auf das ihm entsprechende tatsächliche Verhältnis zurückzuführen. Noch bedenklicher die Fragenzerlegung im ital. E. 1905 Art. 486, 488 (beseitigt im E. 09).

⁷⁾ So Genf I. 10. 1890. Vgl. den Kommis.-Bericht der franz. Deput.-Kammer 1908 N. 1793 über die Entwürfe Peret und Briand. Vielfache Petitionen franz. Geschw.-Kollegien streben das an. rév. pénit. 34, 410, 1073; 35, 161 pp. So auch Beschluss der Schwurger.-Kommis. der J.-K.-V. und ital. E. 1909 art. 43.

⁸⁾ Dazu Eirkmeyer, Strafprozessrecht S. 227.

⁹⁾ Über die Erfahrungen in Österreich: v. Liszt, österr. Prozessrecht S. 25 fg.

Auch die Zulassung einer Berufung lediglich wegen des Strafsentscheids, Österr. 345, stösst schon wegen dessen Abhängigkeit von nicht-begründetem Schuldentscheid auf starke Bedenken.

Die „Berufung“ gegen Schwurgerichtsurteile nach Norweg. 378 fg. entspricht abgesehen von Anfechtung des Strafsentscheids wesentlich der deutsch. Revision.

VI. Die Schwurgerichtsform bringt wegen der überlieferten Zwölfzahl der Geschworenen (9 wären genügend, 10 in Norwegen) und ihrer Auslosung für die einzelne Verhandlung unter Gewährung von Ablehnungsrechten an die Parteien eine recht erhebliche Belastung des Laienelements mit sich. Um die Störungen des bürgerlichen Berufes auf bestimmte Zeit zu beschränken, werden die Schwurgerichte nur periodisch gebildet (wovon jedenfalls nur bei Reduktion der Geschworenenzahl und der Ablehnungsrechte abgegangen werden könnte). Wiederholte Reduktionen — nach Reichsrecht 2 Wahlen und 2 Losungen — ergeben aus der Masse der Pflichtigen die Jury des Einzelfalls. Gleichmässige Heranziehung ist — wegen der Auslosungen für die Einzelsachen — nur unvollkommen erreichbar. Die Gewinnung der Geeignetsten — nach Intelligenz, Lebenserfahrung, bürgerlichem Ansehen, Unabhängigkeit des Urteils — strebt das Reichsrecht, unter Verzicht auf gesetzliche Beschränkungen in Form von Vermögens-, Bildungs-Zensus (so in den meisten frühern deutsch. Gesetzen) durch die Zusammensetzung der Wahlorgane an.

Schwurgericht und Schöffengericht haben Berechtigung nur als Gericht der Redlichen und Befähigten nach einer allein auf diese Eigenschaften gerichteten Auswahl. Vor einem Gericht der „honestiores“ über die „humiliores“, des „dritten“ Standes über den „vierten“, also die Klassen mit der grössten Kriminalitätsziffer (gemäss den sozialen Ursachen des Verbrechenens), hat das reine Beamtengericht den Vorzug.

Ein ganz niedriger Zensus (Steuersatz pp., England, Österreich, Ungarn; ziemlich hoher Zensus in Belgien) trägt gewiss nicht die Vermutung einer besonderen Befähigung und eine noch so weite Ausdehnung der „Kapazitäten“ (nach Bildung, Stand pp., so besonders im italien. Ges. 8. 6. 1874) lässt die Hauptmasse der Erwerbstätigen unberührt. Jede derartige Beschränkung aber muss auf die Ausgeschlossenen verbitternd wirken. Der österr. E. kennt einen Zensus nicht mehr.

Mit Recht sind der deutsche u. österr. E. bestrebt, durch die Gewährung von Tagegeldern den Geschworenen- (Schöffen-)Beruf auch den Unbemittelten, insbes. den „Arbeitern“, zugänglich zu machen.

Alle Bevölkerungsschichten sind bei der Auswahl möglichst gleichmässig zu berücksichtigen.

Für die grosse Mehrzahl der Frauen (in Norwegen zugelassen) passt jedenfalls zurzeit das Richteramt nicht, mag man den Grund finden in unbildungsfähiger sozialer Lage oder in bleibender durchschnittlicher Eigenart.

Schwurgerichtsbildung nach Reichsrecht. Die Gesamtheit der Pflichtigen wird in den *U r l i s t e n*, aufgestellt von den Gemeinde-Vorstehern, befasst. Diese Listen dienen zugleich der schöffengerichtlichen Rechtspflege. Neben gesetzlich Unfähigen (mit Verlust der Ehrenrechte Bestraften, Konkurschuldnern pp.) haben den Urlisten fern zu bleiben solche, die nicht berufen werden „sollen“, noch nicht Dreissigjährige, Beamte, deren Aufgaben mit denen eines unbesetzten Richters nicht verträglich scheinen, nach geltendem Recht auch Volksschullehrer pp. (verfehlte, im öst. E. aufgegebene Beschränkung, durch die tüchtige, bei Aburteilung Jugendlicher sogar besonders geeignete Elemente ferngehalten werden). Ablehnungsberechtigte (mehr als Fünf- undsechzigjährige, Mitglieder gesetzgebender Versammlungen pp.) sind aufzunehmen. Aus der Urliste für den Amtsgerichtsbezirk wählt ein bei diesem Gericht jährlich zusammentretender Ausschuss (Amtsrichter als Vorsitzender, ein Staatsverwaltungsbeamter, sieben Vertrauensmänner; zweckmässige, Unparteilichkeit, Personalkenntnis, das Vertrauen der Gerichts-Eingesessenen der Wahl nach Möglichkeit sicher stellende Zusammensetzung)¹⁹⁾ diejenigen Personen aus, die er für das nächste Geschäftsjahr zu Geschworenen vorschlägt: *V o r s c h l a g s l i s t e*, bemessen nach dem dreifachen Betrag der auf den Amtsgerichtsbezirk fallenden Geschworenenzahl. Die Vorschlagslisten der zugehörigen Amtsgerichtsbezirke liefern das Material für die *J a h r e s l i s t e* (in Österr. und Ungarn direkt aus der Urliste gewählt) des Schwurgerichtsbezirks; das Landgericht wählt aus nach Prüfung der Vorschlagslisten auf gesetzliche Befähigung pp. der Geschworenen hin und nach Bescheidung bezüglicher Einsprachen. Mit der Jahres *h a u p t l i s t e* verbindet sich die Jahres *h i l f s l i s t e*: eine Reserve leicht erreichbarer, in der Nähe der Gerichtsstelle wohnender Geschworenen zur Deckung eines Ausfalls (Behinderung, unentschuldigtes Ausbleiben pp.) bei einzelnen Verhandlungen. Die Jahreshauptliste ergibt durch Auslosung — seitens des Landgerichtspräsidenten — die *S p r u c h l i s t e n* (in Österreich: „Dienstlisten“) von je 30 Geschworenen für die einzelnen Sitzungsperioden. Die Jahreshilfsliste bleibt für alle Sessions. Der Schlussakt des Bildungs-Prozesses, die Auslosung der einzelnen Jury aus den ersohlenen, nicht durch gesetzliche Gründe (Verwand-

¹⁹⁾ Auswahl durch abhängige Verwaltungsorgane, wie besonders in der frühern französischen Gesetzgebung, bringt das Schwurgericht in Abhängigkeit von der Regierung oder erzeugt doch diese Annahme.

schaft mit dem Beschuldigten, Verletztsein durch die Straftat pp.) für diese Sache ausgeschlossenen Geschworenen fällt nach Reichsrecht in die bezügliche Hauptverhandlung (in Österr. Lösung vor, in Ungarn nach Beginn der Verhandlung). Die Parteien dürfen, zu gleichem Rechte, soviel Geschworene ablehnen, ohne Angabe von Gründen, als Namenszettel über 12 in der Losurne enthalten sind. Stehen nicht mindestens 24 fähige Geschworene zur Verfügung, so wird vor Bildung der Jury die Zahl aus der Jahreshilfsliste durch Zulassung auf 30 ergänzt. In Österr. (ähnlich Ungarn) umfasst die Dienstliste neben 36 Hauptgeschworenen 9 Ergänzungsgeschworene, die stets zu erscheinen haben, um etwaigen Ausfall von Hauptgeschworenen zu ersetzen.

Die peremptorische Ablehnung wäre, wenn nicht überhaupt zu beseitigen, so doch zu beschränken (beachtenswert itsl. E. 1909 art. 35) und daneben (wenn nicht ausschliesslich!) begründete Ablehnung zuzulassen, wie auch im engl. und schott. Recht beide Arten der Ablehnung bestehen. Spruchliste und erforderliche Präsenz wurden dann (und bei einer Jury von nur 9) erhebliche Reduktion vertragen¹¹⁾ (unabweisbar, wenn Schöffengerichte in der Mittelstufe—Deutsch. E. — und Schöffen-Berufungsgerichte den Bedarf an Laienrichtern steigern).

Nach Beidigung der 12 Urteilsgeschworenen, die leider nach Reichsrecht u. deutsch. E. der nötigen Eingringlichkeit entbehrt, namentlich nicht die Pflicht zu gesetzmässiger Entscheidung betont — anders Österr. 313, Ungarn 349 —, folgt die Sachverhandlung.

Über **Vorsitz** und **Beisitz** im Schwurgericht wird nach Reichsrecht — im Gegensatz zu der sonstigen Gerichtsbesetzung je für ein Geschäftsjahr im voraus — sessionsweise bestimmt. Ebenso in Österreich, während Ungarn und Italien auf ein Jahr designieren. Unberechtigter Einfluss der Justizverwaltung auf die Gerichtsbildung (einer Einzelsache halber) wird nach dem letzteren Modus sicher verhütet und der Gewinn an Erfahrung in der schwierigen Funktion des Vorsitzes der Justiz in höherem Masse erhalten, als es sessionsweise Berufung erwarten lässt (Norwegen hat ständige Assisen-Präsidenten); sorgsame Auswahl ist freilich bei Ausschluss eines Wechsels im Geschäftsjahr um so mehr Bedürfnis. Wesentlich zu einer Befähigungsprobe, mit Rücksicht auf Beförderung pp., sollte jedenfalls das verantwortungsvolle Amt des Vorsitzenden nicht dienen.

In England ist regelmässig nur ein Richter beteiligt, was auch für Deutschland öfters empfohlen worden ist (das Kollegialsystem gerade bei den schwersten Strafsachen zu durchbrechen, wäre jedenfalls unrichtig). Italien hat seit Ges. 14. 7. 07 nur einen Richter.

Der französische Schwurgerichtspräsident ist ermächtigt, sich in der Sachleitung über die Gesetzesvorschriften hinwegzusetzen, an sich unzulässige Beweismittel heranzuziehen pp.; er hat die „*d i s k r e t i o n ä r e G e w a l t*“ (code 268 fg. u. anschließende Praxis, Ital. 478 fg.). Das deutsche und (richtig verstanden) auch das österr. Recht (ital. E. 1905) kennen diese Missbildung nicht (anders öfters die frühern deutsch. Landesgesetze).

Die Wahl des **O b m a n n s** durch die Geschworenen zur Leitung ihrer Beratung und Abstimmung und zur Kundgebung des Wahrspruchs erfolgt erst nach Schluss der Verhandlungen zur Schuldfrage im Beratungszimmer. Weit richtiger würde für Organisation des Geschworenen-Kollegs gleich nach der Auslosung gesorgt und ihnen so ermöglicht, gemeinsame Anträge zur Fragestellung, Beweiserhebung, nach Beratung unter sich, zu stellen.

Die Geschworenen unterliegen, wenn sie sich ihren Pflichten gesetzwidrig entziehen, der Strafgewalt des Gerichts (so deutsch. Reich, beschränkter Österr. u. Ungarn).

Das deutsch-österr. Recht billigt ihnen Ersatz der Reisekosten zu. Der deutsche und der österr. E. sehen Tagegelder vor (so Ungarn u. französ. Ges. 17. 7. 1908).

VII. Das Schöffengericht ist im Gegensatz zum Schwurgericht einheitlich gebildet. Schöffen und Berufsrichter sind ein Kollegium und fällen das Urteil gemeinsam. Mitbeteiligung der Schöffen an den dem Urteil vorgängigen Entscheidungen ist nicht begriffswesentlich. Immer beschränkt sich die Zuziehung der Schöffen auf die Hauptverhandlung. Erledigung erst der Schuld-, dann der Strafrage in getrennten Entscheidungen, je durch Richter und Schöffen gemeinsam, wäre mit dem Wesen des Schöffengerichts vereinbar. Fernhaltung der einen oder andern Urteilerguppe hingegen von der Entscheidung entweder der Schuld- oder der Strafrage würde das „Schöffengericht“ aufheben.

¹¹⁾ Ein Fehler ist, dass der deutsche E. ohne diese Voraussetzungen reduziert (auf 22 u. 18).

Mit dem alten deutschen Schöffengericht, das auf der Scheidung zwischen dem Hegen des Gerichts durch den Richter und dem Urteilen durch die Schöffen auf Urteilsfrage des Richters hin beruhte, teilt das moderne Schöffengericht als einheitliches Spruchkollegium nur den Namen.¹²⁾

Diese Gerichtsform ist zuerst in der hannoverschen Gesetzgebung 8. 11. 1850 eingeführt worden: ein Berufsrichter und zwei Schöffen urteilen über Polizeistrafsachen (Zweck: Popularisierung dieses Zweiges der Rechtspflege, Ermöglichung kollegialen Entscheids).

Es folgten: Oldenburg, Bremen, Kurhessen, Baden, Preussen (25. 6. 1867 f. d. neuen Landesteile), Württemberg, Sachsen (1. 10. 1868). Württemberg hatte Schöffengerichte auch in der Mittelstufe, Sachsen überwiegt ihnen nur die mittleren Straffälle. Das sächs. Schöffengericht war jedoch im Grunde modifiziertes Schwurgericht, indem den Schöffen die Strafrage entzogen war und sie auch am Schuldentscheid nur in dem gleichen Umfang wie Geschworene (§ 66 des sächs. Schwurgerichtsges. v. 1. Okt. 1868: Anwendung der Rechtsbegriffe vielfach den Richtern vorbehalten) teilnahmen; noch weitergehende Beschränkung der Schöffen in Kurhessen.

Ständige, nicht im Reihendienst amtierende Schöffen kannte Hamburg (Verfassung 28. 9. 1860, Ges. 30. 4. 1869). Diese Einrichtung entspricht nicht, wie immer die ständigen Schöffen bestimmt werden möchten, der rechtspolitischen Forderung einer Beteiligung des Volksganzen an der Strafrechtspflege.

An die so geschaffenen Schöffengerichte hat sich eine lebhaftige Agitation zur Ersetzung der Geschworenen durch Schöffen angeschlossen. Seit 1865 war Schwarze (das deutsche Schwurgericht und dessen Reform usw.) dafür eingetreten; in neuerer Zeit fand das Schöffensprinzip zahlreiche Anhänger, unter denen Wach, Jurist. Zeitung Bd. 10 S. 81 fg., 321 fg., Bd. 14 S. 11, Recht, Bd. 15, S. 114 fg. hervorrang. Doch auch der Jury fehlt es nicht an Verteidigern (Ullmann, Birkmeyer, W. Mittermaier, v. Bar, Kahl, Liepmann usw.). Für wesentlich reformiertes Schwurgericht (s. oben unter I u. III a. E.) und Umbildung des Schöffengerichts (Ausschluss des Vorsitzenden vom Schuldentscheid bei mittleren Straffällen, getrennte Erledigung von Schuld- u. Strafrage nach Ermessen des Gerichts, Aufstellung von Schuldfragen unter Mitwirkung der Parteien, entsprechend dem akkusatorischen Typus) mit dem Ziel der Verschmelzung beider Gerichtsformen: Oetker (insbes. Arch. f. Rechts- pp. Philosophie Bd. 2 Heft 2). Die Rückkehr zum rechtsgelehrten Beamtengericht empfehlen Binding, Beling pp. (meist unter Anerkennung relativen Vorzugs des Schöffengerichts vor der Jury).

Die ersten Entwürfe zu der geltenden Reichsgesetzgebung hatten für die erste Instanz die Alleinherrschaft des Schöffengerichts angestrebt. Die Volkstümlichkeit der Jury aber nötigte zu deren Beibehaltung unter Beschränkung des Schöffengerichts auf die unterste Stufe.

Ebenso blieb die Befürwortung des Schöffensystems durch die Kommission zur Vorbereitung einer neuen deutschen Strafprozessordnung insofern ohne Erfolg, als die Entwürfe 1908, 1909 — dem Drucke der Volksstimme nachgebend — die Jury für schwerere Verbrechen beibehielten. Dagegen siegte das Schöffengericht in der Mittelstufe — unter Beseitigung der nur mit Berufsrichtern besetzten Strafkammern —, während die Zuständigkeit der untern Schöffengerichte in den Entwürfen nach oben hin erheblich und bedenklich erweitert wird, zugleich aber die kleine Kriminalität und die summarischen Sachen den Amtsrichtern als Einzelrichtern zufallen.

Die Vorkommission wollte Schöffengerichte auch für die Berufungsinstanz.¹³⁾ Die Entwürfe hingegen überweisen diese Gerichtsbarkheit reinen Beamtengerichten. Wird indes in der Zuziehung von Schöffen eine Garantie des voll gerechten Urteils und volkstümlicher Strafjustiz erblickt und gegen Strafurteile die Berufung, eine Nachprüfung nicht nur im Rechtspunkte, sondern auch in der Beweisfrage gewährt — wofür starke Gründe sprechen —, die Berufungs-Verhandlung auch, wie nicht anders möglich, als neue Hauptverhandlung mit ausgiebiger Beweiserhebung in den Grenzen der Berufungsanträge gestaltet, so ergäbe die Fernhaltung der Schöffen vom Standpunkte der das Institut stützenden Erwägungen ein weniger gut besetztes Gericht und einen vollen inneren Widerspruch.

Die österr. Vorentwürfe von 1909 haben das Schöffeninstitut aufgenommen in Gestalt kleiner Schöffengerichte in der Mittelstufe und grosser Schöffengerichte, denen ein Teil der bisherigen Geschworenen-Kompetenz zugewiesen ist; die Übertretungen (für die einst der Prozess-E. 1867 § 476

¹²⁾ Vgl. auch Birkmeyer, Strafprozessrecht S. 222 zu K 5.

¹³⁾ Mitwirkung von (ständigen) Schöffen in höherer Instanz bestand in Hamburg.

Schöffengerichte vorgeschlagen hatte) bleiben den Einzelrichtern. An der Berufungsgerichtsbarkeit, die in unserem Sinne nur in Übertretungssachen besteht, werden Schöffen nicht beteiligt.

Nach dem Schöffenprinzip gebildete Gerichte bestehen in Norwegen (1887; für Übertretungen u. leichtere Verbrechen 1 Berufsrichter, 2 Schöffen); in Bosnien-Herzegowina (1891; Bezirksamt: 1 Richter, 2 Schöffen; Gerichtshof: 3 Richter, 2 Schöffen); in Tessin (1895).

Die gemischten Gerichte in Serbien (seit 1871, 1892/94) und Bulgarien (1897; Kreisgericht, soweit es mit Zuziehung von „Beisitzern“ entscheidet) sind nicht echte Schöffengerichte, sondern modifizierte Schwurgerichte nach sächs. Muster (Entscheid der Schuldfrage durch Richter und Beisitzer gemeinsam, der Straffrage nur durch die Richter).

In Norwegen (§§ 400 fg.) können durch Antrag auf erneute Verhandlung (nicht „Berufung“ im techn. S.) Sachen, in denen ein Schöffengericht (oder Verhörsgericht) entschieden hat, vor das Schwurgericht gebracht werden.

Schöffengerichte (2, 4 Beisitzer) sind auch die deutsch. Konsular-Strafgerichte gemäss §§ 8 bis 12 Kons.-Ger.-Ges. 7. 4. 1900.

Den Charakter von Schöffengerichten haben endlich die Kriegsgerichte, Ober-Kriegsgerichte und das Reichsmilitärgericht nach R.-Milit.-Strafger.-Ordng. 1898 (zusammengesetzt aus jurist. Mitgliedern u. Offizieren; z. T. starke Abweichungen von den bürgerl. Schöff.-Gerichten). Diese Schöffeninstitution erstreckt sich auf die Berufungs- und Revisions-Instanz.

VIII. Die Schöffen haben das Richteramt nur für die Hauptverhandlung — vorher und nachher erforderliche Entscheidungen erlässt der Richter allein —, für diese aber nach Reichsrecht (von geringfügigen Ausnahmen abgesehen) auch in vollem Umfange, so dass auch die dem Urteil vorgängigen prozessualen Entscheidungen von ihnen mitgefällt werden (anders früher Sachsen, Oldenburg). Mag immerhin das Laienverständnis prozessrechtlicher Fragen öfters nicht gewachsen sein, so werden doch verständige Schöffen gerade hierin dem Richter willig folgen, während die Mitbestimmung der Beweiserhebung, über deren Ergebnisse sie zu urteilen haben, ihnen füglieh nicht entzogen sein kann. Den Vorsitz hat der Richter; die Schöffen stimmen nach Reichsrecht (anders früh. deutsche Ges.) vor ihm ab, im Interesse ihrer Selbständigkeit, nachdem in der vorgängigen Beratung der Berufsrichter Gelegenheit hatte, seine Auffassung zu entwickeln. Entsprechend österr. E.

Auch in der Mittelstufe müssen die Schöffen die Mehrheit haben (anders früher Württemberg). Andernfalls sind sie blosse Figuranten und der gesetzliche Zweck der Schöffeninstitution, eine von der Billigung des Volkes getragene, von schablonenhafter Beweisbeurteilung und Strafbestimmung freie, das öffentliche Rechtsbewusstsein befriedigende und fortbildende Strafpflege zu schaffen, bleibt unerfüllt. Zu tadeln der österr. E., der gleichviel Richter und Schöffen beruft.

Über Schuld- und Straffrage wird nach Reichsrecht im Anschluss an die Beweisaufnahme und nachdem die Parteien zu beiden Fragen in ungetrenntem Vortrage gehört worden sind, in einem Urteilsakt entschieden. Die Vereinfachung der so gestalteten Hauptverhandlung gegenüber dem schwurgerichtlichen Gergange leuchtet ein; doch könnten ein vorangestellter blosser Schuldentscheid und entsprechende Gliederung der Partei-Vorträge diese übersichtlicher, wirksamer gestalten und von Eventualitäten befreien. Österr. § 256 (für nicht-schwurgerichtliches Verfahren) ermöglicht getrennte Behandlung von Schuld- und Straffrage (so auch früher Braunschweig; ähnlich ottoman. St.P.O. 1879 §§ 290 fg.). Ebenso österr. E. § 256.

IX. Im Interesse möglichst gleichmässiger Verteilung des Schöffendienstes auf die Befähigten und zur Vermeidung jeder Willkür in der Gerichtsbesetzung werden nach deutschem Rechte der Justiz je für ein Geschäftsjahr eine bestimmte Zahl Pfllichtiger — die *Jahresliste* der Schöffen — zur Verfügung gestellt und vor Beginn des Geschäftsjahres durch Auslosung aus dieser Liste die Schöffen auf die im voraus bestimmten Sitzungstage des Jahres verteilt.

Die *Urliste* ist dem Schöffen- und Schwurgericht gemeinsam. Die *Jahresliste* der Schöffen entsteht durch Wahl aus der Urliste seitens eines jährlich beim Amtsgericht zusammentretenden Ausschusses, der zugleich die Geschworenen vorzuschlagen hat (s. unter VI), nach vorgängiger Prüfung der Urliste und Entscheidung

der gegen sie erhobenen Einsprachen. Die Jahreliste zerfällt in die **Hauptliste** für den regelmäßigen Bedarf und die **Hilfsliste** — Personen, die in der Nähe der Gerichtsstelle wohnen — zur Deckung eines Schöffenausfalls (Behinderung, unentschuldigtes Ausbleiben pp.) bei einzelnen Sitzungen (nach einer vom Ausschuss festzusetzenden Reihenfolge). Die Zahl der Hauptschöffen ist so zu bemessen, dass voraussichtlich jeder zu höchstens 6 Sitzungstagen im Jahre herangezogen wird. Die Schöffen werden bei der ersten Dienstleistung für das Geschäftsjahr im ganzen beeidigt (Geschworene für jede einzelne Sache). Die Farblosigkeit der Formel, die namentlich nicht die Bindung des Schöffen an das Gesetz ausdrückt, ist zu beanstanden. Weit besser der österr. E. § 240 a.

Entscheidung durch den Amtsrichter allein lässt das geltende Recht nur zu, wenn der Beschuldigte lediglich wegen Übertretung verfolgt nach vorläufiger Festnahme vorgeführt wird, geständig ist und die Staatsanwaltschaft zustimmt. Erhebliche Erweiterung des schöffellosen Verfahrens soll nach den Entwürfen eintreten.

Zur Bestimmung der Landgerichtschöffen kombiniert der deutsche Entw. das schwurgerichtliche und das schöffengerichtliche Bildungsprinzip: Vorschlagsliste durch Wahl aus der Urliste seitens des Amtsgerichts-Ausschusses, Jahreliste durch Wahl aus der Vorschlagsliste seitens des Landgerichts, Auslosung auf die Sitzungstage durch das Landgericht.

Schöffen bei den „Jugendgerichten“, d. h. besonderen nach Anordnung der Landesjustizverwaltung bei den Amtsgerichten zu bildenden Abteilungen, sollen nur solche Persönlichkeiten sein, die auf dem Gebiete der Jugenderziehung besonders erfahren sind (Lehrer, Lehrherren, Mitglieder von Fürsorge-Vereinen pp.). Daher ist für diese Abteilungen eine Spezial-Jahreliste zu bilden. Um ein Zurückdrängen der sachverständigen Begutachtung durch die Annahme eigener Sachkunde zu verhüten und die „Väter“ nicht vom Gericht auszuschließen, wäre richtiger die Heranziehung nur je eines Spezialschöffen. Auch sollten in Erweiterung des Entwurfs Jugendabteilungen mit je einem Spezialschöffen bei den Landgerichten ebenfalls bestehen.

Der österr. Entw. über die Bildung der Schöffenenlisten ist in der Hauptsache nach deutschem Muster gearbeitet; zwischen Urliste und Jahreliste steht die von einem Verwaltungsbeamten aufgestellte Vorschlagsliste, die Jahreliste wird durch eine dem deutschen Amtsgerichtsausschuss entsprechende Kommission aus der Urliste unter Benutzung der Vorschlagsliste ausgewählt.

Im Hinblick auf Ordnungsstrafen, Ersatz der Reisekosten, Gewährung von Tagegeldern stehen die Schöffen den Geschworenen gleich.