

1. 1. Ist der Antrag der Verteidigung zulässig, daß ein Mitglied des erkennenden Gerichts oder der Vertreter der Staatsanwaltschaft den Sitzungssaal verlasse, um als geladener Zeuge demnächst vernommen zu werden?

2. Sind diese Beamten unter der Voraussetzung ordnungsgemäß erfolgter Ladung vorgeladene Zeugen im Sinne des § 244 St.P.O.? Können sie bei der Verhandlung über jenen Antrag, und zwar die Gerichtsmitglieder auch bei der Beschlußfassung über den Antrag, mitwirken?

3. Was ist unter Eröffnung der Untersuchung im Sinne des § 154 St.P.O. zu verstehen? Kann die Staatsanwaltschaft bis zur Eröffnung der Untersuchung — unter Zurückziehung der bisherigen Anklage — zu einer anderen Art der Anklageerhebung übergehen? Ist das Wahlrecht der Staatsanwaltschaft dadurch beseitigt, daß der Angeklagte auf die vom Vorsitzenden angeordnete Mitteilung der Anklageschrift bereits eine Erklärung abgegeben hat?

V. Straffenat. Ur. v. 9. Oktober 1908 g. R. V 455/08.

I. Landgericht Töln.

Aus den Gründen:

Die erhobenen Prozeßbeschwerden konnten nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. . . .

. . . 2. Der Angeklagte rügt, . . . das Gericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, da der als Zeuge ordnungsmäßig vorgeladene und erschienene Landgerichtsrat U. als Richter mitgewirkt habe, ebenso habe der als Zeuge ordnungsmäßig geladene und erschienene Staatsanwaltschaftsrat Dr. Sp. nicht als Staatsanwalt tätig sein dürfen. Es sei außerdem unzulässig gewesen, daß die genannten

beiden Beamten bei der Beschlußfassung des Gerichts über den hierauf bezüglichen Antrag der Verteidigung als Richter bzw. Staatsanwalt mitgewirkt haben. Außerdem sei durch die Ablehnung der Vernehmung dieser beiden Zeugen die Vorschrift des § 244 St.P.D. verletzt und die Verteidigung beschränkt worden. Diese Rügen sind unbegründet.

Ausweislich des Sitzungsprotokolls stellten die Verteidiger alsbald beim Beginne der Verhandlung den Antrag, anzuordnen, daß die genannten beiden Beamten, die von der Verteidigung als Zeugen geladen seien, den Saal verlassen sollten. Nachdem der Vorsitzende den Antrag abgelehnt hatte, beantragten die Verteidiger Gerichtsbeschluß. Dieser erging dahin, der Antrag der Verteidiger werde zurückgewiesen, die beiden Genannten seien als Zeugen nicht erschienen, U. sei als beisitzender Richter, Dr. Sp. als Vertreter der Staatsanwaltschaft anwesend. Das Verfahren der Strafkammer ist rechtlich nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des § 377 Nr. 1 St.P.D. liegt nicht vor. Nach § 22 Nr. 5 St.P.D. ist ein Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes zwar ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Zeuge vernommen ist. Ein solcher Fall ist hier aber nach dem eigenen Sachvortrage des Beschwerdeführers nicht gegeben. Die bloße Tatfache der Vorladung als Zeuge bewirkt die Ausschließung vom Richteramte kraft Gesetzes noch nicht (Rechtspr. des R.G.'s in Straff. Bd. 10 S. 196/197, vgl. Motive z. St.P.D. S. 24/25). Selbst wenn man sich ganz auf den Boden der Entscheidung des Reichsgerichts (Entsch. in Straff. Bd. 29 S. 236) stellt, wonach die Tätigkeit eines Vertreters der Staatsanwaltschaft mit der Ablegung eines Zeugnißes in der Sache, in der er als Staatsanwalt tätig werde, unvereinbar sei, so gilt doch auch diese Unvereinbarkeit nur für den Fall, daß der Beamte der Staatsanwaltschaft als Zeuge wirklich vernommen wird. Die bloße Vorladung als Zeuge würde hier ebensowenig zur Ausschließung von dessen weiterer Tätigkeit als Vertreter der Staatsanwaltschaft führen. Es konnte sich daher nur fragen, ob die genannten beiden Beamten, da sie im Sitzungsraale tatsächlich anwesend waren, gemäß § 244 St.P.D. als Zeugen hätten vernommen werden müssen und ob deren Nichtvernehmung eine Verletzung dieser Gesetzesvorschrift in sich schließt. Das trifft indes ebenfalls nicht zu.

Wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung annimmt,

sind auch unter „vorgeladenen Zeugen“ im Sinne des § 244 Abs. 1 St.P.D. herbeigeschaffte Beweismittel zu verstehen. Es genügt daher, um Zeugen in diesem Sinne zu vorgeladenen zu machen, nicht die bloße Tatsache ihrer erfolgten Vorladung. Erforderlich ist vielmehr, daß sie auch als solche, d. h. auf Grund der Vorladung tatsächlich erschienen sind und daß demzufolge ihrer unmittelbaren Abhörung als Zeugen ein Hindernis nicht entgegensteht (Entsch. in Straff. Bd. 1 S. 196 [197], Bd. 35 S. 398 [399], Bd. 40 S. 138 [140], Rechtspr. Bd. 1 S. 551 [552]). An diesen Voraussetzungen fehlte es hier. Ausweislich des Sitzungsprotokolls gehörten die mehrgenannten beiden Beamten nicht zu den Personen, die sich beim Aufrufe der Sache oder sonst als Zeugen gemeldet hatten. Sie waren danach zwar bei der Verhandlung von deren Beginn an anwesend, jedoch nicht als geladene und als solche abzuhörende Zeugen, sondern in amtlicher Eigenschaft als Glieder des gesetzlich zur Ausübung der Strafrechtspflege berufenen staatlichen Organes, d. h. als beisitzender Richter, Dr. Sp. als Vertreter der Staatsanwaltschaft. In dieser amtlichen Stellung war ihre Abhörung als Zeugen nach dem Gesagten rechtlich ausgeschlossen. Sie war nur dadurch zu ermöglichen, daß dieses staatliche Organ in seiner derzeitigen Zusammensetzung außer Tätigkeit trat und daß vorerst für eine andere Besetzung, nämlich für eine Ersetzung der beiden Beamten durch je einen anderen gesetzlich dazu berufenen oder dienstlich abgeordneten gesorgt wurde. Die Zugehörigkeit dieser Beamten zu dem genannten Organe stand m. a. W. ihrer unmittelbaren Abhörung als Zeugen hindernd entgegen. Diese Tatsache wird dadurch nicht in Frage gestellt, daß sich das Hindernis auf dem bezeichneten Wege beseitigen ließ. Sie genügt aber zu der Feststellung, daß die Beamten nicht in dem schon dargelegten Sinne vorgeladene Zeugen, d. h. herbeigeschaffte Beweismittel waren. Welche Pflicht vorzugehen hatte, die bezeichnete Amtspflicht oder die Pflicht, der Zeugenladung Folge zu leisten, kann hier unerörtert bleiben. Zur Ausschließung der Anwendbarkeit des § 244 Abs. 1 St.P.D. reicht schon die Tatsache aus, daß die Geladenen der Zeugenladung nicht entsprochen haben, vielmehr lediglich in ihrer amtlichen Eigenschaft erschienen waren. Durch ihre Nichtvernehmung ist danach gegen § 244 Abs. 1 nicht verstoßen. Ihre Vernehmung konnte bei Unanwendbarkeit dieser Gesetzesvorschrift nur unter den Voraussetzungen des § 243 St.P.D., also unter Stellung

eines den Beweisfaß wiedergebenden Beweisanspruchs, herbeigeführt werden. Daß aber nach dieser Richtung Anträge gestellt seien und daß bei deren Behandlung gegen das Prozeßgesetz verstoßen wäre, ist in der Revision nicht behauptet. Die bloße Tatsache der Ladung machte hiernach die Vernehmung der Geladenen nicht zur prozessualen Notwendigkeit und gab als solche dem Angeklagten nicht das prozessuale Recht, das Abtreten der Geladenen als Zeugen zu verlangen. Ebenfalls enthält es die Verletzung irgend eines Prozeßgrundsatzes, daß nach Ablehnung des eingangs erwähnten Antrags der Verteidiger durch den Vorsitzenden und nach Anrufung des Gerichts selbst die als Zeugen geladenen Beamten, Dr. Sp. als Staatsanwalt, Landgerichtsrat Gl. als beisitzender Richter, an der Verhandlung und der Beschlußfassung über den Antrag teilgenommen haben. Denn es handelt sich dabei lediglich um die Zurückweisung eines prozessual unzulässigen Antrags auf zweifelsfrei feststehender tatsächlicher Grundlage. Es kann keine Rede davon sein, daß im Sinne des Prozeßgesetzes dem Angeklagten freistehen müßte, durch einen prozessual unstatthaften Antrag, d. h. durch Geltendmachung eines nur vermeintlich, in Wirklichkeit nicht bestehenden prozessualen Rechts, also unter Benutzung des Scheines eines solchen Rechts, das gerichtsverfassungsmäßig zur Verhandlung und Entscheidung bestimmte staatliche Organ zu sprengen und, wenn auch nur zeitweise, außer Tätigkeit zu setzen.

3. Die Gründe, aus denen die Strafkammer den ferneren Antrag der Verteidiger abgelehnt hat, das Verfahren als unzulässig zurückzuweisen, jedenfalls aber einzustellen, sind im wesentlichen zutreffend. Was die Revision gegen die hierauf bezüglichen Ausführungen geltend macht, geht fehl. Die Behauptung der Verteidigung, daß nach der von der Strafkammer der Sache zuteil gewordenen Behandlung zwei Anklagen nebeneinander gelaufen, die Grundsätze über die Rechtshängigkeit verletzt seien und der dem nunmehr erledigten Verfahren zugrunde gelegte Eröffnungsbeschluß unzulässig gewesen sei, ist unrichtig.

Nach § 154 St.P.O. kann die öffentliche Klage nach Eröffnung der Untersuchung nicht zurückgenommen werden. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Zurücknahme bis zu diesem Zeitpunkte zulässig ist, bis dahin also im freien Ermessen der Staatsanwaltschaft steht. Wie aus dem Zusammenhange mit §§ 151—153, namentlich aus

§ 151 St.P.D. erhellt, ist unter „der Untersuchung“ die gerichtliche Untersuchung zu verstehen, die darin als durch die Erhebung einer Klage bedingt erklärt wird. Im Sinne der Strafprozeßordnung ist Eröffnung dieser Untersuchung entweder Eröffnung bzw. Anordnung von Voruntersuchung (§§ 182, 200) oder Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 201), alles richterliche Entschlüsse mit dem dort näher bezeichneten sachlichen Inhalte, d. h. Entschlüsse des Untersuchungsrichters oder des Gerichts selbst.

Wenn die Staatsanwaltschaft, solange eine gerichtliche Untersuchung in diesem Sinne noch nicht eröffnet ist, berechtigt bleibt, die erhobene Anklage überhaupt zurückzunehmen, d. h. von einer weiteren Verfolgung der Sache und damit von der Wiedererhebung einer Anklage gänzlich abzusehen, so ist sie, wie die Strafkammer mit Recht annimmt, bis zu diesem Zeitpunkt auch befugt, nur von der Art der zunächst gewählten Klageerhebung Abstand zu nehmen und zu einer anderen Art der Anklageerhebung überzugehen, also an Stelle der zuerst gewählten Art eine der nach dem Gesetze zulässigen anderen Arten zu wählen. Nichts anderes als dies hat die Staatsanwaltschaft hier getan. Nachdem sie gemäß § 168 St.P.D. zunächst durch Einreichung der Anklageschrift vom 19. Juli 1907 die öffentliche Klage erhoben und Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 201 St.P.D.) beantragt hatte, hat sie, bevor von der Strafkammer die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden war, „die Anklageschrift zurückgenommen und um umgehende Rücksendung der Akten gebeten.“ Unmittelbar nach deren Rücksendung hat sie sodann wegen der in der ursprünglichen Anklageschrift bezeichneten strafbaren Handlungen Eröffnung und Führung der gerichtlichen Voruntersuchung beantragt. Dem Antrag ist von dem Untersuchungsrichter alsbald stattgegeben. Schon durch die wiedergegebenen schriftlichen Erklärungen hat die Staatsanwaltschaft unzweideutig zu erkennen gegeben, daß sie die öffentliche Klage in der bisherigen Weise nicht weiterverfolgen wolle, vielmehr die ihr offenstehende andere Art der Klageerhebung, die Stellung eines Antrags auf gerichtliche Voruntersuchung, wähle. Dies war nach dem Gesagten zulässig und rechtswirksam. Damit hat die ursprüngliche durch Einreichung einer Anklageschrift erfolgte Klageerhebung ihre prozessuale Erledigung gefunden, sie stand mit anderen Worten weder dem Antrage auf Eröffnung der Voruntersuchung noch

der Eröffnung selbst entgegen und ebensowenig der Führung dieser Untersuchung und den sich daran anschließenden weiteren Prozeßhandlungen, die gemäß § 196 St.ß.D. schließlich zur Eröffnung des Hauptverfahrens geführt haben. Der Umstand, daß die ursprüngliche Anklageschrift dem Angeklagten bereits mitgeteilt worden war und ihm zu einer Äußerung auf sie Anlaß gegeben hatte, erweist sich nach dem Ausgeführten als belanglos. Denn die Anordnung des Vorsitzenden, auf der die Mitteilung der Anklageschrift beruhte, hat nur die Bedeutung einer die gerichtliche Beschlußfassung vorbereitenden Verfügung, ist aber nicht die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung im Sinne des bereits erläuterten § 154 St.ß.D.

Die Grundsätze über Rechtshängigkeit sind nicht verletzt, da hier die Rechtshängigkeit, soweit sie nach Einreichung der ursprünglichen Anklageschrift begründet worden war, mit der rechtswirksamen Ausübung des vorerörterten Wahlrechts der Staatsanwaltschaft jedenfalls von selbst erlosch. . . .