

**138. 1. Wie ist das Oberkriegsgericht als Berufungsgericht zu besetzen, wenn das Kriegsgericht zu Unrecht mit drei statt mit fünf Richtern besetzt gewesen ist?**

**2. Muß das Oberkriegsgericht in einem solchen Falle die Sache nach § 314 Abs. 2 MStGD. an das Kriegsgericht zurückverweisen?**

**3. Ist § 318 Nr. 1 MStGD. verletzt, wenn das Oberkriegsgericht als Berufungsgericht zu Unrecht mit sieben statt mit fünf Richtern besetzt gewesen ist?**

IV. Straffenat. Urt. v. 27. November 1934 g. M. 4 D 1305/34.

I. Kriegsgericht des Wehrkreises V.

II. Oberkriegsgericht der Gruppe 2.

Aus den Gründen:

1. Das Kriegsgericht hat in der Besetzung mit drei Richtern geurteilt. Da aber Gegenstand der Urteilung ein mit zeitigem Buchthaus bedrohtes Verbrechen war, nämlich Notzucht nach § 177 StGB., wäre nach § 22 MStGD. Besetzung mit fünf Richtern erforderlich gewesen.

2. Das auf Berufung des Angeklagten und des Gerichtsherrn zusammengetretene Oberkriegsgericht hat dann in der Besetzung mit sieben Richtern geurteilt. Nach dem unmißverständlichen Wortlaut

des § 24 Abs. 1 MStGD. besteht das Oberkriegsgericht als Berufungsgericht aber nur dann aus sieben Richtern, wenn Berufung gegen das Urteil eines mit fünf Richtern besetzten Kriegsgerichts eingelegt ist, während es sonst — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen des § 25 MStGD. — mit fünf Richtern zu besetzen ist. Es kommt also auf die tatsächliche Besetzung des Kriegsgerichts an und nicht etwa darauf, wie es nach dem Gesetz hätte besetzt werden müssen. Auch das Oberkriegsgericht war daher unrichtig besetzt; es hätte nach dem Gesetz aus fünf Richtern bestehen müssen. Hätte es der Gesetzgeber anders gewollt, so hätte er im § 24 Abs. 1 MStGD. nicht gesagt: „Ist Berufung gegen das Urteil eines mit fünf Richtern besetzten Kriegsgerichts eingelegt, so . . .“, sondern etwa: „Ist Berufung gegen das Urteil eines Kriegsgerichts eingelegt, das nach § 22 mit fünf Richtern zu besetzen war, so . . .“, oder: „Ist in den Fällen des § 22 Berufung eingelegt, so . . .“.

Zu Unrecht beruft sich die Revisionsgegenenerklärung für die gegenteilige Auffassung auf die amtliche Begründung zur geltenden MStGD. unter A 6 S. 6; denn dort wird nicht zur Auslegung der §§ 22, 24 a. a. O. Stellung genommen, die ja nach dem Wortlaut nicht zweifelhaft sein kann, sondern nur der Grund angeführt, weshalb der Gesetzgeber in Fällen von „Kapitalverbrechen“ eine stärkere Besetzung der Kriegs- und Oberkriegsgerichte grundsätzlich für erforderlich gehalten hat.

Der Grund für die Art und Weise, in der die §§ 23, 24 MStGD. die Besetzung der Oberkriegsgerichte regeln, ist auf verfahrensrechtlichem Gebiet zu suchen. Entsprechend den Vorschriften des GG. soll das Berufungsgericht als das übergeordnete Gericht, das zur Würdigung und u. U. zur Aufhebung oder Änderung des ersten Urteilspruches verpflichtet ist, stets mit zwei Richtern mehr besetzt sein als das Gericht des ersten Rechtszuges. Wäre es anders, hätte sich also die Besetzung des Oberkriegsgerichts nicht nach verfahrens-, sondern nach sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu richten, so könnte es vorkommen, daß, wenn ein Kriegsgericht zu Unrecht mit fünf statt mit drei Richtern besetzt war oder wenn infolge Ausscheidens eines schweren Verbrechens im Berufungsrechtszuge nur noch Vergehen oder geringere, nicht unter § 22 MStGD. fallende Verbrechen abzuurteilen sind, das Oberkriegsgericht mit derselben Zahl von Richtern, nämlich fünf, besetzt werden müßte wie das Kriegsgericht, was verfahrensrecht-

lichen Grundsätzen widerspräche. Außerdem würden sich wahrscheinlich in der Rechtsprechung viele Zweifelsfragen in den Fällen ergeben, in denen der Gegenstand der Aburteilung in den beiden Rechtszügen verschieden ist. Die einfache Regelung des Gesetzes liegt daher auch im Sinne einer möglichst schnellen Rechtsprechung. Im übrigen werden Fälle einer gesetzwidrigen Besetzung des Kriegsgerichts zu den Seltenheiten gehören.

3. Es hätte nun ohne Zweifel dem Willen des Gesetzgebers am meisten entsprochen, wenn das Oberkriegsgericht von seinem Recht der Zurückverweisung nach § 314 Abs. 2 MStGD. Gebrauch gemacht hätte. In dieser Beziehung sei auf die amtliche Begründung zu § 395 Abs. 2 (379 Abs. 2 des Entwurfs) der MStGD. v. 1. Dezember 1898 hingewiesen, der dem § 314 Abs. 2 der geltenden MStGD. entspricht; es heißt dort:

„Dies (d. h. die Zurückverweisung) wird sich namentlich empfehlen, wenn sich der gerügte Mangel des Verfahrens nicht auf einzelne Untersuchungsmaßregeln oder Verfahrensakte beschränkt, sondern das gesamte Verfahren fehlerhaft erscheinen läßt. Durch die unmittelbare Aburteilung der Sache in zweiter Instanz könnte sonst dem Angeklagten in einer dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechenden Art der Instanzenzug abgeschnitten werden.“

Gerade um einen solchen Mangel, der auch bereits bei der Berufungseinlegung gerügt worden war, handelt es sich im vorliegenden Falle. Denn die Besetzung des Gerichtes des ersten Rechtszuges mit drei statt mit fünf Richtern betraf das gesamte Verfahren des Kriegsgerichts und ließ es i. S. des Gesetzes als fehlerhaft erscheinen; die Revision bemerkt ferner mit Recht, daß durch die unmittelbare Aburteilung des Oberkriegsgerichts dem Angeklagten die Möglichkeit der Berufung gegen ein vorschriftsgemäß besetztes Gericht genommen wird.

Immerhin ist aber die Bestimmung des § 314 Abs. 2 MStGD. nur eine Kann-Vorschrift, und es steht im freien Ermessen des Oberkriegsgerichts, ob es von ihr Gebrauch machen will oder nicht. Tut es das, wie im vorliegenden Fall, trotz Kenntnis des Mangels nicht, so begeht es keinen Rechtsfehler, der die Revision begründen könnte; denn der Gesetzgeber gestattet ja dem Berufungsgericht, über den Mangel hinwegzusehen, wenn es das nach der Sachlage für an-

gemessen erachtet. Der Mangel gilt dann für das weitere Verfahren als geheilt; das Berufungsurteil beruht nicht auf ihm (vgl. RMG. Bd. 1 S. 193, 194, 197 und S. 285, 286 zu § 395 Abs. 2 der früheren MStGD., der dem § 314 Abs. 2 der jetzigen entspricht). Anders wäre es, wenn die Zurückverweisung aus Rechtsirrtum unterlassen würde, z. B. weil die unrichtige Besetzung des ersten Gerichtes als solche nicht erkannt worden wäre (vgl. RGSt. Bd. 63 S. 343).

4. Nach den Ausführungen zu 3 kann die unvorschriftsmäßige Besetzung des Kriegsgerichts im vorliegenden Fall nicht die Aufhebung der Urteile und die Zurückverweisung der Sache zur Folge haben (§ 320 MStGD.; vgl. RGSt. Bd. 59 S. 300). Es fragt sich jedoch weiter, ob nicht wegen der unrichtigen Besetzung des Oberkriegsgerichts das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in den zweiten Rechtszug zurückverwiesen werden muß, weil nach § 318 Nr. 1 MStGD. die „nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts“ einen unbedingten Revisionsgrund bildet. Die Frage ist ebenfalls zu verneinen. Das Oberkriegsgericht war zwar nicht, wie es hätte geschehen müssen, nach § 23 MStGD. besetzt, wohl aber nach § 24 das., nämlich mit einem Oberkriegsgerichtsrat und einem Stabsoffizier mehr, als es § 23 a. a. O. vorschreibt. Es war also zu gut besetzt; es gab im Sinne des Gesetzes eine größere Gewähr für das Finden der Wahrheit und dem Angeklagten einen größeren Schutz, als das nach § 23 a. a. O. nur mit fünf Richtern besetzte. Unter diesen Umständen kann es nicht als nach § 318 Nr. 1 MStGD. „unvorschriftsmäßig“ besetzt gelten. Es waltet hierbei derselbe gesetzgeberische Gedanke vor wie in § 269 StPB. und in § 329 der früheren MStGD., wonach sich ein erkennendes Gericht nicht für unzuständig erklären darf, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre. Wie hier gesagt wird, daß die größere sachliche Zuständigkeit die geringere einschließt (vgl. auch § 2 StPB., § 32 der früheren MStGD.), so schließt auch das nach § 24 MStGD. stärker besetzte Oberkriegsgericht in seine Zuständigkeit die Sachen ein, die nach § 23 MStGD. von einem geringer besetzten Oberkriegsgericht abzuurteilen sind. Im vorliegenden Fall kommt nun noch hinzu, daß die unrichtige Besetzung des Oberkriegsgerichts nur eine Folge der gesetzwidrigen Besetzung des Kriegsgerichts gewesen ist, vom rein sachlichen Standpunkt also dem Willen des Gesetzes entprochen hat.

Die auf unrichtige Besetzung der erkennenden Gerichte gestützte Revisionsrüge des Angeklagten ist daher unbegründet.

Die Entscheidung entspricht dem Antrage des Oberreichsanwalts.