

ALI B. NOROUZI

Die „Lex Emminger“ von 1924 – Nachwirkungen eines Krisengesetzes

„Anything was possible, and just because things happened in one way didn't mean they couldn't happen in another.“

— Paul Auster, 4 3 2 1

Den Namen *Ventzke* kannte ich lange, bevor ich *Ventzke* kannte. Schon während meiner Doktorarbeit galt mir der Zusatz „m. Anm. Ventzke“ als Gütesiegel für scharfsinnige Entscheidungsbesprechungen, meist im „Strafverteidiger“ veröffentlicht. Später lernte ich ihren Verfasser auf irgendeiner Tagung – wahrscheinlich dem Karlsruher Frühjahrssymposium – persönlich kennen. Irgendwann führte uns ein Revisionsmandat auch beruflich zusammen. Aus *Ventzke* wurde *Klaus-Ulrich*. Eines blieb gleich: Seine Anmerkungen, seit einigen Jahren in der NStZ abgedruckt, lese ich ausnahmslos. In dem für ihn typischen lakonisch-trockenen Stil verortet er das rezensierte Judikat in die weitere Rechtsprechung zum (meist prozessrechtlichen) Thema. Den Stoff beherrscht er ebenso souverän wie die Kunst der subtilen Justizbeschimpfung (ohne hierbei Unzulänglichkeiten der beteiligten Verteidiger zu beschönigen). Gerade weil *Ventzke* die größeren Zusammenhänge kennt und historisch bewandert ist, hoffe ich in einer Festgabe zu seinen Ehren das Interesse des Großmeisters der Revision mit dem Abdruck des Manuskripts meiner Berliner Antrittsvorlesung¹ zu wecken, bei der er leider nicht anwesend sein konnte.

¹ Gehalten am 17. Mai 2024 an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Text wurde geringfügig überarbeitet; der Vortragsstil bleibt beibehalten.

Es geht um die Entstehung der Emminger-Verordnung und um die Auswirkungen, die sie auf die weitere Rechtsentwicklung, auch des Revisionsrechts, hatte.

I. Einleitung: „Emminger, who?!“

Kurt Tucholsky übertrieb gewiss, als er in seinem „Merkblatt für Geschworene“ mahnte:

„Wenn du Geschworener bist, vergiß dies nicht –: echte Geschworenengerichte gibt es nicht mehr. Der Herr Emminger aus Bayern hat sie zerstört, um den Einfluss der ‚Laien‘ zu brechen.“²

Damit suggerierte er, jener „Herr Emminger aus Bayern“ – gemeint war der frühere Reichsjustizminister *Erich Emminger* von der Bayerischen Volkspartei – sei die treibende Kraft hinter der Abschaffung jener „echten“ Geschworenengerichte gewesen.

Tatsächlich war *Emminger* nicht der geistige Urheber der nach ihm benannten Notverordnung. Am Tag nach seiner Ernennung lag der im Ministerium ausgearbeitete Entwurf bereits zur Unterschrift bereit. Und der von ihm

² Tucholsky [Ignaz Wrobel], Die Weltbühne v. 6. August 1929, Nr. 32, S. 202 (digitalisiert zugänglich unter <https://archive.org/details/DieWeltbhne25-21929/page/202/mode/2up>). Bis heute gültig ist der Fortgang des Zitats: „Nun sitzt ihr also mit den Berufsrichtern zusammen im Beratungszimmer. Sieh im Richter zweierlei: den Mann, der in der Maschinerie der juristischen Logik mehr Erfahrung hat als du – und den Fehlenden aus Routine. Der Richter kennt die Schliche und das Bild der Verbrechen besser als du – das ist sein Vorteil; er ist abgestumpft und meist in den engen Anschauungen seiner kleinen Beamtenkaste gefangen – das ist sein Nachteil. Du bist dazu da, um diesen Nachteil zu korrigieren.“

gezeichnete Text enthielt noch nicht die von *Tucholsky* beschriebene „Zerstörung der Schwurgerichte“. Sie ging im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auch nicht auf *Emmingers* Initiative zurück.

Überhaupt war *Emmingers* weiteres Wirken als Justizminister von kurzer Dauer. Er blieb keine fünf Monate im Amt. Danach gehörte er dem Reichstag weiter an, zog sich nach 1933 jedoch wieder in die bayerische Justiz zurück und verbrachte das gesamte „Dritte Reich“ als Richter am Bayerischen Obersten Landgericht bzw. Oberlandesgericht München.³

Sein Namenspatronat für die Verordnung entsprach einmal der Tradition jener Zeit, bedeutsame Rechtsakte nach dem für sie verantwortlich zeichnenden Justizminister zu benennen.⁴ Zudem – hierauf weist *Vormbaum* in seiner bis heute grundlegenden Studie zum Thema hin – ermöglichte die Identifikation des Gesetzes mit einem Protagonisten, der, wie auch *Tucholsky* nachdrücklich betont, „aus Bayern“ kam und dort zuvor Staatsanwalt und Richter war, bestimmte Hintergrundannahmen: Bayerischer Justizjurist zu sein, bedeutete zu jener Zeit, eher republikfeindlich, rechtsnational und reaktionär eingestellt zu sein.⁵ So bediente das Labelling der Verordnung auch Assoziationen im politischen Meinungskampf.

Nichtsdestotrotz ist der Name *Emminger* für die Nachwelt mit der vielleicht markantesten Strukturreform des Strafverfahrens verbunden. Die Notverordnung schaffte dauerhaft die Geschworenengerichte ab, die sich in den 44 Jahren zuvor für mittlere und schwere Verbrechen etabliert hatten; sie führte das

³ Zur Biographie *Emmingers* s. *Kühn*, Deutsche Justizminister 1877-1977 (1977), S. 64 f.; *Vormbaum*, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 17 ff. In der Bonner Republik erlangte sein Sohn *Otmar Emminger* Prominenz, der von 1977 bis 1980 Präsident der Bundesbank war; zu ihm s. https://de.wikipedia.org/wiki/Otmar_Emminger.

⁴ Vergleichbar der bis heute geübten politischen Übung in der Sozialgesetzgebung; man denke an die „Riester-“ bzw. „Rürup-Rente“ oder an „Hartz I-IV“.

⁵ Vgl. *Vormbaum*, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 19 f.

Opportunitätsprinzip ein; und sie veränderte die Zuständigkeitsverteilung in der Eingangsinstanz grundlegend.

All das waren ihre unmittelbaren Folgen. Auf ihre weniger vorhersehbaren, aber bis heute reichenden Nachwirkungen werde ich ebenfalls zu sprechen kommen. Auch auf den historischen Kontext, der die Ausnahmesituation zeichnet, in dem die Emminger-Verordnung entstehen und erlassen werden konnte. Doch zunächst blicken wir etwas länger zurück:

II. In einem Strafverfahren vor unserer Zeit

1. Zwei verschiedene, wenn auch verwandte Gesetze

In der Einführungsvorlesung im Strafprozessrecht erzähle ich den Studierenden zu Beginn stets, wie alt Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz sind, beide Teil der Reichsjustizgesetze von 1877. Das ist richtig und falsch. Lehre zwingt zuweilen dazu, Manches wegzulassen und Vereinfachungen hinzunehmen, die nicht hundertprozentig richtig sind. Die Reichsstrafprozessordnung von 1877 ist nicht die StPO von heute.⁶ Sie entstand im Kontext des gerade gegründeten Kaiserreichs und der endlich vollzogenen Reichseinheit, war geprägt von einem anderen Vorverständnis von Staat und Verfassung und einem anderen Strafbegriff, wie auch das Strafrecht jener Zeit noch vor allem ein Instrument zur Reglementierung der gesellschaftlichen Unterschicht war.⁷

⁶ Treffend Rieß in: FS Friebertshäuser (1997), S. 103: „Auch wenn die Grundstruktur des Prozeßmodells des reformierten Strafprozesses der Reichsjustizgesetzgebung sich bis heute – jedenfalls normativ – erhalten zu haben scheint, hat sich das Gesicht des Strafverfahrens von heute, gemessen an dem von 1879, so verändert, daß man annehmen könnte, es mit zwei verschiedenen, wenn auch verwandten Gesetzen zu tun zu haben.“

⁷ Zu dem Zusammenspiel vgl. Haas Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur (2008).

Die Reichstraßprozessordnung von 1877 sah etwa für die Staatsanwaltschaft einen fast ausnahmslosen Zwang zur Strafverfolgung vor; ein Opportunitätsprinzip gab es nicht.⁸ Und das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 kannte andere Zuständigkeitsverteilungen und Spruchkörperbesetzungen:⁹ Wie heute war zwar das Amtsgericht für die Kleinkriminalität zuständig, doch entschied es fast alles als Schöffengericht, unter Beteiligung von Laien (§ 26 GVG 1877). Die Zuständigkeit der Schöffengerichte beschränkte sich auf Übertretungen und Vergehen, welche mit höchstens drei Monaten Gefängnis strafbewehrt waren, ansonsten auf Diebstahl, Betrug und Sachbeschädigung, sofern der Schaden nicht 25 Reichsmark überstieg (§ 27 GVG 1877). Den Einzelrichter, der heute als Strafrichter das Massengeschäft erledigen muss, gab es nur ganz ausnahmsweise bei Übertretungen, wenn der Angeklagte geständig war und die Staatsanwaltschaft dies beantragt hatte (§ 211 Abs. 2 RStPO 1877). Die großen Strafkammern am Landgericht bestanden anders als heute aus fünf Berufsrichtern (§ 77 Satz 2 GVG 1877).¹⁰ Sie waren vor allem für bestimmte Vermögens- und Eigentumsdelikte und Verbrechen von Jugendlichen zuständig (§ 73 GVG 1877).¹¹ Und in politischen Prozessen war die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Reichsgerichts eröffnet (§ 136 Nr. 1 GVG 1877), dessen Senate mit sieben Berufsrichtern besetzt waren (§ 140 GVG 1877). Alles andere kam vor das Schwurgericht (§ 80 GVG 1877).

⁸ Ausgenommen vom Legalitätsprinzip waren das Privatklageverfahren (§ 416 RStPO 1877), das Landesstrafrecht (§ 3 Abs. 2 EGStPO 1877) und die Möglichkeit, bei relativer Geringfügigkeit einer von mehreren Handlungen einer Person vorläufig einzustellen (§ 208 RStPO 1877).

⁹ Eine grafisch aufbereitete Synoptik findet sich bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 98.

¹⁰ Nur bei Übertretungen in der Berufungsinstanz und bei Privatklageverfahren war sie mit drei Berufsrichtern besetzt.

¹¹ Ferner waren sie Berufungsgericht gegen Urteile des Schöffengerichts (§ 76 GVG 1877).

Dieses wiederum war ein *richtiges* Geschworenengericht: Eine nach einem zeit-aufwendigen Verfahren¹² gewählte zwölköpfige Jury von Laien entschied über die Schuldfrage. Das Strafmaß lag in den Händen von drei Berufsrichtern. Anders als seine heutige Mimikry war das Schwurgericht nicht nur für Kapitalstrafsachen zuständig, sondern für alle mittleren bis schweren Verbrechen.

Beides, Reichstraßprozessordnung wie Gerichtsverfassungsgesetz, war 1877, gemessen an den Prozessmodellen, die die Gelehrten des 19. Jahrhunderts diskutiert und die Reformbewegung seit der Aufklärung hervorgebracht hatten,¹³ bekanntlich ein Kompromiss, jeweils ein Versuch, der unterschiedlichen Partikulargesetzgebung des Reiches Herr zu werden – und für viele Zeitgenossen mit dem grundsätzlichen Festhalten am Inquisitionsmodell eine Enttäuschung.¹⁴

2. Kampf um die Schwurgerichte

Der Etablierung des Geschworenengerichts im deutschen Strafverfahren war im 19. Jahrhundert – wie die gleichnamige Dissertationsschrift von *Schwinge* es im Titel nennt – ein „Kampf um die Schwurgerichte“ vorausgegangen.¹⁵ Den für die Debatte vielleicht bedeutsamsten Text hatte *Paul Anselm Feuerbach*

¹² Zur Bildung der Geschworenenbank s. nur *Rieß* in: FS Widmaier (2008), S. 473, 487.

¹³ Hierzu im Überblick *Ignor* Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 (2002), S. 211 ff.; *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 9 ff.; *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 324 ff.; *Vormbaum* Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (2009), S. 89 ff.

¹⁴ Zur anhaltenden Reformdiskussion nach 1877 im Überblick *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 31 ff.

¹⁵ *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926); im Folgenden zitiert nach dem Neudruck von 1970.

mit seinen „Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht“ geliefert.¹⁶ An dem Für und Wider der Argumente dieser „*Kampfschrift gegen die verfälschte französische [scil. napoleonische] Form, nicht gegen die Jury schlechthin*“¹⁷ haben sich seither alle weiteren Abhandlungen abgearbeitet.¹⁸ Zwei Einsichten *Feuerbachs* blieben maßgeblich: erstens, dass *rechtlich* die Entscheidung für oder gegen ein Jury-System untrennbar verknüpft ist mit der Frage, wie viel Freiheit man dem Richter bei der Beweiswürdigung und bei der Begründung seiner Entscheidung zubilligen möchte;¹⁹ und zweitens, dass es in der Diskussion um das Geschworenengericht die *politischen* von den *rechtlichen* Argumenten zu trennen gilt.²⁰

Politisch war die Forderung nach Geschworenengerichten in Kontinentaleuropa nach deren Etablierung durch die Französische Revolution Teil und Ausdruck der bürgerlichen Emanzipationsbewegung. Für sie verkörperte die Jury die Volkssouveränität bei der Ausübung der Strafrechtspflege, eine Garantie

¹⁶ *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812). Auf dem Frontispiz wird 1813 als Erscheinungsjahr ausgewiesen. Tatsächlich erschien der Text bereits 1812; dazu und allgemein s. *Preisner* in: Koch u.a. (Hrsg.) *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts* (2014), S. 435 ff.; im Folgenden wird er nach dem Nachdruck des Zentralantiquariats der DDR von 1970 zitiert.

¹⁷ So die Charakterisierung von *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926), S. 7; zum Entstehungshintergrund s. ferner *Preisner* in: Koch u.a. (Hrsg.) *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts* (2014), S. 435, 450 ff.; *Radbruch* Gesammelte Werke Bd. VI: *Feuerbach* (1997), S. 139 f.

¹⁸ *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 142 bezeichnet ihn als „das literarische Eingangstor zur deutschen Schwurgerichtsdebatte des 19. Jahrhunderts“.

¹⁹ *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 135 ff.

²⁰ *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 47 ff., 112 ff.; näher zu dieser Differenzierung *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926), S. 7 ff.

der Freiheit und Schutz vor willkürlicher Machtausübung durch obrigkeitshörige Richter.²¹ Oder wie später der englische Lordrichter *Devlin* schrieb: „*Each jury is a little parliament. The jury sense is the parliamentary sense. I cannot see the one dying and the other surviving.*“²²

So verlangte schließlich auch die Paulskirchenverfassung: „*Schwurgerichte sollen jedenfalls in schwereren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urtheilen.*“²³ Und diese Forderung sickerte trotz des „Scheiterns“²⁴ der Revolution von 1848 nach und nach in die Gerichtsverfassung der deutschen Einzelstaaten ein. Als 1871 die Arbeit an den Reichsjustizgesetzen begann, waren fast im gesamten Geltungsbereich des Reiches Geschworenenjurys Gerichtswirklichkeit.²⁵

Dennoch war ihr Fortbestand im Rahmen der Vereinheitlichung der Gerichtsverfassungen ein Konfliktthema zwischen der nationalliberalen Reichstagsmehrheit und den eher reaktionären, durch das preußische Justizministerium

²¹ *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 332.

²² *Devlin* Trial by Jury (1956), S. 164; zum Demokratie-Argument s. bereits *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschworen-Gericht (1812), S. 47 ff., 64.

²³ Art. 179 Abs. 2 Frankfurter Reichsverfassung 1849; zum Hintergrund und zum Gang der Beratung s. *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926), S. 153 ff.

²⁴ Warum sich der „Erfolg“ dieser Revolution indes mehr in ihren Nachwirkungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigte, hat kürzlich *Christopher Clark* (Frühling der Revolution – Europa 1848/49 und der Kampf für eine neue Welt [2023], S. 929 ff.) verdeutlicht.

²⁵ S. die Übersicht bei *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 336 f.: Ausgenommen blieben Sachsen, Sachsen-Altenburg, Mecklenburg, Lippe, Hamburg, Lübeck und Bremen.

repräsentierten, Kräften im Bundesrat, welche sie durch eine Schöffengerichtsverfassung ersetzen wollten.²⁶

Der schließlich gefundene Kompromiss fand seinen Niederschlag in dem eben beschriebenen „*gerichtsverfassungsrechtliche[n] Antagonismus*“²⁷ von Schöffengerichten, reinen Berufsrichterkollegien und der Akzeptanz des Schwurgerichts, entzog diesem aber die von seinen Verfechtern geforderte Zuständigkeit für politische Strafverfahren.²⁸ Auch dem Schwurgerichtsverfahren²⁹ haftete etwas Kompromisshaftes an, denn zu einem echten Anklageprozess, der Verteidigung und Staatsanwaltschaft Raum zu einem adversatorischen Widerstreit gegeben und die Rolle des Gerichts auf eine Schiedsrichterfunktion beschränkt hätte, konnte man sich nicht durchringen.³⁰ Das inquisitorische Modell obsiegte auch hier, sodass die Geschworenen eine Beweisaufnahme verfolgten, die nicht von den Parteien gestaltet, sondern von den Berufsrichtern, insbesondere dem Vorsitzenden, *geleitet* wurde (§§ 237 Abs. 1, 276 RStPO 1877). Sie folgten nicht stumm, sondern konnten Fragen stellen bzw. stellen lassen (§ 239 Abs. 2 RStPO 1877). Nach Beendigung der Beweisaufnahme und den Schlussvorträgen wurden sie vom Vorsitzenden belehrt (§ 300 RStPO 1877), der ihnen bestimmte Fragen für die Schlussberatung mitgab (§§ 292 ff. RStPO 1877).

Um als Schöffe oder Geschworener gewählt werden zu können, musste man ein paar Voraussetzungen erfüllen: Man musste mindestens 30 Jahre alt sein und durfte keine Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln in den letzten

²⁶ Chronologische Überblick bei *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 18.

²⁷ *Rieß* in: FS Schäfer (1980), S. 155, 160.

²⁸ Ausgenommen waren hiervon jene Staaten, in denen vor 1877 das Schwurgericht auch zuständig für presserechtliche Strafverfahren war (§ 6 EGGVG a. F.).

²⁹ S. dazu *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 111 f.

³⁰ Vgl. zur insoweit geführten Reformdiskussion vor 1877 s. nur *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 11.

zwei Jahren empfangen haben (§ 33 Nr. 1 und 3 GVG 1877).³¹ Außerdem waren bestimmte Berufsgruppen ausgeschlossen, sei es weil man sie für untauglich hielt, wie etwa Dienstboten (§ 33 Nr. 5 GVG 1877), sei es weil sie gesamtgesellschaftlich unabhkömmlich („systemrelevant“) waren, wie etwa Volksschullehrer (§ 34 Nr. 8 GVG 1877). Und – natürlich – durfte man keine Frau sein.³² Weil das Geschworenenamt zudem ein Ehrenamt war, für das bis 1913 keine Aufwandsentschädigung bezahlt wurde, gab es die Möglichkeit, die Schöffenberufung abzulehnen, wenn man glaubhaft machen konnte, den mit ihr verbundenen Aufwand nicht wirtschaftlich tragen zu können. Wenn sich das Gesetz auch gegen einen Zensus entschieden hatte, fand so indirekt eine soziale Selektion statt. Mit anderen Worten: Man musste es sich leisten können, Schöffe oder Geschworener zu sein.

3. Reformstau und Reformversuche

Nicht nur das Strafverfahrensgesetz war vor unserer Zeit; auch die Rechtspolitik war eine andere. Anders als der Gesetzgeber heute, der an einer gewissen Hyperaktivität zu leiden scheint, und ständig das Machtgefüge im Prozess nachjustiert, ohne zu evaluieren, wie sich vorangegangene Änderungen

³¹ Heute liegt das Mindestalter bei 25 Jahren und Vermögensverfall ist ein Ausschlussgrund (§ 33 Nr. 1 und 6 GVG).

³² Das bedurfte keiner expliziten Regelung, sondern verstand sich von selbst – wie die spätere Änderung dieser Rechtslage durch das Gesetz über die Heranziehung von Frauen zum Schöffen- und Geschworenenamte v. 25. April 1922 (RGBl. I S. 465) belegt: Frauen wurden danach nicht ausdrücklich als Laienrichterinnen zugelassen. Es wurden nur Regelungen eingeführt, aus denen im Umkehrschluss hervorging, dass sie nunmehr auch allgemein als Schöffinnen und Geschworene mitwirken durften, etwa wenn § 26 Satz 2 GVG 1922 vorsah: „*Mindestens ein Schöffe muß ein Mann sein.*“ – Das erleichterte Aufatmen des Patriarchats klingt in dieser Norm noch hundert Jahre später durch, wenn somit wenigstens ein männlicher Quotensitz auf der Schöffenbank seine zuvor absolute Vormachtstellung dokumentierte.

bewährt haben,³³ tat sich im Kaiserreich: *nichts*. Nach ihrem Inkrafttreten 1879 blieben RStPO und GVG für die nächsten 40 Jahre nahezu unverändert bestehen. Zwar gab es manche Reformentwürfe, auch eine Reformkommission wurde 1903 eingesetzt und machte Vorschläge.³⁴ Umgesetzt wurden sie nicht. Die marginalen Eingriffe bis zum Ersten Weltkrieg sind kaum der Erwähnung wert.³⁵

Zu Beginn der Weimarer Republik war aber klar, dass sich nach dem politischen Systemumbruch auch etwas im Strafverfahrensrecht ändern musste.³⁶ Zwei Reformversuche wurden gestartet. Beide scheiterten aus unterschiedlichen Gründen. Der erste unter dem damaligen Reichsjustizminister *Schiffer* war der sog. Goldschmidt-Entwurf von 1920, so benannt, weil er aus der Feder des großen Berliner Strafrechtslehrers *James Goldschmidt* stammte.³⁷ Nach dem Leitspruch „soziales Strafrecht – liberales Strafverfahrensrecht“ bestand für ihn die angestrebte Modernisierung in einem Ausbau der Verteidigungsrechte in allen Verfahrensstadien, in der Stärkung des Anklageprozess durch größere Einflussmöglichkeiten der Parteien auf die Hauptverhandlung und in der Abschaffung der Restbestände des Inquisitionsverfahrens, nicht aber des Schwurgerichts:

³³ Kritisch dazu *Norouzi* RW 2024, 263, 264 f.

³⁴ Hierzu im Überblick *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 35; *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 44 ff.

³⁵ Lediglich sechs (!) Normen wurden über einen Zeitraum von 40 Jahren abgeändert; dazu s. *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 34.

³⁶ *Ladiges* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 5 Rdn. 7; vertiefend *Rentzel-Rothe* Der „Goldschmidt-Entwurf“ – Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920 (1994), S. 40 ff.

³⁷ S. hierzu die Monographie von *Rentzel-Rothe* Der „Goldschmidt-Entwurf“ – Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920 (1994).

„Die große Zahl von richtenden Personen, in deren Hand das Schicksal des Angeklagten gelegt wird, und die Feierlichkeit des Verfahrens bilden ein unter den jetzigen Verhältnissen besonders wertvolles Mittel, der Bevölkerung den ganzen Ernst der Strafrechtspflege vor Augen zu führen.“³⁸

Nach Einschätzung *Eberhard Schmidts* sollte dem *Goldschmidt-Entwurf* „ein bedeutsamer Platz in der Geschichte der deutschen Strafrechtspflege“ gebühren.³⁹ Doch heute kennt ihn kaum jemand. Er scheiterte bereits im Reichsrat, namentlich am Veto Preußens.⁴⁰

Der zweite Reformversuch ging zwei Jahre später wiederum auf einen Strafrechtslehrer zurück. Aber diesmal war es ein Professor aus Kiel, und diesmal war er auch zuständiger Justizminister: *Gustav Radbruch*. Obgleich in den Vorberatungen von einigen Ländervertretern angeregt worden war, das Schwurgericht in ein großes Schöffengericht zu verwandeln, hielt der *Radbruch-Entwurf* von 1922 am Schwurgericht fest, änderte nur seine Zuständigkeit geringfügig und vereinfachte und ökonomisierte Einzelaspekte des Auswahlverfahrens der Geschworenen.⁴¹

Ob das *Radbruchs* persönlicher Überzeugung entsprach, ist später angezweifelt worden. Ausweislich seiner öffentlichen Reden und Wortbeiträge war er für

³⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung (1920), S. 5.

³⁹ *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 417.

⁴⁰ Zum Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens s. *Rentzel-Rothe* Der „Goldschmidt-Entwurf“ – Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920 (1994), S. 200 ff.

⁴¹ Dazu und zum Gang des Verfahrens *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 49.

die Beibehaltung des Schwurgerichts.⁴² In den 1960er-Jahren behauptete unterdes der frühere Reichsgerichtsrat *Fritz Hartung*, während seiner Zeit im Preußischen Justizministerium habe ihm *Radbruch* in einem Vier-Augen-Gespräch sein Ansinnen offenbart, das Schwurgericht durch ein großes Schöffengericht zu ersetzen.⁴³ Objektive Belege hierfür gibt es nicht. Liest man – wie ich es mit fraglos selbstgerechter Haltung tat – die Memoiren *Hartungs* mit dem schillernd vielsagenden Titel „Jurist unter vier Reichen“, so bestehen Bedenken, seiner selektiven Erinnerung zu glauben,⁴⁴ nicht nur weil er, typisch für die Juristen seiner Zeit, die Rolle des Reichsgerichts während des „Dritten Reichs“ apologetisch relativiert.⁴⁵

Wie dem auch sei. Als im November 1922 *Rudolf Heinze* von der Deutschen Volkspartei das Justizressort übernahm, erlebte der ursprüngliche Radbruch-Entwurf zahlreiche Änderungen. Zu ihnen zählte die Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht. In dieser Form wurde er dem Reichstag vorgelegt. Sozialdemokraten und Kommunisten zeigten sich wenig

⁴² S. hierzu die Nachweise bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 123, 145 bei und in Fn. 56a.

⁴³ *Hartung* ZStW 1970, 601, 602; *ders.* Jurist unter vier Reichen (1971), S. 46.

⁴⁴ Zu den zeitlichen Unstimmigkeiten in *Hartungs* Bericht s. bereits *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 120.

⁴⁵ *Hartung* Jurist unter vier Reichen (1971), S. 95 ff.; zur Kritik dieser apologetischen Haltung s. *Pauli* Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (1992); *Vogel* Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004), S. 64 f. – *Hartung* zählte auch zu jenen ehemaligen Reichsgerichtsräten, die in den 1960er-Jahren mit Nachdruck, aber erfolglos versuchten, eine unkritische Erinnerungskultur am Bundesgerichtshof an die letzte Richtergeneration des Reichsgerichts zu etablieren (s. dazu *Kißener/Roth* Justiz im Umbruch – Die Geschichte des Bundesgerichtshofs 1950 bis 1965, Bd. 1: Das Gericht [2025], S. 85).

begeistert. Und der Entwurf versandete in den Beratungen des Rechtsausschusses.⁴⁶

4. Kontext: Krisenjahr 1923

Was dann geschah, ist nur im Kontext der Zeitläufte verständlich. Die Emminger-Verordnung mag zwar 1924 in Kraft getreten sein. Sie war aber ein Kind des Jahres 1923, als sich die junge deutsche Demokratie schon zehn Jahre vor ihrem Scheitern in einer existenziellen Krisensituation befand.⁴⁷

Die Dauerkrise hatte unterschiedliche Herde, die teils parallel brannten, teils sich gegenseitig befeuerten, teils aufeinander übergriffen:⁴⁸ die Besetzung des Ruhrgebiets durch französische und belgische Truppen zu Jahresbeginn; die Abtrennung dieses wichtigen Wirtschaftssektors durch eine Zollgrenze vom Reich; der hiergegen ausgerufene passive Widerstand der Reichsregierung; die so bedingte Steigerung des ohnehin nach Kriegsende grassierenden Geldwertverlusts in eine Hyperinflation; schließlich die durch den Ruhrkampf begünstigten bzw. von den Besatzungs-Truppen geförderten separatistischen Tendenzen gegen das Reich, die jeweils in kurzzeitigen Ausrufungen einer rheinischen Republik in Aachen und einer pfälzischen Republik in Speyer mündeten, neben reichsfeindlichen Bestrebungen in Bayern, Sachsen und Thüringen.

⁴⁶ Näher *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 51 f.

⁴⁷ Dies veranschaulichen plakativ die Titel und Untertitel einiger Monographien, die zum hundertjährigen Jubiläum erschienen sind: *Hoffritz* Totentanz – 1923 und seine Folgen Über Reparationszahlungen, Hyperinflation und politische Radikalisierung (2022); *Jones* 1923 – Ein deutsches Trauma (2022); *Longerich* Außer Kontrolle – Deutschland 1923 (2022); *Reichel* Rettung der Republik? Deutschland im Krisenjahr 1923 (2022); *Reuth* 1923 – Kampf um die Republik (2023); *Ullrich* Deutschland 1923 – Das Jahr am Abgrund (2023).

⁴⁸ Kompakte Darstellung unter der Überschrift „Die vermiedene Katastrophe“ bei *Winkler* Weimar 1918-1933 – Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl. (2019), S. 187 ff.

All dies traf eine Gesellschaft, die, traumatisiert vom großen Krieg und verunsichert nach dem Zusammenbruch der alten Ordnung, Vertrauen in die Leistungsfähigkeit eines demokratischen Systems verlor, das keine stabile Regierungsmehrheit hervorbringen konnte. Und die politischen Parteien in der Regierung suchten Heilung im Giftschränk des Parlamentarismus: Sie operierten mithilfe von verfassungsdurchbrechenden *Ermächtigungsgesetzen*, die der Reichsregierung für eine bestimmte Zeit legislative Befugnisse einräumten, ohne – was heute Art. 79 Abs. 1 GG verbieten würde – den Verfassungstext ändern zu müssen.⁴⁹ So tat es die Regierung *Cuno*, so tat es die Regierung *Stresemann*, und so plante auch *Radbruch*, nachdem er im August 1923 zum zweiten Mal Justizminister geworden war, mithilfe von Notverordnungen am Parlament vorbei Teile seiner ursprünglichen Prozessreform zu realisieren.⁵⁰ Aber dazu kam es nicht. Besser gesagt: kam *er* nicht.

Die Regierung *Stresemann* stürzte im Herbst 1923 nämlich in eine tiefe Krise, nachdem sie gegen reichsfeindliche Bestrebung von rechts (in Bayern) und links (in Sachsen und Thüringen) unterschiedlich resolut vorgegangen war. Während man gegenüber Bayern Nachsicht walten ließ – oder besser: walten lassen musste, da die Reichswehr nicht bereit war, auf die rechtsgerichteten Befehlsverweigerer dort zu schießen –, verhängte das Reich über Sachsen die

⁴⁹ Zu dieser Form der Notstandsbekämpfung, die den Weg der Nationalsozialisten zur „Machtergreifung“ zehn Jahre später vorzeichnete, s. *Haardt/Clark* in: Dreier/Waldhoff (Hrsg.) *Das Wagnis der Demokratie – Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung* (2018), S. 9, 34 f.; vertiefend *Gusy* ZNR 2017, 246; warum die Weimarer Erfahrung dazu führte, dass Art. 79 Abs. 1 GG „Verfassungsdurchbrechungen“ verbietet, erklärt *Dreier* in: ders. GG, 3. Aufl. (2015), Art. 79 I Rn. 3, 17 ff.

⁵⁰ In seinen posthum unter dem Titel „Der innere Weg“ veröffentlichten Erinnerungen verharmlost *Radbruch* (Gesamtausgabe Bd. 16: Biographische Schriften [1988], S. 272) dies ein wenig kokett: „Wenn das Parlament genötigt ist, ein Ermächtigungsgesetz zu erlassen, dann pflegt die dadurch in Freiheit gesetzte Ministerialbürokratie sich sofort zu überlegen, welche ihrer vorbereiteten Gesetzgebungsarbeiten sie auf diesen Karren zu laden vermag, und auch ich konnte mich diesem Naturtriebe nicht entziehen.“

Reichsexekutur und entmachtete die dortige Regierung. Diese Ungleichbehandlung provozierte den Rücktritt der drei SPD-Minister, unter ihnen auch *Gustav Radbruch*, und besiegelte das Ende der Kanzlerschaft *Stresemanns*, der die anschließende Misstrauensabstimmung im Reichstag verlor.⁵¹ Und *Friedrich Ebert*, der Reichspräsident, soll seinen Genossen verärgert ins Stammbuch geschrieben haben: „*Was Euch veranlaßt, den Kanzler zu stürzen, ist in sechs Wochen vergessen, aber die Folgen Eurer Dummheit werdet ihr noch zehn Jahre lang spüren.*“⁵²

III. Die Emminger-Verordnung

Nun endlich schlug die Stunde *Erich Emmingers*: In dem zum 30. November 1923 gebildeten neuen Kabinett unter dem Zentrums Politiker *Wilhelm Marx* wurde der Abgeordnete der Bayerischen Volkspartei zum Justizminister ernannt. Er war zuvor unter anderem dadurch in Erscheinung getreten, als einziger Reichstagsabgeordneter die harte Bestrafung eines Linken wegen Landesverrats durch ein bayerisches Gericht öffentlich verteidigt zu haben.⁵³ Seine Ernennung galt wohl als Zeichen der Konzilianz gegenüber dem Freistaat, der in der Zwischenzeit auch den Hitler-Ludendorff-Putsch überstanden hatte.

Allerdings hielt der ursprüngliche Radbruch-Entwurf einer Notverordnung noch am Schwurgericht in etwas gestrafter Form fest.⁵⁴ Und diesen Entwurf

⁵¹ Zu Stresemanns 100 Tagen s. *Möller* Die Weimarer Republik – Demokratie in der Krise, 3. Aufl. 2023, S. 219 ff.; *Reichel* Rettung der Republik? Deutschland im Krisenjahr 1923 (2022), S. 195 ff.; *Winkler* Weimar 1918-1933 – Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl. (2019), S. 220 ff.

⁵² *Winkler* Weimar 1918-1933 – Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl. (2019), S. 240.

⁵³ *Jones* 1923 – Ein deutsches Trauma (2022), S. 327.

⁵⁴ *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 54.

unterzeichnete *Emminger*, als er am 30. November 1923 das Amt des Reichsjustizministers antrat.⁵⁵ Nachdem am 8. Dezember 1923 der Reichstag die Regierung abermals ermächtigt hatte, „die Maßnahmen zu treffen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachtet“,⁵⁶ wurde der Entwurf der Verordnung verfahrensgemäß⁵⁷ den Kontrollausschüssen von Reichsrat und Reichstag zum Zwecke der Anhörung übermittelt.

Im *Reichsrat*, der Länderkammer, sah man nun endlich die Chance, die bislang vergebliche Forderung der Länder nach einer Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht zu verwirklichen, das aus drei Berufs- und sechs Laienrichtern bestehen sollte. Ebenso sollten die Berufsrichter in den Senaten der Oberlandesgerichte von fünf auf drei und im Reichsgericht von sieben auf fünf je Spruchkörper reduziert werden. Das Reichsjustizministerium nahm diesen Änderungswunsch auf. Die Abschaffung des Schwurgerichts ging also nicht auf *Emminger* zurück, wenngleich sie in ihm einen gewichtigen Fürsprecher fand.⁵⁸

Eine letzte Chance, die Änderung der Verordnung noch zu verhindern, scheiterte bei der Anhörung im Kontrollausschuss des Reichstags, die kurz vor Weihnachten stattfand. Hier hatten die sozialdemokratischen Mitglieder *Radbruch* und *Rosenfeld* den Antrag eingebracht, die Reichsregierung aufzufordern, keine Änderungen an der bestehenden Schwurgerichtsverfassung vorzunehmen. Am Ende fehlte dem Antrag nur *eine* Stimme.⁵⁹ Jahre später auf dem Deutschen Juristentag 1928 erzählte *Rosenfeld*, die Abstimmung sei nur

⁵⁵ *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 54.

⁵⁶ § 1 Abs. 1 Satz 1 Ermächtigungsgesetz v. 8. Dezember 1923 (RGBl. I S. 1179).

⁵⁷ § 1 Abs. 2 Satz 1 Ermächtigungsgesetz v. 8. Dezember 1923 (RGBl. I S. 1179).

⁵⁸ *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 58, 125. Diesen Entstehungshintergrund camoufliert die zeitgenössische Kommentierung bei *Bumke* Verordnung über die Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924 (1924), S. 8.

⁵⁹ *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 126.

deshalb verloren worden, weil der etwas betagte Sprecher der Abgeordneten des Zentrums, *Spahn*, geschlafen habe.⁶⁰ Auch hier war wieder *Hartung* als Augenzeuge zugegen und meint, *Spahn* habe sich allenfalls nur schlafend gestellt.⁶¹ Einerlei, so bildet das vorweihnachtliche Nickerchen eines 80-Jährigen den Nährboden für kontrafaktische Alternativerzählungen. Welchen Einfluss ein entsprechender Antrag auf das Justizministerium und auf die Willensbildung im Kabinett gehabt hätte, bleibt freilich offen.⁶²

Die Verordnung wurde gemäß der Anregung des Reichsrats geändert. Am 4. Januar 1924 unterzeichnete sie Reichskanzler *Marx* und wenige Tage später wurde sie im Reichsgesetzblatt veröffentlicht.⁶³ Das war's mit dem Schwurgericht. Fast mit kindlichem Staunen konstatierte *Eberhard Schmidt*:

*„Was keiner Gesamtreform gelungen wäre, was soeben noch als Maßregel odösester Reaktionen angeprangert worden war, das erledigte jetzt, ohne daß irgendwelche wesentlichen Erschütterungen eintraten, diese Notverordnung mit einem Federstrich“.*⁶⁴

Nun, ohne Erschütterungen stimmt nicht ganz: Der „*rechtspolitische Putsch der Emminger-Verordnung*“⁶⁵ erfuhr vor allem mit Blick auf die Abschaffung des Schwurgerichts in der Fachöffentlichkeit und in der Politik teils heftige

⁶⁰ Zitat bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 126.

⁶¹ *Hartung* ZStW 1970, 601, 604; *ders.* Jurist unter vier Reichen (1971), S. 52.

⁶² Vgl. *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 127.

⁶³ Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. Januar 1924 (RGBl. I S. 15).

⁶⁴ *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 419 f.

⁶⁵ So *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 139, 157.

Kritik.⁶⁶ Dort namentlich von Seiten der Anwaltschaft und Strafrechtsgelehrten, hier von Seiten der Liberalen, Sozialdemokraten und Kommunisten. Der bekannte Reichsgerichtsrat *Adolf Lobe* etwa – selbst Namenspatron der Gesetzesänderung von 1922 zur schriftlichen Revisionsverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet⁶⁷ – betitelte seinen Aufsatz zur Emminger-Verordnung weniger subtil mit: „*Der Untergang des Rechtsstaats*“.⁶⁸

Auf die im Nachgang erhobenen Abänderungsversuche, die allesamt keine parlamentarische Mehrheit fanden, gehe ich nicht ein.⁶⁹ Die durch die Emminger-Verordnung bewirkte Abschaffung des Geschworenengerichts hat bis heute Bestand – mit der Fußnote, dass es ausgerechnet in Bayern nach dem Zweiten Weltkrieg für kurze Zeit wiedereingeführt wurde.⁷⁰ Später machte der Gesetzgeber aus dem Schwurgericht eine gewöhnliche große Strafkammer am Landgericht, in der drei Berufsrichter und zwei Schöffen das Sagen haben.⁷¹ Die bis heute fortwährende Beibehaltung der Namensbezeichnung des Spruchkörpers „*als Schwurgericht*“ in § 74 Abs. 2 Satz 1 GVG ist damit nicht mehr als rechtsgeschichtliche Folklore.

Was änderte sich durch die Verordnung sonst noch?⁷² Zunächst die Zuständigkeitsverteilung im Strafverfahren: Sie schuf den Einzelrichter am Amtsgericht, in dessen Kompetenz alle Übertretungen und unter bestimmten

⁶⁶ S. dazu mit vielen Originalzitaten *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 74 f.

⁶⁷ Zur Entstehungsgeschichte der „Lex Lobe“ s. nur *Fezer* StV 2007, 40, 42.

⁶⁸ *Lobe* DJZ 1925, Sp. 15.

⁶⁹ Dazu näher *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 61 ff.

⁷⁰ Verordnung über die Wiedereinführung der Schwurgerichte v. 14. Juli 1948 (BayGVBl. S. 243).

⁷¹ Durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 9. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3393); dazu *Rieß* in: FS Widmaier (2008), S. 473, 484 f.

⁷² Detaillierte Darstellung bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 38.

Umständen, unter anderem einem Antrag der Staatsanwaltschaft, auch die Ahndung von Vergehen fielen. Das Schöffengericht am Amtsgericht war der eigentliche Gewinner, da es nunmehr für alle weiteren Vergehen und Verbrechen zuständig war. Beim jetzt nur noch so bezeichneten „Schwurgericht“, das de facto ein großes Schöffengericht mit sechs Schöffen und drei Berufsrichtern war, lag nur noch, wie heute, die Zuständigkeit für Kapitalstrafsachen und – auf Wunsch *Emmingers* – für Meineid.

Unmittelbare Folge dieser Zuständigkeitsverschiebung war einerseits die Ausweitung der Berufungsmöglichkeiten, weil auch mittlere und schwere Kriminalität bei den Amtsgerichten die Eingangsinstanz hatte. Damit korrespondierte andererseits eine Reduzierung der Revisionszuständigkeit des Reichsgerichts, wie umgekehrt die Oberlandesgerichte an Einfluss gewannen. Dieser Teil der Reform wurde ein paar Jahre später (1932) revidiert,⁷³ wodurch die bis heute in groben Zügen bestehende Zuständigkeitsverteilung geschaffen war.

Auf verfahrensrechtlicher Ebene brachte die Emminger-Reform schließlich erstmals eine Durchbrechung des davor strikt geltenden Legalitätsprinzips, schuf Vorläufer der heute in der Praxis unentbehrlichen §§ 153 und 154 StPO und führte die Zwei-Drittel-Mehrheit im Spruchkörper für alle Entscheidungen zum Nachteil des Angeklagten ein.

⁷³ Durch die Verordnung des Reichspräsidenten über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung v. 14. Juni 1932 (RGBl. I S. 285).

IV. Nachwirkungen

1. Nochmals: *Feuerbach*

Um die Nachwirkungen besser zu verstehen, lohnt es sich, noch einmal 200 Jahre zurückzuspringen und *Feuerbachs* Essay zu den Geschworenengerichten wieder aufzuschlagen.⁷⁴ Wie bereits erwähnt, ist dieser Text auch deshalb so wertvoll, weil er die juristische Legitimität einer Jury daran messen möchte, welche Freiheit im Rahmen der Beweiswürdigung man dem Tatrichter zubilligen und welche Begründungstiefe man von seinem Urteil verlangen möchte. In seinen Worten:

*„Da der Ausspruch der Jury blos durch subjectives Fürwahrhalten bestimmt werden soll, so sind die Geschwornen wegen ihres Ausspruches unverantwortlich. Sie haben kein anderes Gesetz als ihr Gewissen, keinen andern Richter als ihr eigenes Bewußtsein. Ihr Ausspruch gleicht dem Spruche eines Orakels, welcher, sichtbar in seinen Folgen, in seinen Gründen unerforschlich und stets heilig ist.“*⁷⁵

Dieser Überzeugungsfreiheit misstraute *Feuerbach* indes und wollte sie keinem Berufsrichter zubilligen. Vielmehr sah er es als Aufgabe des Gesetzes, mithilfe einer Beweistheorie zwar *„den Richter nicht in einen blinden Automaten [zu] verwandeln“*, wohl aber ihn davor zu bewahren, dass er *„auf Phantasieflügeln über*

⁷⁴ Die folgenden Einsichten verdanke ich *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 138, 143 ff.; zur Entwicklung der freien Beweiswürdigung ebenfalls instruktiv *Küper* in: FS Peters II (1984), S. 23.

⁷⁵ *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 33. In der *-Fn. nach dem zitierten Satz fügt *Feuerbach* hinzu: *„Daher keine Berufung von einer Jury an eine andere; am wenigstens eine Revision des Ausspruchs der Geschwornen durch einen eigentlichen Gerichtshof.“*

*das Reich der Wahrheit hinausflattere und ein Wolkenbild mit innigster Überzeugung statt der Wahrheit umarme.*⁷⁶

Während bei der Jury hiergegen allein die Öffentlichkeit des Verfahrens als Kautel dienen konnte, durfte einem Kollegium von Berufsrichtern aufgegeben werden, seine Überzeugungsbildung transparent zu machen und nach Vernunftmaßstäben zu begründen.⁷⁷ In der französischen Prozessrechtsdoktrin wird dies nachvollzogen durch die begriffliche Unterscheidung zwischen der „intime conviction“, der inneren Überzeugung des Geschworenen, und der „conviction raisonnée“, der begründeten Überzeugung des gelehrten Richters.

Als der Gesetzgeber 1877 sich dazu entschloss, das Prinzip der freien Beweiswürdigung sowohl der Jury als auch dem Berufsrichter der Strafkammer zuzubilligen, war es bereits „zu einem selbstverständlichen Element des deutschen Strafverfahrens“ geworden.⁷⁸ Die gesetzgeberische Entscheidung geschah in der Annahme, wenn schon der „Wahrspruch“ – Stichwort „Orakel“ – der Jury, mit dem schwerste Strafen verbunden sein konnten, keiner Begründung bedürfe, müsse dies erst Recht auch für die untergeordneten Strafsachen bei den Strafkammern gelten.⁷⁹ Darum stellte das Gesetz an die Begründung der schriftlichen Urteilsgründe kaum Anforderungen und blieb sogar unter dem Schutzniveau der Prozessordnungen einiger Partikularstaaten.⁸⁰ Mit dem Wegfall des Schwurgerichts alter Ordnung infolge der Emminger-Novelle verlor dieses

⁷⁶ Feuerbach Betrachtungen über das Geschworen-Gericht (1812), S. 132.

⁷⁷ Feuerbach Betrachtungen über das Geschworen-Gericht (1812), S. 140 ff.

⁷⁸ So Küper (in: FS Peters II [1984], S. 23, 43), der für diese Entwicklung eine Rationalisierung und Versachlichung der „intime conviction“ und ihre Emanzipation vom Schwurgerichtsgedanken für ursächlich hält (a.a.O. S. 34 ff.).

⁷⁹ Jähnke in: FS Hanack (1999), S. 355, 357. Warum dieses Argument im historischen Kontext zu kurz greift, erläutert Salditt in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 138, 156.

⁸⁰ Küper in: FS Peters II (1984), S. 23, 43 f.

ohnehin wenig überzeugende Argument seine Grundlage. Es gab nun keine Wahrsprüche mehr, die sich einer Begründungspflicht entziehen konnten.⁸¹

2. Beweiswürdigung als Darstellung

Nicht der Gesetzgeber reparierte das aus den Fugen geratene System. Das belegt bis heute der beeindruckend karge Regelungsgehalt von § 267 StPO, der die Fassung der schriftlichen Urteilsgründe in einer unterkomplexen Weise beschreibt, die keine Revision überstehen würde.⁸² Nein, die Rechtsprechung tat es. Indem sie Anforderungen an die Darstellung zur Überzeugungsbildung des Gerichts entwickelte, die das schriftliche Urteil im Falle eines Schuld- oder Freispruchs erfüllen muss.⁸³ Der einstige „Wahrspruch“ des Orakels wurde profanisiert, rationalisiert und bürokratisiert – und damit rechtlich operabel gemacht. Über die Jahrzehnte ist daraus ein immer feiner konturiertes revisionsgerichtliches Profil erwachsen. Inhalt und Darstellung variieren je nach Beweislage, Beweisthema und Beweismittel, also je nachdem, ob das Konfrontationsrecht des Angeklagten verletzt wurde, ob Aussage gegen Aussage stand, ob ein Tötungsvorsatz zu prüfen ist, ob das Zeugnis einer gesperrten V-Person oder ob DNA-Mischspuren verwertet werden. Und so weiter und so fort.⁸⁴ Im Ergebnis werden damit anhand von Erfahrungssätzen Beweisregeln geschaffen, die der tatrichterlichen Beweiswürdigungsfreiheit Zügel anlegen.

Zugleich haben die schriftlichen Urteilsgründe einen doppelten Boden. Sie können ein klandestines Kommunikationsmedium zwischen Revisions- und Tatgericht sein.⁸⁵ Etwa, indem Nebensächlichkeiten für den

⁸¹ Vgl. *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 138, 157 f.

⁸² Treffend *Rieß* in: FS Rissing-van Saan (2011), S. 491.

⁸³ Kompakter Überblick über die Entwicklung bei *Andoor* Tatfragen in der strafrechtlichen Revision (2020), S. 240 ff.

⁸⁴ Weitere Beispiele bei *Wenske* in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 267 Rn. 206 ff.

⁸⁵ Vgl. *Rieß* in: FS Fezer (2008), S. 455, 468.

Verfahrensgegenstand ausgebreitet werden, um subkutan und tendenziös Stimmung gegen den Angeklagten zu machen; oder wenn die Irrelevanz eines problematischen Beweismittels eigens betont wird, um präventiv den Berufungszusammenhang (§ 337 Abs. 2 StPO) zu neutralisieren.

3. Die erweiterte Revision

Spiegelbildlich zur Ausweitung des Darstellungsprogramms expandierte auch die revisionsrechtliche Kontrolldichte im sachlichen Recht, die in bestimmten Ausnahmekonstellationen auch die tatrichterliche Beweiswürdigung auf ihre Widerspruchsfreiheit, Lückenlosigkeit und Kompatibilität mit Gesetzen der Logik prüft: die *erweiterte* Revision.⁸⁶ Ihren Ursprung kann man auch darin sehen, dass in Fällen der mittleren und Schwerekriminalität eine Berufungsinstanz fehlt und es den obersten Richtern nicht zumutbar ist, sehenden Auges Fehlurteile hinzunehmen.⁸⁷ Diese erweiterte Revision war wiederum ein maßgeblicher Grund dafür, warum die immer mal wieder aufgegriffene Idee einer grundlegenden Reform der Rechtsmittel nie Realität werden musste.⁸⁸ Die Praxis hatte sich irgendwie selbst beholfen. Ohne die Emminger-Verordnung wäre das nicht möglich gewesen.

⁸⁶ Bis heute grundlegend Fezer Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? (1974).

⁸⁷ S. nur Fezer in: FS Hanack (1999), S. 331, 338: „Wenn der Gesetzgeber das erste und einzige Rechtsmittel im Bereich der Schwerekriminalität so ausgestaltet, daß es Fehler im tatsächlichen Bereich der Rechtsmittelkontrolle entzieht, dann ist der richterliche ‚Ungehorsam‘ vorprogrammiert.“ Weniger schmeichelhaft dagegen Naucke in: Berman/Manoledakis (Hrsg.) Der Richter in Strafsachen (1992), S. 107, 118: „Um dem Verdikt weitgehender Nutzlosigkeit in einem System unmittelbar wirkender sozialer Kontrollen zu entgehen, versucht der Revisionsrichter, näher am Tatgeschehen zu bleiben“.

⁸⁸ So auch Rieß in: FS Hanack (1999), S. 397, 402; dazu bereits Fezer Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen (1974).

Nun scheint diese Entwicklung zunächst allein eine Optimierung des Revisionsrechtsschutzes zum Vorteil des Angeklagten zu sein. So konzediert auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit rügeverkümmernder Protokollberichtigungen, es sei zwar im „Koordinatensystem“ der strafrechtlichen Revision

„eine gewisse Tendenz [...] der Revisionsgerichte erkennbar, den Einfluss von Verfahrensrügen zu begrenzen. Im Gegenzug hat die Rechtsprechung indes insbesondere durch die Ausweitung der sogenannten Darstellungsprüfung das revisionsrechtliche Prüfungsprogramm – im Wesentlichen zugunsten des Beschuldigten – erheblich ausgedehnt.“⁸⁹

Das mag das Bundesverfassungsgericht schreiben. Es ist trotzdem falsch. Die erweiterte Revision wirkt nicht „im Wesentlichen“ zugunsten des Angeklagten. Sie betrifft rechtlich Freisprüche gleichermaßen wie Verurteilungen und ist tatsächlich bei staatsanwaltschaftlichen Rechtsmitteln zum Nachteil des Angeklagten überproportional erfolgreich.⁹⁰ Und das, obwohl der gesetzliche Wortlaut von § 267 Abs. 5 StPO für die Begründung des Freispruchs nur die Angabe verlangt, „ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob, und aus welchen Gründen, die für erwiesen angenommene Tatsache für nicht strafbar erachtet worden ist.“ Kurz: ob der Freispruch von Tat oder Rechts wegen ergangen ist. Dass auf diese Weise richterrechtlich der Inhalt der Urteilsgründe und der Umfang der eigenen Kontrolldichte zum Nachteil des freigesprochenen Angeklagten

⁸⁹ BVerfGE 122, 248, 276.

⁹⁰ Vgl. Barton in: FS Fezer (2008), S. 333, 350.

ausgeweitet wurde, wird hier und da zwar reklamiert.⁹¹ Echte Störgefühle hegt dagegen fast niemand mehr, schon gar nicht der Gesetzgeber.

4. Marginalisierung der Verfahrensrüge

Szenenwechsel: Der State of New York Court of Appeals hob am 25. April 2024 ein Urteil des New York Supreme Court auf, das den Hollywood-Magnaten und Filmproduzenten *Harvey Weinstein* zu einer Haftstrafe von 23 Jahren verurteilt hatte, nachdem er von einer Jury wegen „Vergewaltigung“ in zwei Fällen schuldig gesprochen worden war. Bemerkenswert ist die Begründung, warum das Appellationsgerichts mit einer 4:3-Entscheidung die Fairness des Verfahrens verletzt sah.⁹² Es waren nämlich mehrere Zeuginnen zugelassen worden, die über sexuelle Übergriffe *Weinsteins* in der Vergangenheit berichtet hatten, die nicht Gegenstand der Anklage waren. Damit wollte die Staatsanwaltschaft ein eingeschliffenes Verhaltensmuster des Angeklagten beweisen und die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Opferzeuginnen verstärken.

Die Mehrheit der Richter sah hierdurch hingegen die aus einer Präzedenzentcheidung des Gerichts aus dem Jahr 1901 abgeleitete sogenannte *Molineux-Rule*⁹³ verletzt. Diese stellt die negative Beweisregel („Rule of Evidence“) auf, wonach der Staat keinen Beweis gegen einen Angeklagten über Straftaten führen kann, die die Anklage nicht umfasste, weder zum Zwecke der Strafzumessung noch um ihn der angeklagten Tat zu überführen. Diese Regel – in unserer Terminologie: ein Beweisthemenverbot – sei nichts Geringeres als

⁹¹ Dezidiert kritisch dagegen *Andoor* Tatfragen in der strafrechtlichen Revision (2020), S. 288 ff.; s. auch *Fezer* Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? (1974), S. 51.

⁹² *People v Weinstein* (2024 NY Slip Op 02222); abrufbar unter: <https://www.nycourts.gov/ctapps/Decisions/2024/Apr24/24opn24-Decision.pdf>

⁹³ *People v Molineux* (168 NY 264 [1901]).

*„the product of that same humane and enlightened public spirit which, speaking through our common law, has decreed that every person charged with the commission of a crime shall be protected by the presumption of innocence until [they have] been proven guilty beyond a reasonable doubt“.*⁹⁴

Mir geht es nicht darum, ob solch ein Rechtssatz in unserem System möglich wäre (ich meine: theoretisch: ja, praktisch: eher kaum vorstellbar). Auch nicht darum, ob die Mehrheitsmeinung überzeugend ist, wenn man die argumentativ starken dissenting opinions der unterlegenen drei Richter gegenliest. Mir geht es um etwas anderes: Die Entscheidung illustriert, welche Bedeutung die Beachtung von Verfahrensrecht in einem System haben kann, das mit Geschworenengerichten arbeitet. Gerade weil es keine schriftlichen Gründe gibt, die die Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung transparent und nachvollziehbar machen, kann der Fokus der obergerichtlichen Kontrolle nur auf dem Weg liegen, den das gerichtliche Verfahren bis zur Entscheidung gegangen ist. Es ist wohl keine gewagte These, dass mit der Emminger-Verordnung – und dem durch sie bewirkten Erstarken der schriftlichen Urteilsgründe – auch die Formenstrenge des Prozesses abgeschwächt und die revisionsrechtliche Kontrolle im Wege der Verfahrensrüge allmählich marginalisiert worden ist.

Beides liegt auf einer Entwicklungslinie, die man die Materialisierung des Prozessrechts nennt.⁹⁵ Gemeint ist die Fokussierung auf Ergebnisrichtigkeit und

⁹⁴ People v Weinstein (2024 NY Slip Op 02222), S. 19 unter wortwörtlicher Zitierung von People v Molineux (168 NY 264 [1901]).

⁹⁵ S. nur Barton StV 2004, 332, 335 f.; vgl. zum Zivilverfahren und dort insbesondere zur Materialisierung durch Richterrecht Kehrberger Die Materialisierung des Zivilprozessrechts (2019), S. 174 ff.; zur Materialisierung aus rechtstheoretischer Sicht allgemein s. Menke Kritik der Rechte (2018), S. 135 ff.

Ergebnisgerechtigkeit, die pragmatisch mit formalrechtlichen Schranken umgeht. Dem entspricht die Entwertung der Hauptverhandlung: *einerseits* durch eine Gesetzgebung, die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme auf dem Altar der Prozessökonomie zu opfern bereit ist; *andererseits* durch eine von allen Akteuren der Strafrechtspflege – die Verteidigung ist hier keine Ausnahme – etablierte protolegale Praxis verfahrensbeendigender Absprachen. Beides funktioniert nur, wenn ein Berufsrichterspruchkörper die Akten kennt und das Verfahrensergebnis frühzeitig prognostizieren kann.⁹⁶ Aber das ist ein anderes Thema.

V. Schluss

Man kann die Geschichte der Emminger-Verordnung auch anders erzählen. Man kann darauf hinweisen, dass das Schwurgericht ausgerechnet zu einer Zeit abgeschafft wurde, als endlich auch Frauen Zugang zum Geschworenenamtsamt hatten und erstmals allen Laienrichtern eine angemessene Aufwandsentschädigung gezahlt werden musste.⁹⁷ Deutschland verabschiedete sich von der Jury just zu dem Zeitpunkt, als sie beginnen konnte, mehr als ein „*männliches Honoratiorengremium*“ zu sein.⁹⁸ Man kann auch kontrafaktisch spekulieren, ob das Schwurgericht, hätte es die Krise von 1923 überstanden, nicht später ohnehin von den Nationalsozialisten beseitigt worden wäre. Oder hätte dies nicht seine Abschaffung als spezifisch nationalsozialistischen Akt der Gesetzgebung diskreditiert und daher nach 1949 die Wiedereinführung des Schwurgerichts legitimiert? Auch das lasse ich offen.

⁹⁶ Näher *Greco* GA 2016, 1.

⁹⁷ Das eine geschah durch das Gesetz über die Heranziehung von Frauen zum Schöffen- und Geschworenenamtsamt v. 25. April 1922 (RGBl. I S. 465), das andere durch das Gesetz über die Entschädigung der Schöffen, Geschworenen und Vertrauenspersonen v. 4. Juli 1922 (RGBl. I S. 561).

⁹⁸ Treffend *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 147.

Die Frage, welches Prozessmodell vorzugswürdig ist, war nicht mein Thema.⁹⁹ Zur Jury nur eine Assoziation: Vor einigen Jahren verfolgte ich mit dem Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltverein im altehrwürdigen Old Bailey eine Hauptverhandlung in Strafsachen. Das Erscheinungsbild der Londoner Jury – augenscheinlich Menschen aus dem Volk: zwei Männer trugen, wenn ich mich recht erinnere, sogar Jogginghosen aus Ballonseide – bildete einen spannungsvollen Kontrast zum Auftritt der Barrister in Robe und Perücke. Trotzdem: Sie und jeder Gerichtsbedienstete, der den Raum betrat oder verließ, verbeugten sich zweimal in Richtung der Geschworenenbank. Das war berührend und hatte eine appellative Kraft: Hier richten Bürger über Bürger. Das ist die eine Seite.

Auf der anderen steht die Rationalisierung der Urteilsgründe mit einer Begründungstiefe, die im internationalen Vergleich wohl ihresgleichen sucht, als Ausdruck unserer Rechtskultur. Doch sie kann ein bürokratisches Muster ohne Wert sein, wenn es Tatrichtern beim Absetzen der Urteilsgründe nur darum geht, ein „revisionssicheres Urteil“ zu erschaffen,¹⁰⁰ nicht eines, das den tatsächlichen Verlauf der Beratungen über das Ergebnis der Beweisaufnahme wiedergibt. Freilich, wer dies tut und schriftliche Urteilsgründe „schönschreibt“, begeht einen schweren Pflichtenverstoß. Nur bleibt der Regelbruch wegen Beratungsgeheimnis und fehlender Dokumentation der Hauptverhandlung ohne effektive Sanktion. Auch insoweit setzt die Strafprozessordnung bei allen Verfahrensbeteiligten ein Berufsethos voraus, das das Gesetz nicht garantieren kann.¹⁰¹

⁹⁹ Tendenziell teile ich die Skepsis von Rieß in: FS Widmaier (2008), S. 473, 498 f., „dass das Schwurgericht in seiner klassischen Form mit dem gegenwärtigen deutschen Straf- und Strafprozessrecht nicht mehr kompatibel wäre.“

¹⁰⁰ Bedenklich unterkomplex dagegen Schnürer NStZ 2024, 523.

¹⁰¹ Hierzu grundlegend Küper Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen (1967), insb. S. 20 ff.

Ich wollte nur zeigen, dass nicht immer alles so war, wie es ist, und dass es daher auch nicht so bleiben muss, wie es war. Dass die Art und Weise, wie unser Prozess funktioniert, kontingent ist, mithin von Zufällen und historischen Konstellationen abhängt. Und dass die Auswirkungen einer unter Notstandsbedingungen gefassten Reform sehr viel weiter reichen können, als zur Zeit ihrer Entstehung absehbar war.