

Dem Sinn des § 277 StPO entspricht es jedoch nicht, daß durch eine im Rechtsmittelverfahren notwendig werdende andere rechtliche Beurteilung die Bestrafung überhaupt ausgeschlossen wird. Diese Folge würde aber sogar schon dann eintreten, wenn das Rechtsmittelgericht das strafbare Verhalten des Angeklagten entgegen der Rechtsansicht des Vordergerichts nicht als in Tateinheit, sondern in Tateinheit begangen oder als fortgesetzte Handlung beurteilen müßte. Auch in diesem Falle ginge der Angeklagte ungerechtfertigt teilweise straffrei aus. Er kann aber auch durch § 277 StPO nicht berechtigt sein, lediglich durch einen Fehler in der rechtlichen Beurteilung, der nicht einmal sein strafbares Verhalten unmittelbar zu betreffen braucht, Vorteile zu erlangen. Eine solche Auslegung des Charakters der Einzelstrafen und des Verbots der Straferhöhung würde den in § 1 Abs. 2 und § 2 StPO festgelegten Grundsätzen des Strafverfahrens widersprechen.

Abänderung des erstinstanzlichen Strafausspruchs von Tateinheit auf Tatmehrheit

Diese Frage kann befriedigend nur dann gelöst werden, wenn man davon ausgeht, daß das Verbot der Straferhöhung rein prozeßrechtlichen Charakter hat und daß die dem Angeklagten im Interesse der Wahrung seiner Rechte gegebene Garantie mitunter zur Verletzung materiellen Rechts führt. Obwohl dies auch auf die im vorangegangenen Abschnitt behandelte Frage zutrifft (z. B. wenn sich im Rechtsmittelverfahren ergibt, daß nicht § 242 StGB, sondern auch § 243 StGB ohne Zubilligung mildernder Umstände angewendet werden muß, dennoch aber wegen § 277 StPO nicht auf Zuchthaus erkannt werden darf), ist hier der Hinweis darauf notwendig, weil er für die zu erörternde Frage besonders wichtig ist und das Verhältnis des § 277 StPO zum materiellen Recht deutlich macht.

Ist z. B. eine wegen unbefugten Waffenbesitzes in Tateinheit mit der Vortäuschung einer Straftat ausgesprochene Gefängnisstrafe nicht überhöht, hat das Gericht erster Instanz aber zu Unrecht Tateinheit angenommen, dann könnte, wenn das Verhältnis des § 277 StPO zum materiellen Recht nicht klar ist, die Abänderung des Schuldausspruchs auf Tatmehrheit hinsichtlich der Strafzumessung zu folgenden Erwägungen Anlaß geben:

Gemäß § 74 StGB sind für selbständige Straftaten Einzelstrafen festzusetzen, und es ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, die in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. Das Maß der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht übersteigen. Hält sich das Gericht daran, daß Einzelstrafen selbständige richterliche Urteilsprüche sind und daß § 277 StPO die Erhöhung jeder der Rechtskraft fähigen Strafe verbietet, dann müßten für die im vorliegenden Fall bezeichneten zwei Straftaten Einzelstrafen festgesetzt werden, deren Betrag die ausgesprochene Einheitsstrafe nicht überschreiten dürfte. Die Gesamtstrafe dürfte aber wegen § 74 StGB nicht die vom Vordergericht ausgesprochene Einheitsstrafe erreichen. Dies würde bedeuten, daß immer dann, wenn es notwendig ist, einen auf Tateinheit lautenden Schuldausspruch auf Tatmehrheit abzuändern, eine geringere Strafe die Folge wäre. Ein solches Ergebnis kann aus mehrfachen Gründen nicht anerkannt werden.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, in einem solchen Fall sei es zulässig, Einzelstrafen festzusetzen, die über die in erster Instanz erkannte Einheitsstrafe hinausgehen könnten, nur dürfte die auszusprechende Ge-

samtstrafe nicht höher sein. Diese Meinung wird damit begründet, der Angeklagte werde tatsächlich nicht schlechtergestellt, das Rechtsmittelgericht genüge der Vorschrift des § 74 StGB und werde nicht zu formalistischen Entscheidungen gezwungen. Dabei wird aber zu Unrecht davon ausgegangen, daß eine gemäß § 79 StGB zu bildende nachträgliche Gesamtstrafe unter Beachtung des § 74 StGB auf der Grundlage der früheren Gesamtstrafe, die nunmehr als Einzelstrafe fungiere, und der nachträglichen Einzelstrafen zu finden sei. Wenn dies richtig wäre, könnte das Argument tatsächlich nicht durchgreifen, daß der Angeklagte bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung durch die den Betrag der früheren Einheitsstrafe überschreitenden Einzelstrafen schlechtergestellt sei, d. h., das Verbot der Straferhöhung verletzt werde. Diese Auffassung verhindert nicht eine durch nichts zu rechtfertigende Begünstigung des Angeklagten, sondern bringt ihm im Ergebnis sogar eine doppelte Ermäßigung. Das aber ist zu Recht immer abgelehnt worden. Mit § 79 StGB wird unter neuen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten nicht eine zweite, sondern die Gesamtstrafe nachträglich gefunden. Die Rechtskraftwirkung des früheren Urteils bleibt durch § 79 StGB unberührt, soweit es sich um den Schuldspruch und die Einzelstrafen handelt; nur für die Findung der Gesamtstrafe entzieht § 79 StGB dem früheren Urteil die Rechtskraft.

Die vorstehenden Erwägungen gehen einseitig und damit unrichtig von der in erster Instanz erkannten Einheitsstrafe aus und versuchen von ihr aus die Vorschriften des § 74 StGB und des § 277 StPO in Übereinstimmung zu bringen.

Diese Frage kann aber unter Beachtung des prozessualen Charakters des § 277 StPO nur auf folgende Weise gelöst werden:

Ist im erstinstanzlichen Urteil das strafbare Verhalten des Angeklagten fälschlich als in Tateinheit begangen beurteilt worden und muß das Rechtsmittelgericht insoweit den Schuldausspruch ändern, so ist die vom erstinstanzlichen Gericht festgesetzte Einheitsstrafe in Einzelstrafen aufzulösen, die in ihrer Gesamtsumme — ohne Rücksicht darauf, ob nach Ansicht des Rechtsmittelgerichts an sich höhere Einzelstrafen verwirkt wären oder nicht — die in erster Instanz erkannte einheitliche Strafe nicht überschreiten dürfen. Stellt sich dabei heraus, daß die erforderlichen Einzelstrafen in ihrer Summe die ausgesprochene Einheitsstrafe nicht überschreiten, dann muß die nunmehr auszusprechende Gesamtstrafe nach den Grundsätzen des § 74 StGB gefunden werden, d. h., sie muß niedriger sein als die vordem erkannte Einheitsstrafe. Ergibt jedoch die Überprüfung des angefochtenen Urteils, daß Einzelstrafen gerechtfertigt wären, die in ihrer Summe die bisher erkannte Strafe übersteigen würden, und daß als Gesamtstrafe zumindest die in erster Instanz ausgesprochene Strafe erforderlich ist, dann ist auf die in erster Instanz erkannte Strafe auch im Rechtsmittelverfahren zu erkennen. Es bedarf der in § 74 StGB vorgeschriebenen Ermäßigung nicht, da der Angeklagte durch die Bestätigung der erstinstanzlichen Strafe nicht schlechtergestellt wird. Hier tritt die das materielle Recht bis zu einem gewissen Grad in den Hintergrund drängende prozessuale Vorschrift des § 277 StPO in Aktion, die den Angeklagten zwar vor einer Schlechterstellung bewahrt, ihm aber andererseits ungerechtfertigte, den gesellschaftlichen Schutzinteressen widersprechende Vorteile verwehrt. In der Urteilsbegründung muß aber ausgesprochen werden, daß die festgesetzten Einzelstrafen zu niedrig sind, das Rechtsmittelgericht aber wegen des Verbots der Straferhöhung gehindert ist, angemessene Einzelstrafen festzusetzen.