

stellt worden ist. Daraus ergeben sich weitreichende Konsequenzen, z. B. das Verbot der höheren Strafe (§ 321 Abs. 2 StPO) und das Aussetzen der Verwirklichung der Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (§ 326 Abs. 2 StPO).

Gemäß § 322 Abs. 1 Ziff. 1 StPO darf das Kassationsgericht auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen selbst entscheiden, wenn unter Beibehaltung des Strafausspruchs der Schuldausspruch zu ändern ist. Die Auffassung des StPO-Lehrkommentars (Berlin 1968, Anm. 2 zu § 322 [S. 359]), daß das Kassationsgericht den Schuldausspruch nur zuungunsten des Angeklagten in Selbstentscheidung abändern darf, findet im Gesetz keine Stütze. Auch der Kassationsantrag, der die Änderung des Schuldausspruchs erstrebt, muß gemäß § 314 StPO bestimmen, ob er zugunsten oder zuungunsten des Verurteilten gestellt worden ist. Bei einem Antrag zugunsten des Angeklagten darf das Kassationsgericht gemäß § 321 Abs. 2 StPO keine höhere Strafe aussprechen. Dagegen bleibt bei der Änderung des Schuldausspruchs im Wege der Selbstentscheidung (und auch bei einer Änderung der Urteilsgründe gemäß § 322 Ziff. 6 StPO) unbeachtlich, ob der Kassationsantrag zugunsten oder zuungunsten des Verurteilten gestellt worden ist. In einem solchen Fall hat das Kassationsgericht den Schuldausspruch (bzw. auch die Gründe) im Wege der Selbstentscheidung zu verändern. Eine Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Entscheidung ist in diesen Fällen nicht möglich.

§ 322 Abs. 1 Ziff. 2 StPO enthält die Möglichkeit, in Übereinstimmung mit dem Antrag des Generalstaatsanwalts oder des Staatsanwalts des Bezirks eine gesetzlich vorgeschriebene Mindeststrafe oder eine zwingend vorgeschriebene Zusatzstrafe auszusprechen oder von Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit abzusehen. Diese Bestimmung macht die Selbstentscheidung von der Übereinstimmung des Kassationsgerichts mit dem Antrag des Generalstaatsanwalts bzw. Bezirksstaatsanwalts abhängig. Haben der Präsident des Obersten Gerichts oder der Direktor des Bezirksgerichts den Kassationsantrag gestellt, so kommt es u. E. auf die Übereinstimmung zwischen diesem und dem Kassationsgericht an. Die Selbstentscheidung nach § 322 Ziff. 2 StPO hat also immer zur Voraussetzung, daß zwischen Antragsteller und Kassationsgericht Übereinstimmung besteht. Wird diese nicht erzielt, so hat das Kassationsgericht immer die Möglichkeit, die Sache zurückzuverweisen und dem unteren Gericht gemäß § 324 StPO bindende Weisungen zu erteilen.

Soweit auf eine gesetzlich vorgeschriebene Mindeststrafe zu erkennen ist, kann es sich immer nur um eine Kassations zuungunsten des Verurteilten handeln, weil der Ausspruch einer geringeren Strafe von § 322 Abs. 1 Ziff. 4 StPO erfaßt wird. Unter Mindeststrafe ist die in der Strafnorm des Besonderen Teils des StGB angedrohte niedrigste Strafe zu verstehen. Hat das Gericht z. B. zutreffend die Handlung eines Angeklagten als schwere Körperverletzung i. S. des § 116 Abs. 2 StGB beurteilt und trotzdem auf eine Freiheitsstrafe unter zwei Jahren erkannt, so kann das Kassationsgericht auf die für diese Handlungen vorgeschriebene Mindeststrafe von zwei Jahren Freiheitsentzug erkennen.

Ist unter den Voraussetzungen der außergewöhnlichen Strafmilderung die vorgeschriebene Mindeststrafe unterschritten oder auf eine mildere Strafart erkannt worden und kommt das Kassationsgericht bei einem zuungunsten des Angeklagten gestellten Kassationsantrag auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen zu der Auffassung, daß diese rechtliche Beurtei-

lung fehlerhaft ist, so kann es im Kassationsverfahren ebenfalls selbst entscheiden und auf die in der verletzten Strafnorm angedrohte Mindeststrafe erkennen. Ist das Kassationsgericht der Auffassung, daß die Bestimmungen über die außergewöhnliche Strafmilderung fehlerhaft außer Betracht geblieben sind und daß deshalb auf eine geringere als die ausgesprochene Maßnahme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu erkennen ist, so kann es nach § 322 Abs. 1 Ziff. 4 StPO selbst entscheiden.

Was die Selbstentscheidung über eine zwingend vorgeschriebene Zusatzstrafe anbelangt, so ist zu beachten, daß die Zusatzstrafen fast ausnahmslos nicht mehr zwingend vorgeschrieben sind. Die Einziehung des Mehrerlöses gemäß § 170 Abs. 3 StGB ist z. B. eine zwingend vorgeschriebene besondere staatliche Zwangsmaßnahme und ihr Ausspruch deshalb auch grundsätzlich im Kassationsverfahren zulässig, obwohl sie nicht den Charakter einer Zusatzstrafe hat.<sup>12/</sup> Allerdings hat das Kassationsgericht über diese Frage nur im Zusammenhang mit anderen Kassationsgründen zu entscheiden, denn nach der AO über die Rückerstattung und die Abführung von Mehrerlösen aus Preisüberschreitungen — Mehrerlös-AO — vom 28. Juni 1968 (GBl. II S. 562) kann der Mehrerlös auch im Verwaltungswege eingezogen werden.

Das Kassationsgericht kann gemäß § 322 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 StPO durch Selbstentscheidung das Verfahren abschließen, wenn der Angeklagte auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen freizusprechen ist, wenn eine geringere Strafe auszusprechen ist oder wenn Zusatzstrafen oder andere Maßnahmen aufzuheben sind. Zum Ausspruch einer geringeren Strafe gehört nicht nur die Herabsetzung der Strafhöhe, sondern auch das Erkennen auf eine mildere Strafart. Bei der Beurteilung der Frage, welche Strafart die geringere Strafe ist, ist von §§ 23 und 69 StGB auszugehen. Eine Strafe ohne Freiheitsentzug ist danach immer die mildere Strafe gegenüber einer Strafe mit Freiheitsentzug/<sup>13/</sup>

Wird ein die Straferhöhung anweisendes Urteil des Gerichts zweiter Instanz durch das Kassationsgericht aufgehoben und stellt dieses die Erfolglosigkeit eines zuungunsten des Angeklagten eingelegten Protestes gegen das eine mildere Maßnahme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit festlegende Urteil des Gerichts erster Instanz fest, dann ist das Kassationsgericht gemäß § 322 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ebenfalls zur Selbstentscheidung durch Zurückweisung des Protestes befugt.<sup>14/</sup> Mit einer solchen Entscheidung wird das Urteil des Gerichts erster Instanz wieder wirksam.

#### Aufhebung von Beschlüssen

Nach § 322 Abs. 3 StPO kann das Kassationsgericht auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen Beschlüsse aufheben, die nicht einem Urteil gleichstehen, und die in der Sache erforderlichen Maßnahmen selbst treffen. Auch bei dieser Bestimmung ist von dem Prinzip auszugehen, daß bei bindenden Weisungen kein Raum für eine Entscheidung durch die Instanzgerichte vorhanden ist.

Nach § 322 Abs. 3 StPO kann das Kassationsgericht Entscheidungen über die Anordnung der Untersuchungshaft (§ 122 StPO) und über die Strafaussetzung auf Bewährung (§§ 349 ff. StPO) selbst treffen. Richtet

<sup>12/</sup> Vgl. StGB-Lehrkommentar, Berlin 1968, Anm. 6 zu § 170 (Bd. II, S. 181 f.).

<sup>13/</sup> Vgl. Schröder, „Zum Verhältnis von Einweisung in ein Jugendhaus und Freiheitsstrafen gegenüber Jugendlichen“, NJ 1970 S. 424 f.

<sup>14/</sup> Vgl. OG, Urteil vom 15. Mai 1970 - I b Zst 3/70 - rNJ 1S70 S. 493).