

Spruch abzuändern ist oder wenn eine zwingend bestimmte Zusatzstrafe auszusprechen ist.

In der Praxis gibt es jedoch nicht wenige Fälle, bei denen der ersten Instanz ebenfalls kein Raum für eine eigene Entscheidung gelassen werden kann. Das sind im wesentlichen die Fälle, in denen in der zweiten Instanz der Ausspruch von Zusatzstrafen erforderlich ist, die vom Gesetz nicht zwingend vorgeschrieben sind, wie die Vermögensentziehung (§ 57 Abs. 1 StGB), die Einziehung konkret bestimmter Gegenstände (§ 56 StGB), die Aufenthaltsbeschränkung (§ 51 StGB), die Ausweisung (§ 59 StGB), die Aberkennung staatsbürgerlicher Rechte (§ 58 StGB), das Verbot bestimmter Tätigkeiten (§ 53 StGB) sowie der Entzug bestimmter Erlaubnisse (§§ 54, 55 StGB). In diesen Fällen ist eine Selbstentscheidung des Rechtsmittelgerichts nur möglich, wenn eine eigene Beweisaufnahme stattgefunden hat. Andernfalls sind absolute Weisungen unvermeidlich. Die gegenwärtige Regelung des § 301 StPO steht einer anderen Praxis entgegen.

In diesem Zusammenhang ist auch der Vorschlag von Uhlig von Bedeutung, de lege ferenda die Möglichkeit zu schaffen, daß das Rechtsmittelgericht bei zurechnungsgunsten des Angeklagten eingelegtem Protest des Staatsanwalts in diesen Fällen und bei einer Straferhöhung auch ohne eigene Beweisaufnahme selbst entscheiden kann. Die Realisierung dieses Vorschlags könnte dazu beitragen, formale Verhandlungen und Entscheidungen der ersten Instanz zu vermeiden und die Konzentration und Wirksamkeit der Verfahren zu erhöhen. Der von Uhlig für die Schaffung einer solchen Möglichkeit vorausgesetzten Bedingung, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung des Rechtsmittelgerichts anwesend sein und das Recht zur Stellungnahme haben muß, ist m. E. ebenfalls zuzustimmen.<sup>4/</sup>

Soweit Lenhardt/Reichwagen in bezug auf diese Ausführungen Uhligs darlegen, die Anforderungen an eine eigene (ergänzende) Beweisaufnahme des Rechtsmittelgerichts seien bereits damit erfüllt, daß der Angeklagte anwesend sei und gehört werde/<sup>5/</sup>, verkennen sie das Wesen dieser Beweisaufnahme. Sie setzt im Rechtsmittelverfahren wie im Verfahren erster Instanz voraus, daß zu Tatsachen, die für die Entscheidung notwendig sind, Beweise erhoben werden. Das ist aber nicht der Fall, wenn der Angeklagte in der Rechtsmittelverhandlung lediglich zu seiner Berufung bzw. zum Protest des Staatsanwalts sowie zu den gestellten Anträgen gehört wird.

#### *Selbstentscheidung ohne eigene Beweisaufnahme des Rechtsmittelgerichts*

Eine Selbstentscheidung ohne eigene Beweisaufnahme wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn nur der Schuldausspruch abzuändern ist, die Strafe aber bestehen bleibt. Sie ist auch dann zweckmäßig, wenn als Folge des veränderten Schuldausspruchs (teilweiser Freispruch, Wegfall einer Strafverschärfung u. ä.) die von der ersten Instanz ausgesprochene Strafe um einen davon bestimmten Teil herabzusetzen ist.

Bewährt hat sich auch die Selbstentscheidung ohne eigene Beweisaufnahme, wenn anstelle einer Freiheitsstrafe eine Verurteilung auf Bewährung oder eine andere Strafe ohne Freiheitsentzug auszusprechen ist. Lenhardt/Reichwagen weisen zutreffend auf den mitunter relativ hohen Aufwand im Rechtsmittelverfahren hin, wenn erstmalig eine Verurteilung auf Bewährung auszusprechen ist. Dabei kann im Interesse der wirksamen Ausgestaltung dieser Maßnahme das Anhören des Kollektivvertreters sowie die Vernehmung von Zeu-

gen erforderlich sein. Lenhardt/Reichwagen ist darin zuzustimmen, daß in solchen Fällen auch der gesellschaftliche Aufwand zu beachten ist, der durch lange Reisewege von Zeugen und Kollektivvertretern und entsprechend lange Ausfallzeiten an ihrer Arbeitsstelle entsteht. Deshalb bedarf es auch der sorgsamsten Abwägung, ob die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz etwa aus diesen Gründen zweckmäßiger ist.

Eine Selbstentscheidung ohne eigene Beweisaufnahme ist häufig auch dann möglich, wenn zusätzlich zur erstinstanzlichen Entscheidung auf Maßnahmen zur Wiederengliederung Vorbestrafter (§§ 47, 48 StGB) oder auf staatliche Kontroll- und Erziehungsaufsicht (§ 249 Abs. 2 StGB) zu erkennen ist.<sup>6/</sup>

#### *Selbstentscheidung nach eigener Beweisaufnahme des Rechtsmittelgerichts*

Die Rechtsmittelgerichte sind im Interesse der Rationalität und Effektivität des Verfahrens richtigerweise auch dazu übergegangen, von der Möglichkeit der eigenen Beweisaufnahme mehr Gebrauch zu machen und das Verfahren durch Selbstentscheidung endgültig zum Abschluß zu bringen. Bewährt hat sich diese Praxis vor allem dann, wenn mit relativ geringem Aufwand eine erforderliche Sachaufklärung nachgeholt und die entsprechenden Feststellungen zum Sachverhalt ergänzt werden können.

Eine eigene Beweisaufnahme kann aber auch zur Aufklärung des gesamten Sachverhalts erforderlich sein. Sie ist im Gegensatz zur Auffassung von Lenhardt/Reichwagen/<sup>7/</sup> nicht ausgeschlossen, wenn sie über die Überprüfung des Sachverhalts „im engeren Sinne hinausgeht“. Die dafür ins Feld geführten Gesichtspunkte, nämlich

- von dieser Sachaufklärung könne abhängig sein, ob der Angeklagte freizusprechen oder zu verurteilen sei,
- das Rechtsmittelgericht verliere seine Stellung als Überprüfungsorgan und werde letztlich selbst zum Gericht erster Instanz, das aber endgültig entscheidet, und
- bei dieser erstmaligen Feststellung des Sachverhalts seien die Fehlerquellen größer und Irrtümer nicht ausgeschlossen,

treffen nicht zu.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Möglichkeit, einen Angeklagten in zweiter Instanz freizusprechen oder zu verurteilen, keinen Einfluß darauf haben kann, ob das Rechtsmittelgericht den Sachverhalt erneut in vollem Umfang aufklärt und feststellt oder ob das nur in geringerem Umfang geschieht. Die Praxis zeigt, daß diese Entscheidungsmöglichkeiten der zweiten Instanz auch bei der Aufklärung bzw. Feststellung nur eines einzigen, allerdings wesentlichen Tatbestandes gegeben sind. Die weitgehenden Konsequenzen, die sich im Einzelfall aus der Überprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens für den Schuld- und Strafausspruch ergeben können, sind also kein Kriterium dafür, ob eine eigene Beweisaufnahme durchzuführen ist oder nicht. Eine solche Ansicht führt zu dem — sicher ungewollten — Resultat, auf eine Beweisaufnahme in der zweiten Instanz, deren Ergebnis und deren Konsequenzen für den Schuld- und Strafausspruch niemand im voraus weiß, völlig zu verzichten.

Eine Beweisaufnahme in vollem Umfang kann geradezu notwendig sein, wenn z. B. die Beweisproblematik der-

<sup>4/</sup> A. Uhlig, a. a. O., S. 735.

<sup>5/</sup> W. Lfcmhardt / D. Reichwagen, a. a. O., S. 240.

<sup>6/</sup> Das ist auch möglich, wenn der Angeklagte Berufung eingelegt hat. Vgl. OG, Urteil vom 31. Januar 1969 - 5 Ust 77/58 - (NJ 1969 S. 217).

<sup>7/</sup> A. a. O., S. 240.