Zulässigkeit der reformatio in peius.

Von Otto Brachvogel, Landrichter in Zabern i. Elsaß.

Wenn auch die Reformbewegung auf dem Gebiete des Strafprozesses sich vornehmlich eine Verbesserung der Prozeßlage des Angeklagten zum Ziele gesetzt hat, so sind doch neuerdings auch gewichtige Stimmen laut geworden,¹⁾ welche im Hinblick auf die immer ungünstiger lautende Kriminalstatistik auch eine Durchsicht der Strafprozeßordnung in gegenteiliger Richtung verlangen. Ist es einerseits angezeigt, dem von dem Übel einer strafgerichtlichen Untersuchung Betroffenen alle Mittel an die Hand zu geben, welche dazu dienen können, seine Unschuld zu erweisen, so müssen doch andererseits den staatlichen Organen auch ausreichende Mittel zu Gebote stehen, die gerechte Strafe über den Schuldigen zu verhängen. Von nicht unwesentlicher Bedeutung erscheint uns in letzterer Hinsicht die Frage, ob die Bestimmung angezeigt ist, daß bei Berufungen, welche der Angeklagte oder zu dessen Gunsten die Staatsanwaltschaft einlegt, das Urteil erster Instanz von dem Berufungsgericht auch zu Ungunsten des Angeklagten abgeändert werden kann, ob also die reformatio in peius zulässig ist.

Die deutsche Strafprozeßordnung hat im § 372 diese Frage verneint. Die Motive zu dem Entwurfe derselben enthalten darüber keine weiteren Ausführungen, weil die auf die Berufung bezüglichen Bestimmungen erst durch den Reichstag eingefügt worden sind. Nur bei den bezüglichen Vorschriften über die Revision heißt es, daß die Berechtigung des Verbotes einer reformatio in peius „anerkannt“

¹⁾ Vgl. auch den Kaiserlichen Erlaß vom 22. Oktober 1891.

sei. In der Reichstagskommission hat der Abgeordnete Thilo bei Beratung eines bezüglichlichen von ihm gestellten Antrages erklärt²⁾:

„Es sei ein kriminalpolitisch allgemein anerkannter Grundsatz, daß ein einseitig ergriffenes Rechtsmittel eine reformatio in peius zu Ungunsten des Beschwerdeführers nicht zur Folge haben könne.“

Es war nun in der That zur Zeit des Zustandekommens der Strafprozeßordnung die reformatio in peius in fast keiner deutschen Partikulargesetzgebung mehr zugelassen worden.³⁾ Allein in dem Berufungsverfahren dieser Partikulargesetzgebungen fehlten mehr oder weniger diejenigen Garantien, welche dem Angeklagten durch ein völlig mündliches Verfahren in erster Instanz geboten werden. Auch im Geltungsbereich des Code d'instruction criminelle wurde nach der Gerichtspraxis meist auf Grund der schriftlich fixierten Verhandlungen erster Instanz entschieden.⁴⁾

Nach der deutschen Strafprozeßordnung dagegen bildet das Berufungsverfahren ein neues Hauptverfahren, in welchem der Berufsungsrichter auch hinsichtlich der Thatfrage selbständig und unabhängig von den Feststellungen des angefochtenen Urteils zu entscheiden hat⁵⁾, und für welches durch § 364 Abs. 2—4 und 366 Satz 2 Mündlichkeit in weitem Umfang als Regel vorgeschrieben ist. Für ein solches Verfahren ist aber wiederholt die Zulässigkeit der r. i. p. versucht worden.⁶⁾

²⁾ Hahn, Materialien S. 1025.

³⁾ In Bayern konnte auf die von der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Angeklagten eingelegte Berufung in peius reformiert werden. Vgl. § 338 Abs. 2 Gesetz vom 10. November 1848 und H. Seuffert, Die reformatio in peius, München 1861 S. 53. Desgl. nach französischer Gerichtspraxis. Vgl. Seuffert a. D. Anm. 126.

⁴⁾ Hahn, Materialien S. 306.

⁵⁾ Vgl. Loewe, Kommentar zur St.P.D. S. XXIII.

⁶⁾ Vgl. die Zusammenstellung bei Schwarze im Gerichtsfaal für 1862 S. 283. Insbesondere Seuffert a. D. S. 21, 30 ff., 51 ff.

Hepp, einer der heftigsten Gegner der r. i. p. für das damalige Berufungsverfahren, sagt in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Darmstadt 1846 S. 308:

„Freilich muß man dann aber ein unbedingtes Vertrauen in die den Angeeschuldigten in dieser Richtung gar nicht hörende Rekursbehörde setzen, daß sie das materielle Recht, d. h. den wahren Grad der bürgerlichen Verschuldung auch wirklich treffen und dadurch eine weitere Instanz für den neu Verurteilten überflüssig machen werde. Allein darf man von dieser Voraussetzung ausgehen,

Ferner haben die Gesetzgebung von Hannover (§ 212) und die frühere von Baden (§§ 110, 116, 281), sowie der preussische Entwurf vom März 1851 (§ 237) der Staatsanwaltschaft wenigstens das *beneficium adhaesionis*, das Recht der Anschlußberufung gewährt. Auch nach dem Code d'instruction criminelle ist dies der Fall.

Zwar kann nach diesem Gesetz der Staatsanwalt beim Gericht erster Instanz ebenso, wie der Angeklagte, nur innerhalb 10 Tagen Berufung einlegen. Er muß jedoch nach Art. 202, wenn er von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht, innerhalb 14 Tagen einen Auszug aus dem Urteil an den Staatsanwalt des Berufungsgerichts senden. Dieser kann dann nach Art. 205 noch innerhalb zweier Monate, von Verkündung des Urteils an gerechnet, Berufung erheben. Dieses Recht des Art. 205 begreift aber bei den kurzen Fristen, innerhalb deren gemäß Art. 307—309 über die Berufung zu entscheiden ist, das Anschlußrecht in sich.

Eine ähnliche Bestimmung enthielt die Strafprozeßordnung vom 28. Mai 1850 von Anhalt (Art. 348a Abs. 3). Nach derselben waren Berufungen gegen Einzelrichtererkennnisse von dem Angeklagten sofort nach der Urteilsverkündung, von der Staatsanwaltschaft binnen 10tägiger Frist einzulegen.

Die Annahme, von welcher der Gesetzgeber bei Erlass der deutschen St.P.O. ausgegangen ist, daß das Verbot der r. i. p. ein „strafpolitisch allgemein anerkannter“ Grundsatz sei, ist demgemäß nicht zutreffend, jedenfalls nicht zutreffend für ein Berufungsverfahren, wie es von der St.P.O. vorgeschrieben ist⁶⁾. v. Kries⁷⁾ hat denn auch bereits darauf hingewiesen, daß das Verbot der r. i. p. zu der durch unsre St.P.O. vorgeschriebenen Konstruktion des Berufungsverfahrens schlechterdings nicht passe. Wir schließen uns dieser Ansicht an.

Seitens der Gegner der r. i. p. wird vielfach⁸⁾ das Verbot derselben mit besonderm Nachdruck auf Humanitätsrücksichten begründet. Dabei wird zunächst angeführt, daß der Angeklagte

solange die Gerichte nur auf den Grund von Relationen aus toten Akten erkennen und überhaupt aus fehlbaren Menschen bestehen?“

⁶⁾ Vgl. Anm. 5.

⁷⁾ Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses. Breslau 1870 S. 112.

⁸⁾ Vgl. Hepp a. O. und Arnold im Gerichtssaal von 1858 S. 211 ff.

nicht durch die Möglichkeit der r. i. p. von Ergreifung des Rechtsmittels zurückgeschreckt werden dürfe. Allein, wer sich unschuldig fühlt oder wer weiß, daß ihm ein Milberungsgrund zur Seite steht, den der erste Richter nicht gewürdigt hat oder der demselben nicht genügend nachgewiesen war, der wird sich durch die Möglichkeit einer Erhöhung der Strafe von Einlegung der Berufung nicht abhalten lassen. Wenn aber frivole Berufungen durch das Schicksal einer r. i. p. verhütet werden, so ist dies nur zu begrüßen. Arnold (a. D.) vergleicht denjenigen, der ungeachtet der Möglichkeit einer r. i. p. Berufung erhebt, mit einem Spieler, der sein Vermögen nach zweifelhaftem Gewinn auswerfe. Dies zugegeben, darf man doch nicht weiter gehen und sagen: Nun ist aber jedes Glücksspiel unsittlich, also widerspricht auch die Zulassung der r. i. p. den guten Sitten. Auch derjenige, der in erster Instanz einen Entlastungsbeweis antritt, riskiert, daß derselbe zu seiner Belastung dienen wird und daher seine Lage verschlimmert; er gleicht nicht minder dem Spieler, der sein Vermögen nach zweifelhaftem Gewinn auswirft.⁹⁾

Ebenso unbegründet ist es, wenn man sagt, die Möglichkeit einer ungünstigen Abänderung beeinträchtigt die Verteidigung des Berufenden. Wenn auch in vielen Sachen der Angeklagte sein Hauptaugenmerk auf Erzielung einer Freisprechung richten wird, so geht er doch mit verschwindenden Ausnahmen auch eventuell auf Strafminderung aus. Damit ist aber implicite auch die Verteidigung gegen Straferhöhung gegeben.

Überdies würde eine strenge Durchführung dieser Humanitätsrücksichten auch erheischen, daß der Staatsanwaltschaft die Befugnis

⁹⁾ Wie überhaupt das ganze Strafverfahren mehr oder weniger einem Glücksspiel gleiche, ist von einem berühmten Räuber zu Anfang dieses Jahrhunderts, dem „Mahnfriedrich“ (nach Mitteilung des Stadtdirektors Pfister zu Heidelberg) in einem Gedichte, das er kurz vor seiner Hinrichtung abgefaßt hat, mit echter Gaunerpoesie dargestellt worden. Die Schlussverse lauten:

Somit hat nun das Ding ein End',
 Doch noch nicht unsre Plage,
 Die Kart' hat eilig sich gewendt,
 Hin sind die Freiheitstage.
 Seht der verliert — und der gewinnt,
 Ein jeder sich nun erst besinnt,
 Spricht: Hätten wir's zuvor bedacht,
 Wir hätten's Spiel nicht so gemacht.

genommen werde, innerhalb der einwöchigen Frist noch Berufung einzulegen, nachdem dies bereits seitens des Angeklagten geschehen ist.

Denn die infolge der nachträglichen Berufung der Staatsanwaltschaft vorhandene Möglichkeit einer r. i. p. könnte sonst dem Angeklagten „die Wohlthat der Berufung verbittern“. Ja, es dürfte sich sogar fragen, ob man nicht überhaupt das Berufungsrecht der Staatsanwaltschaft abschaffen sollte.¹⁰⁾ Denn was widerspricht mehr der Humanität, einen Angeklagten, der sich dem Urteil unterwirft, obwohl er es vielleicht als zu hart empfindet, mit der eine noch härtere Strafe erstrebenden Berufung zu verfolgen, oder einen Angeklagten, der Berufung eingelegt hat, einer r. i. p. auszusetzen?

Schwarze, ein entschiedener Gegner der r. i. p., aber auch des ausgedehnten Devolutiveffekts der Berufung überhaupt, verwahrt sich denn auch in seiner Abhandlung im Gerichtssaal von 1862 S. 290 dagegen, daß lediglich aus Humanitätsrücksichten die r. i. p. zu verbieten sei. Ebenso Kleinfeller, der neuerdings im Gerichtssaal Bd. 38 S. 579—613 für das Verbot der r. i. p. eingetreten ist.

Es fragt sich nun weiter, ob nach den Grundjahren, welche das Rechtsmittelverfahren im neuern Strafprozeßrecht beherrschen, das Verbot der r. i. p. zu rechtfertigen oder zu verwerfen ist. Schwarze,¹¹⁾ v. Lilienthal¹²⁾ und Kleinfeller¹³⁾ sind ersterer Meinung. Schwarze und v. Lilienthal heben insbesondere hervor, daß es sich bei der Berufung des Angeklagten um das beneficium einer streitenden Partei handle und daß die Thätigkeit, namentlich auch der Umfang der Thätigkeit des Berufungsrichters von dem Willen dieser Partei abhängig sei. Kleinfeller gibt zu, daß aus der Beschränkung des Obergerichters auf die Prüfung der Punkte, bezüglich deren das Urteil angefochten wurde,¹⁴⁾ noch

¹⁰⁾ In Sachsen und Hamburg war dies hinsichtlich der von den Kollegialgerichten erlassenen Straferkenntnisse der Fall. Doch hatte auch der Angeklagte nur das Recht der Berufung gegen das Strafmaß und nur auf Grund der erstgerichtlichen Feststellungen.

¹¹⁾ H. D.

¹²⁾ Holtendorffs Rechtslexikon 31 S. 316.

¹³⁾ H. D.

¹⁴⁾ Vgl. §§ 359 und 368 St. P. O.

nicht direkt, unmittelbar die Unzulässigkeit einer r. i. p. folge. Wenn z. B. der Verurteilte sich durch das Strafmaß beschwert finde, so beantrage er Nachprüfung dieses Punktes und Verhängung eines geringern Strafübels. Damit sei der höhere Richter beschränkt auf die Nachprüfung der Frage, ob die Strafe eine gerechte sei; er sei durch den Antrag insofern gebunden, als er den Schuldausspruch nicht mehr prüfen könne. Allein er sei dadurch noch nicht gehindert, eine höhere Strafe, wie das angefochtene Urteil, auszusprechen. Kleinfeller findet aber in jener von der Partei abhängigen Beschränkung auf gewisse Punkte das Anerkenntnis, daß das Rechtsmittelverfahren von dem Parteiinteresse abhängig sei und nun sei es doch ein Widerspruch, einerseits die Ausdehnung des Rechtsmittelverfahrens dem Parteiwillen unterzuordnen, anderseits ein Resultat zuzulassen, welches dem maßgebenden Parteiinteresse zuwiderlaufe.

Die Gegner der r. i. p. finden also, daß im Rechtsmittelverfahren des Strafprozesses dem Dispositionsprinzip eine vorherrschende Stellung zukomme und eingeräumt sei. Wenn dies richtig wäre, so würde das Rechtsmittelverfahren von dem sonstigen Strafprozeßverfahren abweichen. Denn wenn auch der neuere Strafprozeß sich in den Formen des Anklageprozesses bewegt, so wird er doch, weil *publici juris*, von dem Offizialprinzip, d. h. von dem Grundsatz, daß die Rechtsverletzungen von Amtswegen zu verfolgen seien, beherrscht. Ortloff hat in „Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen, Jena 1858“ treffend dargelegt, daß, wie der Kreis nur einen Mittelpunkt habe, auch nur ein leitender Grundsatz, die Offizialmaxime, das Strafverfahren beherrsche. Mit der Anklageform wird lediglich bezweckt, einerseits das Gericht von den zwei sich widerstrebenden Rollen des Angriffs oder der Strafverfolgung und der Verteidigung zu befreien und dadurch eine größere Gewähr für die Unparteilichkeit des Gerichts zu schaffen,¹⁵⁾ anderseits auch durch Zuteilung dieser Rollen an selbständig dafür wirkende Organe die Erzielung materieller Wahrheit und damit eines gerechten Ergebnisses der strafrechtlichen Untersuchung zu fördern. Diese Zwecke sind aber dem leitenden Offizialprinzip derartig untergeordnet, daß durch die Anklageform die amtliche Untersuchungsthätigkeit des Gerichts nicht gehemmt werden

¹⁵⁾ Vgl. Ortloff a. D.

kann. In der deutschen Strafprozeßordnung ist der Grundsatz „der Untersuchung“ in den §§ 153 Abs. 2, 204 und 263 Abs. 2 zum bestimmten Ausdruck gekommen. Die Motive des Entwurfs (S. 88) sagen darüber:

„Aus dem Prinzip des Anklageprozesses folgt nicht, daß, wie im Zivilprozeße, so auch im Strafprozeße die Thätigkeit des Richters nach jeder Richtung hin durch die Anträge des Klägers und des Beschuldigten bedingt wird. Vielmehr ergibt sich aus der Natur der Strafsache als einer Sache des öffentlichen Rechts, daß der Richter ebenso berechtigt als verpflichtet sein muß, die Wahrheit nötigenfalls durch andre Mittel, als durch die von dem Kläger oder von dem Beschuldigten an die Hand gegebenen zu erforschen, sowie daß er bei der rechtlichen Beurteilung der That und bei Abmessung der Strafe nicht an die Anträge des Klägers gebunden sein darf. Dieser Auffassung gibt der § 135 Abs. 2 (§ 153 Abs. 2 des Gesetzes) Ausdruck, in dem er die Thätigkeit der Gerichte innerhalb der im Gesetze bezeichneten Grenzen für selbständig erklärt.“

Es fragt sich nun, ob dafür, daß im Rechtsmittelverfahren im Gegensatz zu dem Verfahren erster Instanz das Dispositionsprinzip, also eine privatrechtliche Behandlung der strafbaren Handlung vorherrsche, genügende Gründe vorhanden sind. Dies ist entschieden zu verneinen. Es ist nicht ersichtlich, warum im Rechtsmittelverfahren die Strafsache ihre Eigenschaft als Sache des öffentlichen Rechts verlieren sollte. Auch weist nicht etwa die Konstruktion des Rechtsmittelverfahrens im neuern Strafprozeß darauf hin, daß dem Dispositionsprinzip Geltung verschafft werden sollte. Daß die Thätigkeit des Berufungsrichters von der Initiative der „Parteien“, der Staatsanwaltschaft beziehungsweise des Angeklagten abhängt, kann dem nicht entgegengehalten werden. Auch die Thätigkeit des Gerichts erster Instanz tritt erst auf Antrag der Staatsanwaltschaft ein. Nur darin besteht ein Unterschied zwischen der ersten und der Rechtsmittelinstanz, daß die letztere auch auf Antrag des Angeklagten eröffnet werden kann, während dies bei ersterer im allgemeinen¹⁶⁾ nicht der Fall ist.

¹⁶⁾ Nur zur Herbeiführung einer Voruntersuchung steht dem bereits Angeklagten nach § 199 St.P.O. eine Initiative zu; das Ergebnis derselben kann auch das sein, daß die That schwerer zu qualifizieren ist, als dies in der Anklageschrift geschehen war.

Demnach bleibt nur zu untersuchen, ob die Stellung des Angeklagten von derjenigen der Staatsanwaltschaft so verschieden ist, daß, wenn von dem Angeklagten Berufung eingelegt wird, das einseitige Interesse des letztern bei Begrenzung der Aufgabe des Berufungsrichters in Betracht komme.

Es wird von Kleinfeller a. O. und andern behauptet, daß bei einem von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittel von einer r. i. p. überhaupt nicht die Rede sein könne. Denn der Staat habe nur Interesse an einer gerechten Strafe und werde durch zu hohe Strafe nicht minder verletzt, wie durch zu niedrige; ferner stelle der vom Staat selbst als der weisere und tüchtigere bezeichnete Oberrichter formell ein gerechteres Urteil her. Für den Staat enthalte jede Änderung des ersten Urteils eine reformatio in melius, weil von zwei Urteilen nur eins gerecht sein könne, der juristisch-praktische Maßstab für die Gerechtigkeit aber in der Kompetenzordnung liege.

Bei diesen Erwägungen wird jedoch die Parteistellung der Staatsanwaltschaft außer Acht gelassen. Wenn der Staatsanwalt auch nicht „parteiisch“ im schlimmen Sinne des Wortes¹⁷⁾ sein soll, wenn er auch dem obersten Grundsatz des Strafprozesses, die Gerechtigkeit walten zu lassen, dienstbar ist, so bleibt er doch immer die Partei, welche geschaffen worden ist, um das Straflagerecht des Staates selbständig und unabhängig von dem Gerichte auszuüben. Er ist der Hauptsache nach als Rächer der verletzten Rechtsordnung zu betrachten.¹⁸⁾ In dieser Eigenschaft hat er denn auch zu prüfen, ob die Strafe, auf welche der erste Richter erkannt hat, eine genügende Sühne enthält. Wenn er nun zu einem verneinenden Ergebnis gelangt und daher das Urteil angreift, der höhere Richter aber zu Gunsten des Angeklagten auf eine noch geringere Strafe als der Erstrichter erkennt, so liegt dem Staatsanwalt gegenüber, welcher den Staat als Verletzten vertritt, eine noch ungünstigere Entscheidung, also eine r. i. p. vor. Noch klarer ist dies beim Privatklageverfahren, in welchem der Privatkläger selbst als der zunächst Verletzte das Straflagerecht ausübt.

Übrigens soll auch dem Angeklagten, der wohl an sich ein

¹⁷⁾ Vgl. Biener im Gerichtssaal 1855 II S. 432.

¹⁸⁾ Vgl. Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen S. 117.

Interesse daran hat, eine geringere Strafe zu erhalten, als die gerechte, im Anklageprozeß lediglich Gelegenheit geboten werden, seine Interessen geltend zu machen, um dadurch die Ziele des Strafprozesses, Erforschung der Wahrheit und Erstrebung eines gerechter Richterpruchs zu fördern. In diesem Sinne muß auch dem Angeklagten gegenüber der Spruch des von ihm angerufenen und damit als der weisere und tüchtigere bezeichneten Obergerichters als gerecht gelten (vorbehaltlich eines etwaigen weiteren Rechtsmittels), selbst wenn derselbe eine noch höhere Strafe gegen ihn ausspricht, als der Erstrichter und dadurch seine Privatinteressen noch mehr geschädigt werden.

Zuzugeben ist, daß für den Angeklagten im Strafprozeß mehr auf dem Spiele steht, als für den Staat. Der Satz ist unbedingt zu unterschreiben, daß besser eine große Zahl Schuldiger freigeprochen, als daß ein Unschuldiger verurteilt werde. Daher muß der Angeklagte und zwar ganz besonders bei der Wahrheitsermittlung mit größern Garantien umgeben werden. Hierhin ist namentlich der für jeden Richter heilige Satz: „in dubio pro reo“ zu rechnen. Im übrigen aber stehen sich die beiden Parteien völlig gleich. Ganz folgerichtig von seinem Standpunkt aus erklärt daher Schwarze¹⁹⁾ auch für den Fall einer von der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Berufung eine Abänderung zu Gunsten des Angeklagten nicht für zulässig. Schwarze, welcher die Parteistellung des Angeklagten betont, die Analogie des Zivilprozesses für gegeben erachtet und Beschränkung des Obergerichters auf die vom Angeklagten genommenen Berufungsanträge fordert, verlangt Anwendung derselben Grundsätze auf eine seitens der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Berufung. Das Berufungsgericht soll also nach seiner Ansicht in solchem Falle, auch wenn es die Strafe des Erstrichters für zu hoch hält, nicht zu Gunsten des Angeklagten abändern dürfen.

Man wendet dagegen ein, daß der Staatsanwalt „vermöge seiner Eigenschaft als öffentlich bestellter Wächter des Gesetzes“ eventuell auch eine Abänderung zu Gunsten des Angeklagten in Auge haben könne, wenn er auch die Berufung zu Ungunsten desselben einlege. Mit Recht wird aber demgegenüber von Schwarzegeltend gemacht, daß man damit auch die Abänderung zum Nach-

¹⁹⁾ A. D. und Gerichtsmaal 1857 I S. 452.

teil des Angeklagten rechtfertigen könnte, wenn der Staatsanwalt zu Gunsten desselben Berufung eingelegt hat.²⁰⁾

Die Motive zu § 343 St.P.D. (Entwurf zu § 289) nennen es eine „klare Forderung der Gerechtigkeit“, daß, wenn die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel eingelegt habe, das Obergericht zu Gunsten des Angeklagten abändern dürfe. Dieselbe Gerechtigkeit fordert aber ebenso, daß, wenn sich auf ein Rechtsmittel des Angeklagten vor dem Obergericht die vom Erstrichter erkannte Strafe als eine unzureichende Sühne erweist, eine reformatio zu Ungunsten des Angeklagten erfolge. Denn mit dem Zweck des Strafprozesses ist lediglich eine gerechte Strafe, nicht aber eine im einzelnen Falle nach unten begrenzte Strafe vereinbar.

Wenn nun im Obigen nachgewiesen worden ist, daß das Parteiinteresse, obwohl es bei Einlegung des Rechtsmittels bestimmend ist, bei Begrenzung der Aufgabe des Obergerichters nicht allein maßgebend sein darf, daß vielmehr das auf Realisierung der Gerechtigkeit gerichtete Offizialprinzip des Strafprozesses dem entgegensteht, so wird hierin auch dadurch nichts geändert, daß nach § 368 St.P.D. die Berufung auf einen Teil des Urteils beschränkt werden kann. In der Zuerkennung des Rechtes, gegen einen Teil des Urteils Berufung einzulegen, kommt selbstverständlich keine größere Berücksichtigung des Parteiinteresses zum Ausdruck, als sie in der Befugnis, das ganze Urteil anzugreifen, enthalten ist.

Eines ist freilich Voraussetzung: dem Angeklagten müssen in der Rechtsmittelinstantz dieselben Garantien zur Seite stehen, welche in erster Instanz für notwendig erachtet werden, um ihn zu schützen, da für ihn, wie erwähnt, mehr auf dem Spiele steht, als für den Staat. Es ist nicht angängig, den Angeklagten, der das Rechtsmittel einlegt, bei einer unter wesentlich ungünstigeren prozessualen Bedingungen erfolgenden Verhandlung der Gefahr einer ungerechtfertigten Straferhöhung auszusetzen. Dies würde eine teilweise Beschränkung des Gebrauchs des Rechtsmittels bedeuten.

Nach den früheren Partikularrechten mußte die Berufung auf genau präzierte Beschwerden beschränkt werden, die, wie schon erwähnt, hinsichtlich der Thatfrage erheblichen Beschränkungen unterworfen, teilweise sogar überhaupt unzulässig waren. Nach der jetzigen deutschen Strafprozeßordnung dagegen ist in der Regel das

²⁰⁾ Kleinfeller a. O. S. 581 Anm.

ganze Urteil, jedenfalls aber ein Teil der Strafverfügung desselben durch die Berufung in Frage gestellt. Das Gericht entscheidet nicht lediglich auf Grund von Relationen aus toten Akten,²¹⁾ sondern auf Grund mündlicher Verhandlung nach Durchführung desselben Verfahrens, welches für die erste Instanz vorgeschrieben ist. Damit ist auch ausgeschlossen, daß durch die Zulässigkeit einer r. i. p. eine nennenswerte Verzögerung des Verfahrens stattfinden kann.

Das frühere Rechtsmittel der Berufung ist eben in der St.P.D. ein völlig anderes geworden. Es steht in seiner Wirkung dem Einspruch gegen Strafbefehle, der gar nicht zu den Rechtsmitteln gerechnet wird, gleich.²²⁾ Dort wie hier verlangt der Angeklagte die — dort abermalige — mündliche Verhandlung. Dort wie hier bilden die in der angefochtenen richterlichen Entscheidung enthaltenen Feststellungen nicht mehr die Grundlage, auf welche der angerufene Richter sein Urteil zu stützen hat.²³⁾ Die zur Begründung des Devolutiveffektes beim Einspruch von den Motiven zum Entwurf der St.P.D.²⁴⁾ dargelegten Umstände treffen demnach auch bei der Berufung zu: „Verlangt der Angeklagte dagegen die mündliche Untersuchung, so muß er sich auch den möglichen Folgen derselben unterwerfen und das Gericht kann nicht genötigt werden, eine andre Entscheidung zu fällen, als diejenige, welche sich nach dem Ergebnis der Verhandlung als die gerechte darstellt“. Beim Einspruch ist aus diesen durchaus zu billigenden Gründen auch eine Abänderung des Strafbefehls zu Ungunsten des Angeklagten zulässig, obwohl nach § 448 St.P.D. der amtsrichterliche Strafbefehl sich mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft decken muß, während das erstinstanzliche Urteil, gegen welches Berufung eingelegt wird, gemäß § 263 Abs. 2 St.P.D. von dem Antrage der Staatsanwaltschaft abweichen kann.

²¹⁾ Vgl. Anm. 5.

²²⁾ In Sachsen (St.P.D. von 1855) nannte man „Einspruch“ das gegen die Straferkenntnisse der Einzelrichter zustehende Rechtsmittel, während es „Berufung“ gegen die Strafurteile der Kollegialgerichte gab. Beim „Einspruch“ fand vielfach eine völlige oder teilweise Reproduktion des Beweises vor dem höheren Richter statt, während bei der „Berufung“ in der Regel lediglich auf Grund der Akten entschieden wurde. Vgl. Hahn, Materialien Bd. 3 I S. 327.

²³⁾ v. Kries a. D. S. 113: „Unzulässig aber ist es (das Verbot der r. i. p.), wo nicht die gestellten Anträge, sondern die Richtigkeit des ergangenen Urteils direkt untersucht wird.“

²⁴⁾ Hahn, Materialien Bd. 3 I S. 287.

Es erübrigt noch darauf hinzuweisen, daß die Frage nicht etwa dadurch von verschwindender Bedeutung ist, daß die Staatsanwaltschaft ebenfalls innerhalb der einwöchigen Frist Berufung einlegen und dadurch die Möglichkeit einer r. i. p. herbeiführen kann. Die Staatsanwaltschaft wird allerdings in der Regel von letzter Befugnis Gebrauch machen, wenn die Strafe in erster Instanz so übermäßig gelinde ausgefallen ist, daß die Differenz zwischen derselben und der von ihr erstrebten, der begangenen Gesetzesübertretung entsprechenden Sühne ein jedenfalls hinreichendes Äquivalent für die Kosten und die manchmal recht erhebliche und schädigende Belästigung von Zeugen und Sachverständigen bietet, welche eine zweitinstanzliche Verhandlung verursachen würde.

Wenn nun aber die Staatsanwaltschaft wohl eine schwere Strafe für angemessen hielt, sich aber, um eine zweite Instanz zu sparen, bei dem nach ihrer Ansicht zu milden Urteil beruhigte, so wird sie doch, falls der Angeklagte durch Einlegung der Berufung die Sache ohnehin in die zweite Instanz bringt, nicht säumen, auch ihrerseits eine Berufung folgen zu lassen. Eine Pflichtwidrigkeit ist in einem solchen Verfahren, wie dies Arnold (a. O.) ausführen will, nicht zu erblicken. Im Gegenteil, die Bedenken, welche die Staatsanwaltschaft gegen Einlegung der Berufung hegte: die Verursachung erheblicher Kosten usw., sind nun gegenstandslos geworden; es ist daher ihre Pflicht, nunmehr von dem Rechtsmittel Gebrauch zu machen. Eine solche (Anschluß-) Berufung der Staatsanwaltschaft kann der Angeklagte nach der St.P.O. aber dadurch verhindern, daß er erst in letzter Stunde der einwöchigen Frist die Berufung einlegt, so daß die Staatsanwaltschaft nicht mehr rechtzeitig Kenntnis davon erhält und sich daher ihrerseits nicht mehr anschließen kann.

Ferner kommt es gar nicht so selten vor, daß sich gerade in der auf die Berufung des Angeklagten stattfindenden neuen Verhandlung erst herausstellt, daß die Sache viel schwerer liegt, als man früher anzunehmen Anlaß hatte. Endlich ist in Betracht zu ziehen, daß die Funktionen der Staatsanwaltschaft bei den Gerichten erster Instanz (Amts- beziehungsweise Schöffengerichten) meist nicht von Beamten versehen werden, welche Richterqualität haben, daß daher hier die Gründe ganz besonders gegeben sind, welche zu der oben mitgeteilten Vorschrift der Code d'instruction criminelle geführt haben, daß die Akten dem Staatsanwalt bei dem Obergericht

vorzulegen sind und dieser noch innerhalb zweier Monate Berufung einlegen kann.²⁵⁾

Will man nun aber unserer Ansicht nicht beitreten, daß auf das Rechtsmittelverfahren des Strafprozesses als einer Sache des öffentlichen Rechts das Offizialprinzip, der Grundsatz der Untersuchung anzuwenden und daher auch in der neuen Verhandlung des Rechtsstreits von dem Berufungsgericht r. i. p. zulässig sei, will man also das Dispositionsprinzip des Zivilprozesses für vorherrschend erklären, so muß man doch wenigstens folgerichtig das im Zivilprozeß allgemein anerkannte *beneficium adhaesionis*, das Recht der Anschlußberufung für gegeben erachten.²⁶⁾

Die Bedenken, welche Kleinfeller a. D. S. 593 gegen die Anwendung des Anschließungsrechtes auf den Strafprozeß geltend macht, können nicht als begründet angesehen werden. Er fürchtet zunächst, daß infolge des Anschließungsrechts Vertagungen eintreten könnten und zwar selbst dann, wenn man zur Bedingung mache, daß die Anschließung so frühzeitig vor der Hauptverhandlung erklärt werde, daß die nötigen Vorbereitungen ohne Gefahr der Vertagung erledigt werden können. Wir teilen diese Befürchtung nicht, da, wie bereits ausgeführt wurde, im Berufungsverfahren ohnehin eine umfassende neue Verhandlung der Sache vorgenommen wird, da ferner Vertagungen um so seltener erforderlich sein werden, als ja Verhandlung und Urteil in erster Instanz schon hinreichend ergeben haben, worauf es ankommt. Die im allgemeinen sehr schnelle Erledigung der Berufungssachen in Frankreich spricht endlich dafür, daß das erwähnte tatsächlich bestehende Anschließungsrecht zu solchen Vertagungen selten Anlaß gibt.

²⁵⁾ Wenn die französischen Schriftsteller in Auslegung des Code d'instr. cr. darin übereinstimmen, que l'appel du condamné ne peut jamais avoir pour effet d'aggraver sa position, so können sie dies mit Rücksicht auf jene Bestimmungen der Art. 20² ff. Code d'instr. cr. ohne wesentliche Gefahr dafür thun, daß das öffentliche Interesse darunter leiden müsse, wie überhaupt gerade in Frankreich bei aller Betonung freiheitlicher Grundsätze der Gesetzgeber nicht vergißt, das öffentliche Interesse zu wahren.

²⁶⁾ v. Kries (a. D.) folgert aus diesem in der Analogie des Zivilprozesses zu findenden Anschließungsrecht, daß in Strafverfahren das Gericht auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft in peius reformieren könne. Weil die Stellung von Anträgen im Strafprozeß nicht die Voraussetzung für ein Urteil in der betreffenden Richtung sei, so müsse das Gericht auch aus eigener Initiative eine Abänderung zu Ungunsten des Angeklagten, der appelliert habe, vornehmen dürfen.

Einen weitem Einwand findet Kleinfeller in der Ungleichheit der Kräfte der im Strafprozeß sich gegenüber stehenden Gegner. Der rechts- und geschäftskundige Staatsanwalt, dem überdies alle Mittel der Nachforschung zu Gebote ständen, könne offenbar die Rechtsmittelfrist viel intensiver ausnützen, als der Angeklagte. Diese Ungleichheit dürfe nicht durch Gewährung eines Anschließungsrechts noch verschärft werden. Auch dieser Einwand ist unbegründet. Der Angeklagte pflegt doch den in Betracht kommenden Verhältnissen viel näher zu stehen und wird sich vermöge des bedeutenden Privatinteresses, welches er natürlich an der Sache hat, in der Regel intensiver mit der Sache befassen, als der Staatsanwalt. Überdies müßte, wenn die Aufstellung Kleinfellers richtig wäre, die Gleichheit aller Fristen im Strafprozeß zu Gunsten des Beschuldigten beseitigt werden.

Das dritte Bedenken Kleinfellers, auf Seite des Angeklagten werde das Anschließungsrecht wie eine Ermunterung wirken, von den Rechtsmitteln aufs Geratewohl Gebrauch zu machen, erledigt sich damit als völlig unzutreffend, daß auch jetzt nach § 343 St.P.D. im Falle eines von der Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten eingelegten Rechtsmittels die Sache auch zu Gunsten des letztern rechtshängig bleibt.²⁷⁾

In den obigen Ausführungen glauben wir den Beweis dafür erbracht zu haben, 1. daß das Verbot der r. i. p. nicht als ein Erfordernis der Billigkeit zu rechtfertigen ist, 2. daß dasselbe den Grundsätzen widerspricht, welche den heutigen Strafprozeß — auch im Rechtsmittelverfahren — beherrschen, 3. daß insbesondere in der Konstruktion des Berufungsverfahrens nach der deutschen St.P.D. dem Appellanten dieselben Garantien geboten sind, wie in erster Instanz, daß daher die volle Freiheit der Entscheidung dem Berufungsrichter ohne weitere Gefährdung der materiellen Gerechtigkeit zugestanden werden könnte. Es erübrigt noch, die Richtigkeit unserer Ansicht an einigen Konsequenzen des Verbotes der r. i. p. zu zeigen.

I. Loewe bringt in seinem Kommentar zur St.P.D. bei § 372 folgendes Beispiel: Der Angeklagte ist in erster Instanz wegen

²⁷⁾ Vgl. Loewe, Kommentar zur St.P.D. Anm. 2 zu § 343.

Unterschlagung unter Annahme mildernder Umstände zu einer Geldstrafe verurteilt; hiergegen hat er Berufung erhoben. Auf Grund der neu stattgefundenen Beweisaufnahme findet das Berufungsgericht, daß sich die Handlung nicht als Unterschlagung, wohl aber als Diebstahl qualifiziert. v. Kries a. O. meint nun, das Verbot der r. i. p. bewirke, daß das Berufungsgericht den Angeklagten ganz freisprechen müsse. Denn die Verurteilung wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe scheine ihm durch das Strafgesetzbuch ausgeschlossen und man könne doch nicht behaupten, daß § 372 St. P. O. die sämtlichen Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs in dem Sinne habe abändern wollen, daß wegen jedes Delikts auch zu einer geringeren Strafe verurteilt werden könne. Die herrschende Meinung geht indessen mit Recht dahin, daß in solchem Falle die Berufung einfach zu verwerfen sei. Nach § 372 St. P. O. ist die Strafe, auf welche in dem mit Berufung angegriffenen Urteil erkannt ist, die Maximalstrafe, über welche der Berufsrichter im gegebenen Falle nicht hinausgehen darf, selbst wenn die Bestimmungen des materiellen Strafrechts dem entgegenstehen. Man kann nun nach Grund und Bedeutung dieser Bestimmung unmöglich annehmen, daß der Gesetzgeber mit derselben dem in zweiter Instanz noch schuldiger befundenen Übelthäter eine Hinterthür hat öffnen wollen, durch welche er bequem auch der gegen ihn erkannten geringeren Strafe entgehen könnte.

Zugegeben ist jedoch, daß die Bestimmung des § 372 St. G. B. eine Ausnahme ist von der im allgemeinen geltenden Regel der Ausschließlichkeit der in den Strafgesetzen angedrohten Strafmittel. Wenn der Gesetzgeber insbesondere für Diebstahl lediglich Gefängnis und keine andre Strafart zuläßt, so hat dies offenbar den Grund, daß der Dieb grundsätzlich als mit einem entsprechenden Mafel behaftet gebrandmarkt werden soll.

II. Wenn in erster Instanz auf Freiheitsstrafe erkannt ist, der Berufsrichter aber geneigt wäre, Geldstrafe auszusprechen, so entsteht die schwierige Frage, nach welchem Maßstab das Verhältnis der beiden Strafarten zu bemessen ist, um nicht das Verbot der r. i. p. zu verletzen. Das Reichsgericht²⁸⁾ hat sich dahin ausgesprochen, daß, weil die Geldstrafe eine der Art nach mildere Strafe ist, als die Freiheitsstrafe, die Entziehung der Freiheit unter allen

²⁸⁾ II. Straffenat Bd. 2 der Entscheidungen S. 206 f.

Umständen als ein härteres Strafübel erscheine, als eine Vermögensstrafe. Danach würde, wenn in erster Instanz auf einen Tag Gefängnis erkannt ist, der Berufungsrichter immer ohne r. i. p. zu 1000 Mk. Strafe verurteilen können.

Abgesehen davon, daß diese Ausführung, wie Kleinfeller richtig bemerkt, eine *petitio principii* enthält, widerspricht ihr auch die praktische Erfahrung, daß schon bei einem weit günstigeren als dem beispielsweise angenommenen Verhältnis die Geldstrafe vielfach als drückender wie die Freiheitsstrafe empfunden wird.²⁹⁾ Ferner widerspricht der Ansicht des Reichsgerichts auch das Strafgesetzbuch, insofern es mit einigen Ausnahmen neben Gefängnis bis zu zwei Jahren Geldstrafe bis zu 600 Mk. (z. B. §§ 110, 130, 131, 135) und neben geringerer Freiheitsstrafe Geldstrafe von höchstens 300 Mark zur Auswahl stellt (§§ 123, 132, 134, 148, 184, 241, 271 usw.).

Ebenso wenig kann ein Maßstab für Geld- beziehungsweise Freiheitsstrafe in §§ 28 und 29 St.G.B. gefunden werden. Die nach diesen Bestimmungen erfolgende Verhängung einer Freiheitsstrafe an Stelle einer nicht beizutreibenden Geldstrafe ist, was vielfach verkannt wird, lediglich eine Vollzugsmaßregel.³⁰⁾ Dies wird bestätigt durch die St.P.O., welche in § 491 die nachträgliche Umwandlung in dem Abschnitt über „Strafvollstreckung“ vorschreibt. Daß der in § 29 enthaltene Maßstab nicht zur Gleichstellung jener Strafen im allgemeinen benutzt werden kann, ergibt schon die oben erwähnte in den Strafandrohungen des Strafgesetzbuchs enthaltene ganz davon abweichende Bewertung der beiden Strafarten.

Es ist demnach lediglich in das Ermessen des Berufungsgerichts gestellt, inwieweit durch Auferlegung einer Freiheitsstrafe statt der in 1. Instanz erkannten Geldstrafe und umgekehrt eine r. i. p. erfolgt. Hierbei kann es dann freilich vorkommen, daß das Gericht aus Angst, sich einer r. i. p. schuldig zu machen, statt einer höhern Geldstrafe, welche sie an sich für angemessen hält, es bei der geringern Freiheitsstrafe, auf welche der erste Richter erkannt hatte, beläßt, während in Wirklichkeit dem Angeklagten eine höhere Geld-

²⁹⁾ Vgl. v. d. Decken in dieser Zeitschrift Bd. 12 S. 100. Derselbe stellt fest, daß es Verurteilte gebe, welche die Gnade des Landesherrn behufs Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe anrufen.

³⁰⁾ Die französische *contrainte par corps*, Ges. vom 22. Juli 1867. Vgl. Mittelstädt in den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages S. 67.

strafe viel willkommener gewesen wäre und vice versa. Es kann daher sogar für den Angeklagten das Verbot der r. i. p. unter Umständen nachteilig sein.

Dieselben Schwierigkeiten zeigen sich, wenn in 2. Instanz auf eine andre Art der Freiheitsstrafe oder auf eine Nebenstrafe erkannt werden soll. § 21 betrifft ebenso wie § 29 St.G.B. nur den Vollzug. Für Umwandlung der Haftstrafe in eine andre Freiheitsstrafe und umgekehrt, sowie für die der Nebenstrafen fehlt es überhaupt an jeglicher Bestimmung.

III. Wie wenig das Verbot der r. i. p. zum Strafverfahren paßt, tritt endlich noch ganz besonders deutlich hervor in dem Falle, in welchem das Berufungsgericht das Urteil wegen Unzuständigkeit aufhebt und die Sache an ein höheres Gericht, z. B. an das Schwurgericht verweist. In diesem Fall darf folgerichtigerweise die in dem angegriffenen Erkenntnis enthaltene Entscheidung ebenfalls nicht seitens des Schwurgerichts zum Nachteil des Angeklagten abgeändert werden.³¹⁾ Kleinfeller a. O. und v. Kries a. O. S. 118 bestreiten dies. Allein das Verbot der r. i. p. wird doch (auch von Kleinfeller) damit begründet, daß bei einer einseitig zu Gunsten des Angeklagten eingelegten Berufung das Parteinteresse das durch dieses Rechtsmittel in Bewegung gesetzte Verfahren beherrschen solle. Nach dem sonach aufgestellten Dispositionsprinzip darf diese Berufung auf keine Weise die Folge haben, daß etwas Nachteiligeres über den Angeklagten verhängt werde, sei es, daß dies seitens des Berufungsgerichts selbst, sei es, daß dies seitens eines andern Gerichts, an welches die Sache zurückverwiesen oder verwiesen wird, geschieht. Das Urteil ist relativ rechtskräftig geworden und, wenn es auch wegen Unzuständigkeit gemäß § 369 Abf. 3 St.P.D. „aufgehoben“ wird, so geschieht dies doch selbstverständlich nur insoweit, als das Urteil nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist. § 372 St.P.D. drückt dies auch hinlänglich durch seine allgemeine Fassung aus; es ist nicht etwa bloß dem Berufungsgericht die Abänderung des Urteils zum Nachteil des Angeklagten verboten worden.

Die Gründe, aus welchen Kleinfeller, der am Schluß seiner Abhandlung sagt:

³¹⁾ Vgl. v. Lilienthal a. O. S. 317. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 8 S. 308 und sämtliche Kommentare zur St.P.D.

„Wenn irgendwo, so gilt für ein zu Gunsten des Angeklagten eingeführtes Rechtsinstitut der Satz: in dubio pro reo.“

vor jener unvermeidlichen Konsequenz zurückschritt, sprechen nicht gegen letztere, wohl aber gegen das von ihm verfolgte Verbot der r. i. p. überhaupt:

Es widerstrebt ihm mit Recht, daß die Sache an das Gericht höherer Ordnung nur darum verwiesen wird, damit dieses schlimmstenfalls das frühere Urteil aufrecht erhalten könne und er bezeichnet es als einen Widerspruch, einen Straffall dem Schwurgericht zu überweisen, obgleich aus prozessualen Gründen diejenige Qualifikation, welche die Sache zur Schwurgerichtssache macht, in Wegfall komme.³²⁾

Die unter I—III erörterten Fälle dürften zur Genüge bestätigen, daß der zivilprozessuale Grundsatz eines das Rechtsmittelverfahren beherrschenden Parteiinteresses, welcher dem Verbote der r. i. p. zu Grunde liegt, weder mit den inkommensurablen Strafmitteln des materiellen Strafrechts, noch mit der Organisation der Strafgerichte, überhaupt nicht mit dem öffentlichrechtlichen Charakter des gesamten Strafrechts in Einklang zu bringen ist.

³²⁾ Vgl. auch Binding, Grundriß S. 198.