

79. 1. Der § 265 ÖstStPD. ist nur dann anzuwenden, wenn das frühere Urteil wenigstens so weit rechtskräftig ist, daß die früher zuerkannte Strafe unabänderlich feststeht.

2. Die rechtsirrigte Anwendung oder Nichtanwendung der Bestimmung des § 265 kann nur dann mit der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 281 Nr. 11 ÖstStPD.) angefochten werden, wenn sie zu einer Überschreitung der Grenzen des gesetzlichen Strafmaßes oder des dem Gerichte zustehenden Strafumwandlungs- oder Milderungsrechtes geführt hat.

VI. Straffenat. Ur. v. 7. Juli 1939 g. M. u. a. 6 D 322/39.

I. Landgericht Linz.

Aus den Gründen:

Das LG. Linz hat den Angeklagten M. durch Urteil v. 4. Januar 1939 6 Vr 1208/38/62 wegen Verbrechens gegen den § 129 I b StG. zu zwei Jahren schweren Kerkers, verschärft durch einen Fasttag vierteljährlich, verurteilt. Gegen dieses Urteil hat M. rechtzeitig Berufung eingelegt, und zwar gegen den Ausspruch über die Strafe und wegen Nichtanrechnung der polizeilichen Verwahrungshaft. Durch das angefochtene Urteil hat dasselbe LG. am 3. Mai 1939 unter Nr. 6 Vr 1842/38/29 den Angeklagten M. des in anderen Fällen in der Zeit vom August 1931 bis zum Herbst 1934, also vor der Fällung des früheren Urteiles, be-

gangenen Verbrechens der Unzucht wider die Natur nach dem § 129 I b StG. schuldig erkannt. Es hat aber mit Rücksicht auf den § 265 ÖstStPD. und auf das Urteil vom 4. Januar 1939 von der Verhängung einer weiteren Strafe abgesehen.

Über die Berufung, die M. gegen das Urteil vom 4. Januar 1939 eingelegt hatte, hat das OLG. Wien erst mit Beschluß vom 24. Mai 1939 Bs 359/39 dahin entschieden, daß der Berufung des M. wegen des Strafmaßes keine Folge gegeben, dagegen seiner Berufung hinsichtlich der Unrechnung der Verwahrungs- und Untersuchungshaft stattgegeben werde. Das Urteil vom 4. Januar 1939 war also noch nicht rechtskräftig, als das nunmehr angefochtene Urteil gefällt wurde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der StM. wendet sich mit Berufung auf den § 281 Nr. 11 ÖstStPD. dagegen, daß das Erstgericht bei Fällung des angefochtenen Urteiles den § 265 ÖstStPD. angewandt hat, obwohl das frühere Urteil, auf das gemäß dem § 265 ÖstStPD. Bedacht zu nehmen war, noch nicht rechtskräftig war, als das zweite Urteil gefällt wurde; sie meint, daß die Bestimmung des § 265 ÖstStPD. nicht angewendet werden könne, solange nicht das frühere Urteil in jeder Richtung rechtskräftig sei, und daß daher das Erstgericht durch Anwendung der Bestimmung des § 265 ÖstStPD. bei der Bemessung der Strafe seine Strafbefugnis überschritten habe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der StM. ist begründet.

Die Anwendung der Bestimmung des § 265 ÖstStPD. hat allerdings nicht zur Voraussetzung, daß das frühere Urteil in allen seinen Teilen rechtskräftig ist. Jedenfalls aber muß das frühere Urteil so weit rechtskräftig sein, daß die früher zuerkannte Strafe unabänderlich feststeht. Denn nur in diesem Fall ist es dem Gerichte möglich, zu beurteilen, ob mit Rücksicht auf das Maß der schon verhängten Strafe die Verhängung einer weiteren Strafe erforderlich und welche zusätzliche Strafe angemessen ist. Die gegenteilige Ansicht könnte dazu führen, daß eine strafbare Handlung, wegen deren mit Rücksicht auf den § 265 ÖstStPD. keine neue Strafe verhängt wird, ungesühnt bliebe, falls das früher gefällte Strafurteil durch das Rechtsmittelgericht in ein freisprechendes Erkenntnis umgewandelt würde, oder daß die in dem neuen Urteil verhängte Strafe nicht mehr angemessen wäre, wenn das Rechtsmittelgericht die mit dem früheren Urteile verhängte Strafe änderte. Dagegen besteht kein Hindernis,

die Bestimmung des § 265 ÖstStPD. anzuwenden, wenn die gegen das frühere Urteil eingelegten Rechtsmittel keine Änderung des in dem früheren Urteil enthaltenen Strafausspruches herbeiführen können, wie z. B., wenn gegen das frühere Urteil nur Berufung wegen des Ausspruches über die Anrechnung der Verwahrungshaf- oder Untersuchungshaft oder gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche ergriffen worden ist.

Im vorliegenden Falle hatte M. gegen das Urteil vom 4. Januar 1939 die Berufung wegen des Ausspruches über die Strafe und wegen Nichtanrechnung der polizeilichen Verwahrungshaft eingelegt. Es stand daher, als das angefochtene Urteil gefällt wurde, die früher zuerkannte Strafe nicht unabänderlich fest; sie konnte daher nicht gemäß dem § 265 ÖstStPD. berücksichtigt werden. Die Anwendung der Bestimmung des § 265 StPD. ist daher rechtsirrig.

Man bildet allerdings der Umstand, daß bei der Strafbemessung die Bestimmung des § 265 ÖstStPD. rechtsirrig angewandt oder nicht angewandt worden ist, an sich keinen nach dem § 281 Nr. 11 ÖstStPD. rügbaren Mangel. Ein solcher Mangel kann nach den im vorliegenden Fall anzuwendenden Vorschriften der §§ 16, 20 PD. v. 28. Februar 1939 RGBl. I S. 358 im Schwurgerichts- und Schöffengerichtsverfahren in der Regel überhaupt mit keinem Rechtsmittel geltend gemacht werden. Hat aber das Gericht infolge rechtsirriger Anwendung oder Nichtanwendung des § 265 ÖstStPD. bei Bemessung der Strafe die Grenzen des gesetzlichen Strafmaßes oder die Grenzen des ihm zustehenden Strafumwandlungs- oder Milderungsrechtes überschritten, so ist hiermit der Nichtigkeitsgrund nach dem § 281 Nr. 11 ÖstStPD. hergestellt. Das ist zunächst dann der Fall, wenn infolge der Nichtanwendung des § 265 ÖstStPD. die in den Urteilen verhängten Strafen zusammen die Höchststrafe überschreiten, die auf die mit der schwersten Strafe bedrohte strafbare Handlung gesetzt ist. Aber auch, wenn das Gericht infolge rechtsirriger Anwendung des § 265 ÖstStPD. die Strafe ohne Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes unter der Untergrenze des gesetzlichen Strafmaßes oder bei Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes unter dem bei Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes zulässigen Mindestmaße bestimmt hat, ist Nichtigkeit nach dem § 281 Nr. 11 ÖstStPD. gegeben.

Im vorliegenden Falle hat das Gericht in dem angefochtenen

Urteil infolge rechtsirriger Anwendung des § 265 ÖstStPD. ohne Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes von der Verhängung einer Strafe abgesehen, also die Grenzen des gesetzlichen Straffahes überschritten.

Dem Urteile haftet somit die Nichtigkeit nach dem § 281 Nr. 11 ÖstStPD. an.

Deshalb ist das Urteil in seinem Ausspruch über die Strafe des M. aufzuheben.

Da aber nunmehr die mit dem Urteile des UG. Vinz vom 4. Januar 1939 verhängte zweijährige schwere Kerkerstrafe rechtskräftig feststeht, sind jetzt die Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmung des § 265 ÖstStPD. erfüllt. Das RG. erachtet mit Rücksicht auf die vom Erstgericht zutreffend gewürdigten Strafzumessungsgründe durch die mit dem Urteil des UG. Vinz vom 4. Januar 1939 verhängte zweijährige schwere Kerkerstrafe auch die in dem zweiten Urteile festgestellte Straftat für ausreichend gesühnt. Das RG. hat daher gemäß dem § 354 StPD. in Übereinstimmung mit dem Antrage des Oberreichsanwaltes ausgesprochen, daß gemäß dem § 265 ÖstStPD. von der Verhängung einer Strafe abzusehen ist.