

67. Zur Unfechtbarkeit des Ausspruches, wenn das LG. zu Unrecht statt auf Jugendarrest auf eine Strafe, an deren Stelle Jugendarrest treten kann, erkannt oder zu Unrecht dieses Zuchtmittel an Stelle einer solchen Strafe verhängt hat.

VI. Straffenat. Ur. v. 16. Mai 1941 g. R. 6 D 152/41.

I. Landgericht Graz.

Das LG. hat den Angeklagten, der zur Zeit der Taten 15 Jahre alt war, wegen versuchten Vergehens gegen den § 1 Abs. 1 Nr. 2 VerbrauchsregelungsstrafStD. i. Verb. m. dem § 8 ÖstStG. zu zwei Monaten Gefängnis verurteilt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten bekämpft den Strafausspruch. Das RG. hat der Nichtigkeitsbeschwerde stattgegeben, den Strafausspruch aufgehoben und die Sache im Umfange der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Soweit sich die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen richtet, daß das Erstgericht eine zweimonatige Gefängnisstrafe verhängt hat, anstatt auf Jugendarrest in einer seiner beiden Formen — Wochenendkarzer oder Dauerarrest — zu erkennen, muß vorerst geprüft werden, ob im Geltungsbereiche der österreichischen StStD. das Urteil eines landgerichtlichen Senats deshalb mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann, weil das Gericht nicht auf Jugendarrest, sondern auf eine Strafe erkannt hat, an deren Stelle Jugendarrest treten kann (Geldstrafe sowie Gefängnis, Haft, strenger Arrest oder Arrest, sei es als Hauptstrafe, sei es als Ersatzfreiheitsstrafe für eine

uneinbringliche Geldstrafe), oder deshalb, weil umgekehrt statt einer solchen Strafe Jugendarrest verhängt worden ist. Darüber ist weder in der WD. §. Ergänzung des Jugendstrafrechtes v. 4. Oktober 1940 (RGBl. I S. 1336) noch in einer der dazu bisher erlassenen DurchfWD., insbesondere auch nicht in den in den §§ 10 und 11 der ersten DurchfWD. v. 28. November 1940 (RGBl. I S. 1541) aufgestellten Sondervorschriften für die Reichsgaue der Ostmark, eine Bestimmung enthalten. Die Antwort muß daher aus den allgemeinen Vorschriften gewonnen werden.

Der Jugendarrest ist ein Zuchtmittel, aber keine Strafe (§ 1 Abs. 1 und § 2 DurchfWD. v. 28. November 1940); doch vertritt nach dem § 10 Nr. 3 dieser WD. der Ausspruch, daß auf Jugendarrest erkannt wird, den Ausspruch über die Strafe (§ 260 Nr. 3 OstStWD.). Damit wird auf dem Gebiete des Verfahrensrechtes der Ausspruch, daß auf Jugendarrest erkannt wird, dem Ausspruch über die Strafe gleichgestellt und denselben Rechtsmitteln unterworfen wie der Strafausspruch. Daraus folgt, daß im amtsgerichtlichen Verfahren und im vereinfachten Verfahren vor dem Einzelrichter beim LG. das Urteil mit Berufung angefochten werden kann, wenn das Gericht statt einer Strafe, an deren Stelle Jugendarrest treten kann, Jugendarrest verhängt hat, oder wenn es von der Möglichkeit, statt einer solchen Strafe Jugendarrest zu verhängen, keinen Gebrauch gemacht hat. Denn nach den §§ 17, 18 ÜberleitWD. v. 28. Februar 1939 (RGBl. I S. 358) kann der Ausspruch über die Strafe im amtsgerichtlichen und im vereinfachten Verfahren ohne Beschränkung mit Berufung bekämpft werden. Dagegen kann der im Urteil eines landgerichtlichen Senats enthaltene Strafausspruch — wie schon oben ausgeführt worden ist — nur mit Nichtigkeitsbeschwerde aus den Nichtigkeitsgründen des § 281 Nr. 11 OstStWD. oder des § 20 ÜberleitWD. v. 28. Februar 1939 (RGBl. I S. 358) angefochten werden. In dem zur Entscheidung stehenden Falle haftet dem Strafausspruch kein Mangel an, der den Nichtigkeitsgrund des § 281 Nr. 11 OstStWD. bilden könnte; denn die Strafe hält sich im Rahmen des gesetzlichen Straffalles. Der Nichtigkeitsgrund des § 20 ÜberleitWD. ist nach dem Wortlaute dieser Vorschrift nur dann gegeben, wenn das Gericht das außerordentliche Milderungs- oder Strafumwandlungsrecht (§§ 54, 55, 260, 261, 266 OstStG., § 265 a OstStWD., Art. VI StPNov. 1918) zu Unrecht angewandt oder nicht angewandt hat.

Bei der Erlassung dieser dem Strafenaufbau des österreichischen Strafrechtes angepaßten Vorschrift ist nicht berücksichtigt worden, daß auch reichsrechtliche Strafvorschriften in den Reichsgauen der Ostmark anzuwenden sind. Dem § 20 ÜberleitWD., der im Verfahren vor den Erkenntnisgerichten die in diesem Verfahren abgeschaffte Berufung gegen den Strafausspruch zu ersetzen hat, liegt aber offensichtlich folgender Gedanke zugrunde: Jedes — nicht nach dem § 281 Nr. 11 OstStBD. rügbare — Abgehen von dem gesetzlichen Strafsatz soll dann mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar sein, wenn eine Vorschrift, die eine Milderung oder Umwandlung der angedrohten Strafe gestattet, zu Unrecht angewandt worden ist; ebenso soll der Strafausspruch auch umgekehrt dann mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können, wenn der gesetzliche Strafsatz angewandt worden ist, obwohl das nach den Vorschriften über die Milderung oder Umwandlung der Strafe nicht hätte geschehen sollen (MGSt. Bd. 74 S. 114, 119). Diesem Grundgedanken des § 20 ÜberleitWD. entspricht es, die Nichtigkeitsbeschwerde auch deshalb zuzulassen, weil das BG., ohne eine nach dem § 281 Nr. 11 OstStBD. rügbare Gesetzesverletzung zu begehen, die Vorschriften über den Jugendarrest zu Unrecht angewandt oder nicht angewandt hat. Denn hier handelt es sich nicht bloß um eine Umwandlung der im Gesetz angedrohten Strafe in eine Strafe anderer Art, sondern sogar um die Ersetzung der Strafe durch ein Zuchtmittel, das überhaupt nicht als Strafe i. S. des Strafgesetzes anzusehen ist.

Gegen die entsprechende Anwendung des § 20 ÜberleitWD. in diesen Fällen könnte eingewendet werden, daß in anderen nicht weniger wichtigen Fällen der im Urteil eines BG. enthaltene Strafausspruch unanfechtbar sei, seitdem die Berufung durch die ÜberleitWD. beseitigt worden ist. Es ist zwar richtig, daß es kein ordentliches Rechtsmittel mehr gibt, wenn der Ausspruch über die verurteilte Geld- oder Freiheitsstrafe aufgeschoben oder nicht aufgeschoben wird (§ 13 OstStGG.), und — soweit nicht der Nichtigkeitsgrund des § 281 Nr. 3 oder 11 OstStBD. vorliegt — auch dann nicht, wenn der bedingte Strafnachlaß (§ 1 G. über die bedingte Verurteilung) gewährt oder versagt wird. In diesen Fällen steht aber einer entsprechenden Anwendung des § 20 ÜberleitWD. der ausdrückliche Gesetzesbefehl entgegen, daß gegen Entscheidungen dieser Art die Berufung, das Rechtsmittel, mit dem sie früher angefochten werden

konnten, nicht mehr stattfindet, daß sie also unanfechtbar sein sollen, soweit sie bisher mit Berufung angefochten werden konnten. Beim Jugendarrest steht der entsprechenden Anwendung des § 20 ÜberleitWD. kein solches Hindernis entgegen. Es findet sich keine Bestimmung, der sich entnehmen ließe, daß der Gesetzgeber das RG. von der Prüfung, ob der Jugendarrest zu Unrecht angewendet oder nicht angewendet worden ist, trotz der großen Bedeutung dieser Frage habe ausschließen wollen.

Es muß sonach als zulässig angesehen werden, den Strafausspruch anzufechten, weil das RG. zu Unrecht nicht auf Jugendarrest erkannt habe. Diese Ansicht findet aber ihre Grundlage nicht — wie die Beschwerde meint — im § 281 Nr. 9 c OstStPD., wonach nur die unrichtige Lösung der Frage, ob die nach dem Gesetz erforderliche Anklage fehlt, einen Nichtigkeitsgrund bildet, sondern in dem § 20 ÜberleitWD., der entsprechend anzuwenden ist.

Das Erstgericht hat die Nichtanwendung des Jugendarrestes damit begründet, daß die Schwere und Gemeingefährlichkeit der Tat die Anwendung dieses Zuchtmittels ausschließen. Durch die Schwere und Verwerflichkeit der Tat wird die Anwendung des Jugendarrestes aber nur dann ausgeschlossen, wenn diese Umstände zusammen mit den übrigen Strafzumessungsgründen eine längere Freiheitsstrafe erfordern. Daß diese Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht zutrifft, hat das Erstgericht selbst dadurch anerkannt, daß es eine Gefängnisstrafe in der Dauer von nur zwei Monaten für ausreichend befunden hat. Nach Punkt 1 der UB. d. RM. v. 6. November 1940 (DZ. 1940 S. 1243) kann der Richter davon ausgehen, daß der Vollzug des Jugendarrestes so gestaltet wird, daß ein Monat Jugendarrest an Empfindlichkeit nicht hinter drei Monaten Jugendgefängnis zurücksteht; es ist daher in Fällen, die bisher mit Gefängnis bis zu drei Monaten geahndet worden sind, regelmäßig Jugendarrest zu verhängen. Ob im vorliegenden Falle bei Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände eine Ausnahme von dieser Regel geboten ist, hat das Erstgericht nicht untersucht. Insbesondere hat es sich nicht mit der Persönlichkeit des (voll geschäftigen und unbescholtenen) Angeklagten befaßt, der zur Zeit der Tat erst fünfzehn Jahre alt gewesen ist. Es hätte insbesondere prüfen müssen, ob die Tat auf eine schlechte Anlage oder auf eine gemeinschaftswidrige Gesinnung des Angeklagten zurückzuführen ist (dann

wäre eine strenge Strafe geboten), oder ob der Angeklagte ein gut veranlagter Junge ist, der die Tat in jugendlicher Unbesonnenheit begangen hat, ohne sich ihrer für die Volksgemeinschaft verderblichen Folgen bewußt gewesen zu sein. Im letzten Falle wäre auf Jugendarrest zu erkennen, der dem Angeklagten die entehrende Wirkung der Freiheitsstrafe erspart, ihm aber durch die Strenge des Vollzuges seine Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft eindringlich zum Bewußtsein bringt und dadurch wirksame Hemmungen gegen weitere Verfehlungen schafft.