

10. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann entsprechend dem § 20 ÜberleitBD. v. 28. Februar 1939 auch darauf gestützt werden, daß das Gericht den § 9 StrafenanpassungsBD. v. 8. Juli 1938 zu Unrecht angewandt oder nicht angewandt habe.

VI. Straffenat. Urtr. v. 16. Januar 1942 g. E. 6 D 433/41.

I. Landgericht Magenfurt.

Aus den Gründen:

Das LG. hat den Angeklagten des Vergehens gegen den § 1492 RWD. schuldig erkannt und ihn zu einer Gefängnisstrafe von zwei Monaten verurteilt. Die Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft auch den Strafausspruch. Sie macht den Nichtigkeitsgrund des § 20 ÜberleitBD. geltend und rügt die Nichtanwendung der §§ 261, 266 ÖstStG. und des Gesetzes über die bedingte Verurteilung, deren Anwendung um so mehr geboten gewesen sei, als gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 1492 RWD. bei mildernden Umständen ausschließlich auf Geldstrafe erkannt werden könne und laut des § 9 StrafenanpassungsBD., wenn weniger als drei Monate Freiheitsstrafe verwirkt sei, an deren Stelle auf Geldstrafe zu erkennen sei, falls der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden könne. Diese Voraussetzung treffe bei dem Angeklagten zu.

Soweit die Beschwerde die Nichtanwendung der §§ 261 und 266 ÖstStG. und des Gesetzes über die bedingte Verurteilung rügt, ist sie unzulässig. Die Nichtanwendung des Gesetzes über die bedingte Verurteilung an sich kann nach dem § 20 ÜberleitBD. v. 28. Februar 1939 (RGBl. I S. 358) überhaupt nicht angefochten werden. Die Anwendung der §§ 261, 266 StG. aber kommt im gegebenen Falle nicht in Betracht, weil bei der dem § 1492 RWD. entnommenen Gefängnisstrafe gemäß dem § 7 StrafenanpassungsBD. v. 8. Juli 1938 (RGBl. I S. 844) die Milderungs- und Umwandlungsvorschriften der §§ 261, 266 StG. unanwendbar sind.

Darin, daß das Erstgericht im Rahmen des § 1492 RWD. auf Gefängnis und nicht auf Geldstrafe erkannt hat, kann keine Nichtigkeit liegen; denn der § 1492 RWD. sieht für das Vergehen grundsätzlich die Gefängnisstrafe vor und bestimmt im Abs. 3 nur, daß bei mildernden Umständen ausschließlich auf Geldstrafe erkannt werden könne.

Damit ist bei mildernden Umständen die Geldstrafe nur zugelassen und nicht ausschließlich angedroht. Vorgeesehen ist vielmehr bei mildernden Umständen eine Gefängnisstrafe oder eine Geldstrafe. Es steht im Ermessen des Gerichtes, welche der beiden Strafen es für angemessen hält.

Es entsteht daher lediglich die Frage, ob der Strafausspruch mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann, weil das Erstgericht nicht den § 9 StrafenanpassungsBd. berücksichtigt hat. Die Frage muß bejaht werden. Die früher schon erwähnte Bestimmung des § 7 StrafenanpassungsBd. bezweckt, die §§ 260 bis 262, 266 OstStG. dann auszuschalten, wenn auf Grund reichsrechtlicher Vorschriften auf eine Gefängnisstrafe zu erkennen ist, weil das RStGB. im allgemeinen keine Bestimmungen enthält, die den bezeichneten Bestimmungen des OstStG. gleichstehen. Eine Ausnahme hiervon bildet der § 27 b RStGB.; er enthält eine besondere Bestimmung, die der des § 261 OstStG. nahekommt. Deren Einführung war in den Reichsgauen der Ostmark geboten, wenn bei der nach reichsrechtlichen Strafbestimmungen vorzunehmenden Strafzumessung eine möglichst gleichartige Behandlung der Straffälligen im ganzen Reichsgebiet erreicht werden sollte. Der § 9 StrafenanpassungsBd. bestimmt daher in offenkundiger Anlehnung an den § 27 b RStGB.: Ist für eine strafbare Handlung, die mit Gefängnis oder mit Haft bedroht ist, Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten verwirkt, so ist an deren Stelle, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann, auf Geldstrafe zu erkennen.

Es ist ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber die Nichtanwendung des § 9 StrafenanpassungsBd. der Anfechtung hat entziehen wollen, da nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ein Revisionsgrund vorliegt, wenn aus dem Urteil die Anwendung des mit dem § 9 StrafenanpassungsBd. im wesentlichen übereinstimmenden § 27 b RStGB. nicht ersichtlich ist (RGSt. Bd. 60 S. 111, 115). Es muß vielmehr entsprechend dem § 20 ÜberleitBd. v. 28. Februar 1939 (RGBl. I S. 358) ein Nichtigkeitsgrund darin gesehen werden, daß das Gericht die Bestimmung des § 9 StrafenanpassungsBd. zu Unrecht angewandt oder nicht angewandt hat. Die Beschwerde ist daher zulässig, soweit sie rügt, das Erstgericht habe den § 9 StrafenanpassungsBd. nicht angewandt.

Die Beschwerde hat in diesem Punkt auch Erfolg.

Der § 9 StrafenanpassungsBD. ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Erstgericht keine mildernden Umstände angenommen hat, die gemäß dem § 1492 Abs. 3 RBD. zulassen, ausschließlich auf Geldstrafe zu erkennen. Denn der § 9 ist in allen Fällen anzuwenden, in denen die strafbare Handlung, die der Angeklagte begangen hat, mit Gefängnis oder mit Haft bedroht ist. Das ist bei dem Vergehen gegen den § 1492 Abs. 1 und 2 RBD. der Fall. Auch ist zufolge des erstgerichtlichen Urteils eine Gefängnisstrafe von zwei Monaten verwirkt. In jedem Fall aber, wenn eine Gefängnisstrafe von weniger als drei Monaten verwirkt ist, hat das Gericht zu prüfen, ob der Strafzweck auch erreicht werden kann, wenn an Stelle der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe erkannt wird (vgl. dazu auch die zum § 27 b RStGB. ergangene Entscheidung RGSt. Bd. 58 S. 106).

Da das Erstgericht diese Prüfung unterlassen hat, liegt eine Nichtigkeit i. S. des § 20 ÜberleitBD. vor. Diese nötigt dazu, den Strafausspruch aufzuheben. Unberührt dagegen bleiben die zum Strafausspruch getroffenen Feststellungen und die Höhe der verwirkten Gefängnisstrafe. Das LG. hat lediglich noch zu prüfen, ob der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann (vgl. RGSt. Bd. 58 S. 235).