

64. Ist die Strafe nach einer in den Alpen- und Donaureichsgauen geltenden Strafvorschrift des Altreiches bemessen, so kann die Nichtigkeitbeschwerde (entsprechend dem § 20 ÜberleitB.D.) auch auf die Behauptung gestützt werden, eine willkürliche Ausübung des Ermessens oder eine rechtsirrigte Anwendung der Strafzumessungsvorschriften habe bei wahlweiser Androhung verschiedener Strafarten dazu geführt, daß zu Unrecht auf die eine oder die andere Strafart erkannt worden sei.

VI. Straffenat. Ur. v. 19. Juni 1942 g. W. 6 D 81/1942.

I. Landgericht Wien.

Das LG. hat den Angeklagten wegen eines Verbrechens gegen die §§ 2, 5 Abs. 2 BlutSchG. zu einer Strafe von acht Monaten

Gefängnis verurteilt. Die Nichtigkeitsbeschwerde der StA. hat dieses Urteil lediglich im Strafausspruch angefochten. Sie hat unter Berufung auf den § 20 ÜberleitB.D. gerügt, daß das LG. auf Gefängnis und nicht auf Zuchthausstrafe erkannt hat. Die Frage, ob der Strafausspruch in dieser Richtung mit dem geltend gemachten Nichtigkeitsgrunde anfechtbar ist, hat das RG. bejaht.

Aus den Gründen:

Nach dem Wortlaute des § 20 ÜberleitB.D. kann der mit ihr neu zugelassene Nichtigkeitsgrund allerdings nur darauf gestützt werden, daß das Gericht das außerordentliche Strafmilderungs- oder Umwandlungsrecht (§§ 54, 55, 260, 261, 266 OstStG., § 265 a OstStB.D., Art. VI Strafprozeßnovelle 1918) zu Unrecht angewandt oder nicht angewandt habe. Die Rechtsprechung des RG. hat jedoch die erwähnte Bestimmung bereits in mehreren Entscheidungen über ihren Wortlaut hinaus dahin ausgelegt, daß nicht nur unrichtige Anwendung oder Nichtanwendung der dort genannten Bestimmungen, sondern auch andere Rechtsfehler bei der Strafzumessung mit dem Nichtigkeitsgrunde des § 20 ÜberleitB.D. geltend gemacht werden können.

So hat das RG. in seiner Entscheidung RGSt. Bd. 74 S. 114, 118 ausgesprochen, daß der Strafausspruch nach dem Grundgedanken des § 20 a. a. D. mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann, wenn die Strafe nach einer in den Alpen- und Donaureichsgauen geltenden Strafvorschrift des Reichsrechtes bemessen worden ist und der Tatrichter rechtsirrig einen besonders schweren Fall oder einen besonders leichten Fall oder mildernde Umstände angenommen oder nicht angenommen hat. Die so angebahnte ausdehnende Auslegung hat es in der Entscheidung v. 22. April 1941 6 C 66/41 (6 StS. 12/41) dahin ausgebaut, daß der § 20 a. a. D. entsprechend anzuwenden sei, wenn zu prüfen ist, ob ein „minder schwerer Fall“ vorliegt. In seiner Entscheidung RGSt. Bd. 75 S. 221 hat der Senat ferner ausgesprochen, daß der § 20 a. a. D. entsprechend anzuwenden sei, wenn das Erstgericht zu Unrecht statt auf Jugendarrest auf eine Strafe erkannt hat, an deren Stelle Jugendarrest treten kann, oder wenn es zu Unrecht dieses Zuchtmittel statt einer solchen Strafe verhängt hat. Schließlich hat der Senat in der Entscheidung RGSt. Bd. 76 S. 35 erkannt, daß die Nichtigkeitsbeschwerde in sinngemäßer Anwendung des § 20 a. a. D. auch darauf gestützt werden kann, daß das

Gericht den § 9 der StrafanpassungsWD. zu Unrecht angewandt oder nicht angewandt hat.

Der Senat trägt keine Bedenken, die Frage der Zulässigkeit einer sinngemäßen Anwendung des § 20 a. a. D. auch für den Fall zu bejahen, daß bei wahlweiser Androhung verschiedener Strafarten auf die eine oder andere Strafart zu Unrecht erkannt worden ist, soweit die Bemessung der Strafe nach einer in den Alpen- und Donau-reichsgauen geltenden Strafvorschrift des Reichsrechtes in Rede steht.

Die Wahl der Strafart in einem solchen Fall ist allerdings grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters überlassen, das der Nachprüfung durch das RG. entzogen ist. Nach der Rechtsprechung des RG. zum altreichsdeutschen Strafrecht ist jedoch eine solche Nachprüfung dann geboten, wenn die Strafzumessung auf rechtsirrigen Erwägungen beruht (vgl. RGUr. v. 20. Dezember 1940 I D 525/40 = SRR. 1941 Nr. 527, v. 19. Juni 1941 5 C 258/41 = SRR. 1941 Nr. 1032).

Gerade in der Rechtsprechung zum BlutSchG. hat die Frage nach der richtigen Strafart die altreichsdeutschen Senate bereits wiederholt und eingehend beschäftigt. (Vgl. namentlich die Entscheidung v. 20. Juni 1940 5 D 214/40 = DR. 1940 S. 1522.) Dabei hat sich die Nachprüfung der Strafzumessungsgründe durch das Revisionsgericht darauf erstreckt, ob der Tatrichter sein Ermessen willkürlich, namentlich unter Verletzung des gesetzlichen Strafrahmens, ausgeübt hat und ob die Strafzumessungsgründe durch Rechtsirrtum beeinflusst worden sind (RGSt. Bd. 71 S. 244).

Es wäre eine Ungleichheit, die der Gesetzgeber sicher nicht gewollt hat, wenn bei einer Verurteilung, die in den Alpen- und Donau-reichsgauen nach altreichsdeutschen Gesetzen ausgesprochen wird, die Nachprüfung der Strafzumessungsgründe, soweit sie für die Wahl der Strafart bestimmend gewesen sind, nicht in demselben Umfange möglich wäre wie bei Verurteilungen nach denselben Gesetzen im Altreiche. Der § 20 ÜberleitWD. hatte vor allem das ehemals öster-reichische Bundesrecht und seinen vom Reichsrecht abweichenden Strafenaufbau im Auge, hat aber die reichsrechtlichen Strafvorschriften mit ihren weit gespannten Strafrahmen nicht berücksichtigt. Die Rechtsprechung hat hier eine Lücke auszufüllen, um zu ermöglichen, daß bei der Strafzumessung unterlaufene Verstöße, die in der Wahl

der Strafart liegen, durch das Rechtsmittelgericht behoben werden. Bei einer folgerichtigen Entwicklung der Rechtsprechung zum § 20 ÜberleitB. muß man daher zu dem Ergebnis kommen, daß, soweit es sich um die Strafbemessung nach einer in den Alpen- und Donaureichsgauen geltenden Strafvorschrift des Reichsrechtes handelt, eine Nichtigkeitsbeschwerde auch dann entsprechend dem § 20 a. a. O. erhoben werden kann, wenn geltend gemacht wird, eine willkürliche Ausübung des Ermessens oder eine rechtsirrtümliche Anwendung der Strafzumessungsgründe habe bei einer wahlweisen Androhung verschiedener Strafarten dazu geführt, daß zu Unrecht auf die eine oder andere Strafart erkannt worden sei. Soweit der Senat in seiner Entscheidung v. 30. Januar 1942 6 D 436/41 = RGSt. Bd. 76 S. 59 die gegenteilige Ansicht vertreten hat, hält er daran nicht mehr fest.