

101. Im Sinne des § 2 DW. und der entsprechenden Vorschriften der Auslieferungsverträge ist die Frage, ob die Tat ein Verbrechen oder ein Vergehen ist, nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an dem der Verfolgte im Inland ergriffen oder, wenn er auf freiem Fuße bleibt, ermittelt wird.

III. Straffenat. Beschl. v. 3. Dezember 1942 (Fall Jacinski).  
10 TB 7/42.

#### Gründe:

Der Verfolgte, um dessen Auslieferung die Rgl. Rumänische Regierung ersucht hat, ist rumänischer Staatsangehöriger oder Staatenloser, wohnt aber jetzt als Volksdeutscher im Bezirke des Oberlandesgerichtes zu Innsbruck. Nach dem Haftbefehl des rumänischen Gerichtes, der dem Auslieferungersuchen zugrunde liegt, wird er wegen einer Tat verfolgt, die nach dem ÖstStG. §§ 183, 461 „Übertretung“, nach dem RStGB. §§ 246, 266 aber „Vergehen“ wäre.

Im Verhältnis zu Rumänien vollzieht sich der Auslieferungsverkehr auf der Grundlage der Gegenseitigkeit (Besl. v. 13. Mai 1931 RMBl. S. 345). Diese Vereinbarung ist nach der Bekanntmachung v. 7. Juni 1940 (RMBl. S. 151) auch auf die Alpen- und Donau-

Reichsgaue erstreckt worden, da die bisherigen österreichisch-rumänischen Vereinbarungen über Rechtshilfe in Strafsachen infolge des Wegfallens des einen Vertragsteilnehmers erloschen waren (vgl. auch B. v. 26. April 1939 RGV. I S. 844).

Nach dem § 2 DUG., von dem hiernach auszugehen ist, ist die Auslieferung nur wegen einer Tat zulässig, die nach deutschem Recht ein Verbrechen oder Vergehen ist. Die Auslieferung hängt also im gegenwärtigen Falle davon ab, nach welchem der beiden im Deutschen Reich geltenden Strafgesetze im Sinne des § 2 DUG. zu beurteilen ist, ob es sich bei der Straftat, deren der Verfolgte beschuldigt wird, um ein Verbrechen oder Vergehen handelt. Der Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht zu Innsbruck ist der Ansicht, daß die Frage nach dem Rechte des Wohnsitzes oder Aufenthaltes zu beurteilen sei. (Danach wäre also die Tat, weil sie nach dem OstStG. eine Übertretung wäre, nicht auslieferungsfähig.) Demgegenüber vertritt das Oberlandesgericht den Standpunkt, die Auslieferung sei zulässig, wenn die Tat nach dem RStGB. oder nach dem OstStG. Verbrechen oder Vergehen sei. (Danach stände der § 2 DUG. der Auslieferung hier nicht entgegen.)

In dieser Lage hat das Oberlandesgericht zu Innsbruck gemäß dem § 27 Abs. 1 DUG. beantragt, eine Entscheidung des Reichsgerichtes über folgende Frage herbeizuführen:

„Ist gegenüber einem Ausländer, der in den Alpen- und Donau-Reichsgauen seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, die Frage, ob die ihm zur Last gelegte Tat ein Verbrechen oder Vergehen ist, nach dem Strafrechte des Altreiches oder nach dem Österreichischen Strafgesetze zu beantworten?“ Der Oberreichsanwalt beim Reichsgericht hat beantragt, wie folgt zu entscheiden: „Im Sinne des § 2 DUG. ist die Tat eines Verfolgten, der in den Alpen- und Donau-Reichsgauen seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, jedenfalls dann auslieferungsfähig, wenn sie nach dem Rechte des Altreiches ein Verbrechen oder ein Vergehen ist, mag sie auch nach dem OstStG. nur eine Übertretung sein.“

Diese Stellungnahme hat der Oberreichsanwalt wie folgt begründet:

Der Gesetzgeber habe, als er das DUG. erlassen habe, nicht an die Möglichkeiten gedacht, die entstünden, wenn dem Reiche Gebiete mit abweichendem, zunächst noch in Kraft bleibendem Recht an-

gegliedert würden. Die Zweifel, die sich aus einer solchen Ungliederung ergäben, seien „im Sinne des DUG. und der staatsrechtlichen und politischen Stellung des Altreiches“ zu lösen. Es könne dahingestellt bleiben, ob es nicht schon dem Sinne des DUG., das nur auf dem Rechte des Altreiches aufgebaut sei, entspreche, lediglich dieses Recht anzuwenden. Auch eine andere Erwägung führe zu dem Ergebnis, daß jedenfalls im vorliegenden Falle das Recht des Altreiches maßgebend sei. Lasse man nämlich das Recht des Wohnsitzes oder Aufenthaltes entscheiden, so komme man damit zugleich zu einer verschiedenen Beantwortung der Auslieferungsfrage, je nachdem, wo der Beschuldigte wohne oder sich aufhalte. Es würde daher von seinem Belieben abhängen, die Tat auslieferungsfähig oder -unfähig zu machen oder auch eine zunächst bestehende Auslieferungsfähigkeit wieder zu beseitigen. Diese Folgerung sei unerträglich und müsse vermieden werden. Sie sei auch vermeidbar, wenn man die Frage für das ganze Reich einheitlich beantworte. Diese Antwort müsse in dem oben angedeuteten Sinn ausfallen. Unentschieden könne bleiben, welches Recht zugrunde zu legen sei, wenn die Tat wohl nach dem OstStG., nicht aber nach dem RStGB. ein Verbrechen oder Vergehen sei.

Diesen Ausführungen vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Das gilt zunächst von der Erwägung, daß dem Strafrechte des Altreiches wegen der staatlichen und politischen Stellung des Reiches vor dem OstStG. der Vorrang gebühre. Vielmehr stehen beide Rechte — obwohl ihr Geltungsbereich verschieden ist — gleichwertig nebeneinander; beide Gesetze, das RStGB. wie das OstStG., sind „Reichsgesetze“ und müssen insbesondere auch dem Auslande gegenüber gleichermaßen als solche gelten. Auch der Umstand, daß der Gesetzgeber des DUG., wie es nach der Zeit seiner Entstehung selbstverständlich ist, nur das Recht des RStGB. im Auge gehabt haben kann, nötigt noch nicht dazu, die Fragen des sachlichen Strafrechtes, die bei der Frage der Auslieferungsfähigkeit auftauchen, ausschließlich nach diesem Rechte zu lösen. Das OstStG. ist von dem RStGB. nicht so grundsätzlich verschieden, daß es mit dem DUG. unvereinbar wäre. Der § 47 DUG. (vgl. dazu die *W. d. R. v. 13. Mai 1939 D. S. 845 zu II 4*), der sich nur auf das Verfahren bezieht, läßt sich nicht auf das sachliche Strafrecht übertragen (wenn er in den Donau- und Alpen-Reichsgauen wirklich wort-

gemäß gelten sollte, was hier nicht entschieden zu werden braucht). Staatsrechtliche Veränderungen wie die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reiche werfen notwendigerweise auf vielen Gebieten des Rechtes neue Fragen auf. Es ist Sache der Behörden, sich mit diesen Schwierigkeiten abzufinden; sie haben sie aus dem Geiste des Rechtes zu lösen, das als Gesamtheit in der Gemeinschaft gilt, soweit nicht der Gesetzgeber sie von sich aus löst.

Auch die praktischen Gesichtspunkte, die der Oberreichsanwalt in den Vordergrund rückt, wiegen nicht so schwer, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Fälle, in denen auch nur eines der beiden im Reiche geltenden Strafgesetze die Tat als Übertretung bewertet, werden in der Regel auch tatsächlich geringfügiger Art sein und schon deshalb nur ausnahmsweise zu einem Auslieferungserzuchen führen. In der Regel wird sich der Verfolgte auch in Auslieferungshaft befinden, wodurch einem etwa vorhandenen Streben, sich der Auslieferung durch Wechsel des Wohnsitzes oder Aufenthaltes innerhalb des Reichsgebietes zu entziehen, vorgebeugt ist.

Auch aus dem Gesichtspunkte der Gegenseitigkeit können keine besonderen Schwierigkeiten entstehen, wenn man davon ausgeht, daß für das Gebiet des DVG. das sachliche Strafrecht beider Reichsteile im Einzelfall anwendbar sein und zu verschiedenen Ergebnissen führen kann.

Maßgebend für die Entscheidung kann nur sein, wie sich der Gesetzgeber selber auf dem hier fraglichen Rechtsgebiete nach der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reiche zu den Fragen gestellt hat, die die Verschiedenheit des sachlichen Strafrechtes aufwirft. Anhaltspunkte dafür sind vorhanden. Allerdings hat der Gesetzgeber nirgends unmittelbar zu der Frage Stellung genommen, die hier zu lösen ist; es ist auch weder in der RD. v. 26. April 1939 (RGBl. I S. 844) über die Einführung des deutschen Auslieferungsrechtes im Lande Österreich noch in der Bekanntmachung v. 7. Juni 1940 (RGBl. I S. 151) betr. die Ausdehnung des Geltungsbereichs der deutsch-rumänischen Vereinbarungen über Auslieferung usw. auf die Alpen- und Donau-Reichsgaue irgendeine Andeutung nach dieser Richtung zu finden. Wohl aber geben die Auslieferungsverträge, die das Reich seit der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reiche mit anderen Staaten als Rumänien geschlossen hat, Fingerzeige, die die Stellung des Gesetzgebers zu der aufgeworfenen Frage erkennen lassen. In

Betracht kommen hier zwei Verträge, der Auslieferungsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Slowakischen Republik (Bef. v. 12. Mai 1941 RWBl. II S. 146) und der Auslieferungsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und dem Königreich Ungarn (Bef. v. 30. Mai 1941 RWBl. II S. 183). Sie enthalten übereinstimmend in ihren Artikeln 3 Abs. 1 die Vorschrift: „Die vertragschließenden Teile verpflichten sich, die Auslieferung wegen solcher Taten zu gewähren, die nach dem auf den Einzelfall anzuwendenden Recht beider Teile strafbar sind.“ Eine ähnliche Bestimmung findet sich ferner im Art. 6 Nr. 5 des deutsch-ungarischen Vertrages; danach besteht keine Verpflichtung zur Auslieferung, wenn die Strafverfolgung „nach dem auf den Einzelfall anzuwendenden Recht eines der vertragschließenden Teile unzulässig sein würde“. Beide Verträge gehen also davon aus, daß in demselben Staate möglicherweise verschiedene Strafrechte nebeneinander bestehen. Es ist nicht zu bezweifeln, daß gerade die Verhältnisse, wie sie seit der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reich auf dem Gebiete des Strafrechtes in Deutschland liegen, den Anlaß dazu gegeben haben, diese Bestimmung aufzunehmen. Daß die Vorschriften auch für den Fall gelten sollen, daß im Gebiete des ersuchten Landes verschiedene Strafrechte bestehen, ergibt schon der Wortlaut und übrigens auch der Gedanke der Gegenseitigkeit, der die Verträge (wie das ganze Auslieferungsrecht) beherrscht. Bei den übrigen Bestimmungen der beiden Verträge, die mit dem sachlichen Strafrechte zusammenhängen, wird der Hinweis auf das „im Einzelfall anzuwendende Recht“ zwar nicht nochmals wiederholt. Das war aber auch nicht nötig, da der Art. 3 Abs. 1 — der in beiden Verträgen an der Spitze der Vorschriften über die sachlichen Grenzen der Auslieferungspflicht steht — hier offenbar einen allgemeinen Grundsatz aufstellen soll.

Hiernach ist also davon auszugehen, daß nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers für die Frage nach den sachlichen Grenzen der Auslieferungspflicht keines der beiden im Reiche nebeneinander bestehenden Strafrechte vor dem anderen den Vorrang hat. Es ergibt sich daraus weiter, daß der Prüfung im Einzelfall auch nicht etwa beide Rechte nebeneinander zugrunde zu legen sind, die Voraussetzungen der Auslieferungspflicht also nicht in jedem Einzelfalle nach beiden Rechten festgestellt zu werden brauchen. — Wollte man so verfahren, so würde übrigens die weitere Frage entstehen, ob es

genügt, daß die Voraussetzungen der Auslieferungspflicht nach einem der beiden Rechte gegeben sind, oder ob diese Pflicht nur dann besteht, wenn sie nach beiden Rechten vorliegen. — Vielmehr findet diese Prüfung nur nach einem der beiden Rechte, eben dem „auf den Einzelfall anzuwendenden“, statt.

Welches nun das im Einzelfall anzuwendende Recht ist, dafür ergeben die beiden genannten Auslieferungsverträge allerdings keinen Hinweis, können das ihrer Natur nach auch kaum tun, da es sich hier um Fragen des sachlichen Strafrechtes handelt. Hier haben die Behörden, die über die Auslieferung zu befinden haben, selbst die erforderlichen Richtlinien zu finden. Soweit das Deutsche Reich als ersuchender Teil in Betracht kommt, ergeben sich die Grundsätze, die zu befolgen sind, aus der Rechtsprechung zum sachlichen Strafrecht; sie hat für die Zweifelsfälle, die am häufigsten vorkommen, — nämlich für die, in denen der Tatort im Inlande liegt, — bereits Lösungen gefunden, die ohne weiteres auch bei Auslieferungsersuchen anwendbar sind (vgl. im einzelnen NStG. Bd. 74 S. 219, Bd. 75 S. 104 und S. 385, Bd. 76 S. 201, 202). Wie Fälle zu beurteilen wären, bei denen der Tatort im Auslande liegt, braucht hier nicht untersucht zu werden.

Auf den (hier gegebenen) Fall, daß die Reichsregierung um Auslieferung ersucht wird, lassen sich die angeführten Entscheidungen — die für das im Einzelfall anzuwendende Recht grundsätzlich den Tatort als maßgebend bezeichnen — nicht ohne weiteres übertragen, da hier kein inländischer Tatort vorhanden sein kann. Vielmehr ist für die Prüfung der Auslieferungsmerkmale der Tatbestand sinngemäß umzustellen; es ist also zu fragen, wie die Tat zu beurteilen sein würde, wenn sie im Inlande begangen wäre. Diese Umstellung ergibt aber für sich allein keinen Anhalt für das „im Einzelfall anzuwendende“ Recht. Dieser ist zweckmäßig in Anknüpfung an die Vorschriften über den Gerichtsstand in Auslieferungssachen zu suchen — ebenso wie die Rechtsprechung die Regeln, die sich für den umgekehrten Fall ergeben, in Anlehnung an die Vorschriften der StPD. über den Gerichtsstand in Strassachen gefunden hat und weiterhin zu suchen haben wird —. Denn es ist zweckmäßig, daß Gericht und Staatsanwalt die Fragen des sachlichen Strafrechtes, die in einer Auslieferungssache zu beantworten sind, nach dem Strafrechte prüfen, das in ihrem Bezirke gilt, weil ihnen dieses Recht

geläufig ist. Als maßgebend ist danach — in Anlehnung an die Vorschrift des § 9 DVO. — das Strafrecht des Ortes anzusehen, an dem der Verfolgte ergriffen wird, oder wenn er auf freiem Fuße belassen wird, das Strafrecht des Ortes, an dem er ermittelt wird.

Mit diesem Ergebnis stimmt auch die W. d. RZM. v. 13. Mai 1939 (DZ. S. 845) betr. die „Einführung des deutschen Auslieferungsrechtes in der Ostmark“ überein. Sie besagt in ihrem Abschn. II: „Zur Anwendung des DVO. weise ich auf folgendes hin:

1. Zu § 2 DVO.: Die Prüfung der Frage, ob die Tat, wegen der die Auslieferung erfolgen soll, strafbar oder ob sie nur als Übertretung zu beurteilen ist, erfolgt in der Ostmark nach den dort geltenden gesetzlichen Bestimmungen.

2. Zu § 4 Nr. 2 DVO.: Die Prüfung der Frage, ob die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung wegen der Tat, wegen deren die Auslieferung erfolgen soll, infolge Verjährung oder aus anderen Gründen unzulässig sein würde, erfolgt in der Ostmark nach den dort geltenden Bestimmungen.“

Im selben Sinne hat sich auch das Schrifttum geäußert (s. Reischer DZ. 1939 S. 829, 830 und bei Pfundtner-Reubert II c 7 Auslieferungswesen).

Schwierigkeiten können sich aus dieser Auffassung allerdings in dem Falle des § 9 Abs. 3 DVO. ergeben, in dem möglicherweise verschiedene zuständige Gerichte und Staatsanwälte, die ihren Bezirk in verschiedenen Rechtsgebieten des Reiches haben, einander folgen; in solchen Fällen — in denen die an erster Stelle zuständigen Behörden nur vorbereitende Maßnahmen zu treffen haben — wird allerdings u. U. die Möglichkeit, daß der Verfolgte in einem anderen Rechtsgebiete des Deutschen Reiches ergriffen wird, zu berücksichtigen sein, die Vorprüfung also in solchen Fällen zweckmäßig nach beiden Rechten vorzunehmen und das Erforderliche auch dann zu veranlassen sein, wenn die Auslieferung auch nur nach dem Recht eines der beiden Rechtsgebiete des Reiches zulässig wäre. Da Fälle dieser Art selten vorkommen werden, bedarf es darüber keines besonderen Ausspruches.