

135. 1. Bei der Frage, ob die Gerichtsbarkeit des erkennenden Gerichtes begründet ist, handelt es sich um eine Verfahrensvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens, also auch beim Rechtsmittelgerichte, von Amts wegen zu prüfen ist.

2. Für alle Taten, die Soldaten während ihrer Zugehörigkeit zur Wehrmacht in den Alpen- und Donauraichsgauen begehen, gilt das RStGB.

3. Ist das Verhalten des Anstifters nach dem RStGB. zu beurteilen, so sind dessen Bestimmungen auch für die Entscheidung der Frage maßgebend, ob das Tun des Haupttäters schon die Voraussetzungen für die Annahme eines strafbaren Versuches erfüllt, und zwar auch dann, wenn die Tat des Haupttäters nach dem DStGG. zu ahnden ist.

4. Versuchsbegriff nach dem RStGB. und nach dem DStGG.

V. Straffenat. Urt. v. 12. März 1943 g. R. u. a. 5 D 59/43.

I. Landgericht Leoben.

Gründe:

A., der damals (so wie jetzt) als Feldwebel aktiv diente, hat die G., die er geschwängert hatte, aufgefordert, sich die Leibesfrucht abtreiben zu lassen. E., der damals (wie heute) als Gefreiter aktiv diente, hat bei dieser Gelegenheit dieselbe Aufforderung an die G.

gerichtet und dabei noch geäußert, daß eine Frau in K. zu einem derartigen Eingriffe bereit sei. K. ersuchte den E., die H. zu dieser Frau nach K. zu führen. E. begleitete nun die H., die entschlossen war, einen Eingriff an sich vornehmen zu lassen, und darum auch das für einen mehrtägigen Aufenthalt Notwendige mit sich nahm, nach K., um festzustellen, ob Gelegenheit sei, daß die H. bei der Frau Aufnahme finde. E. erkundigte sich bei der Frau in K., ob sie bereit sei, die Abtreibung vorzunehmen, erfuhr aber eine Ablehnung.

K. und die H. besuchten dann gemeinsam die Frau E. und erkundigten sich bei dieser nach einer Abtreiberin. Frau E. versprach der H. zum Scheine, sie werde mit einer Abtreiberin sprechen, unternahm aber nichts weiter in dieser Angelegenheit.

In der Tat der H. sieht das Erstgericht den Versuch der Abtreibung der eigenen Leibesfrucht nach den §§ 8, 144 OstStG., in der Tat des K. und des E. eine Mitthuld an diesem Verbrechen i. S. des § 146 OstStG.

I. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten K. macht geltend, es liege Nichtigkeit nach dem § 281 Nr. 1 und Nr. 9 c OstStPD. vor, weil der Angeklagte zur Zeit der Tat und des Urteils im aktiven Wehrdienste gestanden habe und daher der Militärgerichtsbarkeit unterworfen sei.

Der behauptete Mangel könnte nicht mit den Nichtigkeitsgründen des § 281 Nr. 1 oder Nr. 9 c OstStPD., sondern nur mit dem Nichtigkeitsgrunde des § 281 Nr. 9 b OstStPD. („Umstände, vermöge welcher die Verfolgung ausgeschlossen ist“) gerügt werden. Jedenfalls handelt es sich bei der Frage, ob die militärische oder die allgemeine Gerichtsbarkeit begründet ist, um eine Verfahrensvoraussetzung, die das Gericht — also auch das Rechtsmittelgericht, das mit der Strafsache durch ein zulässiges Rechtsmittel befaßt wird, — in jeder Lage des Verfahrens unabhängig von den Anträgen und Rügen der Parteien von Amts wegen zu prüfen hat. Diese Prüfung ergibt, daß die Entscheidung der vorliegenden Strafsache dem allgemeinen Gerichte zukommt. Denn der Gerichtsherr hat das Verfahren gegen den aktiven Wehrmachtangehörigen K. gemäß dem § 18 Abs. 1 Nr. 1 RStPD. dem allgemeinen Gericht überwiesen.

II. Die sachlichrechtliche Nachprüfung des Urteils, die die Nichtigkeitsbeschwerde unter Berufung auf den § 281 Nr. 9 a OstStPD. begehrt, hat folgendes Ergebnis.

Die Tat der H. ist nach dem OstStG. zu beurteilen. Die H. war entschlossen, durch eine in R. wohnende Frau den Eingriff an sich vornehmen zu lassen, um die Abtreibung ihrer Leibesfrucht herbeizuführen. Sie hat den Versuch des Verbrechens gegen die §§ 8, 144 OstStG. dadurch begangen, daß sie, mit den für einen mehrtägigen Aufenthalt notwendigen Dingen ausgestattet, sich zu dem Zwecke nach R. begab, sich dort von einer durch E. auszumittelnden Frau die Leibesfrucht abtreiben zu lassen, und daß sie, von R. begleitet, die E. aufsuchte, um sich bei dieser nach einer Frau zu erkundigen, die zur Vornahme des Eingriffes bereit sei.

Die auf das Verbrechen gerichtete Absicht hat in dem äußeren Verhalten der H. mit ausreichender Deutlichkeit Ausdruck gefunden. Das genügt nach dem im § 8 OstStG. aufgestellten Versuchsbegriffe, die Annahme einer straflosen Vorbereitungshandlung abzulehnen.

Bei der rechtlichen Beurteilung der Tat des R. und der Tat des E. hat das Erstgericht übersehen, daß auf diese Taten nicht das OstStG., sondern das RStGB. anzuwenden ist.

Nach dem Art. I B. D. z. Vereinheitlichung des Strafrechtes für Wehrmachtangehörige im Lande Österreich v. 13. Januar 1939 (RGBl. I S. 79) gilt das RStGB. für alle Taten, die Soldaten während ihrer Zugehörigkeit zur Wehrmacht im Lande Österreich begehen. Die Geltung des RStGB. für solche Taten ergibt sich auch aus dem § 1 Abs. 1 RStGB. v. 17. August 1938 (RGBl. 1939 I S. 1455); er lautet: „Für alle Personen, die dem MStGB. unterworfen sind, gilt auch das RStGB.“

Da R. und E. zur Zeit der Tat aktive Wehrmachtangehörige waren, ist ihre Tat nicht nach dem OstStG., sondern nach dem RStGB. zu beurteilen.

R. und E. haben nun allerdings dadurch, daß sie die H. aufforderten, sich die Leibesfrucht abtreiben zu lassen, diese anstiften wollen, ein Vergehen gegen den § 218 Abs. 1 RStGB. (a. F.) zu begehen. R. hat ferner dadurch, daß er den E. aufforderte, die H. zu der Frau nach R. zu führen, und dadurch, daß er gemeinsam mit der H. die E. zu dem Zwecke besuchte, eine Abtreiberin in Erfahrung zu bringen, der H. bei ihrem auf die Fruchtabtreibung gerichteten Tun geholfen. Einer solchen Hilfeleistung hat sich auch E. dadurch schuldig gemacht, daß er die H. nach R. begleitete, um dort festzustellen, ob die H. bei der Frau, die er als Abtreiberin angehen wollte, Aufnahme finden könne.

Die Strafbarkeit der Anstiftung nach dem § 48 RStGB. und der Beihilfe nach dem § 49 RStGB. ist aber davon abhängig, daß zumindest ein strafbarer Versuch der Haupttat vorliegt.

Ist das Verhalten des Anstifters oder Gehilfen nach dem RStGB. zu beurteilen, so sind auch die Bestimmungen des RStGB. für die Entscheidung der Frage maßgebend, ob das Tun des Haupttäters bereits die Voraussetzungen für die Annahme eines strafbaren Versuches erfüllt, und zwar auch dann, wenn die Tat des Haupttäters nach dem ÖstStG. zu ahnden ist. Denn gegen einen nach dem RStGB. zu beurteilenden Teilnehmer kann eine Strafe nur wegen einer Handlung ausgesprochen werden, die gegen das RStGB. verstößt. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Teilnahme ergibt, daß — da die Anstifter- und Gehilfentätigkeit nur vermöge ihrer Abhängigkeit von einer strafbaren Haupttat und durch ihre Beziehungen zu dieser strafbar wird — von einer strafbaren Teilnahme nur dann die Rede sein kann, wenn eine nach dem RStGB. strafbare Haupttat vorliegt, während der Umstand, daß die nach dem RStGB. straflose Haupttat nach dem ÖstStG. strafbar ist, die Strafbarkeit der Teilnahmehandlung nicht zu begründen vermag. Gilt für die Teilnahmehandlung das RStGB., so ist sie in allen ihren Beziehungen, also auch einschließlicly der zum Tatbestande der Teilnahme begrifflich gehörigen Haupttat, lediglich nach dem RStGB. zu beurteilen, und zwar auch dann, wenn der Haupttäter nicht dem RStGB., sondern dem ÖstStG. unterworfen ist. Es wäre nicht angängig, einen Teil der Verbrechensvoraussetzungen nach dem RStGB., einen Teil nach dem ÖstStG. zu beurteilen.

Da sich der Versuchsbegriff des RStGB. nicht mit dem des ÖstStG. deckt, besteht die Möglichkeit, daß, soweit es sich um die Bestrafung des nach dem ÖstStG. zu beurteilenden Haupttäters handelt, der Versuch bejaht, hingegen soweit es sich um die Bestrafung des nach dem RStGB. zu beurteilenden Teilnehmers handelt, nur eine Vorbereitungs-handlung angenommen wird.

Nach dem § 8 ÖstStG. gehört zum Begriffe des Versuches nur das „Unternehmen einer zur wirklichen Ausübung führenden Handlung“. Es kann also auch eine Handlung genügen, die dem Beginne der Ausführung vorausgeht. Nach ständiger Rechtsprechung des RG. und des früheren Obersten Gerichtshofes in Wien ist eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung dann anzunehmen, wenn der ver-

brecherische Vorjah des Täters in seinem äußeren Tun mit hinreichender Deutlichkeit Ausdruck gefunden hat.

Nach dem § 43 RStGB. hingegen gehören zum Versuche Handlungen, „welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten“. Die zu diesem Erfordernis entwickelte Rechtsprechung findet einen Anfang der Ausführung nicht nur in Handlungen, die als tatbestandmäßig unter den Begriff der Straftat fallen, sondern auch in jeder Tätigkeit, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint. Andere Handlungen, die den Tatbestandshandlungen vorangehen und deren Vornahme ermöglichen oder erleichtern sollen, sind als Vorbereitungs-handlungen anzusehen (vgl. u. a. RGSt. Bd. 71 S. 46, S. 53, Bd. 73 S. 142, 143, Bd. 74 S. 86, 88).

Die Tätigkeit, die die H. entfaltet hat (Weg nach R., um dort eine Abtreiberin aufzusuchen, Erkundigung bei Frau S. nach einer Abtreiberin), enthält nach der dargelegten Begriffsbestimmung noch keinen Anfang der Ausführung des Vergehens gegen den § 218 Abs. 1 RStGB. (a. F.). Sie ist in das Gebiet der strafflosen Vorbereitungshandlungen zu verweisen. Da somit nach dem RStGB. kein strafbarer Versuch der Haupttat vorliegt, entfällt damit auch die Strafbarkeit der Anstifter- und Gehilfentätigkeit, die R. und E. entwickelt haben.

Das RStGB. enthält (anders als das ÖstStG. in dessen § 9) keine allgemeine Strafvorschrift gegen den, der eine Anstiftung erfolglos versucht. Die Anwendung der besonderen Vorschrift des § 49 a RStGB. kann im vorliegenden Falle schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Straftaten nach dem § 218 Abs. 1 und Abs. 2 RStGB. (a. F.) nur Vergehen sind und das Verfahren keinen Anhaltspunkt für die Annahme bietet, daß R. und E. ein Handeln der in Aussicht genommenen Abtreiberin in Erwägung gezogen haben, das die Voraussetzungen des § 218 Abs. 4 RStGB. (a. F.) erfüllt. Daß die Haupttat an dem Haupttäter als Verbrechen gegen den § 144 ÖstStG. zu ahnden war, ist hier belanglos. Denn auch die Frage, ob die Straftat, zu deren Begehung aufgefordert wird, ein Verbrechen oder ein Vergehen ist, kann im vorliegenden Falle nur nach dem RStGB. beurteilt werden.

Auch eine Bestrafung wegen Versuches der Beihilfe, die bei

Beurteilung nach dem OstStG. gemäß dessen § 146 möglich wäre, sieht das RStGB. für den Fall der Beihilfe zur Fruchtabtreibung nicht vor.

R. und E. sind daher von der Anklage freizusprechen, an der versuchten Fruchtabtreibung mitschuldig zu sein.