

entwendet und mit sich in seine Wohnung nimmt. Mit diesem Willen hat der Beschwerdeführer die Heilmittel an sich genommen, wie die Feststellungen des Urteils in ihrem Zusammenhalt ergeben. Die früher bestrittene Frage, in welchem Verhältnis der Verstoß gegen § 10 OpiumG zum Tatbestand eines allgemeinen Strafgesetzes steht, das durch denselben Sachverhalt erfüllt ist, ist in RGSt. Bd. 68 S. 284 dahin entschieden worden, daß tateinheitliches Zusammentreffen möglich ist. Der Senat trägt keine Bedenken dieser Auffassung zu folgen.

Das Landgericht hat auch mit ausreichender Begründung den Tatbestand des § 4 VO gegen Volksschädlinge bejaht. Daß der Beschwerdeführer auch nach seiner Wesensart ein Volksschädling ist, hat das Landgericht sowohl aus der „besonderen Verwerflichkeit der Handlungsweise“ als aus der Würdigung seiner Persönlichkeit entnommen. Zu dem § 4 VolksschädIVO stehen die erörterten beiden Grundtaten im Verhältnis der Gesetzesinheit (RGSt. Bd. 74 S. 377).

Nach allem konnte das Rechtsmittel keinen Erfolg haben.

65. §§ 8, 9, 129 I b ö. StG.

Der vom Täter erfolglos unternommene Versuch, einen anderen zu bestimmen, mit ihm (dem Täter) Unzucht wider die Natur zu treiben, ist als Versuch des Verbrechens der Unzucht wider die Natur nach §§ 8, 129 I b ö. StG zu beurteilen. Daneben ist dem Täter die versuchte Verleitung nach § 9 ö. StG nicht zuzurechnen.

IV. Strafsenat. Urt. v. 19. Januar 1945 (4 D 306/1944).

I. Landgericht Wien.

In der Strafsache gegen F. Z., geboren am 22. September 1892 in H., Kreis Zwettl, Niederdonau, verheiratet, wegen der Verbrechen der Schändung nach § 128 ö. StG und der Unzucht wider die Natur nach § 129 I b ö. StG und wegen der Übertretung gegen die öffentliche Sittlichkeit nach § 516 ö. StG hat das Reichsgericht, 4. Strafsenat, in der Sitzung vom 19. Januar 1945, an der teilgenommen haben als Richter: die Reichsgerichtsräte Dr. Iber (Vorsitzender) und Dr. Zeidler sowie der Kammergerichtsrat Denzler, als Beamter der Staatsanwaltschaft: der Reichsgerichtsrat Grahn, auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten nach mündlicher Verhandlung für Recht erkannt:

Das Urteil des Landgerichts Wien vom 13. Oktober 1944 wird, soweit es dem Angeklagten F. Z. verurteilt hat, samt den ihm insoweit zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird im Umfange der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. — Von Rechts wegen

Gründe

Der Angeklagte hat nach den Feststellungen des Urteils folgende strafbare Handlungen begangen:

1. Er hat im Jahre 1933/1934 mit J. Sch. und B. M., und zwar mit jedem der beiden wiederholt, ferner im Herbst 1938 mit dem am 17. Mai 1924 geborenen (damals also wenig über 14 Jahre alten) W.R. wechselseitige Onanie betrieben;

2. er hat weiter im Jahre 1939 den W. R. wiederholt erfolglos zu verleiten gesucht, mit ihm wechselseitige Onanie zu treiben;

3. schließlich hat er auf offener Straße im Jahre 1937 den damals noch nicht 14 Jahre alten W. R., im August 1943 den 7 Jahre alten F. T. und den 10 Jahre alten H. T. veranlaßt, sein (des Angeklagten) entblößtes Glied zu betrachten. Nach der ersichtlichen Annahme des Landgerichts handelte er dabei zur Befriedigung seiner Lüste.

Das Landgericht hat in den zu 1) bezeichneten Handlungen das Verbrechen der Unzucht wider die Natur nach § 129 I b ö. StG in den zu 2) bezeichneten Handlungen das Verbrechen der versuchten Verleitung zur Unzucht wider die Natur nach §§ 9, 129 I b ö. StG,

in den zu 3) bezeichneten Handlungen das Verbrechen der Schändung nach § 128 ö. StG in Tateinheit mit der Übertretung gegen die öffentliche Sittlichkeit nach § 516 ö. StG verwirklicht gefunden, hat ausgesprochen, daß der Angeklagte die *Verbrechen* als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher im Sinne des § 20 a Abs. 2 RStGB ostm. F. begangen hat, und über ihn 5 Jahre Zuchthaus verhängt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wendet sich unter Anrufung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Nr. 5 ö. StPO dagegen, daß das Urteil das Merkmal der Gefährlichkeit im Sinne des § 20 a RStGB (ostm. F.); RGBl. I 1941, 549) für gegeben erachtet hat. Sie wirft dem Urteil vor, daß es bei diesem Anspruch wichtige Verfahrensergebnisse nicht beachtet habe.

Die Beschwerde hat Erfolg.

Ein Gewohnheitsverbrecher ist gefährlich, wenn *im Zeitpunkt des Urteils* eine *bestimmte* Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß er in Fortwirkung seines verbrecherischen Hanges Straftaten auch in Zukunft begehen und dadurch den Rechtsfrieden erheblich stören wird. Die bloße Möglichkeit des späteren Rückfalls reicht für die Feststellung der Gefährlichkeit nicht aus. Das Gericht muß vielmehr die Überzeugung gewinnen, es sei nach Lage der gesamten Verhältnisse wahrscheinlich, daß der Täter sich künftig neuerlich verbrecherisch betätigen wird. Diese Wahrscheinlichkeit ist gegeben, wenn die Möglichkeit, daß der Täter wieder rückfällig wird, größer erscheint als die Möglichkeit, daß er sich von Straftaten künftig fernhält.

Das Urteil führt zur Begründung seiner Annahme, es sei die Gefährlichkeit gegeben, aus: Die Fortsetzung der Straftaten durch Jahre hindurch und die be-

sonders gefährlichen Verbrechensmittel gegenüber den Kindern (seine unzüchtigen Reden) beweisen, daß der Angeklagte auch eine Gefahr für die Jugend ist; diese Gefahr mache die Begehung neuer Delikte, die eine erhebliche Störung eines Rechtsgutes, nämlich der sittlichen Unversehrtheit der Jugend, besorgen lassen, wahrscheinlich.

Nach diesen Ausführungen ist es zweifelhaft, ob das Erstgericht den Begriff der Gefährlichkeit richtig erkannt hat. Es ist nicht klar, ob das Erstgericht die Gefährlichkeit darum angenommen hat, weil die Straftaten des Angeklagten die sittliche Unversehrtheit der Jugend gefährdet, oder darum, weil es die künftige Begehung erheblicher Straftaten für wahrscheinlich gehalten hat.

Wäre das Gericht von der letzteren richtigen Auffassung ausgegangen, und hätte es demgemäß feststellen wollen, daß die künftige Begehung erheblicher Straftaten wahrscheinlich sei, so wäre diese Feststellung mit Begründungsmängeln behaftet.

Die Feststellung ist zunächst offenbar unzureichend begründet. Die Worte „diese Gefahr (für die Jugend) läßt die Begehung neuer Delikte wahrscheinlich erscheinen“ sind jedenfalls nicht geeignet, den Ausspruch zu begründen. Da das Wesen der Gefährlichkeit eben darin besteht, daß der künftige Rückfall wahrscheinlich ist, kann die angeführte Redewendung bestenfalls als eine Begriffsbestimmung der Gefährlichkeit angesehen werden. Sie sagt aber nichts darüber, aus welchen Umständen das Gericht auf die Wahrscheinlichkeit der künftigen Begehung von Straftaten geschlossen hat.

Sie berücksichtigt auch nicht Ergebnisse des Beweisverfahrens, die für diese Frage bedeutsam sein können.

Der Gerichtsarzt hat es in seinem Gutachten als möglich hingestellt, daß bei dem Angeklagten ein stärker abwegiger Trieb *nicht* vorhanden ist und daß jedenfalls der heterosexuelle Trieb des Angeklagten *kein* auffällig schwacher ist (S. 114 d. A.). Der Sachverständige hat ferner in seinem Ergänzungsgutachten ausgeführt: „Wenn ich berücksichtige, daß der Angeklagte ein scheuer und furchtsamer Mensch ist und daß das Strafverfahren auf ihn einen mächtigen Eindruck gemacht hat, so muß ich sagen, daß jene Momente, welche dafür sprechen, daß er sich künftighin zurückhält, überwiegen gegenüber jenen Momenten, die es als möglich erscheinen lassen, daß er wieder rückfällig wird.“ Wenn diese Ausführungen in dem Sinne zu verstehen sind, daß nach der Verfassung, in der sich der Angeklagte im Zeitpunkt der Hauptverhandlung, also noch vor Verbüßung der Strafe befand, die künftige Begehung von Straftaten nicht wahrscheinlich sei, daß also der Angeklagte, sofort in Freiheit gesetzt, wahrscheinlicherweise nicht rückfällig würde, dann müßte das Gericht, wenn es sich der Ansicht des Sachverständigen anschließen würde, zur Ablehnung der Gefährlichkeit gelangen. Wäre freilich erst von einer Verbüßung der Strafe eine solche Läuterung des Angeklagten zu erwarten, im Zeitpunkt des Urteils

also die Wahrscheinlichkeit der künftigen Begehung von Straftaten gegeben, dann wäre die Gefährlichkeit zu bejahen. Denn maßgebend für die Frage der Gefährlichkeit sind die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt des Urteils gegeben sind.

Das Urteil hat die angeführten Stellen des Sachverständigengutachtens zum Teil nicht erörtert und nicht dargetan, wie es darüber bei seinem Ausspruch über die Gefährlichkeit hinweggekommen ist. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Gericht, wenn es sich mit diesem Teile des Sachverständigengutachtens näher befaßt hätte, die Wahrscheinlichkeit künftigen Rückfalls verneint hätte. Der Umstand, daß der Angeklagte mit einem Hang zu gleichgeschlechtlicher Betätigung behaftet ist, würde es an sich nicht ausschließen, daß der Angeklagte künftighin die Betätigung dieses Triebes unterläßt. Denn es besteht die Möglichkeit, daß sittliche oder rechtliche Vorstellungen, Furcht vor Strafe oder ähnliche Erwägungen den Täter davon abhalten, künftig dem ihm innewohnenden Trieb nachzugeben (Reichsgerichtsurteile vom 16. Juni 1944 5 D 70/44, vom 21. Juli 1944 5 D 120/44).

Für die Frage, ob derartige Erwägungen das künftige Verhalten des Angeklagten bestimmen können, konnte es bedeutsam sein, daß, wie nach dem Sachverständigengutachten anzunehmen ist, der abwegige Trieb kein stärkerer ist, daß zwischen den einzelnen Verfehlungen zum Teil größere Zeitabstände liegen, daß der Täter noch nicht bestraft ist, daß er nach dem Sachverständigengutachten nicht den Eindruck eines moralisch stumpfen Menschen erweckt, sich als Soldat im ersten Weltkrieg bewährt hat und seinen Dienstposten als Straßenwärter in zufriedenstellender Weise ausfüllt (Beilage 2 zu Ozahl 83), daß ihn seine derzeitige Situation nicht nur wegen der zu befürchtenden Strafe, sondern auch wegen der Sorge um die Kinder bedrückt (S. 112 d. A.). Es weisen also weder gemeinschaftswidrige Einstellungen noch die Wirkungslosigkeit vorangegangener Strafverbüßungen in die Richtung einer besonderen Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens. Bei Würdigung der hervorgehobenen Umstände wäre das Gericht möglicherweise zu dem Schlusse gelangt, es sei bei Berücksichtigung des starken Eindrucks, den das Gerichtsverfahren auf den Angeklagten machte, die Wahrscheinlichkeit nicht dargetan, daß der Angeklagte künftig in Fortwirkung seines verbrecherischen Hanges erneut Verbrechen begehen wird.

Da sich das Urteil mit den angeführten Umständen nicht auseinandergesetzt hat, ist es mit Unvollständigkeit im Sinne des § 201 Nr. 5 ö. StPO behaftet. Dies macht seine Aufhebung und die Wiederholung des Verfahrens durch das Erstgericht notwendig.

Im erneuten Verfahren wird folgendes zu beachten sein:

1. Das Gericht hat zutreffend darin, daß der Angeklagte die noch nicht 14 Jahre alten Knaben dazu veranlaßt hat, sein entblößtes Glied zu betrachten,

einen geschlechtlichen Mißbrauch im Sinne des § 128 ö.StG gefunden (RGSt. Bd. 76 S. 344 und Bd. 76 S. 379). Bemerkte sei noch, daß der Angeklagte, wenn man der Aussage des Zeugen R. (S. 189 d. A.) folgt, in den Jahren 1937 und 1938 mit dem damals noch unmündigen R. noch weitere Unzuchtshandlungen getrieben hat; dieser Zeuge hat nämlich auch angegeben, der Angeklagte habe wiederholt versucht, ihm (R.) über der Hose nach dem Geschlechtsteil zu fassen, und ihn (R.) wiederholt aufgefordert, an seinem (des Angeklagten) Geschlechtsteil zu spielen. Das angefochtene Urteil hat über diese weiteren vom Zeugen R. behaupteten Unzuchtshandlungen keine Feststellungen getroffen.

2. Der von dem Angeklagten im Jahre 1939 zu wiederholten Malen unternommene Versuch, den R. zum Unzuchtverkehr zu bestimmen, ist nicht, wie das im angefochtenen Urteil geschieht, als versuchte Verleitung nach §§ 9, 129 I b ö. StG, sondern als Versuch nach §§ 8, 129 I b ö. StG zu beurteilen.

Für die Annahme strafbaren Versuchs ist erforderlich, daß der Täter mit dem auf den strafgesetzwidrigen Erfolg gerichteten Vorsatz Handlungen (im weiteren Sinn) begeht, in denen der verbrecherische Vorsatz mit hinreichender Deutlichkeit Ausdruck findet. Derartige Handlungen sind als zur wirklichen Ausübung führende Handlungen im Sinne des § 8 ö. StG anzusehen (RGSt. Bd. 76 S. 374, 377, 378).

Die von dem Angeklagten bei wiederholten Anlässen an R. gerichtete Aufforderung, mit ihm wechselseitige Onanie zu treiben, läßt die Absicht des Angeklagten deutlich erkennen, selbst das Verbrechen der Unzucht wider die Natur zu begehen, ist somit eine zur wirklichen Ausübung des Verbrechens nach § 129 I b ö. StG führende Handlung. Die Vollbringung des Verbrechens ist nur wegen der Ablehnung R., also wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, unterblieben. Es sind somit alle Merkmale des strafbaren Versuchs nach § 8 ö. StG gegeben.

Allerdings würde die an R. erfolglos gerichtete Aufforderung zum Unzuchtverkehr auch die Merkmale der versuchten Verleitung nach § 9 ö. StG an sich tragen. Dem Angeklagten ist aber gleichwohl neben dem Versuch nach § 8 ö. StG nicht auch noch die versuchte Verleitung nach § 9 ö. StG zuzurechnen. Der § 9 ö. StG ist im Verhältnis zum § 8 ö. StG eine subsidiäre Bestimmung; enthält dieselbe Handlung sowohl die Merkmale des Versuches als auch der versuchten Verleitung, so hat § 8 ö. StG den Vorrang (SSt XVII/194, Reichsgerichtsurteil vom 7. Februar 1941 6 D 22/41).

3. Das Landgericht hat alle von dem Angeklagten begangenen Verbrechen, also auch die vor dem 1. September 1939 verübten Unzuchtstaten, der Bestimmung des § 29 a RStGB (ostm. F.) unterstellt. Zutreffend hat das Erstgericht ausgesprochen, daß § 29 a RStGB (ostm. F.) für Taten gilt, die vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes vom 4. September 1941 begangen sind, hat aber möglicherweise nicht beachtet, daß § 6 der Verordnung zur Durch-

führung des Änderungsgesetzes vom 24. September 1941 (RGBl. I S. 581) die Rückwirkung des Gesetzes hinsichtlich der vor dem 1. September 1939 begangenen Straftaten einschränkt. Jedenfalls hat das Gericht die durch die Bestimmung des § 6 VO vom 24. September 1941 (RGBl. I S. 581) gebotene Erörterung der Frage unterlassen, ob rückwirkende Anwendung des § 20 a RStGB (ostm. F.) auf die vor dem 1. September 1939 begangenen Taten am Platze ist. Im erneuten Verfahren wird dies nachzuholen sein.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde macht auch geltend, daß die in den Jahren 1933/1934 und 1937 verübten Straftaten verjährt seien.

Geht man von den Feststellungen des Urteils über den Zeitpunkt, in dem die einzelnen Straftaten begangen wurden, aus, so ergibt sich, daß die Verbrechen nach § 128 und § 129 I b ö. StG, die der Angeklagte nach Annahme des Urteils als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher begangen hat, nicht verjährt sind. Sie wären es auch dann nicht, wenn die Beurteilung nach § 20 a RStGB (ostm. F.) wegfiel. Auch Rückfallsverjährung im Sinne des § 20 a Abs. 3 RStGB (ostm. F.) ist bei keinem der verübten Verbrechen eingetreten. Zwischen den einzelnen Verbrechen liegen stets weniger als 5 Jahre. Das ist die für die Verbrechen nach § 128 und § 129 I b ö. StG gemäß § 228 b ö. StG geltende Verjährungsfrist und zugleich die Rückfallsverjährungsfrist des § 20 a Abs. 3 RStGB (ostm. F.). Soweit die Taten nach § 20 a RStGB (ostm. F.) zu beurteilen sind, kommt eine Verjährungsfrist von 10 Jahren in Betracht. § 228 b ö. StG sieht allerdings diese Verjährungsfrist nur für Verbrechen vor, die mit einem Strafsatz von 10 bis 20 Jahren schweren Kerkers bedroht sind, und enthält entsprechend dem Strafenaufbau des ehemals österreichischen Rechts keine ausdrückliche Vorschrift, welche Verjährungszeit bei Verbrechen zu gelten hat, die, wie im vorliegenden Fall, mit Zuchthaus von 1 Jahr bis zu 15 Jahren bedroht sind. Es ist aber klar, daß in solchen Fällen nicht die fünfjährige Verjährungsfrist gelten kann, die § 228 b ö. StG für Verbrechen bestimmt, die mit einem Strafsatz von höchstens 10 Jahren bedroht sind, sondern die zehnjährige Verjährungsfrist, die nach dem Sinne des Gesetzes immer dann Platz zu greifen hat, wenn der ange drohte Strafsatz eine Bestrafung im Ausmaß über 10 Jahre ermöglicht. Übrigens kommt diese Frage hier im Hinblick auf die nach § 20 a Abs. 3 RStGB (ostm. F.) wahrzunehmende fünfjährige Rückfallsverjährungsfrist untergeordnete Bedeutung zu.

Die Wichtigkeit, die dem Zeitpunkte der Begehung für die Verjährungsfrage zukommt, läßt eine besondere Genauigkeit in diesem Punkte, vor allem hinsichtlich der schon weiter zurückliegenden, mit M. und Sch. begangenen Unzuchtstaten, geboten erscheinen.

Nach den vom Gerichte festgestellten Zeitpunkten der einzelnen Straftaten läßt sich aber jedenfalls sagen, daß bei der derzeitigen Aktenlage die im Jahre 1937 in Tateinheit mit dem an R. verübten Verbrechen nach § 128 ö. StG

begangene Übertretung nach § 516 ö. StG, die dem § 20 a RStGB (ostm. F.) nicht unterstellt wurde, als verjährt anzusehen ist.

Nach § 532 ö. StG in der Fassung der 2. AnpassungsVO vom 23. Oktober 1943 (RGBl. I S. 577) beträgt bei der Übertretung nach § 516 ö. StG die Verjährungsfrist 3 Jahre. Zuzufolge Art. 3 Nr. 5 dieser AnpassungsVO ist die neue Fassung des § 532 ö. StG auch auf die vorliegende, vor dem Inkrafttreten der 2. AnpassungsVO begangenen Übertretung nach § 516 ö. StG anzuwenden. Denn eine rechtskräftige Beendigung eines wegen dieser Übertretung geführten Strafverfahrens durch Freispruch hat nicht stattgefunden. Auch wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens der 2. Anpassungsverordnung die Strafbarkeit bei Zugrundelegung der kurzen Verjährungsfrist des § 532 ö. StG (a. F.) bereits erloschen gewesen wäre, dann hätte eben die ausdrückliche Bestimmung des Art. 3 Nr. 5 der 2. Anpassungsverordnung diese sachenrechtliche Wirkung der Verjährung behoben.

Der Umstand, daß die Übertretung nach § 516 ö. StG eintätig mit dem nicht verjährten Verbrechen nach § 128 ö. StG zusammentrifft, bewirkt keine Verlängerung der für die Übertretung geltenden Verjährungsfrist. Denn eintätig zusammentreffende Straftaten sind in bezug auf die Verjährung als selbständige Straftaten zu behandeln (ÖR 471, SS I/6, Reichsgerichtsurteil vom 9. Juni 1944 5 D 37/44). Nun wurde allerdings der Lauf der Verjährungsfrist, der mit der Begehung der Straftaten im Jahre 1937 begonnen hat, zunächst durch die Begehung weiterer Straftaten in den Jahren 1938 und 1939 unterbrochen, noch bevor die zur Verjährung bestimmte Zeit abgelaufen war. Mit der Begehung der Straftaten im Jahre 1939 hat aber sogleich eine neue Verjährungsfrist zu laufen begonnen, die verstrichen war, als der Angeklagte im August 1943 die darauf folgende Verfehlung an den beiden T. beging. Durch die Begehung der letzten Straftat konnte die durch Verjährung bereits erloschene Strafbarkeit nicht wieder aufleben.

66. Zur Einheitsstrafe nach § 14 RJGG in Abgrenzung zur Einheitsstrafe nach § 265 ö. StPO.

V. Strafsenat. Urt. v. 19. Januar 1945 (5 D 105/1944).

I. Landgericht Wien.

In der Strafsache gegen M. S., geb. am 21.3.1927 in Wien wegen Verbrechens der Verleumdung nach §§ 209, 219 ö. StG hat das Reichsgericht, 4. Strafsenat, in der Sitzung vom 19. Januar 1945, an der teilgenommen haben als Richter die Reichsgerichtsräte Dr. Kees (Vorsitzender), Dr. Zeidler sowie der Kammergerichtsrat Denzler, als Beamter der Staatsanwaltschaft der Reichsge-