

# TE OGH 1991/9/18 1Ob21/91

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.09.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann, Dr. Schlosser, Dr. Graf und Dr. Schiemer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Friedrich \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wilfried Ludwig Weh, Rechtsanwalt in Bregenz, wider die beklagte Partei REPUBLIK ÖSTERREICH, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen Feststellung (Streitwert S 100.000) infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 5. April 1991, GZ 4 R 353/90-13, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 27. September 1990, GZ 6 Cg 177/90-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 4.245,-- bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der am 27.9.1938 geborene Kläger wurde mit Urteil des Geschwornengerichtes beim Kreisgericht Korneuburg vom 18.12.1984, 10 Vr 949/82-570, unter anderem schuldig erkannt, am 13.12.1982 Dr. Viktor \*\*\*\*\* vorsätzlich getötet und hiedurch das Verbrechen des Mordes nach § 75 StGB begangen zu haben; gemäß §§ 28, 75 StGB wurde er zu einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren verurteilt. Die Vorhaft ab 16.12.1982 wurde auf die Strafe angerechnet; gemäß § 21 Abs 2 StGB wurde seine Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher angeordnet. Mit Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 2.7.1986, 9 Os 76/85 = SS 57/47, wurden die dagegen vom Kläger und seinen Angehörigen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden verworfen, der Ausspruch über die Anordnung der Unterbringung des Klägers in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher aufgehoben, der Berufung der Staatsanwaltschaft wurde Folge gegeben und der Kläger zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Straftat wird in der Justizanstalt Mittersteig vollzogen.

Am 20.7.1989 beantragte der Kläger, ihn bedingt zu entlassen; die Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB sei wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes verfassungswidrig. Das Landesgericht für Strafsachen Wien wies diesen Antrag mit Beschluß vom 8.11.1989, 18 d BE 732/89-11, zurück. In seiner dagegen erhobenen Beschwerde beantragte der Kläger unter anderem, das Oberlandesgericht Wien als Beschwerdegericht möge beim Verfassungsgerichtshof den Antrag auf Aufhebung der Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB als verfassungswidrig stellen. Das Oberlandesgericht Wien gab mit Beschluß vom 12.12.1989, 23 Bs 491/89, dieser Beschwerde nicht Folge. Es führte aus, soweit der Kläger vermeine, die Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB sei verfassungswidrig, könne ihm nicht gefolgt werden. Im Gesetz sei

die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nur bei Kapitalverbrechen erwachsener Straftäter vorgesehen, womit diese Maßnahme eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung der davon betroffenen Person gegenüber anderen Rechtsbrechern darstelle, so daß verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestünden.

Mit der vorliegenden Amtshaftungsklage begehrt der Kläger die Feststellung, die beklagte Partei hafte für alle Schäden, die ihm aus der mit Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien vom 12.12.1989, 23 Bs 491/89, verweigerten bedingten Entlassung kraft der mit Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 2. Juli 1986, 9 Os 76/85, verhängten lebenslangen Freiheitsstrafe ab 2. Jänner 1990 entstünden. Soweit dies für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung ist, stützte er sein Begehren darauf, daß es das Oberlandesgericht Wien als Beschwerdegericht mit einer Scheinbegründung und somit rechtswidrig unterlassen habe, einen Antrag an den Verfassungsgerichtshof auf Aufhebung der Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB zu stellen. Strafgefangene, die eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßten, fielen unter den Begriff der "Klasse" im Sinn des Art 7 Abs 1 B-VG; die Sonderbehandlung einer Klasse aus bloß subjektiven Gründen sei unzulässig. Eine sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung der Regeln über die bedingte Entlassung zwischen zeitlichen und lebenslangen Freiheitsstrafen lasse sich nicht finden. Der Gesetzgeber habe daher ein exzessiv benachteiligendes Klassenrecht geschaffen. Die starre Grenze von 15 Jahren nehme auf das Alter des Verurteilten keine Rücksicht. Hätte das Beschwerdegericht diese Überlegungen ernst genommen und zur Grundlage eines Antrages an den Verfassungsgerichtshof gemacht, so wäre mit größter Wahrscheinlichkeit die Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB als verfassungswidrig aufgehoben worden. Dies hätte aber wiederum zur Folge gehabt, daß im Anlaßfall mangels einer dem § 46 Abs 5 StGB entsprechenden Sondervorschrift die allgemeinen Regeln des § 46 StGB auf den Antrag des Klägers anzuwenden gewesen wären, was letztlich zur Bewilligung der bedingten Entlassung und damit zur Beendigung der rechtswidrigen Haft geführt hätte.

Die beklagte Partei erwiderte, die Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB sei nicht verfassungswidrig, selbst eine Unterlassung der Anrufung des Verfassungsgerichtshofes habe sich nicht kausal auswirken können.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 50.000 übersteige, die ordentliche Revision ließ es zu. Rechtlich führte es aus: § 46 Abs 5 StGB behandle die Voraussetzungen für die bedingte Entlassung eines zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe Verurteilten im Prinzip nicht anders als die bedingte Entlassung von Rechtsbrechern, die zu zeitlichen Freiheitsstrafen verurteilt wurden. In beiden Fällen müsse der Verurteilte eine gewisse Mindesthaftzeit verbüßt haben und darüberhinaus entsprechende aus den strafrechtlichen Grundsätzen der Spezialprävention und der Generalprävention abgeleitete Voraussetzungen erfüllen.

Der Beklagte erachte im Berufungsverfahren nur noch die Bestimmung des § 46 Abs 5 erster Satz StGB für verfassungswidrig. Er behauptet also nicht etwa eine unsachliche verschiedenartige Behandlung der spezial- und generalpräventiven Voraussetzungen für die bedingte Entlassung, die § 46 Abs 5 StGB im übrigen aufstelle. Eine unsachliche Differenzierung gegenüber den spezial- und generalpräventiven Voraussetzungen für die bedingte Entlassung nach § 46 Abs 1 bis 3 StGB liege auch nicht vor. Für die Voraussetzungen der bedingten Entlassung haben wegen ihres unmittelbaren Bezuges zum Strafausspruch die gleichen Differenzierungskriterien wie für den Strafausspruch als solchen zu gelten. Wie bei der Strafbemessung selbst sei das Ausmaß der Schuld (§ 32 StGB), daneben aber auch General- und Spezialprävention (Kienapfel, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rz 8; Zipf, ÖJZ 1979, 198 f; EvBl 1983/7, LSK 1979/2, 1983/92) differenzierend zu berücksichtigen. Diese Kriterien seien bei der Fassung des § 46 StGB berücksichtigt worden (siehe RV - 30 d Blg, XIII GP -, 148 bis 150, und Kunst, aaO, Rz 5, 18, 28 f, 37 und 38 je zu § 46 StGB). Daß eine diesen Kriterien entsprechende Differenzierung nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen könne, sei evident; Gegenteiliges behauptete die Berufung auch nicht.

Unterschiedlich sei die Festlegung der Mindesthaft, die als Voraussetzung für die bedingte Entlassung bei lebenslanger Freiheitsstrafe verbüßt sein muß. Während die Bestimmungen der Abs. 1 bis 3 - abgesehen von einer absoluten

Mindesthaftzeit - diese Mindesthaftzeit mit einer Verhältniszahl bestimmen, deren Bezugsgröße die verhängte zeitliche Freiheitsstrafe darstelle, bestimme Abs 5 des § 46 StGB für die lebenslange Freiheitsstrafe eine absolute Zahl. Daß diese Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt, ja überhaupt unbedingt erforderlich sei, ergebe sich daraus, daß die lebenslange Freiheitsstrafe in ihrer tatsächlichen Dauer im vorhinein nicht bestimmt werden könne, sodaß die Bezugsgröße für eine Verhältniszahl fehle. Es sei daher die Bestimmung der Mindesthaft, die ein zu lebenslanger

Freiheitsstrafe Verurteilter als Voraussetzung für die bedingte Entlassung verbüßt haben muß, nur durch Normierung einer absolut bestimmten Frist möglich. Eine unsachliche Differenzierung zu Lasten der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten könne daher höchstens in der normierten Dauer der Mindesthaftzeit liegen. Daß grundsätzlich die Mindesthaftzeit als Voraussetzung für die bedingte Entlassung höher angesetzt werden dürfe, als bei der höchsten zeitlichen Freiheitsstrafe (die nach § 18 Abs 2 StGB 20 Jahre beträgt) sei nicht zu bezweifeln. Unterstelle man völlige Gleichbehandlung der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten in bezug auf die für die bedingte Entlassung erforderliche Mindesthaftverbüßung mit den zu zeitlicher Freiheitsstrafe Verurteilten, so errechne sich aus der 15-jährigen Mindestfrist von § 46 Abs 5 StGB im Vergleich zu § 46 Abs 1 StGB die Unterstellung einer regelmäßigen Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe von 30 Jahren. Diese Fiktion erscheine sachlich durchaus gerechtfertigt; was zum Schluß führt, daß keinerlei Ungleichbehandlung der zu lebenslanger Haftstrafe Verurteilten einerseits und der zu zeitlichen Freiheitsstrafen Verurteilten andererseits in bezug auf die Voraussetzung der Mindesthaftverbüßung für die bedingte Entlassung normiert würden. Gegen die 15-Jahres-Frist könne auch nicht eingewendet werden, daß sie dem Mindestmaß an rechtsstaatlicher Qualität widerspräche, der nach Art 5 Abs 1 MRK vorausgesetzt werde. Dieselbe Frist für die bedingte Entlassung von zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Rechtsbrechern sehen § 57a des dStGB (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch<sup>21</sup>), Art 38 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Stefan Techsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 1989), der französische Code Penal (Art 729 ff; Merle/Vitu, Traite de droit criminel<sup>2</sup>, Band I, Paris 1973) und das Liechtensteinische Strafgesetzbuch im § 46 (Stotter, StGB, Vaduz 1988) vor. Der italienische Codice Penale bestimmt in Art 176 sogar eine 28-jährige Frist (Crespi/Stella/Zuccala, CP, Padova 1986). Schon daraus ergebe sich ausreichend, daß die österreichische Regelung der Mindesthaftverbüßung als Voraussetzung für die bedingte Entlassung eines zu lebenslanger Haft Verurteilten durchaus im Rahmen Europäischer Rechtsauffassung liege. Den Behauptungen des Klägers, daß § 46 Abs 5 StGB eine Diskriminierung älterer Strafgefangener darstelle, weil sie unter Umständen das Erfordernis der Mindesthaftverbüßung von 15 Jahren nicht erfüllen könnten, sei mit dem Erstgericht zu entgegnen, daß das gleiche Argument im Prinzip auch auf die Regelungen der Abs 1 und 2 des § 46 StGB zutreffe. Davon abgesehen stelle die Argumentation des Berufungswerbers die Dinge aber geradezu auf den Kopf: Der Kläger führe zu Recht aus, daß eine differenzierende Regelung dann unsachlich sei, wenn sich die Differenzierung ausschließlich auf ein in der Person gelegenes Merkmal stütze. Genau dies träfe zu, erfolgte eine Differenzierung der Mindestvoraussetzungen für die bedingte Entlassung in bezug auf die Haftverbüßung nach dem Lebensalter des Häftlings. Aus all dem folge, daß keinerlei Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 46 Abs 5 StGB bestehen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien, entgegen dem Antrag des nunmehrigen Klägers keinen Gesetzesprüfungsantrag im Sinne von Art 89 Abs 2 B-VG an den Verfassungsgerichtshof zu stellen, sei daher nicht nur eine vertretbare, sondern eine richtige Entscheidung.

Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß die gesamte Argumentation des Klägers unschlüssig ist: Der Kläger meine, daß der Verfassungsgerichtshof, wenn er mit einem entsprechenden Gesetzesprüfungsantrag befaßt worden wäre, § 46 Abs 5 erster Satz StGB als verfassungswidrig aufgehoben hätte und daß demzufolge bei der Entscheidung über seinen Antrag auf bedingte Entlassung die allgemeinen Bestimmungen des § 46 StGB über die bedingte Entlassung zur Anwendung zu kommen hätten. Selbst wenn dies alles zuträfe, ergäbe sich lediglich, daß auch dann der Antrag des Klägers auf bedingte Entlassung abzuweisen gewesen wäre. Daß der zu lebenslanger Haft verurteilte Kläger nach den allgemeinen Bestimmungen des § 46 StGB (nämlich über die bedingte Entlassung der zu zeitlichen Freiheitsstrafen Verurteilten) zu beurteilen gewesen wäre, könnte gewiß zu keiner Besserstellung des Klägers gegenüber einem zu einer 20-jährigen Haftstrafe Verurteilten führen. Ein solcher aber könnte frühestens nach 10 Jahren Haftverbüßung bedingt entlassen werden. Weder zum Zeitpunkt der Antragstellung, noch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien über die Beschwerde des Klägers hatte aber der Kläger auch nur dieses Mindestfordernis erfüllt.

Die Revision des Klägers ist nicht berechtigt.

Hat der Oberste Gerichtshof oder ein zur Entscheidung in zweiter Instanz zuständiges Gericht gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grunde der Verfassungswidrigkeit Bedenken, so hat das Gericht den Antrag auf Aufhebung dieses Gesetzes beim Verfassungsgerichtshof zu stellen (Art 89 Abs 2 Schlußsatz B-VG idF des Art I Z 3 des Bundesverfassungsgesetzes vom 15.5.1975, BGBl 302). Die Antragstellung ist nicht in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Das Gericht ist, hat es Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmung, zur Anrufung des Verfassungsgerichtshofes nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet (WBI 1990, 24; EvBl 1967/388; VfSlg 5176, VfSlg

1692 ua; Morscher in RZ 1979, 138; Klecatsky-Öhlinger, Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts GMA 1a, Anm7 zu Art 89 B-VG). Eine Pflicht zum Tätigwerden des Gerichtes setzt aber relevante Gründe voraus, die für eine Verfassungswidrigkeit sprechen (Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>6</sup> Rz 1111). Solche Gründe liegen nicht schon dann vor, wenn eine Partei an der Verfassungsmäßigkeit Bedenken äußert, das Gericht hat vielmehr aus eigenem die einschlägigen verfassungsrechtlichen Fragen zu prüfen (WBI 1990, 24); die Prüfung der Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen ist somit vom Gericht als Vorfrage zu beurteilen (Adamovich, Österreichisches Verfassungsrecht<sup>3</sup> 339). Die Rechtslage ist durchaus ähnlich mit der nach § 11 AHG. Wird aus der Rechtswidrigkeit eines Bescheides ein Amtshaftungsanspruch abgeleitet, kommt es nicht darauf an, ob der Kläger den Bescheid für rechtswidrig hält, das Gericht hat vielmehr selbständig zu prüfen, ob Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Bescheides bestehen; es hat den Verwaltungsgerichtshof nur anzurufen, wenn es bei Prüfung dieser Vorfrage selbst den Bescheid für rechtswidrig hält (SZ 60/177; SZ 55/81; EvBl 1982/51; Schragel AHG2 241 f). Unterläßt ein Gericht zweiter Instanz auf Grund unrichtiger Beantwortung der verfassungsrechtlichen Vorfrage, einen Antrag auf Aufhebung des Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit zu stellen, können aus dieser Unterlassung bei Vorliegen der übrigen Voraussetzung Amtshaftungsansprüche abgeleitet werden (Schragel AHG2 66 f). Die gegenteilige Meinung von Vrba-Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht 242, wonach die Wahrnehmung dieser dem Gericht obliegenden Verpflichtung für das Amtshaftungsverfahren irrelevant sei, weil Akte der Gesetzgebung nie einen Amtshaftungsanspruch begründen können, ist verfehlt:

Der Amtshaftungsanspruch wird nicht aus einem Akt der Gesetzgebung, sondern aus der rechtswidrigen Unterlassung der Antragstellung durch ein Gericht abgeleitet.

Das Berufungsgericht, auf dessen Begründung verwiesen wird (§ 510 Abs 3 ZPO), ging zutreffend davon aus, daß das Oberlandesgericht Wien gemäß § 89 Abs 2 B-VG keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 46 Abs 5 StGB haben mußte. Die vom Revisionswerber behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt daher nicht vor. Von der ursprünglichen Argumentation wiederholt der Revisionswerber nur mehr die Ansicht, es sei gleichheitswidrig, wenn bei der Strafbemessung nicht auf das Alter des Straftäters Bedacht genommen wird. Damit schneidet er das Problem der Berücksichtigung der individuellen Strafempfindlichkeit bei Ausmessung der Strafe an, somit ob zu berücksichtigen sei, wie hart eine zu verhängende Strafe den Täter trifft (Zipf, Strafzumessung 56; Bruns, Strafzumessungsrecht<sup>2</sup> 497 ff mit Beispielen aus der deutschen Rechtsprechung 502 f; Pallin, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht Rz 74). Entgegen den Ausführungen des Rechtsmittelwerbers ist es aber heute bereits allgemein anerkannt, daß die unterschiedliche Härte des den Täter treffenden Strafleids bei der Strafbemessung zu berücksichtigen ist. Bei gleicher Schuld soll die sühnegerechte Strafe nicht gleich hoch, sondern gleich schwer sein (Bruns aaO 499; Zipf aaO). Diesem Strafzumessungsgrundsatz wurde auch vom Obersten Gerichtshof Rechnung getragen (11 Os 33/77: psychische und physische Störungen des Verurteilten; 10 Os 94/76 und 13 Os 172/73: jeweils höheres Alter des Verurteilten). Daraus folgt aber, daß es sich nicht um Kriterien der zeitlichen Dauer unbedingter Strafverbüßung, sondern um ein Problem der Strafbemessung handelt, ob und in welcher Weise auf das Alter und die gesundheitliche Konstitution des Verurteilten Bedacht zu nehmen ist. Die Strafbemessung erfolgte aber im vorliegenden Fall durch den Obersten Gerichtshof selbst (§ 2 Abs 3 AHG). Ob eine weitere Berücksichtigung von vom Revisionswerber in seinem Fall gar nicht behaupteten subtilen, erst im Strafvollzug hervorgekommenen meßbaren Unterschieden der Strafempfindlichkeit im Verfahren zur bedingten Entlassung zu berücksichtigen wäre, ist nicht Gegenstand des Verfahrens (gegen eine solche Berücksichtigung aber Pallin aaO Rz 76). Soweit der Revisionswerber im Rechtsmittelverfahren erstmals die Verfassungswidrigkeit der Verhängung des Vollzuges einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Anspruchsgrundlage heranzieht, handelt es sich nicht nur um unbeachtliche Neuerungen, einer Berücksichtigung dieser Anspruchsgründe stünde auch entgegen, daß die lebenslange Freiheitsstrafe vom Obersten Gerichtshof selbst ausgesprochen wurde.

Der Revision ist der Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E26543

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0010OB00021.91.0918.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19910918\_OGH0002\_0010OB00021\_9100000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)