

TE OGH 2020/9/30 15Os81/20f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.09.2020

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 30. September 2020 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Lendl und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Mag. Fürnkranz und Dr. Mann in Gegenwart der Dr. Ondreasova als Schriftführerin in der Strafsache gegen M***** D***** wegen des Verbrechens des schweren sexuellen Missbrauchs von Unmündigen nach § 206 Abs 1 StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 6. Mai 2020, GZ 34 Hv 54/19t-74, sowie über dessen Beschwerde gegen den zugleich gefassten Beschluss auf Anordnung der Bewährungshilfe und Erteilung einer Weisung nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Mag. Holzleithner, des Angeklagten und seiner Verteidigerin Mag. Etl zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch 4., demzufolge auch im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung), und weiters der darauf gegründete Beschluss auf Anordnung der Bewährungshilfe und Erteilung einer Weisung gemäß §§ 50 Abs 1, 51 Abs 3 StGB aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

M***** D***** wird von dem wider ihn erhobenen Vorwurf gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen, er habe am 5. September 2018 außer dem Fall des § 208 Abs 1 StGB, um sich geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dadurch, dass er der am 5. Dezember 2005 geborenen C***** P***** über WhatsApp ein Video, ihn selbst bei der Masturbation zeigend, sendete, bewirkt, dass eine unmündige Person eine geschlechtliche Handlung wahrnimmt.

Für das ihm weiterhin zur Last liegende Verbrechen des schweren sexuellen Missbrauchs von Unmündigen nach § 206 Abs 1 StGB (1./) sowie die Vergehen der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen nach § 208a Abs 1 Z 1 StGB (2./), der pornografischen Darstellungen Minderjähriger nach § 207a Abs 3 erster Fall StGB und nach §§ 15, 207a Abs 3 „erster Fall“ StGB wird er unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB nach § 206 Abs 1 StGB zu einer

Freiheitsstrafe von 33 Monaten

verurteilt.

Gemäß § 43a Abs 4 StGB wird ein Strafteil von 22 Monaten für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen.

Die Vorhaftanrechnung wird dem Erstgericht überlassen.

Mit seiner Berufung gegen den Ausspruch über die Strafe und seiner (impliziten) Beschwerde wird der Angeklagte auf die Strafneubemessung und den neu gefassten Beschluss nach §§ 50 Abs 1, 51 Abs 3 StGB verwiesen.

Der Berufung gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche wird nicht Folge gegeben.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde M***** D***** des Verbrechens des schweren sexuellen Missbrauchs von Unmündigen nach § 206 Abs 1 StGB (1./), eines Vergehens der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen nach § 208a Abs 1 Z 1 StGB (2./), mehrerer Vergehen der pornographischen Darstellungen Minderjähriger nach „§§ 207a Abs 3 erster Fall iVm Abs 4 Z 1, 2 und 3 lit a und b, 15 StGB“ (3./) und eines Vergehens der sittlichen Gefährdung von Personen unter 16 Jahren nach § 208 Abs 2 StGB (4./) schuldig erkannt.

Danach hat er in M*****

1./ am 2. Februar 2019 mit der am 13. September 2009 geborenen, sohin unmündigen S***** L***** eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unternommen, indem er sich zu ihr ins Bett legte, mit seiner Hand von hinten unter ihre Unterhose fuhr und sie zweimal mit seinem Finger jeweils durch mehrfaches Auf- und Abbewegen penetrierte;

2./ im Zeitraum von 4. September 2018 bis 8. Oktober 2018 einer unmündigen Person in der Absicht, an ihr eine strafbare Handlung nach den §§ 201 bis 207a Abs 1 Z 1 StGB zu begehen, im Wege der Telekommunikation ein persönliches Treffen vorgeschlagen bzw mit ihr vereinbart und eine konkrete Vorbereitungshandlung zur Durchführung des persönlichen Treffens gesetzt, indem er mit der am 5. Dezember 2005 geborenen C***** P***** per WhatsApp (US 5) zahlreiche Nachrichten sexuellen Inhalts austauschte und ihr schließlich sinngemäß mitteilte, er könne sie besuchen kommen, sie müssten sich treffen und er wolle mit ihr Geschlechtsverkehr haben (US 5, 13), woraufhin es zu zwei Treffen am 6. September und am 8. Oktober 2018 kam;

3./ sich zu nachgenannten Zeiten pornographische Darstellungen mündiger und unmündiger minderjähriger Personen verschafft und besessen bzw zu verschaffen versucht, und zwar

a./ im Zeitraum 4. bis 7. September 2018 wirklichkeitsnahe Abbildungen der Genitalien bzw der Schamgegend Minderjähriger, indem er die am 5. Dezember 2005 geborene C***** P***** mehrfach aufforderte, ihm Nacktbilder zu übermitteln, auf denen die Unmündige und ihre Geschlechtsteile zu sehen sind, wobei es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Bilder handeln sollte, die seiner sexuellen Erregung dienen, und es lediglich aufgrund der Weigerung der P***** beim Versuch blieb;

b./ zwischen 28. September 2014 und 23. Juni 2016 „wirklichkeitsnahe Abbildungen geschlechtlicher Handlungen an unmündigen und mündigen Personen oder mündiger und unmündiger Personen an sich selbst oder an anderen Personen, wirklichkeitsnahe Abbildungen von Geschehen, deren Betrachtung nach den Umständen den Eindruck vermittelt, dass es sich dabei um eine geschlechtliche Handlung an unmündigen oder mündigen Personen oder mündiger und unmündiger Personen an sich selbst oder an anderen Personen handelt, sowie wirklichkeitsnahe, reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildungen der Genitalien oder der Schamgegend Minderjähriger, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienen“, indem er zumindest 173 Bilder, auf denen unmündige und mündige Minderjährige teils entblößt mit Fokus auf ihre Geschlechtsteile bzw ihre Schamgegend abgebildet sind bzw auf denen unmündige und mündige Minderjährige beim Oral-, Vaginal- und Analverkehr mit anderen teils gleichaltrigen, teils erwachsenen Personen zu sehen sind, auf nicht näher bekannte Weise bezog und auf einem Datenträger speicherte;

4./ am 5. September 2018 außer dem Fall des § 208 Abs 1 StGB, um sich geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, durch Übersendung eines ihn selbst bei der Masturbation zeigenden Videos per WhatsApp an die am 5. Dezember 2005 geborene C***** P***** bewirkt, dass eine unmündige Person eine geschlechtliche Handlung wahrnimmt, „die geeignet ist, die sittliche, seelische oder gesundheitliche Entwicklung von Personen unter 16 Jahren zu gefährden“.

Dagegen richtet sich die vom Angeklagten aus Z 4 und 5 des § 281 Abs 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde, der keine Berechtigung zukommt.

Rechtliche Beurteilung

Entgegen der Verfahrensrüge (Z 4) wurden durch die Abweisung der Anträge auf Beiziehung weiterer Sachverständiger (ON 65 S 6 f) Verteidigungsrechte nicht verletzt.

In Bezug auf den Schuldspruch 1./ beantragte der Angeklagte zum Beweis dafür, dass er angesichts fehlender männlicher DNA-Spuren in der Unterhose der S***** L***** die vorgeworfene Tat nicht begangen habe, die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der forensischen Molekularbiologie. Zwar wurde dieser Antrag abgewiesen (ON 65 S 8), das bereits vorliegende Gutachten aus dem betreffenden Fachgebiet (ON 26) allerdings durch die Sachverständige beim folgenden Hauptverhandlungstermin mündlich erörtert und – auch über Befragen durch die Verteidigerin – zu diesem Beweisthema ausgeführt, dass aus dem Umstand, dass auf Unterhose und Slipeinlage keine DNA-Merkmale des Angeklagten aufgefunden wurden, nicht zu schließen sei, dass die Tathandlung nicht so stattgefunden habe (ON 73 S 4 ff). Das Gutachten eines weiteren Sachverständigen (zu demselben Beweisthema) hätte daher nur durch Aufzeigen von – auch bei der Befragung nicht beseitigten – Mängeln des vorliegenden Gutachtens im Sinn des § 127 Abs 3 erster Satz StPO erwirkt werden können (RIS-Justiz RS0117263, RS0115712 [T10]).

Der Antrag auf Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Kinderpsychologie zum Beweis der Unrichtigkeit der Angaben der S***** L***** ließ nicht erkennen, weshalb diese (und ihre gesetzliche Vertreterin) die Zustimmung zu ihrer Begutachtung erteilen werde (RIS-Justiz RS0118956), und machte mit der bloßen Behauptung, das Tatopfer erfinde Geschehnisse und sage die Unwahrheit, nicht klar, warum im konkreten Fall jene besonderen Voraussetzungen vorliegen sollen, die (ausnahmsweise) die Hilfestellung eines Sachverständigen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen erfordern (vgl RIS-Justiz RS0120634, RS0097733).

Hinsichtlich der Vergehen der pornographischen Darstellungen Minderjähriger (3./b./) beantragte der Angeklagte die Beiziehung eines Sachverständigen „aus dem Computerfach bzw IT-Bereich“ zum Beweis dafür, dass er die Bilddateien nicht heruntergeladen und gespeichert sowie von deren Speicherung auf seinem Laptop nicht gewusst habe, sondern die Dateien ohne sein Wissen und Wollen im Zuge der Verwendung von Websites wie zB www.kinox.to oder www.iloal.to „aufgrund eines im Hintergrund unbewusst aktivierten Vorgangs gespeichert wurden“.

Diesem Antrag war aber nicht zu entnehmen, weshalb die beantragte Beweisaufnahme – auch in Anbetracht der Vielzahl der über einen Zeitraum von fast zwei Jahren geladenen Bilder sowie der Aussage des Angeklagten (vgl ON 60 S 7 ff), er vermute, die inkriminierten Bilder seien durch Ausbildungskollegen heruntergeladen worden (und nicht etwa automatisch im Zuge der Verwendung der angesprochenen Websites; vgl US 14), das behauptete Ergebnis erwarten lasse (RIS-Justiz RS0099453). Demzufolge war das Begehren auf unzulässige Erkundungsbeweisführung gerichtet (RIS-Justiz RS0099353).

Die zur Antragsfundierung im Rechtsmittel nachgetragenen Ausführungen unterliegen dem sich aus dem Wesen des herangezogenen Nichtigkeitsgrundes ergebendes Neuerungsverbot und sind daher unbeachtlich (RIS-Justiz RS0099618). Soweit der Beschwerdeführer die Begründung des abweisenden Beschlusses kritisiert, verfehlt er ebenfalls die Anfechtungskriterien des in Anspruch genommenen Nichtigkeitsgrundes (RIS-Justiz RS0116749).

Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall) liegt dann vor, wenn das Urteil den eine entscheidende Tatsache betreffenden Inhalt einer Aussage oder einer Urkunde anderen Beweismittels in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergibt (RIS-Justiz RS0099547). Indem die Beschwerde (zu 1./) aus dem Gutachten der Sachverständigen Dr. N***** andere Schlüsse zieht als das Erstgericht, spricht sie ein solches Fehlzitat nicht an, sondern bekämpft die Beweiswürdigung des Erstgerichts nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Berufung wegen Schuld.

Im Übrigen wurde der Umstand, dass auf der Jogginghose des Tatopfers ein DNA-Mischprofil von mehreren männlichen Personen aufgefunden wurde, während im Genitalbereich, auf dem Slip oder der Slipeinlage keine DNA-Merkmale vorhanden waren, ohnehin gewürdigt (US 10). Die überdies ins Treffen geführten Details aus dem Gutachten (etwa die Üblichkeit von DNA-Anhaftungen an Kleidungsstücken) stehen den tatrichterlichen Feststellungen nicht entgegen, womit das Vorbringen auch unter dem Aspekt einer Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) ins Leere geht.

Die weitere – auf 1./ bezogene – Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) nimmt nicht auf eine Feststellung zu entscheidenden Tatsachen Bezug (RIS-Justiz RS0130729), sondern kritisiert neuerlich bloß die Erwägungen der Tatrichter zu DNA-Spuren und deren aus dem molekularbiologischen Gutachten gezogenen Schlüsse.

Der zu (1./) 2./, 3./a./ und 4./ erhobene Einwand der Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall) zeigt keine unrichtige Wiedergabe

eines Beweismittels durch formalen Vergleich von Zitat und Aktenlage auf, sondern unterzieht die Aussage der Zeugin C***** P***** einer eigenständigen Würdigung, um daraus für den Nichtigkeitswerber günstigere Schlüsse plausibel zu machen.

Die Angaben der P*****, sie sehe auf den dem Angeklagten übermittelten Fotos nicht wie 12 Jahre aus, habe bezüglich des Vorwurfs sexueller Belästigung durch ihren Onkel gelogen und ihr Alter sei auf ihrer Facebook-Seite nicht ersichtlich gewesen, wie auch die Facebook-Kommunikation zwischen dem Angeklagten und C***** P***** stehen – unter dem Blickwinkel der Z 5 zweiter Fall – den Konstatierungen, wonach die Zeugin dem Beschwerdeführer ihr Alter mit „bald 13“ Jahren mitgeteilt hat und diesem demnach ihre Unmündigkeit bekannt war (US 5 f), nicht erörterungsbedürftig entgegen (RIS-Justiz RS0098646).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – zu verwerfen.

Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof davon (§ 290 Abs 1 zweiter Satz StPO), dass dem Schuldspruch 4./ eine sich zum Nachteil des Angeklagten auswirkende, von diesem jedoch nicht geltend gemachte Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO anhaftet.

Die Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 208 Abs 2 StGB setzt eine unmittelbare gegenwärtige Wahrnehmbarkeit einer geschlechtlichen Handlung durch das unmündige Opfer voraus. Die geforderte Unmittelbarkeit ist auch dann zu bejahen, wenn das Opfer etwa durch Hilfsmittel oder technische Übertragungsvorgänge in die Lage versetzt wird, das Geschehen wahrzunehmen. Es kommt dabei darauf an, dass dieses „live“ abläuft. Das Vorführen von Filmen erfüllt den Tatbestand daher nicht (RIS-Justiz RS0132177; EBRV 2319 BlgNR 24. GP 17; Philipp in WK² StGB § 208 Rz 10/1 iVm Rz 9; Fabrizy, StGB13 § 208 Rz 7).

Nach den Feststellungen übermittelte der Angeklagte der Unmündigen per WhatsApp ein Video, das ihn bei der Masturbation zeigt (US 5; vgl auch ON 35 S 4 iVm ON 31 S 13). Die Handlung war für P***** demnach nicht unmittelbar („live“) wahrnehmbar. Der Schuldspruch entbehrt somit der notwendigen Sachverhaltsgrundlage und war daher aufzuheben. Da nach der Aktenlage Feststellungen, die einen Schuldspruch in Ansehung dieses Sachverhalts tragen könnten, in einem zweiten Rechtsgang nicht zu erwarten sind, war im Umfang der Aufhebung mit Freispruch in der Sache selbst zu entscheiden (RIS-Justiz RS0118545).

Bei der dadurch erforderlichen Strafneubemessung waren das Zusammentreffen eines Verbrechens mit mehreren Vergehen sowie die Vielzahl des kinderpornografischen Materials als erschwerend, der bisher ordentliche Lebenswandel, die nach dem psychiatrischen Gutachten etwas verminderte Zurechnungsfähigkeit (ON 52) sowie der Umstand, dass es teilweise beim Versuch blieb, hingegen als mildernd zu werten. Dem Berufungsvorbringen zuwider kann von einem längeren Wohlverhalten des Angeklagten (letzte Tat im Februar 2019; vgl RIS-Justiz RS0108563 insbesondere [T4], RS0091574) ebenso wenig die Rede sein wie – bei einem Zeitraum von rund 15 Monaten vom Beginn der Ermittlungen bis zum Urteil erster Instanz – von einer unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer.

Ausgehend von diesen Strafzumessungskriterien (§ 32 Abs 2 erster Satz StGB) war auf Grundlage der Schuld des Angeklagten und der Auswirkungen der Tat auf die Opfer die aus dem Spruch ersichtliche Freiheitsstrafe zu verhängen.

Gänzlich bedingte Strafnachsicht kam im Hinblick auf die Art und das Gewicht der Taten sowie den Grad der Schuld des Angeklagten nicht in Betracht.

Unter Berücksichtigung der Unbescholtenheit und der Persönlichkeit des Angeklagten war aber davon auszugehen, dass die Verbüßung bloß eines Teils der Strafe (§ 43a Abs 4 StGB) – im Zusammenhalt mit der Anordnung von Bewährungshilfe sowie der Weisung, sich einer Psychotherapie zu unterziehen – genügen wird, ihn von der weiteren Begehung strafbarer Handlungen insbesondere gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung von Unmündigen abzuhalten.

Mit seiner Berufung wegen des Ausspruchs über die Strafe sowie der – impliziten – Beschwerde (§ 498 Abs 3 StPO) war der Angeklagte auf diese Entscheidung zu verweisen.

Das Erstgericht sprach der Privatbeteiligten S***** L***** gemäß § 369 Abs 1 StPO ein Schmerzensgeld in der Höhe von 1.000 Euro zu. Im Hinblick auf die psychischen Folgen der Tat (US 5) und die vom Opfer in Anspruch genommene psychologische Behandlung ist die Höhe dieses vom Erstgericht in freier Überzeugung (§ 273 ZPO) zuerkannten

Betrags nicht zu beanstanden. Der Expertise eines Sachverständigen zur Beurteilung der vom Opfer erlittenen psychischen Schmerzen bedurfte es – dem Berufungsvorbringen zuwider – nicht (RIS-Justiz RS0031614 [T1]).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO.

Textnummer

E129623

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2020:0150OS00081.20F.0930.000

Im RIS seit

12.11.2020

Zuletzt aktualisiert am

12.11.2020

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