

# TE OGH 1990/9/21 160s21/90

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.09.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21. September 1990 durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Melnizky als Vorsitzenden und durch die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral und Dr. Müller sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Steininger und Dr. Lachner als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Wachberger als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Manfred O\*\*\* wegen des Verbrechens der Unzucht mit Unmündigen nach § 207 Abs. 1 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 9. März 1990, GZ 30 Vr 568/89-16, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokuraors, Generalanwalt Dr. Raunig, des Angeklagten und des Verteidigers Dr. Schatzlmayr zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und die Strafe gemäß § 43 Abs. 1 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen; im übrigen wird der Berufung nicht Folge gegeben.

Gemäß § 390 a StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der 44-jährige Manfred O\*\*\* - dessen Geburtsdatum in der Urteilsausfertigung ersichtlich irrtümlich mit 27. anstatt richtig mit 17. Jänner 1946 (vgl. S 5, 45 und 134 dA) angegeben ist - des Verbrechens der Unzucht mit Unmündigen nach § 207 Abs. 1 StGB schuldig erkannt, weil er am 4. März 1989 in St. Martin und andernorts dadurch, daß er die am 30. Jänner 1980 geborene Marina K\*\*\* dazu verleitete, seinen entblößten Geschlechtsteil anzufassen, und das Mädchen, nachdem er es aufgefordert hatte, die Hose herunterzuziehen, zweimal am entblößten Geschlechtsteil betastete, eine unmündige Person auf andere Weise als durch Beischlaf zur Unzucht mißbraucht hat. Diesen Schulterspruch bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Gründe der Z 4, 5 a und 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Eine - Nichtigkeit gemäß § 281 Abs. 1 Z 4 StPO

bewirkende - Beeinträchtigung seiner Verteidigungsrechte erblickt der Beschwerdeführer darin, daß das Erstgericht in der Hauptverhandlung vom 9. März 1990 gegen seinen Widerspruch (S 154 dA) das Protokoll samt den (ihn belastenden) Angaben der Zeugin Marina K\*\*\* über die - vor dem sachlich unzuständigen Einzelrichter abgeführte - Hauptverhandlung vom 21. April 1989 gemäß § 252 Abs. 1 Z 1 StPO (S 154, 155 dA) verlesen und die erwähnten Angaben im Urteil verwertet hat, obwohl die Voraussetzungen für eine Verlesung dieser Aussage weder nach der Z 1

noch nach der Z 3 des § 252 Abs. 1 StPO gegeben gewesen seien, weil die vor Gericht erschienene Zeugin bloß in einer durch § 153 Abs. 2 StPO gedeckten Weise die "Antwort" auf eine Frage, nicht aber - ohne hiezu berechtigt zu sein - die Aussage (§ 252 Abs. 1 Z 3 StPO) verweigert habe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Festzuhalten ist zunächst, daß der Umstand, daß die Hauptverhandlung vom 21. April 1989 vor einem unzuständigen Einzelrichter abgeführt worden war, die Verlesung des bezüglichen Hauptverhandlungsprotokolls für sich allein noch nicht unzulässig machte; denn es handelt sich dabei jedenfalls um ein in der gegenständlichen Strafsache bei Gericht aufgenommenes Protokoll (vgl. Mayerhofer-Rieder StPO2 E 11, 12 zu § 252).

Richtig ist allerdings, daß die Bestimmung des § 252 Abs. 1 Z 1 StPO - auf welche das Erstgericht die Verlesung der Aussage der Zeugin Marina K\*\*\* stützte - in erster Linie (wenngleich nicht ausschließlich; vgl. Mayerhofer-Rieder aaO E 39 zu § 252) darauf abstellt, ob das "persönliche Erscheinen" eines Zeugen vor Gericht bewerkstelligt werden kann oder nicht, und daß vorliegend die Zeugin Marina K\*\*\* vor Gericht erschienen ist. Damit ist aber im Ergebnis für den Standpunkt des Beschwerdeführers nichts gewonnen. Denn eine frühere Aussage eines Zeugen darf jedenfalls dann nach § 252 Abs. 1 Z 2 StPO auch ohne Einverständnis des Anklägers und des Angeklagten in der Hauptverhandlung verlesen werden, wenn der Vernommene - wie im vorliegenden Fall die Zeugin Marina K\*\*\* - behauptet, sich "nicht mehr gut erinnern" zu können (Foregger-Serini StPO4 Anm. II zu § 252 Abs. 1 Z 2; Bertel, Grundriß des Strafprozeßrechts2 Rz 617). Darüber hinaus war die Verlesung der in Rede stehenden gerichtlichen Aussage der genannten Zeugin - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - aber auch nach § 252 Abs. 1 Z 3 StPO zulässig. Denn die Fragen des Vorsitzenden an die Zeugin, ob sie sich "noch ein bißchen" an den Vorfall (vom 4. März 1989) erinnern könne, bzw. "an was sie sich noch erinnern kann" (S 148 dA), bezogen sich weder auf Umstände aus ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich noch auf Einzelheiten der strafbaren Handlung, sodaß das Schweigen der Zeugin nicht als (berechtigte) Geltendmachung eines Entschlagungsrechtes nach § 153 Abs. 2 StPO, sondern vielmehr als unberechtigte Verweigerung der Aussage angesehen werden muß, wobei es ohne Belang ist, daß dieser Weigerung im Hinblick auf das Alter der Zeugin nicht durch Anwendung von Beugemitteln (§ 160 StPO) abgeholfen werden konnte (s. auch S 151 dA).

Demnach war die Verlesung der gerichtlichen Aussage der Zeugin Marina K\*\*\* - auch wenn sich das Erstgericht nur auf § 252 Abs. 1 Z 1 StPO bezogen hat - jedenfalls nach den Z 2 und 3 dieser Gesetzesstelle auch gegen den Widerspruch des Angeklagten zulässig, weshalb der behauptete Verfahrensmangel nicht vorliegt. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang (auch) rügt, daß es der Vorsitzende unterlassen habe, ihn nach jeder Verlesung zu befragen, ob er darüber etwas zu bemerken habe, so übersieht er, daß eine Verletzung der Bestimmung des § 252 Abs. 3 StPO nicht mit Nichtigkeit bedroht ist (§ 281 Abs. 1 Z 3 StPO). Es wäre vielmehr seine bzw. seines Verteidigers Sache gewesen, durch gezielte Antragstellung seinem (vermißten) Recht auf Gehör zum Durchbruch zu verhelfen und gegebenenfalls einen (abweisenden) Senatsbeschluß zu erwirken, um diesen sodann mit Verfahrensrüge gemäß § 281 Abs. 1 Z 4 StPO bekämpfen zu können. Anträge in dieser Richtung wurden jedoch nach dem Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls (ON 15 dA) in erster Instanz nicht gestellt.

Mit der Tatsachenrüge (§ 281 Abs. 1 Z 5 a StPO) hinwieder vermag der Beschwerdeführer keine sich aus den Akten ergebenden erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen aufzuzeigen. Weder die Aussage der Zeugin Johanna S\*\*\*, wonach Marina K\*\*\* seit etwa November 1988 verschlossen war (S 84, 146 dA), noch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Rudolf I\*\*\*, der im Test eine Neigung der Zeugin K\*\*\* zum Fabulieren nicht festgestellt hat, jedoch auf die Fragen des Verteidigers "nicht ausschließen" konnte, daß "ein Erlebnis", zum Beispiel der erstmalige Anblick des Schlauches eines Hengstes bei einem Kind - neben Verwunderung und Anregung zu vermehrter Fragestellung - auch eine Neigung zum Fabulieren hervorrufen kann (S 153, 154 dA), sind geeignet, intersubjektiv begründete Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Mädchens zu erwecken. Die bezüglichen Beschwerdeaufführungen stellen sich vielmehr insgesamt nur als Bekämpfung der erstrichterlichen Beweiswürdigung dar, worauf aber eine Tatsachenrüge nicht gestützt werden kann. Nicht berechtigt ist schließlich auch die - nominell nur auf § 281 Abs. 1 Z 10 StPO gestützte, der Sache nach aber auch Nichtigkeit nach der Z 9 lit. a der zitierten Gesetzesstelle reklamierende - Rechtsrüge, mit welcher der Beschwerdeführer sich primär gegen die Beurteilung der festgestellten Tathandlungen als Unzucht im Sinn des § 207 Abs. 1 StGB wendet (Z 9 lit. a) und lediglich "allenfalls" eine Subsumtion der Tat unter § 208 StGB anstrebt (Z 10).

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung liegt ein Mißbrauch zur Unzucht im Sinn des § 207 Abs. 1 StGB immer dann vor, wenn zur unmittelbaren Geschlechtssphäre gehörige, somit dem männlichen oder weiblichen Körper spezifisch eigentümliche Körperpartien des Opfers und des Täters mit dem Körper des anderen in eine nicht bloß flüchtige und oberflächliche Berührung gebracht werden (Foregger-Serini StGB4 Anm. I zu § 207 iVm Anm. I zu § 203 aF;

Leukauf-Steininger 2 § 207 RN 5; Pallin WrK § 207 Rz 6;

EvBl. 1976/205; EvBl. 1977/184 uam). Nach den Feststellungen des Schöffengerichtes hat der Beschwerdeführer zunächst dem Mädchen seinen entblößten Geschlechtsteil gezeigt und es aufgefordert, diesen (und die Hoden) anzugreifen, was das Kind auch getan hat, sodann hat er zweimal den entblößten Geschlechtsteil des zur Tatzeit 9-jährigen Mädchens betastet (S 157 ff, 163 dA). Daß es sich bei den festgestellten Tathandlungen um sexualbezogene Handlungen gehandelt hat, räumt letztlich auch der Beschwerdeführer ein. Entgegen dem - die tatbestandsessentielle sexuelle Erheblichkeit des Körperkontaktes zwischen ihm und seinem Opfer

bestreitenden - Beschwerdevorbringen hat es sich dabei keineswegs um bloß flüchtige und oberflächliche sexuelle Berührungen gehandelt. Ist doch das vom Schöffengericht als erwiesen angenommene Angreifenlassen des entblößten Geschlechtsteiles des Beschwerdeführers durch das Kind und das zweimalige Betasten des entblößten Geschlechtsteiles des Kindes durch den Beschwerdeführer als jeweils gezielt sexualbezogenes Verhalten eine Handlung, die - ohne daß es hiezu weiterer Konstatierungen bedürfte - jene Intensität und sexuelle Erheblichkeit des Körperkontaktes zwischen Täter und Opfer aufweist, auf die der Tatbestand des § 207 Abs. 1 StGB abstellt.

Der Beurteilung der festgestellten Tathandlungen als Mißbrauch zur Unzucht im Sinn des § 207 Abs. 1 StGB haftet somit der behauptete Rechtsirrtum nicht an.

Die Subsumtionsrüge hinwieder entbehrt der prozeßordnungsgemäßen Ausführung. Denn sie hält nicht am festgestellten Urteilssachverhalt fest, demzufolge der Beschwerdeführer das unmündige Opfer zur Unzucht mißbraucht und nicht bloß - wie dies der Tatbestand des § 208 StGB voraussetzt - vor der Unmündigen ohne deren aktive oder passive Mitwirkung sittlichkeitsgefährdende Handlungen vorgenommen hat. Insoweit ist daher die Rüge nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt. Die zur Gänze unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Das Schöffengericht verurteilte den Angeklagten nach § 207 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 9 (neun) Monaten, wobei es gemäß § 43 a Abs. 3 StGB einen Teil dieser Freiheitsstrafe in der Dauer von 8 (acht) Monaten unter Bestimmung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt nachsah.

Bei der Strafbemessung wertete es als erschwerend die Wiederholung der sexuellen Mißbrauchshandlungen, als mildernd hingegen die bisherige Unbescholtenheit des Angeklagten. Mit seiner Berufung strebt der Angeklagte die Verhängung einer Geldstrafe an Stelle der Freiheitsstrafe und die bedingte Nachsicht der Geldstrafe bzw. die Herabsetzung der Freiheitsstrafe und deren gänzliche bedingte Nachsicht an.

Soweit die Berufung gegen das Strafausmaß und die Strafart gerichtet ist, kommt ihr keine Berechtigung zu.

Denn das Schöffengericht hat die Strafzumessungsgründe im wesentlichen richtig und vollständig festgestellt, aber auch zutreffend gewürdigt. Nach den Urteilsfeststellungen hat der Berufungsverwerber die Unmündige zunächst dazu verleitet, seinen entblößten Geschlechtsteil anzufassen; sodann hat er kurze Zeit später (auf der Heimfahrt) zweimal den entblößten Geschlechtsteil des Kindes betastet. Damit hat er, auch wenn es sich bei diesen Angriffen um ein einheitliches Geschehen und somit nicht um eine "Deliktwiederholung" gehandelt haben mag, die Unzuchtshandlungen jedenfalls wiederholt, was ihm - entgegen seinem Berufungseinwand - zu Recht als erschwerend angelastet wurde. Der Milderungsgrund des § 34 Z 13 StGB hinwieder, den die Berufung mit der Begründung reklamiert, daß der Mißbrauch zur Unzucht beim Opfer zu keiner bleibenden (physischen und/oder psychischen) Schädigung geführt habe, kann in seiner (hier allein in Betracht kommenden) ersten Variante nur bei jenen Delikten relevant sein, die auf eine Rechtsgutverletzung abgestellt sind, ohne daß deren Eintritt für die Tatbestandsmäßigkeit vorausgesetzt ist, wie dies auf Absichts-, Versuchs- oder Unternehmensdelikte zutrifft (vgl. Pallin, Strafzumessung Rz 66), nicht aber auf das Delikt des § 207 StGB. Schließlich kann aber auch von einem längeren Zurückliegen der Tat im Sinn des § 34 Z 18 StGB nicht gesprochen werden, sodaß auch dieser von der Berufung ins Treffen geführte Milderungsgrund nicht zum Tragen kommen kann.

Ausgehend von den gegebenen Strafzumessungsgründen und unter entsprechender Berücksichtigung der

allgemeinen Grundsätze für die Strafbemessung erweist sich das in erster Instanz gefundene Strafausmaß nicht als überhöht; dessen Reduzierung kam somit nicht in Betracht. Damit scheidet aber die angestrebte Verhängung einer Geldstrafe an Stelle der Freiheitsstrafe kraft Gesetzes (§ 37 Abs. 1 StGB) aus.

Berechtigt ist die Berufung jedoch, soweit sie die Anwendung des§ 43 Abs. 1 StGB begehrt. Wenngleich § 43 a Abs. 3 StGB nicht auf jene Fälle beschränkt ist, in denen im Hinblick auf frühere Verurteilungen die Strafe nicht zur Gänze bedingt nachgesehen werden kann (arg: "insbesondere"), so bedarf es doch im vorliegenden Fall nicht des sofortigen Vollzugs (zumindest) eines Teiles der Freiheitsstrafe, um den Berufungswerber von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten und der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Es liegen vielmehr - auch unter dem vom Erstgericht in den Vordergrund gestellten Aspekt der Erhaltung und Festigung der allgemeinen Normentreue - alle Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 StGB vor, sodaß die Strafe zur Gänze bedingt nachzusehen war.

Über die Rechtsmittel des Angeklagten war somit spruchgemäß zu erkennen.

Die Kostenentscheidung fußt auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E21847

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0160OS00021.9.0921.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900921\_OGH0002\_0160OS00021\_9000000\_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)