

# TE OGH 1989/2/21 110s3/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.02.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21.Februar 1989 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Felzmann und Dr. Rzeszut als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Tegischer als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Johann G\*\*\* wegen des Verbrechens der absichtlichen schweren Körperverletzung nach dem § 87 Abs 1 und 2, 1. Fall, StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 17.August 1988, GZ 9 a Vr 12.738/87-44, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die beiderseitigen Berufungen wird der Akt dem Oberlandesgericht Wien zugeleitet.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 31.Mai 1956 geborene Johann G\*\*\* des Verbrechens der vorsätzlichen schweren Körperverletzung nach dem § 87 Abs 1 und 2, erster Fall, StGB schuldig erkannt. Darnach fügte er am 31.Oktober 1987 in Wien seiner Ehefrau Gabriele G\*\*\* absichtlich schwere körperliche Verletzungen zu, indem er sie mit Nitroverdünnung übergießt und mit einem Feuerzeug in Brand steckt und ihr dadurch Verbrennungen zweiten und dritten Grades in einer Ausdehnung von etwa 35 % der Körperoberfläche zufügt, wobei diese Tat eine schwere Dauerfolge im Sinn des § 85 StGB (auffallende Verunstaltung) zur Folge hatte.

## Rechtliche Beurteilung

Diesen Schuldspruch ficht der Angeklagte mit einer auf den § 281 Abs 1 Z 3, 4 und 5 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde an; den Strafausspruch bekämpfen sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte mit Berufung.

Das Gericht stützte sich bei der Sachverhaltsfeststellung auf die polizeilichen Erhebungen, denen neben den Angaben des Tatopfers und des Tatzeugen, nämlich des fünfjährigen Sohnes der Gabriele G\*\*\*, Christian J\*\*\*, auch die Skepsis des behandelnden Arztes über die Richtigkeit der (Unfalls-)Version des Angeklagten zugrunde lagen. Diese eine Brandentstehung durch unvorsichtiges Hantieren der Gabriele G\*\*\* mit einer brennenden Zigarette behauptende

Einlassung des Beschwerdeführers wurde nach der Überzeugung des Schöffengerichtes auch durch die in der Hauptverhandlung erstatteten Sachverständigengutachten widerlegt (S 274 bis 277). Da Gabriele G\*\*\* - wie ausführlich dargelegt wurde - auf massiven Druck hin sich in der Hauptverhandlung der Zeugenaussage entschlug (S 277 bis 280), machte das Gericht "schon aus Gründen der Unmittelbarkeit und des unmittelbar persönlichen Eindrucks von diesem Zeugen" die Beurteilung der Angaben des Christian J\*\*\* in der Verhandlung "zum Mittelpunkt der Würdigung" (S 271). Es kam dabei unter ausführlicher Schilderung der Vorgänge vor und während der Hauptverhandlung und des persönlichen Eindrucks, den das Kind hinterließ, zum Ergebnis, daß weder an der Aussage- und Einsichtsfähigkeit noch an der Ehrlichkeit und der Fähigkeit des Buben, Erlebtes wahrheitsgemäß wiederzugeben, Zweifel entstanden (S 260 bis 273).

Der Beschwerdeführer rügt nun, daß durch die zeugenschaftliche Vernehmung eines Fünfjährigen auf Grund eigener - nach Beschwerdemeinung rechtlich unwirksamer - Erklärung, aussagen zu wollen, die mit Nichtigkeit (Z 3) bedrohte Vorschrift des § 152 Abs 1 Z 1 und Abs 3 StPO verletzt und überdies infolge Ablehnung der zur Frage der Zeugnisanfähigkeit gestellten Anträge auf Befragung der Mutter als gesetzlicher Vertreterin des nicht handlungsfähigen Zeugen Christian J\*\*\* (S 240) und auf Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zum Nachweis dafür, daß das Kind seine belastenden Aussagen auf Veranlassung Dritter abgelegt habe (S 243), Verteidigungsrechte beeinträchtigt wurden (Z 4). Bei Beurteilung des hiemit angezogenen, für die Strafrechtspraxis wichtigen Problems, ob und unter welchen Umständen ein nicht eigenberechtigter Zeuge sein Entschlagsrecht (§ 152 Abs 1 Z 1 StPO) auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausüben kann, wäre vorweg festzuhalten, daß es sich hier um eine nicht rechtsgeschäftliche Verfügung über ein höchstpersönliches Recht handelt, worauf nicht die Regeln über die allgemeine Geschäfts-(Handlungs-)fähigkeit Anwendung finden. Lehre und Rechtsprechung stellten in derartigen Fällen überwiegend auf die (im Einzelfall festzustellende) Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen ab (siehe hiezu allgemein: Aicher in Rummel Rz 17 zu § 16 ABGB). Im Rahmen des materiellen Strafrechts wurde diese Frage im Zusammenhang mit der Beachtlichkeit der Einwilligung eines Minderjährigen in die Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit (§ 90 StGB) oder in die Vornahme einer Heilbehandlung oder Operation (§ 110 StGB) erörtert. Hierbei wurde überwiegend die Meinung vertreten, daß jedenfalls der mündige Minderjährige (§ 74 Z 2 und 3 StGB), wenn die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Einzelfall gegeben ist, eine (solche) Einwilligung wirksam erteilen kann (vgl. Leukauf-Steininger<sup>2</sup>, RN 5 zu § 90 und RN 7 zu § 110 StGB, sowie Kienapfel BT I2, RN 16 und 17 zu § 90 und RN 22 bis 24 zu § 110 StGB und die dort zitierte Judikatur und Literatur). Unmündigen (§ 74 Z 1 StGB) wird diese Einsichts- und Urteilsfähigkeit allerdings im allgemeinen abgesprochen; sie bedürfen einerlei ob die Eingriffe in die körperliche Integrität einer Heilbehandlung, der Forschung oder auch der strafgerichtlichen Untersuchung dienen sollen, der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (siehe hiezu Zipf in ÖJZ 1977 S 384, SSt 29/85, LSK 1976/151, SSt 55/59 uva).

Diese Grundsätze lassen sich aber nicht auf die in der Strafprozeßordnung verankerte ausschließlich dem Schutz des Zeugen - nicht der Verteidigung des Angeklagten dienende (SSt 31/58) - Begünstigung ausdehnen, im Strafverfahren gegen Angehörige (§ 72 StGB) nicht zur Aussage gezwungen werden zu können. Einerseits handelt es sich bei der Verfügung über dieses Entschlagsrecht nicht um einen (möglichen) Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, dessen allfällige Folgen abzuschätzen einer gewissen Reife und Lebenserfahrung bedarf, sondern ausschließlich um den Schutz der persönlichen Entscheidungsfreiheit, ob - aus welchen nicht anzugebenden Motiven auch immer - eine Aussage abgelegt wird oder nicht. Andererseits entzieht sich diese weitgehend im emotionellen Bereich des Zeugen angesiedelte Entscheidung schon ihrer Art nach einer Substituierung durch einen (gesetzlichen) Vertreter. So hing schon S. Mayer (Commentar zu der Österreichischen Strafprozeßordnung, Erster Teil, S 531, 532) der Auffassung an, daß in derartigen Fällen die Vernehmung des gesetzlichen Vertreters über die Vorfrage der Zeugnisverweigerung als ungeeignetes Auskunftsmittel erscheinen müsse, denn das Recht der Zeugnisverweigerung sei persönlicher Natur, zumal in nicht wenigen Fällen gerade der Angeschuldigte selbst der natürliche und gesetzlich allgemeine Vertreter des fraglichen Zeugen ist, die Bestellung eines besonderen Vertreters aber zu solchem Zwecke schon als eine der Natur des Strafverfahrens widerstrebende Weiterung verworfen werden müßte. In Fällen, in denen eine Befragung des Minderjährigen offenbar ungeeignet und unnütz erscheine, hätte der Richter von Amts wegen davon abzusehen. Dieser Ansicht Mayers folgte der Oberste Gerichtshof auch in seiner bisherigen Judikatur, indem er aussprach, daß das Entschlagsrecht an kein Alter gebunden (EvBl 1970/52), auch die Vernehmung eines fünfjährigen Tatopfers grundsätzlich als geeignetes Beweismittel anzusehen (EvBl 1980/150) und es letztlich der Beweismündigkeit des erkennenden Gerichtes anheimzustellen ist, auf Grund seiner forensischen Erfahrung, des persönlichen Eindrucks von dem zu Vernehmenden und der Ergebnisse der sonstigen Beweisaufnahmen sich über die Zeugnisfähigkeit eines

Minderjährigen schlüssig zu werden (§ 151 Z 3 StPO). Nur wenn das Gericht begründete Zweifel an der Zeugnisfähigkeit eines Kindes hegt, kann die Beiziehung eines jugendpsychiatrischen Sachverständigen geboten sein (SSt 30/53, 10 Os 55/75, 10 Os 91/77, 14 Os 181/87 uva). Erklärt aber ein solcherart als aussagefähig erkanntes Kind nach altersgemäßer Belehrung seinen Willen, vom Entschlagungsrecht nicht Gebrauch machen zu wollen, wird das Gericht auch unter Bedachtnahme auf die besondere Schutzbedürftigkeit der Minderjährigen (§ 21 ABGB) nur dann von einer Vernehmung Abstand nehmen müssen, wenn konkrete, dem Kind zum Nachteil reichende Folgen der Aussagebereitschaft abzusehen sind.

Angewendet auf den vorliegenden Beschwerdefall bedeutet dies, daß nach dem Akteninhalt auch beim Obersten Gerichtshof keine Zweifel an der speziellen Einsichts- und Aussagefähigkeit des geistig reifen, zum Tatzeitpunkt zwar erst fünfjährigen, im Zeitpunkt der Hauptverhandlung aber bereits fünfdreiviertel Jahre alten Zeugen Christian J\*\*\* entstanden: Dem Erstgericht ist also nicht entgegenzutreten, wenn es von der Vernehmung dieses Tatzeugen nicht absah; es bedurfte hierzu weder der Zustimmung der - als eingeschüchtertes Opfer der Tat in den Straffall

verfangenen - Vormünderin noch war bei der gegebenen Verfahrenslage die Beiziehung eines jugendpsychiatrischen Sachverständigen indiziert.

Es liegt daher weder der Nichtigkeitsgrund der Z 3 noch jener der Z 4 des § 281 Abs 1 StPO vor.

Als mangelhafte Begründung (Z 5) wird schließlich moniert, daß das Gericht beweiswürdigend auf die Verletzungsanzeige der I. Hautklinik des Allgemeinen Krankenhauses der Stadt Wien vom 1. November 1987 (S 25) und die (Angaben der Gabriele G\*\*\* und des Christian J\*\*\* betreffenden) Polizeiberichte vom 19. und 20. November 1987 (S 29 bis 33) Bezug nahm, obwohl diese Schriftstücke in der Hauptverhandlung nicht verlesen wurden (§ 258 Abs 1 StPO).

Diesem Beschwerdeeinwand zuwider wurde inhaltlich des vom Vorsitzenden handschriftlich korrigierten und genehmigten Hauptverhandlungsprotokolls auch die Anzeige ON 4 verlesen (S 246), in welcher die oben angeführten Beweismittel enthalten sind. Die diesbezügliche Beschwerdebehauptung erweist sich sohin als aktenwidrig.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist darum insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt, im übrigen aber unbegründet im Sinn des § 285 d Abs 1 StPO; sie war folglich bereits bei einer nichtöffentlichen Beratung zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die beiderseitigen Berufungen fällt daher gemäß dem § 285 i StPO in die Kompetenz des örtlich zuständigen Gerichtshofes zweiter Instanz.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E16697

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0110OS00003.89.0221.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890221\_OGH0002\_0110OS00003\_8900000\_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)