

# TE OGH 2023/4/26 120s22/23m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.04.2023

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 26. April 2023 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Solé als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Oshidari, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Brenner und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Haslwanter LL.M. in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Fitzthum in der Strafsache gegen \* S\* wegen des Verbrechens der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Schöffengericht vom 24. November 2022, GZ 13 Hv 27/22s-173, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:Der Oberste Gerichtshof hat am 26. April 2023 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Solé als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Oshidari, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Brenner und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Haslwanter LL.M. in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Fitzthum in der Strafsache gegen \* S\* wegen des Verbrechens der Vergewaltigung nach Paragraph 201, Absatz eins, StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Schöffengericht vom 24. November 2022, GZ 13 Hv 27/22s-173, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in den Schuldsprüchen B./I./4./ und 5./ sowie B./II./4./ und 5./, im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung), in der Unterbringungsanordnung nach § 21 Abs 2 StGB sowie im Konfiskationserkenntnis aufgehoben und die Strafsache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht St. Pölten verwiesen.Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in den Schuldsprüchen B./I./4./ und 5./ sowie B./II./4./ und 5./, im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung), in der Unterbringungsanordnung nach Paragraph 21, Absatz 2, StGB sowie im Konfiskationserkenntnis aufgehoben und die Strafsache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht St. Pölten verwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde \* S\* des Verbrechens der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 StGB (A./I./), des Vergehens der Nötigung nach §§ 15, 105 Abs 1 StGB (A./II./) sowie jeweils mehrerer Vergehen der pornographischen Darstellungen Minderjähriger nach § 207a Abs 3 zweiter Fall StGB (B./I./) und nach § 207a Abs 1 Z 2

StGB (B./II./) schuldig erkannt. [1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde \* S\* des Verbrechen der Vergewaltigung nach Paragraph 201, Absatz eins, StGB (A./I./), des Vergehens der Nötigung nach Paragraphen 15, 105, Absatz eins, StGB (A./II./) sowie jeweils mehrerer Vergehen der pornographischen Darstellungen Minderjähriger nach Paragraph 207 a, Absatz 3, zweiter Fall StGB (B./I./) und nach Paragraph 207 a, Absatz eins, Ziffer 2, StGB (B./II./) schuldig erkannt.

[2] Danach hat er in B\* und andernorts

A./ nachts zum 9. Oktober 2021 \* V\*

I./ mit Gewalt und durch Entziehung der persönlichen Freiheit zur Duldung einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung genötigt, indem er ihn von hinten ergriff, ihm die linke Hand auf dem Rücken fixierte, ihn mit der rechten Hand an der rechten Schulter festhielt, ihn gewaltsam mit seinem Penis anal penetrierte und mehrere Minuten lang analen Geschlechtsverkehr an ihm vollzog;römisch eins./ mit Gewalt und durch Entziehung der persönlichen Freiheit zur Duldung einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung genötigt, indem er ihn von hinten ergriff, ihm die linke Hand auf dem Rücken fixierte, ihn mit der rechten Hand an der rechten Schulter festhielt, ihn gewaltsam mit seinem Penis anal penetrierte und mehrere Minuten lang analen Geschlechtsverkehr an ihm vollzog;

II./ durch gefährliche Drohung mit zumindest einer Verletzung am Körper zur Unterlassung der Offenbarung der im Punkt A./I./ dargestellten Tat zu nötigen versucht, indem er den Genannten im Anschluss daran aufforderte, niemandem etwas davon zu erzählen, und zu ihm sagte, dass er viele Araber in W\* kenne und viele Freunde habe und ihn „erledigen“ lassen könnte, wobei es beim Versuch blieb, weil \* V\* zunächst seiner Mutter von der Tat erzählte und in der Folge Anzeige erstattete;römisch zwei./ durch gefährliche Drohung mit zumindest einer Verletzung am Körper zur Unterlassung der Offenbarung der im Punkt A./I./ dargestellten Tat zu nötigen versucht, indem er den Genannten im Anschluss daran aufforderte, niemandem etwas davon zu erzählen, und zu ihm sagte, dass er viele Araber in W\* kenne und viele Freunde habe und ihn „erledigen“ lassen könnte, wobei es beim Versuch blieb, weil \* V\* zunächst seiner Mutter von der Tat erzählte und in der Folge Anzeige erstattete;

B./ wirklichkeitsnahe Abbildungen geschlechtlicher Handlungen und der Genitalien auf reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensumständen losgelöste Weise zeigende, der sexuellen Erregung des Betrachters dienende, pornographische Darstellungen Minderjähriger

I./ besessen, und zwar seit jeweils nicht festzustellenden Zeitpunkten bis;römisch eins./ besessen, und zwar seit jeweils nicht festzustellenden Zeitpunkten bis

1./ 4. März 2020 eine Bilddatei mit einem unmündigen Minderjährigen beim Oralverkehr (US 9);

2./ 20. Mai 2020 eine Videodatei mit einem unmündigen Minderjährigen bei der Selbstbefriedigung (US 9);

3./ 26. Juli 2020 mehrere Videodateien mit unmündigen und mündigen Minderjährigen bei Oralverkehr, Analverkehr und Selbstbefriedigung (US 9);

4./ 11. März 2021 elf Videodateien und 180 Bilddateien mit unmündigen Minderjährigen;

5./ 11. Oktober 2021 zumindest neun Bilddateien und 16 Videodateien mit mündigen und unmündigen Minderjährigen;

II./ anderen durch Hochladen auf diversen Plattformen zugänglich gemacht, und zwar;römisch zwei./ anderen durch Hochladen auf diversen Plattformen zugänglich gemacht, und zwar

1./ am 4. März 2020 die zu Punkt B./I./1./ genannte Bilddatei via Twitter über den Account \*;

2./ am 13., 16. und 20. Mai 2020 die zu Punkt B./I./2./ genannte Videodatei via Instagram über die Accounts \*, \*, \* und \*;

3./ am 26. Juli 2020 die zu Punkt B./I./3./ genannten Videodateien via Twitter über den Account \*;

4./ am 12. November 2020 eine Videodatei via Facebook über den Account \*;

5./ am 7. Dezember 2020 eine Videodatei via Twitter über den Account \*.

[3] Gemäß § 21 Abs 2 StGB wurde der Angeklagte in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eingewiesen.  
[3] Gemäß Paragraph 21, Absatz 2, StGB wurde der Angeklagte in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eingewiesen.

### **Rechtliche Beurteilung**

[4] Die gegen dieses Urteil auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – nicht berechtigt. [4] Die gegen dieses Urteil auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 4, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – nicht berechtigt.

[5] Entgegen der Verfahrensrüge wurden durch Abweisung des Antrags auf „Einholung eines Gutachtens aus dem Fachbereich Molekularbiologie zum Beweis dafür, dass bei Zutreffen der Angaben des Zeugen V\* mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit DNA-Spuren des Angeklagten entweder am Körper des Zeugen oder an der sichergestellten Kleidung gefunden hätten werden müssen“ (ON 172 S 24), Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht verletzt. Denn das Beweisbegehren ließ nicht erkennen, aus welchen Gründen die beantragte Beweisaufnahme das behauptete Ergebnis erwarten lasse, und erschöpfte sich solcherart in unzulässiger Erkundungsbeweisführung (vgl RIS-Justiz RS0118444). [5] Entgegen der Verfahrensrüge wurden durch Abweisung des Antrags auf „Einholung eines Gutachtens aus dem Fachbereich Molekularbiologie zum Beweis dafür, dass bei Zutreffen der Angaben des Zeugen V\* mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit DNA-Spuren des Angeklagten entweder am Körper des Zeugen oder an der sichergestellten Kleidung gefunden hätten werden müssen“ (ON 172 S 24), Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht verletzt. Denn das Beweisbegehren ließ nicht erkennen, aus welchen Gründen die beantragte Beweisaufnahme das behauptete Ergebnis erwarten lasse, und erschöpfte sich solcherart in unzulässiger Erkundungsbeweisführung vergleiche RIS-Justiz RS0118444).

[6] Das im Rechtsmittel nachgetragene – im Übrigen bloße Spekulationen über die Möglichkeit des Vorhandenseins entsprechenden DNA-Materials enthaltende – Vorbringen unterliegt dem sich aus dem Wesen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes ergebenden Neuerungsverbot und ist daher unbeachtlich (vgl RIS-Justiz RS0099618). [6] Das im Rechtsmittel nachgetragene – im Übrigen bloße Spekulationen über die Möglichkeit des Vorhandenseins entsprechenden DNA-Materials enthaltende – Vorbringen unterliegt dem sich aus dem Wesen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes ergebenden Neuerungsverbot und ist daher unbeachtlich vergleiche RIS-Justiz RS0099618).

[7] Der weiteren Beschwerde (der Sache nach Z 11 iVm Z 4) zuwider hat das Erstgericht auch den Antrag (ON 104 S 18 iVm ON 89) auf Enthebung des Sachverständigen Dr. H\* wegen Befangenheit (§ 126 Abs 4 iVm § 47 Abs 1 Z 3 StPO) zu Recht abgelehnt. Denn der Beschwerdeführer gab nicht bekannt, weshalb allein aus dem Umstand, dass dieser Experte bereits im Ermittlungsverfahren ein (bloßes) Aktengutachten zum Geisteszustand des Angeklagten (§ 11 StGB) und zur Gefährlichkeitsprognose (§ 21 Abs 1 oder 2 StGB) erstellt hat (ON 86), Zweifel an dessen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit ableitbar sein sollen (vgl dazu Hinterhofer, WK-StPO § 126 Rz 72 f). [7] Der weiteren Beschwerde (der Sache nach Ziffer 11, in Verbindung mit Ziffer 4,) zuwider hat das Erstgericht auch den Antrag (ON 104 S 18 in Verbindung mit ON 89) auf Enthebung des Sachverständigen Dr. H\* wegen Befangenheit (Paragraph 126, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 47, Absatz eins, Ziffer 3, StPO) zu Recht abgelehnt. Denn der Beschwerdeführer gab nicht bekannt, weshalb allein aus dem Umstand, dass dieser Experte bereits im Ermittlungsverfahren ein (bloßes) Aktengutachten zum Geisteszustand des Angeklagten (Paragraph 11, StGB) und zur Gefährlichkeitsprognose (Paragraph 21, Absatz eins, oder 2 StGB) erstellt hat (ON 86), Zweifel an dessen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit ableitbar sein sollen vergleiche dazu Hinterhofer, WK-StPO Paragraph 126, Rz 72 f).

[8] Soweit das Begehren auf Ablehnung wegen „struktureller“ Befangenheit des Sachverständigen verstanden werden kann (vgl ON 104 S 18: „laufend für die Staatsanwaltschaft tätig“), scheidet es schon daran, dass eine Bestellung des Sachverständigen im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren nicht begehrt wurde (vgl RIS-Justiz RS0131744). [8] Soweit das Begehren auf Ablehnung wegen „struktureller“ Befangenheit des Sachverständigen verstanden werden kann vergleiche ON 104 S 18: „laufend für die Staatsanwaltschaft tätig“, scheidet es schon daran, dass eine Bestellung des Sachverständigen im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren nicht begehrt wurde vergleiche RIS-Justiz RS0131744).

[9] Zu der in der Nichtigkeitsbeschwerde erstmals erstatteten Beschwerdeargumentation kann auf die obigen Ausführungen betreffend das Neuerungsverbot verwiesen werden.

[10] Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO). [10] Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, StPO).

[11] Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – davon, dass den Schuldsprüchen B./I./4./ und 5./ sowie B./II./4./ und 5./ Nichtigkeit gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO anhaftet, die vom Angeklagten nicht geltend gemacht wurde (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO). [11] Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – davon, dass den Schuldsprüchen B./I./4./ und 5./ sowie B./II./4./ und 5./ Nichtigkeit gemäß Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 9, Litera a, StPO anhaftet, die vom Angeklagten nicht geltend gemacht wurde (Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz erster Fall StPO).

[12] § 207a StGB pönalisiert den Besitz pornographischer Darstellungen (mündiger und unmündiger) Minderjähriger, deren Definition sich in Abs 4 dieser Bestimmung findet. Zur Subsumtion von Lichtbildern und Videos unter den Tatbestand des § 207a StGB bedarf es daher jeweils den Kriterien dieses normativen Tatbestandsmerkmals entsprechender (deskriptiver) Sachverhaltsfeststellungen (vgl RIS-Justiz RS0128662), die jedoch dem Urteil in Bezug auf die oben erwähnten Schuldsprüche nicht zu entnehmen sind. [12] Paragraph 207 a, StGB pönalisiert den Besitz pornographischer Darstellungen (mündiger und unmündiger) Minderjähriger, deren Definition sich in Absatz 4, dieser Bestimmung findet. Zur Subsumtion von Lichtbildern und Videos unter den Tatbestand des Paragraph 207 a, StGB bedarf es daher jeweils den Kriterien dieses normativen Tatbestandsmerkmals entsprechender (deskriptiver) Sachverhaltsfeststellungen vergleiche RIS-Justiz RS0128662), die jedoch dem Urteil in Bezug auf die oben erwähnten Schuldsprüche nicht zu entnehmen sind.

[13] In objektiver Hinsicht beschränken sich die Konstatierungen auf die bloße Beschreibung als „Videodatei“ (US 9), die unsubstantiierte Anführung von verba legalia („Videodatei mit pornographischen Darstellungen Minderjähriger“ [US 9], „Videodateien zeigend geschlechtliche Handlungen mit unmündigen und mündigen Minderjährigen“ [US 10]) und das Speichern von „Video- und [...] Bilddateien mit unmündigen Minderjährigen, die nahezu ausschließlich homosexuelle Szenen mit unmündigen Buben zeigen“ (US 9 f).

[14] Die gebotene Konkretisierung ist auch durch die Angabe von Fundstellen des Bildmaterials im Akt oder im Verweis auf Datenträger (vgl US 9 f und 11 f) nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0114639 [T10a]). [14] Die gebotene Konkretisierung ist auch durch die Angabe von Fundstellen des Bildmaterials im Akt oder im Verweis auf Datenträger vergleiche US 9 f und 11 f) nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0114639 [T10a]).

[15] Dieser Rechtsfehler mangels Feststellungen macht die Urteilsaufhebung wie im Spruch ersichtlich bereits bei nichtöffentlicher Beratung (§ 285e StPO) unumgänglich. Bleibt anzumerken, dass sich die kassatorische Entscheidung auch auf das Konfiskationserkenntnis zu beziehen hatte, weil die davon betroffenen Mobiltelefone (nur) anlässlich der zu B./I./4./ und 5./ abgeurteilten Taten verwendet wurden (vgl US 9 f). [15] Dieser Rechtsfehler mangels Feststellungen macht die Urteilsaufhebung wie im Spruch ersichtlich bereits bei nichtöffentlicher Beratung (Paragraph 285 e, StPO) unumgänglich. Bleibt anzumerken, dass sich die kassatorische Entscheidung auch auf das Konfiskationserkenntnis zu beziehen hatte, weil die davon betroffenen Mobiltelefone (nur) anlässlich der zu B./I./4./ und 5./ abgeurteilten Taten verwendet wurden vergleiche US 9 f).

[16] Die Kostenentscheidung gründet auf § 390a Abs 1 StPO. Sie bezieht sich nicht auf die amtswegige Maßnahme (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12). [16] Die Kostenentscheidung gründet auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO. Sie bezieht sich nicht auf die amtswegige Maßnahme (Lendl, WK-StPO Paragraph 390 a, Rz 12).

#### **Textnummer**

E138148

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

ECLI:AT:OGH0002:2023:01200S00022.23M.0426.000

#### **Im RIS seit**

17.05.2023

**Zuletzt aktualisiert am**

31.05.2023

**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)