

REPUBLIK ÖSTERREICH

 OBERSTER GERICHTSHOF

EINGELANGT
 13. April 2010
 Frist

Landesgericht für Strafsachen
 Wien
 Register Nr. 2 G 197/2010
 ...
 ...

- 44 -

Der Oberste Gerichtshof hat am 2. März 2010 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Philipp als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Lässig, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Klein als Schriftführerin in der Strafsache gegen ... wegen Vergehen der pornographischen Darstellungen Minderjähriger nach § 207a Abs 3 erster Fall StGB (idF BGBl I 2004/15), AZ 032 Hv 89/07a des Landesgerichts für Strafsachen Wien, über den Antrag des Verurteilten auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a Abs 1 StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

... wurde mit Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 5. Mai 2008,

GZ 032 Hv 89/07a-25, mehrerer Vergehen der pornographischen Darstellungen Minderjähriger nach § 207a Abs 3 erster Fall StGB (idF BGBl I 2004/15) schuldig erkannt.

Danach hat er sich in Wien pornographische Darstellungen mündiger Minderjähriger verschafft und diese besessen, indem er zwischen 4. Mai 2006 und 28. Dezember 2006 insgesamt fünf, im Ersturteil näher bezeichnete Bilddateien, auf denen wirklichkeitsnahe Abbildungen der Genitalien oder der Schamgegend Minderjähriger abgebildet waren, aus dem Internet herunterlud, in der Folge auf CD brannte und für sich behielt, und zwar Abbildungen von Burschen im Alter zwischen 14 und 17 Jahren mit jeweils deutlich erigiertem und zur Schau gestelltem Penis, der den wesentlichen Blickfang des Bildes darstellte, wobei in einem Fall eine gerade durchgeführte Masturbation angedeutet wurde (US 4) und es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensumständen losgelöste Abbildungen handelte, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienten (ON 25).

Seiner dagegen erhobenen Berufung wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe gab das Oberlandesgericht Wien mit Urteil vom 4. November 2008 nicht Folge (AZ 19 Bs 407/08d; ON 33).

Der Angeklagte hatte in der Hauptverhandlung vom 6. März 2008 beantragt „wie schriftlich, Beweisantrag vom 4. März 2008“ (welcher darauf abzielte „zum SV einen auf dem Gebiet der Endokrinologie, insbesondere der Reife und Entwicklungsdiagnostik, tätigen und erfahrenen Pädiater zu bestellen und mit der Erstellung eines Gutachtens zu

beauftragen, ob es eindeutig und unzweifelhaft auszuschließen ist, dass die auf den anklagegegenständlichen Bildern abgebildeten Personen zumindest 18 Jahre alt sind“; ON 20, ON 21 S 3). In der gemäß § 276a StPO neu durchgeführten Hauptverhandlung vom 5. Mai 2008 hatte er „seinen Beweisantrag, ein Sachverständigengutachten wegen des Alters der Kinder zum Beweis dafür zu erstellen, dass die abgebildeten Personen nicht unter 18 sind“, „aufrecht gehalten“ (ON 24 S 8) und im Rahmen der gegen die Abweisung des Antrags gerichteten Verfahrensrüge (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) im Berufungsverfahren auf ein „nunmehr von ihm eingeholtes“ Privatgutachten des Sachverständigen Univ.-Doz. Dr. Hans Salzer rekurriert (ON 29). Diesen Einwand beurteilte das Oberlandesgericht mit der Begründung als nicht zielführend, dem Begehren sei entgegen § 55 Abs 1 StPO nicht zu entnehmen gewesen, weshalb ein Sachverständiger alleine durch das Betrachten von Fotografien und ohne eine medizinische Untersuchung vorzunehmen, das Alter der abgebildeten Burschen bestimmen können sollte. Die Rechtsrüge (Z 9 lit a), mit der das Fehlen von Feststellungen zum Tatbestandsmerkmal „reißerischer Verzerrung“ reklamiert worden war, qualifizierte das Berufungsgericht als nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt, weil sie nicht von der Gesamtheit der - die vermissten Konstatierungen gar wohl enthaltenden - Entscheidungsgründe ausging und solcherart den vom Gesetz geforderten Bezugspunkt des in Anspruch genommenen Nichtigkeitsgrundes verfehlte. Der Einwand, die Feststellungen des Erstgerichts reichten für den Schluss auf eine reißerisch verzerrte Darstellung nicht aus, wurde unter neuerlichem Hinweis auf die tatrichterlichen

Urteilsannahmen und die Abbildungen selbst, bei denen es sich um Darstellungen herausgestellter Geschlechtsteile mit jugendlichen Menschen als „Zubehör“ handle, deren einzige Funktion darin bestehe, Genitalien von unter 18-jährigen männlichen Personen zu zeigen, verworfen. Der im Rahmen der Schuldberufung kritisierte beweiswürdige Schluss des Tatrichters auf ein Alter der abgebildeten Personen zwischen 14 und 17 Jahren war für das Berufungsgericht - auch unter Berücksichtigung des Privatgutachtens - unbedenklich, weil das Erstgericht seine Feststellungen nach Würdigung des Gesamteindrucks der Abgebildeten getroffen habe und auch ein Sachverständiger die Altersfrage nicht abschließend begutachten könne. Das Gericht habe daher zwingend im Rahmen der ihm obliegenden Beweiswürdigung durch Wahrscheinlichkeitsschlüsse Feststellungen zu treffen gehabt. Die weiters bekämpfte Annahme des Vorliegens der subjektiven Tatseite sei durch den Hinweis auf das objektive Täterverhalten und die - pädophile Neigungen und aktives Suchen nach solchen Inhalten gar nicht abstreitende - Verantwortung des Angeklagten im Verein mit allgemeiner Lebenserfahrung zutreffend begründet worden.

Einen im Rahmen der Schuldberufung gestellten und in der mündlichen Berufungsverhandlung wiederholten weiteren Beweis Antrag des Berufungswerbers auf Beischaffung von - nach dem US-Bundesstrafgesetz zwingend zu führenden und nach dem Antragsvorbringen „laut der betreffenden Website dort tatsächlich verfügbaren (Beilage 6)“ - Altersnachweisen der abgebildeten Personen von den Anbietern der Internetseiten www.dac8.com und twinks.dac8.com im Rechtshilfeweg (ON 29, 32), folgte das Berufungsgericht (unter anderem) deshalb nicht, weil es der

Antragsbehauptung, die Abbildungen stammten von den genannten Internetseiten, nicht zu folgen vermochte und daher eine Einholung der Altersnachweise aus verlässlicher Quelle für nicht möglich hielt (ON 33).

Mit dem gegenständlichen Antrag begehrt Gerhard Berger die Verfahrenserneuerung gemäß § 363a StPO, weil seiner Ansicht nach durch die Abweisung seiner Anträge auf Beiziehung eines Sachverständigen zur Altersfeststellung der Abgebildeten und auf Beischaffung der Altersnachweise im Wege der auf der Internetseite genannten Adressen „Art 6 (faïres Verfahren)“ sowie die „prozessualen Garantien der Art 8 und 10 MRK“ verletzt worden seien. Überdies verstoße „eine Verurteilung trotz des Fehlens des Tatbestandsmerkmals des reißerischen Verzerrens ... gegen Art 7 MRK (keine Strafe ohne Gesetz) sowie gegen das Gebot einer gesetzlichen Grundlage für jeden Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 MRK) und in das Recht auf Informationsfreiheit (Art 10 MRK)“. Weiters stelle die - nach Meinung des Verurteilten - lediglich auf Basis 90%iger Wahrscheinlichkeit des Alters der Abgebildeten unter 18 Jahren erfolgte Verurteilung und die auf „unstatthaften Vermutungen zulasten des A, zumal wohl unstrittig ist, dass es sich bei den urteilsgegenständlichen Bildern altersmäßig zumindest um einen Grenzfall handelt“, beruhende Annahme des Vorliegens der subjektiven Tatseite eine Verletzung des Gebots der Unschuldsvermutung nach Art 6 Abs 2 MRK, § 14 StPO sowie des Rechts auf „Wahrung der prozessualen Garantien der Art 8 und 10 MRK“ dar. Die „Verurteilung für den Besitz (und das Verschaffen) von Darstellungen (wie den urteilsgegenständlichen) mit nicht eindeutig minderjährigen Personen

(,Vielleicht-Jugendpornografie')“ verletze schließlich „auch materiell die Rechte auf Achtung des Privatlebens (Art 8 MRK) und auf Informationsfreiheit (Art 10 MRK). Ebenso Art 7 MRK“.

Der Antrag ist zulässig (RIS-Justiz RS0122228), aber nicht berechtigt.

1. Zu Art 6 (Abs 1 iVm Abs 3 lit d) MRK:

Der Grundsatz der Waffengleichheit sichert als zentraler Bestandteil des Fairnessgebots des Art 6 Abs 1 MRK das Recht der Parteien, ihren Fall einschließlich ihrer Beweise zu präsentieren und zwar unter Bedingungen, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber dem Gegner darstellen. Art 6 Abs 3 lit d MRK garantiert die Waffengleichheit beim Zeugen- (und Sachverständigen)beweis (*Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ § 24 Rz 61, 112). Geht es um die Verweigerung der Durchführung vom Angeklagten angebotener Beweise überlässt es demgemäß auch der EGMR - unter Berufung auf Art 6 Abs 3 lit d MRK, wonach die Entscheidung, ob die Ladung bestimmter Zeugen angemessen ist, den Gerichten obliegt - im Allgemeinen den innerstaatlichen Gerichten, die Beweise zu würdigen und die Relevanz von Beweisen, die der Angeklagte erbringen möchte, zu beurteilen, und prüft unter dem Aspekt des Art 6 MRK, ob die Aufnahme und Bewertung der Beweise gegen das Prinzip der Waffengleichheit verstoßen hat und damit das gesamte Verfahren unfair war (vgl EGMR vom 12. Juli 2007, Nr 74613/01, *Jorgic* gg Deutschland).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies:

Sachverständige sind grundsätzlich nur beizuziehen, wenn - nach der auf den Einzelfall bezogenen

Wertung des Rechtsmittelgerichts - nicht jedes Mitglied des in der Schuldfrage (im Fall der Z 11 erster Fall iVm Z 4: in der Sanktionsfrage) erkennenden Spruchkörpers die erforderlichen Fachkenntnisse für die Beurteilung einer Tatfrage besitzt (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 327, 346; RIS-Justiz RS0097283 [insb T3]).

Welche Erkenntnisse ein auf dem Gebiet der Kinderendokrinologie tätiger Sachverständiger alleine durch das Betrachten der Lichtbilder und ohne (weder begehrte noch durchführbare) körperliche Untersuchung der abgebildeten Burschen über allgemeine, auch dem Einzelrichter zuzugestehende Erfahrungswerte hinaus zur konkreten Altersabklärung der abgebildeten Burschen hätte beitragen können, liegt - der Ansicht des Verurteilten zuwider - keineswegs auf der Hand (vgl auch 15 Os 18/06w, 13 Os 83/06i).

Dass der beim Erstgericht gestellte Antrag insoweit Ausführungen enthalten hätte, wird im Erneuerungsantrag gar nicht behauptet. Der Antragsteller bezieht sich insoweit bloß auf seinen - seiner Auffassung in der Hauptverhandlung prozessordnungsgemäß mündlich vorgetragenen (vgl aber RIS-Justiz RS0099099, RS0099511, RS0099178; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 310 ff) - schriftlichen Beweisantrag (ON 20), dem ein entsprechendes Vorbringen gleichermaßen nicht zu entnehmen ist, der vielmehr schon aufgrund seiner Formulierung auf die Durchführung eines Erkundungsbeweises abzielte. Demzufolge hat das Oberlandesgericht die Verfahrensrüge folgerichtig mangels Vorliegens eines der - Ankläger und Angeklagten gleichermaßen betreffenden - Bestimmung des § 55 Abs 1 StPO entsprechenden Antrags als unberechtigt

angesehen und die Vorgangsweise des Erstgerichts mit angemessener Begründung als richtig eingestuft. Aufgrund des im Nichtigkeitsverfahren geltenden Neuerungsverbots ist es dabei zu Recht nicht auf die in der Berufungsschrift nachgetragene Antragsbegründung eingegangen.

Ein Verstoß gegen Art 6 Abs 1 iVm Art 6 Abs 3 lit d MRK liegt somit nicht vor.

Was die begehrte Beischaffung von Altersnachweisen im Rechtshilfeweg betrifft, hat das Oberlandesgericht die Behauptung des Antragstellers, deren Richtigkeit Voraussetzung für die Durchführung des Beweises war (nämlich, dass die vom Schuldspruch umfassten Bilddateien von der im Antrag genannten Website stammten), mit ausführlicher Begründung - dem Standpunkt des Erneuerungswerbers zuwider ausdrücklich (ON 33 S 15) - als unglaubwürdig erachtet und damit die Entscheidung, warum dieser Beweis als unerheblich eingestuft wurde, angemessen und keineswegs willkürlich (was der Antragsteller auch gar nicht behauptet) begründet (vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 342; 12 Os 7/08h). Indem der Erneuerungswerber seine diesbezügliche Verantwortung im Erkenntnisverfahren anders interpretiert als das Berufungsgericht und Spekulationen zur Herkunft der Bilddateien anstellt („es ist nicht anzunehmen, ...“), bekämpft er bloß in unzulässiger Weise die Sachverhaltsgrundlagen für die prozessuale Verfügung, über die das dafür zuständige richterliche Organ in freier Beweiswürdigung zu entscheiden hat (§ 258 Abs 2 StPO), ohne damit eine Verletzung von Art 6 (Abs 1 iVm Abs 3 lit d) MRK aufzuzeigen.

2. Zu Art 6 Abs 2 MRK:

Art 6 Abs 2 MRK soll als Teilaspekt des Anspruchs auf ein faires Verfahren sicherstellen, dass Richter in Ausübung ihres Amtes nicht mit der vorgefassten Meinung in ein Verfahren gehen, der Angeklagte habe die Tat begangen und weiters dass die Beweislast bei der Anklage liegt und jeder Zweifel den Angeklagten begünstigt. Prinzipiell sind nach gesicherter Rechtsprechung des EGMR gesetzliche Vermutungen (oder auch Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Angeklagten) mit Art 6 EMRK nicht unvereinbar (*Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ § 24 Rz 122 mwN).

Soweit sich der Erneuerungswerber auf die - im Übrigen unvollständig zitierte - Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz 2004 (BGBl I 2004/15; RV 294 BlgNR 22. GP 21 ff) beruft, verkennt er, dass die Regierungsvorlage bloß die Definition des (nunmehr in § 14 zweiter Halbsatz verankerten und schon bisher aus § 258 Abs 2 StPO und aus der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 MRK abgeleiteten) Zweifelsgrundsatzes („in dubio pro reo“; vgl dazu *Schmoller*, WK-StPO § 3 aF Rz 33) enthält.

Damit aber wird - dem offensichtlich im Erneuerungsantrag vertretenen Standpunkt zuwider - keine negative Beweisregel geschaffen, die das erkennende Gericht dazu verpflichtet, sich bei mehreren denkbaren Schlussfolgerungen durchwegs für die dem Angeklagten günstigste Variante zu entscheiden. Indizienbeweise und Wahrscheinlichkeitsschlüsse sind vielmehr zulässig (*Lendl*, WK-StPO § 258 Rz 35 ff). Vorliegend wurde die theoretische Möglichkeit, die abgebildeten Personen könnten älter als 18 Jahre alt sein, nicht von vorne herein ausgeschlossen; die

gegenteilige Ansicht des erkennenden Gerichts basiert keineswegs auf einer bloßen Vermutung. Vielmehr hat das Erstgericht in freier Beweiswürdigung (§ 258 Abs 2 StPO) auf Basis der Betrachtung der Lichtbilder und des daraus gewonnenen Gesamteindrucks der Darstellungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf ein Alter der abgebildeten Personen zwischen 14 und 17 Jahren geschlossen, was das Oberlandesgericht - im Übrigen sogar unter Berücksichtigung des angesprochenen Privatgutachtens (vgl aber zur Relevanz bloß des Befundes eines im Verfahren vorgekommenen Privatgutachtens: *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 351) - zu Recht als unbedenklich einstufte. Mit seiner dagegen gerichteten Argumentation sucht der Erneuerungswerber erneut bloß die Beweiswürdigung zu bekämpfen, ohne damit eine Verletzung der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 MRK begründet darzulegen.

Gleiches gilt für die Behauptung einer „unstatthaften Vermutung zu seinen Lasten“ in Bezug auf die Annahme des Vorliegens der subjektiven Tatseite, weil der Antrag den oben zitierten beweiswürdigenden Ausführungen der befassten Gerichte bloß eigene Auffassungen und Schlussfolgerungen gegenüberstellt.

3. Zu Art 7 MRK:

Art 7 MRK verkörpert - neben dem Rückwirkungsverbot und dem Verbot der rückwirkenden Verhängung höherer Strafen - den Grundsatz, dass nur das Gesetz ein Verbrechen definieren und eine Strafe vorschreiben kann, sowie das Verbot einer extensiven Auslegung des Strafrechts zum Nachteil des Angeklagten (*Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ § 24 Rz 131 ff;

EGMR vom 12. Juli 2007, Nr 74613, *Jorgic* gegen Deutschland).

Eine Grundrechtsverletzung in diesem Sinn wird mit der Argumentation zur Behauptung, die Verurteilung sei „trotz Fehlens des Tatbestandsmerkmals reißerischer Verzerrung (und damit der Pornographie)“, sohin „contra legem“, erfolgt, nicht angesprochen.

Denn nach den - mängelfreien und daher hier zu Grunde zu legenden (vgl RIS-Justiz RS0110146 zu § 10 GRBG) - Urteilsfeststellungen handelte es sich - wie bereits dargelegt - bei den von den Schuldsprüchen umfassten Bildern um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensumständen losgelöste Abbildungen, nämlich um Darstellungen von Burschen im Alter zwischen 14 und 17 Jahren mit jeweils deutlich erigiertem und zur Schau gestelltem Penis, der den wesentlichen Blickfang des Bildes darstellte, sohin um Abbildungen herausgestellter Geschlechtsteile mit jugendlichen Menschen als „Zubehör“, deren einzige Funktion darin bestand, Genitalien von unter 18-jährigen männlichen Personen zu zeigen.

Indem sich der Erneuerungswerber zunächst mit den Ausführungen des Oberlandesgerichts gar nicht auseinandersetzt, sondern bloß den Inhalt der Berufung wegen Vorliegens von Nichtigkeitsgründen gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 5. Mai 2008, GZ 032 Hv 89/07a-25, wiedergibt, aktenwidrig behauptet, das Berufungsgericht hätte die unzureichenden Feststellungen des Erstgerichts lediglich wiederholt, ohne auf sein Berufungsvorbringen einzugehen, dem Resultat der mit ausführlichen Erwägungen versehenen oberlandesgerichtlichen Entscheidung - unter Berufung auf eine, einen gänzlich

anderen Sachverhalt betreffende Entscheidung des Kammergerichts Berlin - bloß eine eigene Bewertung der in Rede stehenden Abbildungen entgegenstellt und letztlich selbst einräumt, das Oberlandesgericht hätte „zutreffend eine reißerische Verzerrung umschrieben“, um diese Einschätzung in der Folge substratlos als „maßlos überzogen“ zu bezeichnen, verfehlt er den Bezugspunkt des in Anspruch genommenen Rechtsbehelfs (vgl neuerlich RIS-Justiz RS0110146 zu § 10 GRBG).

Extensive Auslegung der Wortfolge „reißerisch verzerrt“ (§ 207a Abs 4 Z 3 lit b StGB), welche dem Verurteilten nicht vorhersehbar gewesen wäre, wird gar nicht behauptet.

4. Zu Art 8 und 10 MRK:

Insoweit mangelt es dem Antrag einerseits an der Voraussetzung der Erschöpfung des Rechtswegs (vgl Art 35 Abs 1 MRK), weil mit dem oben zitierten Vorbringen in der Berufung gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 5. Mai 2008, GZ 032 Hv 89/07a-25, weder eine Verletzung der Art 8 oder 10 MRK noch anderer Bestimmungen mit ähnlichem Regelungsgehalt releviert wurde (vgl dazu umfassend: 13 Os 16/09s mwN), andererseits wurde die - auf der urteilsfremden Prämisse, die inkriminierten Bilddateien seien „erotisch“ aber nicht „pornographisch“, basierende - Behauptung auch im Erneuerungsantrag nicht begründet, womit sie sich einer inhaltlichen Erwiderng entzieht.

Der Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens war daher der Stellungnahme der Generalprokuratur folgend

(§ 363b Abs 1 StPO) schon bei nichtöffentlicher Beratung als
offenbar unbegründet zurückzuweisen (§ 363b Abs 2 StPO).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 2. März 2010.

Dr. P h i l i p p

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

die Leiterin der Geschäftsabteilung

