

REPUBLIK  
ÖSTERREICH

Oberlandesgericht Wien

### Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in der Strafsache gegen XXXXXXXXXXXXX wegen § 209 StGB über die Berufung des Angeklagten wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe und die Berufung der Staatsanwaltschaft wegen Strafe sowie die Beschwerden des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil und den Beschluss des Landesgerichtes Wr. Neustadt vom 24. August 2001, GZ 42 Hv 519/Olv-13, nach der am 23. Oktober 2001 unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten Dr. Gallent, im Beisein der Richterinnen Dr. Stöger-Hildbrand und Mag. Hetlinger in Gegenwart des Rechtspraktikanten Mag. Toifl als Schriftführer, des Oberstaatsanwaltes Dr. Eisenmenger, des Angeklagten XXXXXXXXXXXXX und seines Verteidigers Dr. Helmut Graupner durchgeführten Berufungsverhandlung am 23. Oktober 2001

I./ zu Recht erkannt:

Der Berufung des Angeklagten wird **n i c h t** Folge gegeben.

Hingegen wird in Stattgebung der Berufung der Staatsanwaltschaft gemäß dem § 43a Abs.3 StGB lediglich ein Teil der (in der Gesamthöhe unveränderten) Freiheitsstrafe im Ausmaß von zehn Monaten (unter Beibehaltung einer Probezeit von drei Jahren) bedingt nachgesehen.

Gemäß dem § 390a Abs.1 StPO fallen dem Angeklagten

auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

II./ den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Den Beschwerden wird n i c h t Folge gegeben.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

Mit dem angefochtenen Urteil wurde XXXXXXXXXXXXX des Verbrechens der gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen unter 18 Jahren nach dem § 209 StGB schuldig erkannt und hiefür nach dieser Gesetzesstelle zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 15 Monaten verurteilt, wovon gemäß dem § 43a Abs.3 StGB ein Teil im Ausmaß von 14 Monaten unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde. Unter einem fasste das Erstgericht den Beschluss, gemäß dem § 53 Abs.1 und 2 StGB vom Widerruf der bedingten Nachsicht der mit Urteil des Landesgerichtes Wr. Neustadt vom 2. Februar 1999 zu AZ 38 Vr 1131/98 verhängten (einjährigen) Freiheitsstrafe unter Verlängerung der Probezeit auf fünf Jahre abzusehen.

Nach dem Inhalt des Schuldspruches hat XXXXXXXXXXXXX in der Zeit von März 2001 bis 5. August 2001 in Traiskirchen als Person männlichen Geschlechts nach Vollendung seines 19. Lebensjahres mit einer Person, die das 14. aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, nämlich mit dem am 2. Juni 1984 geborenen XXXXXXXXXXXXX zwei- bis dreimal wöchentlich durch Oral- und Analverkehr

gleichgeschlechtliche Unzucht getrieben.

Bei der Strafbemessung wertete das Erstgericht als mildernd das Geständnis des Angeklagten, als erschwerend hingegen die Tatwiederholung und die einschlägige Vorstrafe.

Gegen dieses Urteil richten sich rechtzeitige Berufungen des Angeklagten wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe sowie der Staatsanwaltschaft wegen Strafe. Der Beschluss auf bloße Verlängerung der Probezeit wird ebenfalls sowohl vom Angeklagten als auch der Staatsanwaltschaft bekämpft

Die Berufung des Angeklagten wegen Nichtigkeit geht fehl.

In Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes der Z 10a des § 281 Abs.1 StPO bekämpft der Berufungswerber die Unterlassung der Einleitung diversiver Maßnahmen. Dieses Begehren scheitert jedoch am Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen, weil gemäß dem § 90a Abs.2 Z 2 StPO ein Vorgehen durch das Gericht (§ 90b StPO) nach diesem Hauptstück nur dann zulässig ist, wenn die Schuld des Verdächtigen als nicht schwer anzusehen ist.

Bei der Prüfung der Frage der schweren Schuld ist stets nach Lage des Einzelfalles eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände vorzunehmen. Handlungs- und Gesinnungsunwert müssen insgesamt eine Höhe erreichen, die im Wege einer übergreifenden Gesamtbewertung als auffallend und

ungewöhnlich zu beurteilen ist (vgl. Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechtes, BT I~, RN 36 zu § 88 mwN; EvBl.2001/46). Der Handlungsunwert hat gegenständlich zufolge der Intensität und Wiederholung der Tathandlungen durch mehrere Monate dieses überdurchschnittliche Ausmaß erreicht. Die Erheblichkeit des Gesinnungsunwertes hinwieder manifestiert sich in dem wissentlichen (durch keine schuld mindernden Mängel beeinträchtigten) Anstreben eines von der Rechtsordnung unter Sanktion gestellten Erfolges, wobei es ohne Belang ist, ob der Angeklagte das tatbestandsmäßige Verhalten ebenfalls als strafwürdig ansieht obwohl der 36-jährige Berufungswerber, wie dem Akteninhalt zu entnehmen ist, nicht auf ein persönliches Kennenlernen des im Internet Kontakt suchenden Jugendlichen angewiesen war, weil er über Angebote von Männern aller Altersstufen verfügte.

Für die umfassende Bestimmung der Schwere der Schuld ist auch eine Abwägung aller insoweit relevanten Strafzumessungsfaktoren vorzunehmen. Unter diesen Voraussetzungen betrachtet besteht, ungeachtet der generellen Problematik von diversionellen Maßnahmen bei Sexualdelikten an sich, indes an einem schweren Verschulden des Angeklagten ebenfalls kein Zweifel.

Vorweg weist schon die gravierende Strafdrohung des § 209 StGB daraufhin, dass der Gesetzgeber das Unrecht dieses Verbrechens an sich hoch veranschlagt hat<sup>1</sup>, was auch eine an

sich große Schuld indiziert (Schroll in WK<sup>2</sup>, RZ 18 zu § 42; 15 Os 3/97; 13 Os 111/00 (~ EvBl.2001/461), zudem wurde bereits mit Urteil des Landesgerichtes Wr. Neustadt vom 2. Februar 1999 zu AZ 38 Vr 1131/98 wegen des Verbrechens des sexuellen Missbrauches von Unmündigen nach dem § 207 Abs.1 StGB und des Vergehens der geschlechtlichen Nötigung nach dem § 202 Abs.1 StGB schuldig erkannt und über ihn eine unter Setzung einer Probezeit von drei Jahren vorläufig zur Gänze bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe in der Dauer von einem Jahr verhängt, wobei er nunmehr innerhalb dieser Probezeit erneut in einschlägiger (wie bereits erwähnt: wiederholter und intensivster) Weise rückfällig wurde. Darin dokumentiert sich jedoch, dass der Angeklagte nicht gewillt ist, vom gleichgeschlechtlichen Kontakt mit Personen, die das geschützte Alter noch nicht überschritten haben, abzulassen (obwohl ein Angebot von Partnern in allen Altersgruppen bestand; AS 125).

Aus dieser Sachlage leiten sich ebenso zwangsläufig spezial- und generalpräventive Hindernisse (§ 90a Abs.1 StPO) gegen die Einleitung diversionseller Maßnahmen ab, weshalb der Nichtigkeitsberufung ein Erfolg zu versagen war.

Für die vom Rechemittel angeregte Antragstellung des Berufungsgerichtes auf Aufhebung des § 209 StGB an den Verfassungsgerichtshof wird kein Erfordernis erblickt. Die Wertvorstellungen der Gesellschaft (in Ansehung der Problematik des § 209 StGB) haben seit der letzten

abschlägigen Entscheidung des Höchstgerichtes, der Berufung zuwider, keine entscheidende Änderung erfahren, es gelang lediglich der betroffenen Personengruppe, sich zuletzt besonders wirkungsvoll zu artikulieren. Ein Indiz für die aufrechte Gültigkeit der bisherigen Argumentation ist zwanglos auch im Fehlen einer Mehrheit für eine politische Lösung im Sinne der Vorstellungen des Berufungswerbers zu erblicken. Ein etwaiger Wandel, auch hinsichtlich des Wissensstandes betreffend die in Rede stehenden Zusammenhänge zwischen homosexueller Betätigung männlicher Jugendlicher und der dadurch hervorgerufenen Fixierung ihrer Orientierung, könnte zudem nur aus nachweislichen Erkenntnissen einer gesichert repräsentativen, und nicht bloß einseitig selektierten, Auswahl an Experten und Praktikern, wie etwa Pädagogen, unter denen indes dem Vernehmen nach die Thesen des Berufungswerbers aufgrund ihrer Erfahrung sehr wohl auch auf scharfe Ablehnung stoßen abgeleitet werden.

Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes - auf welche das Berufungsvorbringen trotz Hinweises auf auch andere vermeintlich eingeschränkte verfassungsrechtlich geschützte Rechte hinausläuft - liegt immer dann nicht vor, wenn eine differenzierende gesetzliche Regelung zufolge unterschiedlicher Sachverhalte gerechtfertigt ist

Die, lediglich eine Anzahl ihrem Standpunkt konformer Äußerungen diverser Institutionen nach ihrem Ergebnis auf listende, Berufung bleibt es schuldig, ein Außerkrafttreten

der vom Verfassungsgerichtshof zu G 227/88, 2/89 niedergelegten Begründung mit Argumenten zu belegen. Demgemäß sind weiterhin im Sinne der Erwägungen des Verfassungsgerichtshofes nicht zu vernachlässigende Unterschiede zwischen heterosexuellen und homosexuellen Beziehungen bei Jugendlichen sowie im Rahmen letzterer zwischen männlicher und weiblicher Gleichgeschlechtlichkeit, die den Schutz männlicher Jugendlicher erfordern, in Rechnung zu stellen, wobei erneut darauf zu verweisen ist, dass es nicht eines Erweises dauernder Beeinflussung der sexuellen Orientierung männlicher Jugendlicher durch homosexuelle Handlungen bedarf, sondern es für die Annahme ihrer Schutzbedürftigkeit hinreicht, dass damit verbundene Risiken für ihre psychische und soziale Entwicklung nicht auszuschließen sind

Hinzukommt als bisher außer Acht gelassener Aspekt, dass jedenfalls die gleichgeschlechtliche Prostitution von Jugendlichen nach der forensischen Erfahrung ein ausschließlich männliches Problem darstellt. Nicht selten kommt es - wobei abgehoben vom Anlassfall eine Orientierung an allgemeinen Gegebenheiten vorzunehmen ist - dazu, dass in diesem Alter noch nicht gefestigte, zudem anlässlich ihrer ersten Kontakte zumeist verführte männliche Jugendliche zu so genannten Strichjungen mutieren. Ihr Werdegang endet wiederum regelmäßig mit sozialer Entwurzelung und Abgleiten in die Kriminalität. Auch um einen derartigen Missstand zu verhindern, besteht die bekämpfte Bestimmung zu Recht.

In Ansehung der Straffrage kommt nur der Berufung der Anklagebehörde Berechtigung zu.

Die vom Rechtsmittel des Angeklagten angestellten Erwägungen zur verfassungsmäßigen Bedenklichkeit des angewendeten Strafgesetzes erweisen sich (zufolge aufrechten Rechtsbestandes) auch unter dem Aspekt des Sanktionsausspruches als unbeachtlich. Zusätzlichen Milderungsgründen vermögen seine Ausführungen nicht zum Durchbruch zu verhelfen. Insbesondere stößt das Argument mangelnder Einschlägigkeit der neuerlichen Tathandlungen auf Unverständnis, dokumentieren sich diese doch sogar als spezifisch auf der gleichen schädlichen Neigung liegend, weil anlässlich der Vortat der de facto speziellere Tatbestand nach dem § 207 Abs.1 StGB zum Tragen kam.

Ob der Verantwortung des Angeklagten, wie es die Staatsanwaltschaft ins Treffen führt, eine entscheidende Reue abzusprechen ist, liegt aufgrund seiner Rechtsmittelausführungen zwar nahe, kann zufolge der Kürze seiner Einlassung in der Hauptverhandlung jedoch nicht verlässlich beurteilt werden. Jedenfalls hat sein Zugeständnis wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen, sodass der Milderungsgrund der Z 17 des § 34 StGB voll zur Entfaltung kommt.

In der Gesamtschau der aktuellen Strafzumessungslage kann vom Vorliegen der vom Angeklagten reklamierten

Voraussetzungen des Strafmilderungsrechtes nach dem § 41 StGB demnach keine Rede sein, sodass die Freiheitsstrafe innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens zu bemessen war

Zufolge der beharrlichen, sogar wissentlich vorgenommenen Auswahl gerade eines vom gesetzlichen Schutzalter betroffenen Jugendlichen (aus einer Anzahl in Frage kommender Partner aller Altersstufen) als „Spielgefährten“ (vgl. hierzu die - die Vorliebe des Angeklagten fraglos weiterhin zutreffend charakterisierende - Aussage des Zeugen AS 57 im Vorstrafakt AZ 38 Vr 1131/98 des LG Wr. Neustadt) sowie der Intensität der festgestellten Tathandlungen erweist sich die ausgemessene Unrechtsfolge als jedenfalls keineswegs überhöht. Ihre Anhebung hinwieder war von der Anklagebehörde nicht beantragt worden.

Diverse Umstände des Einzelfalles (Vorbelastung des Jugendlichen; Initiative desselben und dergleichen) lassen andererseits einen bloß teilweisen Vollzug der Strafe weiterhin als ausreichend erscheinen. In Anbetracht der vorstehend zum Nachteil des Angeklagten angeführten Umstände kann jedoch mit einem bloß einmonatigen unbedingten Strafteil nach seiner Person nicht das Auslangen gefunden werden. Vielmehr war dieser Abschnitt im Sinne des Berufungsantrages der Staatsanwaltschaft auf das in concreto zulässige Maximum von 5 Monaten zu erhöhen. Damit wird auch generalpräventiven Erfordernissen, die insbesondere wegen der aufgewirbelten Publizität des Falles nicht vernachlässigt werden dürfen (insgesamt gerade noch

hinreichend) Rechnung getragen.

Mit dem Absehen vom Widerruf unter gleichzeitiger Verlängerung der Probezeit hat das Erstgericht, neuerlich unter Zugrundelegung der Besonderheiten des Einzelfalles, zutreffend entschieden. Einerseits bedarf es nach (Erleiden einer Untersuchungshaft und) Vollzug eines nicht unbeträchtlichen Strafteiles bei dem insoweit einer (zumindest verbalen) Akzeptanz aufrechter Gesetzeslage (vgl. AS 125) zugänglichen nicht der zusätzlichen Verbüßung der ursprünglich bedingt nachgesehenen Strafe - wobei (der Beschwerde des Angeklagten zuwider) eine Verlängerung ihres Schwebezustandes zur Sicherung künftigen Wohlverhaltens unumgänglich geboten ist -, auf der anderen Seite steht dem von der Staatsanwaltschaft angestrebten Widerruf die in Ansehung des nunmehr bedingt belassenen Strafteiles im Raum stehende partiell optimistische Prognose entgegen

Demgemäß war insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Abt. 20, am 23. Oktober 2001

Dr. Gerhard Gallent