

Leistung jedenfalls eine ernst zu nehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance voraus, dass die Leistung (wenigstens) später erbracht werden kann. Steht hingegen praktisch mit Sicherheit fest, dass die Leistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht werden kann, kann der Gläubiger nicht auf dem Erfüllungsanspruch beharren. Die Beweislast trifft diesbezüglich denjenigen, der sich auf die Unmöglichkeit beruft. Die bloße Behauptung, der Dritte sei nicht bereit auf seine Rechte zu verzichten, genügt nicht, um die behauptete Unmöglichkeit der Leistung darzutun. Es muss vielmehr vorgebracht und bewiesen werden, dass alles redlich Zumutbare unternommen wurde, um den Dritten zur Mitwirkung zu bewegen; dies allenfalls durch ein – noch nicht übermäßiges – finanzielles Angebot.

OGH 29.08.2013, 8 Ob 108/12h (LGZ Graz 09.08.2012, 7 R 12/12d; BG Graz-Ost 17.11.2011, 211 C 271/09z)

Internationale Zuständigkeit für Unterhaltsverfahren bei Kindesentführung

Art 5 Nr 2 EuGVVO:

Das Bestehen eines gewöhnlichen Aufenthalts begründet im Anwendungsbereich des Art 5 Nr 2 EuGVVO die Zuständigkeit der Gerichte des Aufenthaltsstaats, ohne dass es auf die „Rechtmäßigkeit“ dieses Aufenthalts ankäme. Es ist somit unerheblich, ob der nunmehrige Aufenthaltsort des Kindes auf ein im Verhältnis zum (anderen) Obsorgeberechtigten unrechtmäßiges Verbringen zurückzuführen ist.

OGH 27.06.2013, 1 Ob 91/13h (LGZ Wien 07.03.2013, 45 R 315/12z; BG Josefstadt 14.05.2012, 27 Pu 179/10a)

Strafsachen

Qualifikation durch denselben Erfolg bei ungleichartiger Realkonkurrenz erfolgsqualifizierter strafbarer Handlungen

§§ 28, 84 Abs 1, § 201 Abs 2 StGB:

Ein und derselbe Erfolg begründet auch im Verhältnis ungleichartiger Realkonkurrenz erfolgsqualifizierter strafbarer Handlungen (nicht nur im Verhältnis der strafbaren Handlungen des Zehnten Abschnitts des StGB, sondern in dessen Anwendungsbereich insgesamt) die darauf bezogene Qualifikation nur bei einer der zusammentreffenden Taten (materielle Subsidiarität); begründet wird diejenige mit dem strengsten Strafsatz.

OGH (verstärkter Senat) 02.10.2012, 14 Os 172/11t (LG Innsbruck 18.10.2011, 38 Hv 141/11v).

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Sasa M. mehrerer Verbrechen der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 und 2 Fall 1 StGB (1), des Vergehens des Quälens oder Vernachlässigens unmündiger, jüngerer oder wehrloser Personen nach § 92 Abs 1 StGB (2) sowie mehrerer Vergehen der schweren Körperverletzung nach § 83 Abs 1 und 2, § 84 Abs 1 Fall 1 StGB (3) schuldig erkannt.

Danach hat er von Ende 2006/Jänner 2007 bis Mai 2009 in G. und anderen Orten Österreichs

(1) Biljana Mi. mit Gewalt wiederholt zur Duldung des Beischlafs genötigt, indem er sie jeweils an den Haaren erfasste, sie zu Boden warf und an den Schultern und den Oberarmen packte, sie gegen die Wand drückte, ihre Hose herunterriß, sie fest an der Scheide berührte, sie auf das Bett warf und gewaltsam entkleidete, wobei er ihre Hände festhielt, ihr in einem Fall den Mund zuhielt und dann gegen ihren Willen heftig mit seinem Penis in ihre Vagina eindrang, wobei „die Taten“ eine schwere

Körperverletzung iS einer länger als 24 Tage dauernden Gesundheitsschädigung, nämlich eine schwere posttraumatische Belastungsstörung, zur Folge hatten;

(2) seinem am 24.11.1999 geborenen Sohn Marko M., welcher seiner väterlichen Fürsorge und Obhut unterstand, wiederholt körperliche und seelische Qualen zugefügt, indem er ihm Schläge versetzte, die teilweise so heftig waren, dass er dadurch zu Sturz kam, ihn schmerzhaft an den Haaren zog, ihn an der Jacke erfasste und hochhob, sein Selbstwertgefühl durch Äußerungen wie, er sei „genauso schlecht wie seine Mutter“ herabsetzte, durch die Androhung, die Familie zu verlassen, Verlustängste bei ihm schürte und durch wiederholte Schläge solche Angstgefühle bei ihm hervorrief, dass er sich aus Angst, mit seinem Vater alleine zu sein, mit seiner Mutter in einem Zimmer einsperrte;

(3) Biljana Mi. wiederholt durch Versetzen von Schlägen und in einem Fall, indem er auf ihren Bauch stieg, am Körper verletzt, wobei „die Taten“ Hämatome und eine schwere Körperverletzung iS einer länger als 24 Tage dauernden Gesundheitsschädigung, nämlich eine schwere posttraumatische Belastungsstörung, zur Folge hatten.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen aus Z 1, 5 und 5a des § 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verfehlt ihr Ziel.

Die auf angeblich unangemessenes Verhalten des Vorsitzenden des erkennenden Gerichts (der den Beschwerdeführer während der Vorführung der Aufzeichnung über die kontradiktorische Vernehmung der beiden Tatopfer „kritisch bzw vorwurfsvoll“ angesehen haben soll) und einer Schöffin (die während dieser Beweisaufnahme „geweint bzw Tränen vergossen“ haben soll) verweisende Besetzungsrüge (Z 1) scheidet bereits an der Tatsache, dass die relevierten Umstände nicht sofort vom Angeklagten oder seinem Verteidiger, welche beide anwesend waren, gerügt wurden (Z 1). Zwar trifft die Rügeobliegenheit den Angeklagten selbst trotz sinnlicher Wahrnehmung eines Nichtigkeits begründenden Vorgangs nur dann, wenn er über dessen rechtliche Implikationen wenigstens so weit Bescheid weiß, dass er, auch ohne juristische Fachkenntnis zu besitzen, den rechtlichen Sinnzusammenhang nach Art eines Aha-Erlebnisses versteht. Ein rechtskundiger Verteidiger aber kann sich auf mangelnde Rechtskenntnisse nicht berufen, sodass das, was sich – wie hier – während der Hauptverhandlung *in Anwesenheit des Verteidigers* ereignet, jedenfalls in dessen Kenntnis gelangt (Ratz in WK StPO § 281 Rz 138 f; RIS-Justiz RS0120890).

Davon abgesehen soll die der Sache nach angesprochene Bestimmung des § 43 Abs 1 Z 3 StPO als innerstaatliche Ausgestaltung des grundrechtlichen Anspruchs auf Entscheidung durch ein unparteiisches Gericht als Teilaspekt des fairen Verfahrens nach Art 6 Abs 1 EMRK der begründet erscheinenden Annahme des Tätigwerdens eines voreingenommenen Richters, der ungeachtet der Verfahrensergebnisse seine Meinung nicht zu ändern bereit ist, entgegenwirken (vgl *Lässig* in WK StPO § 43 Rz 12; RIS-Justiz RS0096733 [T4]). Einen solchen Fall spricht die Beschwerde mit dem Hinweis auf aus ihrer Sicht unangebrachte Reaktionen zweier Mitglieder des Schöffengerichts auf Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung nicht an (*Lässig* in WK StPO § 43 Rz 12, 15; vgl auch 11 Os 98/91, 100/91).

Soweit mit dem (verfehlt auf Z 5 Fall 2 gestützten; vgl *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 421) Einwand zum Schuldspruch (1), die dazu getroffenen „vagen Feststellungen“ ließen offen, „zu welchen Zeitpunkten, wie oft und wie

die sexuellen Übergriffe ... stattgefunden haben“, Undeutlichkeit (zur Undeutlichkeit als Gegenstand der Z 5 Fall 1 und Z 9 lit a: vgl *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 570 f) geltend gemacht werden soll, releviert die Rüge in Betreff der Häufigkeit der Angriffe keine entscheidende Tatsache, weil der Schuldspruch insoweit eine gleichartige Verbrechensmenge pauschal individualisierter Taten erfasst, womit der Wegfall der Täterschaft hinsichtlich einzelner davon weder den Schuldspruch noch die Subsumtion einer begangenen Tat in Frage stellt (RIS-Justiz RS0116736; *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 33; zur Unbedenklichkeit aus Z 3 vgl im Übrigen *Lendl* in WK StPO § 260 Rz 24; RIS-Justiz RS0119552; RS0098795; *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 291). Aus welchem Grund insbesondere der genaue Zeitpunkt der Begehung einzelner Taten im angegebenen Zeitraum von entscheidender Bedeutung (siehe dazu RIS-Justiz RS0098557) sein sollte, geht aus dem Beschwerdevorbringen ebenfalls nicht hervor. Den Vorwurf undeutlicher Feststellungen zu den jeweiligen Tathandlungen leitet die Rüge bloß aus einer einzelnen Urteilspassage ab, nimmt solcherart nicht Maß an der Gesamtheit der Entscheidungsgründe und verfehlt damit den gerade darin gelegenen Bezugspunkt sowohl der Mängelrüge als auch materieller Nichtigkeit (*Ratz* in WK StPO § 281 Rz 419; RIS-Justiz RS0116504; RS0119370; RS0099810; RS0099671). Welche über die entsprechenden – unmissverständlichen – Urteilsannahmen hinausgehenden Konstatierungen zur rechtsrichtigen Subsumtion erforderlich gewesen wären, legt die Beschwerde unter dem Aspekt materieller Nichtigkeit (Z 9 lit a) nicht dar.

Die Feststellungen, wonach sich Biljana Mi. bereits im Februar 2007 wegen „Angstzuständen“ in psychiatrischer Behandlung befand, stehen nicht im Widerspruch (Z 5 Fall 3) zu den weiteren – auf das für schlüssig und nachvollziehbar erachtete Gutachten der psychiatrischen Sachverständigen Dr. K. gestützten – Konstatierungen, nach denen die – erst Mitte 2007 begonnenen – „Übergriffe sexueller Natur“ sowie „der Psychoterror und die körperliche Gewalt“ kausal für die konstatierte schwere Körperverletzung (iS einer mit länger als 24 Tage dauernder Gesundheitsschädigung verbundenen schweren posttraumatische Belastungsstörung) waren (vgl dazu im Übrigen *Burgstaller* in WK StGB² § 80 Rz 68).

Indem sich die Rüge (aus Z 5 Fall 4) gegen den vom Erstgericht gewonnenen Eindruck der Glaubwürdigkeit der Zeugin Biljana Mi. und der Unglaubwürdigkeit des Angeklagten wendet, spricht sie erneut keine entscheidende Tatsache an. Es handelt sich vielmehr um beweiswürdige Erwägungen, die – wenn wie hier nicht unendlich (Z 5 Fall 1) oder in sich widersprüchlich (Z 5 Fall 3) – nur Gegenstand einer gegen kollegialgerichtliche Entscheidungen unzulässigen Schuldberufung sein könnten (vgl *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 431; RIS-Justiz RS0106588). Davon abgesehen findet sich die vermisste (ausführliche) Begründung auf US 11 ff.

Prozessordnungskonforme Darstellung der Tatsachenrüge (Z 5a) verlangt grundsätzlich die Ableitung erheblicher Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zu Grunde liegenden entscheidenden Tatsachen (das sind schuld- oder subsumtionserhebliche Tatumstände, nicht aber im Urteil geschilderte Begleitumstände oder im Rahmen der Beweiswürdigung angeordnete Erwägungen) aus konkret zu benennenden Verfahrensergebnissen (RIS-Justiz RS0117961; RS0119583; *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 481).

Die Beschwerde erschöpft sich zunächst in einer Wiederholung des Vorbringens der Mängelrüge zu einer möglicherweise bereits vor Beginn der sexuellen Übergriffe bestehenden „psychischen Störung“ der Biljana Mi. Wei-

ters werden aus Verfahrensergebnissen (insbesondere der leugnenden Verantwortung des Beschwerdeführers, den Angaben der Tatopfer sowie der Zeugen Biserka Mi. und Slobodan Mi.) auf Basis eigener Beweiswerterwägungen, ohne Aktenbezug angestellter allgemeiner Überlegungen und (urteilskonträrer) Einschätzung der Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen für den Rechtsmittelstandpunkt günstigere Schlüsse als jene des Erstgerichts gezogen. Solcherart bekämpft die Rüge – außerhalb der oben dargestellten Grenzen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes – die tatrichterliche Beweiswürdigung nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung (RIS-Justiz RS0118780; RS0099674).

Mit dem eine einzelne der dem Schuldspruch (3) wegen einer gleichartigen Verbrechensmenge pauschal individualisierter Taten zugrunde liegenden Körperverletzungen betreffenden Hinweis auf einen – zudem irrelevanten – angeblichen Widerspruch in der Aussage des Zeugen Slobodan Mi. spricht die Beschwerde aus den oben angeführten Gründen keine entscheidende Tatsache an.

Indem sie einen – aus dem Zusammenhang gerissen zitierten – Satz aus den Angaben der Biljana Mi. (dass der Angeklagte nach ihrer subjektiven Einschätzung der Meinung war, die Gewaltanwendung beim Beischlaf würde ihr gefallen) hervorhebt, werden erhebliche Bedenken gegen die Feststellungen zur subjektiven Tatseite nicht geweckt.

Mit der Behauptung, die in der Hauptverhandlung anwesende Dolmetscherin habe dem – der deutschen Sprache nicht mächtigen – Beschwerdeführer „offensichtlich“ nicht alles und auch dem Gericht dessen Angaben nur unvollständig übersetzt, wird Nichtigkeit nicht geltend gemacht (vgl dazu RIS-Justiz RS0110266 [T2 und T3]; RS0075090). Dem Angeklagten (oder seinem Verteidiger) wäre es jedoch freigestanden, bei Zweifeln an der Erfüllung der Dolmetscherpflichten (§ 127 Abs 4 StPO) entsprechende Anträge in der Hauptverhandlung zu stellen und auf eine ihm notwendig erscheinende ergänzende Information hinzuwirken (vgl dazu *Hinterhofer* in WK StPO § 126 Rz 80 sowie – in Bezug auf in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführte Vernehmungen – *Kirchbacher* in WK StPO § 250 Rz 9 mwN), womit ihm zur Geltendmachung zu Unrecht erfolgter Abweisung derartiger Begehren die Verfahrensrüge (Z 4) zur Verfügung gestanden wäre.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Anzumerken bleibt zunächst, dass die Subsumtion einzelner der vom Schuldspruch (3) umfassten Angriffe auch unter § 83 Abs 2 StGB trotz konstatierten Verletzungsvorsatzes dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereicht (zur Gleichwertigkeit der beiden Varianten des § 83 StGB vgl *Burgstaller/Fabrizy* in WK StGB² § 83 Rz 22 und § 84 Rz 3; RIS-Justiz RS0092758; RS0092547), weshalb amtswegiges Vorgehen nicht in Betracht kam (vgl *Ratz* in WK StPO § 290 Rz 21).

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde hat sich der OGH jedoch auch von nicht geltend gemachter unrichtiger Anwendung des materiellen Strafrechts (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) zum Nachteil des Angeklagten überzeugt, die von Amts wegen aufzugreifen war (§ 290 Abs 1 S 2 Fall 1 StPO):

Bezugnehmend auf die Schuldsprüche wegen einer unbestimmten Anzahl von Verbrechen der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 und 2 Fall 1 StGB (1) und von Vergehen der schweren Körperverletzung nach § 83 Abs 1 und 2, § 84 Abs 1 Fall 1 StGB (3) stellte das Erstgericht – soweit hier wesentlich – fest, dass das Tatopfer Biljana Mi. eine mit länger als 24 Tage dauernder Gesundheitsschädigung verbundene schwere posttraumatische Belastungsstörung erlitt, für die „die Übergriffe sexueller Natur, der

Psychoterror und die körperliche Gewalt“ kausal waren, womit nach der Überzeugung der Tatrichter jede der – nicht im Rahmen einer tatbestandlichen Handlungseinheit (vgl dazu *Ratz* in WK StGB² Vor §§ 28–31 Rz 89) begangenen – Taten (mit-)ursächlich (vgl erneut *Burgstaller* in WK StGB² § 80 Rz 68) für die schwere Körperverletzung war.

Dass bei gleichartiger Realkonkurrenz ein und derselbe Erfolg die darauf bezogene Qualifikation nur bei einer der zusammentreffenden Taten begründet, entspricht stRsp; begründet wird danach diejenige mit dem strengsten Strafsatz. Letzteres gilt auch bei ungleichartiger Idealkonkurrenz (vgl dazu *Burgstaller* in WK StGB² § 7 Rz 33; *Philipp* in WK StGB² § 201 Rz 30; RIS-Justiz RS0120828; RS0115550). Zum Begriff Strafsatz ist in diesem Zusammenhang auf die von RIS-Justiz RS0125243; RS0125921 vorgenommene grundlegende Klarstellung zu verweisen, der sich der verstärkte Senat ausdrücklich anschließt. Danach versteht die StPO unter Strafsatz nur die Subsumtion. Mit der Strafbefugnis wird hingegen der für die Strafbemessung zur Verfügung stehende Strafrahmen angesprochen, wobei aus Z 11 Fall 1 des § 281 Abs 1 StPO nur jene die Strafbefugnis bestimmenden Umstände relevant sind, welche nicht bereits Gegenstand zulässiger Anfechtung des Schuldspruchs (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) sind (eingehend: *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 666 ff; 13 Os 44/09h = EvBl 2009/144, 965 = JBl 2011, 262 [kritisch *Birklbauer*]; 13 Os 26/10p = EvBl-LS 2010/138 = JBl 2011, 266 [kritisch *Tipold*]).

Zur hier vorliegenden Frage, ob Entsprechendes (generell) auch im Verhältnis ungleichartiger Realkonkurrenz erfolgsqualifizierter strafbarer Handlungen (hier: zwischen § 201 Abs 1 und 2 Fall 1 StGB einerseits und § 83 Abs 1 und 2, § 84 Abs 1 StGB andererseits) gilt, deren Lösung zufolge ihrer grundsätzlichen Bedeutung und nicht einheitlicher Beantwortung in der bisherigen Rsp des OGH (nämlich einerseits 13 Os 114/11f und andererseits 15 Os 102/11f) nach § 8 Abs 1 Z 2 OGHG einem verstärkten Senat vorbehalten blieb, hat der OGH erwohnen:

Die oben angesprochene höchstgerichtliche Judikatur basiert auf dem Grundsatz, eine doppelte Anlastung ein und desselben Erfolgs so weit wie möglich zu vermeiden (*Burgstaller* in WK StGB² § 7 Rz 33; *E. Steininger* in SbgK StGB § 7 Rz 55).

Für eine insoweit differenzierte Betrachtung von Fällen gleichartiger und ungleichartiger Realkonkurrenz bietet § 28 StGB (als Ausgangspunkt der [Schein-]Konkurrenzlehre) keine Grundlage:

Voneinander in tatsächlicher Hinsicht getrennte, jeweils qualifiziert schwere Eingriffe (so 15 Os 102/11f) liegen in beiden Fällen vor. In unterschiedlichem Rechtsgüterschutz (den 15 Os 102/11f unter Berufung auf *Philipp* in WK StGB² § 201 Rz 5 und § 206 Rz 1 auch im Verhältnis der Bestimmungen der §§ 201 f und 206 f StGB ausmacht) könnte allerdings ein Grund dafür zu erblicken sein, dass diese Wertung nur im Verhältnis der strafbaren Handlungen des Zehnten Abschnitts des StGB, nicht aber auch im Verhältnis der strafbaren Handlungen dieses Hauptstücks zu § 84 Abs 1, § 94 Abs 2 Fall 1, § 143 Fall 3 und § 312 Abs 3 Fall 1 StGB sowie im Verhältnis dieser strafbaren Handlungen untereinander zum Tragen kommt.

Ein Blick auf die angesprochenen rechtlichen Kategorien zeigt jedoch, dass durch die letztangeführten Erfolgsqualifikationen stets nur die körperliche und seelische Unversehrtheit geschützt wird, unterschiedlicher Rechtsschutz demgegenüber nur in den Grundtatbeständen zum Ausdruck kommt.

Exklusivität als Begründung für bloß einmalige Subsumtion des (vorliegend nach Maßgabe der Urteilsfeststellungen durch jede der den Schuldsprüchen [1] und

[3] zugrunde gelegten Taten bewirkten) Erfolgs einer „schweren posttraumatischen Belastungsstörung“ scheidet aus, weil die strafbaren Handlungen des § 201 Abs 2 Fall 1 und des § 84 Abs 1 StGB übereinstimmende, mithin gerade nicht – wie für Exklusivität erforderlich – widerstreitende Merkmale enthalten, was angesichts des auf § 84 Abs 1 StGB verweisenden Klammerausdrucks in § 201 Abs 2 Fall 1 StGB geradezu in die Augen springt (und auch in Betreff anderer derart zum Ausdruck gebrachter Erfolgsqualifikationen gilt). Demnach bleibt nur Verdrängung im Wege von Scheinkonkurrenz.

Spezialität scheidet bei Realkonkurrenz aus. Vielmehr ist vom Scheinkonkurrenztypus der materiellen Subsidiarität auszugehen. Ob Subsidiarität vorliegt, bestimmt sich nämlich im Gegensatz zur Konsumtion, wo die konkreten Umstände der Tatbegehung in die Beurteilung einzubeziehen sind, nach dem abstrakten Verhältnis der strafbaren Handlungen zueinander (*Ratz* in WK StGB² Vor §§ 28–31 Rz 36, 57 mwN).

Dem zufolge Eingriffs in verschiedene Rechtsgüter gesteigerten Unwertgehalt wird demnach – anders als von 15 Os 102/11f vorausgesetzt – durch einmalige Annahme der erfolgsqualifizierten strafbaren Handlung, welche mit den jeweiligen Grundtatbeständen (echt) konkurriert, Rechnung getragen.

Dies führt im vorliegenden Fall zur Aufhebung des Urteils im aus dem Spruch ersichtlichen Umfang, sodass neben dem unberührt gebliebenen Schuldspruch (2) nach Maßgabe der aufgehobenen rechtlichen Unterstellungen Schuldsprüche zu (1) wegen eines Verbrechen der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 und 2 Fall 1 StGB und einer unbestimmten Anzahl von Verbrechen der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 StGB und zu (3) wegen einer unbestimmten Anzahl von Vergehen der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 und Abs 2 StGB verbleiben, ohne dass der Wegfall der angesprochenen rechtlichen Unterstellungen zu einem (bloß vom Vorwurf einer selbständigen Tat rechtlich möglichen, in Betreff bloßer Subsumtionen jedoch unzulässigen) Freispruch zu führen hat.

Bei der damit notwendigen Strafneubemessung waren das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und Vergehen und der jeweils lange Tatzeitraum als erschwerend, der zuvor ordentliche Lebenswandel des Angeklagten demgegenüber als mildernd zu werten.

Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen sah sich der OGH zur Verhängung der im Spruch genannten Tatgewicht und Täterschuld entsprechenden Strafe bestimmt.

Mit seiner gegen den Strafausspruch gerichteten Berufung war der Angeklagte auf die Strafneubemessung zu verweisen.

Über die Anrechnung der Vorhaft (§ 38 StGB) hat gemäß § 400 StPO der Vorsitzende des Erstgerichts mit Beschluss zu entscheiden.

Das Erstgericht erkannte den Angeklagten gemäß § 366 Abs 2, § 369 Abs 1 StPO schuldig, je € 500,- an Schmerzensgeld und Schadenersatz an die Privatbeteiligten Biljana Mi. und Marko M. zu zahlen.

Die gegen dieses Adhäsionserkenntnis gerichtete – nicht ausgeführte – Berufung schlägt fehl.

Die durch die Tathandlungen (1) und (3) bewirkte posttraumatische Belastungsstörung der Biljana Mi., die mit einer länger als 24 Tage dauernden Gesundheitsschädigung verbunden war und mehrjährige psychologische Behandlung erforderlich machte, rechtfertigt jedenfalls die vom Erstgericht vorgenommene Zuerkennung von Schmerzensgeld in Höhe von € 500,- (vgl auch *Hartl*, Schmerzensgeldsätze in Österreich, SV 2012, 107). Mit Blick auf die konstatierten seelischen und körperlichen Schmerzen, die der zu Beginn des Tatzeitraums erst siebenjährige Marko M. über mehr als zwei Jahre durch

die dem Schuldspruch (2) zugrunde liegenden wiederholten Tathandlungen erlitt, gilt Gleiches für den Zuspruch von € 500,- an diesen Privatbeteiligten.

* * *

Im vorliegenden Urteil befasste sich der OGH mit der Frage, ob dem Täter dieselbe schwere Folge mehrerer Taten mehrfach anzulasten ist, wenn die Taten an sich verschiedene strafbare Handlungen begründen. Der Angeklagte hatte in mehreren Angriffen das Opfer vergewaltigt oder am Körper verletzt. Aus diesen Angriffen erlitt das Opfer eine schwere Körperverletzung, nämlich eine mit länger als 24 Tage dauernder Gesundheitsschädigung verbundene schwere posttraumatische Belastungsstörung. In einem verstärkten Senat entschied der OGH, dass dem Angeklagten dieselbe schwere Folge mehrerer Taten nur bei einer der Taten anzulasten ist, auch wenn die Taten an sich verschiedene strafbare Handlungen begründen.

Die Konkurrenzlehre folgt dem Grundsatz, eine mehrfache Anlastung desselben Erfolgs so weit wie möglich zu vermeiden (vgl. *Burgstaller* in Höpfel/Ratz, WK StGB² [2001] § 7 Rz 33; *E. Steininger* in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB [1994] § 7 Rz 55). So weit wie möglich meint, so weit sich auch ohne mehrfache Anlastung der gesamte Unwert des Sachverhalts vollständig abdecken lässt (vgl. *Ratz* in WK StGB² [2011] Vorbem §§ 28–31 Rz 26). Bei einer Tat, die verschiedene strafbare Handlungen begründet, entschied der OGH bei den strafbaren Handlungen der Vergewaltigung (§ 201 Abs 1 StGB) und des schweren sexuellen Missbrauchs von Unmündigen (§ 206 Abs 1 StGB), dass dieselbe Folge der schweren Körperverletzung, die jeweils die Qualifikation erfüllt (§ 201 Abs 2 Alt 1, § 206 Abs 3 Alt 1 StGB), dem Täter nur bei einer der strafbaren Handlungen anzulasten ist (OGH 19.01.2010, 11 Os 145/09x; 11.10.2006, 13 Os 62/06a; 07.09.2006, 15 Os 60/06x; 13.06.2006, 14 Os 25/06t; 25.09.2002, 13 Os 65/02; 27.06.2001, 13 Os 36/01; RIS-Justiz RS0115550). Der OGH findet also bei einer Tat den Unwert derselben schweren Folge durch die Qualifikation einer der strafbaren Handlungen als vollständig abgedeckt.

Bei mehreren Taten, welche die gleiche strafbare Handlung begründen, entschied der OGH ebenfalls, dass bei mehreren sexuellen Übergriffen (§ 201 Abs 1, § 202 Abs 1, § 205 Abs 1, § 206 Abs 1 oder 2 oder § 207 Abs 1 oder 2 StGB), die für dieselbe Folge ursächlich waren (§ 201 Abs 2, § 202 Abs 2, § 205 Abs 2, § 206 Abs 3 oder § 207 Abs 3 StGB), dem Täter die Qualifikation nur bei einer dieser Taten anzulasten ist (OGH 13.12.2011, 14 Os 134/11d; 13.10.2011, 13 Os 100/11x; 08.06.2006, 15 Os 26/06x; 26.09.2006, 11 Os 82/06b; 31.07.2007, 14 Os 52/07i; 17.12.2008, 13 Os 149/08y; 13.10.2011, 13 Os 114/11f; 25.05.2011, 15 Os 38/11v; 24.05.2011, 14 Os 24/11b; 29.03.2011, 12 Os 4/11x; 17.06.2010, 13 Os 114/09b; 26.03.2009, 12 Os 23/09p; RIS-Justiz RS0120828). Der OGH findet also auch bei mehreren Taten den Unwert derselben schweren Folge durch die angelastete Qualifikation bei einer der Taten als vollständig abgedeckt. Das Schrifttum folgte dieser Rsp (vgl. *Fabrizy*, StGB¹⁰ [2010] § 201 Rz 11; *Hinterhofer/Rosbaud*, BT II⁵ [2012] § 201 Rz 32; *Kienapfel/Schmoller*, BT III² [2009] §§ 206–207 Rz 51; *Philipp* in WK StGB² [2012] § 201 Rz 30).

Bei mehreren Taten jedoch, die verschiedene strafbare Handlungen begründen, war die Rsp des OGH bis zum vorliegenden Urteil unterschiedlich, wobei entsprechend der Konkurrenzfrage die verschiedenen Rechtsgüter der Grundtatbestände und der Qualifikationstatbestände in den Blick gelangten. Einerseits folgte der OGH seiner

Rsp zu ungleichartiger Idealkonkurrenz und gleichartiger Realkonkurrenz, indem er entschied, wenn feststeht, „dass ein Verletzungserfolg Resultat mehrerer Taten ist, ohne dass deren eine als ausschließliche Ursache in Frage kommt, [...] er nach stRsp nur bei einer Tat anzulasten [ist]“ (OGH 13.10.2011, 13 Os 114/11f). Andererseits entschied der OGH kurz darauf gegenteilig, dass bei „ungleichartiger Realkonkurrenz [...] der Unwertgehalt von real konkurrierendem Beischlaf mit Unmündigen einerseits und Vergewaltigung andererseits, die jeweils mitkausal für ein und dieselbe schwere Körperverletzung waren, jedenfalls erst durch die Unterstellung jeweils einer der strafbaren Handlungen auch unter den entsprechenden Qualifikationstatbestand [...] in seinem vollen Umfang erfasst [wird], handelt es sich doch um voneinander in tatsächlicher Hinsicht getrennte, jeweils qualifiziert schwere Eingriffe in unterschiedliche Rechtsgüter [...]. Ein Fall von Scheinkonkurrenz aber auch von Exklusivität [...] ist daher [...] nicht auszumachen. Diese Sicht steht nicht in Widerspruch zur bisherigen Judikatur [...], die das Gebot, eine doppelte Anlastung ein und desselben Taterfolgs so weit wie möglich zu vermeiden [...] – entgegen dem sich bloß auf RIS-Justiz RS0120828 stützende[n], dabei aber das Wort ‚gleichartigen‘ vernachlässigenden obiter dictum in 13 Os 114/11f – nur auf Fälle gleichartiger Realkonkurrenz und ungleichartiger Idealkonkurrenz bezogen hat.“ (OGH 16.11.2011, 15 Os 102/11f; vgl. auch RIS-Justiz RS0127352).

Schützen demnach bei mehreren Taten, die verschiedene strafbare Handlungen begründen, die Grundtatbestände unterschiedliche Rechtsgüter, verlangte der OGH bei jeweils einer der verschiedenen strafbaren Handlungen den Qualifikationstatbestand heranzuziehen, um den gesamten Unwert der Taten vollständig abzudecken. Darin erblickte er den Unterschied zwischen gleichartiger und ungleichartiger Realkonkurrenz, wobei er offen ließ, weshalb Qualifikationstatbestände, die dasselbe Rechtsgut schützen, aufgrund derselben Folge mehrfach heranzuziehen wären (vgl. auch kritisch *Philipp* in WK StGB² [2012] § 201 Rz 30).

Aus der unterschiedlichen Rsp ergab sich die Frage, worauf sich der Vergleich der Rechtsgüter bezieht: Bloß auf die Qualifikationstatbestände an sich oder in Verbindung mit den Grundtatbeständen? Zu klären blieb zudem, ob unterschiedliche Antworten bei gleichartiger und ungleichartiger Realkonkurrenz vor dem Hintergrund der gesetzlichen Vorschrift über das Zusammentreffen strafbarer Handlungen bestehen können (§ 28 StGB).

Im Schrifttum findet sich zwar nicht der vorliegende Fall sexueller Übergriffe, aber ein gleich gelagerter Fall: Jemand stirbt, wobei der Tod sowohl auf die fahrlässige Vortat als auch auf das Imstichlassen zurückzuführen ist, weil der Täter das Opfer bei sofortiger Hilfeleistung hätte retten können. Die schwere Folge des Todes kann dabei strafbegründend (§ 80 StGB; hinsichtlich § 88 Abs 1 und 4 Alt 1 StGB inhaltlich qualifizierend) und qualifizierend sein (§ 94 Abs 2 Alt 2 StGB). Da zwei unterschiedliche Taten (Vortat und Imstichlassen) vorliegen, die verschiedene strafbare Handlungen begründen (§ 88 Abs 1 StGB; § 94 Abs 1 StGB), besteht wie im vorliegenden Fall ungleichartige Realkonkurrenz. Ist dem Täter der Tod des Opfers zweimal anzulasten und er somit wegen fahrlässiger Tötung (§ 80 StGB) und Imstichlassen des Verletzten mit Todesqualifikation (§ 94 Abs 1 und 2 Alt 2 StGB) zu verurteilen? Die Ansichten im Schrifttum sind geteilt: Einige Autoren meinen, der Tod wäre nur einmal anzulasten, weshalb das Gericht den Täter bloß wegen fahrlässig schwerer Körperverletzung (§ 88 Abs 1 und 4 StGB) und Imstichlassen des Verletzten mit Todesqualifikation verurteilen dürfte (vgl. *Bertel*/

Schwaighofer, BT I¹² [2012] § 94 Rz 20; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I² [2012] § 94 Rz 22; *Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, 393, 459 [403 Fn 74]; *Fabrizy*, StGB¹¹ [2010] § 94 Rz 6; *Leukauf/Steininger*, StGB³ [1992] § 94 Rz 35; *Lewis*, BT I² [1999] 89; *Murschetz* in SbgK StGB [2008] § 94 Rz 65). Andere Autoren meinen, das Gericht müsse den Täter wegen fahrlässiger Tötung und Imstichlassen des Verletzten mit Todesqualifikation verurteilen, weil nur so der Unwert des jeweils fahrlässig herbeigeführten Todes vollständig abgedeckt ist (vgl. *Jerabek* in WK StGB² [2010] § 94 Rz 50; *Kienapfel*, Aussetzung [§ 82 StGB] oder Imstichlassen eines Verletzten [§ 94 StGB]?, RZ 1978, 4 [6]; *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I³ [2012] § 94 Rz 85; *Nowakowski*, Bemerkungen zu §§ 94, 95 StGB, in FS-Reimer [1976] 253 [267]). Der Konkurrenzfrage entsprechend begründen die Autoren ihre Ansichten bloß damit, ob sie den gesamten Unwert vollständig abgedeckt sehen.

Mit Beschluss des OGH vom 15.05.2012, also bereits ein halbes Jahr nach dem entstandenen Unterschied in der Rsp zweier Senate, blieb die Antwort auf diese Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung einem verstärkten Senat vorbehalten (§ 8 Abs 1 Z 2 OGHG). Der verstärkte Senat des OGH entschied, dass die gesetzliche Vorschrift über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (§ 28 StGB) als Ausgangspunkt der Konkurrenzlehre für unterschiedliche Antworten bei gleichartiger und ungleichartiger Realkonkurrenz keine Grundlage bietet. Bei einem Vergleich der Rechtsgüter ist nur auf die Qualifikationstatbestände abzustellen. Schützen sie dasselbe Rechtsgut, reicht es dieselbe Folge mehrerer Taten nur bei einer der Taten anzulasten, um den gesamten Unwert abzudecken, auch wenn die Taten verschiedene strafbare Handlungen begründen, weil bereits die Grundtatbestände den gesteigerten Unwert durch Eingriff in verschiedene Rechtsgüter abdecken. Die besondere Folge begründet jenen Qualifikationstatbestand als rechtliche Kategorie, den das Gesetz mit der strengsten Strafe bedroht. Die begründete Qualifikation verdrängt weitere Qualifikationen aufgrund des abstrakten Verhältnisses der strafbaren Handlungen zueinander durch materielle Subsidiarität. Mit diesem Urteil hat der OGH den bereits bei gleichartiger Realkonkurrenz eingeschlagenen Weg konsequent weitergeführt und die Rechtseinheit auch zwischen seinen eigenen Senaten wiederhergestellt.

Univ.-Ass. Mag. Günther Rebisant

Fristgerechte Einbringung eines Rechtsmittels trotz fremdsprachiger Eingabe

§ 56 Abs 1 StPO:

Eine grundrechtskonforme Auslegung des § 56 Abs 1 StPO gebietet, einem unvertretenen, der Verfahrenssprache nicht hinreichend mächtigen Angeklagten nicht unmittelbar nach erhaltener Rechtsmittelbelehrung, sondern auch dann Übersetzungshilfe zu leisten, wenn er innerhalb der Frist zur Anmeldung einer Berufung gegen das Urteil eines Einzelrichters, das ihm zuvor im Beisein eines Dolmetschers verkündet wurde, einen nicht in der Verfahrenssprache gehaltenen Schriftsatz einbringt.

Erweist sich eine fremdsprachig abgefasste Eingabe nach Vorliegen der Übersetzung ihres Inhalts in die Gerichtssprache als schriftliche Berufungsanmeldung, ist diese fristgerecht eingebracht.

OGH 11.12.2012, 11 Os 139/12v, 140/12s, 141/12p, 142/12k (LG Salzburg 25.05.2012, 43 Bl 70/12z; BG St. Johann im Pongau 08.09.2011, 6 U 50/11w)

Im beim BG St. Johann im Pongau zu 6 U 50/11w gegen die polnische Staatsangehörige Natalia M. wegen des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88

Abs 1, 4 Fall 1 StGB anhängigen Strafverfahren wurden der in Polen wohnhaften Angeklagten der Strafantrag der StA Salzburg vom 21.04.2011 und die Ladung zu der vom Bezirksrichter für 08.09.2011 anberaumten Hauptverhandlung (HV) samt Übersetzung dieser Schriftstücke in die polnische Sprache am 19.07.2011 zugestellt.

Mit in polnischer Sprache verfasstem Schreiben beantragte die Angeklagte unter Hinweis auf ihre Einkommenslosigkeit als Studentin und monatliche Alimentationszahlungen ihres Vaters in Höhe von € 375,- die Beibehaltung eines Verfahrenshilfeverteidigers. Sie merkte an, dass sie die (Gerichts-)Sprache nicht in dem Ausmaß beherrsche, um in dieser vor Gericht auszusagen. Da sie in dieser Sache noch nicht vernommen worden sei (sie habe bisher lediglich eine schriftliche Erklärung per E-Mail übermittelt) und die Akten der (Straf-)Sache nicht kenne, sei sie ohne Rücksprache mit einem Rechtsanwalt, mit dem sie vorweg die „Verteidigungslinie“ besprechen möchte, nicht dazu in der Lage zu sagen, ob und welche Beweisanträge sie in der Sache einbringen werde.

Dieser seit 23.08.2011 in deutscher Übersetzung vorliegende Antrag wurde mit Beschluss vom 06.09.2011 abgewiesen. Das BG begründete seine Entscheidung im Detail wie folgt:

„Ein Fall einer notwendigen Verteidigung im Sinne des § 61 Abs 1 StPO liegt nicht vor. Ein Verfahrenshilfeverteidiger kann daher nur unter der Voraussetzung des § 61 Abs 2 Z 4 StPO bei schwieriger Sach- oder Rechtslage bestellt werden, wenn und soweit dies im Interesse der Rechtspflege, vor allem im Interesse einer zweckentsprechenden Verteidigung, erforderlich ist. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die Angeklagte bestreitet zwar ein Verschulden am Schiunfall in einer schriftlichen Stellungnahme. In der HV werden neben der Angeklagten auch zwei Zeugen, darunter die Geschädigte, vernommen. Diese Umstände begründen aber keine schwierige Sach- oder Rechtslage. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beibehaltung eines Verfahrenshilfeverteidigers für eine zweckentsprechende Verteidigung im bezirksgerichtlichen Strafverfahren sind somit nicht gegeben.“

Erwägungen dahin, ob die Angeklagte trotz des Umstands, dass sie der Gerichtssprache nicht kundig ist, in der Lage ist, sich selbst zu verteidigen (vgl. § 61 Abs 2 Z 2 StPO), sind dem Beschluss, der zudem keine Rechtsmittelbelehrung enthält, nicht zu entnehmen.

Eine Ausfertigung dieser Entscheidung wurde der Angeklagten zu Beginn der HV am 08.09.2011 ausgefolgt. Die Erteilung einer mündlichen Rechtsmittelbelehrung in Ansehung dieses Beschlusses, vor allem der Hinweis auf die jedenfalls noch offene Beschwerdefrist, oder eine Anleitung der unvertretenen Angeklagten, ihren Antrag auf Beibehaltung eines Verfahrenshilfeverteidigers in der HV wiederholen zu können, sind dem Hauptverhandlungsprotokoll nicht zu entnehmen.

Die HV am 08.09.2011 wurde in Anwesenheit einer Dolmetscherin für die polnische Sprache, jedoch ohne Verteidiger durchgeführt. Die Angeklagte bestritt ein Verschulden am ihr angelasteten (Schi-)Unfall und erwähnte im Rahmen ihrer Schilderung des Unfallhergangs unter anderem, dass sie gemeinsam mit ihrem Vater und ihrer Schwester als Gruppe abgefahren wäre und sich ihre Schwester hinter ihr befunden habe. Dass diese auch Wahrnehmungen zum gegenständlichen Unfall gemacht hätte, geht aus der Aussage nicht konkret hervor, weil der Tatrichter die Angeklagte nicht dazu befragte, ob ihre Schwester den Zusammenstoß wahrgenommen habe (und solcherart als Zeugin in Frage komme). Darüber hinaus unterließ er es zur Gänze, die Angeklagte darüber aufzuklären, dass sie berechtigt wäre, zweckdienliche Beweisanträge zu stellen, insbesondere die Vernehmung der Schwester als Zeugin zu begehren.