

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

12.12.2000

Geschäftszahl

110s122/00

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 12. Dezember 2000 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kuch als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ebner, Dr. Habl, Dr. Zehetner und Dr. Danek als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Schmidt als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Werner M***** wegen des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 30. Mai 2000, GZ 6a Vr 8528/99-22 nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Tiegs, des Angeklagten Werner M***** und des Verteidigers Dr. Wolfgang Ulm zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird dahin Folge gegeben, dass gemäß § 43a Abs 1 StGB ein Teil der Geldstrafe im Ausmaß von hundert Tagessätzen (im Uneinbringlichkeitsfall fünfzig Tage Ersatzfreiheitsstrafe) unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wird. Im Übrigen wird der Berufung nicht Folge gegeben.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text**Gründe:**

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Werner M***** des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 2 StGB schuldig erkannt. Danach hat er am 17. August 1999 in Wien als Sicherheitswachebeamter mit dem Vorsatz, dadurch andere an ihren Rechten zu schädigen, nämlich Gabriele A***** an ihrem Recht auf persönliche Freiheit und Beaufsichtigung ihrer unmündigen Kinder durch die Behörde, nachdem sie selbst festgenommen worden war, sowie die Republik Österreich an ihrem Recht auf Ausschluss von Kindern unter 12 Jahren ohne Aufsichtsperson als Radfahrer vom öffentlichen Verkehr, seine Befugnis, im Namen des Bundes in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wesentlich missbraucht, indem er Gabriele A*****, die gemeinsam mit ihrer 10-jährigen Tochter Patricia und ihrem 6-jährigen Sohn Timmy mit Fahrrädern unterwegs war, festnahm, ihr Handschellen anlegen sowie sie zu einem Wachzimmer bringen ließ und es zuließ, dass die beiden Kinder nun unbeaufsichtigt am öffentlichen Verkehr teilnahmen.

Rechtliche Beurteilung

Diesen Schuldspruch bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Gründe der Z 5 und 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, welcher aus den zutreffenden Erwägungen der Generalprokuratur keine Berechtigung zukommt.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen nach dem erstgenannten Nichtigkeitsgrund sind die Urteilsfeststellungen hinsichtlich der Frage, ob die Zeugin Gabriele A***** mit ihren Kindern bei Rot- oder bei Grünlicht in die Kreuzung eingefahren ist, keineswegs widersprüchlich. Wird doch im Rahmen des Urteils Sachverhaltes (US 5) unmissverständlich festgestellt, dass "sie ... bei Grünlicht in die Kreuzung ein(fuhren)", wohingegen es sich bei der Wendung "(vermeintlichen oder auch tatsächlich stattgefundenen) Missachtung des Rotlichts" (US 20) um - hypothetische - Erwägungen der Tatrichter im Rahmen der rechtlichen Beurteilung handelt, mit denen - wenn auch zT rechtsirrig - dargelegt werden sollte, dass eine Festnahme selbst bei Vorliegen eines Verstoßes gegen das Gebot des § 38 Abs 5 StVO im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitserfordernis unzulässig gewesen wäre.

Das Urteil lässt auch keineswegs im Unklaren, dass sich die genannte Zeugin nicht geweigert hat, ihren Namen dem einschreitenden Organ der Sicherheitsexekutive bekannt zu geben, sondern hält ausdrücklich fest, dass sie gar nicht danach gefragt wurde (US 6). Die auf US 15 angestellten beweiswürdigenden Überlegungen lassen lediglich die (zutreffende) Ansicht der Tatrichter erkennen, dass dieser Frage im Hinblick auf die leicht zu realisierende Möglichkeit einer Identitätsfeststellung der Gabriele A***** durch Befragung ihrer Kinder ohnedies keine Entscheidungsrelevanz beizumessen ist. Ähnliches gilt für das vom Gericht festgestellte Verhalten der Zeugin A***** anlässlich der gegenständlichen Amtshandlung. Dem bezüglichlichen Sachverhalt lässt sich eindeutig entnehmen, dass Gabriele A***** "immer aufgeregter und lauter" wurde und "lautstark gegen die Amtshandlung (protestierte)" (US 5) bzw dass sie "weder geflüchtet war noch die Polizisten nennenswert angriff", sodass "weder eine Fluchtgefahr noch eine Gefährdung der anderen Beamten (bestand)" (US 7). Demgegenüber handelt es sich bei den in der Beschwerde zitierten Urteilspassagen (US 14 bis 16) abermals lediglich um beweiswürdigende Erwägungen der Erkenntnisrichter, in deren Rahmen auch die Unerheblichkeit des Verhaltens dieser Zeugin auf Grund mangelnder Gefährdungseignung klargestellt wurde.

Soweit der Angeklagte unter Hinweis auf das vom Erstgericht festgestellte Motiv seines Handelns (Furcht vor Gesichtsverlust bzw Lächerlichkeit) eine Erörterung zweier Dienstbefehle der Bundespolizeidirektion Wien über Festnahmen bei Übertretungen (ua) gegen die Straßenverkehrsordnung und über die Wichtigkeit der Einhaltung der Verkehrsvorschriften durch Radfahrer sowie des Amtsblattes Nr. 2/1979 der Bundespolizeidirektion Wien über die Anwendung des § 21 VStG in Verkehrssachen und von Presseaussendungen über die Gefährlichkeit des Radfahrens vermisst, gehen seine Vorwürfe ins Leere, weil - wie in der Folge dargelegt wird - die Festnahme der Gabriele A***** schon im Hinblick auf den unterbliebenen Versuch einer Identitätsfeststellung der Festgenommenen (durch ihre und ihre Kinder Befragung) unzulässig war.

Als nicht zielführend erweist sich auch der Beschwerdeeinwand, das Erstgericht habe die Verantwortung des Angeklagten, wonach eine Hinderung der beiden Kinder am Wegfahren unmöglich gewesen sei, übergangen; lassen doch die gegenteiligen Urteilsannahmen im Zusammenhalt mit den bezüglichlichen Beweiswürdigungserwägungen unzweifelhaft erkennen, dass das Erstgericht dieser Einlassung infolge insoweit fehlender Glaubwürdigkeit nicht gefolgt ist (US 12 - 14, 17, 19).

Eine Aktenwidrigkeit erblickt der Beschwerdeführer darin, dass sich das Gericht wiederholt auf die (außer Kraft getretene) Handfesselordnung berufen hat. Dabei übersieht er, dass ein solcher Mangel des Urteils nur vorliegen könnte, wenn dieses den eine entscheidende Tatsache betreffenden Inhalt einer Aussage oder Urkunde in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergibt (Foregger/Fabrizy StPO8 § 281 Abs 1 Z 5 StPO Rz 47); dies ist dem Urteil jedoch nicht vorzuwerfen. tatsächlich läuft dieser Teil der Rüge auf eine Kritik der rechtlichen Beurteilung hinaus, auf die bei Behandlung der Rechtsrüge eingegangen wird.

In seiner auf die Z 9 lit a gestützten Beschwerde behauptet der Angeklagte die Rechtmäßigkeit der Festnahme sowie des Anlegens der Handfessel und weist darauf hin, dass die - sowohl als Grundsatz im Sicherheitspolizeigesetz (SPG) enthaltene als auch ausdrücklich in § 10 der Richtlinienverordnung (BGBl 1993/266) vor- geschriebene - Verhältnismäßigkeit solcher Maßnahmen im vorliegenden Fall außer Betracht zu bleiben habe, weil die Bestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes auf (gemäß Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG von Organen des Landes und nicht von solchen des Bundes zu vollziehende) Angelegenheiten der Straßenpolizei keine Anwendung fänden, § 10 der Richtlinienverordnung keine Bestimmungen über das Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern nur solche über die Dokumentation verwaltungsrechtlicher Befehls- und Zwangsgewalt enthalte und - wie sich aus der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ergebe (vgl B 1010/86, B 1011/86) - auch bei Anwendung des (hier allein maßgeblichen) § 35 Z 1 VStG keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen sei.

Zunächst ist festzuhalten, dass es fallbezogen nicht entscheidungswesentlich ist, ob der Angeklagte als Vollzugsorgan des Bundes oder als solches des Landes einschritt, und es zur Erfüllung des Tatbestandes des § 302 StGB ausreicht, dass der Täter eine seiner Befugnisse zur Vornahme von Amtsgeschäften wissentlich missbraucht und sich sein Schädigungsvorsatz (nur) auf ein (konkretes) Recht eines anderen erstreckt.

Im Übrigen ist den Beschwerdeeinwänden zwar beizupflichten, doch ändert dies nichts an der Richtigkeit der vom Erstgericht vorgenommenen rechtlichen Beurteilung. Denn eine Festnahme darf gemäß § 35 Z 1 VStG nur dann vorgenommen werden, wenn die Identität der (keinen Ausweis mit sich führenden) betroffenen Person weder dem anhaltenden Organ bekannt noch sonst sofort feststellbar ist; diese Voraussetzungen waren aber - wovon das Erstgericht zu Recht ausgegangen ist (US 6) - auf Grund der bestandenen (aber vom Beschwerdeführer wider besseres Wissen nicht realisierten) Möglichkeit einer Befragung der Zeugin und deren Kinder nach Namen und Anschrift der Angehaltenen nicht erfüllt.

Soweit sich der Beschwerdeführer in seiner Äußerung zur Stellungnahme der Generalprokuratur darauf beruft, dass nach dem Dienstbefehl der Bundespolizeidirektion Wien vom 4. November 1999 eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vorzunehmen sei, übersieht er, dass in diesem Dienstbefehl zwar darauf hingewiesen wird, dass eine Übertretung der StVO (wie vorliegend) nicht unter das Sicherheitspolizeigesetz falle, weshalb die darnach zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zum Tragen komme, doch wird andererseits ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass aufgrund des Bundesgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit (Art I Abs 3) der Entzug der persönlichen Freiheit nur dann in Betracht kommt, wenn und

soweit dies nicht zum Zweck der Maßnahme außer Verhältnis steht, wobei in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 35 StVG ausdrücklich angeführt wird.

Doch selbst bei Annahme des Misserfolges einer entsprechenden Befragung und der daraus resultierenden Zulässigkeit einer Festnahme gemäß § 35 Z 1 VStG hat der Angeklagte das Tatbestandsmerkmal des Befugnismisbrauches verwirklicht, indem er gegen die Regelung des § 26 Abs 2 der (nach der Festnahme zur Anwendung gelangenden und die Bestimmungen der - im Urteil teilweise zu Unrecht herangezogenen - Handfesselordnung ersetzenden; vgl AS 67) Anhalteordnung (Verordnung des Bundesministeriums für Inneres über die Anhaltung von Menschen durch die Sicherheitsexekutive, BGBl II Nr 128/1999) verstieß, nach welcher Bestimmung die Anlegung von Fesseln nur im (nach den Urteilsfeststellungen nicht anzunehmenden) Fall von Selbst-, Fremdgefährdungs- oder Fluchtgefahr oder der Gefahr der Vereitelung der Amtshandlung zulässig ist.

Ein weiterer - demnach nur tatbestandsverstärkender - (wissentlicher) Befugnismisbrauch des Nichtigkeitswerbers ist schließlich darin zu sehen, dass er nach den Urteilsfeststellungen die Zwangsmittel länger einsetzte, als dies durch die (von ihm behauptete) Gefährdung nach Abs 2 Z 1, 3 und 4 des § 26 der Anhalteordnung gerechtfertigt gewesen wäre, und damit - auch - (wissentlich) gegen das Gebot des Abs 4 dieser Bestimmung verstoßen hat, wonach bei jeglicher Ausübung von Zwangsgewalt darauf besonders zu achten ist, dass sie - nach Art, Umfang und Dauer - die Verhältnismäßigkeit zum Anlass wahrt. Mit der Behauptung des Bestehens der Gefahr einer Gefährdung der Exekutivbeamten durch die Zeugin A***** oder deren Flucht bringt der Beschwerdeführer die Rechtsrüge nicht zur gesetzesgemäßen Darstellung, weil er dabei von den Urteilsfeststellungen (US 7) abweicht, wonach "die Frau [gemeint: Gabriele A*****] weder geflüchtet war noch die Polizisten nennenswert angriff". Die von ihm weiters aufgeworfene Frage, ob angesichts der vorherigen (bereits die Freiheit einschränkenden) Festnahme die Zeugin Gabriele A***** durch die Anlegung von Handschellen überhaupt noch an ihrem Recht auf persönliche Freiheit geschädigt werden konnte, kann im Hinblick auf die festgestellte Widerrechtlichkeit ihrer Festnehmung auf sich beruhen.

Soweit der Angeklagte die Schädigung der genannten Zeugin an deren Erziehungs- bzw Aufsichtsrecht gegenüber ihren (unmündigen) Kindern mit dem Hinweis auf die (vermeintliche) Aufgabe dieser Rechte durch das Wegschicken der Kinder bestreitet, bringt er den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund neuerlich nicht zur gesetzesgemäßen Darstellung, weil er jene Urteilsannahme (US 8 f) übergeht, wonach die Zeugin ihren Kindern erst nach ihrer (unrechtmäßigen) Festnahme und Fesselung - somit zu einem Zeitpunkt, in dem sie die angesprochenen Rechte gar nicht mehr ausüben konnte - den Auftrag gab, (allein) nach Hause zu fahren.

Auch mit dem - an sich richtigen - Hinweis, dass Adressat des § 65 Abs 1 StVO der Erziehungsberechtigte ist (vgl Messiner StVO10 § 65 Anm 1, E 2, 16), ist für den Beschwerdeführer nichts gewonnen:

Nach dem zweiten Satz dieser Gesetzesstelle dürfen Kinder unter 12 Jahren ein Fahrrad nur unter Aufsicht einer Person, die das 16. Lebensjahr vollendet hat, oder mit behördlicher Bewilligung lenken. Für die Durchsetzung dieses Gebotes haben grundsätzlich die Eltern bzw Erziehungsberechtigten zu sorgen (vgl Messiner aaO). Durch die Festnahme und Fesselung der Zeugin A***** hat der Angeklagte bewirkt, dass diese ihre Aufsichtspflicht nicht mehr wahrnehmen konnte, weil sie ab diesem Zeitpunkt nicht (mehr) in der Lage war, auf das Verhalten ihrer Kinder jeder Zeit tatsächlich einzuwirken. Damit ist aber der im Punkt 6 siebenter Absatz der Dienstanweisung der Bundespolizeidirektion Wien vom 12. Juli 1999, GZ P 1143/a/99 (vgl AS 63) geregelte Fall eingetreten und wären demnach vom Angeklagten die notwendigen Maßnahmen zur Fortsetzung der Obhut betreffend die Unmündigen zu veranlassen gewesen, was nach Lage des Falles zunächst erfordert hätte, dass er - auf Grund des Ingerenzprinzips - die Kinder am (unbeaufsichtigten) Wegfahren vom Ort der Amtshandlung hätte hindern müssen. Durch sein Untätigbleiben hat der Angeklagte somit - wie vom Erstgericht auf Grund der Ergebnisse des Beweisverfahrens festgestellt wurde: wissentlich - auch insoweit seine Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften missbraucht und damit - nach den Urteilsfeststellungen: bedingt vorsätzlich - (auch) die Schädigung der Republik Österreich an ihrem (der Beschwerde zuwider: konkreten) Recht, unter 12 Jahre alte Radfahrer ohne Aufsicht vom Straßenverkehr auszuschließen, herbeigeführt.

Die unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen. Das Schöffengericht verhängte über den Angeklagten gemäß § 302 Abs 1 StGB - wonach eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vorgesehen ist - unter Anwendung (der außerordentlichen Strafmilderung und) des Strafumwandlungsrechtes nach (§ 41 und) § 37 Abs 1 StGB eine Geldstrafe in der Höhe von 200 Tagessätzen zu je 200 S. Dabei wurde als erschwerend nichts, als mildernd der bisherige ordentliche Lebenswandel gewertet.

Ungeachtet der zu Missverständnissen Anlass gebenden Formulierung des Erstgerichtes, wonach auch die Uneinsichtigkeit des Angeklagten und sein durch die erlangte Publizität den Ruf der Polizei schädigendes Verhalten in die für die schuldangemessene Strafe entscheidende Abwägung der Strafzumessungsgründe insoweit, weil trotz grundsätzlicher Berücksichtigungsmöglichkeit präventiver Gesichtspunkte die angeführten Überlegungen der Spezial- und Generalprävention zuzuordnenden Umstände das Maß der Schuld nicht tangieren, unzulässigerweise einbezogen wurden, besteht für eine Strafreduktion kein Anlass. Denn für die Anwendung des Strafumwandlungsrechtes sah der Schöffensenat darin ohnedies keinen Hindernisgrund, für die Wahl des Strafmaßes innerhalb der durch § 37 Abs 1 StGB gezogenen Grenzen aber wurden sie zu Recht beachtet. Der Sache nach haben sie denn auch nur auf die Frage der Gewährung einer bedingten Strafnachsicht Einfluss, weshalb sie der Schöffensenat, zumal auch die erlangte Publizität des Verhaltens des

Beschwerdeführers von diesem jedenfalls mitverursacht wurde, grundsätzlich zutreffend - und von der Beschwerde substantiell auch nicht bekämpft - berücksichtigen konnte.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes ist es nach Lage des Falles indes nicht geboten, die verhängte Geldstrafe zur Gänze zu vollziehen. In Anbetracht des bisher tadelfreien Vorlebens des Berufungswerbers und seiner beruflichen Position steht die Gewährung der im Spruch determinierten teilbedingten Strafnachsicht einer positiven Verhaltensprognose nicht entgegen.

Die Einwände gegen die Höhe des Tagessatzes sind dagegen unbegründet. Ausgehend von einer unter Bedachtnahme auf die jährlichen Sonderzahlungen mit durchschnittlich 21.500 errechneten Bemessungsgrundlage erweist sich ein Tagessatz von 200 S auch unter Berücksichtigung der Sorgepflichten des Angeklagten nicht als überhöht.

Der Berufung war daher nur im aufgezeigten Umfang ein Erfolg beschieden.

Die Kostenentscheidung ist in § 390a StPO begründet.