



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 195/08

vom

22. August 2008

BGHSt: ja (zu 2)

BGHR: ja

Veröffentlichung: ja

StPO §§ 244 Abs. 4 Satz 2, 256 Abs. 1 Nr. 2

Früheres Gutachten im Sinne von § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO kann auch ein gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesenes ärztliches Attest über eine Körperverletzung sein.

BGH, Beschluss vom 22. August 2008 - 2 StR 195/08

in der Strafsache
gegen

wegen Vergewaltigung u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 22. August 2008 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 4. Dezember 2007
 - a) im Schuldspruch dahin berichtigt, dass der Angeklagte in den Fällen 17 und 21 der Urteilsgründe jeweils der besonders schweren Vergewaltigung, jeweils in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, schuldig ist;
 - b) im Schuldspruch und den Einzelstrafaussprüchen in den Fällen 16, 23 und 25 der Urteilsgründe sowie in den beiden Gesamtstrafenaussprüchen jeweils mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird als unbegründet verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung in drei Fällen (24, 25, 26), davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Vergewaltigung (25, 26), wegen räuberischer Erpressung (27) und versuchter räuberischer Erpressung (28) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Wegen Zuhälterei in zwei Fällen (8, 14), Vergewaltigung in drei Fällen (15, 17, 21), davon in einem Fall in Tateinheit mit Körperverletzung (15) und in zwei Fällen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (17, 21), wegen räuberischer Erpressung (13), gefährlicher Körperverletzung in sechs Fällen (9, 16, 18, 20, 22, 23), wegen Körperverletzung (19) und Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung (11) hat es den Angeklagten unter Einbeziehung der Strafe aus einer Vorverurteilung zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt. Außerdem wurde die Sicherungsverwahrung gegen den Angeklagten angeordnet. Seine auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision hat nur in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.
- 2 1. Die Verfahrensrüge, mit welcher die Revision die Zurückweisung eines Beweisantrags zu den Fällen 23 und 25 der Urteilsgründe (gefährliche Körperverletzung und Vergewaltigung jeweils im "M. D. 's Club" in F.) rügt, ist begründet.
- 3 Die Zeugin B. hatte bei ihrer ermittelungsrichterlichen Vernehmung auf die Frage, ob bei den Vorfällen in dem Lokal "noch andere anwesend" gewesen seien, geantwortet: "S. . S. , ich weiß nicht wie der heißt, ein Schwuler". Bezogen hierauf beantragte die Verteidigung, den Zeugen S. R., den dama-

ligen Geschäftsführer des genannten Lokals, zum Beweis der Tatsachen zu vernehmen, dass der Zeuge im Tatzeitraum täglich im Club anwesend gewesen sei, dass er die Geschädigte und den Angeklagten persönlich kenne und dass die in der Anklage beschriebenen Vorfälle nicht stattgefunden hätten, "da der Zeuge sie mitbekommen hätte müssen"; hinzugefügt war der Satz: "Auch die Zeugin B. hat bekundet, dass S. dabei gewesen sei".

4 Diesen Antrag lehnte das Landgericht mit der Begründung ab, es mangle an der Konnexität der Beweistatsache, "da nicht feststellbar ist, in welchem Raum des Lokals, zu welcher genauen Zeit und unter welchen Umständen der Zeuge nichts wahrgenommen haben soll". Der Beschluss führte weiter aus: "Anders wäre der Antrag zu bewerten, wenn die Zeugin bekundet hätte, der S. R. sei dabei gewesen oder der Geschäftsführer S. sei dabei gewesen. Die Zeugin hat aber nur bekundet, 'S. , ein Schwuler' sei dabei gewesen. Die Bezeichnung mit dem Vornamen 'S. ' und die Erklärung, es sei ein Homosexueller, lässt dagegen nicht den Schluss zu, die Zeugin habe damit auch den S. R. benannt".

5 Hierauf beantragte die Verteidigung, zum Beweis der Tatsache, dass mit der Bezeichnung "S. , ein Schwuler", der Geschäftsführer des Lokals gemeint war, die Zeugin B. nochmals zu vernehmen; weiterhin zum Beweis der Tatsache, dass der Betreiber des Lokals homosexuell sei, den Zeugen S. R. zu vernehmen.

6 Dies lehnte das Landgericht mit der Begründung ab, die Zeugin B. sei vernehmungsunfähig, und es sei "völlig ohne Bedeutung, ob der Inhaber eines von Homosexuellen bevorzugten Lokals ebenfalls homosexuell ist".

7 Mit diesen Begründungen durfte, wie die Revision mit der Verfahrensrüge einer Verletzung von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zutreffend dargelegt hat, der

Beweisantrag auf Vernehmung des S. R. nicht abgelehnt werden. Entgegen der Ansicht des Landgerichts mangelte es dem Antrag nicht an der erforderlichen Konnexität; fehl geht auch die Ansicht des Generalbundesanwalts, es liege kein Antrag im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO vor, weil nicht angegeben sei, was der Zeuge positiv wahrgenommen haben solle, und es daher an einer hinreichend bestimmten Beweistatsache fehle. Nach dem Zusammenhang der Antragsbegründung mit der zuvor eingeführten Videovernehmung der Zeugin B. war vielmehr offenkundig, dass dem Antrag die Behauptung zugrunde lag, bei der von der Zeugin als "S. , ein Schwuler" bezeichneten Person, die "dabei gewesen" sei, habe es sich um den als Zeugen benannten S. R. gehandelt. Im Hinblick auf die Massivität und offensichtliche Auffälligkeit der Geschehnisse - die Zeugin wurde im Fall 23 so stark geschlagen, dass sie mit dem Barhocker, auf dem sie saß, zu Boden fiel; sodann schlug ihr der Angeklagte mit dem Griff eines Teleskopschlagstocks mehrfach auf den Kopf; im Fall 25 musste sie sich nackt ausziehen, wurde mit Gewalt zum Oralverkehr gezwungen und "immer wieder" geschlagen - drängte sich die Schlussfolgerung auf, eine Person, die "dabei war", die also während der Geschehnisse zugegen war, habe diese bemerken müssen. Unter diesen Umständen kann der Behauptung, die Vorfälle hätten nicht stattgefunden, da der Zeuge sie sonst hätte bemerken müssen, nicht im Hinblick auf ihre negative Formulierung die Qualität einer Beweisbehauptung im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO abgesprochen werden.

8 Soweit der Generalbundesanwalt auf die Entscheidung BGHSt 40, 3, 6 verwiesen hat, ging es dort um eine andere Fallgestaltung, denn dort waren Zeugen zum Beweis einer Schlussfolgerung benannt worden, ohne dass aus dem Antrag ersichtlich war, welche tatsächlichen Wahrnehmungen der Zeugen diese tragen sollten. So liegt die Sache hier nicht. Die Behauptung, eine Person habe ein in ihrer Anwesenheit angeblich geschehenes Ereignis nicht wahrgenommen, und das Ereignis habe daher nicht stattgefunden, da die Person es

nach den konkreten Umständen hätte bemerken müssen, ist eine hinreichend bestimmte Beweistatsache im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO (vgl. Niemöller StV 2003, 687, 689, 692 ff.). Die Beschlussbegründungen des Landgerichts vermischten dagegen eine unzureichende Auslegung des Antrags mit einer hier unzulässigen Beweisantizipation und einem unzutreffenden Verständnis des Erfordernisses der Konnexität; sie tragen die Zurückweisung des Antrags nicht.

9 2. Begründet ist auch die weitere Verfahrensrüge einer Verletzung von § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO im Zusammenhang mit Fall 16 der Urteilsgründe (gefährliche Körperverletzung durch Zufügung einer Platzwunde durch Wurf einer Flasche). Insoweit waren zwei ärztliche Atteste eines Krankenhauses (Kliniken O.) vom 1. März 2006 und vom 30. Januar 2007 gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesen worden. Die Verteidigung beantragte die Einholung eines medizinisch-histologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, "dass es sich bei der festgestellten Narbe der Zeugin B. um eine alte Verletzung handelte, mit der der Angeklagte nichts zu tun hat ...".

10 Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, es liege bereits ein Gutachten vor, das das Gegenteil beweise. Die Kliniken O. hätten am 1. März 2006 eine "reizlos abgeheilte Platzwunde ... mit diskretem, nahezu abgeheiltem Hämatom in der Wundumgebung" festgestellt. Mit dieser Begründung durfte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden. Auf eigene Sachkunde hat das Landgericht die Ablehnung nicht gestützt; vielmehr allein auf das Vorliegen eines anderen Gutachtens (§ 244 Abs. 4 Satz 2, HS 1 StPO). Hieran ist zutreffend, dass, entgegen der Einwendung der Revision, auch ein ärztliches Attest im Sinne von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO ein Gutachten im Sinne von § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO sein kann. Die Vorschrift des § 256 StPO über den erweiterten Urkundenbeweis führt in Abs. 1 Nr. 1 bis 5 namentlich auch Fälle auf, in denen schriftliche Erklärungen über nur aufgrund besonderer Sachkunde zu

treffende Feststellungen in erleichterter Weise in die Hauptverhandlung eingeführt werden können; sie ersetzen, soweit sie ein Gutachten enthalten, jeweils die persönliche Vernehmung eines Sachverständigen. Der Begriff des Gutachtens in § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO erstreckt sich nach dem Sinn der Vorschrift auch auf diese Erklärungen; die Vorschrift knüpft nicht an eine besondere Form der Gutachtenseinführung an.

11 Gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2, 2. HS StPO kann das Gegenteil einer Beweisbehauptung aber nicht durch ein bereits vorliegendes Gutachten bewiesen sein, wenn dieses - zur Beweisfrage relevante - Widersprüche enthält. Dies kann, wie die Revision zutreffend rügt, hier jedenfalls nicht ausgeschlossen werden und hätte daher vom Landgericht zumindest näher erörtert werden müssen. Denn die Befund-Beschreibungen in beiden Attesten stimmten, soweit es die Verletzung im Bereich des linken Auges der Zeugin betrifft, nicht überein. Während es im Attest vom 1. März 2006 hieß: "alte relativ breite Narbe lateral linke Braue, abklingendes sehr diskretes Hämatom um linkes Auge", lautete die Beschreibung im Befundbericht vom 30. Januar 2007: "Reizlose Narbe ... im Sinne einer reizlos abgeheilten ... Platzwunde im Bereich der linken Augenbraue mit diskretem, nahezu abgeheiltem Hämatom in der Wundumgebung". Die Beschreibungen weisen gewisse Abweichungen auf, die insoweit Bedeutung gewinnen, als die Tat (Fall 16) "Ende Januar 2006", also relativ kurz vor der Untersuchung vom 1. März 2006 stattgefunden haben soll. Die Begründung des Landgerichts, die allein das neun Monate später erstellte Attest als "früheres Gutachten" zitiert hat, in dem von einer "Platzwunde" die Rede ist und das einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen "reizlos abgeheilte" Narbe und "fast abgeheiltem Hämatom in der Wundumgebung" herstellt, war insoweit nicht rechtsfehlerfrei; jedenfalls eine nähere Erörterung des möglichen Widerspruchs wäre vor Zurückweisung des Beweisantrags erforderlich gewesen.

- 12 Die Ansicht des Generalbundesanwalts, es habe dem Antrag schon die Qualität eines Beweisantrags gefehlt, weil die Beweisbehauptung aufs Geratewohl aus der Luft gegriffen gewesen sei, teilt der Senat nicht. Eine Darlegung in dem Antrag, wann und wie sonst - außer durch die angeklagte Tat - die Zeugin jene "alte" Verletzung erlitten haben sollte, war nicht erforderlich.
- 13 3. Die Verfahrensfehler führen zur Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen 16, 23 und 25 der Urteilsgründe mit den jeweiligen Einzelstrafausprüchen.
- 14 Die weitere Verfahrensrüge der fehlerhaften Zurückweisung eines Befangenheitsantrags ist aus den vom Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführten Gründen unbegründet.
- 15 Die Aufhebung der Verurteilung in den genannten Einzelfällen führt nicht zur Aufhebung in den übrigen Fällen. Der Senat schließt im Hinblick auf den Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe aus, dass die Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin B. vom Landgericht insgesamt anders beurteilt worden wäre, wenn sie in den Fällen 16, 23 und 25 keine zur Verurteilung hinreichende Bestätigung gefunden hätte.
- 16 4. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge hat im Übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Dass hinsichtlich einzelner Taten die rechtliche Würdigung in dem entsprechenden Urteilsabschnitt ganz fehlt oder unzureichend ist, ist letztlich unschädlich, weil die Würdigung teilweise im Rahmen der Strafzumessung nachgeholt wird, teilweise sich jedenfalls aus dem Urteilstenor ergibt. Hinsichtlich der Fälle 17 und 21 der Urteilsgründe hat der Senat den Schuldspruch berichtigt, da die Qualifikationen nach § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB im Tenor als "besonders schwere Vergewalti-

gung" zu bezeichnen sind (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 173; Fischer StGB 55. Aufl. § 177 Rdn. 78 m.w.N.).

17 Die Einzelstrafen in den von den Verfahrensfehlern nicht berührten Fällen sind rechtsfehlerfrei und können bestehen bleiben. Dagegen waren die beiden Gesamtfreiheitsstrafen aufzuheben. Trotz der - rechtlich hier nicht gebotenen - erheblichen Herabsetzung im Wege eines "Härteausgleichs" im Hinblick auf das Gesamtstrafübel kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gesamtstrafen bei Wegfall der aufgehobenen Einzelstrafen noch milder ausgefallen wären.

18 Die Anordnung der Sicherungsverwahrung kann dagegen bestehen bleiben. Die rechtsfehlerfrei abgeurteilten Taten begründen ohne Weiteres die formellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB. Die materiellen Voraussetzungen der Maßregelanordnung sind rechtsfehlerfrei festgestellt. Der Senat schließt aus, dass der Tatrichter das ihm eingeräumte Ermessen anders ausgeübt hätte, wenn die Verurteilung in den drei aufgehobenen Fällen entfallen wäre.

Rissing-van Saan

Fischer

Roggenbuck

Cierniak

Schmitt