



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## Urteil

4 StR 255/04

vom

14. Dezember 2004

in der Strafsache

gegen

wegen Vergewaltigung

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 14. Dezember 2004, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof  
Maatz,  
Prof. Dr. Kuckein,  
Athing,  
Richterin am Bundesgerichtshof  
Sost-Scheible  
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

Rechtsanwältin  
als Nebenklägervertreterin,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 9. Februar 2004 im Schuld-spruch dahin geändert, daß der Angeklagte (nur) der Vergewaltigung schuldig ist.
2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.
3. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Jedoch werden die Gebühr im Revisionsverfah-ren um 1/5 ermäßigt und der Staatskasse 1/5 der in der Rechtsmittelinstanz entstandenen notwendigen Ausla-gen des Angeklagten auferlegt. Der Angeklagte hat die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tatein-heit mit sexuellem Mißbrauch eines Kindes zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sach-lichen Rechts. Er beanstandet aus Rechtsgründen die Verurteilung wegen (tat-einheitlich begangenen) sexuellen Mißbrauchs eines Kindes und wendet sich, soweit er wegen Vergewaltigung verurteilt worden ist, im wesentlichen gegen die Beweiswürdigung.

Das Rechtsmittel hat teilweise Erfolg.

Soweit der Angeklagte wegen in Tateinheit begangenen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes verurteilt worden ist, hat der Schuldspruch keinen Bestand. Im übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

I.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

Zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau, der Nebenklägerin, kam es seit der Geburt des gemeinsamen Sohnes Martin Ende 1995 zu vielfachen Auseinandersetzungen, die häufig mit gewalttätigen Übergriffen des Angeklagten auf die Nebenklägerin einhergingen. Diese verließ deshalb Anfang 2002 mit dem Sohn die eheliche Wohnung und bezog ein eigenes Appartement. Wenige Tage vor der Tat brach sie schließlich den bis dahin noch bestehenden Kontakt zum Angeklagten gänzlich ab und war für ihn auch telefonisch nicht mehr erreichbar. Am Morgen des Tattages, am 15. Juli 2003, fing der Angeklagte die Nebenklägerin ab, als diese in Begleitung des damals sieben Jahre alten Martin das Haus verließ. Er hielt sie fest und bedrohte sie mit einem Klappmesser, das er nach kurzer Zeit wieder einsteckte. Er fesselte daraufhin die Hände seiner Ehefrau mit einem mitgebrachten Seil, zog sie auf einen Grasweg und schubste und zerrte sie auf eine abseits des Weges gelegene Lichtung, wobei ihnen Martin folgte. Der Angeklagte entkleidete die nach wie vor gefesselte Nebenklägerin teilweise und führte, entsprechend seinem zuvor gefaßten Entschluß, mit ihr gegen ihren Willen den Geschlechtsverkehr durch. Seinen Sohn, der sich währenddessen ca. einen Meter von seinen Eltern ent-

fernt aufhielt, hatte er vor Beginn der sexuellen Handlungen aufgefordert, sich umzudrehen. Entgegen der wiederholten Anweisung seines Vaters drehte sich Martin gleichwohl "jedenfalls für einen Augenblick" um und nahm dabei zumindest einen Teil der sexuellen Handlungen, die der Angeklagte an der Nebenklägerin vornahm, wahr.

2. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung der Nebenklägerin nach § 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3 Nrn. 1 und 2 StGB verurteilt. Es hat darüber hinaus - tateinheitlich - den Tatbestand des sexuellen Mißbrauchs eines Kindes nach § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes als verwirklicht angesehen. Zwar sei es dem Angeklagten nicht darauf angekommen, daß sein Sohn die von ihm an seiner Ehefrau vorgenommenen sexuellen Handlungen beobachtete, er habe dies aber zumindest billigend in Kauf genommen. Dies reiche zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes des § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB aus. Der Tatbestand bedürfe in subjektiver Hinsicht keiner Einschränkung. Vielmehr habe der Gesetzgeber im 6. Strafrechtsreformgesetz ausdrücklich davon abgesehen, die früher erforderliche Absicht des Täters, sich, das Kind oder einen anderen durch die Tat sexuell zu erregen, in den neu gefaßten Tatbestand des § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB zu übernehmen.

## II.

1. Soweit der Angeklagte wegen Vergewaltigung der Nebenklägerin verurteilt worden ist, weist das Urteil, wie der Generalbundesanwalt zu Recht in seiner Antragschrift ausführt, keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Zwar hat das Landgericht in der Urteilsformel nicht zum Ausdruck ge-

bracht, daß der Angeklagte den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 3 StGB verwirklicht hat, mithin der schweren Vergewaltigung schuldig ist (vgl. BGHR StPO § 260 Abs. 4 Satz 1 Urteilsformel 4). Dies beschwert ihn jedoch nicht.

2. Hingegen erfüllen die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht den Tatbestand des sexuellen Mißbrauchs eines Kindes im Sinne des § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB (i.d.F. des 6. Strafrechtsreformgesetzes), der dem lediglich hinsichtlich der Strafandrohung geänderten § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB i.d.F. des am 1. April 2004 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vom 27. Dezember 2003 (BGBl I 3007) entspricht.

Zwar hat der Angeklagte vor seinem sieben Jahre alten Sohn sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit im Sinne des § 184 f Nr. 1 StGB n.F. vorgenommen. Er hat jedoch sein Kind nicht in der Weise in den sexuellen Vorgang einbezogen, daß gerade die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch den Jungen für ihn in irgendeiner Weise von Bedeutung war. Vielmehr hat er, ohne einen Bezug zur sexuellen Handlung herzustellen, lediglich die ihm unerwünschte Anwesenheit des Kindes hingenommen und insofern gebilligt. Dies reicht (in subjektiver Hinsicht) zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. bzw. § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. nicht aus (vgl. OLG Stuttgart NStZ 2002, 34; Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 176 Rdn. 9 und § 184 f. Rdn. 9; im Ergebnis ebenso: Lenckner/Perron in Schönke/Schröder 26. Aufl. § 176 Rdn. 17 und § 184 c Rdn. 23; Horn/Wolters in SK StGB § 176 Rdn. 16; Laubenthal Sexualstraftaten Rdn. 373; Renzikowski in NStZ 1999, 440 f.; Bussmann in StV 1999, 613, 618 f.).

Sowohl der Wortsinn, wie er sich aus dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Norm gestellt ist, als auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift gebieten eine einschränkende Auslegung des Tatbestandes im vorgenannten Sinne.

a) Nach der Begriffsbestimmung des § 184 f Nr. 2 StGB n.F. sind sexuelle Handlungen vor einem anderen, wie sie § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. und § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. unter Strafe stellen, nur solche, die vor einem anderen vorgenommen werden, der den Vorgang wahrnimmt. Diese Begriffsbestimmung sagt nichts dazu, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Handelnde die Wahrnehmung durch einen anderen in sein Tun einbeziehen muß (vgl. Lenckner/Perron aaO § 184 c Rdn. 20). Wegen des nicht eindeutig gefaßten Wortlauts kann diese Frage nur anhand der Entstehungsgeschichte und unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Regelung beantwortet werden.

aa) Die Vorschrift des § 176 Abs. 3 StGB (i.d.F. des 6. Strafrechtsreformgesetzes) stellt ebenso wie die um eine Tatbestandsalternative (Nr. 3 neu) erweiterte Regelung des § 176 Abs. 4 StGB n.F. sexuelle Handlungen unter Strafe, die zwar nicht zu einem unmittelbaren Körperkontakt mit einem Kind führen, aber auf andere Weise die sexuelle Entwicklung des Kindes gefährden können. Erforderte die vor der Gesetzesänderung durch das 6. Strafrechtsreformgesetz gültige Vorschrift des § 176 Abs. 5 StGB (eingeführt durch das 4. Strafrechtsreformgesetz vom 23. November 1973 - BGBl I 1725, 1727) für einen strafbaren sexuellen Mißbrauch eines Kindes bei sexuellen Handlungen ohne unmittelbaren Körperkontakt in subjektiver Hinsicht noch die Absicht des Täters, durch die Tathandlung sich, das Kind oder einen anderen sexuell zu

erregen, ist im 6. Strafrechtsreformgesetz dieses finale, den subjektiven Tatbestand einschränkende Merkmal entfallen. Dies hätte bei isolierter Betrachtung nach dem Wortlaut der geänderten Vorschrift eine unangemessene Ausdehnung der Strafbarkeit wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes - jedenfalls bei der Tatvariante der Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind - zur Folge; so würden etwa bereits der Austausch von Zärtlichkeiten der Eltern in Gegenwart ihres Kindes oder Handlungen im Rahmen der Sexualerziehung oder Fälle, die ausschließlich auf beengte Wohnverhältnisse zurückzuführen sind, erfaßt (vgl. Horn/Wolters aaO; Lenckner/Perron aaO § 176 Rdn.17; Busmann aaO). Einer solchen ausufernden Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt des sexuellen Mißbrauchs eines Kindes wollte die frühere Gesetzesfassung mit der Absichtsklausel entgegenwirken (BTDrucks. VI/1552 S. 15 und 17). Diese Folgen des Wegfalls des einschränkenden subjektiven Tatbestandsmerkmals hat der Gesetzgeber ersichtlich nicht bedacht. Vielmehr sollte die Streichung der Absichtsklausel lediglich dazu dienen, Spannungen des § 176 Abs. 3 StGB a.F. im Verhältnis zu § 176 a Abs. 2 StGB a.F. (jetzt: § 176 a Abs. 3 StGB) zu vermeiden, der die Absicht, die Tat zum Gegenstand einer pornografischen Schrift zu machen, die im Sinne des § 184 Abs. 3 und 4 StGB a.F. (jetzt: § 184 b Abs. 1 bis 3 StGB) verbreitet werden soll, verlangt (BTDrucks. 13/9064 S. 11). Das Ziel einer Ausdehnung der Strafbarkeit des sexuellen Mißbrauchs eines Kindes hat der Gesetzgeber durch diese Gesetzesänderung nicht verfolgt.

Hierfür spricht auch, daß weder im 6. Strafrechtsreformgesetz noch im Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vom 27. Dezember 2003 eine Änderung des § 174 Abs. 2 StGB vorgenommen wurde. Dieser Tatbestand, der ebenfalls durch das 4.

Strafrechtsreformgesetz eingeführt wurde und aus den selben Gründen wie damals § 176 Abs. 5 StGB eine Absichtsklausel enthielt (BTDrucks. VI/1552 aaO), stellt in der Alternative Nr. 1 sexuelle Handlungen, die vor einem Schutzbefohlenen vorgenommen werden, unter Strafe und verfolgt mithin einen § 176 Abs. 3 StGB a.F. vergleichbaren Schutzzweck. In subjektiver Hinsicht erfordert dieser Tatbestand jedoch nach wie vor die die Strafbarkeit einschränkende Absicht des Täters, sich oder den Schutzbefohlenen durch die Tat sexuell zu erregen.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts führt darüber hinaus zu einem Wertungswiderspruch innerhalb der Rechtsnorm des § 176 Abs. 3 StGB a.F. bzw. § 176 Abs. 4 StGB n.F.. Das Gesetz stellt nämlich bei den übrigen Varianten des sexuellen Mißbrauchs eines Kindes, bei denen ein Körperkontakt nicht erforderlich ist, strengere Anforderungen an die Tatbestandsverwirklichung, als dies nach den Ausführungen im angefochtenen Urteil bei der 1. Alternative des § 176 Abs. 3 StGB a.F. bzw. des § 176 Abs. 4 n.F. der Fall wäre. Während § 176 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 StGB a.F. bzw. § 176 Abs. 4 Nrn. 2 bis 4 StGB n.F. voraussetzen, daß der Täter entweder das Kind zu einem (sexuellen) Verhalten "bestimmt" (Nr. 2) oder daß er mittels Schriften oder pornografischer Abbildungen auf das Kind „einwirkt“ (Nrn. 3 und 4 n.F.), er mithin das Kind - auch wenn sich dieses der sexuellen Bedeutung der Handlung nicht bewußt zu sein braucht (BGHSt 29, 336; 38, 68, 70) - als Objekt in das (sexuelle) Geschehen einbezieht, enthält die 1. Tatbestandsvariante eine vergleichbare Einschränkung nicht. Danach liegt nach dem reinen Wortlaut des Gesetzes ein sexueller Mißbrauch eines Kindes vielmehr auch dann vor, wenn dem Täter die Anwesenheit des Kindes bei Vornahme der sexuellen Handlung gleichgültig oder - wie hier - sogar unerwünscht ist und er lediglich die - optische oder akustische

(BGHSt 41, 285, 287) - Wahrnehmung des Geschehens durch das Kind duldet. Mit dem Begriff des "Mißbrauchs" eines Kindes, der in den übrigen Tatbestandsvarianten durch die Tatbestandsmerkmale des "Bestimmens" oder "Einwirkens" Ausdruck findet, ist dieses weite Verständnis der Gesetzesfassung des § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. bzw. § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. nicht vereinbar.

bb) Zur Vermeidung einer solchen vom Gesetzgeber ersichtlich nicht beabsichtigten unangemessenen Ausdehnung der Strafbarkeit wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes in den Fällen der Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind, sowie zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sowohl innerhalb der Rechtsnorm als auch im Hinblick auf den Tatbestand des sexuellen Mißbrauchs von Schutzbefohlenen (§ 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB) ist es geboten, die Tatbestandsvariante Nr. 1 des § 176 Abs. 3 StGB a.F. bzw. § 176 Abs. 4 StGB n.F. einengend auszulegen. Eine Einschränkung des Tatbestandes wird, entgegen der Auffassung des Landgerichts, nicht allein über das Erheblichkeitserfordernis des § 184 f Nr. 1 StGB n.F. gewährleistet, da hierdurch der subjektiven Tatseite nicht ausreichend Rechnung getragen werden kann. Vielmehr kann eine Einschränkung des Tatbestands auch mit Blick auf eine normative Angleichung an die übrigen Tatbestandsvarianten sinnvoll nur durch eine einengende Auslegung des Merkmals der "Wahrnehmung" der sexuellen Handlung im Sinne des § 184 f Nr. 2 StGB n.F. in subjektiver Hinsicht erfolgen. Danach setzt ein sexueller Mißbrauch eines Kindes in den Fällen der Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind voraus, daß der Täter das Kind in der Weise in das sexuelle Geschehen einbezieht, daß für ihn gerade die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von Bedeutung ist.

3. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte hier der Wahrnehmung der sexuellen Handlungen durch das sieben Jahre alte Kind in Bezug auf das sexuelle Geschehen keine Bedeutung beigegeben; er hat es vielmehr mehrfach aufgefordert, sich während des Tatgeschehens abzuwenden. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. sind deshalb nicht erfüllt; der Schuldspruch wegen tateinheitlich begangenen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes hat zu entfallen.

Daß der Angeklagte nicht wegen Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gemäß § 171 StGB verurteilt worden ist (vgl. BGHR StGB § 170 d Verletzung 1), beschwert ihn nicht.

Der Wegfall der tateinheitlichen Verurteilung wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes zieht nicht die Aufhebung des Strafausspruchs nach sich. Das Landgericht hat bei der Strafzumessung ausdrücklich davon abgesehen, die tateinheitliche Verurteilung nach § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. straferschwerend zu werten. Trotz des Wegfalls der Verurteilung wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes war die Strafkammer jedoch nicht gehindert, den Umstand, daß der Angeklagte in Gegenwart seines sieben Jahre alten Sohnes gewaltsam den Geschlechtsverkehr mit seiner Ehefrau ausführte, im Rahmen der Strafzumessung zu seinem Nachteil zu berücksichtigen.

### III.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Jedoch werden wegen des Teilerfolgs der Revision die Gebühr im Revisionsverfahren

um ein Fünftel ermäßigt und der Staatskasse ein Fünftel der in der Rechtsmittelinstanz entstandenen notwendigen Auslagen des Angeklagten auferlegt. Da

von dem Rechtsmittelerfolg die Nebenklage nicht betroffen ist, hat der Angeklagte die notwendigen Auslagen der Nebenklägerin im Revisionsverfahren zu tragen.

Tepperwien

Maatz

Kuckein

Athing

Sost-Scheible

Nachschlagewerk:

ja

BGHSt:

ja (zu II. 2)

Veröffentlichung:

ja

StGB § 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F., § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F.

Sexueller Mißbrauch eines Kindes setzt bei der Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind voraus, daß der Täter das Kind in der Weise in das sexuelle Geschehen einbezieht, daß für ihn gerade die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von Bedeutung ist.

BGH, Urteil vom 14. Dezember 2004 - 4 StR 255/04 - Landgericht Bielefeld -