



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 375/08

vom

30. Oktober 2008

in der Strafsache

gegen

wegen Vergewaltigung u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 30. Oktober 2008, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Miebach,

Pfister,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Sost-Scheible,

der Richter am Bundesgerichtshof

Hubert

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt in der Verhandlung,

Staatsanwältin bei der Verkündung

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft, der Nebenklägerin und des Angeklagten wird
 - a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Tatkomplex 2. b) bb) der Urteilsgründe in einem Fall (Wohnwagen in W.) wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern und sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen verurteilt worden ist; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zur Last,
 - b) das Urteil des Landgerichts Stade vom 21. Februar 2008 im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Vergewaltigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern und sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen in zwei Fällen sowie des sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen schuldig ist.
2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil im Strafausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrecht erhalten.

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 weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft, der Nebenklägerin und des Angeklagten gegen das vorbezeichnete Urteil werden verworfen.
4. Der Angeklagte und die Nebenklägerin haben die verbleibenden Kosten ihres jeweiligen Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern und sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen in drei Fällen sowie wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Im Übrigen hat es ihn von dem mit der Anklageschrift erhobenen Vorwurf der Vergewaltigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern und sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen in 97 weiteren Fällen freigesprochen.
- 2 I. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:
- 3 Die im Jahr 1990 geborene Nebenklägerin K. lebte seit der Scheidung ihrer Eltern im Jahre 1992 im Haushalt ihrer Großmutter, der Zeugin R. , die der Angeklagte im Jahr 1998 heiratete. K. hatte zu

ihrer Großmutter und dem Angeklagten, die sie versorgten, betreuten und erzogen, ein gutes Verhältnis. Im März 2000 trat die Zeugin R. eine mehrjährige Haftstrafe an, aus der sie im September 2003 entlassen wurde. Während dieser Zeit kam es zu sexuellen Übergriffen des Angeklagten auf K., zu deren Beginn der Angeklagte in mindestens einem Fall seine Arme um sie legte, sie küsste und ihr die Zunge in den Mund steckte. In drei weiteren Fällen der im Laufe der Zeit intensiver werdenden sexuellen Handlungen steckte der Angeklagte seinen Finger in die Scheide der Nebenklägerin, wobei diese sich wehrte, indem sie versuchte, ihn wegzustoßen und ihre Beine zusammenpresste. Der körperlich überlegene Angeklagte überwand den Widerstand, indem er gegen ihren Willen ihre Beine auseinander drückte. Zwei dieser Taten ereigneten sich im Zimmer der Nebenklägerin, die dritte in einem Wohnwagen auf einem Campingplatz in W., in dem der Angeklagte und die Nebenklägerin übernachteten, wenn sie die Zeugin R. in der Haft besuchten.

4 Weitere Taten hat die Kammer nicht zu individualisieren vermocht. Sie hat aber - ohne konkretisieren zu können, wann und wie häufig diese Handlungen stattfanden bzw. ob sie den vier festgestellten Einzeltaten zugeordnet werden können - darüber hinausgehend festgestellt, dass der Angeklagte der Nebenklägerin abends in deren Zimmer beim Eincremen half und sie dabei wiederholt gegen deren Willen, den sie ihm gegenüber auch äußerte, an Brust, Gesäß, Oberschenkeln und im Genitalbereich berührte. Er betrat häufig ihr Zimmer, wenn sie sich bereits zum Schlafen hingelegt hatte und zog ihr die Boxershorts herunter, die sie zum Schlafen trug. In mindestens einem Fall hatte der Angeklagte einen Samenerguss. Er leckte an der Scheide der Nebenklägerin und forderte sie mehrfach - erfolglos - auf, ihn mit der Hand oder oral zu befriedigen. Ebenso versuchte er mehrfach vergeblich - zum Teil ungeschützt, zum Teil mit einem Kondom - in sie einzudringen, obwohl sie sich wegdrehte und ihre Beine zusammendrückte.

- 5 II. Die Revisionen aller Beschwerdeführer führen zur Einstellung des Verfahrens, soweit der Angeklagte im Tatkomplex 2. b) bb) der Urteilsgründe wegen des sexuellen Übergriffs auf die Nebenklägerin im Wohnwagen auf dem Campingplatz in W. wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern und sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen verurteilt worden ist. Denn es fehlt in diesem Fall an der Verfahrensvoraussetzung der Anklageerhebung. Mit der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage vom 19. Juni 2007 war dem Angeklagten zur Last gelegt worden, die Nebenklägerin in 100 Fällen vergewaltigt und sexuell missbraucht zu haben, wobei sich die Taten jeweils im Schlafzimmer der Nebenklägerin ereignet hätten. Dort habe der Angeklagte sich und - gegen deren Widerstand - auch die Nebenklägerin entkleidet, sie geküsst, an der Brust berührt und sei unter Einsatz seiner Körperkräfte gegen ihren Widerstand mit dem Finger vaginal in sie eingedrungen. Die Anzahl der Taten hat die Staatsanwaltschaft anhand der Eckdaten des Tatzeitraums im Wege einer Hochrechnung geschätzt.
- 6 Die von der Strafkammer abgeurteilte Tat im Wohnwagen ist von dem in der Anklage geschilderten geschichtlichen Vorgang nicht erfasst, so dass der Angeklagte deswegen ohne Erhebung einer Nachtragsanklage nicht verurteilt werden durfte.
- 7 Gegenstand der Urteilsfindung ist nur die in der Anklage bezeichnete Tat im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO. Allerdings hat das Gericht die angeklagte Tat im verfahrensrechtlichen Sinne erschöpfend abzuurteilen; zur Tat in diesem Sinne gehört das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang darstellt (BGHSt 32, 215, 216). In diesem Rahmen muss der Tatrichter seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden (BGHSt 16, 200, 202).

8 Diese Umgestaltung der Strafklage darf aber nicht dazu führen, dass das der Anklage zu Grunde liegende Geschehen vollständig verlassen und durch ein anderes ersetzt wird, mag dieses auch gleichartig sein (Engelhardt in KK 6. Aufl. § 264 Rdn. 17 m. w. N.). So verhält es sich hier: Bei der von der Kammer aufgrund der Aussage der Nebenklägerin festgestellten Tat im Wohnwagen auf dem Campingplatz in W. anlässlich eines Besuches der Zeugin R. in der Haftanstalt - also an einem anderen Tatort und unter anderen Begleitumständen - handelt es sich um einen geschichtlichen Vorgang, der sich von den Anklagevorwürfen, die sich allein auf Taten im Schlafzimmer der Nebenklägerin bezogen, deutlich unterscheidet. Die erforderliche Tatidentität im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO liegt daher nicht mehr vor.

9 Da auch eine Nachtragsanklage nicht erhoben wurde, war das Verfahren auf die Revision des Angeklagten, der Staatsanwaltschaft (§ 301 StPO) und der Nebenklägerin (vgl. Paul in KK § 301 Rdn. 2) in dem genannten Fall gemäß § 354 Abs. 1, § 206 a Abs. 1 StPO einzustellen; dies führt wegen des Wegfalls der verhängten Einzelstrafe zur Aufhebung der Gesamtstrafe.

10 III. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft hat zum Strafausspruch Erfolg; im Übrigen zeigt sie keinen durchgreifenden Rechtsfehler zu Gunsten des Angeklagten auf.

11 1. Soweit sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision gegen den Freispruch des Angeklagten vom Vorwurf der Vergewaltigung in 97 Fällen wendet, ist sie unbegründet.

12 Wie bei jeder Verurteilung muss der Tatrichter auch bei Serienstraftaten, wie sie in länger andauernden Missbrauchsbeziehungen vorkommen, von jeder einzelnen individuellen Straftat überzeugt sein (BGHSt 42, 107, 109). Zur Vermeidung unvertretbarer Strafbarkeitslücken dürfen aufgrund der Feststellungs-

schwierigkeiten solcher oft gleichförmig verlaufenden Taten über einen langen Zeitraum zum Nachteil von Kindern und/oder Schutzbefohlenen, die in der Regel allein als Beweismittel zur Verfügung stehen, zwar keine überzogenen Anforderungen an die Individualisierbarkeit der einzelnen Taten im Urteil gestellt werden (BGH NStZ 1994, 502). Der Tatrichter muss sich aber in objektiv nachvollziehbarer Weise zumindest die Überzeugung verschaffen, dass es in einem gewissen Zeitraum zu einer bestimmten Mindestzahl von Straftaten gekommen ist (BGH StV 2002, 523). Dabei steht nicht in erster Linie die Ermittlung einer Tatfrequenz, sondern die des konkreten Lebenssachverhalts im Vordergrund; dieser ist ausgehend vom Beginn der Tatserie mit den unterschiedlichen Details etwa zu Tatausführung und Tatort der einzelnen Straftaten in dem gegebenen Tatzeitraum - notfalls auch ohne genaue zeitliche Einordnung und lediglich unter Festlegung einer Mindestzahl der begangenen Delikte nach dem Zweifelsatz - festzustellen und abzuurteilen (vgl. BGHR StGB vor § 1/Serienstraftaten Kindesmissbrauch 2).

- 13 Die entsprechende Überzeugungsbildung ist eine Frage der Beweiswürdigung. Diese obliegt dem Tatrichter. Er hat sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Das Revisionsgericht ist demgegenüber auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist oder mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht. Sind derartige Rechtsfehler nicht feststellbar, hat das Revisionsgericht die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich gewesen wäre (BGH NStZ-RR 2008, 146, 147; NJW 2005, 2325, 2326).

- 14 Nach diesen Grundsätzen zeigt die Revision einen Rechtsfehler, insbesondere eine Überspannung der Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung, nicht auf. Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist die vom Landgericht vorgenommene Würdigung, dass es im Schlafzimmer der Nebenklägerin mit Sicherheit lediglich zu zwei Vergewaltigungen und zu dem ebenfalls von der Nebenklägerin geschilderten Fall des sexuellen Missbrauchs zu Beginn der Übergriffe gekommen ist, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 15 Das Landgericht ist sich des Umstandes bewusst gewesen, dass die Aussage der Nebenklägerin, es sei "sehr oft" zu den Übergriffen gekommen, eine häufigere Tatbegehung nahe legte. Es hat sich - im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den notwendigen Feststellungen bei Serientaten des sexuellen Missbrauchs - keine Überzeugung von einer bestimmten größeren Anzahl von Vergewaltigungen zu verschaffen vermocht, weil insoweit lediglich eine bloße Schätzung ohne gesicherte Tatsachengrundlage möglich gewesen wäre. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Landgericht hat sich zum Nachweis der angeklagten Taten nur auf die Aussage der Nebenklägerin stützen können. Deren Angaben zur Tatfrequenz haben gewechselt. Während sie zunächst ausgesagt hatte, es sei fast jeden Abend dazu gekommen, dass der Angeklagte ihr den Finger in die Scheide gesteckt habe, ist sie davon später abgerückt und hat erklärt, es sei jedenfalls sehr oft gewesen, ohne allerdings eine Zahl angeben zu können. Auch mit wiederkehrenden Situationen im familiären Zusammenleben hat sie die Taten nicht zu verknüpfen vermocht. Ebenso wenig hat sie die weiteren von der Strafkammer festgestellten Details einer oder mehreren der festgestellten oder weiteren Taten zuordnen können. Zu den Tatorten hat sie lediglich angegeben, dass es in einem Fall auch im Wohnwagen zu einem Übergriff durch den Angeklagten gekommen sei.

- 16 Die Überzeugungsbildung der Strafkammer lässt vor diesem Hintergrund keinen Rechtsfehler im dargestellten Sinn erkennen. Sie ist daher - ungeachtet der Frage, ob auch die Annahme einer größeren Anzahl von Taten möglich gewesen wäre - vom Revisionsgericht hinzunehmen.
- 17 2. Im Strafausspruch kann das angefochtene Urteil jedoch hinsichtlich der verbliebenen Einzelstrafen keinen Bestand haben. Die Nichtanwendung des Regelstrafrahmens des § 177 Abs. 2 Satz 1 StGB, die bei Vorliegen gewichtiger Milderungsgründe möglich ist (Fischer, StGB 55. Aufl. § 177 Rdn. 65, 74 m. w. N.), ist hier rechtsfehlerhaft. Gleiches gilt für die Annahme eines minder schweren Falles im Sinne des § 176 Abs. 1 letzter Halbs. StGB aF bei der ersten abgeurteilten Tat.
- 18 Zwar ist es Sache des Tatrichters, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von Tat und Täter gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts ist nur möglich, wenn die Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht bestimmende Strafzumessungsfaktoren oder rechtlich anerkannte Strafzwecke außer Betracht lässt oder wenn sich die Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein (BGHSt 29, 319, 320 m. w. N.). All dies gilt namentlich auch für die Strafrahmewahl. Die Entscheidung über die Annahme eines minder schweren Falles und - entsprechend - über das Absehen von der Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB ist jedoch aufgrund einer Gesamtbetrachtung zu treffen, die alle Umstände einzubeziehen hat, die für die Wertung der Tat und des Täters bedeutsam sind, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen (BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 8). Eine Bewertung nur des engeren Tatgeschehens ist unzulässig

(BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 5; Gesamtwürdigung, unvollständige 10). Es stellt daher einen durchgreifenden Rechtsfehler dar, wenn der Tatrichter bei der Strafraumenwahl einen bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkt (vgl. § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO) erkennbar außer Betracht lässt.

19 So liegt es hier. Die Strafkammer hat die weiteren Tathandlungen des Angeklagten, die sie sicher festgestellt hat, bei der Strafraumenwahl aus dem Blick verloren. Sie hat insbesondere nicht gewürdigt, dass der Angeklagte mehrfach versuchte, mit der Nebenklägerin den Geschlechtsverkehr zu vollziehen und sie - wenn auch erfolglos - aufforderte, ihn oral oder manuell zu befriedigen. Diese Handlungen hat die Kammer zwar weder einer der abgeurteilten Taten zuordnen können, noch anhand dieser Feststellungen weitere Taten zu konkretisieren vermocht. Gleichwohl hätten sie als bestimmender Strafzumessungsfaktor in die Gesamtwürdigung einfließen müssen:

20 Handelte es sich insoweit um weitere Varianten sexueller Handlungen im Rahmen der abgeurteilten Taten, so waren sie bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschl. vom 22. Dezember 1998 - 3 StR 530/98) und deshalb auch in die Gesamtbetrachtung zur Strafraumenwahl einzustellen. Gleiches gilt, wenn es sich bei diesen Handlungen um weitere selbständige Taten gehandelt hätte; denn in diesem Fall war der Umstand, dass die abgeurteilten Taten nur einen Teil einer Tatserie bildeten, als wesentlicher Strafzumessungsgesichtspunkt zu würdigen (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 54 Serienstraftaten 2; BGH NStZ-RR 1997, 130; BGH, Beschl. vom 9. Oktober 2003 - 4 StR 359/03 - jeweils m. w. N.).

21 Voraussetzung der Einbeziehung der weiteren sexuellen Handlungen in die Strafzumessung ist es in derartigen Fällen allerdings, dass sie prozessord-

nungsgemäß und so bestimmt festgestellt sind, dass sie in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt abgeschätzt werden können und eine unzulässige strafscharfende Berücksichtigung des bloßen Verdachts der Begehung weiterer Straftaten ausgeschlossen ist (BGHR aaO; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 14). So verhält es sich hier. Das Landgericht hat sich rechtsfehlerfrei davon überzeugt, dass der Angeklagte die weiteren sexuellen Handlungen zum Nachteil der Nebenklägerin beging; lediglich die Zuordnung zu den begangenen oder die Einordnung als selbständige andere - angeklagte - Taten war ihm nicht möglich. Angesichts dessen handelte es sich nicht um den bloßen Verdacht weiterer Straftaten oder Tatvarianten; vielmehr sind die zusätzlichen sexuellen Handlungen des Angeklagten festgestellt, so dass deren Unrechtsgehalt ohne Weiteres erfasst werden kann. Die Strafkammer hat deshalb, als sie die Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB unter anderem auch deshalb verneint hat, weil die eigentliche sexuelle Handlung bei den konkret festgestellten Vergewaltigungen nicht besonders schwerwiegend gewesen sei, einen unzutreffenden Schuldumfang zu Grunde gelegt. Gleiches gilt bei der Annahme eines minder schweren Falles nach § 176 Abs. 1 letzter Halbs. StGB aF. Dies führt zur Aufhebung der entsprechenden Einzelstrafen.

22 Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Strafausspruch können hingegen bestehen bleiben. Ergänzende, dazu nicht in Widerspruch stehende Feststellungen kann der neue Tatrichter treffen.

23 IV. Soweit sich die Nebenklägerin gegen den Teilfreispruch des Angeklagten wendet, hat ihre Revision aus den unter III. 1. genannten Gründen in der Sache keinen Erfolg. Hinsichtlich ihrer Einwendungen gegen den Strafausspruch, insbesondere gegen die Nichtanwendung des Strafrahmens des § 177 Abs. 2 Satz 1 StGB, ist die Revision bereits unzulässig (BGH NStZ-RR 2003, 306; Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 400 Rdn. 3).

24 V. Die weitergehende Revision des Angeklagten hat ebenfalls keinen Erfolg.

25 Die Rüge der Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens (§ 338 Nr. 6 StPO) ist aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 27. August 2008 hinsichtlich der Verlesung eines Gutachtens in der Hauptverhandlung vom 3. Dezember 2007 unzulässig und im Übrigen unbegründet.

26 Die umfassende Überprüfung des Urteils auf die allgemein erhobene Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

27 VI. Eine Erstattung der notwendigen Auslagen, die dem Angeklagten sowie der Nebenklägerin durch die gegenseitigen Revisionen entstanden sind, findet nicht statt, da die Rechtsmittel beider Seiten ohne Erfolg geblieben sind (Meyer-Goßner aaO § 473 Rdn. 10 m. w. N.).

Becker

Miebach

Pfister

Sost-Scheible

Hubert