



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 461/17

vom  
21. Dezember 2017  
in der Strafsache  
gegen

- 1.
- 2.

wegen zu 1.: schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person u.a.

zu 2.: schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 21. Dezember 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 21. März 2017 im Schuldspruch dahin geändert, dass
  - a) der Angeklagte H. der gefährlichen Körperverletzung und der Vergewaltigung schuldig ist,
  - b) der Angeklagte C. der Vergewaltigung schuldig ist.
2. Die weiter gehenden Revisionen der Angeklagten werden verworfen.
3. Es wird davon abgesehen, den Angeklagten die Kosten des Revisionsverfahrens aufzuerlegen (§ 74 JGG); jedoch haben sie die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten H. wegen gefährlicher Körperverletzung und wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person zu einer Jugendstrafe von einem Jahr und acht Monaten ver-

urteilt, den Angeklagten C. wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person zu einer Jugendstrafe von einem Jahr. Die Vollstreckung beider Jugendstrafen hat das Landgericht zur Bewährung ausgesetzt. Dagegen richten sich die Revisionen der Angeklagten jeweils mit der Sachrüge. Die Rechtsmittel führen zu einer Änderung der Schuldsprüche; im Übrigen haben sie keinen Erfolg.

2 Der Generalbundesanwalt hat in seinen Antragsschriften vom 26. September 2017 jeweils zutreffend ausgeführt:

- „1. Das Landgericht hat zwar für sich genommen zu Recht aufgrund der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen eine Strafbarkeit wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person gemäß § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB in der bis zum 9. November 2016 geltenden Fassung bejaht. Allerdings hat es nicht geprüft, ob anhand der konkreten Betrachtungsweise nach § 2 Abs. 3 StGB der zur Zeit der Verurteilung geltende § 177 StGB in der Fassung des 50. Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches eine mildere Bestrafung eröffnet ... Dies ist hier der Fall.

Die getroffenen Feststellungen erfüllen nach neuem Recht den Vergehenstatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB sowie das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB [Anmerkung des Senats: richtig § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB]. Der Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 StGB nF ist nicht gegeben, weil die festgestellte Unfähigkeit der Willensbildung auf einer (durch einen Alkoholrausch bedingten) tiefgreifenden Bewusstseinsstörung und nicht auf einer Krankheit oder Behinderung der Geschädigten beruhte. ...

Aufgrund der Ausführungen des Landgerichts im Rahmen der Prüfung der Schuldschwere zur Verneinung eines minder schweren Falles im Sinne des § 179 Abs. 5 StGB aF ist auszuschließen, dass es von der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 StGB nF abgesehen hätte. Wenngleich sowohl § 179 Abs. 5 StGB aF als auch § 177 Abs. 6 StGB nF einen Strafrahmen von zwei bis 15 Jahren eröffnen, ist das

neue Recht dennoch vorliegend das mildere. Denn – anders als bei der Qualifikation des § 179 Abs. 5 StGB aF – verbleibt es bei dem lediglich besonders schwere Fälle normierenden § 177 Abs. 6 StGB nF bei der Einordnung der Tat als Vergehen (§ 12 Abs. 3 StGB). Dies hat zur Folge, dass für den zur Tatzeit jugendlichen Angeklagten von dem Strafraumen des § 18 Abs. 1 Satz 1 JGG (sechs Monate bis fünf Jahre) und nicht – wie von der Kammer angenommen – von der Strafraumenobergrenze des § 18 Abs. 1 Satz 2 JGG (bis zehn Jahre) auszugehen ist (vgl. BGH Urteil vom 17. Juni 1992 – 2 StR 602/91, BGHR StGB § 2 Abs. 3 DDR-StGB 6 mwN). ...

Die Anwendung des neuen Rechts führt zu einer Änderung des Schuldspruchs wegen Vergewaltigung (§ 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB nF; vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – 3 StR 524/16 zur Schuldspruchänderung wegen sexuellen Übergriffs gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB nF).

2. Der aufgezeigte Rechtsfehler nötigt indes nicht zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs. Lassen die Urteilsgründe erkennen, dass der Tatrichter die Bemessung der Jugendstrafe rechtsfehlerfrei am maßgeblichen Erziehungszweck (§ 18 Abs. 2 JGG) ausgerichtet hat, kann in der Regel ausgeschlossen werden, dass er eine niedrigere Strafe verhängt hätte, wenn er vom zutreffenden Strafraumen ausgegangen wäre (Senat, Urteil vom 18. Dezember 2014 – 4 StR 457/14, NStZ 2016, 102, 103). So verhält es sich hier. Die Kammer hat ... sich [...] ersichtlich an der Strafraumenuntergrenze orientiert. Ferner hat sie ihre Entscheidung zur Höhe der Jugendstrafe unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen erzieherischen Einwirkung auf den Angeklagten nachvollziehbar begründet. Dies lässt Rechtsfehler zu seinem Nachteil nicht erkennen. ...“

3 Dem schließt sich der Senat an.

4 Ergänzend bemerkt der Senat zur Revision des Angeklagten C. : Die Voraussetzungen des § 46b StGB lagen nicht vor; die Vergewaltigung ist nur bei Vorliegen der in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB genannten und hier nicht

gegebenen Voraussetzungen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2017 – 5 StR 134/17 Rn. 29) eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO.

Sost-Scheible

Roggenbuck

Franke

RiBGH Dr. Feilcke ist erkrankt  
und daher gehindert zu unter-  
schreiben.

Quentin

Sost-Scheible