



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 43/17

vom  
16. Mai 2017  
in der Strafsache  
gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 16. Mai 2017 gemäß § 349 Abs. 2 StPO einstimmig beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 24. Oktober 2016 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels und die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person unter Einbeziehung einer weiteren Strafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sieben Monaten verurteilt. Seine auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision erweist sich als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StGB.
  
- 2
  1. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hatte der Angeklagte nach einem gemeinsamen Gasthausbesuch der Nebenklägerin, die eine Blutalkoholkonzentration von mindestens drei Promille aufwies und sich nicht mehr selbständig fortzubewegen vermochte, und deren Freundin vorgeschlagen, in seiner Wohnung zu übernachten. Dort entkleidete er - ohne dass sie dies bemerkte - den Unterleib der auf dem Bett schlafenden Nebenklägerin und fasste an ihre Brüste. Hiervon erwachte die Nebenklägerin, die erfolglos ver-

suchte, die Hände des Angeklagten wegzuschieben, was ihr jedoch nicht gelang, weil sie die Arme kaum heben konnte. Der Angeklagte drehte die reglos daliegende Geschädigte nun auf den Rücken, drang mit seinem Glied in ihre Scheide ein und vollzog ungeschützt den Geschlechtsverkehr. Dabei war ihm bewusst, dass die Nebenklägerin infolge der massiven Alkoholintoxikation und ihrer Übermüdung nicht in der Lage war, seinem Verhalten entgegenzutreten. Die Nebenklägerin gab allerdings durch Hin- und Herwerfen ihres Kopfes und die wiederholt gemurmelte Aufforderung, dies zu unterlassen, zu verstehen, dass sie mit dem Geschlechtsverkehr nicht einverstanden war, bevor sie wieder einschlief.

3            2. Das Landgericht hat dieses Verhalten rechtsfehlerfrei nach dem zur Tatzeit und noch zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung geltenden Recht als schweren sexuellen Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person nach § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB aF gewertet. Zwar ist danach das Fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (BGBl. I S. 2460 ff.) in Kraft getreten, was der Senat bei seiner Entscheidung gemäß § 2 Abs. 3 StGB, § 354a StPO zu berücksichtigen hat. Das angefochtene Urteil hat jedoch auch unter Beachtung der neuen Gesetzeslage Bestand, da sich diese im konkreten Fall nicht als milderes Recht im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB darstellt. Im Einzelnen:

4            a) Der Missbrauch widerstandsunfähiger Personen wurde durch § 179 Abs. 1 StGB aF im Grundtatbestand mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bedroht. Als widerstandsunfähig im Sinne der Vorschrift wurde angesehen, wer aus einem der dort genannten Gründe - wenn auch nur vorübergehend - keinen zur Abwehr ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen des Täters bilden, äußern oder durchsetzen konnte (st.

Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 15. März 1989 - 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145, 147; Beschlüsse vom 23. November 2010 - 3 StR 410/10, NStZ 2011, 210; vom 10. August 2011 - 4 StR 338/11, NStZ 2012, 150; Urteil vom 5. November 2014 - 1 StR 394/14, NStZ-RR 2015, 44, 45).

5           Das neue Recht enthält demgegenüber im Grundtatbestand differenzierende Regelungen. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB nF erfasst die Fälle, in denen das Opfer nicht mehr fähig ist, einen der sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Ist das Opfer infolge seines körperlichen oder psychischen Zustands nur erheblich eingeschränkt zur Bildung oder Äußerung eines derartigen Willens in der Lage und versichert sich der Täter nicht der Zustimmung des Opfers zu der sexuellen Handlung, so unterfällt die Tat § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nF. Vermag das Opfer dagegen - wie hier - noch einen ablehnenden Willen zu bilden und zu äußern, setzt sich der Täter jedoch darüber hinweg, so greift § 177 Abs. 1 StGB nF ein. In allen diesen Fällen wird die Tat als sexueller Übergriff mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bedroht. Infolge dieser geringeren Strafdrohung kann sich § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 oder 2 StGB nF im Sinne von § 2 Abs. 3 StGB als milderes Gesetz im Vergleich zu § 179 Abs. 1 StGB aF darstellen (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - 3 StR 524/16, juris Rn. 4).

6           b) Allerdings hat der Angeklagte mit der Geschädigten den Beischlaf vollzogen. In einem solchen Fall, für den der vom Landgericht zur Anwendung gebrachte Qualifikationstatbestand des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB aF eine Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren vorsah, enthält auch das neue Recht in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB nF, bei dessen Vorliegen dem Täter ebenfalls eine Mindeststrafe von zwei Jahren

droht. Allerdings folgt hieraus nicht, dass der Strafraumen für Taten, die nach früherer Rechtslage im Grundtatbestand von § 179 Abs. 1 StGB aF erfasst waren, nun aber § 177 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 bzw. 2 StGB nF unterfallen, ohne weiteres identisch ist, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht. Denn während § 179 Abs. 5 StGB aF einen Qualifikationstatbestand enthielt, der bei Vollzug des Beischlafs - auch bei Annahme eines minder schweren Falles (vgl. § 179 Abs. 6 aF) - zwingend einen gegenüber dem Grundtatbestand des § 179 Abs. 1 StGB aF höheren Strafraumen vorsah, stellt es eine allein dem Tatrichter obliegende Entscheidung der Strafzumessung dar, ob er es bei der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF belässt. In einem solchen Fall ist das neue Recht nicht milder und es verbleibt bei der Anwendung des § 179 StGB aF, während sich bei einem Absehen von der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF das neue Recht für den Angeklagten mit der Strafandrohung aus § 177 Abs. 1 StGB nF als günstiger darstellt, so dass es nach § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden ist.

7

3. Vor diesem Hintergrund hat das Urteil Bestand. Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht, hätte es das neue Recht angewandt, von der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF abgegangen wäre und eine niedrigere Strafe als die festgesetzte von drei Jahren und sechs Monaten verhängt hätte. Es ist bei der Bemessung der Strafe von dem Normalstrafrahmen des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB aF ausgegangen. Einen minder schweren

Fall gemäß § 179 Abs. 6 StGB aF hat es nach ausführlicher und rechtlich nicht zu beanstandender Gesamtabwägung verneint. Diese Gründe hätten das Landgericht aber ebenso veranlasst, es bei der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF zu belassen.

Becker

Gericke

Spaniol

Tiemann

Berg