



5 StR 192/11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

vom 7. Juli 2011
in der Strafsache
gegen

wegen versuchter sexueller Nötigung u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 7. Juli 2011, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Dr. Raum,

Richter Schaal,

Richter Prof. Dr. König,

Richter Bellay

als beisitzende Richter,

Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof ,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Amtsrätin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Cottbus vom 18. Februar 2011 im Maßregelausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

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.

– Von Rechts wegen –

Gründe

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchter sexueller Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt und dessen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Die gegen das Urteil gerichtete, auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg.
- 2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:
- 3 a) Am späten Abend des 17. Juli 2010 besuchte der erheblich alkoholisierte Angeklagte den Friedhof, um das Grab seines verstorbenen Bruders

zu wässern. Er bemerkte die vor dem Grab ihrer einige Monate zuvor verstorbenen kleinen Tochter kniende Geschädigte, kniete sich zu ihr nieder und sagte, er habe auch einen Trauerfall zu beklagen; sie müsse loslassen. Die Geschädigte bat ihn, sie alleine zu lassen. Der Bitte kam der Angeklagte zunächst nach, fasste dann aber den Entschluss, die Geschädigte sexuell zu missbrauchen, und kehrte zur Grabstelle zurück. Als die Geschädigte gerade aufstehen wollte, hielt er ihr die Hände an den Hals und forderte sie auf, nicht zu schreien. Die Geschädigte schrie um Hilfe, woraufhin der Angeklagte sie fest um den Hals packte, so dass sie zeitweise keine Luft bekam und zu Boden sank. Der Angeklagte lockerte den Griff und streichelte mit seinen Fingern am Hals der Geschädigten entlang. Zuvor hatte er seine Turnhose bis zu den Kniekehlen heruntergezogen, weswegen sein Unterkörper unbekleidet war. Nunmehr lief der auf das Geschehen aufmerksam gewordene seinerzeitige Lebensgefährte der Geschädigten hinzu und stieß den Angeklagten zur Seite. Der Angeklagte flüchtete.

4 b) Der Angeklagte ist unter anderem wegen in alkoholisiertem Zustand begangener Sexualstraftaten erheblich vorbestraft:

5 1986 verhängte das Kreisgericht Senftenberg gegen ihn eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten wegen versuchter Nötigung zu sexuellen Handlungen, weil er eine Frau vom Fahrrad gezogen hatte, um sie sexuell zu missbrauchen; er würgte sie und versuchte, sie zu einer Mülldeponie zu schleifen, bevor sie sich befreien und davonlaufen konnte. 1988 folgte eine erneut durch das Kreisgericht Senftenberg verhängte Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten wegen versuchter Nötigung zu sexuellen Handlungen im schweren Fall. Der Angeklagte hatte eine Passantin in sexueller Motivation verfolgt, geschlagen und unter Todesdrohungen gewürgt, weil sie schrie. 1992 wurde er durch das Bezirksgericht Cottbus wegen Nötigung zu sexuellen Handlungen in zwei Fällen zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, die später erlassen wurde. Er hatte eine Frau in einen Keller gestoßen, wo er sie namentlich durch Würgen zum

Oralverkehr zwang. In derselben Nacht fiel er eine Passantin von hinten an, würgte sie und führte einen Finger in ihre Scheide ein. 1997 wurde er durch das Amtsgericht Senftenberg – neben weiteren Straftaten – wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes und wegen exhibitionistischer Handlungen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt, weil er vor einem 13-jährigen Mädchen und an einem anderen Tag vor einer erwachsenen Frau onaniert hatte. Am 8. April 2002 verhängte das Landgericht Cottbus gegen ihn eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten wegen Vergewaltigung. Der Angeklagte hatte sich mit unbekleidetem Unterkörper einer 15-jährigen Radfahrerin in den Weg gestellt und sie am Hals vom Fahrrad gezogen. Über eine halbe Stunde hinweg zwang er sie unter Todesdrohungen zu sexuellen Handlungen, insbesondere zum Oralverkehr. Obwohl sie sagte, sie sei 13 Jahre alt und noch Jungfrau, vergewaltigte er sie vaginal. Die Strafe verbüßte er bis zum 9. März 2006.

- 6 c) Das sachverständig beratene Landgericht hat bei dem Angeklagten eine alkoholbedingte Verminderung der Schuldfähigkeit nach § 21 StGB nicht auszuschließen vermocht, jedoch eine Strafraumenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB wegen selbstverschuldeter Trunkenheit nicht vorgenommen. Sonstige Eingangsmerkmale des § 20 StGB lägen nicht vor. Zwar weisen diese dissoziale Persönlichkeitszüge auf. Eine zur Schuldinderung führende Persönlichkeitsstörung im Sinne einer schweren anderen seelischen Abartigkeit liege jedoch nicht vor. Auch eine unter dem Aspekt der §§ 20, 21 StGB relevante sexuelle Devianz sei maßgebend mit Blick auf eine durchaus normale sexuelle Entwicklung und normale sexuelle Aktivität in zwei Partnerschaften nicht gegeben. Eine Strafraumenverschiebung gemäß § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB hat das Landgericht unter anderem mit Blick auf die Vollendungsnähe der Tat versagt, deren Scheitern nur dem beherzten Eingreifen des Lebensgefährten der Geschädigten zu verdanken sei. Die Voraussetzungen des § 64 StGB seien schon mangels hinreichend sicher feststellbaren Hangs des Angeklagten nicht erfüllt, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen. Dem Angeklagten gelinge es ohne Probleme,

auch über längere Zeit hin völlig abstinent zu leben. Jedenfalls fehle es an der für die Maßregel erforderlichen hinreichend konkreten Erfolgsaussicht.

7 2. Die Revision des Angeklagten bleibt zum Schuld- und Strafausspruch ohne Erfolg.

8 a) Entgegen der Auffassung der Revision und des Generalbundesanwalts ist der Schuldspruch rechtsfehlerfrei getroffen. Namentlich bestand für die Strafkammer kein Anlass zu einer näheren Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Angeklagte bereits vor dem Eingreifen des Lebensgefährten der Geschädigten die weitere Ausführung der Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB endgültig aufgegeben hat. Anhaltspunkte für eine Aufgabe der Tat lassen sich dem Verhalten des in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten nicht entnehmen. Durch das Würgen der Geschädigten hatte er deren Hilferufe unterbrochen, weswegen er den Griff lockern konnte. Das Streicheln am Hals der Geschädigten, auch in Verbindung mit etwaigen, vom Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung erwähnten beschwichtigenden Worten, spricht dabei nicht gegen, sondern für ein Fortbestehen der sexuellen Absichten des Angeklagten, deren gewaltfreie Durchsetzung er offensichtlich nicht erwarten konnte. Deswegen waren nähere Erörterungen des Tatgerichts entbehrlich. Auf den Zeitpunkt, zu dem der Angeklagte seine Hose heruntergezogen hat, kommt es danach nicht an.

9 b) Soweit das Landgericht Strafraumenverschiebungen nach §§ 21 und 23 Abs. 2, jeweils i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB, versagt hat, hält sich dies nach den konkreten Umständen des Falles in dem vom Revisionsgericht hinzunehmenden tatgerichtlichen Ermessensspielraum.

10 3. Dagegen genügt die Begründung des Maßregelausspruchs angesichts der durch das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 4. Mai 2011 (BGBl. I S. 1003) entwickelten strengeren Maßstäbe zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit rechtlicher Überprüfung letztlich nicht.

- 11 a) Allerdings hat die Strafkammer nach dem zum Zeitpunkt ihres Urteils maßgeblichen Rechtszustand fehlerfrei auf Sicherungsverwahrung erkannt.
- 12 aa) Zutreffend hat sie sich auf den – nach Ziffer III 1 des vorgenannten Urteils des Bundesverfassungsgerichts weiterhin anwendbaren – § 66 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 StGB in der vor dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung gestützt. Die Vorschrift stellt im Hinblick auf die durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) erfolgte Neufassung von § 66 Abs. 4 Satz 3 StGB (Verlängerung der sogenannten „Rückfallverjährung“ bei Sexualstraftaten auf 15 Jahre) das dem Angeklagten günstigere Gesetz dar (vgl. Art. 316e Abs. 2 EGVStGB).
- 13 bb) Nachvollziehbar hat das Landgericht einen Hang des Angeklagten zur Begehung schwerer Straftaten sowie seine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit festgestellt. Die Gefährlichkeitsprognose hat es auf eine umfassende Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Angeklagten unter besonderer Berücksichtigung seiner den Vorverurteilungen zugrunde liegenden Taten gestützt. Dabei hat es sich an den individuell bedeutsamen Bedingungsfaktoren für die bisherige Delinquenz, deren Fortbestand, der fehlenden Kompensation durch protektive Umstände und dem Gewicht dieser Faktoren in zukünftigen Risikosituationen ausgerichtet. Besondere Bedeutung hatte der Umstand, dass die Anlasstat bereits das sechste Sexualdelikt darstellt, das der Angeklagte nach einem sehr ähnlichen Verhaltensmuster verübt hat, indem er – spontanen Entschlüssen folgend – ihm unbekannte Frauen überfallen und nach Würgen, teils auch unter Todesdrohungen, sexuell missbraucht oder dies versucht hat. Den Zeitablauf hat das Landgericht in seine Würdigung einbezogen.
- 14 Die bei der Darstellung des Gutachtens des Sachverständigen erörterten Ergebnisse psychiatrischer Prognoseinstrumente dienen bei der Prüfung

des Landgerichts nach dem Zusammenhang nur der vollständigen Erfassung der Beurteilungsaspekte. Es hat dem hierdurch erlangten empirischen Wissen sowie dem statistischen Rückfallrisiko gegenüber den individuell belangreichen Faktoren insoweit noch nicht zu viel Bedeutung beigemessen (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2009, 980, 982; BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009 – 5 StR 296/09, NJW 2010, 245, und Beschluss vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203, 204).

15 b) Die Urteilsbegründung genügt indes nicht ohne weiteres auch den Anforderungen an die im Hinblick auf die durch das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 4. Mai 2011 aaO) festgestellte Verfassungswidrigkeit des Rechts der Sicherungsverwahrung gebotene strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Danach muss in der Regel eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten sein (BVerfG aaO Rn. 172).

16 Im Rahmen seiner sorgfältigen Gesamtwürdigung hat das Landgericht unter anderem berücksichtigt, dass der Angeklagte – wie seine einschlägigen früheren Taten nachdrücklich zeigen – eine Willensschwäche aufweist, aufgrund derer er sich ihm bietenden Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag: Selbst die wegen der Vergewaltigung eines 15-jährigen Mädchens bis März 2006 verbüßte Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten, die anschließend bestehende und andauernde Führungsaufsicht sowie die Beziehung zu seiner Lebensgefährtin hätten ihn nicht von der durch besondere Gewissenlosigkeit geprägten, auf einem Friedhof zum Nachteil einer um ihr verstorbenes Kind trauernden Frau begangenen Anlasstat abhalten können. Auf der Basis sachverständiger Begutachtung ist das Landgericht in Anbetracht der Persönlichkeit und des bisherigen Werdegangs des Angeklagten auch davon ausgegangen, dass dessen Gefährlichkeit in Bezug auf weitere schwere Sexualstraftaten nach derzeitigem Stand im Strafvollzug selbst mit Einzeltherapiemaßnahmen oder der Unterbringung in der sozialtherapeutischen Abteilung derzeit nicht wirksam begegnet werden könne.

- 17 Gleichwohl kann der Senat im Ergebnis nicht eindeutig feststellen, dass auch die vom Bundesverfassungsgericht neu aufgestellten Verhältnismäßigkeitskriterien zweifelsfrei erfüllt sind, wenngleich dies keineswegs fernliegt. Die geforderte Schwere der drohenden Taten ist sicher gegeben. Auf die vom Bundesverfassungsgericht für Fälle rückwirkender Anwendung im Rahmen von § 66b oder § 67d StGB entwickelten nochmals deutlich strengeren Verhältnismäßigkeitskriterien (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Juni 2011 – 5 StR 52/11, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) kommt es hier nicht an.
- 18 Die Zweifel ergeben sich aus den vom Landgericht im Rahmen seiner Gefährlichkeitsprüfung hervorgehobenen Umständen nicht unbeträchtlicher Zwischenräume zwischen den Taten und einer nicht feststellbaren Eskalation von deren Häufigkeit und Schwere (vgl. UA S. 45). Letztlich macht sich das Landgericht auch die Wahrscheinlichkeit eines vom Sachverständigen dargelegten Rückfallrisikos „von über 30 %“ (UA S. 47) zueigen. Bei dieser Sachlage vermag der Senat die grundsätzlich dem Tatgericht obliegende strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht in dem Sinne zu ersetzen, dass ein für den Angeklagten negatives Ergebnis dieser Prüfung rechtlich zwingend wäre (vgl. dazu BGH, aaO).
- 19 c) Sollte das neue Tatgericht wiederum zur Anordnung der Sicherungsverwahrung gelangen, werden die vom Bundesverfassungsgericht bezeichneten durchgreifenden Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der gleichwohl vorübergehend fortgeltenden Vorschriften über die Sicherungsverwahrung allerdings schon jetzt Anlass für erhebliche Bemühungen um therapeutische Resozialisierungsmaßnahmen geben. Solches gilt nicht nur von Beginn des Vollzugs der gegen den Angeklagten verhängten verhältnismäßig niedrigen Freiheitsstrafe an und ungeachtet etwa fortbestehenden mangelnden Therapiewillens des Angeklagten. Entsprechende Maßnahmen werden schon alsbald vorzubereiten sein.

- 20 d) Im Rahmen der gebotenen umfassenden neuen Prüfung der Maß-
regelanordnung müsste das neue Tatgericht für den Fall abweichender nicht
zweifelsfreier Feststellung der Gefährlichkeit eine Anwendung des § 66a
StGB aF in Betracht ziehen.

Basdorf

Raum

Schaal

König

Bellay