



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 45/17

vom  
28. Februar 2018  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen zu 1.: Beihilfe zum schweren sexuellen Missbrauch einer  
widerstandsunfähigen Person

zu 2.: schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 28. Februar 2018, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Schäfer,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Krehl,  
Dr. Eschelbach,  
Zeng,  
Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Bartel,

Staatsanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger des Angeklagten A. ,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger des Angeklagten I. ,

Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 12. Juli 2016 aufgehoben
  - a) hinsichtlich der Schuld- und Strafaussprüche; die Feststellungen bleiben jedoch aufrecht erhalten;
  - b) hinsichtlich der Adhäsionsentscheidung insoweit, als
    - aa) eine Feststellung der Verpflichtung der Angeklagten zum Ersatz aller entstandenen und noch entstehenden materiellen Schäden der Neben- und Adhäsionsklägerin ausgesprochen worden ist und
    - bb) der Angeklagte I. verurteilt ist, an die Adhäsionsklägerin ein weiteres Schmerzensgeld von 3.800 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23. Juni 2016 zu zahlen.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel und die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten I. wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt; den Angeklagten A. hat es wegen Beihilfe zum schweren sexuellen Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt.
- 2 Daneben hat es die Angeklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, an die Adhäsionsklägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.200 Euro nebst Zinsen zu zahlen sowie eine Feststellungsentscheidung zum Ersatz sämtlicher entstandener bzw. noch entstehender materieller Schäden getroffen. Den Angeklagten I. hat die Strafkammer darüber hinaus verurteilt, an die Adhäsionsklägerin ein „weiteres Schmerzensgeld“ in Höhe von 3.800 € nebst Zinsen zu zahlen.
- 3 Gegen dieses Urteil richten sich die auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten; der Angeklagte I. beanstandet zudem das Verfahren. Die Rechtsmittel haben den aus dem Urteils-tenor ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie unbegründet.
- 4 1. Aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundes-anwalts hat die Verfahrensrüge des Angeklagten I. keinen Erfolg.
- 5 2. Das Urteil hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.
- 6 a) Nach den Feststellungen des Landgerichts führen die beiden miteinander befreundeten Angeklagten mit der Nebenklägerin am 15. März 2014 gegen 01.30 Uhr in eine Diskothek. Der Angeklagte A. war der Nebenklägerin bis dahin nur über ein Chat-Portal bekannt; den Mitangeklagten

I. kannte sie nicht. Innerhalb von 45 Minuten nahm die trinkungewohnte Nebenklägerin erhebliche Mengen Alkohol zu sich; auch die Angeklagten tranken Alkohol.

7 Die Nebenklägerin, die alkoholbedingt nicht mehr in der Lage war, alleine zu stehen, musste von den Angeklagten mehrfach gestützt werden. Gemeinsam verließen sie die Räumlichkeiten des Tanzlokals, wobei die Angeklagten gegenüber dem Geschäftsführer der Diskothek, der auf die Situation aufmerksam gemacht worden war, zum Ausdruck brachten, die Nebenklägerin nach Hause zu fahren.

8 Die Angeklagten fuhren mit der Nebenklägerin zu einem etwa 300 Meter entfernten Schotterparkplatz. Dort begann der Angeklagte A. , sexuelle Handlungen an der Geschädigten vorzunehmen. Sehr wahrscheinlich war sie zu diesem Zeitpunkt aufgrund ihrer Alkoholintoxikation und der körperlichen Erschöpfung unfähig, den sexuellen Handlungen Widerstand entgegen zu setzen oder ihren entgegenstehenden Willen zu äußern; letztlich hat sich nicht ausschließen lassen, „dass der Angeklagte A. in der konkreten Situation die Widerstandsunfähigkeit noch nicht erkannte und zu diesem Zeitpunkt noch annahm, die Geschädigte wolle sexuelle Kontakte mit ihm“.

9 Gegen 04.00 Uhr befand sich die Geschädigte „aufgrund der nunmehr voll eingetretenen Wirkung der alkoholischen Getränke, der körperlichen Erschöpfung und der nun fortschreitenden Unterkühlung sicher in einem die Willensbildung und -äußerung ausschließenden Zustand“. In dieser Situation, in der die Nebenklägerin bei einer Außentemperatur von circa 8,5 Grad Celsius „weitgehend entkleidet, regungslos und erkennbar widerstandsunfähig auf der Rückbank des Pkw lag“, begann auch der Angeklagte I. , sexuelle Handlungen an ihr vorzunehmen, obwohl er ihren Zustand erkannt hatte. Ebenso hatte

der Angeklagte A. diese Situation nun sicher erkannt; er wusste, dass er „für das Schicksal der Zeugin verantwortlich war [...] und die Geschädigte keinen Sex mit I. haben wollte. Es war ihm aber recht, dass sein Freund nun an der Frau sexuelle Handlungen vornahm. Sein Freund I. sollte auch seinen Spaß haben“.

10 Der Angeklagte I. penetrierte die Geschädigte vaginal, die dabei Schmerzen verspürte, da sich eine blutende Fissur am Analbereich gebildet hatte. Die Nebenklägerin war aber nicht in der Lage, um Hilfe zu schreien. A. verfolgte das Geschehen durch die geöffnete hintere Tür des Pkw. Aufmerksame Passanten verständigten zwischenzeitlich die Polizei, die die Angeklagten stellte. Die Geschädigte wurde zeitnah in ein Krankenhaus verbracht und erlangte gegen 10 Uhr wieder das Bewusstsein.

11 b) Die Verurteilung des Angeklagten I. wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person nach § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB in der bis 9. November 2016 geltenden Fassung und des Angeklagten A. wegen Beihilfe hierzu kann nicht bestehen bleiben, weil im Revisionsverfahren nicht ausgeschlossen werden kann, dass die aufgrund von Art. 1 Nr. 8 des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (BGBl. I 2460) umgestaltete Vorschrift des § 177 StGB nF bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise gemäß § 2 Abs. 3 StGB als milderes Recht Anwendung findet.

12 aa) Aufgrund der getroffenen Feststellungen ist das Landgericht rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, dass die Nebenklägerin widerstandsunfähig war. Mit Blick auf die festgestellte vaginale Penetration der Geschädigten hat die Strafkammer ferner zutreffend die Qualifikation des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB aF bejaht. Die Strafzumessung weist für sich genommen ebenfalls keinen

die Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. Das Landgericht ist bei beiden Angeklagten von einem minder schweren Fall des schweren sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen gemäß § 179 Abs. 6 StGB aF (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) ausgegangen; hinsichtlich des Angeklagten A. hat das Landgericht diesen Strafraum weiter „aufgrund der vertypen Milderungsgründe der Beihilfe (§ 27 StGB) und des Unterlassens (§ 13 StGB) doppelt gemäß § 49 StGB“ gemildert.

- 13           bb) Der – von der Strafkammer für sich genommen rechtsfehlerfrei angewandte – zur Tatzeit und noch im Zeitpunkt der Urteilsverkündung geltende § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB aF ist indes mit Wirkung ab dem 10. November 2016 aufgehoben und der (frühere) sexuelle Missbrauch infolge Alkohols widerstandsunfähiger Personen nunmehr in § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB nF geregelt (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, 3. Aufl., § 177 nF Rn. 62 f.). Die neu gefasste Vorschrift des § 177 StGB nF enthält insbesondere in den Absätzen 1, 2 Nrn. 1 und 2 und Absatz 4 Nachfolgeregelungen zu § 179 StGB aF, die hinsichtlich des geschützten Rechtsguts und der inkriminierten Angriffsrichtung unverändert geblieben sind und damit einen identischen Unrechtskern aufweisen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. März 2017 - 1 StR 52/17, NStZ 2017, 407, und vom 9. Mai 2017 - 4 StR 366/16, NStZ-RR 2017, 240, 241; Urteil vom 12. Juli 2017 - 5 StR 134/17, BeckRS 2017, 121833; Senat, Beschluss vom 8. November 2017 - 2 StR 111/17, StraFo 2018, 81, 82 mwN). Bei der Vornahme des Beischlafs oder ähnlicher sexueller Handlungen, die das Opfer besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind, sieht das neue Recht in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren vor.

- 14           cc) Ob die nach § 354a StPO auch im Revisionsverfahren zu beachtende Änderung des materiellen Rechts bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise nach § 2 Abs. 3 StGB die Anwendung des neuen Rechts zur Folge hat, hängt von der als Strafzumessungsakt allein dem Tatrichter obliegenden Entscheidung über die Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF ab und kann daher vom Senat auf der Grundlage der bisherigen Urteilsausführungen nicht abschließend beurteilt werden (vgl. auch BGH, Beschluss vom 9. Mai 2017 - 4 StR 366/16, NStZ-RR 2017, 240, 241 f.; Urteil vom 12. Juli 2017 - 5 StR 134/17, BeckRS 2017, 121833).
- 15           Bei Annahme eines besonders schweren Falls entsprechend dem Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF ist das neue Recht nicht milder und es verbliebe – auch hinsichtlich des Schuldspruchs – bei der Anwendung des § 179 StGB aF. Bei einem Absehen von der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF stellt sich das neue Recht hingegen für beide Angeklagte mit der Strafandrohung aus § 177 Abs. 1 StGB nF (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren) unbeschadet weiterer Strafrahmenverschiebungen aufgrund vertypter Milderungsgründe als günstiger dar, so dass es nach § 2 Abs. 3 StGB – mit an das neue Recht angepasstem Schuldspruch – anzuwenden wäre (vgl. auch BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 - 3 StR 43/17, NStZ 2018, 33).
- 16           Da das Landgericht von dem Normalstrafrahmen des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB aF, der wie § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren vorsieht, abgewichen ist und einen minder schweren Fall gemäß § 179 Abs. 6 StGB aF mit einem Strafrahmen von einem Jahr bis zu zehn Jahren angenommen hat, kann der Senat – ungeachtet des Tatbildes und der übrigen für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände – letztlich nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, dass der Tatrichter bei Zugrundelege-



gung des neuen Rechts auch die Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF verneint hätte.

17 Der Senat hebt daher die Schuld- und Strafaussprüche auf. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben. Ergänzende, zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehende Feststellungen durch den neu zur Verhandlung und Entscheidung berufenen Tatrichter bleiben möglich.

18 3. Die Adhäsionsentscheidung unterliegt hinsichtlich des getroffenen Feststellungsausspruchs und der Verurteilung des Angeklagten I. zur Zahlung eines „weiteren Schmerzensgeldes“ in Höhe von 3.800 € der Aufhebung.

19 a) Die Feststellung, dass die Angeklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Nebenklägerin die bereits entstandenen materiellen Schäden zu erstatten, hat keinen Bestand. Hinsichtlich der bereits entstandenen materiellen Schäden hat die Nebenklägerin weder geltend gemacht noch ist aus ihrem Vortrag ansonsten ersichtlich, welche Schäden bereits entstanden sein könnten und warum sie nicht in der Lage ist, diese Schäden schon jetzt zu beziffern. Für die Feststellungsklage mangelt es daher insoweit an dem erforderlichen Feststellungsinteresse (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2013 - 4 StR 471/13, StV 2014, 269 mwN).

20 Aber auch der Ausspruch über die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige materielle Schäden begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Feststellung einer Ersatzpflicht für künftige Schäden setzt voraus, dass aus dem festzustellenden Rechtsverhältnis mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Ansprüche entstanden sind oder entstehen können (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 29. Juli 2003 - 4 StR 222/03; Senat, Beschluss vom 26. September 2013 - 2 StR 306/13, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2014, 50). Gemessen daran sind den Urteilsgründen die Voraussetzungen für einen

Feststellungsanspruch nicht zu entnehmen. Die Annahme eines für diesen Ausspruch erforderlichen Dauer- oder Folgeschadens ist – insbesondere mit Blick auf mögliche psychische Beeinträchtigungen als Folge der Missbrauchshandlungen – im angefochtenen Urteil an keiner Stelle belegt und versteht sich auch unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Urteilsgründe nicht von selbst.

21            b) Soweit der Angeklagte I. im Rahmen der Adhäsionsentscheidung zu einem „weiteren Schmerzensgeld“ in Höhe von 3.800 € verurteilt worden ist, hat sein Rechtsmittel ebenfalls Erfolg. Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, dass die beiden Angeklagten „aufgrund der unterschiedlichen Tatbeiträge bzw. Beteiligungsform [...] lediglich bis zu einem Betrag von 1.200,- € gesamtschuldnerisch“ haften und „darüber hinaus – im Umfang von 3.800,- € – [...] der Angeklagte I. als Haupttäter“ haftet. Damit hat das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht bedacht, dass nach der hier anzuwendenden Regel des § 830 Abs. 2 BGB iVm § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB Täter und Teilnehmer unabhängig von der Art ihrer Beteiligung haften, was wiederum den Umfang ihrer gesamtschuldnerischen Haftung nach § 840 Abs. 1 BGB begrenzt (vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Dezember 2016 - 1 StR 351/16, NStZ 2017, 277, 279). Einen Exzess des Angeklagten I., der vom gemeinsamen Tatplan und dem Vorsatz des Angeklagten A. nicht gedeckt gewesen wäre und eine wechselseitige Zurechnung ausschliesse (vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 8. November 2005 - 4 StR 321/05, BGHR StPO § 403 Anspruch 8 und vom 28. April 2015 - 3 StR 52/15, BGHR StPO § 406 Abs. 1 Entscheidung 2; Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 53/98, BGHR BGB § 830 Abs. 2 Teilnahme 2), hat die Strafkammer ausdrücklich nicht festgestellt. Die zur Grundlage des (weiteren) Schmerzensgeldanspruchs gemachte Eigenschaft als „Haupttäter“ kann deshalb nicht herangezogen werden.

22 c) Dies führt zur Aufhebung der Adhäsionsentscheidung und – da die Sache im Übrigen zurückzuverweisen ist – auch hinsichtlich des zivilrechtlichen Teils des Urteils zur Zurückverweisung an das Landgericht (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 2011 - 3 StR 255/11 [insoweit in NStZ 2012, 168 nicht abgedruckt]).

23 4. Einer Kompensation wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bedarf es nicht. Das am 22. Februar 2017 beim Bundesgerichtshof eingegangene Revisionsverfahren ist im Senat seit dem 14. Juni 2017 mehrfach beraten worden. Da die Voraussetzungen für eine Entscheidung gemäß § 349 Abs. 2 bzw. Abs. 4 StPO nicht vorlagen, hat der Senat sodann im November 2017 in Absprache mit den Verteidigern einen Termin zur Hauptverhandlung bestimmt. Das Revisionsverfahren ist mithin nicht rechtsstaatswidrig verzögert worden.

Schäfer

Krehl

RiBGH Dr. Eschelbach  
befindet sich im Urlaub  
und ist deshalb gehindert  
zu unterschreiben.

Schäfer

Zeng

Bartel