



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## Urteil

4 StR 284/08

vom

11. September 2008

in der Strafsache

gegen

wegen versuchter sexueller Nötigung u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. September 2008, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Maatz

als Vorsitzender,

Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Kuckein,

Athing,

Dr. Ernemann,

Dr. Mutzbauer

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1.

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 27. Februar 2008 mit den Feststellungen aufgehoben,

- a) soweit der Angeklagte wegen versuchter sexueller Nötigung verurteilt worden ist,
- b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe.

- 2. Die weiter gehende Revision des Angeklagten wird verworfen.
- 3. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorgenannte Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, soweit von der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus abgesehen worden ist.
- 4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr und wegen versuchter sexueller Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstra-

fe von einem Jahr verurteilt. Ferner hat es gegen ihn ein Fahrverbot von drei Monaten verhängt und bestimmt, dass ihm vor Ablauf von zwei Jahren keine Fahrerlaubnis erteilt werden darf.

- 2 Mit seiner hiergegen gerichteten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung sachlichen Rechts. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer wirksam beschränkten Revision dagegen, dass das Landgericht die Anordnung einer Maßregel nach § 63 StGB abgelehnt hat.

I.

- 3 Der 64 Jahre alte Angeklagte ist mehrfach vorbestraft, u.a. wegen Körperverletzung, exhibitionistischer Handlungen, Erregung öffentlichen Ärgernisses und wegen Beleidigung. Am 22. Juni 2005 verurteilte ihn das Amtsgericht Bayreuth wegen fahrlässigen Vollrausches, gefährlicher Körperverletzung, Bedrohung in vier rechtlich zusammentreffenden Fällen und wegen Diebstahls in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten und ordnete seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt an. Diese Strafe verbüßte der Angeklagte, nachdem die angeordnete Maßregel für erledigt erklärt worden war, bis zum 3. April 2007. Nach jahrelangem intensiven Alkoholmissbrauch leidet der Angeklagte an einer „Alkoholabhängigkeitserkrankung“, die zu einer „organischen Persönlichkeitsstörung“ geführt hat.

- 4 Der Verurteilung des Angeklagten wegen versuchter sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen zu Grunde:

5            Der erheblich alkoholisierte Angeklagte hielt sich am 17. September 2007 gegen 16.30 Uhr in der Fußgängerzone in Bayreuth auf und traf dort auf die am 9. Oktober 1993 geborene Jasmin L.        und ihre etwa gleichaltrigen Freundinnen Denise D.        und Juliane F.        . Er belästigte die Mädchen mit obszönen, sexualbezogenen Äußerungen. Die Mädchen entfernten sich und gingen zu einem nahe gelegenen Brunnen. Der Angeklagte folgte ihnen und stellte sich vor Jasmin L.        , die sich auf den Brunnenrand gesetzt hatte. Er erklärte ihr, er könne mehrmals am Tage Sex haben und forderte die Mädchen auf, gegen 23.00 Uhr zu ihm nach Hause zu kommen. Dort könne man eine "Sex-Party" veranstalten. Der Angeklagte legte seine Hände auf die Oberseite der Oberschenkel des Mädchens, das eine Hose trug, und streichelte die Oberschenkel. Als Jasmin L.        ihre Oberschenkel zusammenpresste und aufzustehen versuchte, hielt der Angeklagte sie fest, um die Innenseiten der Oberschenkel und den Genitalbereich des Mädchens über der Kleidung zu „begrapschen“. Denise D.        und Juliane F.        zerrten Jasmin L.        vom Angeklagten gegen dessen Widerstand weg. Die dem Angeklagten um 18.30 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration von 1,83 ‰.

6            Das Landgericht hat eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes verneint, weil dieser nicht habe erkennen können, dass Jasmin L.        noch nicht 14 Jahre alt war, und hat den Angeklagten der versuchten sexuellen Nötigung schuldig gesprochen. Es hat einen strafbefreienden Rücktritt verneint, weil der Angeklagte sein Vorhaben wegen des Eingreifens der Freundinnen des Tatopfers nicht habe zu Ende führen können.

7            Das Landgericht hat einen minder schweren Fall im Sinne des § 177 Abs. 5 StGB u.a. deshalb bejaht, weil die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten wegen seiner organischen Persönlichkeitsstörung als Folge seiner Alkoholab-

hängigkeitserkrankung erheblich vermindert gewesen sei. Es hat ferner von der Milderungsmöglichkeit gemäß §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB Gebrauch gemacht. Die Zubilligung der Versuchsmilderung sei vertretbar, auch wenn dem Angeklagten die weitere Tatausführung durch das Eingreifen der Freundinnen des Tatopfers unmöglich geworden sei. „Immerhin“ habe „der Angeklagte freiwillig von weiteren – auch verbalen – Zudringlichkeiten abgesehen“ .

8 Die Voraussetzungen des § 64 StGB für eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt hat das sachverständig beratene Landgericht verneint, weil eine weitere Therapie des Angeklagten "keinerlei" Erfolgsaussichten habe. Auch eine Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB komme nicht in Betracht. Zwar liege bei dem Angeklagten eine organische Persönlichkeitsstörung im Sinne eines überdauernden Zustandes vor. Die Anlasstat und die den Vorverurteilungen zu Grunde liegenden Taten rechtfertigen nach Auffassung des Landgerichts jedoch nicht die Annahme, dass von dem Angeklagten infolge seines Zustandes weitere erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind.

## II.

9 Revision des Angeklagten:

10 Die Revision des Angeklagten führt zur Aufhebung seiner Verurteilung wegen versuchter sexueller Nötigung und zur Aufhebung der Gesamtstrafe. Im Übrigen ist sein Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

11 Die Verurteilung wegen versuchter sexueller Nötigung hat keinen Bestand.

12 Durch die bisherigen Feststellungen ist zwar noch hinreichend belegt, dass der Angeklagte das Tatopfer zur Duldung intensiver, länger dauernder Berührungen der Innenseite seiner Oberschenkel und seines Genitalbereichs nötigen wollte. Solche Handlungen sind unter Berücksichtigung des hier gegebenen Handlungsrahmens (vgl. dazu BGH NStZ-RR 1999, 357), insbesondere der Äußerungen des Angeklagten gegenüber dem Tatopfer und dessen Freundinnen, als sexuelle Handlungen im Sinne des § 184 f Nr. 1 StGB zu werten.

13 Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet aber die Verneinung eines strafbefreienden Rücktritts des Angeklagten vom (unbeendeten) Versuch der sexuellen Nötigung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB. Ein solcher Rücktritt durch freiwilliges Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGHSt 39, 221, 228 m. w. N.). Ein fehlgeschlagener Versuch liegt jedoch dann nicht vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden einsatzbereiten Mitteln ohne zeitliche Zäsur noch vollenden kann (st. Rspr.; BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 228). Dies hat das Landgericht nicht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen. Denn die Urteilsausführungen zur Rücktrittsfrage weisen einen auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht aufzulösenden Widerspruch auf. Das Landgericht hat nämlich dem Angeklagten, obwohl es einen freiwilligen Rücktritt verneint hat, bei der Strafrahmenwahl gleichwohl zugute gehalten, „immerhin“ habe er „freiwillig von weiteren – auch verbalen – Zudringlichkeiten“ abgesehen.

14 Die danach gebotene Aufhebung der Verurteilung wegen versuchter sexueller Nötigung zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich.

### III.

15 Revision der Staatsanwaltschaft:

16 Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

17 Die Staatsanwaltschaft beanstandet zu Recht die Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus. Denn die Würdigung, auf die das Landgericht die für den Angeklagten günstige Gefährlichkeitsprognose stützt, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Sie ist lückenhaft und lässt deshalb die gebotene umfassende revisionsrechtliche Überprüfung der Würdigung der Persönlichkeit und der den Vorverurteilungen zugrunde liegenden Taten nicht zu.

18 Diese Würdigung durch das Landgericht beschränkt sich im Wesentlichen auf die Verurteilungen wegen exhibitionistischer Handlungen, Erregung öffentlichen Ärgernisses und wegen Beleidigung mit sexuellem Hintergrund. Soweit das Landgericht die der Verurteilung durch das Amtsgericht Bayreuth vom 30. Juni 2005 wegen Vollrausches zugrunde liegende Tat als nicht erheblich im Sinne des § 62 StGB ansieht, lässt es außer acht, dass die zum Nachteil einer Justizangestellten im dortigen Gerichtsgebäude begangene Rauschtat eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB war. Der Generalbundesanwalt beanstandet ferner zu Recht, dass die Verurteilung des Angeklagten durch das vorgenannte Urteil wegen gefährlicher Körperverletzung, die



der Angeklagte mittels einer Bierflasche beging, mit der er auf das Tatopfer einstach, nachdem sie nach einem Schlag auf dessen Kopf zerbrochen war, nicht in die Gesamtwürdigung einbezogen worden ist. Zudem lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, ob der Angeklagte diese Tat, was nach den bisherigen Feststellungen nahe liegt, ebenso wie die anderen den letzten Vorverurteilungen zugrunde liegenden Taten infolge seines „Zustandes“ begangen hat.

19           Soweit das Landgericht darauf verweist, dass mit Blick auf die nur geringfügige Gewaltanwendung bei der verfahrensgegenständlichen versuchten sexuellen Nötigung gegenüber den früheren Taten keine Steigerungstendenz zu erkennen sei, lässt es außer acht, dass die Anlasstat selbst grundsätzlich nicht erheblich sein muss (vgl. Fischer StGB 55. Aufl. § 63 Rdn. 3). Maßgeblich ist vielmehr, welche Taten künftig von dem Täter infolge seines Zustandes zu erwarten sind und ob diese erheblich im Sinne des § 63 StGB sind. Deshalb hätte es, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass der Angeklagte nach Auffassung des Sachverständigen „wohl in absehbarer Zeit“ in einer Einrichtung für chronisch abhängige Alkoholkranke untergebracht werden muss, der Mitteilung bedurft, zu welcher Einschätzung der Sachverständige hinsichtlich der Gefährlichkeit des Angeklagten gekommen ist.

#### IV.

20           Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass der für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderliche „überdauernde“ Zustand (vgl. BGHSt 34, 22, 27; BGHR StGB § 63 Zustand 38) näherer Darlegung bedarf. Jedenfalls genügt es nicht, mit dem Sach-

verständigen „die weiteren medizinischen Voraussetzungen des § 63 StGB“ zu bejahen.

- 21            Im Falle der erneuten Verurteilung im Fall II. 2. der Urteilsgründe und einer Anordnung auch der Maßregel nach § 63 StGB wird zu prüfen sein, ob im Hinblick darauf, dass der Angeklagte nunmehr unter Betreuung steht und die Möglichkeit einer vormundschaftsgerichtlich genehmigten Unterbringung des Angeklagten besteht, die Gesamtstrafe gemäß § 56 Abs. 1 StGB und damit auch die Maßregel gemäß § 67 b StGB zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

Maatz

Kuckein

Athing

Ernemann

Mutzbauer