

gesehen, da der Angekl. an dem bereits über 14-jährigen Jungen sexuelle Handlungen gegen dessen Willen und Abwehr durchgeführt und ihm dabei deutlich sichtbare und mit Schmerzen verbundene Verletzungen zugefügt habe. Es ist insoweit offenbar davon ausgegangen, dass der Angekl. die Manipulation an dem Penis des Angekl. [Geschädigten] mit Gewalt erzwungen hat.

[5] Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Feststellungen belegen nicht, dass der Angekl. Gewalt angewendet hat. Für diese Annahme wäre es erforderlich, dass der Angekl. physische Kraft entfaltet hat, um den als ernst erkannten oder erwarteten Widerstand des Opfers gegen die Vornahme sexueller Handlungen zu überwinden (*Senat*, Urt. v. 04.03.2015 – 2 StR 400/14, NStZ-RR 2015, 211; Beschl. v. 31.07.2013 – 2 StR 383/13, *BGHR StGB* § 177 Abs. 1 Gewalt 17 [= StV 2015, 300]). Dies lässt sich den Urteilsfeststellungen nicht entnehmen, die lediglich belegen, dass der Angekl. im Rahmen der Manipulation am Geschlechtsteil des Opfers physische Kraft entfaltet hat. Darüber hinausgehende Handlungen des Angekl. (zur möglichen Überwindung des Widerstandes durch den Jungen) sind nicht festgestellt. Auch kann nicht aus der Vornahme der sexuellen Handlung, bei der es zu Verletzungen am Geschlechtsteil gekommen ist, zugleich auf die Anwendung von (weitergehender) Gewalt geschlossen werden (vgl. *Senat*, Urt. v. 30.03.2016 – 2 StR 405/15, StV 2017, 42); insoweit ist auch das *LG* davon ausgegangen, dass die festgestellten Verletzungen allein durch die Manipulation am Penis, etwa durch einen Nagel, entstanden sind. Dass der Angekl. mit der sexuellen Handlung aber, die er vor dem Aufwachen des Opfers begonnen und – nachdem dieser sich auf den Bauch gedreht hatte – fortgesetzt hat, auch die für die Annahme von Gewalt erforderliche Zwangswirkung beim Opfer erzielen wollte, ist nicht dargetan (vgl. *Senat*, Urt. v. 04.03.2015 – 2 StR 400/14, NStZ-RR 2015, 211 zum Griff des Täters an einen Penis). Dies versteht sich auch nicht deshalb von selbst, weil der Junge sich nach den Feststellungen auf den Bauch gedreht hatte, um die Handlungen des Angekl. abzuwehren. Denn dies lässt nicht ohne Weiteres den Schluss zu, der Angekl. habe nunmehr mit seiner Manipulation am Penis des Geschädigten, die als sexuelle Handlung grundsätzlich von einer Gewaltanwendung als Nötigungshandlung zu unterscheiden ist (vgl. *Senat*, Urt. v. 30.03.2016 – 2 StR 405/15, StV 2017, 42), ausnahmsweise zugleich den Widerstand des Opfers überwunden und überwinden wollen. Dies gilt insbes. auch mit Blick darauf, dass den Urteilsgründen nicht zu entnehmen ist, wie es bei der Liegesituation des Jungen überhaupt zur Fortsetzung der Manipulation an seinem Geschlechtsteil gekommen sein soll.

[6] Die Sache bedarf deshalb neuer Verhandlung und Entscheidung. Dabei wird der neue Tatrichter auch die Möglichkeit einer Tateinheitlichen Verurteilung nach § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F., § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. in den Blick zu nehmen sowie ggf. im Rahmen der Prüfung des § 177 StGB zu erwägen haben, ob der Angekl. eine schutzlose Lage des Opfers zur Tatbegehung ausgenutzt hat (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F., § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB n.F.). [...]

Sexueller Missbrauch: anwendbares Recht

StGB §§ 177 n.F., 179 a.F., § 2 Abs. 3

Zur Frage des milderen Rechts gem. § 2 Abs. 3 StGB, nachdem § 179 StGB a.F. in § 177 StGB n.F. aufgegangen ist.

BGH, Beschl. v. 09.05.2017 – 4 StR 366/16 (LG Essen)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. unter Freisprechung im Übrigen wegen schweren sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen zu der Freiheitsstrafe von 3 J. 6 M. verurteilt. Mit seiner auf eine Verfahrensbeanstandung und die Sachrüge gestützten Revision wendet sich der Angekl. gegen seine Verurteilung. Das Rechtsmittel hat [einen Teilerfolg].

[2] **I.** Nach den Feststellungen kannte der Angekl. den 1972 geborenen Nebenkl., der unter einer leichten Intelligenzminderung leidet und schwerhörig ist, aus der Zeit seiner früheren Tätigkeit als Leiter einer Förderschule für geistige Entwicklung in M.

[3] Nachdem es anlässlich eines Schulfestes, an dem auch der Angekl. und ehemalige Schüler der Förderschule teilgenommen hatten, wieder zum Kontakt zwischen dem Angekl. und dem Nebenkl. und in der Folgezeit zu einem ohne sexuelle Interaktion verlaufenden Besuch des Angekl. beim Nebenkl. gekommen war, besuchte der Angekl. an einem nicht mehr näher eingrenzbaaren Tag zwischen 2010 und 2012 erneut den Nebenkl. in dessen Wohnung. Dort schauten beide Pornofilme mit heterosexuellen Handlungen. Der Angekl. fragte den Nebenkl. sinngemäß, ob er einen »Ständer« habe, worauf dieser nichts entgegnete. Anschließend fasste der Angekl. oberhalb der Kleidung an den Penis des Nebenkl., der daraufhin einmal »nein« sagte, der sexuellen Zielsetzung des Angekl. aber nichts Weiteres entgegenzusetzen vermochte. Der Angekl. forderte den geschockten und überrumpelten Geschädigten sodann auf, auch ihm an den Penis zu fassen, was der Nebenkl. auch tat. Nachdem sich beide im Wohnzimmer ausgezogen hatten, drang der Angekl. mit seinem Penis, über den er ein Kondom gestreift hatte, anal in den Nebenkl. ein. Danach führte der Nebenkl. auf Aufforderung des Angekl. den Oralverkehr bei diesem bis zum Samenerguss durch.

[4] Der Geschädigte wollte den Sexualkontakt nicht und empfand großen Ekel. Aufgrund seiner Intelligenzminderung i.V.m. den Persönlichkeitsbesonderheiten und der Deprivation bei Sozialkontakten war er nicht in der Lage, sich gegen die homosexuellen Handlungen des Angekl. zu wehren. Der Angekl., der – ausweislich der Ausführungen der *StRK* im Rahmen der Beweiswürdigung – wusste, dass der Geschädigte den sexuellen Kontakt nicht wollte, kannte die geistige Behinderung und Persönlichkeitsstruktur des Geschädigten sowie die ihm aus Sicht des Geschädigten zukommende Autoritätsstellung. Die Defizite des Nebenkl. nutzte er bewusst zur Tatbegehung aus.

[5] **II.** Die Verurteilung wegen schweren sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen nach § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 StGB in der bis 09.11.2016 geltenden Fassung kann nicht bestehen bleiben, weil im Revisionsverfahren nicht ausgeschlossen werden kann, dass die durch das 50. Gesetz zur Änderung des StGB – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 04.11.2016 (BGBl. I 2460) umgestaltete Vorschrift des § 177 StGB n.F. bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise gem. § 2 Abs. 3 StGB als milderes Recht Anwendung findet.

[6] **1.** Nach § 179 Abs. 1 StGB in der bis zum 09.11.2016 geltenden Fassung macht sich strafbar, wer eine Person, die aus den in der Norm näher genannten Umständen zum Widerstand unfähig ist, dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit sexuelle Handlungen an

ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Widerstandsunfähigkeit im Sinne dieser Vorschrift setzt nach der Rspr. des *BGH* voraus, dass das Tatopfer – wenn auch nur vorübergehend – gänzlich unfähig ist, einen zur Abwehr ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen. Die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit erfordert eine normative Entscheidung, die der Tatrichter auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung zu treffen hat, in welche auch das aktuelle Tatgeschehen und etwaige Beeinträchtigungen des Tatopfers durch die Tatsituation infolge Überraschung, Schreck oder Schock einzubeziehen sind (st. Rspr.; vgl. nur Urt. v. 15.03.1989 – 2 StR 662/88, *BGHSt* 36, 145 [147] [= StV 1989, 341]; Beschl. v. 23.09.1997 – 4 StR 433/97, NStZ 1998, 83 [= StV 1998, 658]; v. 23.11.2010 – 3 StR 410/10, NStZ 2011, 210 [= StV 2011, 225]; v. 10.08.2011 – 4 StR 338/11, NStZ 2012, 150 [= StV 2012, 538]; Urt. v. 05.11.2014 – 1 StR 394/14, NStZ-RR 2015, 44 [45]).

[7] Das *LG* ist – sachverständig beraten – aufgrund der gebotenen umfassenden Gesamtbetrachtung zu der Überzeugung gelangt, dass der Nebenkl. wegen seiner kognitiven Einschränkungen i.V.m. den weiteren Persönlichkeitsdefiziten und den besonderen Gegebenheiten der Tatsituation insoweit widerstandsunfähig war, als er zwar in der Lage war, einen den homosexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu artikulieren, diesen Willen jedoch gegenüber dem Angekl. bei der Tat nicht durchsetzen konnte. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Mit Blick auf die festgestellte anale und orale Penetration des Geschädigten hat die *StRK* ferner zutreffend die Qualifikation des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB a.F. bejaht und ist im Rahmen der Strafzumessung von einem minder schweren Fall des schweren sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen gem. § 179 Abs. 6 StGB a.F. ausgegangen.

[8] 2. Mit dem am 10.11.2016 in Kraft getretenen 50. Gesetz zur Änderung des StGB – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 04.11.2016 (BGBl. I 2460) hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 179 StGB a.F. aufgehoben und mit dem neu gefassten § 177 StGB n.F. eine einheitliche Strafnorm zur Erfassung sexueller Übergriffe auf Menschen mit und ohne Behinderung geschaffen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, 2, 21). Die neu gefasste Vorschrift des § 177 StGB n.F. enthält insbes. in den Abs. 1, 2 Nrn. 1 und 2 und Abs. 4 Nachfolgeregelungen zu § 179 StGB a.F., die hinsichtlich des geschützten Rechtsguts und der inkriminierten Angriffsrichtung unverändert geblieben sind und damit einen identischen Unrechtskern aufweisen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 StR 52/17).

[9] Da die Tatbestände des § 177 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB n.F. und die Qualifikationsnorm des § 177 Abs. 4 StGB n.F. ausschließlich an die Fähigkeit zur Bildung und Äußerung eines entgegenstehenden Willens anknüpfen, wird die nach altem Recht unter den Begriff der Widerstandsunfähigkeit subsumierte Unfähigkeit, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter zu realisieren, von diesen Vorschriften des neuen Rechts nicht erfasst (vgl. MK-StGB/*Renzikowski*, 3. Aufl., § 177 n.F. Rn. 60; *Fischer*, StGB, 64. Aufl., § 177 Rn. 59). Das Hinwegsetzen über den artikulierten entgegenstehenden Willen des Tatopfers unterfällt vielmehr unabhängig von

einer zustandsbedingten habituellen Unfähigkeit zur Durchsetzung dieses Willens lediglich dem Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F., der mit einem Strafrahmen von 6 M. bis zu 5 J. eine gegenüber § 179 Abs. 1 StGB a.F. deutlich niedrigere Strafandrohung enthält. Bei der Vornahme des Beischlafs oder ähnlicher sexueller Handlungen, die das Opfer besonders erniedrigen, insbes. wenn sie mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind, sieht das neue Recht in § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 J. vor.

[10] 3. 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 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. ab und kann daher vom *Senat* auf der Grundlage der bisherigen, sich hierzu nicht verhaltenden Urteilsausführungen nicht abschließend beurteilt werden. Bei Annahme eines besonders schweren Falls entsprechend dem Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. ist das neue Recht nicht milder und es verbleibt bei der Anwendung des § 179 StGB a.F., während sich bei einem Absehen von der Regelwirkung des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. das neue Recht für den Angekl. mit der Strafandrohung aus § 177 Abs. 1 StGB n.F. als günstiger darstellt, sodass es nach § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden ist. Da das *LG* von dem Normalstrafrahmen des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB a.F., der wie § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. Freiheitsstrafe von mindestens 2 J. vorsieht, abgewichen ist und einen minder schweren Fall gem. § 179 Abs. 6 StGB a.F. mit einem Strafrahmen von 1 J. bis zu 10 J. angenommen hat, kann der *Senat* nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, dass der Tatrichter bei Zugrundelegung des neuen Rechts die Regelwirkung des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB n.F. verneint hätte. [...]

Mitgeteilt von RA *Klaus Ulrich Ventzke*, Hamburg.

Finaler Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Taterfolg bei Vergewaltigung

StGB § 177 StGB a.F.; StPO § 267

Der finale Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Taterfolg kann bei der Vergewaltigung fehlen, wenn der Entschluss zum Geschlechtsverkehr erst nach einer Gewaltanwendung gefasst wird.

BGH, Beschl. v. 22.08.2017 – 3 StR 324/17 (LG Düsseldorf)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. wegen Körperverletzung und Vergewaltigung zu einer Einheitsjugendstrafe von 3 J. verurteilt. [...]

[2] Die auf die Sachrüge [der Revision des Angekl.] gebotene umfassende Überprüfung des Urt. hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben, soweit er wegen Körperverletzung verurteilt worden ist. Der Schuldspruch wegen Vergewaltigung stößt demgegenüber auf durchgreifende rechtliche Bedenken.

[3] 1. Nach den Feststellungen des *LG* hatten der Angekl. und die Nebenkl. ein Wochenende gemeinsam in der Wohnung der Neben-