

HRRS-Nummer: HRRS 2023 Nr. 27

Bearbeiter: Fabian Afshar

Zitiervorschlag: HRRS 2023 Nr. 27, Rn. X

**BGH 3 StR 324/22 - Beschluss vom 16. November 2022 (LG Kleve)**

**Sexueller Übergriff (Konkurrenzverhältnis des vollendeten sexuellen Übergriffs zur versuchten Vergewaltigung).**

**§ 177 StGB**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kleve vom 3. Juni 2022 im Schuldspruch dahin geändert, dass die Verurteilung wegen tateinheitlich begangener versuchter Vergewaltigung entfällt.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels und die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen, sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in zwei Fällen und sexuellen Übergriffs in Tateinheit mit versuchter Vergewaltigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen. Der Angeklagte beanstandet mit seiner Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg und ist im Weiteren unbegründet.

1. Nach den vom Landgericht zu dem letzten Fall getroffenen Feststellungen griff der Angeklagte der in ihrem Bett schlafenden Nebenklägerin von hinten in die Unterhose und versuchte, mit einem Finger in ihre Scheide einzudringen.

Auf dieser Grundlage ist der Schuldspruch wegen sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB ohne Rechtsfehler. Soweit die Revision geltend macht, für einen Vorsatz des Angeklagten mangle es an tatsächlichen Anhaltspunkten, ergibt sich der subjektive Tatbestand aus dem Zusammenhang sowohl der Feststellungen als auch der Beweiswürdigung. Insbesondere hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei die Einlassung des Angeklagten für widerlegt erachtet, der zufolge die Nebenklägerin bereits wach gewesen sei. Vor diesem Hintergrund hat es hier keiner ausdrücklichen Ausführungen dazu bedurft, dass er ihren Schlaf bemerkte.

Allerdings ist der Schuldspruch wegen einer tateinheitlich begangenen versuchten Vergewaltigung aufzuheben.

Der Generalbundesanwalt hat hierzu insgesamt ausgeführt:

"[...] die Verurteilung wegen sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB wegen der Tat im August 2019 begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Der Angeklagte hat ausgenutzt, dass die Nebenklägerin nicht in der Lage war, einen den sexuellen Handlungen des Angeklagten entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (vgl. zum Schlaf als einen die Ablehnungsfähigkeit ausschließenden Zustand BGH, Beschl. v. 20. Februar 2020 - 5 StR 580/19, BeckRS 2020, 3552; Urt. v. 24. September 1991 - 5 StR 364/91, BGHSt 38, 68 zu § 179 StGB a.F.; Fischer, StGB, 69. Aufl., § 177 Rn. 22).

Das Landgericht ist mit der ständigen Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 15. Juli 2020 - 6 StR 7/20, NStZ-RR 2020, 312; Beschl. v. 5. Juni 2018 - 2 StR 170/18, BeckRS 2018, 15168; Fischer, StGB, 69. Aufl., § 177 Rn. 147) davon ausgegangen, dass eine versuchte Vergewaltigung bei Vollendung des Grundtatbestandes des § 177 Abs. 1 StGB auf Grund des auch nach der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016 (BGBl. I, S. 2460) weiterhin als Strafzumessungsregel ausgestalteten § 177 Abs. 6 StGB (vgl. BGH, Beschl. v. 9. Januar 2018 - 3 StR 587/17, BeckRS 2018, 1502; BT-Drs. 18/9097, S. 28) nicht in Betracht kommt (UA S. 28). Dann ist aber auch keine Tenorierung als versuchte Vergewaltigung möglich, weshalb der Schuldspruch zu berichtigen ist."

Dem schließt sich der Senat an.

9

2. Die weitere Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat, wie vom Generalbundesanwalt näher dargelegt, keinen sonstigen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. 10

3. Angesichts des nur geringen Teilerfolgs der Revision ist es nicht unbillig, den Beschwerdeführer mit den gesamten durch sein Rechtsmittel entstandenen Kosten und Auslagen zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO). 11