

HRRS-Nummer: HRRS 2022 Nr. 601

Bearbeiter: Sina Aaron Moslehi/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2022 Nr. 601, Rn. X

### BGH 6 StR 150/22 - Beschluss vom 3. Mai 2022 (LG Potsdam)

**Anwendung des mildesten Gesetzes (Günstigkeitsvergleich; Anwendung des milderen Gesetzes stets in seiner Gesamtheit); Verfolgungsverjährung.**

§ 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

#### Leitsatz des Bearbeiters

**Die Auffassung, dass der Günstigkeitsvergleich des § 2 Abs. 3 StGB nur Bedeutung für die Strafzumessung hat, während der Schuldspruch sich nach dem Tatzeitrecht (§ 2 Abs. 1 StGB) richtet, trifft nicht zu. Vielmehr ist das mildere Gesetz stets in seiner Gesamtheit anzuwenden.**

#### Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 27. Oktober 2021

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte wegen Vergewaltigung in zwei Fällen und wegen sexueller Nötigung verurteilt ist,

b) im Strafausspruch zu Tat 3 der Urteilsgründe sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben; jedoch haben die zugehörigen Feststellungen Bestand.

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.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Teilfreispruch wegen Vergewaltigung in zwei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Körperverletzung, und wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision erzielt mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO). Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

1. Die Verfahrensrügen versagen entsprechend den Ausführungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts. Ergänzend bemerkt der Senat, dass das Landgericht auch im Blick auf die psychische Disposition des von der Verteidigung benannten Zeugen dessen - aus den Gründen des beanstandeten Beschlusses nicht durchführbare - persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung für unbedingt erforderlich und deswegen namentlich eine kommissarische Vernehmung für nicht ausreichend halten durfte. Gegen die Ablehnung des Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 5 StPO) ist daher rechtlich nichts zu erinnern.

2. Der Schuldspruch bedarf in zweifacher Hinsicht der Korrektur (§ 354 Abs. 1 StPO analog).

a) Das Landgericht hat den Angeklagten im Fall 1 der Urteilsgründe wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person nach der zur Tatzeit geltenden Vorschrift des § 179 Abs. 1 und 5 StGB aF verurteilt. Die Strafe hat es demgegenüber - insoweit rechtsfehlerfrei - der Vorschrift des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB nF als dem milderen Gesetz im Sinne von § 2 Abs. 3 StGB entnommen (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2017 - 4 StR 366/16, NStZ-RR 2017, 240, 241; vom 16. Mai 2017 - 3 StR 43/17, NStZ 2018, 33). Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass der Günstigkeitsvergleich des § 2 Abs. 3 StGB nur Bedeutung für die Strafzumessung hat, während der Schuldspruch sich nach dem Tatzeitrecht (§ 2 Abs. 1 StGB) richtet. Dies trifft jedoch nicht zu. Vielmehr ist das mildere Gesetz stets in seiner Gesamtheit anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 - 3 StR 314/13, NStZ 2014, 586, 587; Beschluss vom 14. Oktober 2014 - 3 StR 167/14 Rn. 30; MüKo-StGB/Schmitz, 4. Aufl., 2020, § 2 Rn. 29, 51). Dies ist vorliegend der (Vergehens-)Tatbestand der sexuellen Nötigung nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB, was im Schuldspruch zum Ausdruck zu bringen ist.

b) Ferner muss die tateinheitliche Verurteilung wegen (vorsätzlicher) Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB

betreffend Tat 3 der Urteilsgründe entfallen, weil insoweit Verfolgungsverjährung eingetreten ist. Die Tat wurde „im Herbst 2013“ begangen. Demgemäß war die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) im Zeitpunkt der Anzeigeerstattung am 30. Juli 2019 bereits abgelaufen.

3. Der Wegfall der Verurteilung wegen des Körperverletzungsdelikts entzieht dem Strafausspruch betreffend Tat 3 die Grundlage. Denn das Landgericht hat die tateinheitliche Verwirklichung mehrerer Straftatbestände ohne Einschränkungen straferschwerend berücksichtigt (UA S. 45). Angesichts dessen kann die Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten nicht bestehen bleiben. Da die Einsatzstrafe betroffen ist, lässt sich auch nicht ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender Bewertung eine noch geringere Gesamtfreiheitsstrafe verhängt hätte. Die Sache bedarf deshalb insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung. 6

Die zugehörigen Feststellungen werden durch den Rechtsfehler nicht berührt und können aufrechterhalten werden. Neue Feststellungen sind möglich, sofern sie den bestehenden nicht widersprechen. 7