

Titel:

Strafbarkeit des Stealthing – minder schwerer Fall

Normenkette:

StGB § 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1, Abs. 9

Leitsätze:

1. Das heimliche Abziehen eines Kondoms während des Geschlechtsverkehrs, das sog. „Stealthing“, mit anschließender Vornahme ungeschützter sexueller Handlungen verwirklicht regelmäßig den Tatbestand der sexuellen Nötigung gemäß § 177 Abs. 1 StGB. Dies gilt unabhängig davon, ob es dabei zu einem Eindringen in den Körper des Opfers und zu einer Ejakulation kommt. (Rn. 14)

2. Eine vollendete sexuelle Nötigung gemäß § 177 Abs. 1 StGB liegt auch dann vor, wenn der Täter nach dem Abstreifen des Kondoms erfolglos versucht hat, mit dem ungeschützten Glied in den Körper des Opfers einzudringen. Der Versuch, mit dem Opfer den Beischlaf zu vollziehen, kann im Einzelfall die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB erfüllen; dies kommt jedoch, weil es sich dabei um eine Strafzumessungsregel handelt, im Schuldspruch nicht als Versuch der Vergewaltigung zum Ausdruck (Anschluss an BGH, Beschl. v. 27. Mai 1998, 3 StR 204/98, NStZ 1998, 510, juris Rn. 4). (Rn. 18 und 40)

3. Liegen im Einzelfall mehrere strafmildernde Umstände vor, hat das Tatgericht zu prüfen, ob der Strafrahmen des minder schweren Falls gemäß § 177 Abs. 9 StGB anzuwenden ist. In die insoweit anzustellende Gesamtabwägung sind alle Umstände, die dem Einzelfall sein Gepräge geben, einzubeziehen. Dabei kann auch Berücksichtigung finden, dass bzw. in welchem Umfang die sexuellen Handlungen als solche im Einvernehmen stattfanden, ferner Art und Eingriffsintensität der absprachewidrig ohne Kondom vorgenommenen Handlungen. Kommt es weder zu einem Eindringen in den Körper des Opfers noch zu einer Ejakulation, und wird anschließend der Geschlechtsverkehr einverständlich ohne Kondom fortgesetzt, kann sich die gegen einen nicht vorbestraften Täter verhängte Freiheitsstrafe von einem Jahr als so unverhältnismäßig hoch erweisen, dass sie ein Eingreifen des Revisionsgerichts rechtfertigt. (Rn. 37 – 39 und 41)

Ein minder schwerer Fall liegt dann vor, wenn die mildernden Faktoren beträchtlich überwiegen. Zur Prüfung sind alle Umstände, die für die Wertung von Tat und Täter in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder folgen, im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu erörtern. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

mildernde Faktoren, überwiegen, beträchtlich, Gesamtwürdigung

Vorinstanzen:

LG München I, Urteil vom 18.11.2020 – 26 Ns 451 Js 103458/20

AG München, Urteil vom 30.07.2020 – 814 Cs 451 Js 103458/20

Fundstellen:

LSK 2021, 31633

BeckRS 2021, 31633

NStZ-RR 2022, 43

Tenor

I. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 18. November 2020 im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben.

II. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass der Schuldspruch im Urteil des Amtsgerichts München vom 30. Juli 2020 wie folgt lautet:

„Der Angeklagte ist schuldig des sexuellen Übergriffs“.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Strafkammer des Landgerichts München I zurückverwiesen.

Gründe

I.

1

Das Amtsgericht München hat den Angeklagten mit Urteil vom 30. Juli 2020 wegen sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

2

Die Berufungen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten hat das Landgericht München I mit Urteil vom 18. November 2020 als unbegründet verworfen.

3

Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts.

4

Die Generalstaatsanwaltschaft München beantragt mit Stellungnahme vom 2. Juni 2021, die Revision des Angeklagten kostenpflichtig als unbegründet zu verwerfen.

II.

5

Das - nach Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision - zulässige Rechtsmittel hat im Rechtsfolgenausspruch Erfolg. Die Erörterung der Frage, ob der geminderte Strafrahmen des § 177 Abs. 9 StGB wegen Vorliegens eines minder schweren Falls anzuwenden ist, erweist sich als fehlerhaft. Gleiches gilt für die Begründung der konkreten Strafbemessung.

6

Der Schuldspruch ist hingegen in der aus der Beschlussformel ersichtlichen berichtigten Fassung frei von Rechtsfehlern.

7

1. Die erhobene Verfahrensrüge ist unzulässig, denn sie entspricht nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

8

2. Die Revision des Angeklagten ist offensichtlich unbegründet, soweit sie sich mit der Sachrüge gegen den Schuldspruch richtet, jedoch mit der Maßgabe, dass dieser nicht auf „sexuelle Nötigung“, sondern auf „sexuellen Übergriff“ lautet. Einen weitergehenden durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten hat die Nachprüfung des Urteils nicht ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

9

a) Die Feststellungen des Berufungsurteils beruhen auf einer widerspruchsfreien und lückenlosen Beweiswürdigung. Insoweit wird auf die zutreffende und nicht ergänzungsbedürftige Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft München in ihrem Vorlageschreiben vom 2. Juni 2021 Bezug genommen.

10

b) Das Berufungsgericht kommt in den Urteilsgründen zu dem Schluss, das festgestellte Verhalten erfülle den Straftatbestand des „sexuellen Übergriffs im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB“ (UA S. 13), versäumt es aber, den Schuldspruch in der Urteilsformel entsprechend zu korrigieren. Rechtliche Ausführungen zur Subsumtion unter den Straftatbestand, dessen Verwirklichung durch die festgestellte Tathandlung sich jedenfalls nicht ohne weiteres von selbst versteht, finden sich im Urteil nicht.

11

Im Ergebnis bleibt der Schuldspruch ohne rechtliche Beanstandung. Den rechtsfehlerfrei gewonnenen Feststellungen lassen sich die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der strafbaren Handlung noch

entnehmen. Der Angeklagte hat vorsätzlich eine sexuelle Handlung an der Geschädigten gegen deren Willen im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB vorgenommen.

12

aa) Nach den Urteilsfeststellungen begaben sich am 7. Juni 2019, nach 02.30 Uhr, der Angeklagte und die später Geschädigte A., die sich am Tag zuvor kennengelernt hatten, in deren Wohnung. Nachdem die Geschädigte dem Angeklagten erklärt hatte, für sie komme Geschlechtsverkehr nur mit Kondom in Frage, vollzogen beide einvernehmlichen Geschlechtsverkehr unter Verwendung eines Kondoms, wobei es zum Samenerguss kam. Unmittelbar danach streifte der Angeklagte das Kondom ab, ohne dass die Geschädigte dies bemerkte, und versuchte mehrfach, mit seinem noch erigierten Penis in Kenntnis ihres entgegenstehenden Willens ohne Kondom vaginal in sie einzudringen. Als die Geschädigte die Entfernung des Kondoms bemerkte, forderte sie den Angeklagten auf, dies zu unterlassen. Dennoch versuchte er weiterhin, die Geschädigte zu penetrieren. Nach einiger Zeit gab die Geschädigte dem Drängen nach und sagte „OK“. Es kam dann zum vaginalen Geschlechtsverkehr ohne Verwendung eines Kondoms, der dann jedoch nach einigen Sekunden ohne Samenerguss abgebrochen wurde.

13

bb) Zutreffend hat das Landgericht lediglich das Geschehen nach dem von der Geschädigten unbemerkten Abstreifen des Kondoms durch den Angeklagten bis zu dem Zeitpunkt, als sie durch die Äußerung „OK“ und Einnahme einer entsprechenden Körperhaltung dem Angeklagten das Eindringen in ihre Vagina ohne Kondom ermöglichte, als strafrechtlich relevant angesehen, denn bis zum Abstreifen des Kondoms hatte einverständlicher geschützter vaginaler Verkehr stattgefunden, nach dem „OK“ einverständlicher ungeschützter Verkehr. Den Urteilsgründen lässt sich auch kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass dem Einverständnis mit der Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs ohne Kondom auf Seiten der Geschädigten Willensbeeinträchtigungen i.S.d. § 177 Abs. 2 StGB entgegengestanden haben könnten. Dass sie durch den Angeklagten bedrängt worden sein mag, steht ohne weitere Anhaltspunkte der Bildung ihres freien Willens nicht erkennbar entgegen.

14

cc) Nach überwiegender Auffassung, der sich der Senat anschließt, erfasst der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB grundsätzlich auch das absprachewidrige heimliche Abziehen eines Kondoms während des Geschlechtsverkehrs, das sog. „Stealthing“ (zum Begriff vgl. nur Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 177 Rn. 2c, 9b).

15

(1) § 177 Abs. 1 StGB in der seit 10. November 2016 geltenden Fassung, mit der die sog. „Nein heißt Nein-Lösung“ umgesetzt wurde, schützt das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung umfassend, ohne dass die Strafbarkeit wie in der zuvor geltenden Gesetzesfassung von einem Nötigungselement in Form von Gewalt, Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer dem Täter schutzlos ausgeliefert ist (vgl. § 177 Abs. 1 StGB i.d.F. bis 9. November 2016) abhängt. Jegliche sexuelle Handlung im Sinne der Begriffsbestimmung des § 184h Nr. 1 StGB gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person ist unter Strafe gestellt. Die sexuelle Selbstbestimmung umfasst die Freiheit, über Partner, Zeitpunkt, Form und Art sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden (vgl. Fischer, StGB, § 177 Rn. 2).

16

(2) Ob die Strafnorm auch das heimliche Abziehen eines Kondoms während des Geschlechtsverkehrs erfasst, wird kontrovers diskutiert. Von der überwiegenden Rechtsprechung und Meinung im Schrifttum wird dies grundsätzlich bejaht (KG, Beschluss vom 27. Juli 2020, (4) 161 Ss 48/20 (58/20), juris - jedenfalls für den Fall der Ejakulation in den Körper des bzw. der Geschädigten; OLG Schleswig, Urteil v. 19. März 2021, 2 OLG 4 Ss 13/21, juris - ohne die vorgenannte vom KG vorgenommene Einschränkung; El Ghazi, StV 2021, 314, 317 f.; Makepeace, KriPoZ 2021, 10, 12 f.; Hoffmann, NStZ 2019, 16, 17 f.; Hoven, NStZ 2020, 578, 580 f.; Fischer, StGB § 177 Rn. 2c, 9a; Renzikowski in Münchener Kommentar, StGB, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 51; Ziegler in BeckOK StGB, 50. Ed., Stand 1. Mai 2021, § 177 Rn. 9a; a.A. AG Kiel, Urt. v. 17. November 2020, 38 Ds 559 Js 11670/18, BeckRS 2020, 38969 aufgehoben von OLG Schleswig aaO.; Heger in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 177 Rn. 5 a.E.)

17

Der Senat teilt die Auffassung der herrschenden Meinung, die eine Strafbarkeit des Stealthing bejaht. § 177 Abs. 1 StGB dient, wie ausgeführt, umfassend dem Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung. Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine sexuelle Handlung dann strafbar, wenn sie dem erkennbaren Willen der anderen Person widerspricht. Sie ist daher nur dann durch ein tatbestandsmäßiges Einverständnis gedeckt, wenn die Grenze des Einverständnisses respektiert und nicht überschritten wird (vgl. Hoffmann a.a.O. S. 17). Die Auffassung, das Einverständnis i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB beziehe sich (lediglich) „auf die sexuelle Handlung“, deshalb reiche es für eine Strafbarkeit nicht aus, wenn der Wunsch nach Nutzung eines Kondoms ignoriert werde (so Herger a.a.O.), wird dem Schutzgut der Norm nicht gerecht. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass Geschlechtsverkehr ohne Kondom gegenüber Geschlechtsverkehr mit Kondom eine eigene und andere Qualität hat (vgl. OLG Schleswig a.a.O., juris Rn. 17). Dies kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, dass die Verwendung eines Kondoms beim Geschlechtsverkehr, gerade außerhalb von festen Partnerschaften, in der Öffentlichkeit unter dem gefestigten Ausdruck „Safer Sex“ beworben wird und in das öffentliche Bewusstsein eingedrungen ist. Das Interesse daran, sich vor Infektionen mit übertragbaren Krankheiten, sowie, bei weiblichen Sexualpartnerinnen, sich vor ungewollter Schwangerschaft zu schützen (vgl. OLG Schleswig a.a.O., KG a.a.O. juris Rn. 25 ff.; Renzikowski a.a.O. Rn. 51), wird häufig im Vordergrund bei der Willensentscheidung, nur mit Kondom geschlechtlich zu verkehren, stehen, aber auch weitere Motive sind denkbar. Die Bedingung der Verwendung eines Kondoms ist vor diesem Hintergrund konstitutiver Bestandteil des Einverständnisses mit der sexuellen Aktivität. Wird das Kondom entgegen der Absprache bzw. entgegen dem erkennbaren Willen heimlich entfernt, stellt dies eine erhebliche Abweichung von der konsentierten sexuellen Handlung dar. Nimmt der Täter ohne Wissen und Zustimmung des Opfers die sexuelle Handlung ohne Kondom vor, stellt dies eine erhebliche Missachtung dessen nach freiem Willen getroffenen Entscheidung dar und verwirklicht daher regelmäßig den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB.

18

dd) Der gegenständliche Fall weist indessen Besonderheiten auf, die ergänzender Erörterung bedürfen. Gegenüber den Sachverhalten, die den genannten gerichtlichen Entscheidungen (KG, OLG Schleswig, je aaO.) zugrunde lagen und von denen ersichtlich auch die eine Strafbarkeit befürwortenden zustimmenden Stellungnahmen im Schrifttum ausgehen (vgl. nur Hoven, aaO. S. 581: „Geschlechtsverkehr ohne Präservativ“; Makepeace, aaO. S. 12: „absprachewidrig ungeschätzte Penetration“), weist er die Abweichung auf, dass es nach dem Abstreifen des Kondoms nicht mehr zum heimlich ungeschützten Vollzug des Geschlechtsverkehrs kam, sondern der Angeklagte lediglich erfolglos versucht hat, mit seinem Glied ohne Kondom in den Körper der Geschädigten einzudringen. Gleichwohl hat ihn die Kammer nicht nur gemäß §§ 177 Abs. 3, 22 StGB wegen versuchten sexuellen Übergriffs bzw. versuchter Vergewaltigung verurteilt (zur Tatbezeichnung der Tatvariante des § 177 Abs. 6 StGB als Vergewaltigung, obgleich es sich lediglich um eine Strafzumessungsbestimmung handelt, vgl. BGH, Beschluss vom 18. April 2007, 2 StR 113/07, NStZ-RR 2007, 478), sondern wegen vollendeten sexuellen Übergriffs. Jedenfalls aufgrund der konkreten Umstände des Falls erkennt der Senat hierin nach den vorstehenden Maßgaben im Ergebnis keinen Rechtsfehler.

19

(1) Ausweislich der Feststellungen hatte die Geschädigte erklärt, dass „Geschlechtsverkehr“ für sie nur mit Kondom in Frage komme (UA S. 5).

20

Sowohl der natürliche Wortsinn des Begriffs „Geschlechtsverkehr“ als auch das aus der Gesamtheit der Urteilsgründe erkennbare Motiv der Geschädigten, sich mittels des Kondoms vor etwaigen „Sexualkrankheiten“ und vor Schwangerschaft zu schützen (UA S. 7) legen nahe, dass sie jedenfalls einem Eindringen mit dem Glied in ihren Körper nur bei Benutzung eines Kondoms zustimmen wollte. Zum Eindringen ohne Kondom ist es aber erst gekommen, als die Geschädigte damit ihr Einverständnis erklärt hatte; zuvor hatte der Angeklagte dies lediglich mehrfach „versucht“ (UA S. 5 f., S. 12).

21

(2) Dem Beschluss des KG, Beschluss vom 27. Juli 2020 ((4)161 Ss 48/20 (58/20), juris), lag eine Fallgestaltung zugrunde, in welcher der Täter das Opfer gegen dessen Willen in ungeschützter Form penetriert und in dessen Körper schließlich ejakuliert hatte (juris Rn. 2). Das Kammergericht bejaht eine - strafbare - Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Schutzes des Opfers vor Krankheiten und/oder Schwangerschaft

(„Gefährungsdimension“), sondern auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Sexualpartner durch die Missachtung seiner sexuellen Autonomie zu einem bloßen Objekt fremdbestimmten sexuellen Tuns herabgesetzt werde („Demütigungs- und Instrumentalisierungsfunktion“; juris Rn. 26). Das OLG Schleswig hatte mit Urteil v.

22

19. März 2021 (2 OLG 4 Ss 13/21, juris) über einen Fall zu entscheiden, in welchem nach dem heimlichen Entfernen des Kondoms durch den Täter eine Ejakulation zwar nicht festgestellt, es aber zur Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs gekommen war, und bejaht die „eigene und andere Qualität“ des Geschlechtsverkehrs ohne Kondom gegenüber Geschlechtsverkehr mit Kondom ebenfalls nicht ausschließlich mit dem Schutz vor Infektionen und Schwangerschaft, sondern auch mit dem Entfallen einer „weitere[n] Barriere gegenüber Intimität“ (juris Rn. 17).

23

(3) Der Senat kann anhand der getroffenen Feststellungen beurteilen, dass bereits die sexuellen Handlungen für sich gesehen, die der Angeklagte mit dem Ziel vornahm, ohne Kondom in die Vagina der Geschädigten einzudringen, gegen deren tatsächlichen und auch für ihn erkennbaren und erkannten Willen stattfanden, und dass diese rechtlich als sexueller Übergriff einzuordnen sind.

24

(i) Soweit der Angeklagte „ohne Kondom mit erigiertem Glied immer wieder durch mindestens Anstoßen an den vaginalen Bereich der Geschädigten“ versucht hat, in sie einzudringen (UA S. 6, 12) handelt es sich, was keiner näheren Erörterung bedarf, um sexuelle Handlungen im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB. Da es sich bei der weiblichen Vagina anatomisch um eine innere Struktur handelt, die Berufungskammer jedoch gerade kein Eindringen mit dem Penis festgestellt hat, legt der Senat die Beschreibung dahin aus, dass der Angeklagte mit seinem ungeschützten Penis zumindest an den äußeren Genitalbereich der Geschädigten angestoßen ist.

25

(ii) Diese Handlungen waren nicht vom Einverständnis der Geschädigten gedeckt.

26

Erklärt eine Sexualpartnerin, dass sie mit dem Geschlechtsverkehr nur unter Benutzung eines Kondoms einverstanden sei, versteht es sich zunächst nicht ohne weiteres von selbst, dass damit bereits jeglicher willentliche Kontakt des ungeschützten männlichen Glieds mit ihrem Genitalbereich, das im Rahmen eines sich dynamisch entwickelnden sexuellen Gesamtgeschehens stattfindet, ihren freien Willen in der Weise verletzt, dass eine vollendete strafbare Handlung vorliegt. Unter welchen weiteren Voraussetzungen dies in Betracht kommt, muss der Senat nicht allgemein entscheiden, bejaht aber jedenfalls für den im Berufungsurteil festgestellten Tathergang einen vollendeten und nicht lediglich versuchten strafbaren sexuellen Übergriff im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB.

27

Zunächst unterliegt es keinem Zweifel, dass die Penetrationsversuche des Angeklagten nach der ausdrücklichen Aufforderung der Geschädigten, dies zu unterlassen (UA S. 6), sexuelle Handlungen darstellten, die gegen ihren Willen stattfanden. Die Äußerung bezog sich nach dem Kontext klar ersichtlich nicht nur darauf, eine Penetration zu unterlassen, solange der Angeklagte kein Kondom angelegt habe, sondern bereits auf die von ihm mit diesem Ziel unternommenen Versuche als solche.

28

Der Senat beurteilt die mehrfach versuchte Penetration vor dieser Äußerung, ohne dass die Geschädigte bemerkt hatte, dass der Angeklagte das Kondom abgestreift hatte, und welche die Berufungskammer jedenfalls im Rahmen der Strafzumessungserwägungen erschwerend gewürdigt hat (UA S. 14), im Ergebnis nicht anders. Es würde einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten, wollte man den Versuch der Penetration ohne Kondom als noch konsentiert ansehen und erst das Eindringen als solches als vom Willen der Geschädigten nicht mehr getragen. Hatte die Geschädigte den Geschlechtsverkehr im Sinne eines Eindringens in ihren Körper ausdrücklich von der Benutzung eines Kondoms abhängig gemacht, dann war sie, wie auch ihre spätere verbale Reaktion bestätigt, geradezu zwangsläufig auch bereits mit solchen sexuellen Handlungen, die unmittelbar auf ein solches ungeschütztes Eindringen gerichtet waren, nicht einverstanden, zumal es nur von zufälligen körperlichen Umständen wie der

eingenommenen Körperposition oder dem Grad der Erektion abhängt, ob die Penetration gelingt. Es kann angesichts der festgestellten Gesamtumstände zudem kein Zweifel bestehen, dass auch dem Angeklagten bewusst war, sexuelle Aktivitäten gegen den Willen der Geschädigten zu entfalten.

29

Im konkreten Fall kommt, das gefundene Ergebnis lediglich noch unterstützend, hinzu, dass der Angeklagte unmittelbar vor seinen Tathandlungen das Kondom nach einem stattgefundenen Samenerguss abgezogen hatte. Wie festgestellt, wollte sich die Geschädigte durch die Verwendung eines Kondoms jedenfalls vor Ansteckung mit einer Krankheit und vor einer Schwangerschaft schützen. Wie allgemein bekannt ist und deshalb keiner weiteren Aufklärung bedarf, können nach einem Samenerguss nach Entfernung des Kondoms am Penis Reste von Körperflüssigkeiten verbleiben, die selbst bei nur äußerlichem Kontakt mit dem Genitalbereich einer Frau über deren Schleimhäute in das Körperinnere vordringen können, was das Risiko im Hinblick auf beide genannten Gefahren erhöht.

30

Ob sich bei der vorliegenden Fallgestaltung, bei der es weder zu einer Penetration noch zu einer Ejakulation in den Körper der Geschädigten gekommen ist, die Strafbarkeit der absprachewidrig ohne Kondom ausgeführten sexuellen Handlung auch durch eine davon ausgehende besondere Demütigungs- und Instrumentalisierungswirkung begründen lässt, wie sie das Kammergericht (Beschluss vom 27. Juli 2020, (4)161 Ss 48/20 (58/20), juris Rn. 26) für den dort entschiedenen Fall angenommen hat, bedarf angesichts der genannten Umstände, die die Strafbarkeit auch unter Berücksichtigung dieses Aspekts begründen, keiner Erörterung mehr. Der Grad einer eventuellen Demütigung der Geschädigten und deren Instrumentalisierung zur Befriedigung der eigenen Lust kann indessen im Rahmen der Strafzumessung eine Rolle spielen.

31

(4) Das Landgericht hat damit im Ergebnis rechtlich zutreffend das festgestellte Verhalten des Angeklagten als vollendeten sexuellen Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB gewertet (UA S. 13) und auch als solchen mit der Gesetzesüberschrift zutreffend bezeichnet.

32

(i) Soweit es im Urteilsausspruch die Berufung des Angeklagten verworfen hat, ohne die unzutreffende Bezeichnung des Schuldspruchs durch das Amtsgericht als „sexuelle Nötigung“ zu ändern, die nur dann vorläge, wenn die Tatvariante des § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB erfüllt wäre, kann der Senat die erforderliche Berichtigung selbst vornehmen, denn es handelt sich um ein offensichtliches Versehen, dessen Berichtigung sich zudem lediglich zugunsten des Angeklagten auswirkt (vgl. MeyerGoßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. 2021, § 354 Rn. 33).

33

(ii) Soweit die Berufungskammer, obwohl die Handlungen des Angeklagten auf ein Eindringen in den Körper der Geschädigten gerichtet waren, davon abgesehen hat, den Angeklagten der versuchten Vergewaltigung schuldig zu sprechen, ist dies unabhängig davon, ob die Regelvermutung des insoweit einschlägigen § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB vorliegend eingreifen würde, denn es handelt sich, wie bereits ausgeführt (vorstehend dd.) um eine bloße Strafzumessungsnorm. Erfüllt die inkriminierte Handlung für sich bereits den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB, kommt nur diese im Schuldspruch zum Ausdruck (BGH, Beschluss vom 27. Mai 1998, 3 StR 204/98, NStZ 1998, 510).

34

3. Im Hinblick auf den Rechtsfolgenausspruch hat die Revision hingegen mit der erhobenen Sachrüge Erfolg. Die Ausführungen des Landgerichts zur Strafzumessung halten sachlichrechtlicher Überprüfung nicht stand.

35

a) Wie die Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme zutreffend hervorhebt, ist die Strafzumessung grundsätzlich Sache des Tatrichters. Allein ein durchgreifender Rechtsfehler ermöglicht dem Revisionsgericht ein Einschreiten.

36

Das Tatgericht ist nicht zu einer erschöpfenden Aufzählung aller Strafzumessungsfaktoren, sondern lediglich dazu verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafbemessung bestimmenden Gründe

darzulegen (BGH, Urteil v. 2. März 2017, 4 StR 196/16, NStZ-RR 2017, 200). Zudem entscheidet es unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls selbst, was als wesentlicher Strafzumessungsgrund anzusehen ist (BGH aaO.; Urteil v. 16. Juni 2021, 6 StR 127/21, BeckRS 2021, 17542).

37

b) Auch bei Anlegung dieses begrenzten Prüfungsmaßstabs begegnen die Urteilsgründe zur Strafrahmenbestimmung durchgreifenden Bedenken. Das Landgericht hat einen minderschweren Fall nach § 177 Abs. 9 rechtsfehlerhaft verneint.

38

(1) Ein minderschwerer Fall liegt dann vor, wenn die mildernden Faktoren beträchtlich überwiegen. Zur Prüfung sind alle Umstände, die für die Wertung von Tat und Täter in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder folgen, im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu erörtern (st. Rspr.; vgl. Fischer StGB § 46 Rn. 85 m.N.).

39

(2) Die Annahme eines minderschweren Falls hat die Kammer lediglich mit Hinweis darauf verneint, dass es zu „mehrfachem Kontakt des erigierten Penis des Angeklagten mit dem Vaginalbereich ...“ gekommen sei (UA S. 20). Dies lässt die zur Bestimmung des Strafrahmens gebotene Gesamtabwägung vermissen. Der Senat kann auch unter Berücksichtigung der weiteren, insgesamt äußerst knappen Erwägungen zur konkreten Strafzumessung nicht nachvollziehen, welche weiteren Faktoren das Gericht bewogen haben, von der Anwendung des Regelstrafrahmens des § 177 Abs. 1 StGB auszugehen, denn die Ausführungen zur Festsetzung der Strafhöhe enthalten ihrerseits ausschließlich strafmildernde Faktoren wie eine alkoholbedingte Enthemmung, eine Entschuldigung des Angeklagten, seine teilgeständige Einlassung sowie das Fehlen nachteiliger Folgen für die Geschädigte.

40

Das Berufungsgericht hat weder diese von ihm selbst benannten mildernden Faktoren noch weitere mildernde Umstände, die sich nach dem festgestellten Tathergang aufdrängen, bei der Strafrahmenwahl berücksichtigt. So war in die Gesamtwürdigung maßgebend einzubeziehen, dass es nicht zu einer vollständigen oder teilweisen Penetration ohne Kondom gegen den Willen der Geschädigten gekommen ist. Gerade der vollzogene Geschlechtsverkehr hätte die laut den Urteilsgründen von ihr selbst genannten und abzuwendenden Risiken einer Schwangerschaft und einer etwaigen Ansteckung aber erst beträchtlich erhöht. Dem Erfordernis, dies bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigen, steht angesichts der Besonderheiten des Falls auch nicht entgegen, dass im Falle des Vollzugs des absprachewidrig ungeschützten Geschlechtsverkehrs die Annahme eines besonders schweren Falls durch Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB in Betracht gekommen wäre, und das Fehlen strafscharfender Umstände grundsätzlich nicht strafmildernd zu berücksichtigen ist. Die Anwendung des Strafrahmens des § 177 Abs. 5 auf Fallkonstellationen, in denen eine Penetration nach heimlich entferntem Kondom stattfindet, ist nämlich ihrerseits keineswegs zwingend; es bedarf vielmehr auch insoweit einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls, bejahendenfalls wiederum der Prüfung eines minderschweren Falls gemäß § 177 Abs. 9 StGB (vgl. dazu AG Tiergarten, Urteil v. 11. Dezember 2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), juris Rn. 42; Hoffmann, NStZ 2019, 16, 18; Hoven, NStZ 2020, 578, 584; Makepeace KriPoZ 2021, 10, 14).

41

Ferner hat das Berufungsgericht bei der gebotenen Abwägung nicht berücksichtigt, dass die sexuellen Handlungen als solche in beiderseitigem Einvernehmen stattfanden, und dass die Geschädigte schließlich zeitlich in unmittelbarem Anschluss an die Versuche des Angeklagten, ungeschützten Geschlechtsverkehr durchzuführen, mit einem solchen einverstanden war und dem Angeklagten die Penetration ermöglichte, sowie, dass der in dieser Form durchgeführte Geschlechtsakt schließlich nach einigen Sekunden wieder beendet wurde, und es weder im Körper der Geschädigten noch außerhalb zu einer weiteren Ejakulation kam.

42

Gewichtet man diese Umstände, ergibt sich ein so eindeutiges Überwiegen der mildernden Faktoren, dass die Wahl des Regelstrafrahmens des § 177 Abs. 1 StGB mit einer angedrohten Mindeststrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe nicht mehr nachvollziehbar erscheint.

43

c) Ergänzend bemerkt der Senat, dass auch die Begründung der konkreten Strafbemessung innerhalb des gewählten Regelstrafrahmens durchgreifende Begründungsmängel aufweist. Sie ist zudem im Ergebnis unvertretbar hoch, so dass das Eingreifen des Revisionsgerichts ausnahmsweise zulässig und erforderlich ist.

44

(1) Die vom Landgericht angeführten Gründe für die verhängte Freiheitsstrafe tragen selbst dann, wenn man wie das Gericht vom Strafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB ausgeht, deren Höhe nicht. Neben dem zu Lasten des Angeklagten angeführten Umstand, dass er mehrfach mit seinem Penis den Genitalbereich der Geschädigten berührt habe - wobei u.a. offen bleibt, wie intensiv sich dieses „Anstoßen“ gestaltete und über welche Zeitdauer es sich erstreckte - nennen die Urteilsgründe, wie schon ausgeführt, lediglich noch erhebliche strafmildernde Gesichtspunkte, zudem ohne die sich aufdrängenden weiteren mildernden Faktoren zu berücksichtigen. Für die festgesetzte Freiheitsstrafe von einem Jahr, die die von § 177 Abs. 1 StGB vorgesehene Mindeststrafe von 6 Monaten deutlich übersteigt, fehlt es damit an einer tragfähigen und für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Begründung.

45

(2) Unabhängig von der lückenhaften Begründung steht die Höhe der verhängten Strafe, ein Jahr Freiheitsstrafe, auch im Ergebnis nicht mehr in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Angeklagten. Die Strafe ist auch unter Berücksichtigung des von der Kammer angeführten strafscharfenden Gesichtspunkts angesichts der vorstehend aufgezeigten Umstände unverhältnismäßig hoch und bereits deshalb vom Revisionsgericht aufzuheben (vgl. dazu nur Fischer, StGB, § 46 Rn. 148).

46

d) Der Rechtsfolgenausspruch unterliegt daher der Aufhebung nach § 349 Abs. 4, 353 Abs. 1 StPO. Die Voraussetzungen des § 354 Abs. 1a, unter denen das Revisionsgericht auf eine angemessene Strafe erkennen könnte, liegen nicht vor. Die Sache muss daher gem. § 354 Abs. 2 Satz 1 StPO an eine andere Strafkammer des Landgerichts München I zur Entscheidung über die festzusetzenden Rechtsfolge zurückverwiesen werden.

47

Die zugrunde liegenden rechtsfehlerfrei zustande gekommenen Feststellungen können aufrecht erhalten bleiben; ergänzende Feststellungen, soweit sie für die Strafbemessung von Bedeutung sind und zu den bindenden Feststellungen nicht in Widerspruch treten, sind zulässig.

48

e) Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass der Tatrichter auch der Frage nachzugehen haben wird, ob, bei der gebotenen Annahme eines minderschweren Falls nach § 177 Abs. 9 StGB, bei entsprechend niedriger Strafhöhe die Voraussetzungen der Verhängung einer Freiheitsstrafe nach § 47 Abs. 2 StGB vorliegen, oder ob, was nach den bisherigen Feststellungen naheliegt, nur die Verhängung einer Geldstrafe in Betracht kommt.