



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 401/12

vom
11. April 2013
in der Strafsache
gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 11. April 2013 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 19. April 2012
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Vergewaltigung und in einem Fall in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung sowie wegen Verbreitens kinderpornografischer Schriften und wegen Besitzes kinderpornografischer Schriften verurteilt ist;
 - b) mit den Feststellungen aufgehoben
 - aa) im Strafausspruch in den Fällen II. 4-15 der Urteilsgründe,
 - bb) im Gesamtstrafenausspruch,
 - cc) soweit die Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung, in einem Fall zudem in Tateinheit mit Vergewaltigung sowie wegen des Verbreitens kinderpornografischer Schriften in 12 Fällen und des Besitzes kinderpornografischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge den aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.
- 2
 1. Der Schuldspruch war dahin zu ändern, dass der Angeklagte (nur) im Fall II. 3 der Urteilsgründe tateinheitlich mit dem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt ist. In den Fällen II. 1 und 2 der Urteilsgründe entfällt mit Rücksicht auf die Tatzeiten (Sommer 2004) und die erste, die Verjährung unterbrechende Maßnahme (Durchsuchungsbeschluss am 4. Dezember 2009; § 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB) die Verurteilung wegen tateinheitlicher Körperverletzung, da insoweit Verfolgungsverjährung eingetreten ist (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB).
- 3 Dass der Angeklagte das Rechtsmittel hinsichtlich des Schuldspruchs auf Fall II. 1 der Urteilsgründe beschränkt hat, steht der Schuldspruchänderung im Fall II. 2 nicht entgegen, da der Senat das Prozesshindernis der Verjährung von Amts wegen zu prüfen hat (vgl. BGH wistra 2003, 382).

- 4 Einer Aufhebung des Strafausspruchs bedarf es insoweit nicht. Der Senat schließt aus, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Würdigung der Verfolgungsverjährung in den beiden Fällen geringere Einzelstrafen verhängt hätte.
- 5 2. Darüber hinaus war der Schuldspruch dahin zu ändern, dass sich der Angeklagte nur wegen des Verbreitens kinderpornografischer Schriften in einem Fall schuldig gemacht hat. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist für die Anzahl der dem Angeklagten vorzuwerfenden Taten nicht darauf abzustellen, dass an 12 Tagen und damit wie vom Landgericht angenommen in 12 Fällen beliebige Teilnehmer einer Tauschbörse auf die auf seinem Rechner bereit gestellten kinderpornografischen Filmdarstellungen zugreifen konnten. Vielmehr besteht die - eine - dem Angeklagten zuzurechnende Tat handlung des "Verbreitens" im Sinne von § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB darin, dass er auf seinem PC den "Client" der Tauschbörse installierte, die den Zugriff Dritter auf die Dateien ermöglichte.
- 6 Der Schuldspruchänderung steht die Beschränkung des Rechtsmittels hier nicht entgegen. Der mit der Revision insoweit allein angegriffene Strafausspruch kann nicht losgelöst von der vom Landgericht abweichenden rechtlichen Einordnung der Strafbarkeit des Angeklagten als nur eine Tat im Rechtssinne beurteilt werden. Die Rechtsmittelbeschränkung ist daher unwirksam.
- 7 Die Änderung des Schuldspruchs hat die Aufhebung des Strafausspruchs in den Fällen II. 4-15 zur Folge. Der neue Tatrichter wird für das Verbreiten kinderpornografischer Schriften nur noch eine Einzelstrafe festzusetzen haben. Damit hat auch der Gesamtstrafenausspruch keinen Bestand. Der Senat kann mit Rücksicht darauf, dass das Landgericht in den genannten Fällen jeweils Einzelstrafen von fünf Monaten verhängt hat, nicht ausschließen,

dass es bei zutreffender Bewertung als eine Tat im Rechtssinne zu einer niedrigeren Gesamtstrafe gelangt wäre.

8 3. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat für seinen Maßregelausspruch im Ansatz zutreffend § 66 Abs. 2 StGB i.V.m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB in der für Anlasstaten, die bis zum 31. Dezember 2010 begangen wurden, gemäß Art. 316e Abs. 1 Satz 2 EGStGB geltenden Fassung herangezogen, die aufgrund der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2365/09 u.a., BVerfGE 128, 326, 404 ff.) in eingeschränktem Umfang weiter anwendbar sind.

9 Indes liegt die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach der Vorschrift des § 66 Abs. 2 StGB im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Das Urteil muss erkennen lassen, dass und aus welchen Gründen das Gericht von seiner Entscheidungsbefugnis in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat. Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Eine ausdrückliche Ausübung des Ermessens ist den schriftlichen Urteilsgründen, die auf die Begründung der hangbedingten Gefährlichkeit des Angeklagten im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB zugeschnitten sind, nicht zu entnehmen. Soweit die Kammer zusammenfassend unter Hinweis auf die Persönlichkeitsstruktur des Angeklagten, die bei ihm vorhandene Pädophilie sowie die fehlende Auseinandersetzung mit seiner Delinquenz ein milderes Mittel als die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung verneint, benennt es zwar Umstände, die auch bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen wären. Jedoch fehlt es insoweit an der Auseinandersetzung mit Gesichtspunkten, die der Maßregelentscheidung entgegenstehen könnten. So lassen die Urteilsgründe nicht erkennen, ob der Tatrichter bei der Ausübung sei-

nes pflichtgemäßen Ermessens erwogen hat, dass der letzte Übergriff des Angeklagten mehrere Jahre zurückliegt.

- 10 Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Ermessensausübung zum Wegfall der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung führt. Ihm ist es grundsätzlich verwehrt, die fehlende Ermessensentscheidung des Tatrichters zu ersetzen.

Becker

Fischer

Appl

Schmitt

Krehl