



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

4 StR 578/18

vom

9. Mai 2019

in der Strafsache

gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 9. Mai 2019,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Sost-Scheible,

Richter am Bundesgerichtshof
Cierniak,
Bender,
Dr. Quentin,
Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Bartel
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof
als Vertreterin des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwältin – in der
Verhandlung –
als Verteidigerin,

Rechtsanwältin
als Vertreterin des Nebenklägers,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 6. August 2018 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit von der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung oder deren Vorbehalt abgesehen worden ist.
2. 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.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten „wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in 14 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Vergewaltigung, mit Zwangsprostitution und mit Herstellen kinderpornographischer Schriften, in drei Fällen davon in Tateinheit mit Zwangsprostitution, in zwei Fällen davon in Tateinheit mit Herstellen kinderpornographischer Schriften, in drei Fällen davon in Tateinheit mit Zwangsprostitution und mit Körperverletzung, in einem Fall davon in Tateinheit mit Herstellen kinderpornographischer Schriften und mit Zwangsprostitution, sowie wegen Anstiftung zum schweren sexuellen Missbrauch von Kindern in Tateinheit mit Anstiftung zum Herstellen kinderpornographischer Schriften“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt. Darüber hinaus hat es ihn zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verurteilt. Von der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung oder deren Vorbehalt hat das Landgericht abgesehen.

2 Die Staatsanwaltschaft wendet sich nach Teilrücknahme mit ihrer zuungunsten des Angeklagten eingelegten und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision gegen die unterlassene Maßregelanordnung.

3 Das wirksam beschränkte und vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

I.

4 Nach den Feststellungen nahm der an einer Sexualpräferenzstörung in Form einer Pädophilie leidende Angeklagte Kontakt zu C. L. auf, der den acht Jahre alten Sohn seiner Lebensgefährtin im Darknet gegen Entgelt zum sexuellen Missbrauch anbot. Im Zeitraum von September 2016 bis August 2017 missbrauchte der Angeklagte das Kind in 14 Fällen, indem er es zu verschiedenen sexuellen Handlungen einschließlich der Vornahme des Oralverkehrs und der Duldung des Analverkehrs veranlasste, wobei er es in einem Fall maskierte, ihm in einigen Fällen Schläge auf das Gesäß versetzte und in mehreren Fällen Fotos sowie in zwei Fällen ein Video des Missbrauchsgeschehens anfertigte. In sämtlichen Fällen zahlte der Angeklagte erhebliche Geldbeträge an die Mutter des Kindes und deren Lebensgefährtin, C. L., um es missbrauchen zu können.

5 Darüber hinaus beauftragte der Angeklagte in einem Fall C. L., das Kind zu missbrauchen und das Missbrauchsgeschehen, in dessen Verlauf das Kind auf Wunsch des Angeklagten auch geschlagen wurde, zu filmen. Anschließend ließ er sich die Aufnahme schicken.

6 Bei sämtlichen Taten war dem Angeklagten bewusst, dass das Kind erhebliche psychische Schäden, zumindest in Form einer tiefgreifenden Störung der Sexualentwicklung, davontragen könne; dies nahm er billigend in Kauf.

II.

7 Die auf die Ablehnung der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung in jeder in Betracht kommenden Form beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

8 1. Die Revisionsbeschränkung auf den Maßregelausspruch ist wirksam. Weder aus den Strafzumessungserwägungen noch aus den Erwägungen zur unterbliebenen Maßregelanordnung ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass das Landgericht zwischen beiden Entscheidungen einen Zusammenhang hergestellt hat, der eine getrennte Prüfung beider Rechtsfolgen – ausnahmsweise – ausschliesse (vgl. etwa BGH, Urteile vom 29. November 2018 – 3 StR 300/18; vom 10. Oktober 2018 – 5 StR 202/18; vom 24. Mai 2018 – 4 StR 643/17, NStZ-RR 2018, 305, 306 mwN; vom 22. Oktober 2015 – 4 StR 275/15, NStZ 2016, 337, 338).

9 2. Die Ablehnung der Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66 Abs. 3 StGB) bzw. deren Vorbehalt (§ 66a Abs. 2 StGB) hat keinen Bestand.

10 Das Landgericht hat die formellen Voraussetzungen für die fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB rechtsfehlerfrei bejaht. Der Angeklagte wurde wegen fünfzehn Taten der in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB bezeichneten Art jeweils zu Freiheitsstrafen zwischen zwei

Jahren sechs Monaten und sechs Jahren verurteilt. Die Begründung, mit der das sachverständig beratene Landgericht die Annahme (§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB i.V.m. § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB) bzw. die Wahrscheinlichkeit (vgl. § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB) eines Hangs im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB abgelehnt hat, hält hingegen revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat die Prüfung der Hangtäterschaft mit Elementen der Gefahrenprognose vermischt und sich dadurch den Blick für die im Rahmen der Hangtäterschaft erforderliche umfassende Vergangenheitsbetrachtung der Persönlichkeit des Angeklagten und der von ihm begangenen Taten verstellt.

- 11 a) Das Landgericht hat im Rahmen der Prüfung der Hangtäterschaft Risikofaktoren und prognostisch günstige Umstände einander gegenübergestellt. Als Risikofaktoren hat es berücksichtigt, dass der Angeklagte an einer zeitlich überdauernden homosexuellen Pädophilie in ausschließlicher Form leidet, woraus ein „hohes Rückfallrisiko“ resultiere. Darüber hinaus sei die Pädophilie um aggressive Sexualinteressen unklarer Ausprägung erweitert. Als Risikofaktor hat das Landgericht die erhebliche Anzahl der Taten sowie den Umstand berücksichtigt, dass der Angeklagte die Übergriffe auf das Tatopfer in einen von Förderung getragenen Geschehensablauf umgedeutet und die Konfrontation mit dem Leid des Kindes nicht dazu geführt habe, dass der Angeklagte von weiteren Taten abgesehen habe. Berücksichtigt wurde auch, dass der Angeklagte im Jahr 2007 in Spanien mehrere Monate Untersuchungshaft wegen Tatvorwürfen „im Zusammenhang mit kinderpornographischem Material“ verbüßte und aufgrund seiner hohen beruflichen und sozialen Kompetenzen sowie seiner besonderen Kenntnisse im IT-Bereich besonders dazu befähigt sei, seine devianten Sexualinteressen auch in Zukunft wieder umzusetzen. Als Risikofaktor für eine erneute Straffälligkeit hat das Landgericht auch berücksichtigt, dass der Angeklagte im Darknet möglicherweise „in ein grenzüberschreitendes Netzwerk

eingebunden“ gewesen sei und den Tausch kinderpornographischen Materials betrieben habe.

12 Diesen Risikomerkmale stünden jedoch auch zahlreiche „im Sinne einer langfristig positiven Legalprognose“ günstige Faktoren gegenüber. Der Angeklagte sei „grundsätzlich rechtstreu“. Die von ihm begangenen Delikte lägen zeitlich lange zurück und stellten keine so genannten „Hands-on-Delikte“ dar; die im Jahr 2007 erlittene Untersuchungshaft in einem spanischen Ermittlungsverfahren, das „Kinderpornographie betraf“, habe ihre Warnfunktion verloren. Darüber hinaus gehe der Angeklagte mit seiner Pädophilie offen um, habe die Problematik erkannt und in der Vergangenheit bereits Hilfe gesucht. Aufgrund seiner glaubhaften Angaben, rund zehn Jahre ohne den Konsum von Kinderpornographie ausgekommen zu sein, sei zudem zu berücksichtigen, dass frühere Therapieversuche positive Wirkungen entfaltet hätten. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der fortbestehenden Therapiewilligkeit bestehe zudem die Aussicht, dass der Angeklagte „die mit seiner Sexualpräferenz verbundene Problematik im Rahmen einer Sexualtherapie erfolgreich angehen“ und Verhaltensstrukturen erlernen könne, die das Risiko für künftige Übergriffe verringerten. Die vorhandenen hohen sozialen und persönlichen Kompetenzen seien nicht nur „im Rahmen einer erfolgreichen Therapie“, sondern auch nach Haftentlassung zur Einbettung in geordnete Sozialstrukturen hilfreich. Der Angeklagte habe eigene Sexualinteressen gegenüber dem Tatopfer „nicht einschränkungslos durchgesetzt“ und habe den Analverkehr nicht – wie von ihm erwogen – unter Verwendung sedierender Tabletten, Salben oder sonstiger Hilfsmittel durchgeführt.

13 b) Diese Ausführungen lassen besorgen, dass das Landgericht nicht hinreichend zwischen Hang und Gefährlichkeitsprognose unterschieden hat. Dar-

über hinaus sind die Erwägungen zur Hangtäterschaft lückenhaft und lassen wesentliche Gesichtspunkte außer Acht.

14 aa) Hangtäterschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit sind, wie die begriffliche Differenzierung in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB zeigt, keine identischen Merkmale.

15 (1) Der Rechtsbegriff des Hangs im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB bezeichnet einen eingeschliffenen inneren Zustand, der den Täter immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Ein Hang liegt bei demjenigen vor, der dauerhaft zur Begehung von Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. September 2018 – 4 StR 192/18; vom 24. Mai 2017 – 1 StR 598/16, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 15; Urteil vom 8. Juli 2005 – 2 StR 120/05, BGHSt 50, 188, 195 f. mwN). Hangtäter ist auch derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag.

16 Das Vorliegen eines Hangs im Sinne eines gegenwärtigen Zustands ist vom Tatgericht auf der Grundlage einer umfassenden Vergangenheitsbetrachtung in eigener Verantwortung wertend festzustellen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Januar 2019 – 5 StR 476/18 und vom 24. Mai 2017 – 1 StR 598/16, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 15; Urteile vom 26. April 2017 – 5 StR 572/16, StraFo 2017, 246 und vom 6. Mai 2014 – 3 StR 382/13, NStZ-RR 2014, 271; Beschluss vom 25. Mai 2011 – 4 StR 87/11, NStZ-RR 2011, 272, 273).

17 (2) Demgegenüber ist im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose die Wahrscheinlichkeit dafür einzuschätzen, ob sich der Täter in Zukunft trotz

Vorliegen eines Hangs erheblicher Straftaten enthalten kann oder nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Mai 2017 – 1 StR 598/16, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 15; Urteil vom 28. April 2015 – 1 StR 594/14; Beschluss vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203, 204). Der Hang ist dabei nur ein – wenngleich wesentliches – Kriterium, das auf eine Gefährlichkeit des Angeklagten hindeutet und als prognostisch ungünstiger Gesichtspunkt in die Gefährlichkeitsprognose einzustellen ist (vgl. BGH, aaO, BGHSt 50, 188, 196).

18 bb) Das Tatgericht hat in eigener Verantwortung zunächst das Vorliegen oder die Wahrscheinlichkeit eines Hangs unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und der Anlasstaten maßgeblichen Umstände vergangenheitsbezogen festzustellen und in den Urteilsgründen darzulegen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19. Juli 2017 – 4 StR 245/17, BGHR StGB § 66a Abs. 1 Nr. 3 nF Voraussetzungen 1 und vom 25. März 2011 – 4 StR 87/11, NStZ-RR 2011, 272). Prognostische Erwägungen sind erst in einem zweiten Schritt im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose anzustellen.

19 c) Gemessen hieran halten die Ausführungen, mit denen das Landgericht einen Hang des Angeklagten bzw. die Wahrscheinlichkeit eines Hangs im Sinne des § 66a Abs. 2 Nr. 3 StGB verneint hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

20 aa) Das Landgericht hat die Ablehnung eines Hangs mit prognostischen Erwägungen und unter Bezugnahme auf eine Reihe von protektiven Faktoren begründet. Dies gilt beispielhaft für die Erwägung, es bestehe aufgrund der Therapiewilligkeit des Angeklagten die Aussicht, dass er „die mit seiner Sexualpräferenz verbundene Problematik im Rahmen einer Sexualtherapie erfolgreich angehen“ und „Verhaltensstrukturen erlernen könne, die das Risiko für künftige

Übergriffe minimieren“ könnten. Insoweit hat das Landgericht eine nur möglicherweise zu erwartende zukünftige Entwicklung zur Verneinung der Hangtäterschaft herangezogen und damit verkannt, dass mögliche positive Wirkungen eines künftigen erstmaligen längeren Strafvollzugs sowie die Wirkungen von Therapieangeboten in der Haft zur Verneinung eines Hangs nicht herangezogen werden dürfen. Für die Hangtäterschaft ist maßgeblich auf den Urteilszeitpunkt abzustellen; künftige, noch ungewisse Entwicklungen haben außer Betracht zu bleiben.

21 bb) Darüber hinaus fehlt es an der erforderlichen umfassenden Auseinandersetzung mit den Besonderheiten der in einem Zeitraum von rund einem Jahr – serienhaft – begangenen Anlasstaten, die der Angeklagte während seiner Aufenthalte in S. und Umgebung beging. Insoweit wäre unter anderem in den Blick zu nehmen gewesen, dass der Angeklagte sich als „in Belgien lebender italienischer Kinderarzt“ ausgab, zur Tatbegehung jeweils aus Spanien anreiste und die Tatserie allein infolge der Festnahme von C. L. und der Mutter des Kindes am 16. September 2017 endete. Der Erörterung hätte in diesem Zusammenhang auch die Einlassung des Angeklagten bedurft, sich nach Begehung von sieben Missbrauchstaten „schuldig gefühlt“ und versucht zu haben, „sein Leben wieder in den Griff zu bekommen“; dass er nach mehreren Monaten gleichwohl erneut den Kontakt zu C. L. gesucht und den sexuellen Missbrauch fortgesetzt hat, hätte bei der Prüfung der Hangtäterschaft nicht unerörtert bleiben dürfen. Schließlich wäre in den Blick zu nehmen gewesen, dass sich die verfahrensgegenständlichen Taten nach der erneuten Kontaktaufnahme in ihrer Intensität steigerten und der Angeklagte sich insgesamt zu ihrer Finanzierung erheblich verschuldete.

22 3. Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass das neue Tatgericht zu Feststellungen gelangt, welche die Annahme oder die Wahrscheinlichkeit eines Hangs und die Annahme oder Wahrscheinlichkeit tragen, der Angeklagte werde künftig den Anlassdelikten vergleichbare schwere sexuelle Missbrauchstaten zum Nachteil von Kindern begehen. Über den Maßregelausspruch muss daher neu verhandelt und entschieden werden.

23 4. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die im Urteil versehentlich unterbliebene Festsetzung des Anrechnungsmaßstabs für die im Ausland erlittene Freiheitsentziehung im Vollstreckungsverfahren nachzuholen sein wird.

Sost-Scheible

Cierniak

Bender

Quentin

Bartel