



5 StR 311/09

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 2. September 2009  
in der Strafsache  
gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. September 2009 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 1. April 2009 nach § 349 Abs. 4 StPO
  - a) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Besitz kinderpornographischer Schriften verurteilt ist,
  - b) im Maßregelausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### **G r ü n d e**

1

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Herstellung kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt sowie seine Unterbringung in der Entziehungsanstalt und in der Sicherungsverwahrung (gemäß § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB) angeordnet.

Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, die den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg hat.

2                   1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3                   Der zuletzt am 2. Juni 2004 wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes verurteilte Angeklagte lud einen siebenjährigen Jungen zu sich nach Hause ein. Am 14. Juni 2008 fotografierte er das nackte Geschlechtsteil des auf dem Bett posierenden Kindes. Auch berührte er dessen Geschlechtsteil. Der Angeklagte fertigte die Fotos, um sich sexuell zu erregen. Ein solches Geschehen wiederholte sich am 20. Juni 2008, wobei der Angeklagte diesmal zudem sein Geschlechtsteil an das des Kindes drückte.

4                   Bei diesen Taten war der Angeklagte aufgrund einer pädophilen Störung im Zusammenspiel mit Alkoholabhängigkeit in seiner Steuerungsfähigkeit zumindest nicht ausschließbar erheblich vermindert.

5                   2. Die gegen den Schuld- und Strafausspruch geführte Verfahrensrüge bleibt aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg. Zur sachlichrechtlichen Überprüfung des Schuldspruchs hat der Generalbundesanwalt zutreffend Folgendes ausgeführt:

6                   „Die Überprüfung des Urteils auf die nicht näher ausgeführte Sachrüge hat einen Rechtsfehler lediglich insoweit ergeben, als das Landgericht den Angeklagten wegen Herstellens kinderpornographischer Schriften nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB trotz Fehlens der tatbestandlich unerlässlichen Verwendungsabsicht (vgl. dazu UA S. 18 f., 23) verurteilt hat, obschon nach den Urteilsfeststellungen die Vorschrift des § 184b Abs. 4 StGB hätte zur Anwendung gelangen müssen. Angesichts dessen ist der Urteilstenor – wie beantragt – zu berichtigen. Die Vorschrift des § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil ausgeschlossen werden kann, dass sich der geständige

Angeklagte bei Erteilung eines rechtlichen Hinweises auf § 184b Abs. 4 StGB anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können.

7 Auf den Rechtsfolgenausspruch hat die Abänderung des Schuldspruchs keine Auswirkungen. Die Zulässigkeit der straferschwerenden Berücksichtigung der tateinheitlichen Verwirklichung von zwei Tatbeständen sowohl bei der Strafrahenwahl als auch bei der Strafzumessung im engeren Sinne (vgl. UA S. 26) hängt nicht davon ab, welchen Tatbestand des § 184b StGB der Angeklagte verwirklicht hat. Im Übrigen steht im Lichte der auf UA S. 25 f. dokumentierten Strafzumessungserwägungen nicht zu besorgen, dass die konkrete Bemessung der Strafen anders ausgefallen wäre, wenn das Landgericht den Angeklagten neben § 176a Abs. 1 StGB tateinheitlich nicht nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB, sondern nach Absatz 4 der vorgenannten Vorschrift verurteilt hätte.“

8 3. Dagegen kann der Maßregelausspruch insgesamt keinen Bestand haben. Die die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung betreffende Verfahrensrüge hat Erfolg. Die Revision beanstandet zu Recht, dass der Angeklagte auf die Möglichkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (§ 265 Abs. 1 und 2 StPO) hingewiesen wurde.

9 a) In der dem Verfahren zugrundeliegenden Anklageschrift wird die Möglichkeit, Sicherungsverwahrung gegen den Angeklagten zu verhängen, nicht erwähnt; auch in dem Eröffnungsbeschluss findet sich hierauf kein Hinweis. Während der Hauptverhandlung wurde ebenfalls kein förmlicher Hinweis erteilt.

10 b) Zugleich mit der Eröffnungsentscheidung hat die Strafkammer durch gesonderten Beschluss zwar den Sachverständigen ergänzend beauftragt, „auch zur Frage der Sicherungsverwahrung Stellung zu nehmen“ (RB S. 51). Hiermit ist der Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 und 2 StPO jedoch

nicht genügt. Allerdings kann auch in der gerichtlichen Anordnung, ein Gutachten zur Frage der Unterbringung anzuordnen, ein solcher Hinweis liegen (BGH NStZ 2009, 468 [Anordnung im Eröffnungsbeschluss]; NStZ 1992, 249 [zu § 63 StGB]). Dafür muss der die Beweisanordnung enthaltende Beschluss dem Angeklagten aber eindeutig erkennbar machen, auf welche Maßregel das Gericht zu erkennen gedenkt (BGHSt 22, 29, 30; BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 6; BGH NStZ 2009, 468).

11 Gerade vor dem Hintergrund der bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung aus rechtsstaatlichen Gründen zu wahren Formenstrenge (BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 6; BGH NStZ-RR 2004, 297) genügt die allgemein gehaltene ergänzende Beauftragung des Sachverständigen diesen Anforderungen nicht. Angesichts der sich deutlich unterscheidenden einzelnen Anordnungstatbestände des § 66 StGB lässt sich einem derart unspezifizierten Hinweis die Variante nicht entnehmen, die für das Gericht in Betracht kam (vgl. BGH NJW 2004, 1187 insoweit in BGHSt 49, 25 nicht abgedruckt; BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 6; siehe auch BGH NStZ 1998, 529, 530). Somit fehlt die verbindliche Wirkung einer den rechtlichen Rahmen des Hauptverfahrens bestimmenden gerichtlichen Prozesshandlung.

12 Nichts anderes gilt für den während der Hauptverhandlung am 9. Februar 2009 gefassten Beschluss, in dem der Umfang des vom weiteren Sachverständigen P. zu erstattenden Gutachtens festgelegt worden ist (RB S. 149). In diesem Beschluss werden sowohl die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB als auch die der Maßregeln nach §§ 63, 64 und 66 StGB angesprochen. Dies lässt nicht ersehen, auf welche Maßregel das Gericht zu erkennen gedenkt (vgl. BGH NStZ 2009, 468 m.w.N.).

13 c) Das Beruhen der Anordnung der Maßregel auf dem fehlenden rechtlichen Hinweis wird auch nicht durch andere Vorgänge in der Hauptverhandlung ausgeschlossen. Insbesondere waren die Ausführungen des Sach-

verständigen zu den materiellen Voraussetzungen der Maßregel nicht geeignet, dem Angeklagten eindeutig vor Augen zu führen, dass das Gericht auf eine solche Maßregel zu erkennen gedenkt (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 271; 2004, 297; StV 2008, 344; BGH, Beschluss vom 28. April 2009 – 4 StR 544/08). Gleiches gilt für den – zudem hinsichtlich des Maßregelausspruchs nicht eindeutig protokollierten – Schlussantrag des Staatsanwalts (vgl. BGH StV 1988, 329; NStZ 1998, 529, 530; NStZ-RR 2008, 316).

14 Dass der Verteidiger des Angeklagten selbst in seinem Schlussvortrag zu den Anordnungsvoraussetzungen des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB Stellung genommen hat (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 316; BGH, Beschluss vom 26. Mai 1998 – 5 StR 196/98), lässt sich weder dem Protokoll noch der unwidersprochen gebliebenen dienstlichen Stellungnahme der Vorsitzenden zur Revisionsbegründung entnehmen.

15 Soweit der Generalbundesanwalt das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler ausschließen möchte, weil das Landgericht eine Zustimmung des Angeklagten zu einer Aufnahme in eine therapeutische Wohngruppe im Strafvollzug „aufgrund der zu erwartenden Sicherungsverwahrung als Zweckverhalten“ (UA S. 34) gewürdigt hat, folgt dem der Senat nicht. Diese Wertung fußt gerade auf dem Umstand, dass der Angeklagte erkannt hat, das Gericht erwäge bereits die Verhängung der Sicherungsverwahrung (vgl. BGHSt 22, 29, 30), wofür es indes keine ausreichende Tatsachengrundlage gibt.

16 4. Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung war daher aufzuheben. Während der Schuld- und Strafausspruch hiervon nicht erfasst wird, hebt der Senat den gesamten Maßregelausspruch auf, um dem neuen Tatgericht eine in sich geschlossene Maßregelanordnung zu ermöglichen. Dabei

wird im Falle doch möglicher sicherer Feststellung der Voraussetzungen des § 21 StGB auch zu erörtern sein, ob im Hinblick auf die beim Angeklagten festgestellte Pädophilie im Sinne einer schweren anderen seelischen Abartigkeit die Voraussetzungen des § 63 StGB vorliegen.

Basdorf

Raum

Brause

Schneider

König