



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 309/12

vom

28. August 2012

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StGB § 66

BZRG § 51 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Nr. 2

Ein Gutachten zum Bestehen eines Hanges im Sinne von § 66 StGB und einer darauf beruhenden Gefährlichkeit eines Angeklagten ist kein "Gutachten über den Geisteszustand", dessen Erstattung eine Verwertung von Taten aus im Zentralregister getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen erlaubt.

BGH, Beschluss vom 28. August 2012 - 3 StR 309/12 - LG Mönchengladbach

in der Strafsache

gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 28. August 2012 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 9. Februar 2012 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die den Nebenklägerinnen im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen, an eine Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hatte gegen den Angeklagten in einem ersten Urteil wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in zwei tateinheitlich zusammentreffenden Fällen sowie wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in sieben Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verhängt und die Sicherungsverwahrung angeordnet; von weiteren Tatvorwürfen hatte es ihn freigesprochen. Auf die Revision des Angeklagten hat der Senat das Urteil - unter Verwerfung des weitergehenden Rechtsmittels - im Maßregelausspruch aufgehoben (BGH, Beschluss vom 30. März 2010 - 3 StR 69/10, StV 2010, 484). Auf die dem Senat erst später vorgelegte Revision der Staatsanwaltschaft ist das Urteil aufgehoben worden, soweit der Angeklagte

vom Vorwurf des sexuellen Kindesmissbrauchs in acht weiteren Fällen freigesprochen worden war (BGH, Urteil vom 24. Juni 2010 - 3 StR 69/10, NStZ 2011, 47).

2 Im zweiten Verfahrensdurchgang hat das Landgericht das Verfahren hinsichtlich der verbliebenen Tatvorwürfe auf Antrag der Staatsanwaltschaft gemäß § 154 Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt und erneut die Sicherungsverwahrung angeordnet. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

3 Nach den aufgrund des rechtskräftigen Schuldspruchs bindenden Feststellungen missbrauchte der damals 57 oder 58 Jahre alte Angeklagte zwei Mädchen im Alter von zehn oder elf bzw. von zwölf Jahren, die er im unmittelbaren Wohnumfeld kennen gelernt und um die er sich im Einverständnis mit den Eltern als hilfsbereiter Nachbar gekümmert hatte. Er holte die Kinder von der Schule ab, machte Ausflüge mit ihnen und ließ sie in seiner Wohnung das Internet nutzen. In den Sommerferien 2008 waren die Kinder ständig von morgens bis abends bei ihm. Die Taten - darunter einmal Oralverkehr der beiden Mädchen am Angeklagten, wechselseitiges Anfassen an den Genitalien bei mehreren Gelegenheiten, Austausch von Zungenküssen sowie zwei Fälle des Vorzeigens pornographischer Filme - beging der Angeklagte "in dem Zeitraum von Anfang Juni bis Ende August 2008". Eine nähere Eingrenzung war der Kammer - von zwei Übergriffen abgesehen, die am 15. und 16. August 2008 stattfanden - nicht möglich.

4 Die Anordnung der Sicherungsverwahrung hält erneut rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

- 5 1. Die formellen Voraussetzungen der Maßregel gemäß § 66 Abs. 2 StGB aF sowie § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB aF hat das Landgericht unter Anwendung des zur Tatzeit geltenden Rechts (vgl. Art. 316e Abs. 2 EGStGB) allerdings ohne Rechtsfehler festgestellt. Der Angeklagte ist rechtskräftig zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt worden, die aus verwirkten Einzelstrafen von drei Jahren und acht Monaten für das Verbrechen nach § 176a StGB aF sowie u.a. von zwei Jahren und drei Jahren für Vergehen nach § 176 StGB gebildet worden ist. Vorangegangener Verurteilungen zu Freiheitsstrafe und darauf beruhender Strafverbüßung bedurfte es in diesem Fall daher nicht.
- 6 2. Die materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung hat das Landgericht indes rechtsfehlerhaft begründet; denn es hat, um den Hang des Angeklagten zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF), zu belegen, mehrere Verurteilungen des Angeklagten zu dessen Nachteil herangezogen, die im Bundeszentralregister bereits getilgt waren. Dieser Rechtsfehler ist auf die Sachrüge zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 10. Januar 1973 - 2 StR 451/72, BGHSt 25, 100, 101; Beschluss vom 23. März 2006 - 4 StR 36/06, BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 9).
- 7 a) Die Strafkammer ist bei der Annahme, bei dem Angeklagten bestehe ein ausgeprägter Hang zur Begehung von Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern, den beiden gehörten Sachverständigen gefolgt. Diese haben ausgeführt, die Delinquenz des Angeklagten zeichne sich durch einen frühen Beginn und nahezu ausschließlich sexuellen Bezug aus. Insbesondere sei der Angeklagte zwischen seinem 21. und 28. Lebensjahr mehrfach wegen exhibitionistischer Handlungen verurteilt worden. Die Urteilsgründe geben in diesem Zu-

sammenhang auszugsweise den Text dreier Urteile des Landgerichts Krefeld aus den Jahren 1972, 1978 und 1979 wieder. Danach hatte der Angeklagte Anfang 1971 im Alter von 20 Jahren dreimal nackt am Fenster der elterlichen Wohnung posiert und sein Glied auf der Straße spielenden Kindern vorgezeigt. Im September 1977 hatte er sich - inzwischen 27 Jahre alt - auf einem Weg vor zwei vierzehnjährigen Mädchen nackt präsentiert. Zuletzt hatte er Mitte Juli 1978 vor zwei dreizehn bzw. fünfzehn Jahre alten Schülerinnen sein Glied entblößt. Das Bundeszentralregister enthält lediglich die wegen der hier gegenständlichen Taten rechtskräftig verhängte Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten. Die Eintragungen über die Verurteilungen durch das Landgericht Krefeld sind getilgt worden.

- 8 b) Die Heranziehung der im Bundeszentralregister getilgten Vorstrafen zum Nachteil des Angeklagten verstößt gegen das gesetzliche Verwertungsverbot gemäß § 51 Abs. 1 BZRG. Nach dieser Vorschrift dürfen aus der Tat, die Gegenstand einer getilgten Verurteilung ist, keine nachteiligen Schlüsse auf die Persönlichkeit des Angeklagten gezogen werden (BGH, Beschluss vom 4. Februar 2010 - 3 StR 8/10, BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 11). Dieses Verwertungsverbot gilt auch, soweit über die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung zu entscheiden ist (BGH, Urteil vom 10. Januar 1973 - 2 StR 451/72, BGHSt 25, 100, 104; Beschluss vom 4. Oktober 2000 - 2 StR 352/00, BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 7; Beschluss vom 27. Juni 2002 - 4 StR 162/02, NStZ-RR 2002, 332), und selbst dann, wenn der Angeklagte eine getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe von sich aus mitgeteilt hat (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2011 - 4 StR 428/11, NStZ-RR 2012, 143 mwN). Das Verwertungsverbot ist deshalb auch bei der nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF zu treffenden Entscheidung zu beachten, ob die Gesamtwürdigung des Täters und

seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu schweren Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist.

9 Entgegen der Auffassung des Landgerichts rechtfertigt § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG die Verwertung getilgter Vorstrafen zu Lasten des Angeklagten bei Begutachtungen zur Unterbringung nach § 66 StGB nicht. Danach darf eine frühere Tat abweichend von § 51 Abs. 1 BZRG berücksichtigt werden, wenn in einem erneuten Strafverfahren ein Gutachten über den Geisteszustand des Betroffenen zu erstatten ist, falls die Umstände der früheren Tat für die Beurteilung seines Geisteszustands von Bedeutung sind. Ein Gutachten zum Bestehen eines Hanges im Sinne von § 66 StGB und einer darauf beruhenden Gefährlichkeit eines Angeklagten ist indes kein Gutachten über den Geisteszustand im Sinne des § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG. Hierzu im Einzelnen:

10 aa) Schon der Wortlaut des § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG legt es nahe, dass mit Geisteszustand der psychische Zustand des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tatbegehung gemeint ist, über den im Rahmen der Schuldfähigkeitsprüfung gegebenenfalls ein Sachverständiger sein Gutachten zu erstatten hat. Der Begriff zielt deshalb auf die vier Eingangsmerkmale des § 20 StGB, die krankhafte seelische Störung, die tiefgreifende Bewusstseinsstörung, den Schwachsinn oder die schwere andere seelische Abartigkeit, ab. Vom Gutachten über das Vorliegen eines dieser Merkmale ist die nach § 246a StPO vor der Anordnung der Sicherungsverwahrung durchzuführende sachverständige Begutachtung zu unterscheiden. Nach dieser Vorschrift ist der Sachverständige "über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten zu vernehmen". Die Vorschrift verwendet somit den Ausdruck "Geisteszustand" im Gegensatz zu § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG nicht. Kommt die Unterbringung nach § 66 StGB in Betracht, soll dem Tatgericht eine Entscheidungshilfe für die Beurteilung gege-

ben werden, ob der Angeklagte infolge seines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist. Hangtäter ist dabei derjenige, der dauernd zu Straftaten entschlossen ist oder der aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung, deren Ursache unerheblich ist, immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 27. Oktober 2004 - 5 StR 130/04, NStZ 2005, 265). Bei der Prüfung des Hanges im Sinne des § 66 StGB geht es somit im Ergebnis nicht in erster Linie um die Bewertung des Geisteszustands des Täters, sondern um die wertende Feststellung einer persönlichen Eigenschaft (vgl. LK-Rissing-van Saan/Peglau, 12. Aufl., § 66 Rn. 118). Hierfür bedarf es nicht notwendigerweise der Begutachtung durch einen psychiatrischen Sachverständigen. Zwar werden nach den Erfahrungen des Senats bei in Betracht kommender Sicherungsverwahrung überwiegend Ärzte als Gutachter herangezogen, doch findet dies seine Rechtfertigung vor allem darin, dass dabei regelmäßig zugleich untersucht werden muss, ob der Angeklagte bei der Tat in seiner Schuldfähigkeit beeinträchtigt oder schuldunfähig war und deshalb unter Umständen eine andere Maßregel, insbesondere eine Unterbringung nach § 63 StGB, in Betracht kommt.

- 11 bb) Für diese Auslegung spricht auch die ratio legis. Sinn und Zweck des Verwertungsverbots nach § 51 Abs. 1 BZRG ist es, den Angeklagten davor zu schützen, dass ihm nach Ablauf einer im Verhältnis zur erkannten Rechtsfolge kürzer oder länger bemessenen Frist straffreien Lebens alte Taten nochmals vorgehalten und zu seinem Nachteil verwertet werden. Dieses Schutzes bedarf der Angeklagte jedenfalls nicht in demselben Maße, wenn es um die Beurteilung der Schuldfähigkeit geht, da deren Ausschluss oder erhebliche Verminderung regelmäßig entweder die Bestrafung hindern oder die Strafe mildern. Lediglich bei der Anordnung einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB, § 42b StGB aF) kann die Ausnahmeregelung des § 52 Abs. 1 Nr. 2

BZRG zu einer den Angeklagten belastenden, indes auch dessen Heilung dienenden Sanktion führen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1973 - 2 StR 451/72, BGHSt 25, 100, 104).

12 cc) Den Gesetzesmaterialien ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Danach soll die Ausnahme vom Verwertungsverbot sicherstellen, "dass ein Gutachter in einem späteren Strafverfahren gegen den Betroffenen die frühere Tat nicht ausklammern muss, wenn es darum geht, den Geisteszustand des Betroffenen zu beurteilen" (Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. VI/1550 S. 23), ohne dass der Begriff näher umschrieben wird.

13 dd) Dafür, ein Gutachten über das Bestehen eines Hanges nach § 66 StGB nicht als Gutachten über den Geisteszustand im Sinne des § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG zu verstehen, spricht auch der Vergleich mit sonstigen kriminalprognostischen Entscheidungen und den ihnen vorangehenden Begutachtungen. So gilt etwa das gesetzliche Verwertungsverbot des § 51 Abs. 1 BZRG auch für die bei der Prüfung der Strafaussetzung zur Bewährung gemäß § 56 Abs. 1 StGB zu treffende Prognoseentscheidung, ob der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird (BGH, Beschluss vom 4. Februar 2010 - 3 StR 8/10, BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 11). Gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2 StGB sind für diese Entscheidung u.a. die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat sowie seine Lebensverhältnisse und damit im Wesentlichen die gleichen Kriterien von Belang, die bei der Begutachtung nach § 66 StGB Bedeutung haben.

14 ee) Das aufgezeigte Verständnis des Regelungsgefüges der §§ 51, 52 BZRG steht auch im Übrigen in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs. Danach gilt die Ausnahme vom Verwertungsverbot nur, "wenn es um den Geisteszustand des Betroffenen geht, dessen Beurteilung zu einer Unterbringung nach § 42b StGB (Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt nach altem Recht) führen kann" (BGH, Urteil vom 10. Januar 1973 - 2 StR 451/72, BGHSt 25, 100, 104). Die indizielle Verwertung im Register getilgter früherer Verurteilungen zur Feststellung eines Hanges im Sinne von § 66 StGB zum Nachteil des Angeklagten ist mehrfach beanstandet worden (BGH, Beschlüsse vom 4. Oktober 2000 - 2 StR 352/00, BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 7, und vom 27. Juni 2002 - 4 StR 162/02, NStZ-RR 2002, 332; zuletzt Beschluss vom 12. September 2007 - 5 StR 347/07, StV 2007, 633 - nur obiter). Soweit der 4. Strafsenat in einer späteren, vom Landgericht für seine Rechtsauffassung in Anspruch genommenen Entscheidung (BGH, Beschluss vom 8. März 2005 - 4 StR 569/04, BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 8) in einem nicht tragenden Hinweis ohne nähere Begründung Zweifel an dieser Rechtsprechung angemeldet hat, teilt der Senat diese Bedenken aus den vorstehenden Gründen nicht.

- 15 c) Das Urteil beruht auf dem dargelegten Rechtsfehler. Die Erörterung der einem Verwertungsverbot unterliegenden Taten nimmt in den Urteilsgründen breiten Raum ein und ist Grundlage für die Einschätzung des Landgerichts, die Delinquenz des Angeklagten habe früh begonnen und weise nahezu ausschließlich sexuellen Bezug aus.

16 3. Es ist abermals nicht völlig auszuschließen, dass eine neuerliche Verhandlung doch noch zur Feststellung von Umständen führt, welche die Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung rechtfertigen könnten. Über den Maßregelausspruch muss deshalb nochmals tatrichterlich entschieden werden. Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO Gebrauch, die Sache an ein zu demselben Land gehörendes anderes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen.

Schäfer

Pfister

RiBGH Hubert befindet sich im
Urlaub und ist deshalb gehindert,
seine Unterschrift beizufügen.
Schäfer

Mayer

Gericke