



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 269/01

vom
13. September 2001
in der Strafsache
gegen

wegen schweren sexuellen Mißbrauchs von Kindern u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 13. September 2001 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 16. März 2001 im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern, schweren sexuellen Mißbrauchs von Kindern und wegen Verbreitung pornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der allgemeinen Sachrüge und mit Einzelbeanstandungen zum Strafausspruch. Während die Überprüfung des Schuldspruchs keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat, hält der Strafausspruch rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Das Landgericht hat den Angeklagten im Fall II. 4. der Urteilsgründe des schweren sexuellen Mißbrauchs gemäß § 176 a Abs. 1 Nr. 4 StGB schul-

dig gesprochen, weil der Angeklagte bereits 1997 wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern in zwei Fällen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Bei der Ablehnung eines minder schweren Falles (§ 176 a Abs. 3 StGB) und bei der konkreten Strafzumessung dieser Einzelstrafe hat das Landgericht zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, daß er "einschlägig" vorbestraft ist. Diese Wertung ist rechtsfehlerhaft.

a) Bestimmte Formen des sexuellen Mißbrauchs von Kindern sind in § 176 a Abs. 1 und 2 StGB als schwerer sexueller Mißbrauch qualifiziert und mit erhöhter Mindest- und Höchststrafe bedroht. Die Qualifikationen knüpfen an bestimmte Tatmodalitäten (Abs. 1 Nr. 1 und 2), an bestimmte Tatfolgen (Abs. 1 Nr. 3) bzw. an mit der Tat verbundene weitere Absichten des Täters (Abs. 2) an.

Die Qualifikation nach Abs. 1 Nr. 4 setzt voraus, daß der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer Straftat nach § 176 Abs. 1 oder 2 StGB rechtskräftig verurteilt worden ist. Der gleichartige Rückfall des Täters macht die neue Tat zum Verbrechen. Unter Hinweis auf die Kritik, der sich frühere Rückfallvorschriften des StGB gegenübergesehen hatten und die 1986 zur Aufhebung der zuletzt geltenden Rückfallvorschrift des § 48 StGB a.F. geführt hatte, wird in der Literatur gefordert, § 176 a Abs. 1 Nr. 4 StGB wie folgt einschränkend auszulegen: Die Anwendung der Qualifikation erfordere, daß dem Angeklagten im Hinblick auf Art und Umstände der Tat vorzuwerfen sei, daß er sich frühere Verurteilungen nicht habe zur Warnung dienen lassen; dies müßten die Gerichte in jedem Einzelfall prüfen (Renzikowski NStZ 1999, 440, 441; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 176 a Rdn. 7; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 176 a Rdn. 8). Diese Ansicht knüpft an die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung des § 48 StGB a.F. (BVerfGE 50, 134 =

NJW 1979, 1037) an. Bei der Entscheidung, daß § 48 StGB a.F. mit dem grundgesetzlich verbürgten Schuldgrundsatz vereinbar war, hat das Bundesverfassungsgericht auf den Gesetzeswortlaut abgehoben, wonach dem Täter "im Hinblick auf Art und Umstände der [neuen] Straftaten vorzuwerfen [sein mußte], daß er sich die früheren Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen". Der Gesetzgeber hatte demnach die Anwendung des § 48 StGB a.F. davon abhängig gemacht, daß den Täter im konkreten Fall im Blick auf die Warnfunktion der Vorverurteilungen ein verstärkter Schuldvorwurf traf.

Der Senat muß nicht entscheiden, ob dieser Auffassung bei der Auslegung des § 176 a Abs. 1 Nr. 4 StGB zu folgen ist. Ihr könnte entgegenstehen, daß die von ihr in Anspruch genommene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einer allgemeinen Rückfallbestimmung ergangen ist, die auch dem ungleichartigen Rückfall strafschärfende Wirkung beigelegt hat. In dieser Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht Umstände aufgeführt, die dem Tatrichter als mögliche Anhaltspunkte für eine Warnfunktion dienen können: ein "innerer Zusammenhang" bzw. ein "kriminologisch faßbarer Zusammenhang" zwischen den Vortaten und der neuen Tat, eine "bestimmte kriminelle Kontinuität" oder ein "tatschuldrelevanter Zusammenhang" (vgl. BVerfG NJW 1979, 1037, 1038). Solche Anhaltspunkte sind aber dem gleichartigen Rückfall beim sexuellen Mißbrauch von Kindern immanent, so daß es der geforderten ausdrücklichen Einzelfallprüfung einer solchen Warnfunktion der Vorverurteilung nicht bedürfte.

Das Erfordernis ausdrücklicher Prüfung einer Warnfunktion kann hier dahinstehen, denn dem Angeklagten ist hier in jedem Fall ein verstärkter Schuldvorwurf zu machen: Er ist im September 1997 wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern in zwei Fällen, begangen u.a. an einem der Tatopfer der

jetzt abzuurteilenden Straftaten, zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt worden. Die Strafvollstreckung ist zur Bewährung ausgesetzt und dem Angeklagten auferlegt worden, sich wegen seiner pädophilen Neigung einer Psychotherapie zu unterziehen. Er hat knapp ein Jahr danach im uneingeschränkt schuldfähigen Zustand die erste der neuen Taten begangen.

b) Bei Annahme der Qualifikation des § 176 a Abs. 1 Nr. 4 StGB ist es sowohl bei der Prüfung, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, als auch bei der konkreten Strafzumessung grundsätzlich rechtsfehlerhaft, zu Lasten eines erst einmal nach § 176 Abs. 1 oder 2 StGB verurteilten Angeklagten zu würdigen, daß er einschlägig vorbestraft ist. Diese Erwägung verstößt gegen § 46 Abs. 3 StGB, denn mit ihr wird nur der Umstand straferschwerend gewertet, der bereits die Qualifikation begründet.

Mit der Erwägung, eine der beiden seinerzeit abgeurteilten Taten sei durch die Annahme der Qualifikation "verbraucht" (UA S. 38), hat das Landgericht möglicherweise die Doppelverwertung einschränken wollen; die Urteilsausführungen lassen aber gleichwohl besorgen, das Landgericht habe verkannt, daß § 176 a Abs. 1 Nr. 4 StGB allein an die Tatsache einer einschlägigen Vorverurteilung und der von dieser ausgehenden Warnwirkung und nicht an die Zahl der dieser Vorverurteilung zugrundeliegenden Straftaten anknüpft.

Eine die Art der Vorstrafe (Geld- oder Freiheitsstrafe) und der dieser zugrundeliegenden Taten (Täterschaft oder Teilnahme, Versuch oder Vollendung) wertende Betrachtung ist damit bei der Strafzumessung nicht gänzlich ausgeschlossen. Der möglichen Bandbreite des der Qualifikation zugrundeliegenden Schuldumfangs kann der Tatrichter im Rahmen der Prüfung eines minder schweren Falles des schweren sexuellen Mißbrauchs nach § 176 a Abs. 3 1. Alt. StGB oder bei der Strafzumessung im engeren Sinne Rechnung tragen,

wenn die Warnwirkung einer einschlägigen Vorverurteilung deutlich vom Durchschnittsfall abweicht. Ein Fall einer solch deutlich über- oder unterdurchschnittlichen Warnwirkung liegt bei der Vorstrafe des Angeklagten nicht vor.

c) Der Senat kann nicht ausschließen, daß die für diese Tat verhängte Einzelstrafe von drei Jahren und sechs Monaten auf der beanstandeten Doppelverwertung beruht und diese Strafe, die zugleich die Einsatzstrafe ist, auch die beiden anderen Einzelstrafen beeinflußt hat.

2. Für die neue Strafzumessung weist der Senat darauf hin, daß im Fall II. 1. der Urteilsgründe die strafschärfende Berücksichtigung einer vorläufigen Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO wegen einer Tat, die nach den mitgeteilten Umständen im Grenzbereich der Erheblichkeit nach § 184 c StGB liegen dürfte, nicht unbedenklich ist.

Rissing-van Saan

Winkler

Pfister

Becker

Sost-Scheible