

Nachschlagewerk: ja

BGHSt : nein

Veröffentlichung : ja

StGB § 66

EGStGB § 316f Abs. 2 Satz 1

Wegen bis zum 31. Mai 2013 begangener Taten darf die Sicherungsverwahrung weiterhin nur mit der Einschränkung strikter Verhältnismäßigkeit im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326) angeordnet werden.

BGH, Urteil vom 11. März 2014

– 5 StR 563/13
LG Cottbus –



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 563/13

vom

11. März 2014

in der Strafsache

gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 18. Februar und 11. März 2014, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Prof. Dr. Sander,

Richterin Dr. Schneider,

Richter Dr. Berger,

Richter Bellay

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt _____,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

in der Sitzung vom 11. März 2014 für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Cottbus vom 17. Juli 2013 aufgehoben
 - a) mit den zugehörigen Feststellungen, soweit von der Anordnung der Sicherungsverwahrung abgesehen worden ist,
 - b) zugunsten des Angeklagten im gesamten Strafausspruch.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Jugendschutzkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in zwei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht, sowie wegen Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht in 19 weiteren Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und acht Monaten verurteilt; wegen der

Missbrauchstaten hat es Einzelfreiheitsstrafen von drei Jahren sowie von neun Monaten für tat- und schuldangemessen erachtet. Die vom Generalbundesanwalt vertretene, soweit sie zum Nachteil des Angeklagten geführt wird, wirksam auf die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung beschränkte und auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 a) Der im Zeitpunkt der Hauptverhandlung 63-jährige Angeklagte, der bereits in den Jahren 2000 und 2007 jeweils wegen mehrerer Fälle des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern zu mehrjährigen Gesamtfreiheitsstrafen verurteilt worden war, besuchte Ende Mai 2012 den gesondert verfolgten R. , den er während seiner Inhaftierung kennengelernt hatte. In der Wohnung des R. hielt sich der 13-jährige C. auf. Der Angeklagte und R. vereinbarten, dass der Angeklagte gegen Zahlung von 50 Euro mit C. sexuellen Kontakt aufnehmen könne. Der Geschädigte war damit einverstanden. Im Beisein des R. führte der Angeklagte bei dem Geschädigten den Oralverkehr durch und veranlasste ihn, bei dem Angeklagten den Analverkehr auszuüben. Während dieser sexuellen Handlungen masturbierte R. vor dem Geschädigten. Anschließend onanierte der Angeklagte vor dem Geschädigten bis zum Samenerguss. Danach gab der Angeklagte R. 50 Euro, wovon 30 Euro für den Geschädigten bestimmt waren (Tat 1).

4 Im Sommer 2012 unterhielt der Angeklagte über Skype Kontakt zu R. und dem zwölf Jahre alten Geschädigten L. , der sich in der Wohnung des R. aufhielt. Bei der Übertragung onanierte der Angeklagte vor R. und dem Geschädigten (Tat 2).

5 Bei beiden Taten handelte der Angeklagte entgegen einer ihm im Rahmen der Führungsaufsicht erteilten Kontaktverbotsweisung.

6 Entgegen dieser Weisung unterhielt der Angeklagte darüber hinaus Kontakte zu dem 13-jährigen W. , der ihm von Ende 2011 bis Sommer 2012 an 19 Tagen bei Problemen mit seinem Computer und dem Internet half (Taten 3 bis 21).

7 b) Sachverständig beraten hat das Landgericht festgestellt, dass bei dem Angeklagten eine Pädophilie vorliege, wobei sein „sexueller Hang“ Jungen gelte, die bereits sekundäre Geschlechtsmerkmale aufweisen. Die pädophile sexuelle Ausrichtung sei indes für den Angeklagten, der in der Vergangenheit zeitweise in Lebenspartnerschaften, teils mit Männern, teils mit Frauen, gelebt hatte, „nur eine von mehreren Varianten der für ihn attraktiven sexuellen Betätigung, wobei seine sexuelle Appetenz breit ausgerichtet“ sei (UA S. 6, 8). Bei Begehung seiner Taten sei der Angeklagte weder in seiner Einsichts- noch in seiner Steuerungsfähigkeit gemindert gewesen. Er habe vielmehr günstige und relativ sicher erscheinende Gelegenheiten abwarten können, die er dann wiederholt zu sexuellen Handlungen ausgenutzt habe.

8 2. Das Urteil ist hinsichtlich des Absehens von der Anordnung der Sicherungsverwahrung aufzuheben.

9 a) Die Strafkammer hat die Verhängung einer Sicherungsverwahrung gegen den Angeklagten, „der deutlich Merkmale eines Hangtäters aufweist“, nicht „konkret erwogen“, weil sie anhand der ihr „zugänglichen Gesetzestexte“ davon ausgegangen ist, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011, die den § 66 StGB „für verfassungswidrig und nichtig erklärt“ habe, und nach Ablauf der bis zum 31. Mai 2013 geltenden Übergangsfrist „bislang noch keine neue Regelung durch den Gesetzgeber getroffen wor-

den sei“ (UA S. 11). Sie hat dabei übersehen, dass am 1. Juni 2013 das „Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I 2425) in Kraft getreten ist, durch das das genannte Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 128, 326) umgesetzt wurde. Für die abgeurteilten Tatzeiträume ist danach – mit der nachfolgend unter c) aa) dargestellten Einschränkung – § 66 StGB in der Fassung des „Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I 2300) anzuwenden (Art. 316e Abs. 1 Satz 1, Art. 316f Abs. 2 Satz 1 EGStGB).

10 b) Ungeachtet der fehlenden Angabe von Tatzeiten, Einzelstrafen und Haftzeiten aus den beiden genannten Vorverurteilungen sind jedenfalls die formellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB gegeben; möglicherweise liegen sogar diejenigen des § 66 Abs. 1 StGB vor. Nach den Ausführungen des Landgerichts ist es darüber hinaus – wenngleich die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft nicht auf Anordnung von Sicherungsverwahrung angetragen hat – möglich, dass auch die materiellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt sind.

11 c) Auch die aufgrund der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts (aaO) nach Ansicht des Senats – im Einklang mit der vom Verteidiger in der Revisionshauptverhandlung vertretenen Auffassung – im vorliegenden „Altfall“ weiterhin vorzunehmende „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ (nachfolgend aa)) steht der Anordnung der Sicherungsverwahrung hier nicht von vornherein entgegen (nachfolgend bb)).

12 aa) Die am 1. Juni 2013 in Kraft getretene Neuregelung enthält überaus kompliziert ausgestaltete Übergangsvorschriften (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl.,

§ 66 Rn. 17; Jehle in SSW-StGB, 2. Aufl., § 66 Rn. 5, 52). Hiernach sind für die abgeurteilten Tatzeiträume gemäß Art. 316f Abs. 2 Satz 1 EGStGB „die bis zum 31. Mai 2013 geltenden Vorschriften über die Sicherungsverwahrung“ (nach Maßgabe der hier nicht einschlägigen Sätze 2 bis 4) anzuwenden. Gemäß Art. 316e Abs. 1 Satz 1 EGStGB handelt es sich um § 66 StGB in der Fassung des „Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I 2300). Diese Vorschrift war zur Tatzeit nur mit der Maßgabe „striker Verhältnismäßigkeit“ anzuwenden, die das Bundesverfassungsgericht in dem genannten Urteil (aaO, S. 406, Rn. 172) gemäß § 35 BVerfGG wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz infolge Verletzung des Abstandsgebotes einschränkend verlangt hat.

13 Indem der Gesetzgeber in der Übergangsvorschrift ausdrücklich auf die bisherigen Vorschriften abgestellt hat, hat er – freilich entgegen seiner erklärten Absicht (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 7. November 2012, BT-Drucks. 17/11388 S. 24; entsprechend wohl schon der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/9874 S. 12) – die zur Tatzeit geltende Rechtslage fortgeschrieben, damit aber auch die Einschränkung aufgrund der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts. Der Wortlaut der Übergangsvorschrift muss, da er die bisherige Rechtslage hervorhebt, vom Normadressaten nach Auffassung des Senats im Sinne eines solchen Vertrauensschutzes verstanden werden (so auch Renzikowski, NJW 2013, 1638, 1642; abweichend Jehle, aaO Rn. 54; Zimmermann, HRRS 2013, 164, 170). Dass der Gesetzgeber in den Folgesätzen weitergehende ausdrückliche Fortschreibungen vom Bundesverfassungsgericht vorgegebener Einschränkungen für Fälle besonderen Vertrauensschutzes vorgenommen hat (BVerfG, aaO Rn. 173; vgl. dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, aaO; Zimmermann, aaO, S. 166), rechtfertigt an-

gesichts des rückbezogenen Wortlauts der Regelung des ersten Satzes trotz des entsprechenden Willens des Gesetzgebers nicht, die Einschränkung des Bundesverfassungsgerichts für sonstige vor Inkrafttreten der Neuregelung begangene Taten als überwunden zu verstehen.

14 Zu einem so weit gehenden Vertrauensschutz wäre der Gesetzgeber nach Art. 103 Abs. 2 GG zwar nicht verpflichtet gewesen, womöglich auch nicht nach dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes (vgl. § 2 Abs. 6 StGB). Eine vertrauensschützende Fortgeltungsanordnung, wie sie der Senat dem Wortlaut des Art. 316f Abs. 2 Satz 1 EGStGB entnimmt, ist indes unbedenklich und rechtsstaatlich ausgewogen. Andernfalls müssten nämlich Täter, die – wie der Angeklagte – ihre Anlasstat vor Inkrafttreten der Neuregelung begangen haben, eine Rechtsverschärfung gegenüber der Rechtslage zur Tatzeit hinnehmen, ohne dass diese im Sinne des Opferschutzes, an dem die vom Bundesverfassungsgericht verlangte einschränkende Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeit sich orientiert, unerlässlich wäre; dies würde insbesondere auch in Fällen wie dem vorliegenden gelten, die nicht bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Abstandsgebotes am 1. Juni 2013 tatgerichtlich abgeurteilt worden sind, obgleich dies ohne weiteres möglich gewesen wäre (hier: Tatzeit bis Sommer 2012; Inhaftierung des Angeklagten im November 2012; Anklage im Februar 2013). Soweit der Senat bislang die Fortgeltung des vom Bundesverfassungsgericht für die Weitergeltung des § 66 StGB verlangten Maßstabes strikter Verhältnismäßigkeit aufgrund im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutzes nur in Fällen verlangt hat, in denen – anders als hier – ein tatgerichtliches Urteil bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen war (BGH, Urteile vom 23. April 2013 – 5 StR 610 und 617/12 – und 12. Juni 2013 – 5 StR 129/13, NStZ 2013, 522 und 524), brauchte er ein weitergehendes vertrauensschützendes Verständnis von der Übergangsvorschrift nicht zu erwägen.

15 bb) Bei „striker Verhältnismäßigkeitsprüfung“ scheidet die Anordnung der Sicherungsverwahrung im vorliegenden Fall – entgegen der Auffassung der Verteidigung in der Revisionshauptverhandlung – nicht von vornherein aus.

16 Zumindest Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wie sie der Angeklagte wiederholt begangen hat, sind im Hinblick auf die für die Tatopfer oftmals gewichtigen psychischen Auswirkungen und die hohe Strafdrohung unabhängig von körperlicher Gewaltanwendung – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls – grundsätzlich als schwere Sexualstraftaten im Sinne der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts zu werten (vgl. BGH, Urteile vom 23. April 2013 – 5 StR 617/12 und vom 19. Februar 2013 – 1 StR 275/12, jeweils NStZ-RR 2014, 43). Allerdings werden bei der tatgerichtlichen Wertung das fortgeschrittene Lebensalter des Angeklagten und seine nicht auf Kinder fixierten sexuellen Neigungen zu bedenken sein sowie der Umstand, dass die einzige schwerwiegende abgeurteilte Tat des Angeklagten zum Nachteil eines bereits 13-jährigen Jungen verübt wurde, der ohne Zwangseinwirkung bereit war, entsprechende Sexualpraktiken gegen Entgelt hinzunehmen. Freilich gebietet die letztgenannte Besonderheit auch vor dem Hintergrund der mit Hilfe des Sachverständigen konkret festgestellten Neigungen des Angeklagten, günstige „Gelegenheiten“ auszunutzen, bei denen die jeweiligen Geschädigten die sexuellen Handlungen bereitwillig ausführen ließen (UA S. 8), mit Blick auf Opferenschutzgesichtspunkte für sich genommen noch nicht die Annahme eines Ausnahmefalles. Immerhin bleibt zu beachten, dass gerade „wahrlose“ Kinder, die von ihren Familien und ihrem sonstigen sozialen Nahraum ersichtlich keinen ausreichenden Schutz erfahren und deshalb anfällig dafür sind, Opfer sexuellen Missbrauchs zu werden, auf den Schutz des Strafrechts vor schweren sexuellen Übergriffen angewiesen sind. Der Umstand, dass der Angeklagte sich die Bereitschaft des Jungen zur Hinnahme sexueller Handlungen durch Geldzah-

lungen erkaufte, kann zudem ein frühes Abgleiten des Geschädigten in die Prostitution und einen sozial randständigen Lebensstil begünstigen.

17

d) Das nunmehr zur Entscheidung berufene Tatgericht wird unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (§ 246a Abs. 1 Satz 1 StPO) die Voraussetzungen des § 66 StGB – unter der Einschränkung strikter Verhältnismäßigkeit – zu prüfen, für den Fall des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB darüber hinaus die gebotene Ermessensentscheidung zu treffen haben. Dem Antrag des Generalbundesanwalts folgend hebt der Senat zugunsten des Angeklagten den gesamten Strafausspruch auf (§ 301 StPO), da nicht sicher auszuschließen ist, dass er milder ausgefallen wäre, wenn das Tatgericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet hätte.

Basdorf

Sander

Schneider

Berger

Bellay