

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 297

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 297, Rn. X

**BGH 3 StR 416/15 - Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Mönchengladbach)**

**Rechtsfehlerhafte Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes nach Aufhebung des Strafausspruchs und Zurückverweisung (Beibehaltung der Strafhöhe trotz Wegfalls bestimmender Strafzumessungstatsachen; keine strafschärfende Berücksichtigung des Nichtvorliegens eines Geständnisses; Doppelverwertungsverbot).**

§ 46 StGB; § 176 StGB

**Entscheidungstenor**

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 7. April 2015 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hatte den Angeklagten am 10. Januar 2014 wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen in zwei Fällen, versuchten schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen und sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen in drei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hatte der Senat mit Beschluss vom 20. August 2014 (3 StR 315/14) das Urteil im Rechtsfolgenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, weil das Landgericht bei der Bemessung der Strafen zu Lasten des Angeklagten weitere nicht abgeurteilte Straftaten zum Nachteil des Geschädigten berücksichtigt hatte, die nicht ausreichend bestimmt festgestellt waren. 1

Nunmehr hat das Landgericht den Angeklagten in allen Fällen zu denselben Einzelstrafen sowie zu derselben Gesamtfreiheitsstrafe wie im ersten Rechtszug verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten. 2

Die Strafzumessung hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung erneut nicht stand. 3

1. Wird ein Urteil auf ein Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten im Strafausspruch aufgehoben und vermag der neue Tatrichter Feststellungen nicht zu treffen, die im ersten Rechtszug als bestimmende Zumessungstatsachen strafschärfend herangezogen worden waren, hält er aber dennoch eine gleich hohe Strafe für erforderlich, so hat er nach ständiger Rechtsprechung seine Entscheidung eingehend zu begründen; denn die ursprüngliche Bewertung der Tat und die Strafzumessung in der aufgehobenen Entscheidung sind zwar kein Maßstab für die neue Bemessung der Strafe, jedoch hat der Angeklagte einen Anspruch darauf zu erfahren, warum er trotz des Wegfalls eines Strafschärfungsgrundes nun gleich hoch bestraft wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. November 2012 - 3 StR 439/12, StV 2013, 758, 759; vom 28. April 2015 - 3 StR 92/15, NStZ-RR 2015, 207 jeweils mwN). 4

Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Das Landgericht hat keine Begründung für die Verhängung gleich hoher Strafen gegeben, obwohl es weitere, nicht angeklagte Missbrauchstaten des Angeklagten zum Nachteil des Geschädigten in die Strafzumessung nicht eingestellt hat. Hinzu kommt, dass es im Gegensatz zum Tatrichter des ersten Verfahrens keine - einschlägige - Vorverurteilung mehr feststellen konnte. Außerdem lagen die zwischen 2004 und 2007 begangenen Straftaten nunmehr um noch ein Jahr länger zurück. 5

Etwas anderes ergibt sich vor diesem Hintergrund auch nicht daraus, dass das Landgericht nunmehr - zumindest im Ausgangspunkt (s. aber unten 2.) - die zutreffenden gesetzlichen Strafraumen zugrunde gelegt und noch belastende Folgen der Taten für den Geschädigten festgestellt hat. Denn hierauf hat die Strafkammer die Bemessung gleich hoher Einzelstrafen sowie derselben Gesamtstrafe nicht gestützt. Dem Senat ist es verwehrt, in eigener Bemessung der Strafzumessungstatsachen zu beurteilen, ob diese Umstände geeignet gewesen wären, die weggefallenen strafschärfenden Gesichtspunkte zu kompensieren und daher den unveränderten Strafausspruch zu rechtfertigen. 6

2. Es kommt hinzu, dass sich die Strafraumenbestimmung des Landgerichts teilweise als nicht rechtsfehlerfrei 7  
erweist.

Die Strafkammer hat in den Fällen IV. 2, 5 und 6 der Urteilsgründe der Bemessung der Strafe den Strafraumen des § 8  
176a Abs. 2 StGB zugrunde gelegt. Eine Prüfung, ob ein minder schwerer Fall nach § 176a Abs. 4 Halbsatz 2  
vorliegt, hat es jeweils versäumt. Diese Prüfung war angesichts der bisherigen Unbestraftheit des Angeklagten hier  
nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere im Fall IV. 2 der Urteilsgründe, wo im Hinblick darauf, dass der schwere  
sexuelle Missbrauch eines Kindes nur versucht worden war, der gesetzlich vertyppte Milderungsgrund nach § 23 Abs.  
2, § 49 Abs. 1 StGB vorlag (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2011 - 2 StR 218/11, NStZ 2012, 271,  
272; vom 8. Juli 2014 - 3 StR 287/14, juris Rn. 13).

3. Darüber hinaus unterliegt die Strafzumessung einer weiteren Beanstandung. Denn die Begründung, mit der das 9  
Landgericht der über seinen Verteidiger abgegebenen Erklärung des Angeklagten, dass ihm leid tue, was damals  
passiert sei, eine strafmildernde Bedeutung abgesprochen hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das  
Landgericht hat ausgeführt, dass dem Angeklagten im Hinblick auf diese Erklärung weder ein Geständnis noch Reue  
zugutegehalten werden könnten. Insbesondere weil der Angeklagte die ihm zur Last gelegten Taten zu keinem  
Zeitpunkt des Verfahrens gestanden habe, könne auch nicht „unterstellt werden“, dass er die Taten mit dieser  
Erklärung habe einräumen wollen noch dass er diesbezügliche Reue zum Ausdruck gebracht habe. Damit hat die  
Strafkammer - ungeachtet ihrer Beteuerung, das Nichtvorliegen eines Geständnisses „selbstverständlich“ nicht zu  
seinen Lasten verwertet zu haben - das Schweigen des Angeklagten zur Sache zu seinem Nachteil verwendet. Denn  
sie hat wegen des mangelnden Geständnisses des Angeklagten seiner Erklärung des Bedauerns über die Vorfälle  
keine strafmildernde Bedeutung zugemessen.

4. Wegen der aufgezeigten Rechtsfehler ist das angefochtene Urteil insgesamt aufzuheben; die Strafe ist neu 10  
zumessen. Für die neue Verhandlung weist der Senat nochmals darauf hin, dass sexuelle Handlungen, die mit  
einem Eindringen in den Körper verbunden sind, den Qualifikationstatbestand des schweren sexuellen Missbrauchs  
nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB begründen. Dass der Angeklagte versucht hat, bei dem Tatopfer den Analverkehr  
auszuüben, darf ihm daher mit Blick auf § 46 Abs. 3 StGB nicht strafscharfend angelastet werden, wenn insoweit  
keine besonderen Folgen für das Opfer - etwa deutliche Schmerzen - konkret festgestellt sind.

Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Alternative 2 StPO Gebrauch und verweist die Sache an eine 11  
Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurück.