

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitiervorschlag:** BGH 5 StR 23/94, Beschluss v. 22.02.1994, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 5 StR 23/94 - Beschluss vom 22. Februar 1994 (LG Berlin)**

**BGHSt 40, 64; Berücksichtigung der unterschiedlichen Tatbestandsfassung und Strafandrohung für homosexuelle Handlungen im Gebiet der ehemaligen Bundesrepublik Deutschland und dem im Art. 3 des Einigungsvertrages bezeichneten Gebiet im Rahmen der Strafzumessung.**

**§ 46 StGB; § 175 StGB; § 149 StGB-DDR**

Leitsatz

**Zur Strafzumessung bei partiellem Bundesrecht (§ 175 StGB). (BGHSt)**

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 21. September 1993 nach § 349 Abs. 4 StPO im Gesamtstrafauspruch und im Ausspruch über die drei Einzelstrafen wegen homosexueller Handlungen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen homosexueller Handlungen (§ 175 StGB) in drei Fällen sowie wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit homosexuellen Handlungen (§§ 175, 176, 52 StGB) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die wegen homosexueller Handlungen verhängte Einsatzstrafe beträgt ein Jahr und drei Monate Freiheitsstrafe. Die anderen Einzelstrafen - zwei wegen homosexueller Handlungen und eine wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit homosexuellen Handlungen - sind mit jeweils zehn Monaten Freiheitsstrafe bemessen worden. 1

Die Revision ist im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO unbegründet, soweit sie sich gegen den Schuldspruch und gegen die wegen sexuellen Mißbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit homosexuellen Handlungen gerichtete Einzelstrafe von zehn Monaten Freiheitsstrafe richtet. Die sachlich-rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Urteils führt aber nach § 349 Abs. 4 StPO zur Aufhebung der Einzelstrafen, die wegen der Vergehen nach § 175 StGB verhängt sind, und damit zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe. 2

1. Der Schuldspruch kann bestehen bleiben. 3

Die Taten sind in Berlin-Wilmersdorf, einem zum früheren Berlin-West gehörenden Stadtteil, begangen, wo § 175 StGB gilt. In den östlichen Bezirken Berlins und im sonstigen in Art. 3 des Einigungsvertrages bezeichneten Gebiet gilt dagegen nach dem Einigungsvertrag die am 1. Juli 1989 in Kraft getretene Vorschrift des § 149 StGB-DDR (Anl. II Kap. III Sachgebiet C Nr. 1; vgl. auch Anl. I Kap. III Sachgebiet C Abschn. III Nr. 1). Diese Vorschrift ist nach Tatbestandsfassung und Strafandrohung milder als § 175 StGB: Das Schutzalter ist auf sechzehn Jahre begrenzt; strafbar sind der Geschlechtsverkehr und geschlechtsverkehrsähnliche Handlungen, sofern der junge Mensch dazu unter Ausnutzung seiner moralischen Unreife durch Geschenke, Versprechungen oder in ähnlicher Weise mißbraucht worden ist; die Höchststrafe beträgt zwei Jahre Freiheitsstrafe. 4

Nach § 175 StGB sind tatbestandsmäßig sämtliche sexuellen Handlungen, die ein Mann im Alter von mehr als achtzehn Jahren an einem Mann unter achtzehn Jahren vornimmt; angedroht ist Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. 5

Diese unterschiedliche strafrechtliche Beurteilung gleichartiger Taten verstößt im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht gegen 6

den Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1). Sie ist die Folge einer beitriffsbedingten Übergangsregelung mit vorübergehendem Geltungsanspruch. Es ist nicht sachfremd und damit nicht willkürlich, daß durch den Einigungsvertrag dem Gesetzgeber Gelegenheit gegeben worden ist, innerhalb einer angemessenen Frist eine einheitliche Regelung für ganz Deutschland vorzubereiten (BGH, Senatsbeschuß vom 8. April 1992 - 5 StR 128/92 = NSTZ 1992, 383). Die Bundesregierung hat am 18. März 1993 dem Deutschen Bundestag den Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes - §§ 175, 182 StGB - (BT-Drucks. 12/4584) zugeleitet. Der Bundesrat hat am 6. November 1992 einen Gesetzesentwurf "zur Änderung des Sexualstrafrechts (§§ 175, 176 a, 182 StGB)" eingebracht (BT-Drucks. 12/4232). Dem Bundestag liegen ferner zwei Gesetzesentwürfe aus der Mitte des Bundestages vor (BT-Drucks. 12/850, 1899).

2. Dagegen kann der Strafausspruch nicht bestehen bleiben, soweit er die Taten betrifft, die ausschließlich nach § 175 StGB zu ahnden sind. 7

Dabei kommt es nicht auf die Frage an, ob bevorstehende Gesetzesänderungen bei der Strafzumessung zu erwägen sind. Denn hier kann die Strafzumessung nicht ohne Berücksichtigung der Besonderheiten vorgenommen werden, die mit der schon bestehenden unterschiedlichen Rechtslage innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und mit der Anwendung der strengeren Vorschrift verbunden sind: 8

Für das Gewicht eines strafrechtlichen Verstoßes kann nicht unerheblich sein, daß dieser in einem anderen Teilgebiet der Bundesrepublik Deutschland - in Berliner Fällen: in einem anderen Teil der Stadt - einer mildereren Strafbestimmung unterliegt. Dabei ist zu bedenken, daß durch den Einigungsvertrag die Vorschrift des § 149 StGB-DDR in ihrem Geltungsbereich Recht der Bundesrepublik Deutschland geworden ist. Das Nebeneinander der beiden Vorschriften (§ 175 StGB, § 149 StGB-DDR) läßt seit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages beide Vorschriften, also auch § 175 StGB, als Übergangsbestimmungen erscheinen. Die nunmehr seit mehr als drei Jahren anhaltende Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte innerhalb der Bundesrepublik Deutschland muß, auch wenn sie wegen des beitriffsbedingten Übergangscharakters hinsichtlich des Schuldspruchs hinzunehmen ist, bei der Bewertung der Tatschwere berücksichtigt werden. Der Senat hat keine Anhaltspunkte dafür, daß eine künftige Neuregelung den bisherigen § 175 StGB auf das Beitrittsgebiet erstrecken würde. 9

Der Senat kann trotz des Gewichts der Taten nicht ausschließen, daß der Tatrichter bei Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte mildere Strafen verhängt hätte. 10

Zur Gesamtstrafenbildung verweist der Senat auf BGHR StGB § 54 Abs. 1 Bemessung 2. 11