

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 340

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 340, Rn. X

## BGH 2 StR 461/20 - Beschluss vom 2. Februar 2021 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

### § 349 Abs. 2 StPO

#### Entscheidungenstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 25. Juni 2020

a) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass aa) der Angeklagte wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen und Besitz kinderpornografischer Schriften in zwei Fällen, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen und sexuellem Übergriff, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen, versuchtem sexuellen Übergriff und Besitz kinderpornografischer Schriften in vier Fällen, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Übergriff und Herstellung kinderpornografischer Schriften, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Übergriff und Besitz kinderpornografischer Schriften in drei Fällen, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Herstellung kinderpornografischer Schriften in drei Fällen sowie wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Besitz kinderpornografischer Schriften und der Herstellung kinderpornografischer Schriften verurteilt ist; bb) die Verurteilung wegen tateinheitlicher Besitzverschaffung kinderpornografischer Schriften im Fall II.5 der Urteilsgründe entfällt;

b) mit den Feststellungen aufgehoben aa) im gesamten Strafausspruch, bb) hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung sowie cc) im Ausspruch über die Einziehung, soweit eine externe Festplatte der Marke I. (3 GB) eingezogen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die den Nebenklägerinnen im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere als Jugendschutzkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen „wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Vergewaltigung in weiterer Tateinheit mit Sichverschaffen kinderpornografischer Schriften in zwei Fällen [Fälle II.7 und II.11 der Urteilsgründe], wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen, in weiterer Tateinheit mit sexuellem Übergriff und Sichverschaffen kinderpornografischer Schriften in einem Fall [Fall II.5 der Urteilsgründe], wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch Schutzbefohleener, in weiterer Tateinheit mit versuchtem sexuellen Übergriff und mit Sichverschaffen kinderpornografischer Schriften in vier Fällen [Fälle II.1-II.4 der Urteilsgründe], wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Übergriff in weiterer Tateinheit mit Sichverschaffen bzw. Herstellung kinderpornografischer Schriften in vier Fällen [Fälle II.6, II.9, II.10 und II.12 der Urteilsgründe], wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Sichverschaffen bzw. Herstellung kinderpornografischer Schriften in vier Fällen [Fälle II.8, II.13-II.15 der Urteilsgründe] sowie wegen Herstellung kinderpornografischer Schriften [Fall II.16 der Urteilsgründe]“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und vier Monaten verurteilt, seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet und eine näher bezeichnete externe Festplatte sowie ein Mobiltelefon eingezogen. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). 1

1. Die Verurteilung wegen einer in den Fällen II.7 und II.11 der Urteilsgründe tateinheitlich ausgeurteilten Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB sowie der in den Fällen II.1-II.11 der Urteilsgründe tateinheitlich ausgeurteilten Besitzverschaffung kinderpornografischer Schriften gemäß § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB i.d.F. vom 31. Oktober 2008 erweist sich als durchgreifend rechtfehlerhaft. 2

a) Die Verurteilung wegen Vergewaltigung in den Fällen II.7 und II.11 der Urteilsgründe hat keinen Bestand. Entgegen 3  
der Wertung der Strafkammer stellt sich - bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise - die seit dem 10.  
November 2016 geltende Fassung der § 177 Abs. 2 Nr. 1, § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB in den Fällen, in denen der  
Tatrichter - wie hier - einen besonders schweren Fall entsprechend dem Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1  
StGB annimmt, nicht als milderes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB gegenüber der bis zum 9. November 2016  
geltenden Fassung des § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB dar (vgl. Senat, Urteil vom 28. Februar 2018 - 2 StR 45/17, juris Rn.  
15; BGH, Beschlüsse vom 5. Juli 2017 - 4 StR 31/17, juris Rn. 3; vom 16. Mai 2017 - 3 StR 43/17, juris Rn. 6). Es  
verbleibt damit auch hinsichtlich des Schuldspruchs bei der Anwendung des § 179 StGB aF (vgl. Senat, Urteil vom  
28. Februar 2018 - 2 StR 45/17, aaO).

b) Auch die tateinheitliche Verurteilung in den Fällen II.1-II.11 der Urteilsgründe wegen Sichverschaffens von 4  
kinderpornografischen Schriften gemäß § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB aF erweist sich als rechtsfehlerhaft. Zwar  
verwirklichte der Angeklagte jeweils die Voraussetzungen des Tatbestandes, weil er sich mit der Aufzeichnung der  
Missbrauchshandlungen zur späteren eigenen Verwendung kinderpornografische Schriften verschaffte, die ein  
tatsächliches Geschehen wiedergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2019 - 3 StR 264/19, juris Rn. 11  
mwN). Nach den Urteilsfeststellungen kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die maßgebliche  
Verjährungsfrist von fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) im Zeitpunkt der ersten - die Verjährung unterbrechenden ?  
Vernehmung des Angeklagten am 8. November 2019 bereits abgelaufen war, so dass der Verfolgbarkeit der  
Verschaffungstaten das Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung entgegensteht. Denn der Angeklagte beging  
die Taten II.1-II.11 der Urteilsgründe im Jahr 2014, so dass in Anwendung des auch bei der Prüfung des  
Verfahrenshindernisses der Verfolgungsverjährung geltenden Zweifelssatzes (vgl. BGH, Beschluss vom 17.  
Dezember 2020 - 4 StR 437/20 mwN) von einer Beendigung des Verschaffungsaktes vor dem 8. November 2014  
auszugehen ist.

Damit kommt in den Fällen II.1-II.4 und II.6-II.11 der Urteilsgründe - das Tatvideo im Fall II.5 der Urteilsgründe war zu 5  
einem nicht bekannten Zeitpunkt vor der Sicherstellung der übrigen Dateien am 9. November 2019 vom Angeklagten  
aufgrund dessen schlechter Qualität gelöscht worden - der Auffangtatbestand des bis zur Sicherstellung andauernden  
Besitzes (§ 184b Abs. 3 nF, § 2 Abs. 2 StGB) der verschiedenen Tatvideos zur Anwendung (vgl. BGH, Beschluss  
vom 18. Dezember 2019 - 3 StR 264/19, juris Rn. 14 mwN). Der Besitz der kinderpornografischen Schriften in den  
Fällen II.1-II.4 und II.6-II.11 der Urteilsgründe stellt sich hier ausnahmsweise (vgl. zur Einheitlichkeit des Besitzes  
kinderpornografischer Schriften als Dauerdelikt Senat, Beschluss vom 15. Januar 2020 - 2 StR 321/19, juris Rn. 19  
mwN) jeweils als eigenständiges Vergehen nach § 184b Abs. 3 StGB nF dar; denn der gleichzeitige Besitz mehrerer  
kinderpornografischer Schriften bewirkt nur dann eine Verknüpfung zu einer Tat, wenn nicht - wie hier - selbständige  
Verschaffungstaten festgestellt sind (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juli 2008 - 3 StR 215/08, juris Rn. 5). Dass der  
Angeklagte wegen des zwischenzeitlich eingetretenen Verfahrenshindernisses der Verjährung nicht nach § 184b Abs.  
4 Satz 1 StGB aF, sondern nur nach dem wiederauflebenden Besitztatbestand verurteilt werden kann, ändert an der  
konkurrenzrechtlichen Bewertung nichts (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2019 - 3 StR 264/19, juris Rn. 23).

c) Der Senat ändert den Schuldspruch im vorgenannten Sinne ab. § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich der 6  
geständige Angeklagte hiergegen nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Im Fall II.5 der  
Urteilsgründe hat die tateinheitliche Verurteilung wegen eines Vergehens nach § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB aF bzw. §  
184b Abs. 3 StGB nF zu entfallen, da nach den Feststellungen nicht auszuschließen ist, dass der Angeklagte das  
zunächst erstellte Tatvideo in rechtsverjährter Zeit gelöscht und damit den Besitz an dieser kinderpornografischen  
Schrift bereits zu diesem Zeitpunkt endgültig aufgegeben hatte (vgl. zur Besitzaufgabe durch Löschung Senat, Urteil  
vom 28. März 2018 - 2 StR 311/17, juris Rn. 34 mwN). Da ergänzende Feststellungen insoweit nicht zu erwarten  
sind, hat die tateinheitliche Verurteilung wegen der Besitzverschaffung von kinderpornografischen Schriften in diesem  
Fall zu entfallen.

2. Der Strafausspruch unterfällt in Gänze der Aufhebung. 7

a) Die Strafkammer hat bei der Strafzumessung in mehrfacher Hinsicht gegen das Doppelverwertungsverbot (§ 46 8  
Abs. 3 StGB) verstoßen.

aa) Sie hat in den Fällen II.1-II.6, II.8-II.10 und II.12-II.15 der Urteilsgründe straferschwerend gewertet, dass der 9  
Angeklagte „immer wieder Gelegenheiten zu weiteren heimlichen Tatbegehungen schuf und ausnutzte, wobei er das  
Wohl der Geschädigten jeweils seinem eigenen sexuellen Interesse untergeordnet“ bzw. ? in den Fällen II.7 und II.11  
der Urteilsgründe ? „das Wohl der Geschädigten vollkommen und rücksichtslos seinen eigenen sexuellen Interessen  
unter[geordnet]“ habe. Damit hat die Strafkammer zum einen rechtsfehlerhaft darauf abgestellt, dass der Angeklagte  
die Straftaten überhaupt begangen hat. Zum anderen gehört es zum Regelbild der Tatbestände der §§ 176 und 176a  
StGB, dass sich der Angeklagte über die Interessen des missbrauchten Kindes hinwegsetzt (vgl. Senat, Beschlüsse  
vom 17. Oktober 2018 - 2 StR 367/18, juris Rn. 4; vom 4. August 1999 - 2 StR 312/99, BGHR StGB § 46 Abs. 3  
Sexualdelikte 4; BGH, Beschlüsse vom 8. Januar 2014 - 3 StR 318/13, juris Rn. 5; vom 14. Dezember 2004 - 4 StR

bb) Ferner hat die Strafkammer in den Fällen II.1-II.5 der Urteilsgründe neben dem zutreffenden Umstand, dass der Angeklagte bei der Tatbegehung mehrere Delikte Tateinheitlich verwirklicht hat, auch zu dessen Nachteil gewertet, dass dieser „systematisch das von den Eltern der Geschädigten und den Geschädigten selbst in ihn gesetzte Vertrauen für die jeweiligen Tatbegehungen missbrauchte“. Damit hat die Strafkammer ebenfalls gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen. Eine Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert, dass das Tatopfer dem Angeklagten „anvertraut“ war. Das danach erforderliche Obhutsverhältnis setzt voraus, dass der Täter - regelmäßig im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einvernehmen mit dem Sorgeberechtigten - gegenüber dem Opfer eine übergeordnete Stellung einnimmt oder dass dieses ihn zumindest als Vertrauensperson anerkennt (vgl. BGH, Beschluss vom 21. April 1995 - 3 StR 526/94, BGHSt 41, 137, 139; MüKo-StGB/Renzikowski, 3. Aufl., § 174 Rn. 25; vgl. auch Senat, Beschluss vom 26. Januar 2000 - 2 StR 612/99, juris Rn. 7; BGH, Beschlüsse vom 25. Februar 1997 - 4 StR 409/96, juris Rn. 9; vom 17. Dezember 1993 - 4 StR 713/93, juris Rn. 5; OLG Bamberg, Beschluss vom 9. Oktober 2017 - 3 OLG 6 Ss 94/17, NStZ-RR 2017, 369, jeweils zu § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB).

b) Erheblichen Bedenken begegnet auch die Begründung der Strafzumessung in den Fällen II.6-II.15 der Urteilsgründe, soweit die Strafkammer bei allen Einzelstrafen die bei der Geschädigten im Nachgang zu den Taten feststellbaren negativen Tatfolgen berücksichtigt hat. Handelt es sich bei psychischen Beeinträchtigungen von Tatopfern um Folgen aller Taten, so können diese dem Angeklagten ausschließlich bei der Gesamtstrafenbildung uneingeschränkt angelastet werden. Nur wenn sie unmittelbare Folge bereits einzelner Taten sind, können sie mit ihrem vollen Gewicht bei der Bemessung der Einzelstrafe in Ansatz gebracht werden (vgl. Senat, Beschluss vom 5. November 2019 - 2 StR 469/19, juris Rn. 2; Urteil vom 5. September 2018 - 2 StR 454/17, juris Rn. 30, jeweils mwN; offen gelassen BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - 5 StR 541/17, juris Rn. 10).

c) Der Senat hebt auch den für sich genommenen rechtsfehlerfreien Strafausspruch im Fall II.16 der Urteilsgründe auf, um dem neuen Tatgericht eine in sich stimmige Bemessung der Einzelstrafen zu ermöglichen.

3. Der Entfall der Einzelstrafen entzieht der Gesamtfreiheitsstrafe die Grundlage. Beides führt zum vorläufigen Wegfall der formellen Voraussetzungen der angeordneten Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung.

4. Die Einziehungsentscheidung hat keinen Bestand, soweit die Strafkammer die Einziehung der sichergestellten externen Festplatte angeordnet hat. Nach § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB sind zwar Beziehungsgegenstände der Tat zwingend einzuziehen. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen belegen auch, dass der Angeklagte die Festplatte zum Speichern der inkriminierten Tatvideos verwendete. Es fehlen indes Feststellungen dazu, ob es angesichts des Wertes der sichergestellten Festplatte technisch mit verhältnismäßigem Aufwand möglich ist, die dort gespeicherten Dateien in einer Weise zu löschen, dass diese nicht wiederhergestellt werden können. Solche wären aber zu treffen gewesen, weil für Anordnungen gemäß § 184b Abs. 6 StGB der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt (§ 74f StGB) und gegebenenfalls von der Möglichkeit des § 74f Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht werden muss (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Mai 2020 - 2 StR 448/19, juris Rn. 2; BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 - 5 StR 65/18, juris Rn. 9 f. mwN).

5. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass die in die im Übrigen rechtsfehlerfreie Gefährlichkeitsprognose eingestellte Wertung der Strafkammer, diese könne auch aus dem Umstand hergeleitet werden, der Angeklagte habe „in Kenntnis seiner Neigung und der begangenen Taten [...] gemeinsam mit seiner Ehefrau ernsthaft die Möglichkeit in Betracht gezogen [...], selbst ein Kind zu adoptieren“, in den Feststellungen keine hinreichende Grundlage erfährt. Denn es bleibt offen, wann der Angeklagte und seine Ehefrau die dort beschriebenen Adoptionsbemühungen entfaltet haben. Ungeachtet dessen erschließt sich nicht ohne Weiteres, inwiefern den vormaligen Adoptionsbemühungen des Angeklagten ein tragfähiger Beleg für dessen zukünftige Gefährlichkeit entnommen werden kann.