

HRRS-Nummer: HRRS 2025 Nr. 638

Bearbeiter: Felix Fischer/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2025 Nr. 638, Rn. X

### BGH 2 StR 305/24 - Beschluss vom 28. Januar 2025 (LG Gera)

**Konkurrenzen (Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften; Herstellen kinder- und jugendpornographischer Schriften; Gesetzeskonkurrenz; Verklammerung; Tatmehrheit); Strafzumessung (Wechselwirkung von Strafzumessungsgründen: Berücksichtigung der Anordnung der Sicherungsverwahrung, behandlungs- und freiheitsorientierter Strafvollzug, Übermaßverbot).**

§ 46 StGB; § 66 StGB; 66c StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 184b StGB a.F.; § 184c StGB a.F.

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Dient das Herstellen kinderpornografischer Schriften zugleich der Verschaffung von Eigenbesitz und fallen deshalb der Herstellungs- und der Beschaffungsakt zusammen, wird das Unrecht der Tat von der Tatvariante des Herstellens gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. vollständig umfasst. Der - als Auffangtatbestand konzipierte - Besitz kinderpornografischer Schriften nach § 184b Abs. 3 StGB tritt in diesem Fall nicht nur hinter das Sich-Verschaffen kinderpornografischer Schriften nach dieser Vorschrift, sondern auch hinter die Tatvariante des Herstellens kinderpornografischer Schriften gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. zurück.

2. Etwas anderes gilt, wenn der Besitz in quantitativer Hinsicht über die hergestellten Schriften hinausgeht. Unter dieser Voraussetzung tritt der Besitz tateinheitlich zum Herstellen hinzu. Verschiedene in Tatmehrheit zueinander stehende Herstellungsakte im Sinne von § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. werden jedoch nicht durch den nachfolgenden Besitz nach § 184b Abs. 3 StGB zu einer Tat verklammert. Denn auf Grund der erheblich unterschiedlichen Strafdrohungen fehlt es an der insoweit vorausgesetzten annähernden Wertgleichheit der Delikte.

3. Das Drittbesitzverschaffen kinderpornografischer Schriften gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB a. F. verdrängt ebenfalls grundsätzlich den Besitz solcher Schriften gemäß § 184b Abs. 3 StGB. Das betrifft jedoch ausschließlich den Zeitraum der Drittbesitzverschaffung, nicht die Zeit danach, und nur die verschafften Dateien. Geht der Besitz in zeitlicher und quantitativer Hinsicht über den für die Drittbesitzverschaffung erforderlichen Besitz hinaus, tritt das Dauerdelikt des verbotenen Besitzes tateinheitlich neben das Drittbesitzverschaffen. Auch insoweit gilt, dass der gleichzeitige Besitz des von mehreren Akten der Drittbesitzverschaffung betroffenen Materials nicht geeignet ist, diese Akte zu einer Tat zu verklammern.

4. Der Senat neigt dazu, künftig in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr daran festzuhalten, dass die zugleich angeordnete Sicherungsverwahrung wegen einer nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zu berücksichtigenden Wechselwirkung bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO ist. Insbesondere der auf die Resozialisierung des Täters gerichtete § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB legt eine derartige Berücksichtigung nicht nahe, weil das insoweit in den Blick zu nehmende Übermaßverbot bei der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung durch die gegenwärtigen Anordnungs- und Vollstreckungsregelungen gewährleistet wird.

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gera vom 31. Januar 2024

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte schuldig ist - des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in 46 Fällen, davon in fünf Fällen in Tateinheit mit Herstellen kinderpornographischer Schriften, Besitz kinderpornographischer Schriften und Besitz jugendpornographischer Schriften und in weiteren fünf Fällen in Tateinheit mit Herstellen kinderpornographischer Inhalte, Besitz kinderpornographischer Inhalte und Besitz jugendpornographischer Inhalte, - der sexuellen Nötigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern, - des sexuellen Missbrauchs von Kindern in sechs Fällen, davon in einem Fall versucht, - des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen in vier Fällen, - der Drittbesitzverschaffung kinderpornographischer Inhalte in sechs Fällen, jeweils in Tateinheit mit Besitz kinderpornographischer Inhalte und Besitz jugendpornographischer Inhalte, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Drittbesitzverschaffung jugendpornographischer Inhalte, und - des Besitzes kinderpornographischer Inhalte in Tateinheit mit Besitz jugendpornographischer Inhalte;

b) aufgehoben im Ausspruch über die Einzelstrafe im Fall 64 der Urteilsgründe; diese Einzelstrafe entfällt.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels und die dem Nebenkläger im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen 1

- schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in 46 Fällen, davon in fünf Fällen in Tateinheit mit Herstellen von kinderpornographischen Schriften und in weiteren fünf Fällen in Tateinheit mit Herstellen von kinderpornographischen Inhalten,  
- sexueller Nötigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern,  
- sexuellen Missbrauchs von Kindern in sechs Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb,  
- sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen in vier Fällen,  
- Besitzes kinderpornographischer Inhalte in Tateinheit mit Besitz jugendpornographischer Inhalte in zwei Fällen und  
- des Besitzverschaffens kinderpornographischer Inhalte in sechs Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Besitzverschaffen von jugendpornographischen Inhalten  
zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet.

Seine auf die Sachrüge gestützte Revision hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie 2  
unbegründet.

#### I.

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen missbrauchte der Angeklagte im Zeitraum Sommer 2016 bis 3  
Oktober 2022 in einer Vielzahl von Fällen Kinder und Jugendliche. Zum Teil fertigte er davon Bild- und Videodateien, die er in einigen Fällen über den Messengerdienst WhatsApp an Dritte versandte. Am 23. November 2021 und am 8. Februar 2023 fanden bei dem Angeklagten Hausdurchsuchungen statt, wobei jeweils große Mengen kinder- und jugendpornographischer Materials sichergestellt wurden.

#### II.

1. Der Schuldspruch bedarf - wie vom Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt - der teilweisen Änderung. 4

Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses im Zusammenhang mit Fall 64 der Urteilsgründe ist fehlerhaft. Gegenstand 5  
dieses Falls ist der Besitz von kinder- und jugendpornographischen Bild- und Videodateien, die bei der ersten Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten am 23. November 2021 sichergestellt wurden. Die Strafkammer ist insoweit von einer selbständigen Tat des Besitzes kinderpornographischer Inhalte gemäß § 184b Abs. 3 StGB in der Fassung vom 16. Juni 2021 in Tateinheit mit Besitz jugendpornographischer Inhalte gemäß § 184c Abs. 3 StGB ausgegangen.

Darin liegt eine unzutreffende konkurrenzrechtliche Bewertung im Verhältnis zu anderen urteilsgegenständlichen Fällen. 6  
Der Generalbundesanwalt hat dazu ausgeführt:

„Das von der Strafkammer angenommene Verhältnis von Tatmehrheit zwischen der Tat in Fall 64 und den zuvor vom 7  
Angeklagten begangenen Taten des Herstellens kinderpornografischer Schriften beziehungsweise Inhalte gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB [in den Fassungen bis zum 30. Juni 2021] (in Tateinheit mit schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB a. F.) in den Fällen 7 und 9 bis 17 und des Drittbesitzverschaffens kinderpornografischer Inhalte gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB a. F. (zum Teil in Tateinheit mit Drittbesitzverschaffen jugendpornografischer Inhalte gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 2 StGB) in den Fällen 58 bis 63 hält revisionsrechtlicher Überprüfung [...] nicht stand.

Gegenstand dieser Fälle ist das Anfertigen kinderpornografischer Bild- und Videodateien anlässlich sexueller Handlungen 8  
zwischen dem Angeklagten und dem Nebenkläger in der Zeit von Juli 2019 bis März 2021 (Fälle 7, 9 bis 17) und das Versenden kinder- und jugendpornografischer Bild- und Videodateien über Messengerdienste an Dritte im März und April 2021 (Fälle 58 bis 63), davon in einem Fall (Fall 58) den Nebenkläger zeigende Bildaufnahmen. Wenngleich die Urteilsgründe sich nicht eindeutig zu den Umständen verhalten, unter denen die tatgegenständlichen Dateien sichergestellt worden sind, können sie nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe nur im Zusammenhang mit der Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten am 23. November 2021 entdeckt worden sein. [...] Der Angeklagte hatte die von ihm angefertigten und an Dritte versandten Dateien folglich am 23. November 2021 weiterhin in Besitz.

Dient das Herstellen kinderpornografischer Schriften zugleich der Verschaffung von Eigenbesitz und fallen deshalb der 9  
Herstellungs- und der Beschaffungsakt zusammen, wird das Unrecht der Tat von der Tatvariante des Herstellens gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. vollständig umfasst. Der - als Auffangtatbestand konzipierte - Besitz kinderpornografischer Schriften nach § 184b Abs. 3 StGB tritt in diesem Fall nicht nur hinter das Sich-Verschaffen

kinderpornografischer Schriften nach dieser Vorschrift, sondern auch hinter die Tatvariante des Herstellens kinderpornografischer Schriften gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. zurück (vgl. BGH, Beschluss vom 31. März 2021 - 4 StR 48/21, Rn. 5 f.). Etwas anderes gilt, wenn der Besitz in quantitativer Hinsicht über die hergestellten Schriften hinausgeht. Unter dieser Voraussetzung tritt der Besitz tateinheitlich zum Herstellen hinzu. Verschiedene in Tateinheit zueinander stehende Herstellungsakte im Sinne von § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. werden jedoch nicht durch den nachfolgenden Besitz nach § 184b Abs. 3 StGB zu einer Tat verklammert. Denn auf Grund der erheblich unterschiedlichen Strafdrohungen fehlt es an der insoweit vorausgesetzten annähernden Wertgleichheit der Delikte (vgl. BGH, Beschluss vom 29. November 2023 - 3 StR 301/23, Rn. 5 f. m. w. N.).

Das Drittbesitzverschaffen kinderpornografischer Schriften gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB a. F. verdrängt ebenfalls 10 grundsätzlich den Besitz solcher Schriften gemäß § 184b Abs. 3 StGB. Das betrifft jedoch ausschließlich den Zeitraum der Drittbesitzverschaffung, nicht die Zeit danach, und nur die verschafften Dateien. Geht der Besitz in zeitlicher und quantitativer Hinsicht über den für die Drittbesitzverschaffung erforderlichen Besitz hinaus, tritt das Dauerdelikt des verbotenen Besitzes tateinheitlich neben das Drittbesitzverschaffen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Januar 2022 - 1 StR 424/21, Rn. 6). Auch insoweit gilt, dass der gleichzeitige Besitz des von mehreren Akten der Drittbesitzverschaffung betroffenen Materials nicht geeignet ist, diese Akte zu einer Tat zu verklammern (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juli 2008 - 3 StR 215/08, Rn. 6).

Der Angeklagte hat sich daher in den Fällen 7 und 9 bis 17 jeweils des Herstellens von kinderpornografischen Schriften 11 beziehungsweise Inhalten gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. (in Tateinheit mit schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB a. F.) in Tateinheit mit Besitz kinderpornografischer Schriften beziehungsweise Inhalte gemäß § 184b Abs. 3 StGB (und Besitz jugendpornografische[r] Schriften beziehungsweise Inhalte gemäß § 184c Abs. 3 StGB) schuldig gemacht. In den Fällen 58 bis 63 hat er sich jeweils des Drittbesitzverschaffens kinderpornografischer Inhalte gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB a. F. (davon in den Fällen 59 und 61 in Tateinheit mit Drittbesitzverschaffen jugendpornografischer Inhalte gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 2 StGB) in Tateinheit mit Besitz kinderpornografischer Inhalte gemäß § 184b Abs. 3 StGB (und Besitz jugendpornografischer Inhalte gemäß § 184c Abs. 3 StGB) schuldig gemacht. Ein im Verhältnis dazu selbständiger Besitz kinderpornografischer Inhalte (in Tateinheit mit Besitz jugendpornografischer Inhalte) in Fall 64 ist nicht gegeben.“ Dem schließt sich der Senat an (vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Juni 2024 - 2 StR 101/24, NStZ 2024, 669) und ändert den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da der Angeklagte sich nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

2. Die Änderung des Schuldspruchs führt zum Wegfall der in Fall 64 der Urteilsgründe festgesetzten Einzelstrafe. Dies 12 lässt die Gesamtfreiheitsstrafe unberührt. Der Senat kann ausschließen, dass die Strafkammer angesichts der hohen Zahl weiterer Einzelstrafen von bis zu fünf Jahren und sechs Monaten bei zutreffender konkurrenzrechtlicher Würdigung auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte, zumal eine Änderung des Konkurrenzverhältnisses den Unrechtsund Schuldgehalt regelmäßig nicht berührt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 2. Juli 2024 - 2 StR 104/24, Rn. 8, und vom 16. August 2022 - 4 StR 226/21, Rn. 5 mwN).

Im Übrigen weist der Strafausspruch Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht auf. Die Strafkammer war 13 insbesondere nicht gehalten, die rechtsfehlerfrei auf § 66 Abs. 2 und 3 Satz 2 StGB gestützte Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung strafmildernd zu berücksichtigen. Eine derartige Pflicht käme nach bisheriger Rechtsprechung des Senats nur im Einzelfall bei Vorliegen besonderer - hier nicht ersichtlicher - Umstände in Betracht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Januar 2021 - 2 StR 188/20, Rn. 16; vom 30. März 2021 - 2 StR 18/21, StV 2022, 293, und vom 31. August 2021 - 2 StR 140/21, NStZ-RR 2021, 367, 368).

Zudem neigt der Senat dazu, künftig in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. 14 Januar 2021 - 2 StR 188/20, Rn. 16; vom 30. März 2021 - 2 StR 18/21, StV 2022, 293, und vom 31. August 2021 - 2 StR 140/21, NStZ-RR 2021, 367, 368) nicht mehr daran festzuhalten, dass die zugleich angeordnete Sicherungsverwahrung wegen einer nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zu berücksichtigenden Wechselwirkung bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO ist. Insbesondere der auf die Resozialisierung des Täters gerichtete § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2017 - GSSt 2/17, BGHSt 62, 184, 191 f. Rn. 24; LK-StGB/Schneider, 14. Aufl., § 46 Rn. 33) legt eine derartige Berücksichtigung nicht nahe, weil das insoweit in den Blick zu nehmende Übermaßverbot bei der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung durch die gegenwärtigen Anordnungs- und Vollstreckungsregelungen gewährleistet wird (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Mai 2022 - 4 StR 99/22, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Strafzumessung 2, BGHR StPO § 267 Abs. 3 Satz 1 Strafzumessung 24, Rn. 7).

Die bundesrechtliche Vorgabe des § 66c StGB, wonach bereits der der Maßregel vorausgehende Strafvollzug 15 „behandlungs- und freiheitsorientiert“ ausgestaltet werden und dem Verurteilten eine individuelle und intensive Betreuung und Behandlung zuteilwerden muss (vgl. BT-Drucks. 17/9874, S. 11, 14), haben die Länder durch entsprechende, ein normatives Programm für die Vollzugsgestaltung in Form von Gestaltungsgrundsätzen enthaltende Regelungen in ihren Strafvollzugsgesetzen umgesetzt (vgl. Übersicht bei Laubenthal/Nestler/Neubacher/Verrel/Baier-Neubacher, Strafvollzugsgesetze, 13. Aufl., Kapitel B III., vgl. auch dort Rn. 65 sowie Kapitel A, Rn. 39; van Gemmeren in Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 7. Aufl., Rn. 496a; Leuschner/Dessecker, FS 2024, 11 ff.).

Verfahrensrechtlich abgesichert werden diese gesetzlichen Vorgaben durch den umgestalteten Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Sicherungsverwahrung (vgl. BT-Drucks. 17/9874, S. 28). Das besondere gesetzgeberische Interesse an der Durchführung und Kontrolle entsprechender Maßnahmen findet in § 119a StVollzG Ausdruck, nach dessen Absatz 1 bei angeordneter oder vorbehaltener Sicherungsverwahrung eine periodische strafvollzugsbegleitende gerichtliche Kontrolle darüber vorgesehen ist, ob dem Gefangenen eine § 66c Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB entsprechende Betreuung angeboten wurde (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9. Mai 2016 - 1 Ws 169/15, NStZ-RR 2016, 260 ff.; OLG Hamm, Beschlüsse vom 4. Juli 2017 - III-1 Vollz (Ws) 310/16, und vom 11. Oktober 2018 - 1 Vollz (Ws) 340/18; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. Mai 2018 - 3 Ws 366/18; OLG Koblenz, Beschluss vom 6. Februar 2020 - 4 Ws 859/19, Rn. 9 ff.; KG, Beschlüsse vom 25. Februar 2020 - 2 Ws 183/19, StraFo 2020, 246 ff.; vom 31. August 2021 - 2 Ws 55/21, und vom 18. Juli 2023 - 2 Ws 59/23, Rn. 11 ff.; OLG Celle, Beschlüsse vom 19. April 2021 - 3 Ws 8/21 (StrVollz), FS 2021, 288 ff., und vom 30. August 2022 - 3 Ws 383/22, StraFo 2022, 403 f.).

3. Der geringfügige Teilerfolg der Revision rechtfertigt es nicht, den Angeklagten teilweise von den durch sein 16 Rechtsmittel veranlassten Kosten und Auslagen freizustellen (§ 473 Abs. 4 StPO).