

HRRS-Nummer: HRRS 2023 Nr. 165

Bearbeiter: Fabian Afshar

Zitiervorschlag: HRRS 2023 Nr. 165, Rn. X

### BGH 3 StR 249/22 - Urteil vom 30. November 2022 (LG Krefeld)

Vergewaltigung (Konkurrenzen); Drittbesitzverschaffung kinderpornografischer Inhalte (Urteilstenor);  
Einziehung von Tatmitteln (Strafzumessung bei Entzug eines Gegenstandes von nicht unerheblichem Wert;  
Verhältnismäßigkeit).

§ 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB aF; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 179 Abs. 1 StGB aF;  
§ 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO

#### Leitsätze

1. Die Unfähigkeit, einen sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB), kann auch auf der altersmäßigen Entwicklung eines Kindes beruhen. Eine Vergewaltigung unter Ausnutzung dieser Lage steht in Idealkonkurrenz mit schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern. Insoweit stellt sich die Rechtslage seit der Neufassung des § 177 StGB durch das Fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 anders dar als bei dem Tatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen nach § 179 Abs. 1 StGB aF (Abgrenzung von BGHSt 30, 144). (BGHSt)

2. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist es geboten, die tatsächlich verwirklichte Tathandlungsvariante von § 184b StGB im Tenor zum Ausdruck zu bringen und insoweit nicht auf die gesetzliche Überschrift zurückzugreifen. (Bearbeiter)

#### Entscheidungstenor

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Krefeld vom 15. Dezember 2021 werden verworfen; jedoch wird der Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte in den Fällen II. 2 bis II. 12 der Urteilsgründe jeweils anstelle der Verbreitung von kinderpornografischen Schriften der Drittbesitzverschaffung kinderpornografischer Inhalte schuldig ist.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels und die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren dadurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen. Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Vergewaltigung und mit Körperverletzung, wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in kinderpornografischer Absicht in Tateinheit mit Verbreitung von kinderpornografischen Schriften sowie wegen Verbreitung von kinderpornografischen Schriften in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Zudem hat es die Einziehung eines Mobiltelefons angeordnet. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen. Der Angeklagte wendet sich mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision gegen seine Verurteilung. Die Staatsanwaltschaft richtet sich mit ihrer zuungunsten des Angeklagten eingelegten Revision gegen den Strafausspruch und rügt ebenfalls die Verletzung materiellen Rechts. Beide Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg; die Revision des Angeklagten führt lediglich zu einer Klarstellung des Schuldspruchs.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

1. Als der Angeklagte am 2. Juni 2021 allein mit der damals einjährigen Geschädigten in einem Zimmer war, um sie zu wickeln, drang er mit einem Finger in ihre Scheide ein. Hierdurch verursachte er eine Hautunterblutung, die stationärer ärztlicher Behandlung bedurfte.

2. Im Mai 2021 filmte er sich dabei, wie er vor der Geschädigten onanierte, um das Video in einschlägigen Foren zu verbreiten oder an gleichgesinnte Chatpartner zu schicken. Dementsprechend versandte er es am 27. Mai 2021 an einen solchen. Bei der Aufnahme schaute das Kind auch in seine Richtung.

3. Zu zehn unterschiedlichen Zeiten im März 2021 verschickte der Angeklagte jeweils kinderpornografische Bilddateien und ein Video an einen Adressaten.

## II.

Die Revision des Angeklagten ist unbegründet und hat lediglich eine Änderung des Schuldspruchs zur Folge. 6

1. Der Schuldspruch wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Vergewaltigung und mit vorsätzlicher Körperverletzung (s. oben unter I. 1.) ist nicht zu beanstanden. 7

a) Das Landgericht hat zutreffend den zur Tatzeit geltenden Straftatbestand des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176a Abs. 2 Nr. 1, § 176 Abs. 1 StGB herangezogen, denn der durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16. Juni 2021 (BGBl. I S. 1810, 1811) zum 1. Juli 2021 eingeführte § 176c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB ist nicht milder (§ 2 Abs. 1 und 3 StGB). 8

b) Zu dem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern tritt - entgegen der vom Generalbundesanwalt vertretenen Ansicht (so auch BeckOK StGB/Ziegler, 55. Ed., § 177 Rn. 17) - tateinheitlich die Strafbarkeit wegen Vergewaltigung nach § 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 Satz 1 und 2 Nr. 1 StGB hinzu. Die Unfähigkeit, einen sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB), kann auch auf der altersmäßigen Entwicklung eines Kindes beruhen. Eine Vergewaltigung unter Ausnutzung dieser Lage steht in Idealkonkurrenz mit schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern. Insoweit stellt sich die Rechtslage seit der Neufassung des § 177 StGB durch das Fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (BGBl. I S. 2460) anders dar als bei dem Tatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen nach § 179 Abs. 1 StGB aF (vgl. dazu BGH, Urteil vom 27. Mai 1981 - 3 StR 148/81, BGHSt 30, 144; LK/Hörnle, StGB, 12. Aufl., § 179 Rn. 27). 9

aa) Hierfür spricht bereits der geänderte Gesetzeswortlaut. Nach § 179 Abs. 1 StGB aF setzte die Strafbarkeit voraus, dass die missbrauchte Person „wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder körperlich zum Widerstand unfähig“ war. Diese Voraussetzungen wurden bei Kindern als nicht gegeben erachtet, falls deren mangelnde Abwehrfähigkeit nicht auf einem der genannten Gründe, sondern auf ihrer noch nicht abgeschlossenen körperlichen oder geistigen Reifung beruht (s. BGH, Urteil vom 27. Mai 1981 - 3 StR 148/81, BGHSt 30, 144, 146). Demgegenüber erfasst § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB nunmehr allgemein Konstellationen, in denen eine „Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern“ (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 30. September 2021 - 2 StR 354/20, juris Rn. 21). Somit kommt es nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr darauf an, aus welchem Grund eine Willensbildung oder -äußerung nicht möglich ist. 10

bb) Der Regelungszusammenhang der geänderten Norm deutet ebenfalls darauf hin, dass sich der Anwendungsbereich erweitert hat. Während § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB allein auf die Unfähigkeit einer Willensbildung oder -äußerung abstellt, setzt § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Bezug auf erhebliche Einschränkungen der Willensbildung oder -äußerung voraus, dass diese in dem körperlichen oder psychischen Zustand begründet sind. § 177 Abs. 4 StGB sieht einen erhöhten Strafrahmen vor, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht. Diesem differenzierten Normgefüge ist zu entnehmen, dass § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB weit gefasst sowie nicht auf bestimmte Gründe beschränkt ist und mithin als Ursache das frühkindliche Entwicklungsstadium einbezieht. 11

cc) Auf ein von der vorangegangenen Gesetzeslage abweichendes Verständnis deuten auch die Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren hin. So hatte der - indes eine andere Textfassung vorsehende - ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Ziel, „lediglich auf die objektive Unfähigkeit zum Widerstand“ abzustellen und künftig „auch Menschen, die aufgrund ihres altersbedingten Zustandes noch keinen Widerstand leisten können (Kleinstkinder)“ zu erfassen (BT-Drucks. 18/8210 S. 15; ohne Differenzierung nach dem Kindesalter Schönke/Schröder/Eisele, StGB, 30. Aufl., § 177 Rn. 28). Die folgende Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz hat sich zu diesem Anliegen nicht ausdrücklich verhalten. Die dortige Formulierung, die neue Gesetzesfassung „greift“ mit der absoluten Unfähigkeit zur Willensbildung- oder Äußerung „die Fallkonstellationen des § 179 Abs. 1 und 2 StGB (...) auf, so dass die Vorschrift im Gegenzug gestrichen werden kann“ (BT-Drucks. 18/9097 S. 23), zeigt zwar, dass die Neuregelung die bisher in § 179 Abs. 1 und 2 StGB normierten Tatbestände enthalten soll. Ein völliger Gleichlauf der neuen mit der fortfallenden Vorschrift folgt daraus, zumal angesichts des maßgeblich geänderten Gesetzeswortlauts, aber nicht. Vielmehr stellt die Beschlussempfehlung auf die objektive Unfähigkeit zur Willensbildung oder Erklärung ab, ohne die dazu führenden Ursachen näher einzugrenzen. Die insoweit beabsichtigte Erweiterung des früheren Tatbestandes verdeutlicht zudem die Erwägung, dass „sowohl Menschen mit Behinderung als auch Menschen ohne Behinderung zukünftig gleichermaßen von § 177 StGB-E erfasst“ werden sollen (BT-Drucks. 18/9097 S. 23). 12

dd) In systematischer Hinsicht besteht ebenso wenig Anlass, Kleinstkinder vom Anwendungsbereich des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB auszunehmen oder die Strafvorschrift hinter eine Strafbarkeit wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB) zurücktreten zu lassen (anders SSW-StGB/Wolters, 5. Aufl., § 177 Rn. 44). 13

Gesetzeseinheit in Form der hier in Betracht zu ziehenden Konsumtion setzt voraus, dass der Unrechts- und Schuldgehalt eines Delikts durch die Bestrafung wegen eines anderen Delikts deshalb hinreichend ausgeglichen wird, weil der verdrängte Tatbestand sich im Regelbild der typischen Begleitatt hält und keinen eigenständigen, über die Haupttat hinausgreifenden Unrechtsgehalt aufweist (vgl. BGH, Beschluss vom 21. August 2019 - 3 StR 7/19, BGHR StGB § 267 Abs. 1 Konkurrenzen 4 Rn. 8-10 mwN). Eine solche typische Begleitatt ohne eigenen Unwert ist hier nicht gegeben. Der schwere sexuelle Missbrauch von Kindern bezieht sich nicht regelmäßig auf eine zur Willensbildung oder -äußerung unfähige Person. Vielmehr betreffen solche Delikte häufig auch ältere Kinder, die grundsätzlich in der Lage sind, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu erklären (vgl. allgemein zu zunehmendem Alter und Einsichtsfähigkeit des Kindes BVerfG, Beschluss vom 27. Juni 2008 - 1 BvR 311/08, BVerfGK 14, 28, 34 f. mwN). Dass ein Täter einen schweren sexuellen Missbrauch gerade an einem zur Willensbildung oder -äußerung Unfähigen vorgenommen hat, käme bei einer Verurteilung allein wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern nicht zum Ausdruck (s. zur möglichen Tateinheit zwischen schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern und Vergewaltigung etwa BGH, Urteile vom 28. Januar 2004 - 2 StR 351/03, BGHR StGB § 177 Abs. 1 Schutzlose Lage 6; vom 5. September 2018 - 2 StR 454/17, NStZ-RR 2018, 343, 344).

ee) Demnach kann ein Kind infolge seines jungen Alters grundsätzlich unfähig sein, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Ob diese Voraussetzung gegeben ist, bedarf regelmäßig einer Prüfung im Einzelfall, insbesondere bei höheren Lebensjahren. Die Unfähigkeit ist hier den Feststellungen mit Blick auf die Umstände zu entnehmen.

2. Der Schuldspruch weist auch im Übrigen keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten auf. Insbesondere verschaffte der Angeklagte nach den getroffenen Feststellungen jeweils einer anderen Person den Besitz an einem kinderpornografischen Inhalt im Sinne des § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB in der seit dem 1. Januar 2021 geltenden Fassung. Insoweit ist die Verurteilung indes klarzustellen. Zum einen bezieht sich der gesetzliche Tatbestand seit dem zum 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Sechzigsten Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland vom 30. November 2020 (BGBl. I S. 2600, 2602) auf Inhalte statt auf Schriften. Zum anderen ist es zur Vermeidung von Missverständnissen geboten, die tatsächlich verwirklichte Tathandlungsvariante im Tenor zum Ausdruck zu bringen und insoweit nicht auf die gesetzliche Überschrift (s. § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO) zurückzugreifen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - 3 StR 350/20, juris Rn. 14 mwN).

3. Der Rechtsfolgenausspruch hält im Ergebnis ebenfalls einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

a) Zwar hat das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung die Einziehung des Mobiltelefons nicht erwogen, obschon die Einziehung eines Tatmittels (§ 74 Abs. 1 StGB) den Charakter einer Nebenstrafe hat. Daher ist der Entzug eines Gegenstandes von nicht unerheblichem Wert grundsätzlich ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 3. Mai 2018 - 3 StR 8/18, NStZ 2018, 526 mwN). Allerdings ist hier auszuschließen, dass das Landgericht ansonsten geringere Strafen festgesetzt hätte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein besonderer Wert des Gerätes nicht ersichtlich ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 3. November 2022 - 3 StR 321/21, juris Rn. 4), der Angeklagte das Mobiltelefon bei der Tat, aus der sich die Einsatzstrafe von drei Jahren und zehn Monaten ergibt, nicht verwendete und die Einzelstrafen bei der Gesamtstrafenbildung straff zusammengezogen worden sind (s. zur dort ausreichenden Berücksichtigung BGH, Beschluss vom 6. Juni 2001 - 2 StR 205/01, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 39).

b) Die Anordnung der Einziehung hat ebenso Bestand. Unter den hier gegebenen Umständen versteht sich die Entscheidung von selbst, auch wenn das Landgericht weder an sich gebotene Ermessenserwägungen angestellt noch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (§ 74f StGB) erörtert hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. Mai 2020 - 2 StR 44/20, juris Rn. 11; vom 11. Januar 2022 - 3 StR 415/21, juris Rn. 6 mwN). Da auf dem Mobiltelefon die kinderpornografischen Inhalte gespeichert waren, war insofern eine Einziehung gemäß § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB aF (§ 184b Abs. 7 Satz 1 StGB nF) anzuordnen. Selbst wenn sich diese regelmäßig nur auf das Speichermedium bezieht (s. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2012 - 4 StR 657/11, BGHR StGB § 184b Abs. 6 Einziehung 1 Rn. 6; Urteil vom 1. Dezember 2021 - 1 StR 249/21, juris Rn. 22 mwN), ist angesichts des konkret in Rede stehenden Mobiltelefons mit Blick auf Aufwand und Kosten ausgeschlossen, dass das Landgericht allein den Ausbau des in dem Mobiltelefon enthaltenen Speichermediums angeordnet und von der nach § 74 Abs. 1 StGB eröffneten Möglichkeit abgesehen hätte, das Telefon insgesamt als Tatmittel einzuziehen.

### III.

Die wirksam auf den Straf- und Einziehungsausspruch beschränkte, vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Revision der Staatsanwaltschaft ist ebenfalls unbegründet.

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist nach dem Inhalt ihrer Begründung auf den Strafausspruch beschränkt. Diese verhält sich lediglich zu fehlerhaften Anwendungen der §§ 46 sowie 54 StGB und schließt mit dem Antrag, das

angefochtene Urteil im Strafausspruch aufzuheben. Die danach beabsichtigte Beschränkung ist hier indes nur mit der Maßgabe wirksam, dass sie die Prüfung der Einziehungsentscheidung mit einbezieht. Da sich die Einziehung des Tatmittels nach § 74 Abs. 1 StGB wegen ihres Charakters als Nebenstrafe auf die Strafzumessung auswirken kann, können beide nicht getrennt voneinander betrachtet werden (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2021 - 2 StR 185/20, NJW 2022, 1028 Rn. 35; vom 22. Dezember 1992 - 1 StR 618/92, NStZ 1993, 400; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl., § 318 Rn. 21).

2. Die in dem dargelegten Umfang gebotene sachlichrechtliche Überprüfung des Urteils deckt keinen Rechtsfehler auf. **22**  
Nach dem im Revisionsverfahren zu beachtenden Maßstab (vgl. etwa BGH, Urteil vom 5. Mai 2022 - 3 StR 412/21, NStZ-RR 2022, 290, 292 mwN) ist die im angefochtenen Urteil dargelegte Strafzumessung, wie vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift näher aufgezeigt, nicht zu beanstanden. In Bezug auf etwaige Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten wird auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen.