

**HRRS-Nummer:** HRRS 2012 Nr. 998

**Bearbeiter:** Karsten Gaede und Christoph Henckel

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2012 Nr. 998, Rn. X

---

**BGH 4 StR 278/12 - Beschluss vom 28. August 2012 (LG Magdeburg)**

**Einziehung des Tatwerkzeugs (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).**

**§ 74 Abs. 1 StGB; § 74b Abs. 2 StGB**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 28. Februar 2012 mit den Feststellungen aufgehoben, soweit die Einziehung des Computers FujitsuSiemens "Scaleo" angeordnet worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Vergewaltigung in drei Fällen, wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in zwei Fällen und wegen Beleidigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und die Einziehung eines Personal - Computers angeordnet. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, hat lediglich den aus der Beschlussformel ersichtlichen geringen Teilerfolg. 1

**I.**

Die Verfahrensrügen haben aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 19. Juli 2012 keinen Erfolg. 2

**II.**

1. Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Sachrüge hat hinsichtlich des Schuld- und Strafausspruchs einen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler nicht ergeben. 3

2. Jedoch kann die Anordnung über die Einziehung des Personal - Computers FujitsuSiemens "Scaleo" nicht bestehen bleiben. 4

a) Das Landgericht hat zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass der Computer gemäß § 74 Abs. 1 Fall 2 StGB grundsätzlich als Einziehungsgegenstand in Betracht kommt, da der Angeklagte auf diesem Computer während der Begehung einiger der abgeurteilten Taten zu seiner Stimulierung kinderpornographisches Material vorführte. Hingegen hält die Wertung des Landgerichts, weniger einschneidende Maßnahmen im Sinne von § 74b Abs. 2 StGB kämen nicht in Betracht, da angesichts des Alters des Gerätes die für die endgültige Löschung der vorhandenen Bilddateien entstehenden Kosten dessen Wert bei weitem übersteigen würden, rechtlicher Nachprüfung nicht stand. 5

b) Gemäß § 74b Abs. 2 StGB hat das Gericht anzuordnen, dass die Einziehung lediglich vorbehalten bleibt und eine weniger einschneidende Maßnahme zu treffen ist, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. Als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat die Vorschrift - anders als die Absätze 1 und 3 dieser Norm - zwingenden Charakter (BGH, Beschluss vom 28. November 2008 - 2 StR 501/08, BGHSt 53, 69, 71). Auf die vom Landgericht herangezogene Erwägung, eine endgültige Löschung sei unverhältnismäßig, weil sie mit Kosten verbunden wäre, die den Wert des Computers bei weitem übersteigen würden, kann die Einziehung des gesamten 6

Gerätes daher nicht gestützt werden. Steht mit der Löschung der betreffenden Dateien ein milderer geeignetes Mittel als die vorbehaltlose Einziehung zur Verfügung, so hat der Tatrichter die Einziehung vorzubehalten und eine entsprechende Anordnung zu treffen; es ist dann Sache des Verurteilten zu entscheiden, ob er die Anordnung befolgt und damit die Einziehung abwendet oder nicht (vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 74b Rn. 5). Ein Ermessen ist ihm nicht eröffnet (BGH aaO).

c) Den Feststellungen im angegriffenen Urteil kann nicht entnommen werden, welche Dateien auf der Festplatte des Computers im Einzelnen betroffen sind und ob deren Löschung technisch möglich ist. Das Urteil war deshalb mit den zugrunde liegenden Feststellungen insoweit aufzuheben; der neue Tatrichter wird die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben. Er wird ferner bedenken müssen, dass - weil eine Rückgabe der Datenträger an den Angeklagten zur Löschung der Dateien durch diesen selbst ausgeschlossen ist - die Durchführung entsprechender Maßnahmen durch die Vollstreckungsbehörde anzuordnen sein wird. Wegen der insoweit gegebenenfalls erforderlichen gerichtlichen Entscheidung weist der Senat auf § 462 Abs. 1 Satz 2 StPO hin (vgl. Fischer, aaO).