



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

**3 StR 1/14**

vom  
18. März 2014  
in der Strafsache  
gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 18. März 2014 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Trier vom 22. August 2013
  - a) im Fall II. 5 der Urteilsgründe aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen; in diesem Umfang fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zur Last;
  - b) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit versuchtem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern, der Besitzverschaffung pornographischer Schriften in drei Fällen und des Besitzes kinderpornographischer Schriften schuldig ist;
  - c) im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben, jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten; im Umfang dieser Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit versuchtem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern, Anstiftung zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Besitzverschaffung pornographischer Schriften in drei Fällen und Besitzes kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt sowie eine Einziehungsentscheidung getroffen. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat Erfolg, soweit der Angeklagte im Fall II. 5 der Urteilsgründe wegen Anstiftung zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen verurteilt worden ist. Dies führt zur Aufhebung auch der Gesamtstrafe. Im Übrigen ist die Revision aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.
- 2 1. Die Verurteilung im Fall II. 5 der Urteilsgründe wegen Anstiftung zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2, § 26 StGB) hält sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand.
- 3 a) Der subjektive Tatbestand des § 174 Abs. 2 StGB setzt neben dem Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale die Absicht des Täters voraus, sich oder den Schutzbefohlenen sexuell zu erregen. Diese Absicht wird durch die Feststellungen nicht belegt. Danach handelte die Zeugin B. allein aufgrund der ständig wiederholten Wünsche, Aufforderungen und Ermunterungen durch den Angeklagten, nicht aber aus eigenem sexuellen Interesse oder um ihren Sohn Y. sexuell zu stimulieren. Da es somit an einer tatbestandsmäßigen Haupttat fehlt, kommt eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen einer - insoweit akzessorischen - Anstiftung hierzu nicht in Betracht (S/S-Heine, 28. Aufl., Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 27 f.; § 26 Rn. 25).

- 4            b) Die Umstellung des Schuldspruchs auf Anstiftung zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176, 26 StGB) scheidet aus, weil - wie das Landgericht in seiner rechtlichen Würdigung zutreffend ausgeführt hat - die Tathandlung von der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des § 176 StGB noch nicht erfasst war (§ 2 Abs. 3 StGB).
- 5            c) Da auszuschließen ist, dass ein neues Tatgericht Feststellungen treffen könnte, welche die Voraussetzungen des § 174 Abs. 2 StGB erfüllen, entscheidet der Senat insoweit gemäß § 354 Abs. 1 StPO in der Sache selbst und spricht den Angeklagten von dem dem Fall II. 5 der Urteilsgründe zugrunde liegenden Anklagevorwurf frei. Dies führt zur entsprechenden Änderung des Schuldspruchs.
- 6            2. Aufgrund des Wegfalls der Einzelfreiheitsstrafe von zehn Monaten, die das Landgericht im Fall II. 5 der Urteilsgründe verhängt hat, kann auch die Gesamtstrafe nicht bestehen bleiben. Es ist nicht auszuschließen, dass das Landgericht auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte, wenn es die im Fall II. 5 der Urteilsgründe verhängte Einzelstrafe nicht in die Gesamtstrafenbildung einbezogen hätte. Die diesbezüglichen Feststellungen sind von dem Aufhebungsgrund nicht betroffen; sie können deshalb bestehen bleiben. Das neue Tatgericht kann ergänzende Strafzumessungstatsachen feststellen, die zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen.

- 7                    3. Mit dem Teilfreispruch des Angeklagten durch den Senat und der Teilaufhebung des Urteils hat sich die vom Angeklagten eingelegte Kostenbeschwerde erledigt (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2002 - 4 StR 451/02, juris Rn. 5; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 464 Rn. 20; KK-Gieg, 7. Aufl., § 464 Rn. 11).

Becker

Pfister

Schäfer

Gericke

Spaniol