



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 168/21

vom
19. Oktober 2022

BGHSt: ja zu 2)
BGHR: ja
Nachschlagewerk: ja
Veröffentlichung: ja

StGB § 16 Abs. 2

Ein milderes Gesetz im Sinne des § 16 Abs. 2 StGB ist allein eine privilegierende *lex specialis*. Diese Voraussetzung erfüllt § 184c Abs. 1 StGB im Verhältnis zu § 184b Abs. 1 StGB nicht.

BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2022 – 4 StR 168/21 – LG Bochum

in der Strafsache
gegen

wegen Menschenhandels zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 19. Oktober 2022 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO, § 354 Abs. 1 StPO analog beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bochum vom 14. Dezember 2020 im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte in den Fällen II. 2. b) aa) und II. 2. b) bb) der Urteilsgründe jeweils des versuchten Herstellens einer jugendpornographischen Schrift schuldig ist.
2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten seines Rechtsmittels und die im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen des Nebenklägers.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „Menschenhandels zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, des sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Herstellen einer kinderpornografischen Schrift, der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger in 13 Fällen, der versuchten Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger in 2 Fällen, des Sichverschaffens kinderpornografischer Schriften, des Drittverschaffens kinderpornografischer Schriften in Tat-

einheit mit Drittverschaffen einer jugendpornografischen Schrift, des Drittverschaffens einer kinderpornografischen Schrift in Tateinheit mit Sichverschaffen einer kinderpornografischen Schrift sowie mit Sichverschaffen einer jugendpornografischen Schrift, des Herstellens einer jugendpornografischen Schrift, des Herstellens einer jugendpornografischen Schrift in Tateinheit mit versuchtem Herstellen einer jugendpornografischen Schrift sowie des Besitzes kinderpornografischer Schriften“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel führt lediglich zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Die Verfahrensrügen haben keinen Erfolg.

3 a) Die Rügen, der Wahlverteidiger sei zu mehreren Fortsetzungsterminen nicht ordnungsgemäß geladen worden, sind unzulässig, da sie den Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht genügen.

4 aa) Hinsichtlich der Fortsetzungstermine vom 23. Oktober bis zum 24. November 2020 gilt dies bereits deshalb, weil die Revision den schriftlichen Verlegungsantrag des Wahlverteidigers vom 21. Oktober 2020 nicht mitteilt, aus dem zu schließen ist, dass er von diesen Terminen zuverlässig Kenntnis erlangt hatte, so dass das Fehlen einer Ladung unschädlich war (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2008 – 4 StR 84/08).

5 bb) Die Fortsetzungstermine vom 30. November, 3. Dezember und 14. Dezember 2020 waren dem Revisionsvorbringen zufolge lediglich der Pflichtverteidigerin mündlich bekannt gemacht worden. Anhand des unklaren weiteren Vorbringens kann der Senat jedoch nicht beurteilen, ob eine gesonderte Ladung des Wahlverteidigers ausnahmsweise deshalb entbehrlich war, weil Wahlverteidiger und Pflichtverteidigerin eine Bürogemeinschaft bildeten (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2007 – 3 StR 490/06; Jäger in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 218 Rn. 10). Denn die Revision teilt zwar ausdrücklich mit, eine Bürogemeinschaft habe bestanden, verneint aber im Widerspruch dazu alle hierfür kennzeichnenden Merkmale, namentlich die gemeinsame Nutzung von Personal, Räumen und sonstigen Betriebsmitteln (vgl. v. Wedel in Hartung/Scharmer, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 7. Aufl., § 59a BRAO Rn. 35 f.; Kleine-Cosack, BRAO, 8. Aufl., § 59a Rn. 60). Im Übrigen wäre die Revision nach den Umständen des Einzelfalls gehalten gewesen mitzuteilen, ob der Wahlverteidiger nicht – wie bereits hinsichtlich der Fortsetzungstermine vom 23. Oktober bis zum 24. November 2020 – auf andere Weise als durch Ladung zuverlässig Kenntnis von den Terminen erlangt hatte.

6 b) Die Rüge, die Hauptverhandlung habe am 3. Dezember 2020 in Abwesenheit eines beisitzenden Richters stattgefunden, ist aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ebenfalls unzulässig.

7 2. Auf die Sachrüge ist allein der Schuldspruch zu ändern, der in den Fällen II. 2. b) aa) und II. 2. b) bb) der Urteilsgründe rechtlicher Nachprüfung nicht standhält. Im Übrigen deckt die Sachrüge keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

- 8 a) Nach den Feststellungen veranlasste der Angeklagte den dreizehnjährigen S. am 13. Mai 2017 in einem Video-Chat dazu, seinen Penis vor der Kamera zu entblößen. Der Angeklagte zeichnete dies heimlich auf. Auf sein Ansinnen, auch vor der Kamera zu onanieren, ging das Kind nicht ein (Fall II. 2. b) aa)). Am 22. Januar 2018 gelang es dem Angeklagten, den Geschädigten zu bewegen, in dem Video-Chat zu onanieren. Erneut zeichnete er das Geschehen heimlich auf (Fall II. 2. b) bb)). Bei beiden Gelegenheiten nahm der Angeklagte irrtümlich an, der Geschädigte sei bereits vierzehn Jahre alt und damit ein Jugendlicher.
- 9 b) Das Landgericht hat den Angeklagten insoweit jeweils wegen Herstellen einer jugendpornographischen Schrift verurteilt, im Fall II. 2. b) aa) in Tateinheit mit versuchtem Herstellen einer jugendpornographischen Schrift. Zwar sei der objektive Tatbestand des § 184c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 1 Nr. 1 a) StGB in der zur Tatzeit geltenden Fassung vom 21. Januar 2015 (im Folgenden: aF) in beiden Fällen objektiv nicht vollständig erfüllt, da die pornographische Schrift nicht eine sexuelle Handlung von einer Person zum Gegenstand hatte, die das vierzehnte Lebensjahr bereits vollendet, aber noch nicht achtzehn Jahre alt war. Ungeachtet der Fehlvorstellung des Angeklagten über das Alter des Tatopfers sei aber in Anwendung des § 16 Abs. 2 StGB von einer vollendeten Tat auszugehen. Dabei hat das Landgericht im Anschluss an eine in der Literatur verbreitete Auffassung (vgl. Mitsch, ZStW 2012, 323, 338 f., sowie jeweils ohne eigene Begründung: Hörnle in MüKo-StGB, 4. Aufl., § 184c Rn. 25; Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 184c Rn. 23; Wolters/Greco in SK-StGB, 9. Aufl., § 184c Rn. 12; Eschelbach in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., § 184c Rn. 31) § 184c

Abs. 1 StGB aF als einen im Verhältnis zu § 184b Abs. 1 StGB aF milderen Tatbestand im Sinne dieser Irrtumsvorschrift angesehen.

10 c) Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. § 16 Abs. 2 StGB ist entgegen der Auffassung des Landgerichts in der hier gegebenen Fallkonstellation nicht anwendbar. Unter einem milderen Gesetz im Sinne des § 16 Abs. 2 StGB ist allein eine privilegierende *lex specialis* zu verstehen, also ein Straftatbestand, der alle Merkmale des Grundtatbestands sowie ein weiteres privilegierendes Merkmal enthält. Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis der §§ 184b und 184c StGB nicht vor. Der Angeklagte hat sich nur wegen versuchter Herstellung einer jugendpornografischen Schrift gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 5 StGB in der Fassung vom 27. Januar 2015 strafbar gemacht.

11 aa) § 16 Abs. 2 StGB ist unter Berücksichtigung von Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Vorschrift, ihrer systematischen Stellung sowie des mit ihr verfolgten Zwecks eine privilegierende Vorschrift für Täter in einer speziellen Irrtumskonstellation.

12 (1) § 16 Abs. 2 StGB ist durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts (BGBl. I. 1969, S. 717) mit Wirkung zum 1. Januar 1975 (BGBl. I. 1973, S. 309) in das Strafgesetzbuch eingeführt worden. Zuvor gab es keine vergleichbare Regelung. Mit dieser Vorschrift wurde die bis dahin vorherrschende, mit unterschiedlichen Begründungen *praeter legem* vertretene Auffassung zum Gesetz erhoben (vgl. Vogel/Bülte in LK-StGB, 13. Aufl., § 16 Rn. 98; Schroeder in LK-StGB, 9. Aufl., § 59 Rn. 80 mwN; siehe im Einzelnen Küper, GA 1968, 321 ff.), wonach ein Täter, der einen Grundtatbestand vorsätzlich verwirklicht und dabei irrtümlich von (weiteren) Umständen ausgeht, die eine privilegierende Strafnorm erfüllen, nicht nach dem Grundtatbestand, sondern nur nach dem – vollendeten –

milderen Tatbestand zu bestrafen sei (vgl. BT-Drucks. IV/650, S. 133; Begründung des E 1962, dort noch zu § 19 Abs. 2 StGB). Diese gesetzgeberische Zielsetzung hat im Wortlaut der Norm ihren Niederschlag gefunden. Zwar enthält die Wendung, wonach derjenige in den Genuss der Vorteile des § 16 Abs. 2 StGB kommen soll, der irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines „milderen Gesetzes“ verwirklichen würden, keine konkrete Aussage dazu, in welchem systematischen Verhältnis die in Betracht kommenden Tatbestände zueinander stehen müssen. Deshalb wird § 16 Abs. 2 StGB auch in Konstellationen für anwendbar gehalten, in denen Straftatbestände mit ähnlichem Unrechtskern, aber unterschiedlich hohen Strafandrohungen in Rede stehen (vgl. Mitsch, ZStW 2012, 323, 338 zu § 184b, § 184c StGB). Die auf der Rechtsfolgenseite gewählte Formulierung, dass der Täter wegen vorsätzlicher Begehung „nur“ nach dem milderen Gesetz bestraft werden kann, macht aber hinreichend deutlich, dass sich diese Regelung auf Fälle bezieht, in denen der Vorsatz des Täters alle Umstände umfasst, die den Tatbestand des schwereren Deliktes erfüllen, so dass er ohne die zu seiner Begünstigung geschaffene Regelung des § 16 Abs. 2 StGB aus diesem zu bestrafen wäre, weil die hierfür erforderlichen Voraussetzungen in objektiver und subjektiver Hinsicht vollständig vorliegen. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn es sich bei dem Tatbestand des „milderen Gesetzes“ um die Privilegierung eines mit höherer Strafe bedrohten Grunddeliktes handelt (vgl. dazu Joerden, Logik im Recht, S. 130, 132). Sie ist nicht gegeben, wenn die beiden in Rede stehenden Delikte zueinander im Verhältnis der Alternativität stehen (vgl. dazu Puppe, JR 1984, 229, 232) und der festgestellte Sachverhalt in objektiver Hinsicht das schwerere Delikt verwirklicht, während der Täter irrig von Umständen ausgeht, die – lägen sie vor – den Tatbestand des anderen, „milderen“ Delikts erfüllen würden.

(2) Nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers hat § 16 Abs. 2 StGB somit in erster Linie die Funktion, in den bezeichneten Irrtumsfällen die Anwendung des schwereren Tatbestands auszuschließen, um den Täter besser zu stellen, als er ohne die Regelung stehen würde. Dieser Funktion entspricht auch die systematische Stellung der Norm im Gefüge der Irrtumsvorschriften. Denn sowohl der vorstehende § 16 Abs. 1 StGB als auch der nachstehende § 17 StGB sind Vorschriften, die den Täter unter den Voraussetzungen eines Tatsachen- bzw. Rechtsirrtums begünstigen.

14 Die zweite Funktion des § 16 Abs. 2 StGB liegt – gleichsam als Kehrseite – darin, die Bestrafung des Täters wegen Vollendung des mildereren Tatbestands zu ermöglichen, obwohl dogmatisch-konstruktiv nur ein Versuch vorliegt, da der Täter ein objektives Merkmal des mildereren Tatbestands – nämlich dasjenige, das dessen Anwendung anstelle des schwereren Tatbestands bewirkt – lediglich irrtümlich annimmt. Ungeachtet der Frage, ob § 16 Abs. 2 StGB die Erfüllung des objektiven Tatbestands des mildereren Strafgesetzes fingiert, um das „dogmatisch Unmögliche positivgesetzlich möglich zu machen“ (vgl. Mitsch, ZStW 2012, 323, 339), oder diese Rechtsfolge aus der „materielle[n] Wertstruktur des Privilegierungsirrtums“ (vgl. Küper, Jura 2007, 260, 263) folgt, belegt die strafbegründende Wirkung der Irrtumsregelung ihren Ausnahmecharakter. Dies spricht dafür, sie eng auszulegen und auf Fälle der Privilegierung zu beschränken (im Ergebnis wohl ebenso Puppe in NK-StGB, 5. Aufl., § 16 Rn. 3).

15 Schließlich ginge die Rechtsfolgenanordnung des § 16 Abs. 2 StGB auch teilweise ins Leere, wenn unter den Begriff des mildereren Gesetzes auch eine solche Vorschrift zu fassen wäre, bei der das „privilegierende“ Tatbestandsmerkmal nicht zu den Merkmalen eines anderen Tatbestands hinzutritt, sondern an die Stelle eines der Merkmale dieses Tatbestands tritt. Denn die primäre Funktion

des § 16 Abs. 2 StGB – Ausschluss der Bestrafung aus dem schwereren Tatbestand – käme hier nicht zum Tragen, da dieser in subjektiver Hinsicht bereits deshalb nicht erfüllt ist, weil sich der Täter insoweit in einem Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB befindet.

16 (3) Soweit der Bundesgerichtshof, der sich bisher zur Frage der Reichweite des § 16 Abs. 2 StGB nicht näher geäußert hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 2011 – 2 StR 145/11, NStZ 2012, 85, 86 zur Anwendbarkeit der Regelung im Verhältnis von §§ 212 und 216 StGB), in einer vor Einführung des § 16 Abs. 2 StGB ergangenen, ersichtlich vereinzelt gebliebenen Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 1971 – 2 StR 247/71, BGHSt 24, 168, 169; vgl. dazu auch Puppe, JR 1984, 229, 232) nicht tragend sinngemäß die Rechtsauffassung vertreten hat, der Täter sei bei einem Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal bei objektiver Verwirklichung eines schwereren Tatbestands mit ähnlichem Unrechtsgehalt aus der milderen Vorschrift zu bestrafen, vermag der Senat dem ebenso wenig zu folgen wie der von Teilen der Literatur vertretenen Ausweitung des Begriffs des milderen Gesetzes. Denn ein solches Verständnis führt im Ergebnis dazu, die vom Gesetzgeber intendierte und im Wortlaut und der systematischen Stellung der Norm abgebildete Funktion des § 16 Abs. 2 StGB umzukehren: Von einer Regelung, die primär den Täter aufgrund seines Irrtums begünstigen soll, zu einer solchen, die seine Strafbarkeit erweitert oder gar erst begründet, wenn das Gesetz für den Versuch des „milderen“ Tatbestands keine Strafbarkeit vorsieht.

17 bb) Gemessen hieran scheidet eine Anwendung der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 2 StGB im Verhältnis von § 184b und § 184c StGB aus.

18

Der Gesetzgeber hat § 184c Abs. 1 StGB, der Schriften bzw. Inhalte der gesetzlich näher umschriebenen Art erfasst, die eine vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alte Person betreffen, nicht als privilegierende *lex specialis* zu § 184b Abs. 1 StGB ausgestaltet. Die beiden Strafnormen stehen vielmehr – bezogen auf dieselbe abgebildete Person – in einem Verhältnis der Exklusivität zueinander, in dem entweder die Voraussetzungen einer kinder- oder einer jugendpornographischen Schrift erfüllt sind. Denn ungeachtet des Umstands, dass beide Strafnormen auch der Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union vom 20. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie dienen, hat sich der Gesetzgeber für die Schaffung zweier selbstständiger Straftatbestände entschieden, die – wie der Gesetzeswortlaut eindeutig zeigt – in einem Verhältnis der Alternativität zueinander stehen. Eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Herstellens kinderpornographischer Schriften nach § 184b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 1 Nr. 1 a) StGB aF scheidet aufgrund der Fehlvorstellung des Angeklagten über das Alter des Geschädigten daher gemäß § 16 Abs. 1 StGB aus.

19 cc) Auch eine entsprechende Anwendung der Irrtumsregelung auf die §§ 184b, 184c StGB scheidet aus. Gegen eine entsprechende Anwendung der Ausnahmevorschrift spricht nicht nur der Umstand, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Es läge hierin – ungeachtet der im Einzelfall nicht ohne Weiteres auf der Hand liegenden Frage danach, ob Strafvorschriften tatsächlich einen gemeinsamen Unrechtskern aufweisen – ein Fall strafbegründender Analogie vor, die mit dem Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 2 StGB schwerlich zu vereinbaren wäre.

20 d) Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO ab. Die Vorschrift des § 265 StPO steht dem nicht entgegen,

da auszuschließen ist, dass der Angeklagte sich gegen einen entsprechenden Tatvorwurf anderweitig verteidigt hätte.

21 Die Einzelstrafen in den betroffenen Fällen und die Gesamtstrafe können bestehen bleiben. Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Bewertung von der Milderungsmöglichkeit der §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB Gebrauch gemacht hätte, da der Unrechtsgehalt der Taten von der geänderten Bewertung unberührt bleibt.

Quentin

Bartel

Rommel

Maatsch

Messing

Vorinstanz:

Landgericht Bochum, 14.12.2020 – 5 KLS - 36 Js 117/20 - 17/20