



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 409/18

vom
27. November 2018
in der Strafsache
gegen

wegen Vergewaltigung u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 1. a) und 2. auf dessen Antrag - am 27. November 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 25. Januar 2018
 - a) im Schuldspruch zu Fall B. I. 16. der Urteilsgründe dahin geändert, dass der Angeklagte des Besitzes kinderpornographischer Schriften in Tateinheit mit Besitz jugendpornographischer Schriften schuldig ist;
 - b) im Fall B. I. 8. der Urteilsgründe dahin geändert, dass eine Einzelfreiheitsstrafe von drei Monaten festgesetzt wird.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in fünf Fällen, wegen versuchter Nötigung, wegen Drittbesitzverschaffens kinderpornographischer Schriften in sechs Fällen, davon in vier Fällen in Tateinheit mit Drittbesitzverschaffens jugendpornographischer Schriften, wegen Drittbesitzverschaffens jugendpornographischer Schriften und wegen Sichverschaffens des Besitzes kinderpornographischer

Schriften in Tateinheit mit Sichverschaffen des Besitzes jugendpornographischer Schriften unter Teileinstellung im Übrigen (Verjährung) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er bezüglich eines Falles das Verfahrenshindernis der Verjährung geltend macht und insgesamt die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen geringen Teilerfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

- 2 1. Der Generalbundesanwalt hat bezüglich des Falles B. I. 16. der Urteilsgründe zutreffend ausgeführt:

"Bezüglich des Vorwurfs des Sichverschaffens des Besitzes kinderpornografischer Schriften in Tateinheit mit dem Sichverschaffen des Besitzes jugendpornografischer Schriften (Tat 16) ist hingegen Verjährung eingetreten. Das Landgericht ist davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe sich die bei ihm in den Jahren 2016 und 2017 aufgefundenen kinder- und jugendpornografischen Schriften bereits zuvor, nämlich spätestens im Jahr 2012, verschafft (UA S. 17, 42). Infolgedessen war bei einer zu Gunsten des Angeklagten zugrunde zu legenden Erlangung bereits vor dem 4. April 2012 Verjährung sowohl hinsichtlich der kinder- als auch der jugendpornografischen Schriften eingetreten. Denn die Verjährungsfrist betrug gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4, Nr. 5 StGB in Verbindung mit den gemäß § 2 Abs. 3 StGB anwendbaren §§ 184b Abs. 1, Abs. 4 Satz 1, 184c Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 Var. 1 StGB in der Fassung vom 31. Oktober 2008 lediglich fünf beziehungsweise drei Jahre. Die erstmalige Vernehmung des Angeklagten zu diesen Tatvorwürfen am 4. April 2017 (SA 3884 Js 22519/17, Bl. 68) konnte demnach die Verjährungsfrist nicht mehr gemäß § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB rechtzeitig unterbrechen.

Ungeachtet der insofern eingetretenen Verjährung besteht jedoch weiterhin eine Strafbarkeit hinsichtlich des mit der Verschaffung zusammen treffenden Besitzes an den kinder- und jugendpornografischen Schriften, der sich bis in die Jahre 2016 und 2017 hinein erstreckte

(UA S. 17). Dieser Straftatbestand tritt grundsätzlich als subsidiär hinter der Besitzverschaffung zurück (vgl. zum Auffangcharakter des Besitzdelikts Senat, NStZ 2009, 208; BGH, NStZ-RR 2016, 198), lebt nun in Folge der Verjährung des vorrangigen Delikts jedoch wieder auf. Denn der Täter soll durch die Begehung des vorrangigen Delikts gegenüber der bloßen Erfüllung des Auffangtatbestandes nicht privilegiert werden (vgl. Senat, NJW 1999, 1979, 1982); kann eine Bestrafung wegen des vorrangigen Delikts nicht erfolgen, entfällt der Grund für die Straflosigkeit des nachrangigen Delikts (vgl. zum Wiederaufleben der mitbestraften Nachtat bei Verjährung der Vortat BGH, Beschluss vom 27. Oktober 1992, 5 StR 517/92, Rn. 6). Gemäß § 2 Abs. 2 StGB sind bezüglich des Besitzes die bei Tatbeendigung am 22. März 2017 (UA S. 17) geltenden Vorschriften der §§ 184b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Var. 2, 184c Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Var. 2 StGB in der Fassung vom 21. Januar 2015 anzuwenden. Einer entsprechenden Änderung des Schuldspruchs steht insbesondere § 265 Abs. 1 StPO nicht entgegen, da bereits die Anklage wegen Besitzes an kinder- und jugendpornografischen Schriften erhoben wurde (SA 3884 Js 22519/17, Bl. 93) und der Angeklagte deshalb mit einer solchen Verurteilung rechnen musste.

Trotz dieser Schuldspruchänderung kann die verhängte Einzelstrafe von drei Monaten bestehen bleiben. Denn die prozessordnungsmäßig festgestellte Tat der Besitzverschaffung durfte trotz der Verjährung - wenn auch mit geringerem Gewicht - bei der Strafzumessung berücksichtigt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 22. Januar 2015, 3 StR 277/14, Rn. 2, 3; BGH, Beschluss vom 3. März 2016, 4 StR 566/15). Die Strafkammer hat dem Besitzverschaffungsvorgang in ihren Strafzumessungserwägungen wegen des langen Zeitablaufs von über fünf Jahren ohnehin nur reduziertes Gewicht zugemessen (UA S. 42). Es erscheint unter diesen Umständen ausgeschlossen, dass das Landgericht eine mildere Einzelstrafe verhängt hätte, wenn es die Verjährung des Besitzverschaffungsvorgangs berücksichtigt hätte. Dies gilt umso mehr, als die Strafkammer trotz Anwendung der §§ 184b Abs. 1, Abs. 3, 184c Abs. 1, Abs. 3 StGB in der seit dem 27. Januar 2015 geltenden Fassung von einem Strafraum von lediglich bis zu zwei Jahren, statt richtigerweise bis zu drei Jahren ausgegangen ist."

3

2. In den Urteilsgründen sind für die Tat B. I. 8. zwei Einzelfreiheitsstrafen festgesetzt, nämlich von drei Monaten bzw. acht Monaten. Der Senat hebt die höhere der beiden Einzelstrafen auf und lässt sie entfallen. Er schließt

angesichts einer Einsatzfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten sowie weiteren Einzelfreiheitsstrafen von zweimal acht Monaten, von sechs Monaten, achtmal vier Monaten und dreimal drei Monaten aus, dass das Landgericht auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.

Schäfer

Gericke

Spaniol

Tiemann

Leplow