



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 457/20

vom

11. Mai 2021

in der Strafsache

gegen

wegen Sichverschaffens kinderpornographischer Schriften u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts – zu Ziffer 3. auf dessen Antrag – und des Beschwerdeführers am 11. Mai 2021 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 21. Juli 2020
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des Sichverschaffens kinderpornographischer Schriften in 29 Fällen, davon in 26 Fällen in Tateinheit mit öffentlichem Zugänglichmachen kinderpornographischer Schriften schuldig ist,
 - b) aufgehoben
 - aa) im gesamten Strafauspruch mit den zugehörigen Feststellungen,
 - bb) im Ausspruch über die Einziehungsentscheidung; die Einziehung des USB-Stick Data Kingston und des PC Medion entfällt.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Sichverschaffens kinderpornographischer Schriften in 30 Fällen, davon in 27 Fällen tateinheitlich mit öffentlichem Zugänglichmachen von kinderpornographischen Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt und im Einzelnen aufgeführte externe Festplatten, Speichermedien, Netbooks und einen PC eingezogen. Wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung hat es zudem sechs Monate der Gesamtfreiheitsstrafe für vollstreckt erklärt. Die auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

2 1. Die Verfahrensrüge hat aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg.

3 2. Die auf die Sachrüge erfolgte umfassende Überprüfung des angefochtenen Urteils führt zur Änderung des Schuldspruchs, zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs und zur Aufhebung der Einziehungsentscheidung.

4 a) Die konkurrenzrechtliche Einordnung der Fälle II. 14 und II. 15 der Urteilsgründe als zwei tatmehrheitliche Fälle des Sichverschaffens kinderpornographischer Schriften, jeweils tateinheitlich mit öffentlichem Zugänglichmachen von kinderpornographischen Schriften, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

5 Nach den Feststellungen hat sich der Angeklagte im Fall II. 14 und im Fall II. 15 der Urteilsgründe am 16. September 2013 um 20.06 Uhr jeweils eine Bilddatei mit einem Mädchen unter 14 Jahren in unnatürlicher geschlechtsbetonter Körperhaltung über die Tauschbörse eMule verschafft. Wenn sich – was

im Hinblick auf das genutzte Medium und den identischen Tatzeitpunkt nahe liegt – der Angeklagte die beiden Bilddateien im Verlaufe einer Internetsitzung verschafft hätte, wäre sein gesamtes Tathandeln lediglich als eine Tat im Rechtssinn zu bewerten (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juli 2008 – 3 StR 215/08, BGHR StGB § 184b Konkurrenzen 1 Rn. 3).

6 Da weitere konkrete Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, ändert der Senat den Schuldspruch in den Fällen II. 14 und II. 15 der Urteilsgründe unter Berücksichtigung der vom Landgericht zutreffend getroffenen rechtlichen Einordnung als (gleichartige) tateinheitliche Begehung ab. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

7 b) Die Schuldspruchänderung entzieht den für die Fälle II. 14 und II. 15 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen (jeweils neun Monate Freiheitsstrafe) und der Gesamtfreiheitsstrafe die Grundlage.

8 c) Der gesamte Strafausspruch hält auch im Übrigen rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9 aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der einschlägig vorbestrafte Angeklagte anlässlich der bei ihm vorgenommenen Wohnungsdurchsuchung gegenüber einem Polizeibeamten geäußert, „dass Kinder ein Recht auf Sex hätten und er sich weiterhin solche Dateien ansehen und verschaffen werde“. Das nicht sachverständig beratene Landgericht hat im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des einschlägig vorbestraften Angeklagten zwar angenommen, dass „dieser pädophil veranlagt ist und es ihm deshalb nicht möglich ist, seine Sexualität zu leben“. Nicht erörtert hat es indes, ob die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten im Sinne der §§ 20, 21 StGB relevant beeinträchtigt gewesen ist.

- 10 bb) Eine Devianz im Sexualverhalten in Form einer Pädophilie ist zwar nicht ohne weiteres mit einer schweren anderen seelischen Störung im Sinne der §§ 20, 21 StGB gleichzusetzen. Vielmehr kann auch nur eine gestörte sexuelle Entwicklung vorliegen, die als allgemeine Störung der Persönlichkeit, des Sexualverhaltens oder der Anpassung nicht den Schweregrad einer anderen seelischen Störung im Sinne des § 20 StGB erreicht. Ob eine Persönlichkeitsstörung im sexuellen Bereich das Wesen des Täters so nachhaltig verändert hat, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt, kann nur im Wege einer Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit des Täters unter Einbeziehung seiner Entwicklung, seines Charakterbildes sowie der ihm zur Last gelegten Taten einschließlich der ihnen zugrundeliegenden Motive festgestellt werden (Senat, Beschluss vom 10. September 2013 – 2 StR 321/13, juris Rn. 6 mwN; BGH, Beschluss vom 17. Februar 2004 – 4 StR 574/03, NStZ-RR 2004, 201). An einer solchen Gesamtbetrachtung fehlt es hier.
- 11 cc) Da eine vollständige Aufhebung der Schuldfähigkeit hier von vornherein ausscheidet, führt der aufgezeigte Rechtsfehler zur Aufhebung sämtlicher (weiterer) Einzelstrafen. Wegen des drohenden Widerrufs der Strafaussetzung zur Bewährung verweist der Senat auf sein Urteil vom 17. Februar 2021 – 2 StR 294/20.
- 12 d) Die Einziehungsentscheidung hat ebenfalls keinen Bestand.
- 13 aa) Für die Einziehung eines USB-Sticks Data Kingston und eines PC Medion fehlt es jedenfalls an der Verfahrensvoraussetzung eines Eröffnungsbeschlusses auf Durchführung des selbstständigen Einziehungsverfahrens gemäß § 435 Abs. 3 Satz 1, § 203 StPO. Die auf § 74 Abs. 2, § 76a Abs. 1, § 184b Abs. 6 StGB aF gestützte Einziehung bezieht sich ausdrücklich nicht auf

einen der abgeurteilten Fälle. Zwar hat die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht einen Antrag gemäß § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO gestellt, wobei der Senat offenlassen kann, ob dieser den Anforderungen des § 435 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 200 StPO (noch) gerecht wird; es fehlt jedoch gemäß § 435 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 203 StPO an einer Entscheidung über die Eröffnung des selbständigen Einziehungsverfahrens. Fehlt es an einem solchen gerichtlichen Beschluss, steht einer dennoch ausgesprochenen Einziehung ein unbehebbares Verfahrenshindernis entgegen (vgl. auch Meyer-Goßner/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 435 Rn. 16 mwN). Die vom Landgericht gleichwohl angeordnete Einziehung des USB-Sticks Data Kingston und des PC Medion hat daher zu entfallen.

14 bb) Die weiteren Einziehungsentscheidungen begegnen auch im Übrigen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

15 Zwar ist bei einer Verurteilung gemäß § 184b Abs. 4 StGB aF wegen Sichverschaffens kinderpornographischer Schriften eine Einziehung des für den Speichervorgang verwendeten Computers nebst Zubehör nach § 74 Abs. 1 StGB als Tatmittel möglich, während nach § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB nur die Beziehungsgegenstände der Tat – hier also die Festplatten der zur Bildspeicherung genutzten Geräte – zwingend einzuziehen sind (BGH, Beschlüsse vom 8. Mai 2018 – 5 StR 65/18, juris Rn. 9, und vom 8. Februar 2012 – 4 StR 657/11, NStZ 2012, 319 mwN). Das Landgericht hat indes nicht erkennbar beachtet, dass die Entscheidung nach § 74 Abs. 1 StGB im pflichtgemäßen Ermessen des Tatgerichts steht.

16 Außerdem fehlen Feststellungen dazu, ob es technisch möglich ist, die Dateien in einer Weise von der Festplatte zu löschen, dass sie nicht mehr wiederhergestellt werden können. Diese wären aber zu treffen gewesen, weil für

Anordnungen gemäß § 74 Abs. 1 und § 184b Abs. 6 StGB der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt (§ 74f StGB) und gegebenenfalls von den Möglichkeiten des § 74f Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht werden muss. Danach können Einziehungen zunächst vorbehalten bleiben und weniger einschneidende Maßnahmen anzuordnen sein, wenn auch auf diese Weise der Einziehungszweck erreicht werden kann. Dies kann bei einer Speicherung von Bilddateien durch deren endgültige Löschung geschehen (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 – 5 StR 65/18, juris Rn. 10 mwN).

- 17 3. Die Entscheidung über die Kompensation für die festgestellte rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bleibt von der Aufhebung des Strafausspruchs unberührt (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Februar 2018 – 2 StR 366/17, juris Rn. 7).

Franke

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg

Vorinstanz:

Frankfurt (Main), LG, 21.07.2020 - 14843 Js 244601/13 5/31 KLS 10/16