



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 101/24

vom

25. Juli 2024

in der Strafsache

gegen

wegen Vergewaltigung u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 9. Juli 2024 in der Sitzung am 25. Juli 2024, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Jäger,

Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Fischer,

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Leplow,

Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Allgayer

und Richterin am Bundesgerichtshof
Welnhofer-Zeitler,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
– in der Verhandlung vom 9. Juli 2024 –,
Staatsanwalt
– bei der Verkündung am 25. Juli 2024 –
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

der Angeklagte persönlich
– in der Verhandlung vom 9. Juli 2024 –,

Rechtsanwältin
Rechtsanwalt
– in der Verhandlung vom 9. Juli 2024 –
als Verteidiger,

die Nebenklägerin persönlich
– in der Verhandlung vom 9. Juli 2024 –,

Rechtsanwältin
– in der Verhandlung vom 9. Juli 2024 –
als Vertreterin der Nebenklägerin,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 31. Oktober 2023
 - a) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte der Vergewaltigung in Tateinheit mit Herstellen jugendpornographischer Schriften und mit Besitz kinderpornographischer Schriften sowie des Herstellens kinderpornographischer Schriften in Tateinheit mit Besitz kinderpornographischer Schriften schuldig ist;
 - b) in der im Fall II. 1. der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe aufgehoben; die Einzelgeldstrafe entfällt.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels und die der Nebenklägerin hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Herstellen jugendpornographischer Schriften, wegen Herstellens kinderpornographischer Schriften und wegen Besitzes kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt sowie ihn von einem weiteren Vorwurf des Herstellens jugendpornographischer Schriften wegen der wirksamen Einwilligung der jugendlichen Nebenklägerin freigesprochen. Zudem hat das Landgericht einen Monat Freiheitsstrafe wegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung für bereits vollstreckt erklärt. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts beanstandet, führt nach einer abweichenden konkurrenzrechtlichen Bewertung durch den Senat zu einer Abänderung des Schuldspruchs und zum Entfallen der geringsten Einzelstrafe; im Wesentlichen ist das Rechtsmittel aus den zutreffenden Erwägungen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet.

- 2
 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts fotografierte der Angeklagte die zwölfjährige Zeugin S. am 31. Juli 2017 im Freien. Auf seine Anweisungen posierte S., nur mit Slip bzw. Bikini-Hose und offenem Hemd bzw. bauchfreiem Top bekleidet, so, dass u.a. ihre Brüste zu erkennen waren; insbesondere hob sie ihr Top an. Die Bilder sollten sexuell „freizügig“ wirken (Fall 1 der Urteilsgründe). Am Nachmittag des 12. November 2018 drang der Angeklagte, die 17jährige Sc. überrumpelnd, während eines Fotoshootings zunächst mit zwei Fingern und dann mit seiner Zunge entgegen ihrem erkennbaren Willen in ihre Vagina ein; zudem fotografierte er u.a. das Eindringen mit den Fingern mehrfach, womit die Nebenklägerin ebenfalls nicht einverstanden war (Fall 2 der Urteilsgründe). Bei der Durchsuchung des Wohnhauses des Angeklagten am 18. Februar 2020 hatte dieser auf verschiedenen Medien insgesamt 70 Videodateien mit über 14 Stunden kinderpornographischem Filmmaterial abgespeichert,

auf dem in weit geringerem Umfang zugleich auch Jugendliche bei der Vornahme sexueller Handlungen zu sehen waren (Fall 3 der Urteilsgründe). Die Videos hatte er offensichtlich seit Anfang 2017 über Jahre fortlaufend zu nicht genauer eingrenzbaeren Zeiten und Umständen aus dem Internet heruntergeladen sowie teilweise nach Jahreszahlen sortiert abgelegt (UA S. 42). Die Verfolgung des Besitzes jugendpornographischer Schriften im Fall 3 der Urteilsgründe hat die Staatsanwaltschaft mit Anklageerhebung von der Strafverfolgung ausgenommen (§ 154a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO).

3 2. Das Urteil hält hinsichtlich der konkurrenzrechtlichen Bewertung der sachlichrechtlichen Nachprüfung teilweise nicht stand.

4 a) Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, namentlich der Beweiswürdigung, ist zu entnehmen, dass der Angeklagte die am 31. Juli 2017 und 12. November 2018 aufgenommenen Bilder am 18. Februar 2020, dem Tag der Hausdurchsuchung, noch abgespeichert hatte. Denn andernfalls wäre die Auswertung des abgespeicherten Materials nach Augenscheinseinnahme nicht möglich gewesen (UA S. 17-21 für den ersten Fall und insbesondere UA S. 37-39 für den zweiten). Am 18. Februar 2020 besaß der Angeklagte zudem die weiteren, überwiegend dem § 184b Abs. 3 StGB aF und zum geringen Teil dem § 184c Abs. 3 StGB aF unterfallenden 70 Videodateien. Damit ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu berücksichtigen, nach der bei gleichzeitigem Besitz von selbst hergestellten kinderpornographischen Schriften und weiterem, darüberhinausgehend gespeicherten verbotenen Material eine tatmehrheitliche Verurteilung wegen Besitzes kinderpornographischer Schriften ausscheidet (BGH, Beschluss vom 29. November 2023 – 3 StR 301/23 Rn. 5 f.; vgl. zu den Tatvarianten des Verbreitens, Zugänglichmachens oder Drittbesitzverschaffens nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB aF insbesondere BGH, Beschlüsse vom 25. Januar 2022 – 1 StR 424/21 Rn. 6; vom 15. Januar 2020 – 2 StR 321/19,

BGHR StGB § 184b Konkurrenzen 3 Rn. 19 und vom 14. Juni 2018 – 3 StR 180/18, BGHR StGB § 184b Konkurrenzen 2 Rn. 15 f.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 31. März 2021 – 4 StR 48/21 Rn. 6 aE).

5 Der „überdauernde“ Besitz (§ 184b Abs. 3 Alternative 2 StGB aF bzw. § 184c Abs. 3 Alternative 2 StGB aF), der den Aufnahmen vom 31. Juli 2017 bzw. 12. November 2018 ohne neuen Tatentschluss nachfolgte, wird grundsätzlich durch die einem höheren Strafmaß unterfallende Tatvariante des Herstellens (§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB aF bzw. § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB aF) als subsidiär verdrängt (BGH, Beschlüsse vom 28. Juni 2023 – 3 StR 123/23 Rn. 15 und vom 31. März 2021 – 4 StR 48/21 Rn. 6; Urteil vom 16. Mai 2024 – 3 StR 112/23 Rn. 46). Indes überschneidet sich der Besitz an den selbst hergestellten Aufnahmen mit dem Besitz an sämtlichen 70 Dateien jedenfalls am 18. Februar 2020. Wegen dieser Teilidentität der Ausführungshandlungen ist der Besitz an den 70 Videodateien nicht gesondert als tatmehrheitlich begangen zu ahnden.

6 Da in Bezug auf die 70 Videodateien sich die Verschaffungsvorgänge nicht zu tragfähigen Feststellungen konkretisieren lassen, lässt sich auch nicht unter diesem Gesichtspunkt Tatmehrheit begründen (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 18. Dezember 2019 – 3 StR 264/19 Rn. 23 und vom 10. Juli 2008 – 3 StR 215/08, BGHR StGB § 184b Konkurrenzen 1 Rn. 4-6; je mwN). Im Ergebnis ist damit von zwei Taten auszugehen, da der Besitz als das schwächere Delikt das Herstellen der kinderpornographischen Bilder auf der einen und die Vergewaltigung in Tateinheit mit Herstellen jugendpornographischer Bilder auf der anderen Seite nicht miteinander zu verklammern vermag (vgl. BGH, Beschluss vom 29. November 2023 – 3 StR 301/23 Rn. 5 aE mwN).

7 Der nachfolgende Besitz wird somit für die Konkurrenzprüfung wieder relevant. Nach alledem ist nicht zur Bestimmung des Schuldumfangs für die am

31. Juli 2017 und 12. November 2018 begangenen Taten aufzuklären, über welche Dateien der Angeklagte zu diesen beiden Zeitpunkten bereits verfügte. Auch ist nicht festzustellen, welche Dateien sich der Angeklagte erst nach dem 12. November 2018 verschaffte. Damit wird ein erheblicher Ermittlungsaufwand vermieden.

8 b) Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab (§ 354 Abs. 1 StPO analog). § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen. Denn es ist auszuschießen, dass sich der Angeklagte hiergegen wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

9 c) Der Unrechts- und Schuldgehalt des Besitzes an den 70 Videodateien, die teilweise massive Gewalt gegen ersichtlich leidende Kinder und Kleinkinder bei Vornahme der sexuellen Handlungen zeigen, geht nach alledem in konkurrenzrechtlicher Hinsicht in den Taten vom 31. Juli 2017 und vom 12. November 2018 auf. Dem Grundsatz folgend, dass eine abweichende Bewertung der Konkurrenzen sich regelmäßig nicht auf den Unrechts- und Schuldgehalt auswirkt (st. Rspr.; BGH, Beschlüsse vom 4. Januar 2024 – 5 StR 497/23 Rn. 8; vom 8. Februar 2024 – 6 StR 600/23 Rn. 4 und vom 13. Juni 2023 – 3 StR 120/23 Rn. 19; je mwN), sind die beiden höchsten verhängten Einzelstrafen, die Freiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten sowie die Einsatzfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, aufrechtzuerhalten (§ 354 Abs. 1 StPO analog). Das Entfallen der Einzelgeldstrafe lässt die Gesamtfreiheitsstrafe unberührt (§ 354 Abs. 1 StPO analog; § 337 Abs. 1 StPO). Insgesamt erweisen sich insbesondere die Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monate angesichts der Schwere des in einer Vielzahl von Fällen aufgezeichneten Missbrauchsunrechts

auch angesichts einer Strafrahmenobergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe nach § 184b Abs. 3 StGB aF als äußerst niedrig und nachfolgend die Gesamtstrafe als sehr mild.

Jäger

Fischer

Leplow

Allgayer

Welnhöfer-Zeitler

Vorinstanz:

Landgericht Freiburg, 31.10.2023 - 1/23 9 KLS 100 Js 39063/18 (2)