
Datum: 29.09.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 Ws 302/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0929.4WS302.16.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 05 KLS 16/16
Schlagworte: sexuelle Handlung, Vornehmenlassen, Kind, passive Duldung, Unterlassungsdelikt, nonverbale Signale
Normen: StGB § 176 Abs. 1, StPO § 203
Leitsätze:
Bei § 176 Abs. 1 2. Alt. StGB handelt es sich nicht um ein echtes Unterlassungsdelikt. Deswegen ist das rein passive Dulden sexueller Handlungen von Kindern unter vierzehn Jahren zur Tatbestandsverwirklichung grds. nicht ausreichend. Geht die Initiative zu der sexuellen Handlung von dem Kind aus, reicht ein Gewährenlassen dann aus, wenn es über eine passive Duldung hinausgeht und z.B. eine Bestärkung (etwa durch nonverbale Signale) der vom Kind ausgehenden Initiative enthält.

Tenor:
Auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft wird angefochtene Beschluss nebst der dort getroffenen Kosten- und Auslagenentscheidung aufgehoben, soweit mit ihm die Eröffnung des Hauptverfahrens zu Punkt 1 der Anklage abgelehnt wurde.
Insoweit wird die Anklage der Staatsanwaltschaft Paderborn vom 06.07.2016 zugelassen und das Hauptverfahren vor der 5. großen Strafkammer – große Jugendkammer als Jugendschutzkammer des Landgerichts Paderborn eröffnet.
Die weitergehende sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft wird verworfen.

Die Kosten- und Auslagentragung im Beschwerdeverfahren folgt jener in der Hauptsache, soweit das Rechtsmittel Erfolg hat. Im Übrigen trägt die Staatskasse die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten. Die Gebühr für das Beschwerdeverfahren wird um die Hälfte ermäßigt (§ 473 Abs. 2 und 4 StPO).

Die Verletzte I ist berechtigt, sich dem Verfahren als Nebenklägerin anzuschließen.

Gründe

I.	1
Die Staatsanwaltschaft Paderborn hat unter dem Datum des 06.07.2016 gegen den Angeschuldigten Anklage wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes und wegen Versuchs des sexuellen Missbrauchs eines Kindes erhoben. Sie wirft dem Angeschuldigten vor	2
„in der Zeit vom 02.03.2014 bis zum 02.03.2015 in C durch 2 selbständige Handlungen sexuelle Handlungen von einer Person unter vierzehn Jahren an sich vornehmen lassen zu haben, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb.“	3
Konkret legt sie ihm zur Last:	4
„1.	5
An einem nicht näher konkretisierbaren Wochenende im Tatzeitraum war die am 25.05.2006 geborene I bei dem Angeschuldigten, ihrem Großvater, zu Besuch. In diesem Rahmen kam es dazu, dass, als der Angeschuldigte im Wohn-zimmer an einem Tisch lehnte, die Zeugin zu ihm kam, seine Hose öffnete und äußerte, sie wolle etwas „gucken“. Die Zeugin holte sodann den Penis des Ange-schuldigten heraus, indem sie den Gummizug seiner Unterhose wegzog. Im weiteren Verlauf umfasste die Zeugin den erigierten Penis des Angeschuldigten und bewegte ihre Hand am Penis hoch und runter, bis der Angeschuldigte zum Samenerguss kam, wobei er das Kind zu der Handlung jedenfalls durch nonverbale Signale ermunterte.	6
2.	7
An einem weiteren im einzelnen nicht näher konkretisierbaren Wochenende im Tatzeitraum kam es wieder dazu, dass die Zeugin I dem Angeschul-digten die Hose öffnete, um erneut am Penis des Angeschuldigten zu manipulieren, als ein Geräusch aus der Küche zu hören war. Da der Angeschuldigte davon ausging, es sei eine andere Person im Haus, wurde die weitere Tathandlung nicht fortgeführt.“	8
Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Landgericht Paderborn die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt, weil die vorliegenden Beweise keinen hinreichenden Tatverdacht gegen den Angeschuldigten begründeten. Sie führt u.a. aus:	9
„Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der von Teilen der Literatur zuge-stimmt wird und der die Kammer folgt, ist die zweite Alternative des § 176 Abs. 1 StGB dann erfüllt, wenn der Täter sexuelle Handlungen an sich von dem Kind vornehmen lässt, wobei es sich insoweit aber nicht um ein echtes Unterlassungs-delikt handelt, weshalb das rein passive Dulden zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreicht (vgl. BGH, Urteil vom 09.07.2014, Az.:	10
	11

2 StR 13/14, abgedruckt in BGHSt 59, S. 263 ff.; Fischer, StGB, 62. Auflage, § 176 Rd. 6; Renzikowski in MÜKo-StGB, 2. Auflage, Band 3, § 176 Rd. 25). Erforderlich ist, dass der beim eigentlichen Sexualkontakt sich passiv verhaltende Täter zuvor aktiv auf das Kind eingewirkt hat, etwa durch Befehlen und/oder Überreden (vgl. BGH a.a.O.). Der Tatbestand kann darüber hinaus auch erfüllt sein, wenn die Initiative zum Sexualkontakt vom Kind selbst ausgeht. Ein Gewährenlassen des Täters ist aber auch in diesem Fall nur dann tatbestandlich erfasst, wenn es über die rein passive Duldung hinaus geht und zum Beispiel eine Bestärkung der vom Kind ausgehenden Initiative enthält (vgl. BGH a.a.O. m.w.N.). Dementsprechende Feststellungen dahingehend, dass der Ange-schuldigte auf die Zeugin I bezüglich der ihm vorgeworfenen sexuellen Handlungen aktiv eingewirkt hat oder die Zeugin insoweit bestärkt hat, lassen sich auf Grund der Einlassung des Angeschuldigten anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung am 02.03.2016 und der vorliegenden Beweismittel nicht feststellen.

Der Angeschuldigte hat gegenüber der Polizei zunächst angegeben, dass es zu keinerlei sexuellen Handlungen zwischen ihm und der Zeugin I gekommen sei. In einer späteren, am 02.03.2016 durchgeführten, Vernehmung hat der Angeschuldigte sich dahin eingelassen, dass die Zeugin I vor eine oder zwei Jahren mit ihm an einem Wochenende zu Hause gewesen sei. Aus heiterem Himmel sei die Zeugin auf die Idee gekommen, bei ihm „gucken“ zu wollen. Sie sei zu ihm gekommen und habe damit angefangen, ihm seine Hose zu öffnen. Sie habe die Hose vorne komplett geöffnet und er habe die Zeugin machen lassen. Dies sei in dem Wohnzimmer des Hauses gewesen. Er, der Angeschuldigte, habe an einem Tisch gelehnt. Die Zeugin habe die Hose einfach nur so geöffnet und dann den Gummizug seiner Unterhose weggezogen und seinen Penis herausgeholt. Die Zeugin habe dann damit gespielt. Als die Zeugin seinen Penis angefasst und sich angeschaut habe, habe er eine Erektion bekommen. Er glaube nicht, dass er ihr dies gezeigt habe. Es sei dann aber so gewesen, dass er immer erregter geworden sei. Letztendlich sei es dann so gewesen, dass die Zeugin I Hin- und Herbewegungen an seinem Penis vorgenommen habe, so wie man das bei der Selbstbefriedigung mache. Er habe ihr dies nicht gezeigt. Sie habe dies selber herausgefunden und offenbar gemerkt, dass ihm dies gefallen habe. Es sei dann auch so weit gegangen, dass er einen Samenerguss gehabt habe. Mit einem Tempotaschentuch habe er dann das Sperma aufgefangen. Die Zeugin I habe dann aufgehört. Seine Erektion sei weggegangen und er habe sich wieder angezogen.

12

Später habe es noch eine Sache gegeben. Da sei die Zeugin gerade dabei gewesen, ihm erneut die Hose zu öffnen. Man sei dann abgelehnt worden, weil in der Küche eine Tasche geraschelt habe. Er sei davon ausgegangen, dass jemand im Haus gewesen sei. Er sei dann in die Küche gegangen und habe feststellen können, dass lediglich die Katze an der Brötchentüte gewesen sei. Als er wieder zurück gekommen sei, habe man die Sache nicht weiter verfolgt. Auch bei dieser Situation sei es allerdings so gewesen, dass die Zeugin I von sich aus nochmals nach seinem Penis habe schauen wollen. Wenn die Katze nicht gestört hätte, wäre das, was bereits beim ersten Mal passiert sei, auch vermutlich ein zweites Mal noch passiert. Ansonsten habe er keine sexuellen Handlungen gegenüber der Zeugin I begangen und auch von dieser nicht an sich vornehmen lassen.

13

Aus dieser Einlassung des Angeschuldigten lassen sich konkrete nonverbale Signale zur Ermunterung der Zeugin zur Vornahme von sexuellen Handlungen an ihm nicht entnehmen. Allein die Angabe des Angeschuldigten, dass die Zeugin I offenbar gemerkt habe, dass ihm ihre Berührungen seines Penis gefielen, lässt nicht den Schluss auf irgendein aktives Tun des Angeschuldigten zu, dass zu einer Bestärkung der von der Zeugin I ausgehenden Initiative geführt hat. Wodurch der Angeschuldigte zu erkennen gegeben haben will, dass ihm

14

die Berührungen der Zeugin I an seinem Penis gefilen, lässt sich der Einlassung des Angeschuldigten nicht entnehmen.“

Weiter führt die Strafkammer aus, dass die übrigen Zeugenaussagen schon nicht das angeklagte Geschehen wiedergäben. 15

Gegen den Nichteröffnungsbeschluss wendet sich die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Beschwerde. 16

II. 17

Die zulässige sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. 18

Nach § 203 StPO beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeschuldigte nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint. Hinreichender Tatverdacht ist anzunehmen, wenn die nach Maßgabe des Akteninhaltes, nicht lediglich aufgrund der Anklageschrift, vorzunehmende vorläufige Tatbewertung ergibt, dass die Verurteilung des Angeschuldigten wahrscheinlich ist. Eine solche Wahrscheinlichkeit besteht, wenn unter erschöpfender Zugrundelegung des Ergebnisses der Ermittlungen und der daran anknüpfenden rechtlichen Erwägungen zum objektiven und subjektiven Tatbestand bei Einschätzung des mutmaßlichen Ausgangs der Hauptverhandlung mehr für eine Verurteilung als für einen Freispruch spricht (vgl. nur OLG Rostock, Beschl. v. 27.11.2015 – 20 Ws 192/15 – juris m.w.N.). 19

Ein hinreichender Tatverdacht in dem genannten Sinne ist hier zu bejahen. 20

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die 2. Alternative des § 176 Abs. 1 StGB ist zwar bereits dann erfüllt, wenn der Täter sexuelle Handlungen „an sich von dem Kind vornehmen lässt“. Es handele sich insoweit aber nicht um ein echtes Unterlassungsdelikt, weshalb das rein passive Dulden zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreiche. Erforderlich sei vielmehr, dass der beim eigentlichen Sexualkontakt sich passiv verhaltende Täter zuvor aktiv auf das Kind eingewirkt habe, etwa durch Befehlen oder Überreden. Der Tatbestand könne darüber hinaus zwar auch erfüllt sein, wenn die Initiative zum Sexualkontakt - im Gegensatz etwa zum "Bestimmen" nach § 176 Abs. 2 StGB - vom Kind selbst ausgehe. Ein Gewähren-Lassen des Täters sei aber auch in diesem Fall nur dann tatbestandlich erfasst, wenn es über die rein passive Duldung hinausgehe und zum Beispiel eine Bestärkung der vom Kind ausgehenden Initiative enthält (BGH, Urteil vom 09. Juli 2014 – 2 StR 13/14). Der Senat teilt die in der genannten Entscheidung nicht weiter begründete Auffassung, § 176 Abs. 1 2. Alt. StGB enthalte nicht (auch) ein echtes Unterlassungsdelikt. Der Wortlaut der Norm würde eine solche Interpretation zwar nicht hindern. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt er sich allerdings, dass der Gesetzgeber dies nicht bezweckt hat. Dort heißt es (BT-Drs. VI/3521 S. 35): „§ 176 schützt Kinder unter vierzehn Jahren vor sexuellen Handlungen, die an oder vor ihnen vorgenommen oder zu denen sie selbst veranlaßt werden.“ Auch hat der Gesetzgeber hier gerade nicht die (eindeutig auf die Einbeziehung eines rein passiven Verhaltens deutende) Formulierung des Duldens gewählt (vgl. insoweit: Hörnle in: LK-StGB, 12. Aufl., § 176 Rdn. 11 FN 33). 21

Es besteht hier – aufgrund der eigenen Einlassung des Angeschuldigten - der hinreichende Tatverdacht, dass die seinerzeit sieben- oder achtjährige Zeugin I einmal sexuelle Handlungen an dem Angeschuldigten vorgenommen (Tat 1). Anders als das Landgericht sieht der Senat im Rahmen dieses Tatgeschehens auch mehr als eine bloße passive Duldung des Tatgeschehens. Der Angeschuldigte hat die Zeugin vielmehr in ihrer Initiative 22

bestärkt. Wenn das Opfer kein Kleinkind mehr ist, ist es grundsätzlich in der Lage, auch nonverbale Signale zu verstehen und die Hinnahme sexueller Berührungen als Ermunterung oder Bestärkung durch den Täter zu erkennen (Hörnle in: LK-StGB, 12. Aufl., § 176 Rdn. 11). Der Angeschuldigte räumt selbst ein, dass er immer erregter wurde und dass die Zeugin „offenbar selbst herausgefunden und offenbar gemerkt“ habe, „dass ihm das gefiel“. Auch wenn er meine, dass er ihr das nicht gezeigt habe, so ergibt sich daraus doch ein hinreichender Tatverdacht dafür, dass der Angeschuldigte nonverbale Signale gesendet hat, welche die Zeugin, die ihr Handeln bis zum Samenerguss des Angeschuldigten fortgesetzt hat, erkannt und als Bestärkung ihres Handelns empfunden hat.

Kein hinreichender Tatverdacht besteht hingegen hinsichtlich der weiteren ange- klagten Tat. 23
Hier liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass der Angeschuldigte irgendwelche ausdrücklichen oder nonverbalen Signale ausgesandt haben könnte. Das Tatgeschehen war nach seiner Darstellung offenbar sehr kurz. Die Zeugin war gerade erst dabei, ihm die Hose zu öffnen. Sodann kam es schon zur Ablenkung durch das durch die Katze in der Küche verursachte Geräusch.

III. 24

Auf die Anschlussklärung vom 17.11.2015 hatte der Senat im Beschwerdever-fahren über 25
die Berechtigung der I zum Anschluss als Nebenklägerin zu entscheiden, § 396 Abs. 2 Satz 1 StPO (vgl. hierzu: OLG Rostock a.a.O.). Diese ist gegeben, weil die Nebenklägerin ihre Befugnis nach § 395 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, § 402 StPO hinreichend glaubhaft gemacht hat.