



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 19/17

vom
21. März 2017
in der Strafsache
gegen

wegen bewaffneten Handeltriebens mit Betäubungsmitteln in nicht
geringer Menge u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts am 21. März 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 23. September 2016
 - a) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwölf Fällen schuldig ist,
 - b) im Straf- und Maßregelausspruch aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Jugendstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in elf Fällen und wegen „unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit Waffen“ zu einer Einheitsjugendstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist bei Vorwegvollzug von einem Jahr und drei Monaten der Strafe vor der Maß-

regel angeordnet worden. Darüber hinaus hat das Landgericht Verfall des Wertersatzes bestimmt.

- 2 Die näher ausgeführte, auf sachlich-rechtliche Beanstandungen gestützte Revision des Angeklagten ist weitgehend erfolgreich.

I.

- 3 Das Rechtsmittel des zu Beginn des Tatzeitraums noch heranwachsenden Angeklagten wendet sich allein gegen die Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall C.II.d. der Urteilsgründe – UA S. 10 und 11) sowie gegen die Höhe der Einheitsjugendstrafe. Dies ergibt sich unmissverständlich aus den gestellten Revisionsanträgen (§ 344 Abs. 1 StPO) unter Berücksichtigung der Begründungsschrift. Soweit mit dieser Beschränkung auch die Anordnung der Maßregel des § 64 StGB vom Rechtsmittelangriff ausgenommen werden sollte, wäre eine solche weitergehende Beschränkung nicht wirksam. Wegen der durch § 5 Abs. 3, § 105 Abs. 1 JGG hergestellten Verknüpfung zwischen freiheitsentziehenden Maßregeln und einer Jugendstrafe kann regelmäßig nicht gesondert lediglich über die Strafe oder die Maßregel entschieden werden (siehe nur van Gemmeren in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., § 64 Rn. 129 und 137 mwN).

II.

4 Im Umfang der Anfechtung hat das Rechtsmittel ganz überwiegend Erfolg.

5 1. Der Schuldspruch wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wird von den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht getragen.

6 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegen die Voraussetzungen der Qualifikation aus § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG grundsätzlich nicht vor, wenn lediglich eine als Gehilfe am Grunddelikt strafbar beteiligte Person während des Tatzeitraums eine Schusswaffe oder einen sonstigen Gegenstand mit sich führt, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist (BGH, Beschlüsse vom 4. Februar 2003 – GSSt 1/02, BGHSt 48, 189, 194 und vom 15. Oktober 2013 – 3 StR 224/13, StV 2014, 617, 618; siehe auch BGH, Urteil vom 21. März 2000 – 1 StR 441/99, NStZ 2000, 433; Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., § 30a Rn. 106). Ausreichend ist allerdings das Mitsichführen eines von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erfassten Gegenstandes durch einen Mittäter des betäubungsmittelrechtlichen Grunddelikts, wenn sich der gemeinsame Tatentschluss auf den Qualifikationstatbestand bezieht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. Februar 2003 – GSSt 1/02, BGHSt 48, 189, 192 ff. und vom 15. Oktober 2013 – 3 StR 224/13, StV 2014, 617, 618; Urteil vom 10. August 2016 – 2 StR 22/16, NStZ-RR 2016, 375, 376 f.).

7 b) Ein gemeinschaftliches Handeltreiben durch den Angeklagten und seine beiden unbekannt gebliebenen „Begleiter“ (UA S. 11) belegen die Feststellungen nicht. Auch aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils lassen sich die Voraussetzungen einer Mittäterschaft nicht entnehmen.

8 aa) Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 15. Januar 1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289, 291; vom 9. April 2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 225 f.; vom 13. Juli 2016 – 1 StR 94/16 Rn. 17 und vom 10. August 2016 – 2 StR 22/16, NStZ-RR 2016, 375, 376). Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2015 – 3 StR 336/15, NStZ-RR 2016, 6; Urteil vom 10. August 2016 – 2 StR 22/16, NStZ-RR 2016, 375, 376).

9 bb) Die Beteiligung der „Begleiter“ des Angeklagten an der hier fraglichen Tat beschränkte sich auf eine Rangelei mit dem nicht revidierenden Mitangeklagten P. , in deren Folge dieser eine Tasche mit 250 g Marihuana an einen der beiden Begleiter übergab. Im weiteren Verlauf des Geschehens zeigte einer der Begleiter dem Mitangeklagten ein von ihm (dem Begleiter) mitgeführtes Messer. Bei dieser Gelegenheit erkannte der Angeklagte erstmals das Mitsichführen eines Messers durch einen seiner Begleiter und die von diesem vorgenommene Zweckbestimmung, das Messer zu Verteidigungszwecken ge-

gen Menschen einzusetzen. Der Angeklagte billigte dieses. Später übergab der Mitangeklagte in seiner Wohnung ein weiteres Päckchen mit Marihuana an den Angeklagten und dessen Begleiter.

10 Daraus lassen sich die für eine Mittäterschaft erforderlichen Anhaltspunkte nicht entnehmen. Ein eigenes Tatinteresse der Begleiter ist aus den Urteilsgründen nicht erkennbar. Gleiches gilt für eine auf das Handeltreiben gerichtete Tatherrschaft oder wenigstens den Willen dazu. Durch festgestellte tatsächliche Umstände belegt ist allenfalls eine Beihilfe der Begleiter, damit auch des bewaffneten Begleiters, zu täterschaftlichem Handeltreiben des Angeklagten. Das genügt aber nicht für die Qualifikation aus § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.

11 c) Die Voraussetzungen, unter denen der Bundesgerichtshof ausnahmsweise das Mitsichführen einer Schusswaffe oder eines sonst verletzungsgeeigneten und -bestimmten Gegenstands durch einen Gehilfen für die Verwirklichung des bewaffneten Handeltreibens seitens des Täters hat ausreichen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 1997 – 2 StR 556/96, BGHSt 43, 8, 14; Beschluss vom 4. Februar 2003 – GSSt 1/02, BGHSt 48, 189, 194), liegen nach den Feststellungen ebenfalls nicht vor. Da der Angeklagte überhaupt erst während des Vorgehens gegen den Mitangeklagten P. eher zufällig (siehe UA S. 11) Kenntnis von dem Messer eines seiner Begleiter erhielt, liegt sehr fern, dass der Angeklagte jederzeit auf das Messer selbst hat zugreifen oder über dessen Einsatz im Wege eines Befehls hat verfügen können (zu den Kriterien BGH jeweils aaO). Das gilt erst recht unter Berücksichtigung der Ausführungen des Landgerichts im Rahmen der Strafzumessung. Dort schildert das Tatgericht den Eindruck des Mitangeklagten P., dem Angeklagten habe – ersichtlich bezogen auf das Vorzeigen des Messers durch einen der Begleiter – die „Eskalation leid“ getan. Der Angeklagte sei „kreidebleich“ gewesen (UA

S. 23). Das hat mit der häufig als „Leibwächterfall“ (BGH, Beschluss vom 4. Februar 2003 – GSSt 1/02, BGHSt 48, 189, 194) bezeichneten Ausnahmekonstellation der Zurechnung von Gehilfenverhalten zum Täter des Betäubungsmitteldelikts nichts zu tun.

12 d) Angesichts des bislang Festgestellten zu Verhalten und Rolle der „Begleiter“ des Angeklagten bei der fraglichen Tat schließt der Senat weitergehende Feststellungen aus, durch die ein bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln für den Angeklagten noch belegt werden könnte. Der Senat lässt daher die Verurteilung aus dem Qualifikationsdelikt entfallen und ändert den Schuldspruch wie aus der Entscheidungsformel zu 1.a) ersichtlich. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen. Der Angeklagte hätte sich nicht erfolgreicher als geschehen verteidigen können.

13 2. Der Ausspruch über die Jugendstrafe und die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt halten revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis ebenfalls nicht stand.

14 a) Wird aus Anlass der Straftat eines Jugendlichen oder Heranwachsenden dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet, so wird gemäß § 5 Abs. 3 JGG – bei Heranwachsenden in Verbindung mit § 105 Abs. 1 JGG – von Jugendstrafe abgesehen, wenn die Maßregelanordnung eine solche Ahndung entbehrlich macht. Die spezifisch jugendstrafrechtliche Regelung ermöglicht es nach dem Verständnis des Bundesgerichtshofs, die im allgemeinen Strafrecht vorgesehene Kumulation von Strafe und freiheitsentziehender Maßregel zu vermeiden und dem Gedanken der Einspurigkeit im Jugendstrafrecht Rechnung zu tragen (BGH, Urteile vom 9. Dezember 1992 – 3 StR 434/92, BGHSt 39, 92, 95 und vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 387/15, StV 2016, 736 mwN; Beschluss vom 26. Mai 2011 – 4 StR 159/11, StraFo 2011, 288). Ange-

sichts dessen ist das Tatgericht grundsätzlich gehalten, auch bei einem nach Jugendstrafrecht zu beurteilenden Heranwachsenden die Voraussetzungen von § 5 Abs. 3 JGG zu erörtern (siehe nur BGH, Beschluss vom 22. Juli 2009 – 2 StR 240/09, NStZ-RR 2009, 354 mwN).

15 b) Dem genügt das angefochtene Urteil nicht. Es ist weder eine ausdrückliche Prüfung von § 5 Abs. 3 JGG erfolgt noch lässt sich eine solche aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils, was genügen kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. Mai 2011 – 4 StR 159/11, StraFo 2011, 288 und vom 21. Juli 2015 – 1 StR 105/15 Rn. 2), entnehmen. In Bezug auf die für sich genommen rechtsfehlerfrei auf „schädliche Neigungen“ gestützte und unter Berücksichtigung von § 18 Abs. 2 JGG bemessene Jugendstrafe kann den Urteilsgründen auch nicht ohne weiteres entnommen werden, dass eine Anwendung von § 5 Abs. 3 JGG von vornherein ausscheidet (vgl. zu einer solchen Konstellation BGH, Beschlüsse vom 23. Juni 2015 – 1 StR 243/15 und vom 21. Juli 2015 – 1 StR 105/15 Rn. 2). Angesichts der wiederum bei isolierter Betrachtung rechtsfehlerfreien Erwägungen zum notwendigen Umfang der Einwirkung auf den Angeklagten mag ein Absehen von Jugendstrafe eher fern liegen. Das zu beurteilen, ist jedoch Aufgabe des Tatrichters (BGH, Beschluss vom 26. Mai 2011 – 4 StR 159/11, StraFo 2011, 288; zum Ermessen des Tatrichters BGH, Beschluss vom 17. September 2013 – 1 StR 372/13, NStZ-RR 2014, 28; Urteil vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 387/15, StV 2016, 736).

16 c) Die unterbliebene Erörterung von § 5 Abs. 3 JGG (i.V.m. § 105 Abs. 1 JGG) führt zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs insgesamt (vgl. nur BGH, Beschluss vom 17. März 2011 – 4 StR 49/11, StraFo 2011, 240). Eine Aufhebung der zugrunde liegenden Feststellungen kommt nicht in Betracht.

Diese sind rechtsfehlerfrei getroffen worden. Da sich die Revision auch gegen diese richtet, bleibt sie insoweit erfolglos.

17 3. Der Ausspruch über die Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) des Verfalls von Wertersatz ist nicht angefochten.

Raum

Jäger

Bellay

Radtke

Fischer