



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 220/12

vom  
20. September 2012  
in der Strafsache  
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 20. September 2012 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 2012 im Strafausspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt wird.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbeziehung der Strafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Osnabrück vom 4. April 2008 zur Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt.
- 2 Hiergegen richtet sich die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel führt zur Abänderung des Strafausspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

3 Die Bildung der Gesamtstrafe ist rechtsfehlerhaft. Das Landgericht hätte die Strafe aus dem Strafbefehl vom 4. April 2008 nicht einbeziehen dürfen.

4 Nach den Feststellungen des Landgerichts verkaufte der Angeklagte ab Juni 2008 in mehreren Einzelverkäufen Betäubungsmittel, die er einer am 3. Januar 2008 erworbenen und auf einem Nachbargrundstück vergrabenen Gesamtmenge entnahm. Bereits am 4. Januar 2008 war beim Angeklagten ein Gramm Heroin aufgefunden worden, von dem nicht ausgeschlossen werden konnte, dass es aus dieser Menge stammte. Das hierauf eingeleitete Ermittlungsverfahren war nach § 154a Abs. 1 StPO im Hinblick auf die im Strafbefehl vom 4. April 2008 wegen eines Waffendelikts verhängte, zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von einem Jahr eingestellt worden. Das Landgericht hat zurecht einen Strafklageverbrauch verneint, weil unabhängig von der Frage, ob die Betäubungsmittelstraftat vom 4. Januar 2008 tateinheitlich mit dem Waffendelikt verwirklicht worden war, die als ein einheitlicher Betäubungsmittelhandel abgeurteilten Betäubungsmittelverkäufe zeitlich erst nach dem Erlass des Strafbefehls am 4. April 2008 getätigt wurden und dieser danach begangene Taten nicht erfassen konnte. Der gerichtlichen Kognitionspflicht kann kein strafbares Verhalten unterfallen, das einem Urteil oder dem Erlass eines Strafbefehls nachfolgt (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2008 - 1 StR 526/08, juris). Damit lagen aber auch die rechtlichen Voraussetzungen für eine Einbeziehung der Strafe aus dem Strafbefehl vom 4. April 2008 nicht vor.

5 Durch die rechtsfehlerhafte Bildung der Gesamtstrafe ist der Angeklagte beschwert, weil die im Strafbefehl vom 4. April 2008 zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe unter Wegfall der Bewährung einbezogen wurde. Das Urteil muss deshalb im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben werden. Auch die vom Landgericht in vorliegender Sache ausgesprochene Freiheitsstrafe von

zwei Jahren und zehn Monaten kann in dieser Höhe nicht bestehen bleiben. Wegen des Verschlechterungsverbot ( § 358 Abs. 2 StPO ) darf die Summe der beiden zu Unrecht zusammengezogenen Strafen drei Jahre und vier Monate nicht übersteigen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 5. Juli 1990 - 1 StR 273/90, juris und 10. Januar 2012 - 3 StR 370/11, NStZ-RR 2012, 170). Die Freiheitsstrafe für das hier abgeurteilte Betäubungsmitteldelikt darf daher nicht mehr als zwei Jahre und vier Monate betragen. Diese Strafe kann der Senat in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst verhängen.

6                    Der geringe Teilerfolg des Rechtsmittels rechtfertigt eine Ermäßigung der Gebühr und die Auferlegung eines Teils der Auslagen auf die Staatskasse nach § 473 Abs. 4 StPO nicht.

7                    Ergänzend bemerkt der Senat: Der Teilfreispruch betrifft nur die dem Angeklagten unter Nr. 2, 3 und 30 der Anklageschrift vorgeworfenen Straftaten. Hinsichtlich der Tatvorwürfe Nr. 8-28 war der Angeklagte hingegen nicht freizusprechen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist in dem Fall, dass mehrere Delikte als tatmehrheitlich begangen angeklagt und die Tathandlungen in der Hauptverhandlung auch nachgewiesen werden, der Schuldspruch wegen Vorliegens einer Bewertungseinheit indes nur die einmalige Begehung der Straftat ausspricht, ein Teilfreispruch nicht veranlasst. Denn in einem solchen

Fall wird der gesamte Verfahrensgegenstand durch die Verurteilung erschöpfend erledigt (BGH, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 3 StR 176/02, BGHR StPO § 260 Abs. 1 Teilfreispruch 14 unter Aufgabe von BGH, Urteil vom 11. September 1996 - 3 StR 252/96, NStZ 1997, 90). Damit hat die Staatskasse auch nur die durch die Freisprüche in den Fällen Nr. 2, 3 und 30 der Anklageschrift veranlassten Kosten und notwendigen Auslagen zu tragen.

Becker

Hubert

Schäfer

Gericke

Spaniol