



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 555/22

(alt: 5 StR 160/21)

vom
14. März 2023
in der Strafsache
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. März 2023 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 sowie nach § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Flensburg vom 10. Oktober 2022 im Gesamtstrafenauspruch mit der Maßgabe aufgehoben, dass eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Gesamtstrafe und die Kosten des Rechtsmittels nach den §§ 460, 462 StPO zu treffen ist.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten im ersten Rechtsgang durch Urteil vom 9. Februar 2021 wegen sieben Fällen des Handeltreibens in Tateinheit mit Besitz und mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge sowie wegen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen schuldig gesprochen. Es hat ihn unter Einbeziehung einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen aus einem Strafbefehl des Amtsgerichts Schleswig vom 22. Juni 2020 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

- 2

Der Senat hat das Urteil auf die Revision des Angeklagten im Ausspruch über die Einzelstrafe im Fall II.10 der Urteilsgründe sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben und an das Landgericht zurückverwiesen, weil die Strafkammer im betreffenden Fall rechtsfehlerhaft unterlassen hatte, eine Ermessensentscheidung über die Gewährung einer Strafmilderung nach § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG zu treffen. Die zugehörigen Feststellungen hat der Senat aufrechterhalten.

- 3

Im zweiten Rechtsgang hat das Landgericht aus den bereits rechtskräftigen Einzelstrafen und der für Fall II.10 der Urteilsgründe neu bemessenen Einzelstrafe eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und fünf Monaten gebildet. An einer erneuten Einbeziehung der Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Schleswig vom 22. Juni 2020 hat es sich gehindert gesehen, da diese Geldstrafe „inzwischen“ bezahlt und damit vollständig vollstreckt worden ist. Dafür hat die Strafkammer bei der Gesamtstrafenbildung einen Härteausgleich vorgenommen. Die gegen das Urteil gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten erzielt den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

- 4

Der Ausspruch über die Gesamtstrafe hat keinen Bestand, da das Landgericht zu Unrecht von einer erneuten Einbeziehung der Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Schleswig vom 22. Juni 2020 abgesehen hat. Dass diese Strafe nach Erlass des Urteils im ersten Rechtsgang vollständig vollstreckt worden ist, stand der Einbeziehung in eine nachträgliche Gesamtstrafe nach § 55 StGB hier nicht entgegen. Vielmehr ist die Gesamtstrafenbildung im Fall der Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht in der neuen Verhandlung nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der früheren tatrichterlichen Verhandlung

– hier also dem 9. Februar 2021 – vorzunehmen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 25. Oktober 2017 – 1 StR 136/17, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 2 Zäsurwirkung 3; vom 5. Juli 2011 – 3 StR 188/11), damit einem Revisionsführer ein erlangter Rechtsvorteil durch nachträgliche Gesamtstrafenbildung nicht durch sein Rechtsmittel genommen wird (BGH, Beschluss vom 21. August 2001 – 5 StR 291/01, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Erledigung 2).

5 Es bedarf daher der Neufestsetzung der Gesamtstrafe, wobei die Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Schleswig vom 22. Juni 2020 – mit der Folge ihrer Anrechnung nach § 51 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StGB – einzubeziehen ist. Der Senat macht von § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO Gebrauch.

Cirener

Gericke

Mosbacher

Ri'inBGH Resch ist
im Urlaub und kann
nicht unterschreiben.
Cirener

Werner

Vorinstanz:

Landgericht Flensburg, 10.10.2022 - II KLS 106 Js 7510/19 (2)