



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 613/19

vom
20. Februar 2020
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 20. Februar 2020 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten E. wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 1. Juli 2019 im Gesamtstrafenausspruch mit den dazugehörenden Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

2. Die Revision des Angeklagten Ö. gegen das vorgenannte Urteil wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten Ö. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Den Angeklagten E.

hat es wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 40 Fällen – unter Einbeziehung der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 9. Februar 2018 in der Fassung des Berufungsurteils des Landgerichts Berlin vom 16. November 2018 – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt sowie dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Zudem hat es Einziehungsentscheidungen getroffen. Die mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten Ö.

ist unbegründet. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten E. führt auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs. Im Übrigen bleibt sein Rechtsmittel erfolglos.

2 Die Gesamtstrafenbildung hat keinen Bestand, weil das Landgericht die Strafe aus einem gesamtstrafenrechtlich verbrauchten Urteil einbezogen hat.

3 Der Angeklagte E. wurde am 9. Februar 2018 vom Amtsgericht Tiergarten wegen einer am 2. Mai 2016 begangenen Tat zu einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt. Auf seine auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung hin verhängte das Rechtsmittelgericht am 16. November 2018 gegen ihn – unter Strafaussetzung zur Bewährung – eine Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten, wobei es die im angefochtenen Urteil verhängte Strafe auf sieben Monate herabgesetzt und eine vom Amtsgericht Tiergarten am 19. Mai 2017 wegen einer Tat vom 29. Mai 2016 verhängte Frei-

heitsstrafe von sechs Monaten einbezogen hat. Die Strafaussetzung zur Bewährung hat das Kammergericht am 14. Mai 2019 auf die hierauf beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft aufgehoben und das Verfahren insofern an eine andere Berufungskammer des Landgerichts zurückverwiesen. Eine neue Entscheidung über die Bewährungsfrage ist bis zum angefochtenen Urteil im vorliegenden Verfahren nicht ergangen.

4 Das vom Landgericht für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB herangezogene Berufungsurteil vom 16. November 2018 hat danach für die abgeurteilten Taten gesamtstrafenrechtlich gesehen keine eigenständige Bedeutung. Denn die diesem Urteil zugrundeliegende Straftat vom 2. Mai 2016 hätte bereits durch das Urteil vom 19. Mai 2017 geahndet werden können, weshalb das Berufungsgericht die Strafe aus diesem Urteil zu Recht gemäß § 55 StGB einbezogen hat. Das Urteil vom 16. November 2018 ist deshalb gesamtstrafenrechtlich als auf das Urteil vom 19. Mai 2017 „zurückprojiziert“ zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 12. August 1998 – 3 StR 537/97, BGHSt 44, 179, 181; Beschluss vom 20. September 2007 – 4 StR 431/07). Damit stellt es aber keine frühere Verurteilung im Sinne des § 55 Abs. 1 StGB dar.

5 Es kann daher offenbleiben, ob angesichts des Wortlauts des § 55 StGB („rechtskräftig Verurteilter“) eine Strafe aus einem Urteil einziehungsfähig ist, das wie hier zwar im Schuldspruch und in der Strafhöhe, nicht aber hinsichtlich der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung und damit nicht in vollem Umfang rechtskräftig ist (so noch BGH, Urteil vom 7. Juni 1956 – 3 StR 127/56, NJW 1956, 1567, 1568, zu dem insofern von § 55 StGB abweichenden § 79 StGB in der Fassung vom 1. Oktober 1953 [BGBl. I, S. 1083]; dem folgend LK-StGB/Rissing-van Saan/Scholze, 13. Aufl., § 55 Rn. 4; MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, 3. Aufl., § 55 Rn. 21; SK-StGB/Jäger, 9. Aufl., § 55 Rn. 29;

NK-StGB/Frister, 5. Aufl., § 55 Rn. 20; dagegen zur Zäsurwirkung eines Urteils bei einer auf die Frage der Strafaussetzung beschränkten Berufung BGH, Beschlüsse vom 30. April 2008 – 2 StR 51/08; vom 3. November 2015 – 4 StR 407/15, NStZ-RR 2016, 75, und vom 8. Juni 2016 – 4 StR 73/16).

Mutzbauer

Cirener

Köhler

Resch

von Häfen

Vorinstanz:

Berlin, LG, 01.07.2019 - 273 Js 3457/18 (511 KLS) (14/19)