



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 118/23

vom
18. Juli 2023
in der Strafsache
gegen

1.

2.

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Juli 2023 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten B. wird das Urteil des Landgerichts Itzehoe vom 14. Oktober 2022 im Gesamtstrafenausspruch aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

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.

2. Die Revision des Angeklagten T. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten – unter Freisprechung im Übrigen – wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen und gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in drei Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von drei Jahren verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des

Angeklagten B. hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Die rechtliche Nachprüfung des Urteils auf die mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten T. hat keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

2 Der Gesamtstrafenausspruch hat – worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hingewiesen hat – den Angeklagten B. betreffend keinen Bestand, weil der Senat mangels Feststellungen des Landgerichts zum genauen Zeitpunkt der Verurteilung und zum Vollstreckungsstand der verhängten Strafe nicht überprüfen kann, ob sie nach § 55 Abs. 1 StGB hätte einbezogen werden müssen.

3 Nach den Urteilsfeststellungen hat das Amtsgericht Görlitz den Angeklagten „im März 2022“ wegen unerlaubter Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 15 Euro verurteilt. Die verfahrensgegenständlichen Taten wurden von Mitte Januar bis 10. März 2022 begangen. Danach war die im amtsgerichtlichen Verfahren verhängte Strafe einbeziehungsfähig (§ 55 Abs. 1 StGB) und hätte daher in den Urteilsgründen erörtert werden müssen.

4 Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Angeklagte durch die unterlassene Gesamtstrafenbildung beschwert ist. Angesichts der ungenauen zeitlichen Einordnung der früheren Verurteilung kann nicht ausgeschlossen werden, dass die dortige Strafe nach dem hiesigen Tatzeitraum verhängt wurde und das amtsgerichtliche Erkenntnis daher nicht zu einer Zäsur zwischen den abgeurteilten Taten geführt hätte. Sollte die Geldstrafe durch eine Unterbrechung des Vollzugs der im hiesigen Verfahren angeordneten Untersuchungshaft im Urteilszeitpunkt bereits vollständig im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt worden sein, stellte die nicht mehr mögliche Einbeziehung in die hier verhängte Gesamtfrei-

heitsstrafe mithin einen Nachteil für den Angeklagten dar, der einen Härteausgleich geboten hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 2. November 2022 – 3 StR 267/22). Die Feststellungen können bestehen bleiben, weil sie nicht von dem Rechtsfehler betroffen sind; sie können ergänzt werden, soweit sie den bisher getroffenen nicht widersprechen.

- 5 Die neu zu treffende Entscheidung über den Strafausspruch kann nicht gemäß § 354 Abs. 1b StPO dem Beschlussverfahren nach §§ 460, 462 StPO überlassen werden, weil die möglicherweise zu treffende Entscheidung über einen Härteausgleich nicht in den Regelungsbereich dieser Vorschriften fällt; sie ist dem Tatgericht nach Durchführung einer Hauptverhandlung vorbehalten (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017 – 5 StR 601/16).

Cirener

Gericke

Mosbacher

Köhler

Werner

Vorinstanz:

Landgericht Itzehoe, 14.10.2022 - 2 KLS 315 Js 625/22