



5 StR 493/08  
(alt: 5 StR 621/07)

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 28. Oktober 2008  
in der Strafsache  
gegen

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. Oktober 2008 beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 16. Juni 2008 wird nach § 349 Abs. 2 StPO mit der Maßgabe (§ 349 Abs. 4 StPO) als unbegründet verworfen, dass die Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin vom 29. September 2006 – (276 Ds) 63 Js 2742/06 (41/06) in die erkannte Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen ist.

Der Angeklagte trägt die Kosten der Revision.

### G r ü n d e

- 1 Nachdem das Landgericht den Angeklagten u. a. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt hatte, änderte der Senat auf die Revision des Angeklagten das Urteil im Schuldspruch dahingehend ab, dass der Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 15 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt ist, und hob den Rechtsfolgenausspruch mitsamt den zugrundeliegenden Feststellungen auf. Nunmehr hat das Landgericht den Angeklagten auf der Grundlage des rechtskräftigen Schuldspruchs abermals zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus dem Tenor ersichtlichen geringfügigen Teilerfolg, im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 Die Entscheidung, von einer Gesamtstrafbildung mit der – im ersten landgerichtlichen Urteil fehlerhaft als vollstreckt angesehenen – Geldstrafe von 60 Tagessätzen aus dem Urteil des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin vom 29. September 2006 abzusehen, ist rechtsfehlerhaft. Denn sie beruht auf dem unzutreffenden Verständnis, diese Strafe sei mit der „Genehmigung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch den Vorsitzenden“ erledigt, so dass die Voraussetzungen des § 55 StGB nicht mehr gegeben seien. Dabei verkennt das Landgericht zum einen die Rechtsnatur der gemäß § 122 Abs. 1 Satz 2 StVollzG, § 126 StPO zu erteilenden Genehmigung der Unterbrechung der Untersuchungshaft zum Zwecke der Strafvollstreckung, die der Sicherung der Untersuchungshaftzwecke dient (vgl. hierzu Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. Vor § 112 Rdn. 14; Callies/Müller-Dietz, StVollzG 11. Aufl. § 122 Rdn. 4), den Vollstreckungsstand hinsichtlich der zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafe aber unberührt lässt. Zum anderen hat das Landgericht nicht beachtet, dass grundsätzlich nach Aufhebung einer Gesamtstrafe in der erneuten Verhandlung die Gesamtstrafbildung gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der ersten Verhandlung zu erfolgen hat, damit dem Revisionsführer ein erlangter Rechtsvorteil durch nachträgliche Gesamtstrafbildung nicht durch sein Rechtsmittel genommen wird (BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Erledigung 1 und 2). Eine etwa eingetretene zwischenzeitliche Vollstreckung hätte danach ohnehin unberücksichtigt zu bleiben.

3 Insoweit wären grundsätzlich zwei Gesamtstrafen zu bilden gewesen. Dass dies unterblieben ist, beschwert den Angeklagten für sich nicht. Um jede Beschwer zu vermeiden, bezieht der Senat indes entsprechend § 55 Abs. 1 StGB, § 354 Abs. 1 StPO die Geldstrafe aus dem genannten amtsgerichtlichen Urteil in die – fälschlich, aber nicht beschwerend einheitlich gebildete – Gesamtstrafe ein; soweit die Geldstrafe vollstreckt ist, wird sie gemäß § 51 Abs. 2 StGB auf die Gesamtstrafe angerechnet. Durch diese Verfahrensweise wird der Angeklagte, der so auch im Ergebnis auf seine erste Revision nach der erfolgten Schuldspruchänderung und dem weiter fortgeführ-

ten Verfahren einen geringfügigen Vorteil erfährt, besser gestellt, als wenn gegen ihn zwei Gesamtstrafen gebildet und dabei infolge des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) einzelne Einzelstrafen, naheliegendermaßen ohne Herabsetzung der bisherigen Gesamtstrafbelastung, reduziert würden.

Basdorf      Raum      Brause  
Schaal      Dölp