



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 24/04

vom  
7. Mai 2004  
in der Strafsache  
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 7. Mai 2004 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 26. August 2003
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte der unerlaubten Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt im Bundesgebiet nach Abschiebung und mit Urkundenfälschung, der unerlaubten Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt im Bundesgebiet nach Abschiebung und des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zwölf Fällen schuldig ist,
  - b) in den Einzelstrafen für die Urkundenfälschung und für die unerlaubte Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt am 18. Februar 2002 und davor sowie im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe aufgehoben.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "unerlaubten Aufenthalts in zwei Fällen, Urkundenfälschung und gewerbsmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Heroin) in 12 Fällen unter Einbezug der Strafen aus der Verurteilung durch das Landgericht Frankfurt am Main vom 8. Oktober 2002 (Az.: 5/20 Ns 5320 Js 10143.2/98) unter Auflösung der dort gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe in ihre Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren" verurteilt. Dagegen wendet sich die Revision des Angeklagten mit der Sachrüge und einer Verfahrensrüge.

II.

Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlußformel ersichtlichen Umfang Erfolg, im übrigen erweist es sich aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Gründen als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

1. Die Annahme von Tatmehrheit hinsichtlich der unerlaubten Einreise und des unerlaubten Aufenthalts im Bundesgebiet und der Urkundenfälschung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Angeklagte hatte einen verfälschten kroatischen Reisepaß, der auf die Personalien M., geboren am 22. Mai 1958, ausgestellt war, erworben und mit sich geführt, um sich anläßlich von Kontrollen mit der falschen Identität auszuweisen und damit seine illegale Einreise und seinen unerlaubten Aufenthalt zu verschleiern. Bei der Polizeikontrolle am 18. Februar 2002 hat er sich mit diesem Paß ausgewiesen.

Da aber damit tatbestandliche Ausführungshandlungen zusammenfielen, nämlich Gebrauchmachen von der verfälschten Urkunde und unerlaubter Aufenthalt im Bundesgebiet, ist Tateinheit (§ 52 StGB) gegeben (vgl. auch Senge in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, AuslG – Stand: 1. Mai 2000 – § 92 Rdn. 7).

Weitere Feststellungen sind nicht zu erwarten. Der Senat kann auch ausschließen, daß sich der Angeklagte bei einem Hinweis auf die Änderung des Konkurrenzverhältnisses anders hätte verteidigen können. § 265 StPO steht deshalb einer Änderung des Schuldspruchs nicht entgegen. Dies zwingt jedoch zur Aufhebung der insoweit ausgeworfenen Einzelstrafen und der Gesamtfreiheitsstrafe.

2. Die Gesamtfreiheitsstrafe kann auch aus einem anderen Grund keinen Bestand haben. Die Strafkammer hat die Zäsurwirkung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 8. Oktober 2002 nicht beachtet. Nach § 55 Abs. 1 StGB ist eine Gesamtstrafe zu bilden, wenn ein rechtskräftig Verurteilter, bevor die gegen ihn erkannte Strafe vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Der Tatrichter, dem sich die Frage nachträglicher Gesamtstrafenbildung stellt, muß sich in die Lage des Richters versetzen, dessen Entscheidung für eine nachträgliche Einbeziehung in Frage kommt. Alle Strafen für die vor jenem Urteil begangenen Taten sind auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen, aber auch nur diese. Hat der Täter sich nach dem früheren Urteil erneut strafbar gemacht, so ist insoweit eine gesonderte Einzelstrafe oder eine weitere Gesamtstrafe festzusetzen. Dies hat das Landgericht nicht beachtet. Der Senat kann nicht ausschließen, daß die Bildung von zwei Gesamtfreiheits-

strafen für den Angeklagten günstiger wäre als die von der Strafkammer gebildete Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren.

3. Die Feststellungen zu den von der Aufhebung betroffenen Einzelstrafen und zur Gesamtstrafe sind von den Rechtsfehlern nicht berührt und können bestehen bleiben.

Der neue Tatrichter wird im übrigen Gelegenheit haben, der Behauptung der Revision nachzugehen, der Angeklagte habe 20.000 DM zur Erfüllung von Bewährungsaufgaben geleistet.

Bode

Otten

Rothfuß

Fischer

Roggenbuck