

**HRRS-Nummer:** HRRS 2021 Nr. 802

**Bearbeiter:** Christian Becker

**Zitierungsvorschlag:** HRRS 2021 Nr. 802, Rn. X

---

### **BGH 3 StR 125/21 - Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Duisburg)**

**Rechtsfehlerhafter Strafausspruch (unterlassene Zubilligung eines Härteausgleichs bei Wegfall der Einbeziehungsfähigkeit einer unbedingten Freiheitsstrafe wegen deren Verbüßung).**

#### **§ 54 StGB**

##### **Entscheidungstenor**

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 10. Dezember 2020 aufgehoben

im Strafausspruch und

im Ausspruch über den Vorwegvollzug; jedoch bleiben die jeweils zugehörigen Feststellungen aufrecht erhalten.

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.

##### **Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt, seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass ein Jahr und sechs Monate Freiheitsstrafe vor der Maßregel zu vollziehen sind. Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten führt in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang zur Aufhebung des Urteils; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

Der Strafausspruch hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung deshalb nicht stand, weil das Landgericht es unterlassen hat, die Zubilligung eines Härteausgleichs (vgl. BGH, Urteile vom 23. Januar 1985 - 1 StR 645/84, BGHSt 33, 131, 132; vom 30. April 1997 - 1 StR 105/97, BGHSt 43, 79, 80; Beschluss vom 9. November 1995 - 4 StR 650/95, BGHSt 41, 310, 311 f.) im Hinblick auf die bis zum 2. September 2020 verbüßte Freiheitsstrafe von fünf Monaten aus der ursprünglich gesamtstrafenfähigen Verurteilung durch das Amtsgericht Memmingen vom 28. Februar 2019 zu erörtern. Hierzu hätte indessen im Hinblick darauf Anlass bestanden, dass der Angeklagte in Fällen, in denen die Einbeziehungsfähigkeit einer unbedingten Freiheitsstrafe wegen deren Verbüßung wegfällt, regelmäßig - wie auch hier - beschwert ist (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017 - 5 StR 601/16, StraFo 2017, 118). Aus diesem Grund beruht das Urteil auf dem Erörterungsmangel, weil auch unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht auszuschließen ist, dass das Landgericht eine geringere Freiheitsstrafe gegen den Angeklagten verhängt hätte, wenn es ausdrücklich auf den Härteausgleich eingegangen wäre. 2

Die Aufhebung des Strafausspruchs zieht die Aufhebung des Ausspruchs über den Vorwegvollzug nach sich. Die jeweils zugehörigen Feststellungen können aufrecht erhalten bleiben, weil sie nicht im Sinne des § 353 Abs. 2 StPO durch die Gesetzesverletzung betroffen werden. Neue, den bisherigen nicht widersprechende Feststellungen sind möglich. 3

Das neue Tatgericht wird Gelegenheit haben, den Vollstreckungsstand der im Rahmen der Strafzumessung strafsschärfend herangezogenen Verurteilung durch das Amtsgericht Gladbeck vom 13. April 2016 zu einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten auf Bewährung präziser als bisher festzustellen; die bisher getroffenen Feststellungen belegen nicht, dass der Angeklagte deswegen „zum Zeitpunkt der Tat“ noch „unter laufender Bewährung“ stand (UA S. 17). 4