

**HRRS-Nummer:** HRRS 2021 Nr. 248

**Bearbeiter:** Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

**Zitiervorschlag:** HRRS 2021 Nr. 248, Rn. X

### **BGH 4 StR 474/20 - Beschluss vom 21. Januar 2021 (LG Kaiserslautern)**

**Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Rechtskraft der früheren Verurteilung als Voraussetzung für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung).**

**§ 53 StGB; § 54 StGB; § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB**

#### Leitsatz des Bearbeiters

**Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB sind die §§ 53 und 54 StGB auch dann anzuwenden, 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. Durch die nachträgliche Gesamtstrafenbildung soll ein Angeklagter, der mehrere Straftaten begangen hat, die in verschiedenen Verfahren abgeurteilt worden sind, so gestellt werden, als wären alle Straftaten in einem Verfahren abgeurteilt worden; er soll nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen, als ob alle Taten in einem, und zwar dem zuerst durchgeführten Verfahren abgeurteilt worden wären. Durch das in diesem Verfahren verkündete Urteil wird eine Zäsur gebildet, sodass alle vor diesem Zeitpunkt begangenen Taten in die Gesamtstrafe einzubeziehen sind. Voraussetzung für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung ist jedoch die Rechtskraft der früheren Verurteilung.**

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 16. Juli 2020 wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es ihn betrifft,

a) im Schuldspruch dahin berichtet, dass der Angeklagte des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen sowie des bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen schuldig ist;

b) im Ausspruch über die Einziehung der beiden Mobiltelefone Apple iPhone S (IMEI ) und iPhone 7 (IMEI ) aufgehoben und insoweit von einer Entscheidung abgesehen;

c) im Gesamtstrafenausspruch sowie im Ausspruch über die Dauer des Vorwegvollzugs mit der Maßgabe aufgehoben, dass eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung nach §§ 460, 462 StPO, auch über die Kosten des Rechtsmittels, zu treffen ist.

2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „gewerbsmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen und wegen banden- und gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen“ unter Einbeziehung der Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 14. Oktober 2019 - 4 KLs 4151 Js 7901/19 - zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Ferner hat es seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und einen Vorwegvollzug eines Teils der Strafe bestimmt. Schließlich hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen sowie die Einziehung eines Kraftfahrzeugs sowie zweier Mobiltelefone des Angeklagten angeordnet. Die hiergegen gerichtete und auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten erzielt mit der Sachrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). 1

1. Der Senat hat die Urteilsformel aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts klarstellend berichtet. Die Gewerbsmäßigkeit des Handelns des Angeklagten ist nicht in die Urteilsformel aufzunehmen, da mit ihr lediglich das Vorliegen eines gesetzlichen Regelbeispiels umschrieben ist (BGH, Beschlüsse vom 29. Juli 2020 - 4 StR 218/20 und vom 15. April 2009 - 3 StR 128/09, NStZ-RR 2009, 248). 2

2. Der Senat hat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts aus Gründen der Prozessökonomie von einer Einziehung der beiden Mobiltelefone, deren Tatbezug weder festgestellt noch belegt ist, abgesehen (§ 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO). 3

3. Der Gesamtstrafenausspruch kann keinen Bestand haben, weil sich dem angefochtenen Urteil auch unter Berücksichtigung seines Gesamtzusammenhangs nicht entnehmen lässt, dass das Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 14. Oktober 2019 - 4 KLS 4151 Js 7901/19 - Rechtskraft erlangt hat. 4

a) Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB sind die §§ 53 und 54 StGB auch dann anzuwenden, 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. Durch die nachträgliche Gesamtstrafenbildung soll ein Angeklagter, der mehrere Straftaten begangen hat, die in verschiedenen Verfahren abgeurteilt worden sind, so gestellt werden, als wären alle Straftaten in einem Verfahren abgeurteilt worden; er soll nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen, als ob alle Taten in einem, und zwar dem zuerst durchgeführten Verfahren abgeurteilt worden wären. Durch das in diesem Verfahren verkündete Urteil wird eine Zäsur gebildet, sodass alle vor diesem Zeitpunkt begangenen Taten in die Gesamtstrafe einzubeziehen sind (BGH, Beschluss vom 27. August 2020 - 4 StR 222/20 Rn. 4). Voraussetzung für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung ist jedoch die Rechtskraft der früheren Verurteilung (BGH, Beschluss vom 24. April 2013 - 4 StR 125/13 Rn. 2; Eschelbach in SSW-StGB, 5. Aufl., § 55 Rn. 21; Jäger in SK-StGB, 9. Aufl., § 55 Rn. 29; Rissing-van Saan/Scholze in LK-StGB, 13. Aufl., § 55 Rn. 4; von Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl., § 55 Rn. 20; Frister in NK-StGB, 5. Aufl., § 55 Rn. 20; Sternberg-Lieben/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 55 Rn. 32). 5

b) Daran gemessen ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 StGB nicht belegt. Zwar hat der Angeklagte sämtliche verfahrensgegenständlichen Taten vor dem Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 14. Oktober 2019 begangen; darüber hinaus ist die in jenem Urteil verhängte Freiheitsstrafe noch nicht vollständig vollstreckt. Es ist jedoch weder festgestellt noch liegt nahe, dass das Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 14. Oktober 2019 inzwischen in Rechtskraft erwachsen ist. 6

Der Angeklagte hatte gegen jenes Urteil Revision eingelegt. Der Senat hatte das Urteil mit Beschluss vom 25. Februar 2020 im Ausspruch über die Einziehung teilweise aufgehoben und die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen; die weiter gehende Revision des Angeklagten wurde verworfen. Zwar ist infolge der Rechtsmittelverwerfung die in jenem Urteil verhängte Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten in Rechtskraft erwachsen mit der Folge, dass der Angeklagte sich in Unterbrechung der Untersuchungshaft in jenem Verfahren in Strafhaft befindet. Dem angefochtenen Urteil kann jedoch nicht entnommen werden, dass mittlerweile eine Entscheidung über den noch offenen Verfahrensteil ergangen und das einbezogene Urteil in Rechtskraft erwachsen ist. Nach dem Wortlaut des § 55 StGB ist der Eintritt der (vollständigen) Rechtskraft im Interesse der Vermeidung des Risikos von Doppelbestrafungen jedoch vorausgesetzt. 7

c) Mit der Aufhebung der Gesamtstrafe entfällt auch die Grundlage für die Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs (vgl. BGH, Beschluss vom 3. November 1998 - 4 StR 395/98, insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 44, 219). 8

d) Der Senat macht von § 354 Abs. 1b StPO Gebrauch, der die Möglichkeit eröffnet, das Tatgericht auf eine Entscheidung im Beschlusswege nach §§ 460, 462 StPO zu verweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 12. März 2018 - 4 StR 494/17 Rn. 6). Diesem Beschlussverfahren bleibt auch die abschließende Kostenentscheidung vorbehalten. 9

Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung unter Einbeziehung der Einzelstrafe aus dem Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 14. Oktober 2019 möglich wird, wenn bis zu einer Entscheidung im Verfahren nach §§ 460, 462 StPO in jenem Verfahren Rechtskraft eingetreten ist. 10