

Nachschlagewerk: ja

BGHSt : nein

Veröffentlichung : ja

StPO §§ 25, 338 Nr. 3

Notwendige Wiederholung eines Ablehnungsgesuchs
nach ausgesetzter Hauptverhandlung (gegen BGHSt 31, 15;
nicht tragend).

BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006

- 5 StR 500/05
LG Berlin -



5 StR 500/05

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 26. Januar 2006
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Januar 2006 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 11. Juli 2005 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 15 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

1. Die Revision des Angeklagten hat mit einer auf Verletzung des § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge Erfolg. Sie beanstandet zutreffend, dass die Bestimmung des Schuldumfangs im Urteil dem Inbegriff der Hauptverhandlung nicht entspricht. Das Landgericht konnte auf der Grundlage des nach § 256 StPO verlesenen Untersuchungsberichts über die Bestimmung der Qualität des beim Angeklagten sichergestellten Kokaingemischs, das hiernach eine Gesamtwirkstoffmenge von 41,05 Gramm aufweist, nicht zur Feststellung einer um 10 Gramm höheren Wirkstoffmenge (51,05 Gramm) gelangen. Das Landgericht hat auf dieser Grundlage – trotz missverständlicher Angaben zur Qualität des Rauschgifts („mittlere Qualität“, UA S. 4) – in jedem Fall eine Wirkstoffkonzentration von rund 50 % angenommen und folglich der Verurteilung eine Gesamthandelsmenge mit rund 400 Gramm reinem Wirkstoff (14 mal 25 Gramm, einmal 50 Gramm) zugrunde gelegt,

statt folgerichtig in zutreffender Auswertung des verlesenen Gutachtens 40 % und damit 320 Gramm Kokainhydrochlorid (14 mal 20 Gramm, einmal 40 Gramm).

Dass das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht, kann der Senat nicht ausschließen. Eine in jedem einzelnen Fall und in der Gesamtmenge um jeweils ein Viertel überhöhte Handelsmenge kann sich auf die Bemessung der von der Mindeststrafe des Normalstrafrahmens deutlich abgesetzten Einzelstrafen und der Gesamtstrafe ausgewirkt haben.

Es bedarf danach neuer tatgerichtlicher Feststellungen zum Schuldumfang. Hierfür hebt der Senat das angefochtene Urteil umfassend auf. Er kann den Schuldumfang nicht allein auf der Grundlage des Vorbringens zu einer durchgreifenden Verfahrensrüge von sich aus abweichend bestimmen. Der Senat sieht auch davon ab, etwa nur den Strafausspruch aufzuheben oder einen Teil der Feststellungen aufrechtzuerhalten.

2. Infolgedessen braucht über die auf § 338 Nr. 3 StPO gestützten Verfahrensrügen nicht entschieden zu werden.

a) Diese Rügen, die an Verfahrensvorgänge aus einer früheren ausgesetzten Hauptverhandlung anknüpfen, wären nach Maßgabe von BGHSt 31, 15 statthaft. Der Senat hält die Fortschreibung dieser Rechtsprechung allerdings nicht für geboten. Es erscheint sachgerecht, aus § 25 Abs. 1 StPO herzuleiten, dass der Angeklagte Ablehnungsgründe, die er bereits in einer ausgesetzten Hauptverhandlung erfolglos zum Gegenstand eines Befangenheitsantrags gemacht hat, zur Erhaltung einer Revisionsrüge nach § 338 Nr. 3 i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO zu Beginn der neuen Hauptverhandlung in der in § 25 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschriebenen konzentrierten Form ausdrücklich nochmals benennen muss. Dies stünde im Einklang mit der Regelung in §§ 222b, 338 Nr. 1 StPO und dem Erfordernis der Erhebung eines Widerspruchs in der Hauptverhandlung als Vorausset-

zung für bestimmte Verfahrensrügen. Zudem wäre so Klarheit in der Frage gewonnen, ob der Angeklagte überhaupt noch die Besorgnis einer Befangenheit des früher abgelehnten Richters hegt, was – namentlich in Fällen eines längeren Verfahrensfortgangs – durchaus zweifelhaft sein kann. Nach Veröffentlichung dieser Entscheidung sähe sich der Senat künftig – vorbehaltlich eines Verfahrens nach § 132 GVG – nicht gehindert, entsprechende Rügen nach § 338 Nr. 3 StPO als unzulässig anzusehen.

b) In der Sache wären die Rügen indes – ungeachtet mehrerer überflüssiger unsachlicher Negativbewertungen im gesamten Rügevorbringen – jedenfalls nicht offensichtlich unbegründet. Der Vorsitzende hätte den Verteidiger über den kurzfristigen Eingang neuen belastenden Aktenmaterials bereits vor Beginn der Einlassung des Angeklagten zur Sache (§ 243 Abs. 4 StPO) unterrichten müssen (vgl. BVerfGE 63, 45, 62; BGHSt 36, 305, 308 f.; Laufhütte in KK 5. Aufl. § 147 Rdn. 1, 4, 19). Ein solcher Verfahrensverstoß kann für sich die Besorgnis der Befangenheit begründen (vgl. einerseits BGH StV 1995, 396, andererseits BGH, Beschluss vom 17. November 1999 – 1 StR 290/99), zumal wenn der Vorsitzende die Chance, in seiner dienstlichen Erklärung sein zu Recht beanstandetes Vorgehen zu korrigieren, nicht hinreichend nutzt (vgl. BGHR StPO § 338 Nr. 3 Revisibilität 1; BGH NSTz 2006, 49). Hinsichtlich des zweiten gegen den Berichterstatter gerichteten Ablehnungsgesuchs, mit dem Umstände der Zurückweisung des ersten Ablehnungsgesuchs gegen den Vorsitzenden beanstandet wurden, begegnet der Beschluss nach § 27 Abs. 1 StPO wegen der Richterbesetzung Bedenken. Er ist zwar ohne Mitwirkung des abgelehnten beisitzenden Richters, aber wiederum unter dem Vorsitz des zuvor abgelehnten Strafkammervorsitzenden ergangen. Dass auch dieser wegen des engen Zusammenhangs beider Ablehnungsanträge nach zutreffendem Verständnis des § 27 Abs. 1 StPO – ungeachtet der Erfolglosigkeit des ersten Antrags – an der Beschlussfassung über den zweiten Antrag nicht hätte mitwirken dürfen, in deren Mittelpunkt weiterhin die Bewertung seiner beanstandeten Verfahrensführung stand, ist bereits in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs vorgezeichnet (vgl. BGHSt 44, 26, 28 m.w.N.) und erscheint auch unter Bedacht auf das Gebot zwingend, dass ein „Entscheiden in eigener Sache“ zu vermeiden ist (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2005, 3410; ferner BGH NJW 2005, 3436, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

Harms Basdorf Gerhardt
Brause Schaal