



5 StR 129/07

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 2. April 2008  
in der Strafsache  
gegen

wegen versuchten Betruges

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. April 2008 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 1. Juni 2006 gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben.

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

### G r ü n d e

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Betruges zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung dieser Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

I.

2 Bei dem Urteil haben Richter mitgewirkt, die das gegen sie gerichtete Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit zu Unrecht als unzulässig verworfen haben (§ 338 Nr. 3 StPO).

3 1. Dies geht auf folgendes Prozessgeschehen zurück:

4 a) Am 63. Verhandlungstag (1. September 2005) hat die Strafkammer einen Beweisantrag, der die Kalkulation eines Wärmelieferungspreises zum Gegenstand hatte, abgelehnt. Daraufhin hat ein vormals Mitangeklagter die Mitglieder der Strafkammer als befangen abgelehnt, weil ihr Verständnis der

Kalkulation rechnerisch unhaltbar sei. Dies komme sowohl in der Beschlussablehnung als auch in einer weiteren Erklärung des Vorsitzenden zum Ausdruck. Die Kammer habe sich in einem entscheidenden Punkt zu Lasten der Angeklagten festgelegt und lasse eine entlastende Aufklärung nicht mehr zu.

5 Der Beschwerdeführer hat ebenfalls ein Ablehnungsgesuch im Hinblick auf den Beweisablehnungsbeschluss gestellt, sich inhaltlich jedoch nur auf das Ablehnungsgesuch des Mitangeklagten bezogen. Die Strafkammer hat am 22. September 2005 den Befangenheitsantrag des Beschwerdeführers als unzulässig nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO verworfen, weil das Gesuch weder eine Begründung enthalte noch ein Mittel zur Glaubhaftmachung angebe; die Bezugnahme auf das andere Ablehnungsgesuch genüge nicht.

6 b) Das Ablehnungsgesuch des Mitangeklagten hat die Kammer ebenfalls am 22. September 2005 – nach „vorsorglicher“ Abgabe dienstlicher Erklärungen, in denen die Kammermitglieder die Vorläufigkeit der Beweiswürdigung betonten – als unzulässig nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO verworfen: Der Mitangeklagte habe das Befangenheitsgesuch als Druckmittel allein dazu benutzt, um seine von der Auffassung der Kammer abweichende Beweiswürdigung durchzusetzen, und damit offensichtlich einen verfahrensfremden Zweck verfolgt.

7 Hierauf hat der Beschwerdeführer erneut ein Ablehnungsgesuch mit der Begründung gestellt, die Kammer habe sich in dem den Mitangeklagten betreffenden Verwerfungsbeschluss sachlich mit dem Befangenheitsgesuch auseinandergesetzt und dem Mitangeklagten den gesetzlichen Richter entzogen, was auch bei ihm die Besorgnis der Befangenheit begründe; darüber hinaus bestehe die Kammer nach wie vor auf dem ersichtlich falschen Verständnis der Kalkulation. Dieses Ablehnungsgesuch hat die Kammer nach Unterbrechung der Hauptverhandlung am 10. Oktober 2005 nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO als offensichtlich verfahrensfremde Zwecke verfolgend verworfen. Auch dieses Ablehnungsgesuch habe nur das Ziel verfolgt, „die

Kammer von ihrer bisherigen Beweiswürdigung, insbesondere von deren Auffassung zu dem Inhalt der Kalkulationstabellen ... abzubringen und inso- weit die Ansichten der Angeklagten zu übernehmen“.

8                   2. Der absolute Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 3 StPO liegt vor.

9                   a) Die Rüge, die auch den auf das zweite Befangenheitsgesuch er- gangenen Beschluss angreift, ist entgegen der Auffassung des Generalbun- desanwalts zulässig erhoben. Sie enthält alle Tatsachen, die das Revisions- gericht benötigt, um insbesondere die mit dem Ablehnungsgesuch vom 22. September 2005 zusammenhängende Verfahrensweise nach § 26a StPO zu überprüfen.

10                  b) Zumindest das zweite Ablehnungsgesuch vom 22. September 2005 ist durch den Beschluss vom 10. Oktober 2005 zu Unrecht als unzulässig verworfen worden. Die Strafkammer durfte die Verwerfung dieses Antrags nicht als offensichtlich verfahrensfremde Zwecke verfolgend auf § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO stützen. Darauf, ob die „Formalentscheidung“ vom 22. Septem- ber 2005 auf das erste Ablehnungsgesuch vom 1. September 2005 allenfalls „schlicht fehlerhaft“ gewesen ist, was revisionsgerichtlich die Überprüfung des Sachverhalts nach Beschwerdegrundsätzen auch in der Sache erlaubt hätte (vgl. BGH NStZ 2007, 161, 162 f.), kommt es daher nicht mehr an.

11                  aa) Die Vorschrift des § 26a StPO gestattet nur ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über einen gegen ihn gestellten Befangen- heitsantrag entscheidet. Voraussetzung für diese Ausnahme von dem in § 27 StPO erfassten Regelfall der Entscheidung ohne die Mitwirkung des abge- lehnten Richters ist, dass keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, vielmehr die Beteiligung des abgelehnten Richters auf eine echte Formalent- scheidung oder die Verhinderung eines offensichtlichen Missbrauchs des Ablehnungsrechts beschränkt bleibt (BVerfGK 5, 269, 281 f.; BGH NStZ 2008, 46, 47). Die Anwendung des § 26a StPO darf nicht dazu führen,

dass der ablehnende Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit „Richter in eigener Sache“ wird. Jedenfalls bei einer willkürlichen oder die Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erheblich missachtenden Überschreitung des durch § 26a StPO abgesteckten Rahmens begründet bereits dies den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO (BGHSt 50, 216, 219; BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 15). Allenfalls in solchen Fällen, in denen sich die Verwerfung als nicht offensichtlich unhaltbar erweist und es sich mithin um einen „einfachen Rechtsverstoß“ handelt, ist dem Revisionsgericht die Überprüfung nach Beschwerdegrundsätzen und der mögliche Austausch des Verwerfungsgrundes erlaubt.

- 12           bb) Den dargestellten Vorgaben wird der Verwerfungsbeschluss vom 10. Oktober 2005 nicht gerecht. Nach § 26a Abs. 2 Satz 2 StPO bedarf es der Angabe der Umstände, die den Verwerfungsgrund – hier die Verfolgung verfahrensfremder Zwecke – ergeben. Danach ist nicht offensichtlich, dass der Beschwerdeführer einen verfahrensfremden Zweck verfolgte. Es ging ihm um die sachliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Strafkammer mit der Behandlung des Ablehnungsgesuchs des Mitangeklagten vom 22. September 2005 als unzulässig die eigentlich gebotene Überprüfung durch die Vertreterkammer (§ 27 StPO) willkürlich umgangen und dadurch den Angeklagten den gesetzlichen Richter entzogen hat. Die Behauptung war nicht völlig haltlos. Das zweite Ablehnungsgesuch des Beschwerdeführers hatte damit die Art und Weise des richterlichen Vorgehens (das „Wie“ der Mitwirkung) im Hinblick auf das Ablehnungsgesuch des Mitangeklagten zum Gegenstand. Sein Vorbringen bedingte eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Gründen der Vorentscheidung, welche die abgelehnten Richter, ohne zwangsläufig in eigener Sache zu entscheiden, nicht leisten konnten (vgl. BVerfG – Kammer – NStZ-RR 2007, 275, 277 f.). Die Kammer war offenbar der Ansicht, auch das zweite Ablehnungsgesuch habe allein den unzulässigen Versuch unternommen, einen Streit über das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme zum Gegenstand des Ablehnungsverfahrens zu machen (vgl. dazu BGHSt 50, 216, 221). Damit hat das Landgericht das Gesuch

unzulässig verkürzt und den Anwendungsbereich des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO in einer Weise überspannt, die den Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr genügt.

II.

13 Zur Begründetheit der Sachrüge merkt der Senat an:

14 Die Urteilsfeststellungen belegen nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, dass der Angeklagte durch unwahren Sachvortrag, nämlich dass die Betreiber der Vermietergesellschaften (sogenannte Wohnanlagegesellschaften) nicht an den Gewinnen aus den Fernwärmelieferungsverträgen beteiligt werden sollten (vgl. insbesondere UA S. 26 f.), der Zivilklage der E. E. mbH (E. ) zum Erfolg verhelfen wollte. Das Landgericht hat sich insbesondere anhand interner Firmenunterlagen (vgl. UA S. 51 ff.) davon überzeugt, dass zugunsten der Wohnanlagegesellschaften in den Fernwärmelieferungsverträgen tatsächlich ein Gewinn in Höhe von 0,38 DM pro Quadratmeter eingerechnet war. Die dem zugrundeliegende Beweiswürdigung des Landgerichts ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Auch dieser Gewinn sollte – verdeckt – auf die Mieter umgelegt werden (vgl. insbesondere UA S. 69 f.) und letztendlich von der E. als „kick-back“ an die Wohnanlagegesellschaften zurückfließen. Eine derartige Gewinnumlage zugunsten des Vermieters ist mietrechtlich nicht zulässig (vgl. BGH NJW 2006, 2185, 2186). Sie ist insbesondere nicht als Umlage von Modernisierungskosten von den Voraussetzungen der §§ 559 ff. BGB gedeckt (vgl. BGH aaO). Insbesondere haben die Vermieter – unbeschadet der Beschränkung der Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB – eine Mieterhöhung nicht gegenüber den Mietern erklärt (§ 559b BGB). Nur aufgrund einer solchen rechtsgestaltenden Mieterhöhungserklärung (vgl. dazu Weidenkaff in Palandt, BGB 67. Aufl. § 559b Rdn. 4; Heintzmann in Soergel, BGB 13. Aufl. § 559b Rdn. 1; Artz in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. § 559b Rdn. 2) wären Modernisie-

rungskosten auf die Mieter umlegbar. Daher durfte in den zwischen der E. und den Wohnanlagegesellschaften geschlossenen Fernwärmelieferungsverträgen kein Gewinnaufschlag zugunsten der Vermietergesellschaften und zu Lasten der Mieter vorgenommen werden (vgl. § 559b Abs. 3, § 559 Abs. 3 BGB).

Gerhardt      Raum      Brause  
Schaal      Jäger