



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 367/09

vom
17. Dezember 2009
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Urkundenfälschung u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 17. Dezember 2009 gemäß § 349 Abs. 4, § 206 a Abs. 1 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten K. und N.
wird

- a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte N. unter III. A II 9 der Urteilsgründe wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug verurteilt worden ist; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten N. der Staatskasse zur Last,
- b) das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 17. März 2009, soweit es die Angeklagten K. und N. betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben.

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

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten K. und N. wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug in zehn (K.) beziehungsweise acht (N.) Fällen, wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Computerbetrug in jeweils fünf Fällen, wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug in jeweils sechs Fällen, wegen Diebstahls in zwei (K.) beziehungsweise sieben (N.) Fällen, wegen versuchten Diebstahls in jeweils zwei Fällen sowie jeweils wegen Missbrauchs von Ausweispapieren und wegen des (gewerbsmäßigen) Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen zu Gesamtfreiheitsstrafen von jeweils sechs Jahren und neun Monaten verurteilt. Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel führen in einem Fall zur Einstellung des Verfahrens gegen den Angeklagten N. und haben im Übrigen mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Auf die Sachrügen kommt es daher nicht mehr an.

I.

2 Die Revision des Angeklagten N. führt zur Einstellung des Verfahrens, soweit er im Fall III. A II 9 der Urteilsgründe wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug verurteilt worden ist. Es fehlt in diesem Fall an der Verfahrensvoraussetzung der Anklageerhebung. Mit der insoweit unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage vom 22. Juni 2008 war lediglich dem Angeklagten K. und nicht (auch) N. unter A II 9 zur Last gelegt worden, einen unechten Überweisungsträger zu Lasten der Katholischen Kirchengemeinde St. A. erstellt zu haben.

3 Dass dem Angeklagten N. unter A I 1 aa. e. der Anklage der Diebstahl desjenigen Überweisungsträgers zur Last gelegt wurde, der als Vorlage für den im Fall A II 9 erstellten und verwendeten Überweisungsträger diente, dehnt den Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft nicht auf die zu einer anderen Tatzeit an einem anderen Tatort begangene Urkundenfälschung aus. Dem neuen Tatrichter ist durch die Teileinstellung allerdings nicht die Prüfung verwehrt, ob die Entwendung des Originalüberweisungsträgers gegebenenfalls nicht (nur) als Diebstahl sondern (auch) als - (mit-)täterschaftlich zurechenbare - Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug oder zumindest als Beihilfe hierzu zu bewerten ist.

II.

4 Im Übrigen ist das Urteil mit den Feststellungen auf die Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 3 StPO hin aufzuheben, da bei der Urteilsfindung Richter mitgewirkt haben, die ein gegen sie gerichtetes Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit zu Unrecht gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO als unzulässig verworfen haben.

5 1. Der Verfahrensrüge liegt folgendes Prozessgeschehen zugrunde:

6 Nach 18 Verhandlungstagen erließ das Landgericht am 26. Februar 2009 gegen den Mitangeklagten Na. , der der Hauptverhandlung mehrfach unentschuldigt ferngeblieben war, einen Haftbefehl nach § 230 StPO und trennte das Verfahren gegen ihn ab. Nachdem Na. zum nächsten Sitzungstag am 4. März 2009, einem Mittwoch, wieder erschienen war, eröffnete ihm die Kammer außerhalb der Hauptverhandlung in Abwesenheit der beiden Angeklagten K. und N. zunächst einen am 3. März 2009 erlassenen weiteren Haftbefehl, bevor es die getrennten Verfahren wieder verband und die

Hauptverhandlung gegen alle Angeklagten gemeinsam fortsetzte. Auf Antrag erhielten die Verteidigerinnen der Angeklagten K. und N. im Laufe des Sitzungstages eine Kopie des Haftbefehls vom 3. März 2009 gegen Na. ausgehändigt, den sie wegen des Fortgangs der Sitzung an diesem Tag sowie wegen anderweitiger Termine in anderen Strafsachen an den Folgetagen erst am späten Nachmittag des 6. März 2009, einem Freitag, zur Kenntnis nahmen. Aufgrund eingeschränkter Besuchszeiten in der Untersuchungshaft unterrichteten die Verteidigerinnen die Angeklagten erst am Nachmittag des darauf folgenden Montags, den 9. März 2009, telefonisch vom Inhalt des Haftbefehls. Nachdem beide Angeklagte aufgrund des Inhalts und der Formulierungen des Haftbefehls gegen Na. befürchteten, die Berufsrichter seien bereits von ihrer Schuld überzeugt, beauftragten sie ihre Anwältinnen umgehend mit der Anbringung eines Ablehnungsgesuchs. Die von beiden Verteidigerinnen inhaltsgleich angebrachten Ablehnungsgesuche legten auf neun Seiten dar, dass die Angeklagten wegen verschiedener Formulierungen des Haftbefehls gegen Na. im Indikativ und wegen mit dem bisherigen Beweisergebnis nicht übereinstimmender Angaben zur Höhe der entstandenen Schäden sowie zu einem Alibi des Angeklagten K. eine Voreingenommenheit der Berufsrichter besorgten. Die Ablehnungsgesuche gingen am Abend des 9. März 2009 bei Gericht ein und wurden von der Kammer unmittelbar vor der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 10. März 2009 zur Kenntnis genommen.

7 Mit Beschluss vom 10. März 2009 hat die Kammer die Ablehnungsgesuche durch die drei abgelehnten Berufsrichter als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt: Zum einen seien die Ablehnungsgesuche nicht unverzüglich und damit verspätet geltend gemacht worden (§ 26 a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO), weil die Verteidigerinnen

den Haftbefehl nicht bereits am Tag der Hauptverhandlung vom 4. März 2009 zur Kenntnis genommen und mit den Angeklagten erörtert hätten. Jedenfalls hätten die beiden Verteidigerinnen das Ablehnungsgesuch deutlich früher als am Abend des 9. März 2009 anbringen müssen. Der geltend gemachte Grund für die späte Kenntnisnahme, eine Verhinderung durch andere Strafverfahren, sei unzureichend. Zum anderen seien die Ablehnungsanträge auch deshalb unzulässig, weil die vorgebrachte Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen völlig ungeeignet sei und damit der Ablehnung ohne Angabe eines Grundes (§ 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO) gleichstehe.

8 2. Dies beanstanden die Beschwerdeführer mit Recht.

9 a) Die Verfahrensrüge, mit der die auf zwei Verwerfungsgründe (§ 26 a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO) gestützte Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs erkennbar in vollem Umfang und nicht nur hinsichtlich des Verwerfungsgrundes der verspäteten Anbringung (§ 26 a Abs. 1 Nr. 1 StPO) angegriffen wird, ist zulässig erhoben.

10 b) Die Rüge ist auch begründet. Die Kammer durfte die Ablehnungsgesuche nicht mit den angegebenen Begründungen als unzulässig verwerfen.

11 aa) Nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO ist die Ablehnung eines Richters nach der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Person nur noch zulässig, wenn die Umstände, auf die die Ablehnung gestützt wird, dem zur Ablehnung Berechtigten erst später bekannt geworden sind und die Ablehnung unverzüglich geltend gemacht wird. Bei der Frage, ob die Ablehnung unverzüglich angebracht wurde, ist allein der Zeitpunkt der Kenntnis des ablehnungsberechtigten Angeklagten von den dem Ablehnungsgesuch zu Grunde liegenden Tatsachen maßgeblich. Eine etwaige schuldhaft verspätete Kenntnisnahme dieser Tatsachen

durch den Verteidiger wird dem Angeklagten nicht zugerechnet (vgl. BGHSt 37, 264, 265; BGH bei Becker NSTZ-RR 2007, 129: offen gelassen, ob hieran festzuhalten; Fischer in KK 6. Aufl. § 25 Rdn. 7; Siolek in Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. § 25 Rdn. 22). Da beide Angeklagte erst am 9. März 2009 vom Inhalt des Haftbefehls gegen Na. durch ihre Verteidigerinnen unterrichtet wurden und diese dann umgehend mit der Anbringung eines Ablehnungsgesuchs beauftragten, waren die sodann am gleichen Tag außerhalb der Hauptverhandlung eingegangenen Anträge nicht verspätet.

- 12 bb) Nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. StPO kann das Gericht ein Ablehnungsgesuch als unzulässig verwerfen, wenn ein Grund zur Ablehnung nicht angegeben wird. Dem Fehlen einer Begründung wird - verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG NJW 2005, 3410, 3412; 2006, 3129) - der Fall gleichgestellt, dass die Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist (BGH NSTZ 1999, 311; 2006, 644, 645 m. w. N.). Bei der Prüfung, ob die für eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit vorgebrachte Begründung in dem genannten Sinne völlig ungeeignet ist, muss wegen des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) allerdings ein strenger Maßstab angelegt werden (BGH NJW 2005, 3434, 3435; NSTZ 2006, 644, 645 m. w. N.). Entscheidend für die Abgrenzung zu "offensichtlich unbegründeten" Ablehnungsgesuchen, die von § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht erfasst und damit nach § 27 StPO zu behandeln sind, ist die Frage, ob das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist. Über diese bloß formale Prüfung hinaus dürfen sich abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe im Rahmen von Entscheidungen nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO zu "Richtern in eigener Sa-

che" machen (BGH NJW 2006, 2864, 2866). Im Zweifel ist einem Vorgehen nach § 27 StPO der Vorzug zu geben (BVerfG NJW 2006, 3129, 3131; Siolek aaO § 26 a Rdn. 7).

13 Nach diesen Kriterien unbedenklich ist die Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs, das lediglich damit begründet wird, der Richter sei mit der zur Aburteilung stehenden Tat bereits in einem anderen Verfahren befasst gewesen (BGHSt 50, 216, 221; BGH NJW 2006, 2864, 2866). Da eine solche Vorbefassung vom Gesetz vorgesehen ist, kann sie als solche die Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht begründen, so dass die nur auf diese Tatsache gestützte Ablehnung ohne inhaltliche Prüfung als unzulässig nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO verworfen werden kann (BGHSt 50, 216, 221; BGH NJW 2006, 2864, 2866). Anders verhält es sich dagegen in Fällen, in denen weitere Umstände hinzutreten, die über die Tatsache der bloßen Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen.

14 So liegt es hier. Das Ablehnungsgesuch stützte sich auf den im Haftbefehl verwandten Indikativ in Bezug auf die Tatbeiträge der Angeklagten sowie auf die als feststehend formulierten Sachverhaltsschilderungen, insbesondere im Hinblick auf die Höhe der entstandenen Schäden sowie auf ein Alibi des Angeklagten K. . Ein in dieser Weise detailliert begründetes Ablehnungsgesuch kann nicht mit einem nicht begründeten Ablehnungsgesuch gleichgesetzt werden. Zwar enthalten die Ausführungen im Haftbefehl gegen Na. keine unsachlichen Werturteile über die Angeklagten (vgl. BGHSt 50, 216, 221 f.), jedoch steht die Entscheidung darüber, ob die Angeklagten K. und N. nach Kenntnis von deren Inhalt bei verständiger Würdigung davon ausgehen konnten, die Richter seien von ihrer Schuld bereits endgültig überzeugt, nicht den abgelehnten Richtern selbst zu. Eine sachliche

Entscheidung über die Ablehnungsanträge hätte vielmehr nach § 27 StPO ohne die abgelehnten Richter unter Berücksichtigung ihrer dienstlichen Stellungnahmen (§ 26 Abs. 3 StPO) getroffen werden müssen. Ob das Ablehnungsgesuch in der Sache begründet war, ist ohne Bedeutung (BVerfG NJW 2006, 3129, 3133), weil nicht die gesetzlichen Richter entschieden haben.

III.

15 Im Hinblick darauf, dass bei einer Vielzahl der Taten Bedenken gegen die Beweiswürdigung, die rechtliche Würdigung und gegen die Strafzumessung bestehen, sieht sich der Senat zu folgenden Hinweisen veranlasst.

16 1. In den Fällen, in denen das Landgericht keine eigenen Tathandlungen der Angeklagten sicher feststellen konnte, weil es nicht auszuschließen vermochte, dass neben oder an Stelle der Angeklagten weitere Beteiligte an den Taten mitwirkten, tragen die getroffenen Feststellungen eine (mit-)täterschaftliche Begehung durch die Angeklagten nicht. Sofern ungeklärt blieb, wer das Empfängerkonto unter falschem Namen eröffnete, wer Überweisungsträger entwendete, wer gefälschte neue Überweisungsträger fertigte, wer diese Überweisungsträger einwarf und wer die auf dem Empfängerkonto eingegangenen Gelder abhob, kann auch die einleitende allgemeine Feststellung des Landgerichts, dass "die Angeklagten [...] entsprechend der im Gesamtsystem generell abgesprochenen arbeitsteiligen Vorgehensweise bei jeder einzelnen Tat Handlungen [...] selbst ausführten, die für die Tatausführung und/oder -vorbereitung wichtig und maßgeblich waren, wenn auch im einzelnen unklar geblieben ist, welche das waren", eine (Mit-)täterschaft der Angeklagten nicht begründen. Vielmehr gilt Folgendes:

- 17 Schließen sich mehrere Beteiligte - zu einer Bande oder in sonstiger Form - zusammen, um fortgesetzt Betrugs- und/oder Urkundenfälschungsdelikte zu begehen, hat dies nicht zur Folge, dass die von einem von ihnen auf Grund der Gesamtabrede begangenen Straftaten den anderen Beteiligten ohne Weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftaten im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden können. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob die anderen Beteiligten hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen mitgewirkt oder überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben. Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an bzw. Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der Vorstellung des jeweiligen Beteiligten umfasst sind. Maßgeblich sind dabei insbesondere sein Interesse an der Durchführung der Tat sowie der Umfang seiner Tatherrschaft oder jedenfalls sein Wille, Tatherrschaft auszuüben, d. h. ob objektiv oder jedenfalls aus seiner Sicht die Ausführung der Tat wesentlich von seiner Mitwirkung abhing (BGH NStZ-RR 2003, 265, 267; NStZ 2008, 273, 275; st. Rspr.).
- 18 Nach diesen Grundsätzen tragen bei dem Angeklagten K. die Feststellungen in den Fällen A II 1 bis 3, 4/5, 6/8, 7/14, 9, 10, 11/12/13, 15, 17, 18, 20, 21, 23, 25/26, 27 und 28 eine (mit-)täterschaftliche Verurteilung wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit (Computer-)Betrug nicht. Lediglich in den Fällen A II 16, 24, 29 legen die Urteilsgründe einen ausreichenden Tatbeitrag dar. Bei dem Angeklagten N. tragen die Feststellungen zwar in den Fällen A II 6/8, 7/14, 13, 16, 19, 21, 23, 24, 25/26, 27 und 29 die rechtliche Würdigung der Taten als Urkundenfälschung in Tateinheit mit (versuchtem) (Computer-)Betrug, nicht jedoch in den Fällen A II 4/5, 17, 18, 20 und 28.

- 19 Der neue Tatrichter wird zu prüfen haben, inwieweit in diesen Fällen - gegebenenfalls nach Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 154 StPO), Wieder- einbeziehung von Tatteilen oder ausgeschiedenen Gesetzesverletzungen (§ 154 a StPO) und/oder nach Erhebung einer Nachtragsanklage (§ 266 StPO) - eine Verurteilung wegen Urkundenfälschung durch Eröffnung der Empfängerkonten (§ 267 StGB), wegen Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen (§ 276 StGB), wegen Missbrauchs von Ausweispapieren (§ 281 StGB) oder wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung in Tateinheit mit (Computer-)Betrug (§§ 267, 263, 263 a, 27 StGB) in Betracht kommt.
- 20 2. Soweit der Angeklagte N. wegen Diebstahls in fünf Fällen (B I 1 bis 5) sowie beide Angeklagte wegen Diebstahls (A I 1 und 2) und versuchten Diebstahls (A I 3/5 und 4) in jeweils zwei Fällen verurteilt worden sind, ist den Feststellungen eine Zueignungsabsicht nicht zu entnehmen. Aufgrund der Tatsache, dass entwendete Überweisungsträger teilweise nach Übernahme der Kontodaten wieder in den Geschäftsverkehr gebracht wurden (A II 3), ergibt sich diese auch nicht von selbst. Sollte eine Zueignungsabsicht nicht festzustellen sein, käme in diesen Fällen lediglich - sofern eine Strafbarkeit wegen täterschaftlicher Urkundenfälschung ausscheidet - eine Bestrafung wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung in Tateinheit mit (Computer-)Betrug in Betracht.
- 21 3. Für die Konkurrenzverhältnisse der gegebenenfalls in einer neuen Hauptverhandlung feststellbaren Taten ist Folgendes zu beachten: Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang der Tatbeiträge jedes Beteiligten. Hat ein Mittäter, mittelbarer Täter oder Gehilfe, der an der

unmittelbaren Ausführung der Taten nicht mitwirkt, einen mehrere Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht - etwa (gefälschte) Ausweispapiere bereit gehalten, ein Empfängerkonto eingerichtet oder seine Wohnung in Kenntnis der dort begangenen Straftaten zur Verfügung gestellt - werden ihm die jeweiligen Taten der Mittäter, Tatmittler oder Haupttäter als tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter, Tatmittler oder Haupttäter die ihnen zurechenbaren Taten gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang (BGH NStZ-RR 2003, 265, 267; wistra 2001, 336, 337 m. w. N.).

22 4. Im Hinblick auf die Strafzumessung wird darauf hingewiesen, dass in den Fällen A II 16, 24 und 29 (bezüglich K.) und A II 6/8, 7/14, 13, 16, 19, 21, 23, 24, 25/26, 27 und 29 (bezüglich N.), in denen der Schuldpruch auf Grundlage der Feststellungen keinen Rechtsfehler erkennen ließ, eine Aufhebung im Strafausspruch deshalb nahe gelegen hätte, weil die verhängten, unvertretbar hohen Einzelfreiheitsstrafen den revisionsrechtlich hinzunehmenden Rahmen eines gerechten Schuldausgleichs überschreiten (vgl. Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 337 Rdn. 34).

23 5. Bei der Beweiswürdigung wird der neue Tatrichter zu beachten haben, dass er sich nicht - wie hier in den Fällen A II 10 und 15 in Bezug auf den Angeklagten N. geschehen - so weit von einer festen, auf dem Beweisergebnis gründenden Tatsachengrundlage entfernt, dass sich seine Feststellungen als bloße Vermutung darstellen (vgl. Meyer-Goßner aaO § 261 Rdn. 38).

Becker

von Lienen

Sost-Scheible

Hubert

Mayer