



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 208/12

vom

18. Oktober 2012

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen zu 1.: Bestechung u.a.

zu 2.: Bestechlichkeit u.a.

Nebenbeteiligte:

Baugesellschaft mbH,
vertreten durch die Geschäftsführer

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung am 18. Oktober 2012, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Pfister,
Hubert,
Gericke,

Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Spaniol
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten D. ,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten P. ,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 6. Dezember 2011 mit den Feststellungen aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Die Anklageschrift hatte dem Angeklagten D. Bestechung in Tateinheit mit Anstiftung zur Untreue und zum Betrug, Bestechung in zwei Fällen sowie Betrug und dem Angeklagten P. Bestechlichkeit in Tateinheit mit Untreue, Bestechlichkeit in zwei Fällen sowie ebenfalls Betrug zur Last gelegt. Das Landgericht hatte die Anklage mit einer abweichenden rechtlichen Bewertung zugelassen und dabei lediglich zwei - statt wie die Anklageschrift vier - prozessuale Taten angenommen. Es hatte die Angeklagten mit Urteil vom 23. April 2007 aus Rechtsgründen und aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Dieses Urteil hat der Senat - soweit es die beiden Angeklagten betraf - auf Revision der Staatsanwaltschaft durch Urteil vom 19. Juni 2008 (3 StR 490/07, BGHSt 52, 290) mit den Feststellungen aufgehoben, da das Landgericht die

Amtsträgerschaft des Angeklagten P. rechtsfehlerhaft verneint hatte. Das Landgericht hat die Angeklagten nunmehr abermals freigesprochen. Die Staatsanwaltschaft wendet sich gegen den erneuten Freispruch mit ihrer auf eine Verfahrensrüge und die Sachrüge gestützten Revision. Das vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Rechtsmittel führt bereits aufgrund der Verfahrensrüge zur Aufhebung des Urteils. Auf die sachlichrechtlichen Beanstandungen kommt es daher nicht an.

I.

2 Die von der Staatsanwaltschaft erhobene Verfahrensrüge, bei dem Urteil habe ein Richter mitgewirkt, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war und das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden ist (§ 24 Abs. 1 und 2, § 338 Nr. 3 StPO), hat Erfolg.

3 1. Der Rüge liegt der folgende Verfahrensablauf zugrunde:

4 Nach Aufhebung des ersten Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht kam es am 1. Oktober 2010 vor Terminierung der Hauptverhandlung zu einer Vorbesprechung der Kammer mit der Staatsanwaltschaft und den Verteidigern unter anderem mit dem Ziel, den erforderlichen Umfang einer erneuten Beweisaufnahme zu klären. Daran nahmen die gesamte Kammer, drei Verteidiger und drei Vertreter der Staatsanwaltschaft teil, zu denen der Anklageverfasser Oberstaatsanwalt E. zählte. Zwischen diesem und dem Verteidiger des Angeklagten D. kam es zu einem Zwiegespräch über den Nachweis der subjektiven Tatseite. Als Oberstaatsanwalt E. zur Stützung seiner Ansicht auf einen Beschluss des Oberlandesgerichts Celle verwies, der ausdrücklich einen dringenden Tatverdacht bezüglich der subjektivi-

ven Tatseite angenommen habe, unterbrach ihn der Vorsitzende und verlangte, ihm diesen Beschluss zu zeigen. Diese Aufforderung wiederholte er mehrfach, auch nachdem der Oberstaatsanwalt erklärt hatte, dass ihm die Akten aktuell nicht vorlägen. Schließlich wies Oberstaatsanwalt E. die Aufforderung des Vorsitzenden als "Unverschämtheit" zurück. Hierauf verließ der Vorsitzende den Besprechungsraum und kehrte nicht mehr in diesen zurück.

5 Mit Schreiben vom 3. Dezember 2010 lehnte die Staatsanwaltschaft den Vorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit ab, da es ihm angesichts seines Verhaltens ausschließlich um die Bloßstellung des Vertreters der Staatsanwaltschaft gegangen und er nicht bereit sei, seine Vorstellungen anhand von Gegenargumenten zu hinterfragen. Der Vorsitzende führte in seiner dienstlichen Äußerung dazu unter anderem aus, dass er auch die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung habe erörtern wollen und er auf die Vorbesprechung verzichtet hätte, wenn ihm zuvor die Teilnahme von Oberstaatsanwalt E. bekannt gewesen wäre. "Wie befürchtet" sei dieser nicht bereit gewesen, andere Möglichkeiten als eine Verurteilung der Angeklagten zu diskutieren. Im Übrigen halte er - der Vorsitzende - den Beschluss des Oberlandesgerichts Celle für unerheblich. Er räume ein, dass er dies den Vertretern der Staatsanwaltschaft "in anderer Form hätte darlegen müssen".

6 In einem Telefonat am 26. Januar 2011 wies Oberstaatsanwalt Dr. G. den Vorsitzenden darauf hin, dass dieser vor dem Vorgespräch Oberstaatsanwalt E. noch gar nicht gekannt habe. Hierauf erklärte der Vorsitzende, er habe seinen Eindruck von jenem aus den Akten gewonnen und das reiche.

7 Mit Schreiben vom 28. Januar 2011 lehnte die Staatsanwaltschaft den Vorsitzenden erneut wegen Besorgnis der Befangenheit ab, da er durch seine

dienstliche Äußerung den Eindruck der Voreingenommenheit verstärkt habe. In der hierzu abgegebenen weiteren dienstlichen Erklärung vom 10. Februar 2011 äußerte der Vorsitzende unter anderem, er habe sich nicht auf die Person von Oberstaatsanwalt E. bezogen, sondern auf dessen Tätigkeit im Verfahren, in dem dieser "seiner Aufgabe, 'den Sachverhalt zu erforschen' (§ 160 Abs. 1 StPO), nicht gerecht geworden" sei. "Wie sonst" sei "es zu erklären, dass er während der Hauptverhandlung insgesamt acht Beweisanträge auf Vernehmung von Zeugen sowie auf Einholung eines Sachverständigengutachtens stellte". Es entstehe "der Eindruck, die Staatsanwaltschaft mache sich zum Sprachrohr der Deutschen Bahn AG und vernachlässige dabei ihre aus § 160 Abs. 2 StPO resultierenden Pflichten".

8 Mit Beschluss vom 1. März 2011 wies die Kammer - ohne Mitwirkung des Vorsitzenden - das Ablehnungsgesuch als unbegründet zurück.

9 2. Der Rüge bleibt der Erfolg nicht versagt. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft lag bei objektiver Beurteilung ein Grund vor, der geeignet war, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu rechtfertigen (§ 24 Abs. 2 StPO).

10 a) Der Senat hat entgegen der Ansicht der Revision eine ausreichende Beurteilungsgrundlage für die Prüfung, ob das Ablehnungsgesuch sachlich gerechtfertigt war, auch wenn der das Gesuch zurückweisende Beschluss den Verlauf der Besprechung am 1. Oktober 2010 nicht mitteilt. Weil die Rüge im Revisionsverfahren nach Beschwerdegesichtspunkten zu behandeln ist, kann der Senat die im ersten Rechtszug vorgebrachten und glaubhaft gemachten Ablehnungsgründe in tatsächlicher Hinsicht würdigen und prüfen, ohne auf eine rechtliche Nachprüfung des tatrichterlichen Verwerfungsbeschlusses beschränkt zu sein (BGH, Urteil vom 26. Mai 1970 - 1 StR 132/70, BGHSt 23,

265, 266). Hierzu sind in den Ablehnungsgesuchen die für diese maßgeblichen Tatsachen hinreichend dargelegt.

- 11 Da der abgelehnte Richter sich über die Ablehnungsgründe dienstlich geäußert hat (§ 26 Abs. 3 StPO) und dienstliche Erklärungen der an der Besprechung teilnehmenden Staatsanwälte sowie die Stellungnahme eines Verteidigers vorliegen, bedarf hier keiner Entscheidung, inwieweit das Revisionsgericht das Urteil aufheben oder Ermittlungen im Freibeweisverfahren anstellen muss, wenn es aufgrund von Versäumnissen des Tatgerichts mangels ausreichender tatsächlicher Beurteilungsgrundlagen die Begründetheit des Ablehnungsgesuchs nicht ohne Weiteres prüfen kann (vgl. einerseits BGH, Urteil vom 16. Dezember 1969 - 5 StR 468/69, BGHSt 23, 200, 203; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 338 Rn. 27; KK-Kuckein, StPO, 6. Aufl., § 338 Rn. 63; andererseits LK/Hanack, StPO, 25. Aufl., § 338 Rn. 64). Eine solche Sachlage ist hier nicht gegeben.
- 12 b) In der Sache bestand für die Staatsanwaltschaft bei vernünftiger Würdigung aller Umstände begründeter Anlass zu der Sorge, der Vorsitzende nehme eine innere Haltung ein, die seine Neutralität, Distanz und Unparteilichkeit gegenüber den Verfahrensbeteiligten störend beeinflusst (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 24 Rn. 8 mwN).
- 13 aa) Die Besorgnis einer Voreingenommenheit des Vorsitzenden war allerdings nicht schon deswegen begründet, weil dieser in der Besprechung vom 1. Oktober 2010 nachdrücklich verlangte, die vom Oberstaatsanwalt zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts zu sehen. Hierin konnte der Wunsch zum Ausdruck kommen, den Beschluss und dessen Argumentation zur Kenntnis nehmen zu können und so die Gelegenheit zu erhalten, sich mit den - dem Richter zu dem Zeitpunkt nicht präsenten - Argumenten der oberlandesgericht-

lichen Entscheidung auseinanderzusetzen. Jedenfalls lässt sich dem Geschehen nicht entnehmen, dass der Vorsitzende sich in der Sache bereits eine abschließende Meinung gebildet hatte oder dass es ihm "ausschließlich um die Bloßstellung des Vertreters der Staatsanwaltschaft" ging. Zwar kann die insistierende, sachlich nicht veranlasste Aufforderung durchaus als Unmutsäußerung gegenüber dem Oberstaatsanwalt verstanden werden. Jedoch deutet dieser Unmut eher auf eine spontane Verärgerung darüber, dass der Beschluss nicht vorlag, als auf eine grundsätzliche Voreingenommenheit des Vorsitzenden in der Sache hin.

14 bb) Gleiches gilt - bei isolierter Betrachtung - auch für den Umstand, dass sich der Vorsitzende kurze Zeit später entfernte. Dies ergibt für sich ebenfalls noch nicht, dass er sich in der Sache den Argumenten der Staatsanwaltschaft entziehen und deren Verfahrensrechte beschränken wollte. Zum einen bestand in der konkreten Lage keine Möglichkeit, die angesprochene Sichtweise des Oberlandesgerichts näher zu erörtern, weil der entsprechende Beschluss nicht vorlag. Zum anderen handelte es sich lediglich um ein Vorgespräch zur weiteren Gestaltung des Verfahrens.

15 Dass das Verhalten des Vorsitzenden in der Besprechung - wie von ihm letztlich selbst in der dienstlichen Äußerung eingeräumt - nicht den üblichen Umgangsformen entsprach, lässt bei ruhiger Prüfung der Sachlage noch nicht auf eine inhaltliche Vorfestlegung schließen. Dies gilt zumal vor dem zu berücksichtigenden Gesamtzusammenhang (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 14. Januar 2000 - 3 StR 106/99, NStZ 2000, 325) und der Tatsache, dass Oberstaatsanwalt E. - aus seiner Sicht allerdings nachvollziehbar - das Vorgehen des Vorsitzenden als "Unverschämtheit" bezeichnet hatte, bevor dieser den Raum verließ.

- 16 Im Übrigen begründen etwaige Spannungen zwischen einem Richter und einem bestimmten Staatsanwalt ebenso wenig ohne weiteres Misstrauen der Staatsanwaltschaft gegen die Unparteilichkeit des Richters wie Spannungen zwischen einem Richter und einem Verteidiger oder einem Sachverständigen zu berechtigtem Misstrauen des Angeklagten (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 8. Juni 2005 - 2 StR 118/05, BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 15; vom 4. März 1993 - 1 StR 895/92, BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 8; Urteil vom 12. Februar 1998 - 1 StR 588/97, NJW 1998, 2458, 2459, in BGHSt 44, 26 insoweit nicht abgedruckt) führen. Allen Fällen ist gemeinsam, dass regelmäßig Belastungen auf persönlicher Ebene - jedenfalls soweit es nicht um den Angeklagten selbst geht - nicht allgemein Rückschlüsse auf eine Voreingenommenheit in der Sache zulassen, falls keine besonderen Umstände hinzutreten. Daher rechtfertigen die gegen einen bestimmten Oberstaatsanwalt gerichteten Vorbehalte des Vorsitzenden, wie sie in seiner dienstlichen Äußerung zum ersten Befangenheitsgesuch deutlich geworden sind, allein nicht die Besorgnis der Befangenheit.
- 17 cc) Eine solche Besorgnis ergibt sich letztlich auch nicht allein daraus, dass der Vorsitzende die Beweislage zur subjektiven Tatseite anders einschätzte als die Staatsanwaltschaft. Eine bereits erfolgte Festlegung auf ein bestimmtes Beweisergebnis ist seinen Äußerungen nicht zu entnehmen; eine vorläufige Bewertung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2011 - 4 StR 571/10, NStZ 2011, 590, 591 mwN).
- 18 dd) Es kann dahinstehen, ob die vorgenannten Umstände - zumindest in ihrer Gesamtheit - zu einer berechtigten Besorgnis der Staatsanwaltschaft führten, der Vorsitzende sei befangen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2012 - 3 StR 400/11, StraFo 2012, 134, 136); jedenfalls in Verbindung mit der Stel-

lungnahme, die der Vorsitzende zu dem zweiten Befangenheitsgesuch abgegeben hat, ist diese Besorgnis gegeben.

19 So wie ein zunächst berechtigtes Misstrauen eines Verfahrensbeteiligten gegen die Unbefangenheit eines Richters durch dessen ihm bekannt gemachte dienstliche Äußerung ausgeräumt werden kann mit dem Ergebnis, dass eine auf § 338 Nr. 3 StPO gestützte Rüge erfolglos bleibt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Dezember 2007 - 1 StR 301/07, NStZ 2008, 229; vom 22. September 2008 - 1 StR 323/08, NStZ 2009, 159, 160; vom 4. März 2009 - 1 StR 27/09, NStZ 2009, 701 und vom 5. Oktober 2010 - 3 StR 287/10, StV 2011, 72), kann eine solche Stellungnahme dazu führen, dass einem schon durch frühere Einzelumstände genährten Misstrauen des Ablehnenden gegen den abgelehnten Richter die Berechtigung nicht mehr abzusprechen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Inhalt der Stellungnahme in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang mit den bereits geltend gemachten Ablehnungsgründen steht und nicht einen davon deutlich abgehobenen neuen Anknüpfungspunkt für die Besorgnis fehlender Unparteilichkeit liefert, der nur durch ein hierauf bezogenes neues Ablehnungsgesuch verfahrensrechtlich zur Geltung gebracht werden könnte.

20 In der Stellungnahme des Vorsitzenden wird der Vorwurf erhoben, die Staatsanwaltschaft sei ihrer Aufgabe, den Sachverhalt zu erforschen, nicht gerecht geworden, und habe einseitig ermittelt, ohne ihr Aufklärungsbemühen auch auf die Angeklagten entlastende Umstände zu erstrecken. Dies wird durch die in hohem Maße unsachliche Bemerkung verschärft, die Staatsanwaltschaft erwecke den Eindruck, sie mache sich zum Sprachrohr der Deutschen Bahn AG, was letztlich nichts anderes bedeutet, als dass sich die Staatsanwaltschaft von einem am Verfahren nicht beteiligten, aber an dessen Ausgang interessierten Dritten für dessen Zwecke habe instrumentalisieren lassen. Damit verstärk-

te der Vorsitzende die schon in seinem vorangegangenen Verhalten angedeuteten Vorbehalte gegen die Tätigkeit der Anklagebehörde in einer Weise, die zumindest jetzt aus deren Sicht bei objektiver Betrachtung die Besorgnis begründete, er werde das Verfahren nicht unparteilich führen und in der Sache nicht mehr unbefangen entscheiden.

II.

21 1. Für das weitere Verfahren sieht der Senat im Hinblick auf die Begründung, mit der das Landgericht den Vorsatz beider Angeklagter hinsichtlich der Amtsträgerstellung des Angeklagten P. verneint hat, Anlass zu folgendem Hinweis:

22 Es steht zu besorgen, dass das Landgericht an den Vorsatz hinsichtlich des tatbestandlichen Elements der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bei einer sonstigen Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB zu hohe Anforderungen gestellt hat, indem es eine ins Einzelne gehende Kenntnis von den rechtlichen Grundlagen für erforderlich gehalten hat, aus denen sich die Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten des Staates auf die PB DE ergeben. Indes genügt - wie auch vom Landgericht angenommen - grundsätzlich bedingter Vorsatz (vgl. LK/Hilgendorf, StGB, 12. Aufl., § 11 Rn. 60), der gegeben ist, wenn der Täter das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals als möglich sowie nicht ganz fernliegend erkennt und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest damit abfindet (s. etwa BGH, Urteil vom 22. März 2012 - 4 StR 558/11, NJW 2012, 1524, 1525 mwN). Da nach der Beweiswürdigung des Landgerichts jedenfalls der Angeklagte P. wusste, dass die Aufgabe der PGS und der PB DE der Ausbau des Schienennetzes war, es in diesem Aufgabenbereich keine Wettbewerber gab, die Aufträge der PB DE aufgrund öffentlicher Ausschreibungen erteilt wurden und das Geld für den Schienen-

ausbau "vom Bund" kam, kann ein zumindest bedingter Vorsatz selbst dann in Betracht kommen, wenn dem Angeklagten die dahinter stehenden gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen nicht im Einzelnen bekannt waren (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 1997 - 2 StR 521/97, NJW 1998, 1874, 1877).

23 2. Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. StPO Gebrauch und verweist das Verfahren an das Landgericht Göttingen.

Becker

Pfister

Hubert

Gericke

Spaniol