



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

5 StR 53/14

vom  
9. September 2014  
in der Strafsache  
gegen

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer  
Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. September 2014 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 10. April 2013 gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an das Landgericht Potsdam zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer sechsjährigen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, Wertersatzverfall angeordnet sowie einen Pkw eingezogen. Die Revision des Angeklagten hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).
  
- 2 1. Der Beschwerdeführer macht einen Verstoß gegen § 338 Nr. 3 StPO geltend. Ihr liegt folgendes Prozessgeschehen zugrunde: In der Hauptverhandlung, in der das Landgericht mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt war, lehnte der Angeklagte den Vorsitzenden Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Dieser habe die Gelegenheit, Anträge zu stellen, für die Dauer einer Zeugenvernehmung verwehrt und – nachdem mehrere seiner Vorhalte an den Zeugen seitens der Verteidigung beanstandet worden waren – erklärt,

„die Verteidigung habe nicht das Recht, einen Vorhalt zu rügen oder sonstiges Verhalten des Gerichts zu beanstanden“. Der Befangenheitsantrag wurde durch noch in derselben Sitzung verkündeten, vom abgelehnten Vorsitzenden und zwei weiteren Berufsrichtern gefassten Beschluss wegen Verschleppungsabsicht als unzulässig verworfen (§ 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO).

3            2. Die Verfahrensrüge hat Erfolg, weil bei dem angefochtenen Urteil ein wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnter Richter mitgewirkt hat und das Ablehnungsgesuch mit Unrecht verworfen worden ist (§ 338 Nr. 3 StPO).

4            a) Bei diesem Geschehen liegt es bereits nahe, dass das Landgericht zu Unrecht nach § 26a StPO verfahren ist, weil es die durch die Vorschrift eingeräumten Kompetenzen überschritten hat. Deren Anwendung darf nicht dazu führen, dass der abgelehnte Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit „Richter in eigener Sache“ wird. Anderenfalls würde dem Angeklagten im Ablehnungsverfahren sein gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) entzogen und könnte zugleich sein Anspruch auf Wahrung rechtlichen Gehörs verletzt sein (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 2005 – 5 StR 180/05, BGHSt 50, 216, 219 ff. zu § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; siehe auch BGH, Beschluss vom 6. Mai 2014 – 5 StR 99/14). Beides gilt in vergleichbarer Weise für § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juli 2009 – 1 StR 289/09, BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 19) und ist hier zu besorgen, weil eine Bewertung der angenommenen Verschleppungsabsicht nicht möglich war, ohne das vom Angeklagten bemängelte Vorgehen des Vorsitzenden mit in den Blick zu nehmen und zu gewichten.

5            b) Der Senat kann dies jedoch letztlich offenlassen. Denn jedenfalls ist über den Befangenheitsantrag von einem hierfür weder in § 26a StPO noch in § 27 StPO vorgesehenen Spruchkörper und schon deshalb unter Verstoß ge-

gen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entschieden worden.

6 Die gemäß § 26a StPO entscheidende Strafkammer besteht während der Hauptverhandlung aus den dort tätigen Berufsrichtern und Schöffen. Eine Unterbrechung der Hauptverhandlung führt nicht dazu, dass nunmehr eine Entscheidung „außerhalb der Hauptverhandlung“ erfolgen müsste, vielmehr ist die Unterbrechung zur Beratung über die Zulässigkeit des Befangenheitsantrags die Regel. Sie ändert nichts an der Besetzung des zur Entscheidung berufenen Gerichts, so dass vorliegend lediglich zwei Berufsrichter an dem Beschluss hätten mitwirken dürfen und zudem die Schöffen hätten mitentscheiden müssen (vgl. OLG München, NJW 2007, 449, 450; ebenso Graf/Cirener, StPO, 2. Aufl., § 26a Rn. 11; Siolek in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 26a Rn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 26a Rn. 8). Hätte hingegen nach § 27 StPO entschieden werden sollen, so wäre zwar die Strafkammer in der für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung vorgeschriebenen Besetzung zuständig, der abgelehnte Richter aber ausgeschlossen gewesen (§ 27 Abs. 1 und 2 StPO; ebenso OLG München aaO).

7 c) Der absolute Revisionsgrund kann nicht etwa, wie der Generalbundesanwalt zu erwägen gibt, dadurch beseitigt werden, dass der Angeklagte in einem nachfolgenden Ablehnungsgesuch wegen Beanstandung der Verfahrensweise nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO auch nochmals an das gleiche prozessuale Geschehen, das mit dem vorgenannten Antrag beanstandet worden war, angeknüpft hat und hierüber in zutreffender Besetzung nach § 27 StPO sachlich entschieden worden ist. Eine vom Gericht selbst initiierte Heilung im Wege der Ersetzung des fehlerhaften Beschlusses nach § 26a StPO durch eine Beschlussfassung nach § 27 StPO lag hierin nicht; zudem sind in dem Be-

schluss nicht alle zur Begründung des vorangegangenen Ablehnungsantrages vorgebrachten Umstände inhaltlich abgehandelt worden.

- 8                    3. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an ein anderes Landgericht zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO). Für die neue Hauptverhandlung weist er auf Folgendes hin: Im Rahmen der Strafzumessung wäre zu berücksichtigen, dass die Taten zum Zeitpunkt der neuerlichen Hauptverhandlung bereits mehr als dreieinhalb Jahre zurück liegen werden. Sollte der für die Tatbegehung genutzte VW Golf VI wiederum eingezogen werden – wie dies im angefochtenen Urteil für sich genommen ebenso rechtsfehlerfrei erfolgt ist wie die Anordnung des Wertersatzverfalls –, so wäre der Wert des Fahrzeugs zu bestimmen und die Einziehung mit Blick auf das Gesamtübel der Rechtsfolgen gegebenenfalls bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Juli 2011 – 5 StR 234/11, StV 2011, 726 mwN).

Basdorf

Sander

Schneider

Dölp

Bellay