

**HRRS-Nummer:** HRRS 2008 Nr. 840

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2008 Nr. 840, Rn. X

---

**BGH 2 StR 261/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Koblenz)**

**Strafklageverbrauch (Zusammentreffen in einem Handlungsteil; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln); gesetzlicher Richter (fehlerhafte Ablehnung eines Ablehnungsgesuchs; Willkür; grundsätzliche Verkennung der Verfassungsgarantie); unverzügliche Anbringung eines Befangenheitsgesuchs.**

**Art. 101 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG; § 338 Nr. 3 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 26a StPO**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. In Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in falscher Besetzung entschieden hat und dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO vor. Ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der §§ 26a, 27 StPO führt jedoch nur dann zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Vorschriften willkürlich angewendet werden oder die richterliche Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie verkennt, nicht hingegen bei einer "nur" schlicht fehlerhaften Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften.**

**2. Wird eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit allein aus formalen Erwägungen zurückgewiesen, wurden die Ablehnungsgründe aber nicht inhaltlich geprüft, so ist danach zu differenzieren, ob Auslegung und Handhabung der Verwerfungsgründe nach § 26a Abs. 1 StPO offensichtlich unhaltbar oder aber lediglich schlicht fehlerhaft sind. In letzterem Fall entscheidet das Revisionsgericht nach Beschwerdegrundsätzen sachlich über die Besorgnis der Befangenheit.**

**Entscheidungstenor**

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 9. Oktober 2007 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbeziehung einer Freiheitsstrafe aus dem Urteil der Kammer vom 11. Mai 2006 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 9. Juli 2008 offensichtlich unbegründet. Der näheren Erörterung bedarf lediglich Folgendes:

1. Ein Verfahrenshindernis bestand nicht. Das Urteil des Landgerichts vom 11. Mai 2006 führte nicht zu einem Strafklageverbrauch, da die diesem zu Grunde liegende Straftat mit der hier abgeurteilten Straftat nicht identisch ist. Gegenstand des jetzigen Verfahrens ist ein Handelsgeschäft des Angeklagten mit 100 g Kokain, das er am 30. April 2005 aus den Beständen der Bande um den gesondert abgeurteilten W. erhalten hatte. Dagegen bezog sich die Verurteilung vom 11. Mai 2006 ausschließlich auf ein Handeltreiben mit den in dem Garagendepot des Angeklagten nach dessen Festnahme am 17. Juni 2005 aufgefundenen 1.360,6 g Amfetaminzubereitung, 4.096 Ecstasytabletten und 28 g MDE-Base.

Die beiden Handelsgeschäfte sind auch nicht durch eine zumindest teilweise identische Ausführung zu einer Tat verbunden. Zwar hat der Angeklagte am 22. Mai 2005 eine Teilmenge von 60 g des am 30. April 2005 bezogenen

Kokains an die Bande zurückgegeben. Am selben Tag hat er 3 kg Amfetamin aus den Beständen der Bande erhalten. Es ist aber schon nicht ersichtlich, dass es sich bei diesem Amfetamin noch um dasselbe handelte, das sich bei der Festnahme des Angeklagten in seinem Garagendepot befand und das Gegenstand seiner Verurteilung vom 11. Mai 2005 war. Hiergegen spricht, dass nach den Feststellungen des Urteils vom 11. Mai 2005 die dort gegenständlichen Betäubungsmittel "am oder zeitnah vor dem 17. Juni 2005" in das Depot verbracht worden sind. Von einer zeitlichen Nähe zu diesem Datum kann bezüglich des Erwerbs am 22. Mai 2005 jedoch nach allgemeinem Sprachverständnis nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Zudem bezog der Angeklagte in kurzen Zeitabständen größere Mengen an Betäubungsmitteln; so hatte er aus den Beständen der Bande bereits am 18. Mai 2005 ein Kilogramm Amfetamin erhalten. Dies lässt es als nahe liegend erscheinen, dass die bei dem Angeklagten nach dessen Festnahme am 17. Juni 2005 sichergestellten Drogen nicht noch aus der Lieferung vom 22. Mai 2005, sondern vielmehr aus einer späteren Lieferung stammten.

Das kann letztlich jedoch dahinstehen, da es jedenfalls an der von der Revision behaupteten Verknüpfung der 4  
Handelsgeschäfte durch einen einheitlichen Zahlungsvorgang mangelt. Entgegen der in der Hauptverhandlung als Einlassung des Angeklagten verlesenen Verteidigererklärung ist die Kammer zu Recht nicht von einer Anrechnung des am 22. Mai 2005 zurückgegebenen Kokains auf den Kaufpreis für das am selben Tag bezogene Amfetamin ausgegangen. Dies folgt aus den von dem gesondert abgeurteilten S. für die Bande gefertigten Handelsaufzeichnungen. In diesen ist vermerkt, dass der Angeklagte am 22. Mai 2005 60 g Kokain zurückgegeben hat. Unmittelbar unterhalb dieser Zeile findet sich der Hinweis "Ich habe die Schulden beglichen 2.400". Welche Schulden der Angeklagte damit beglichen hat, wird aus den Aufzeichnungen nicht ersichtlich. Jedenfalls kann es sich nicht um Schulden aus dem am selben Tag, aber zeitlich später erfolgten Amfetamingeschäft gehandelt haben; erst in der darauf folgenden Zeile der Aufzeichnungen ist nämlich vermerkt, dass an den Angeklagten 3 kg Speed zu je 1.500, insgesamt 4.500, abgegeben wurden.

Eine weitere Aufklärung dieser Umstände war weder möglich noch veranlasst. Insbesondere konnte der im übrigen 5  
schweigende Angeklagte nicht darauf vertrauen, die Kammer werde seiner von seinem Verteidiger für ihn abgegebenen Einlassung uneingeschränkt folgen, zumal er nicht bereit war, Nachfragen des Gerichts zum Inhalt seiner Erklärung zu beantworten.

2. Die Verfahrensrüge, mit der der Beschwerdeführer eine Verletzung von § 338 Nr. 3 StPO durch eine fehlerhafte 6  
Verwerfung seines Ablehnungsgesuchs vom 10. November 2006 rügt, dringt ebenfalls nicht durch. Dem lag folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde:

a) Im Hauptverhandlungstermin vom 9. November 2006 beantragte der Verteidiger des Angeklagten, vor der 7  
Vernehmung eines Belastungszeugen zunächst die Akten aus sämtlichen gegen diesen Zeugen geführten Ermittlungsverfahren beizuziehen. Nach Ablehnung des Antrags begann die Vorsitzende mit der Vernehmung des Zeugen, die um 11.30 Uhr unterbrochen und auf einen späteren Verhandlungstermin verlegt wurde. Nach der Vernehmung eines weiteren Zeugen wurde die Hauptverhandlung um 11.55 Uhr beendet und Termin zur Fortsetzung auf den 10. November 2006, 9.30 Uhr, bestimmt. Mit einem am 10. November 2006 um 8.59 Uhr bei Gericht eingegangenen Faxschreiben lehnte der Angeklagte die Vorsitzende Richterin wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Er stützte die Ablehnung auf die unterlassene Beiziehung der den Belastungszeugen betreffenden Ermittlungsakten und berief sich zudem auf weitere Gründe, die jedoch in seinem schriftlichen Ablehnungsgesuch nicht eindeutig spezifiziert sind. Unter Mitwirkung der abgelehnten Richterin verwarf die Kammer das Gesuch als unzulässig, da es nicht unverzüglich angebracht worden sei.

b) Das Landgericht hat das Ablehnungsgesuch des Angeklagten im Ergebnis zu Recht verworfen. Dabei kann hier 8  
offen bleiben, ob die Kammer das Ablehnungsgesuch gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO unter Mitwirkung der abgelehnten Vorsitzenden zu Recht als unzulässig, weil verspätet zurückgewiesen hat.

Zwar ist in Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in falscher Besetzung entschieden hat und 9  
dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, allein deswegen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gegeben (BVerfG NJW 2005, 3410, 3413 f.; StraFo 2006, 232, 236; BGHSt 50, 216, 219; NStZ 2007, 161, 162). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Denn ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der §§ 26 a, 27 StPO führt nicht stets, sondern nur dann zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Vorschriften willkürlich angewendet werden, der abgelehnte Richter sich mithin zum "Richter in eigener Sache" macht, oder die richterliche Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie verkennt. Dagegen liegt bei einer "nur" schlicht fehlerhaften Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften ein Verfassungsverstoß nicht vor (vgl. BVerfG aaO.).

Erfolgt wie hier die Verwerfung allein aus formalen Erwägungen, wurden die Ablehnungsgründe aber nicht inhaltlich 10

geprüft, ist daher danach zu differenzieren, ob die Entscheidung des Gerichts auf einer groben Missachtung oder Fehlanwendung des Rechts beruht, ob also Auslegung und Handhabung der Verwerfungsgründe nach § 26a Abs. 1 StPO offensichtlich unhaltbar oder aber lediglich schlicht fehlerhaft sind (BGHSt 50, 216, 219 f.). In letzterem Fall entscheidet das Revisionsgericht nach Beschwerdegrundsätzen sachlich über die Besorgnis der Befangenheit (BGH NStZ 2007, 161, 162; NStZ-RR 2008, 246, 247).

Eine grob fehlerhafte, Bedeutung und Tragweite von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verkennende Anwendung des § 26a Abs. 1 StPO lag hier nicht vor. Die Rechtsansicht der Kammer, das Ablehnungsgesuch gegen die Vorsitzende sei hier verspätet angebracht worden und deshalb unzulässig, beruht - falls überhaupt - jedenfalls nicht auf einer groben Missachtung oder Fehlanwendung des Rechts. § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO verlangt, dass eine Ablehnung unverzüglich geltend zu machen ist. An die Auslegung des Begriffs "unverzüglich" ist im Interesse einer zügigen Durchführung des Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BGHSt 21, 334, 339; BGH NStZ 1993, 141; StV 1995, 396). Die Ablehnung muss zwar nicht "sofort", aber "ohne schuldhaftes Verzögern", d.h. ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerungen geltend gemacht werden. Durch die Sachlage begründet ist eine Verzögerung, die dadurch entsteht, dass der Antragsteller, nachdem er Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt hat, eine gewisse Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs benötigt. Welche Zeitspanne dafür zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. 11

Hier war dem Angeklagten die Ablehnung seines Beweisermittlungsantrags - auf die er sein späteres Ablehnungsgesuch gründete - bereits vor Vernehmung des Belastungszeugen bekannt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durfte der Angeklagte die Vernehmung dieses und eines weiteren Zeugen abwarten und nach entsprechender Überlegungszeit sein Ablehnungsgesuch noch am Folgetag vor Beginn der fortgesetzten Hauptverhandlung rechtzeitig anbringen (so BGHR StPO § 25 Abs. 2 Unverzüglich 3 und zuletzt Beschl. vom 10. Juni 2008 - 5 StR 24/08). Gleichwohl ist auch die dem Verwerfungsbeschluss des Landgerichts offensichtlich zu Grunde liegende Auffassung, der Angeklagte hätte nach Kenntnis von dem Ablehnungsgrund vor weiteren Beweiserhebungen eine Unterbrechung der Hauptverhandlung beantragen müssen, um sich sein weiteres Vorgehen zu überlegen und sich mit seinem Verteidiger zu beraten (vgl. dazu BGHR StPO § 25 Abs. 2 Unverzüglich 5), durchaus erwägenswert und keinesfalls grob fehlerhaft. 12

Die dem Senat damit eröffnete Prüfung des Ablehnungsgesuchs nach Beschwerdegrundsätzen ergibt keine die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigende Einstellung der abgelehnten Richterin. Die von der Kammer bestätigte Entscheidung der Vorsitzenden Richterin, nicht sämtliche den Belastungszeugen betreffenden Ermittlungsakten vor seiner Vernehmung beizuziehen, war ersichtlich nicht geeignet, Misstrauen in ihre Unvoreingenommenheit dem Angeklagten gegenüber zu begründen. Vielmehr handelte es sich insoweit um eine im Rahmen der Durchführung der Beweisaufnahme vertretbare Entscheidung, die keine Rückschlüsse auf die innere Einstellung der abgelehnten Richterin erlaubte. 13