

Entscheidungen

Die mit * gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

Verfahrensrecht

Befangenheit bei willkürlicher Rechtsanwendung

StPO §§ 24, 26a; GG Art. 101 Abs. 1 S. 2

1. Ein Ablehnungsgesuch ist auch dann i.S.v. § 338 Nr. 3 StPO »mit Unrecht verworfen«, wenn die unter Mitwirkung des abgelehnten Richters beschlossene Verwerfung gem. § 26a StPO als unzulässig auf einer willkürlichen oder die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grundlegend verkennenden Rechtsanwendung beruht; auf die sachliche Berechtigung der Ablehnungsgründe kommt es in diesem Fall nicht an.

2. Jedenfalls bei einer willkürlichen oder die Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erheblich missachtenden Überschreitung des durch § 26a StPO abgesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht – eine ordnungsgemäße Rüge des Verfahrensfehlers gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO vorausgesetzt – das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Tatgericht zurückzuverweisen.

3. Willkür in diesem Sinne liegt vor, wenn die Entscheidung des Gerichts auf einem Fall grober Missachtung oder grober Fehlanwendung des Gesetzesrechts beruht und daher in der Sache offensichtlich unhaltbar ist. Ebenso zu behandeln ist der Fall, dass das Gericht bei der Rechtsanwendung Bedeutung und Tragweite des von der Verfassung garantierten Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) grundlegend verkennt.

4. Dieser Maßstab gilt nicht nur für die Anwendung von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO, sondern auch für die Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs als unzulässig wegen Verspätung nach § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO.

BGH, Beschl. v. 21.07.2020 – 5 StR 236/20 (LG Berlin)

Aus den Gründen: [1] Das LG hat den Angekl. von den Vorwürfen eines sexuellen Übergriffs, einer sexuellen Belästigung und einer Beleidigung freigesprochen und seine Unterbringung in einem

psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Die Revision des Angekl. führt mit einer Verfahrensrüge zur Aufhebung des Urts.

[2] **1.** Zwar ist die Rüge, die Zeit für das Plädoyer des Verteidigers sei vom Vors. zu kurz bemessen gewesen, präkludiert. Denn der Angekl. hat es versäumt, gegen diese Ermessensentscheidung des Vors. nach § 238 Abs. 2 StPO das *Gericht* anzurufen (vgl. auch *BGH*, Urt. v. 13.10.1992 – 5 StR 476/92, NStZ 1993, 94 [95]; allg. zur Rügepräklusion mangels Anrufung des Gerichts KK-StPO/*Schneider*, 8. Aufl. 2019, § 238 Rn. 28 ff. m.w.N.). Deshalb ist entgegen der Ansicht der Revision die Verteidigung auch nicht i.S.v. § 338 Nr. 8 StPO durch Gerichtsbeschl. in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt unzulässig beschränkt worden.

[3] **2.** Die Revision rügt aber in zulässiger Weise zu Recht, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO vorliegt. Bei dem angegriffenen Urt. hat ein Richter mitgewirkt, nachdem ein gegen ihn gerichtetes Ablehnungsgesuch unter Verletzung von § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO in unvertretbarer Weise verworfen worden ist.

[4] **a)** Folgendes Verfahrensgeschehen liegt zugrunde:

[5] Die Hauptverhandlung war auf drei Verhandlungstage angesetzt, zu denen alle Verfahrensbeteiligten und die psychiatrische Sachverständige geladen wurden. Bereits Monate vorher hatte die Sachverständige zwei vorbereitende schriftliche Gutachten erstellt (Umfang 23 und 29 Seiten). Am ersten Hauptverhandlungstag wurde der Angekl. vernommen, anschließend wurden bis in den Nachmittag sechs Zeugen gehört. Für den zweiten Hauptverhandlungstag waren ursprünglich wiederum sechs Zeugen geladen. Wie sich aus einer Mitteilung von diesem Tag ergab, konnte eine für mittags geladene Zeugin den Termin nicht wahrnehmen. Die psychiatrische Sachverständige erstattete zunächst bis 12.55 Uhr ihr Gutachten. Anschließend wurden weitere Zeugen und danach wieder die Sachverständige gehört. Sie wurde um 15.17 Uhr entlassen. Nunmehr verlas der Vors. den BZR-Auszug, die Beweisaufnahme wurde geschlossen.

[6] Der Vors. teilte mit, dass noch am selben Hauptverhandlungstag plädiert werden solle. Es folgte zwischen *Gericht* und Verteidigung ein Disput darüber, ob noch an diesem Tag plädiert werden könne und wieviel Zeit für die Vorbereitung des Plädoyers notwendig sei. Gem. dem Antrag der StA wollte der Vors. eine Unterbrechung von 30 Min. zur Vorbereitung der Plädoyers gewähren. Damit war der Verteidiger des Angekl. nicht einverstanden und erhob Gegenvorstellung. Er erklärte, dass er für seine Vorbereitung aufgrund des Umfangs der Hauptverhandlung und insb. des psychiatrischen Gutachtens deutlich mehr Zeit benötige.

[7] Anschließend wurde um 15.20 Uhr die Hauptverhandlung für 30 Min. unterbrochen. Unmittelbar nach Wiedereintritt in die Haupt-

verhandlung stellte der Verteidiger für den Angekl. ein Ablehnungsgesuch gegen den Vors. und begründete dies sinngemäß damit, dass der Verteidigung angesichts des Umfangs der Beweisaufnahme und der Bedeutung der Sache mit 30 Min. ein zu kurzer Zeitraum für die Vorbereitung ihres Plädoyers eingeräumt worden sei. Die Gewährung von mehr Vorbereitungszeit würde nicht zu Verzögerungen führen, weil noch ein weiterer Hauptverhandlungstermin anberaumt sei. Zudem habe das *Gericht* mit dieser Planung gezeigt, dass es an einer Vernehmung der nicht erschienenen Zeugin nicht interessiert sei, obgleich diese für die Feststellung eines bestimmten verfahrensrelevanten Geschehens unverzichtbar sei.

[8] Das *Gericht* lehnte den Befangenheitsantrag unter Mitwirkung des abgelehnten Vors. nach § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO mit der Begründung ab, der Ablehnungsantrag sei verspätet. Er sei nicht unverzüglich gestellt oder angekündigt worden, nachdem der Vors. mitgeteilt habe, dass am selben Tag plädiert werden solle. Auch eine Frist zur Beratung mit dem Angekl. oder zur Überlegung sei nicht eingefordert worden. Stattdessen sei der Befangenheitsantrag erst nach der Unterbrechung der Hauptverhandlung gestellt worden. Anschließend erhielten StA, Verteidiger und Angekl. Gelegenheit zu Ausführungen. Das *Gericht* sprach sodann noch an diesem Hauptverhandlungstag das Ur., ohne dass der Verteidiger plädiert hatte.

[9] **b)** Der Bf. rügt nach § 338 Nr. 3 StPO zu Recht, dass ein Ablehnungsgesuch gegen den am Ur. mitwirkenden Vors. Richter mit Unrecht verworfen worden ist.

[10] **aa)** Die Rüge einer Verletzung von § 338 Nr. 3 StPO ist zulässig erhoben (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Der Angekl. hat nicht nur den Ablehnungsantrag und den darauf folgenden Beschl. der *StrK* mitgeteilt, sondern aus seinem Vortrag ergibt sich auch, dass der abgelehnte Richter an dem Beschl. nach § 26a Abs. 1 StPO sowie am Ur. mitgewirkt hat (vgl. dazu *BGH*, Beschl. v. 09.06.2009 – 4 StR 461/08). Die Rüge, sein Ablehnungsgesuch sei i.S.v. § 338 Nr. 3 StPO zu Unrecht als unzulässig verworfen worden, beinhaltet vorliegend auch die Beanstandung, dass das *Gericht* im falschen Verfahren (§ 26a StPO statt § 27 StPO), mithin durch den abgelehnten Richter (vgl. *BGH*, Beschl. v. 09.06.2009 – 4 StR 461/08) entschieden hat.

[11] **bb)** Die Rüge ist begründet.

[12] **(1)** Ein Ablehnungsgesuch ist auch dann i.S.v. § 338 Nr. 3 StPO »mit Unrecht verworfen«, wenn die unter Mitwirkung des abgelehnten Richters beschlossene Verwerfung gem. § 26a StPO als unzulässig auf einer willkürlichen oder die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grundlegend verkennenden Rechtsanwendung beruht; auf die sachliche Berechtigung der Ablehnungsgründe kommt es in diesem Fall nicht an (grundlegend *BGH*, Beschl. v. 10.08.2005 – 5 StR 180/05, *BGHSt* 50, 216 [= StV 2005, 588] im Anschluss an *BVerfG*, NJW 2005, 3410 [= StV 2005, 478] unter Aufgabe früherer Rspr.). Ist ein Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des abgelehnten Richters (§ 26a Abs. 2 S. 1 StPO) als unzulässig verworfen worden, darf das Revisionsgericht sich demnach nicht darauf beschränken, die Begründetheit des Ablehnungsgesuchs nach Beschwerdegrundsätzen (§ 28 Abs. 2 StPO) zu prüfen; vielmehr muss das Revisionsgericht zunächst darüber entscheiden, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden (vgl. *BGH* a.a.O., S. 219, und *BVerfG* a.a.O.). Jedenfalls bei einer willkürlichen oder die Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erheblich missachtenden Überschreitung des durch § 26a StPO abgesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht – eine ordnungsgemäße Rüge des Verfahrensfehlers gem. § 344 Abs. 2 S. 2 vorausgesetzt – das

angefochtene Ur. aufzuheben und die Sache an das Tatgericht zurückzuverweisen (vgl. *BGH* und *BVerfG* a.a.O.).

[13] Willkür in diesem Sinne liegt vor, wenn die Entscheidung des Gerichts auf einem Fall grober Missachtung oder grober Fehlanwendung des Gesetzesrechts beruht und daher in der Sache offensichtlich unhaltbar ist. Ebenso zu behandeln ist der Fall, dass das Gericht bei der Rechtsanwendung Bedeutung und Tragweite des von der Verfassung garantierten Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) grundlegend verkennt. Ob ein solcher Fall vorliegt, kann nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (*BGH* a.a.O., S. 219 f.).

[14] Dieser Maßstab gilt nicht nur für die Anwendung von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO, sondern auch für die Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs als unzulässig wegen Verspätung nach § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO (*BGH*, Beschl. v. 27.08.2008 – 2 StR 261/08, NStZ 2009, 223) und Verschleppungsabsicht nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. *BGH*, Ur. v. 23.01.2019 – 5 StR 143/18, NStZ-RR 2019, 120, sowie bereits *BGH*, Beschl. v. 10.08.2005 – 5 StR 180/05, a.a.O.).

[15] **(2)** Die Ablehnung des Befangenheitsantrags des Angekl. als verspätet i.S.v. § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO war in diesem Sinne willkürlich.

[16] Gem. § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO sind während laufender Hauptverhandlung eintretende Befangenheitsgründe unverzüglich geltend zu machen. Dies bedeutet nicht »sofort«, sondern »ohne schuldhaftes Zögern« (*BGH*, Beschl. v. 06.03.2018 – 3 StR 559/17, NStZ 2018, 610 m.w.N. [= StV 2019, 154]). Trotz des dabei anzulegenden strengen Maßstabes (vgl. *BGH*, Beschl. v. 25.04.2006 – 3 StR 429/05, NStZ 2006, 644 [= StV 2007, 118]; v. 06.05.2014 – 5 StR 99/14, NStZ 2015, 175 [= StV 2015, 9]; Ur. v. 10.11.2015 – 5 StR 303/15) ist dem ablehnungsbefugten Angekl. Zeit zur Überlegung, zur Besprechung mit seinem Verteidiger und zur Abfassung des Gesuchs einzuräumen (st. Rspr., vgl. nur *BGH*, Ur. v. 29.03.2012 – 3 StR 455/11, NStZ-RR 2012, 211 [= StV 2013, 372]; Beschl. v. 06.05.2014 – 5 StR 99/14, a.a.O.; v. 08.06.2016 – 5 StR 48/16 [= StV 2017, 144]; v. 06.03.2018 – 3 StR 559/17, a.a.O., S. 611). Welche Zeitspanne dafür zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. *BGH*, Beschl. v. 06.03.2018 – 3 StR 559/17, a.a.O. m.w.N.). Diese Frist ist dem Angekl. von Gesetzes wegen eingeräumt; eines diesbezüglichen Antrags bedarf es nicht.

[17] Diese Maßstäbe hat die *StrK* bei ihrer Entscheidung verfehlt. Der Verteidiger des Angekl. war erst unmittelbar vor der Unterbrechung der Hauptverhandlung mit seiner Gegenvorstellung erfolglos geblieben. Dies war für den Angekl. der wesentliche Grund für den Befangenheitsantrag. Die 30-minütige Unterbrechungspause durfte der Angekl. zur Überlegung, Besprechung mit seinem Verteidiger und Formulierung des Antrags nutzen. Das Befangenheitsgesuch wurde unmittelbar nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und demnach offensichtlich unverzüglich angebracht.

[18] Im vorliegenden Fall war die Auslegung des gesetzlichen Begriffs »unverzüglich« unhaltbar. Schon nach der gesetzlichen Legaldefinition in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet er »ohne schuldhaftes Zögern«, aber nicht »sofort«. Dass dem Angekl. nach dem die Besorgnis der Befangenheit aus seiner

Sicht begründenden Ereignis eine zumindest kurze Zeit für die Überlegung, Besprechung mit seinem Verteidiger und Abfassung des Antrags einzuräumen ist, ist seit vielen Jahren in der höchstrichterlichen Rspr. anerkannt. Indem dem Angekl. unter Mitwirkung des wegen zu zügiger Verhandlungsführung abgelehnten Vors. jede Überlegungs-, Besprechungs- und Abfassungszeit in unvertretbarer Weise abgesprochen wurde, wurde § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO letztlich willkürlich angewendet.

[19] **cc)** Auch wenn es demnach auf die inhaltliche Prüfung des Ablehnungsgesuchs nicht ankommt, sieht der *Senat* Anlass für den Hinweis, dass bei einem Verfahren wie dem vorliegenden angesichts des Gewichts der drohenden Rechtsfolge (unbefristete Unterbringung nach § 63 StGB) die Zeit für die Vorbereitung der Plädoyers von StA und Verteidigung nicht zu knapp bemessen werden darf, gerade wenn der Sachverständige erst kurz zuvor die Erstattung des entscheidenden Gutachtens beendet hat und angesichts vorausschauender Terminierung keine Zeitnot besteht. Ein »kurzer Prozess« wäre bei einer solchen Sachlage verfehlt.

[20] **dd)** Ein sonstiger Ablehnungsgrund nach § 26a Abs. 1 StPO liegt nicht auf der Hand, insb. nicht derjenige nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO (vgl. zum Austausch der Ablehnungsgründe innerhalb des § 26a Abs. 1 StPO *BGH*, Beschl. v. 25.04.2006 – 3 StR 429/05, NStZ 2006, 644 [= StV 2007, 118]; v. 10.06.2008 – 5 StR 24/08, NStZ 2008, 578 [= 5 StR 24/08]; v. 02.07.2013 – 2 StR 631/12, NStZ-RR 2013, 314 [Ls]). Einer Glaubhaftmachung der Ablehnungsgründe und der Voraussetzungen rechtzeitigen Vorbringens nach § 26 Abs. 2 S. 1 StPO bedurfte es entgegen der Auffassung des GBA vorliegend nicht, weil diese dem *Gericht* ohnehin bekannt waren (vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 63. Aufl. 2020, § 26 Rn. 6 m.w.N.). [...]

Wahrunterstellung bei Belastungszeugen (»Aussage-gegen-Aussage«)

StPO § 244

Behauptete Tatsachen, die die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen erschüttern sollen, sind für eine Wahrunterstellung regelmäßig ungeeignet. Denn das Tatgericht wird die Glaubwürdigkeit eines den Angeklagten belastenden Zeugen und die Glaubhaftigkeit von dessen Angaben in der Regel nur dann zuverlässig beurteilen können, wenn es über die insoweit behaupteten Tatsachen Beweis erhebt.

BGH, Beschl. v. 12.11.2020 – 1 StR 354/20 (LG Freiburg)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. unter Freispruch i.Ü. wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in 132 Fällen, davon in 52 Fällen jew. in Tateinheit mit Vergewaltigung und davon in einem Fall in weiterer Tateinheit mit Körperverletzung, wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit versuchtem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern und mit Körperverletzung, wegen Vergewaltigung in zwei Fällen und wegen sexueller Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 8 J. 6 M. verurteilt. Daneben hat es die Unterbringung des Angekl. in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Die gegen seine Verurteilung gerichtete Revision des Angekl., mit welcher er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, hat mit der Verfahrensrüge Erfolg.

[2] **1.** Diese Verfahrensrüge hat die rechtsfehlerhafte Behandlung eines Beweisantrages zum Gegenstand, den das *LG* mittels Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 6 S. 1, Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO) erledigt hat.

[3] **a)** Der Beanstandung liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

[4] Dem Angekl., der zur Sache geschwiegen hat, wird vorgeworfen, die Nebenkl., seine minderjährige Stiefenkelin, vielfach in schwerer Weise sexuell missbraucht zu haben. Nach der Vernehmung der Nebenkl. und ihrer Mutter, der Zeugin T., beantragte der Verteidiger, den Zeugen D. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, die Mutter habe dem Angekl. während eines Streits zum Jahreswechsel 2016/2017 in Gegenwart dieses Besuchers gedroht, sie werde dafür sorgen, dass der Angekl. ins Gefängnis komme. Diesen Beweisantrag lehnte das *LG* mit der Begründung ab, die unter Beweis gestellte Tatsache werde als wahr behandelt. In den Urteilsgründen führt das *LG* aus, ein Zusammenhang zwischen der – dem Beweisantrag entnommenen – Androhung und den abgeurteilten Taten sei nicht ersichtlich. Es gebe weder einen Anhaltspunkt dafür, dass die Nebenkl. von dieser Drohung Kenntnis erlangt, noch, dass die Zeugin T. das Aussageverhalten ihrer Tochter beeinflusst habe; diese habe die Missbrauchstaten erstmals ggü. ihrem Freund offenbart.

[5] **b)** Diese Vorgehensweise verstößt gegen § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6, Abs. 6 S. 1 StPO, da die behauptete Beweistatsache für eine Wahrunterstellung ungeeignet war.

[6] **aa)** Das Tatgericht darf eine Beweistatsache – neben dem Rechtsfehler einer unzulässigen Einschränkung – nicht als wahr unterstellen, wenn es dadurch die vorrangige Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) verletzt. Dies ist insb. dann der Fall, wenn an die Beweistatsache sich weitere aufklärungsbedürftige Umstände knüpfen. Denn in einer solchen Sachverhaltskonstellation können diese zusätzlichen Begleitumstände über die Tragweite der als wahr unterstellten Tatsache entscheiden. Deshalb darf ein dem Angekl. günstiger Schluss nicht allein mit der Begründung versagt werden, es sei mit Rücksicht auf solche Umstände ein anderer Schluss möglich, wenn diese Umstände weder feststehen noch von der Beweisbehauptung umfasst werden (*BGH*, Beschl. v. 19.07.2005 – 4 StR 164/05 Rn. 6 f. [Entlastung des Angekl. durch die Geschädigte ggü. ihrem Bruder, um diesen zu schützen] [= StV 2005, 653] und v. 14.08.1996 – 3 StR 262/96 Rn. 6, *BGHR* StPO § 244 Abs. 3 S. 2 Wahrunterstellung 32 [Einschätzung der Nebenkl., dass der Angekl. keinen Anwaltsverkehr erzwungen habe, vor dem Gespräch mit einer Lebensberaterin [= StV 1996, 648]]; Urt. v. 06.07.1988 – 2 StR 315/88 Rn. 8, *BGHR* StPO § 244 Abs. 3 S. 2 Wahrunterstellung 10 [Verständigungsschwierigkeiten und Missverständnis bei polizeilicher Vernehmung] [= StV 1989, 238] und v. 26.01.1982 – 1 StR 802/81, NStZ 1982, 213 [hellhöriges Hotelzimmer] [= StV 1982, 209]; vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 27.04.2004 – 3 StR 112/04 Rn. 19 [= StV 2005, 84] und v. 17.08.2011 – 5 StR 263/11 Rn. 18 [= StV 2012, 140]; Urt. v. 29.09.1998 – 1 StR 420/98 Rn. 17; LR-StPO/*Becker*, 27. Aufl. 2019, § 244 Rn. 291; KK-StPO/*Krehl*, 8. Aufl. 2019, § 244 Rn. 194).

[7] Auf dieser Grundlage sind behauptete Tatsachen, die die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen erschüttern sollen, für eine Wahrunterstellung regelmäßig ungeeignet. Denn das Tatgericht wird die Glaubwürdigkeit eines den Angekl. belastenden Zeugen und die Glaubhaftigkeit von dessen Angaben i.d.R. nur dann zuverlässig beurteilen können, wenn es über die insoweit behaupteten Tatsachen Beweis erhebt (*BGH*, Beschl. v. 04.06.1996 – 4 StR 242/96 Rn. 5, *BGHR* StPO § 244 Abs. 3 S. 2 Wahrunterstellung 31 [= StV 1996, 647]; v. 16.03.1990 – 2 StR 51/90 Rn. 15 f. [= StV 1990, 291] und v. 03.10.1989 – 4 StR 394/89 Rn. 3, *BGHR* StPO § 244 Abs. 2 Wahrunterstellung 3 [= StV 1990, 98]; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 06.08.1986 – 3 StR 234/86 Rn. 3, *BGHR* StPO § 244 Abs. 3 S. 2 Wahrunterstellung 1) [= StV 1986, 467]. Einer Aufklärung bedarf es nur