

BS LEGAL Rechtsanwälte · Dürener Str. 270 · 50935 Köln

Bundesgerichtshof
76125 Karlsruhe

Köln, xxx.2019
Unser Zeichen: xxx

Fachanwaltskanzlei
Familienrecht & Strafrecht

In der Strafsache gegen

xxx

Aktenzeichen: xxx

Veit Strittmatter

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

**wegen: bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in
nicht geringer Menge**

Ewelina Löhnenbach

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht

Silvia Strittmatter

Steuerberaterin
Dipl.- Finanzwirtin (FH)

stelle ich den

Anschrift

BS LEGAL Rechtsanwälte
Dürener Str. 270
50935 Köln

Tel. +49 (0) 221 94 336 530
Fax. +49 (0) 221 94 336 531

Revisionsantrag

info@bs-legal.de
www.bs-legal.de

das Urteil des Landgerichts Kleve vom xxx – Urteilsbegründung
zugestellt am xxx – (xxx) aufzuheben, soweit der Angeklagte Xxx
verurteilt wurde und die Sache zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung an ein anderes Landgericht, hilfsweise an eine andere
Strafkammer des Landgerichts zurückzuverweisen.

Ust.-IdNr. DE 288 244 307

Bankverbindung:
Sparkasse KölnBonn

Geschäftskonto:
IBAN: DE21 3705 0198 1934 6260 43
SWIFT-BIC: COLSDE33XXX

Anderkonto:
IBAN: DE08 3705 0198 1934 6284 11
SWIFT-BIC: COLSDE33

Ich rüge die

Verletzung formellen und materiellen Rechts.

Die Strafkammer hat den Angeklagten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt.

Soweit die Sachrüge nachstehend näher ausgeführt wird, soll sie hierdurch nicht beschränkt, sondern vielmehr in vollem Umfang aufrechterhalten werden.

Das Urteil ist auch unter Verletzung des formellen Rechts zustande gekommen, weil an dem Urteil ein Schöffe mitgewirkt hat, der wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war und das Ablehnungsgesuch zu Unrecht abgelehnt worden ist.

I.

Fehler in der Strafzumessung

Der Strafausspruch hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Strafzumessung ist rechtsfehlerhaft, da dieser ein erheblicher Wertungsfehler zugrunde liegt.

1.)

Die Kammer hat den zu Lasten des Angeklagten Xxx folgenden Umstand angeführt:

„Er hat den Mitangeklagten – wenn auch nicht ohne dessen Mitverschulden – in Unrecht verstrickt.“

(S. 20 UA)

2.)

Der Angeklagte Xxx wusste nach den Feststellungen der Kammer vom Zweck der Fahrt und ist aus freien Stücken mit dem (weiteren) Angeklagten Xxx nach Deutschland gefahren. Das damit durch den Angeklagten Xxx selbst verwirkte Unrecht kann unter Berücksichtigung des Grundsatzes des schuldangemessenen Strafens¹ (§ 46 StGB) nicht dem Angeklagten Xxx zugerechnet werden.

Zum einen aus dem Grundrecht der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), darüber hinaus aber auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt, dass Grundlage jedes Strafens die Schuld des Handelnden ist.² Dieser Grundsatz hat Verfassungsrang und enthält auch das Gebot schuldangemessenen Strafens als Ausformung des Übermaßverbots.³

Durch die von dem Landgericht vorgenommene Strafzumessung wird dem Angeklagten Xxx die freiverantwortliche Tatbeteiligung des Angeklagten Xxx strafscharfend zugerechnet.

Der Umstand, dass ein Tatbeteiligter, der sich aus freien Stücken an der Tat beteiligt und damit strafbar gemacht hat, kann dem Angeklagten nicht strafscharfend hinzugerechnet werden. Ein solcher Umstand begründet allenfalls dann einen erhöhten Handlungsunwert, wenn der Täter den Mittäter oder Beteiligten durch erhebliches Einwirken zur Beteiligung an seiner eigenen Tat bestimmt. Dies hat die Kammer vorliegend nicht festgestellt. Indem die Kammer diesen Tatbeitrag jedoch in den Strafzumessungserwägungen ausdrücklich erwähnt, gibt sie zu erkennen, dass sie diesem Tatbeitrag eine besondere Bedeutung im Hinblick auf die Schuld des Angeklagten zumisst, ist ein Verstoß gegen den, dem Verfassungsrecht entstammenden Grundsatz des schuldangemessenen Strafens⁴ ernsthaft zu befürchten.

Entsprechend diesem Grundsatz bedarf die Strafzumessung im Falle mehrerer an der Tat beteiligter Personen für jeden (Mit-) Täter bzw. Beteiligten einer individuellen Würdigung.

¹ BVerfGE 73, 206 (253).

² Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Teil 5: Grundrechte, Rechtsschutz und Strafverteidigung 14. Kapitel: Schutz durch nationales Recht § 55 Grundrechte – nationale Garantien Rn. 60 mwN..

³ Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg aaO..

⁴ vgl. BVerfGE 73, 206 [BVerfG 11.11.1986 - 1 BvR 713/83] [253]; 86, 288 [313]; VerfGH Leipzig Beschl. v. 27.09.2010 - Vf. 36-IV-10.

Jeder Tatbeteiligte ist daher nach dem Maß der eigenen Schuld abzuurteilen.⁵

3.)

Das Urteil beruht schließlich auch auf diesem Wertungsfehler. Es kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Kammer bei Nichtberücksichtigung des vorstehend erwähnten Zumessungsgesichtspunkts zu einer für den Angeklagten Xxx milderen Strafe gelangt wäre. Aus diesen Gründen ist jedenfalls der Rechtsfolgenausspruch aufzuheben.

II.

Verletzung formellen Rechts

Das angegriffene Urteil ist aufzuheben, weil an dem Urteil ein Schöffe mitgewirkt hat, der wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch mit Unrecht abgelehnt worden ist (§ 338 Nr.3 StPO).

1.)

Der Angeklagte Xxx hat den Schöffen D. Xxx wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.⁶

Das Ablehnungsgesuch haben die Angeklagten wie folgt begründet:

(.....)

Die vorstehende Begründung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

a)

⁵ vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 – 1 StR 282/11; BGH, Urteil vom 05. Juli 1984 – 4 StR 255/84; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1981 - 4 StR 541/81 –m.w.N..

⁶ Bl. 460, 473 ff. d.A..

Das Ablehnungsgesuch beruht auf dem Verhalten des abgelehnten Schöffen im Rahmen der Inaugenscheinnahme der in dem Fahrzeug gefundenen Klappmesser. Während dieser Inaugenscheinnahme gelang es weder dem vorsitzenden Richter xxx, noch dessen Beisitzer Xxx beide Messer aufzuklappen.⁷

Der abgelehnte Schöffe Xxx äußerte sodann zu dem beisitzenden Richter Xxx, dass man das Messer den Angeklagten geben möge. Diese könnten sie sicher öffnen. Auf Nachfrage der Verteidigung betreffend die Äußerung des Schöffen erwiderte dieser, er habe nichts gesagt.

b)

Die Angeklagten lehnte daraufhin den Schöffen Xxx wegen Besorgnis der Befangenheit ab.⁸

Die Ablehnung begründeten die Angeklagten damit, dass die Äußerung des Schöffen für sie nur den Schluss zulasse, dass sie für diesen bereits als Täter feststünden. Diese Annahme beruhe auf der Äußerung des Schöffen, die von den Angeklagten dahingehend gewertet worden ist, dass der Schöffe voraussetze, dass sie im Umgang mit dem Messer vertraut seien und der Schöffe die Angeklagten als Eigentümer des Messers betrachte.⁹ Dieser Eindruck der Angeklagten beruhe auch auf der Besonderheit, dass der Schöffe davon ausging, dass die Angeklagten das Messer öffnen könnten, obwohl den Berufsrichtern dies nicht gelungen ist.¹⁰

Da im Rahmen der Beweisaufnahme zu diesem Zeitpunkt die Zuordnung der Messer zu einem der Angeklagten noch überhaupt nicht thematisiert worden sei und die Angeklagten keine Kenntnis von den in dem geliehenen Auto befindlichen Messern hatten, mussten die Angeklagten davon ausgehen, dass der Schöffe sich betreffend diese Frage bereits vorab soweit festgelegt hatte, dass die Messer auf jeden Fall einem der Angeklagten zuzuordnen seien.¹¹

⁷ dienstliche Äußerung auf S. 480 d.A.; vgl. auch S. 20 UA.

⁸ Bl. 460, 473 ff. d.A..

⁹ Bl. 475 d.A..

¹⁰ Bl. 476 d.A..

¹¹ Bl. 476 d.A..

Zu dieser Einschätzung des Verhaltens des abgelehnten Schöffen mussten die Angeklagten unweigerlich kommen, weil die Messer zu diesem Zeitpunkt erstmalig im Rahmen der Hauptverhandlung thematisiert wurden und es bei der Inaugenscheinnahme auch nur um die Handhabung und Funktionsfähigkeit der Messer ging.¹²

Schließlich bestünde auch die Besorgnis der Befangenheit wegen des Verhaltens des Schöffen nach der Äußerung gegenüber dem beisitzenden Richter. Das Abstreiten überhaupt etwas gesagt zu haben war aus Sicht der Angeklagten eine bewusste Lüge, die in einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht tragbar und dahingehend zu bewerten sei, dass die hohen Anforderungen an einen Richter betreffend Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit bei dem Schöffen Xxx nicht vorlägen.¹³ Bei einem lügenden Richter gingen die Angeklagten nicht mehr von einem fairen Verfahren mit objektiver Beweisaufnahme und einem darauf beruhenden Urteil aus.¹⁴

Die Umstände auf denen das Ablehnungsgesuch der Angeklagten beruhte wurde durch die dienstliche Äußerung des Schöffen Xxx¹⁵, die dienstliche Äußerung des beisitzenden Richters Xxx¹⁶ und schließlich die dienstliche Äußerung des Protokollführers Xxx¹⁷ glaubhaft gemacht.

c)

Im Rahmen seiner dienstlichen Äußerung erklärte sich der abgelehnte Schöffe wie folgt:

„Es wurden die beiden sichergestellten Klappmesser angeschaut und der Vorsitzende versuchte durch Knopfdruck die Klingen herauspringen zu lassen. Das gelang nur bei einem Messer.

Ich habe daraufhin gesagt, man könne ja die Angeklagten fragen, wie es geht. Auf diese Idee war ich gekommen, weil der Zeuge POK xxx zuvor gesagt hatte, dass die beiden Messer in dem Auto sichergestellt wurden in dem sich die beiden Angeklagten befanden.

¹² Bl. 477 d.A..

¹³ Bl. 478 d.A..

¹⁴ Bl. 478 d.A..

¹⁵ Bl. 480 d.A..

¹⁶ Nicht eingeholt.

¹⁷ Nicht eingeholt.

Dabei habe ich mich nicht festgelegt, ob einer der beiden Angeklagten oder beide die Messer während der fraglichen Fahrt wissentlich bei sich geführt haben.

Auf Nachfrage des Verteidigers habe ich mit meiner Verneinung zum Ausdruck bringen wollen, dass ich keine öffentliche Frage an den Zeugen oder andere gestellt habe, sondern nur intern dem Beisitzer etwas gesagt habe.“

(S. 480 d.A.)

2.)

Der Befangenheitsantrag gegen den Schöffen Xxx wurde als unbegründet abgelehnt.

Die ablehnende Entscheidung wurde damit begründet, dass das gerügte Verhalten einem verständigen Angeklagten keinen Anlass geben konnte, an der Unvoreingenommenheit des Schöffen zu zweifeln. Für die Hauptfrage, ob die Angeklagten wissentlich Rauschgift transportiert haben und damit Handel treiben wollten, hätte die eventuelle Kenntnis, wie das zweite Messer zu öffnen sei, keine Relevanz. Die Frage einer vorsätzlichen Bewaffnung sei nachrangig. Betreffend diese Frage könne die Äußerung des Schöffen zwar ein Indiz sein. Eine diesbezügliche Festlegung enthalte die Äußerung unabhängig davon, ob man die Wortwahl des in dem Ablehnungsgesuch oder der dienstlichen Äußerung zugrunde legt, nicht.

Schließlich sei die Relevanz eines unbedachten Verhaltens des Schöffen im Rahmen der dienstlichen Äußerung klargestellt worden, indem der Schöffe erklärt hatte, er wolle sich mit seiner Äußerung nicht festlegen, ob einer oder beide Angeklagten während der fraglichen Fahrt die Messer wissentlich bei sich geführt haben.

Im Hinblick auf die Nachfrage der Verteidigung habe der Schöffe seine Erklärung im Rahmen der dienstlichen Äußerung bestätigt und klargestellt, dass er damit zum Ausdruck gebracht habe, dass er nicht im Rahmen der öffentlichen Hauptverhandlung eine Frage gestellt, sondern lediglich intern dem Beisitzer etwas gesagt habe.

3.)

Die Befangenheitsanträge der Angeklagten wurden zu Unrecht abgelehnt.

Ein Schöffe kann gem. §§ 24 Abs. 2, 31 StPO wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes ist grundsätzlich vom Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilen.¹⁸ Dabei müssen vernünftige Gründe für das Ablehnungsbegehren vorliegen, die nach Maßgabe einer objektivierenden Wertung einem aus dem Blickwinkel des ablehnungsberechtigten Verfahrensbeteiligten vernünftig urteilenden Dritten einleuchten würden.¹⁹ Eine „Besorgnis der Befangenheit“ besteht, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln²⁰, wobei ein „individuell-objektiver Maßstab“ anzulegen ist.

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe waren die Ablehnungsgesuche der beiden Angeklagten begründet.

Aus Sicht des Angeklagten Xxx stand für den abgelehnten Schöffen bereits während der Hauptverhandlung fest, dass das Messer, welches sich nicht öffnen ließ, beiden Angeklagten oder jedenfalls einem von ihnen zuzuordnen ist. Bei diesem Umstand handelt es sich entgegen den Ausführungen des Gerichts in dem Beschluss²¹ nicht etwa um einen solchen, der „nachrangig“ zu bewerten ist. Die Frage, ob einer der Angeklagten wissentlich eine Waffe mit sich geführt ist, für die rechtliche Bewertung von besonderer Bedeutung, wie sich bereits aus dem erheblich erhöhten Strafrahmen des § 30a Abs.2 Nr.2 BtMG ergibt.

Darüber hinaus ist – auch unter Zugrundelegung eines individuell-objektivierbaren Maßstabs – davon auszugehen, dass der abgelehnte Schöffe sich bereits im Rahmen der Inaugenscheinnahme der Messer festgelegt hatte, dass diese zumindest einem der beiden Angeklagten zuzuordnen sind. Diese Bewertung ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass eines der Messer einen Defekt aufwies. Die ungewöhnliche Handhabung eines ggf. defekten Klappmessers kann logischerweise nur jemandem bekannt sein, dem das Messer bereits selbst gut bekannt ist. Dementsprechend muss ein vernünftiger Angeklagter der Äußerung des abgelehnten Schöffen zwangsläufig auch die Aussage entnehmen, dass der Schöffe davon ausgeht, dass das Messer dem Angeklagten gehört oder er zumindest im Umgang mit diesem Messer geübt sei.

¹⁸ Meyer-Goßner – StPO, 59. Aufl. 2016, § 24 Rn. 6.

¹⁹ vgl. BGHSt 21, 334, 341 = NJW 1968, 710, 711.

²⁰ BVerfG NJW 1995, 1277; BVerfGE 88, 1, 4 ; BGHSt 24, 336, 338; st. Rspr..

²¹ Bl. 481 d.A..

Soweit der Schöffe Xxx seine Äußerung damit erklärt, dass zuvor der Zeuge POK xxx ausgesagt hatte, man habe das Messer in dem Auto gefunden, in dem auch die Angeklagten gegessen haben, kann dies die Interpretation der Angeklagten nicht entkräften. Nach den Feststellungen der Kammer handelte es sich bei dem Fahrzeug nicht um das Fahrzeug eines der Angeklagten, sondern um ein geliehenes Fahrzeug.²² Wenn der Schöffe trotz dieses Umstandes eine Äußerung von sich gibt, die nahelegt, dass einem der Angeklagten das Messer so gut bekannt sei, dass diese wüssten wie man das Messer öffnet, zeigt dies nur, dass der abgelehnte Schöffe zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeschlossen hatte, dass das Messer ohne Wissen der Angeklagten in dem geliehenen Fahrzeug²³ gelegen hat.

Die Besorgnis der Befangenheit kann schlussendlich auch nicht durch die dienstliche Äußerung des abgelehnten Schöffen beseitigt werden. Zwar kann der Anschein einer Befangenheit grundsätzlich durch die dienstliche Erklärung des Abgelehnten entkräftet werden.²⁴ Dies kann allerdings nicht in jedem Fall gelten. Denn würde man zulassen, dass eine dienstliche Äußerung – die gerade erst im Hinblick auf eine Beanstandung abgegeben wird – die Besorgnis der Befangenheit stets beseitigen könnte, dann läge es damit in der Hand des ggf. tatsächlich befangenen Richters oder Schöffen, sich durch ein Lippenbekenntnis weiterhin die Entscheidungsbefugnis zu sichern.²⁵ Darüber hinaus wertet es eine Entschuldigung oder korrigierende Klarstellung auch von vornherein ab, wenn diese erst in Reaktion auf ein Ablehnungsgesuch erfolgt. Auch von einem vernünftigen Ablehnenden kann normativ nicht erwartet werden, dass er auf derartige Entschuldigungen hin Vertrauen in die Unparteilichkeit (erneut) zu fassen hat, zumal er besorgen muss, dass die Erklärung nicht zuvörderst an ihn, sondern an die Rechtsmittelinstanz gerichtet ist.²⁶

Für das vorliegende Verfahren ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass der abgelehnte Schöffe seine Äußerung nicht sofort auf die Nachfrage der Verteidigung, sondern erst nach dem Ablehnungsgesuch im Rahmen seiner dienstlichen Äußerung erklärt hat. Aus Sicht eines vernünftigen Angeklagten stellte sich die Situation so dar, dass der Schöffe ohne

²²Vgl. S. 7 UA.

²³ Vgl. S. 7 UA.

²⁴ BGH 13.10.2005 – 5 StR 278/05, NStZ 2006, 49; 2009, 701; BGH 4.3.2009 – 1 StR 27/09, NStZ 2011, 71.

²⁵ MüKoStPO/Conen/Tsambikakis StPO § 24 Rn. 38.

²⁶ MüKoStPO/Conen/Tsambikakis StPO aaO..

Weiteres davon ausgegangen ist, dass auf jeden Fall einer der Angeklagten im Umgang mit dem Messer geübt ist.

Dass der Schöffe Xxx sodann auf Nachfrage der Verteidigung die Äußerung zunächst gänzlich negierte und erst in Kenntnis des Ablehnungsgesuchs diese eingestand und erklärte, entkräftet die Besorgnis der Befangenheit vorliegend gerade nicht. Vielmehr verstärkt dieses Verhalten den Eindruck, als habe der Schöffe versucht diese Äußerung zunächst zu verheimlichen und sodann durch ein Zugestehen und fingiertes Erklären der Äußerung sich seine Entscheidungsbefugnis zu erhalten. Das Gesamtverhalten des Schöffen nach der ausschlaggebenden Äußerung verstärkt daher die Besorgnis der Befangenheit noch. Eine andere Bewertung käme allenfalls dann in Betracht, wenn der abgelehnte Schöffe sofort auf die Reaktion der Verteidigung seine Äußerung erklärt und klargestellt hätte. Dies ist aber gerade nicht geschehen.

Schließlich ist es auch unerheblich, ob ein Schöffe oder ein Richter die zur Ablehnung führende Äußerung lediglich gerichtsintern tätigt. Entscheidend ist lediglich, dass sein Verhalten dem Ablehnenden zur Kenntnis gelangt. Vorliegend hat der abgelehnte Schöffe Xxx sich jedenfalls in einer Art und Weise geäußert, dass die übrigen Anwesenden im Saal die Äußerung vernommen haben.

4.)

Der Revisionsgrund des § 338 Nr.3 StPO stellt einen absoluten Revisionsgrund dar. Das Urteil ist daher insgesamt aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.

III.

Zusammenfassung

Aus den vorstehenden Gründen ist das Urteil insgesamt, jedenfalls aber der Rechtsfolgenausspruch, aufzuheben. Die Strafkammer hat das formelle Recht verletzt, weil an der Entscheidung ein abgelehnter Schöffe mitgewirkt hat und das Ablehnungsgesuch zu Unrecht abgelehnt worden ist.

Schließlich erweist sich auch die Strafzumessung als unvollständig und damit fehlerhaft.

Veit Strittmatter

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

<https://www.bs-legal.de/>

<https://www.bs-legal.de/strafrecht/>

<https://www.bs-legal.de/revisionsverfahren/>