Strafprozessordnung: StPO

Meyer-Goßner / Schmitt

67. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-80984-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gleich (vgl. BGH 9.11.2020 – 4 StR 654/19, BeckRS 2020, 32174). Eine Frist zur nachträglichen Beibringung einer Begründung wird nicht bewilligt (OLG München NJW 1976, 436). In den Fällen des § 26 I 2 verlagern sich die notwendigen Angaben u. ihre Glaubhaftmachung in die v. Gericht unter Fristsetzung geforderte schriftliche Begründung, welche in der HV nicht verlesen werden muss (erg. → § 26 Rn. 2a–2c sowie → Rn. 4c).

4a Dem Fehlen der Begründung steht der Fall gleich, dass die Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs **völlig ungeeignet** ist (BVerfG NJW 1995, 2912; BGH 9.7.2015 – 1 StR 7/15, BeckRS 2015, 13123; NStZ 1999, 311; **aM** SK-StPO/Deiters Rn. 17 f.). Hierbei ist jedoch mit Rücksicht auf Art. 101 I 2 GG ein **strenger Maßstab** anzulegen (zu den revisionsrechtlichen Folgen → § 338 Rn. 28). Will das Gericht dies annehmen, ist es in besonderem Maße verpflichtet, das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen u. ggf. wohlwollend auszulegen, da es anderenfalls dem Vorwurf ausgesetzt ist, tatsächlich im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten u. sich damit in unzulässiger Weise zum „**Richter in eigener Sache**" zu machen (BGH NStZ 2015, 175 mwN; wistra 2008, 267); überschreitet das Gericht die ihm damit gezogenen engen Grenzen kann dies die Besorgnis der Befangenheit begründen (BVerfG NJW 2005, 3410; 2006, 3129). Entscheidend ist, ob das Gesuch ohne nähere Prüfung u. losgelöst v. den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis gänzlich ungeeignet ist (BVerfG NStZ-RR 2007, 275 (276); BGH NStZ 2006, 51; 2006, 644; OLG Koblenz StV 2019, 172), zB die bloße prozessordnungsgemäße Mitwirkung an einer Vorentscheidung o. eine bloße Vorbefassung mit der Sache, ohne dass über die Vorentscheidung hinausreichende Umstände vorgetragen u. glaubhaft gemacht sind, welche die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen (BGH NJW 2006, 2864; NStZ 2014, 725; vgl. auch BGH NStZ-RR 2019, 120: Ablehnung eines Beweisantrags; BGH NStZ 2021, 116: Zurückweisung der Ablehnung eines Sachverständigen; BGH NStZ 2008, 473; NStZ-RR 2018, 252: Vorbefassung des Revisionsgerichts) o. die Tätigkeit eines Richters als Mitglied des Präsidiums bei der Regelung der Geschäftsverteilung (BGH NStZ-RR 2013, 153 Ls.) o. der Umstand, dass ein Richter eines Strafsenats mit dem Angeklagten keinen Informationsaustausch führt (BGH 9.7.2015 – 1 StR 7/15, BeckRS 2015, 13123) o. auch bei völlig ungeeignetem tatsächlichen Vorbringen (BGH 31.10.2023 – StB 30/23; 1.7.2020 – 4 StR 47/20). **Anders** ist es aber, wenn bes. Umstände hinzutreten (bedenklich daher OLG Köln NStZ-RR 2008, 115), insbes. solche, die über die Tatsache einer negativen Vorbefassung sowie die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen (BGH NStZ 2006, 705; 2010, 401; vgl. auch BGH NStZ 2015, 175: Bezeichnung eines Antrags durch den Vorsitzenden als „Theaterdonner"). Ein Gesuch, das an eine objektiv rechtsfehlerhafte, insbes. prozessordnungswidrige Zwischenentscheidung o. eine solche Maßnahme der Verhandlungsführung anknüpft, wird idR nicht als völlig ungeeignet angesehen werden können (BVerfG NStZ-RR 2007, 275 (276); BGH NStZ 2015, 175; OLG Koblenz StV 2019, 172; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 2006, 3798); keineswegs ist völlige Ungeeignetheit schon bei offensichtlicher Unbegründetheit anzunehmen (BVerfG NStZ-RR 2007, 275 (276); BGH StraFo 2004, 238; BGHR Unzulässigkeit 9; OLG Köln StV 1991, 293). **Bleiben Zweifel**, ist einem Vorgehen nach § 27 der Vorzug zu geben (BVerfG NStZ-RR 2007, 275 (276); NJW 2005, 3414 Ls.; BGHSt 50, 216; BayObLG 21.9.2023 – 206 StRR 112/23, BeckRS 2023, 25499: Zweifel über den exakten Inhalt einer beanstandeten Äußerung). Wird das Gesuch auf die – nicht nur pauschal behauptete – willkürliche Annahme der Unzulässigkeit eines früheren Ablehnungsgesuchs gestützt, ist idR nach § 27 zu verfahren (BVerfG NStZ-RR 2007, 276). Vgl. zum Ganzen auch Meyer-Goßner NStZ 2006, 53.

4b **Unzulässig** sind aber Ablehnungsanträge, in denen nach der Prozessordnung **vorgeschriebene Handlungen** beanstandet werden, zB der in der StPO vorgesehene Verfahrensgang, die Ablehnung der Verlesung der Anklage in einer fremden Sprache (BGH NStZ 2006, 52) o. die Ablehnung der Aufnahme v. Antragsteller

gewünschter rechtlicher Bewertungen in die Sitzungsniederschrift. Dies gilt ebenso für das bloße Behaupten eines Grundes, zB eines Verwandtschafts- o. Schwägerschaftsverhältnisses, das auf eine unzulässige Ausforschung hinausläuft (Dallinger MDR 1970, 899 – BGH RsprÜ). Kollegialität ist allein kein Ablehnungsgrund (Lorenzen/Schiemann SchlHA 1997, 149 – OLG Schleswig RsprÜ). Der Verwerfungsgrund der Nr. 2 liegt auch **bei bloßer Wiederholung** eines bereits verworfenen Ablehnungsgrundes vor (BGH NStZ-RR 2024, 24 mwN; OLG Hamm NJW 1966, 2073; erg. → § 26 Rn. 3) o. wenn kein Grund zur Ablehnung angeben wird (BGH 25.6.2020 – 4 StR 654/19, BeckRS 2020, 15340). Ist **kein Mittel zur Glaubhaftmachung** angegeben, so ist das Ablehnungsgesuch ebenfalls unzulässig, sofern nicht der Ablehnungsgrund o. im Fall des § 25 I 2, II die Rechtzeitigkeit gerichtsbekannt ist. Zur Unzulässigkeit der Ablehnung im Revisionsverfahren Meyer-Goßner FS 50 Jahre BGH, 2000, 623.

4c **III. Fristversäumnis (I Nr. 2). Unzulässig** ist ein Ablehnungsantrag ebenso, wenn er nicht innerhalb einer nach § 26 I 2 bestimmten Frist begründet wird (→ § 26 Rn. 2a–2c). Eine Verwerfung als unzulässig, weil ein Grund zur Ablehnung o. ein Mittel zur Glaubhaftmachung nicht angegeben wird (→ Rn. 4, 4a, 4b), kommt insoweit nur in Betracht, wenn die schriftliche Begründung nicht die notwendigen Angaben enthält (→ § 26 Rn. 2c).

5 **IV. Missbrauch des Ablehnungsrechts (Nr. 3).** Unzulässig sind Gesuche, mit denen der Antragsteller in Wahrheit nicht das Ausscheiden des abgelehnten Richters, sondern **ausschl. andere Ziele erreichen** will. Bezweckt er daneben auch das Ausscheiden des Richters, so ist Nr. 3 nicht anwendbar.

6 **Verschleppungsabsicht** liegt vor, wenn der Antragsteller ausschl. eine Verzögerung der HV bezweckt (BGH NStZ 2004, 630; OLG Naumburg StraFo 2005, 24). Dies kann aus dem Ablehnungsgesuch selbst (zB völlig haltlose u. unzutreffende Vorwürfe, s. BGH NStZ-RR 2009, 207; vgl. auch BGH StV 2015, 10), aber auch aus – ggf. einer **Gesamtwürdigung** zuzuführenden – außerhalb liegenden Indizien gefolgert werden. Zu letzteren gehören etwa (vgl. BGH wistra 2009, 446) die Verfahrenssituation zum Zeitpunkt der Antragstellung (zB das Ende des v. Gericht vorgesehenen Beweisprogramms o. die vollzogene „Abarbeitung" v. Beweisanträgen), das dem Antrag vorangegangene Prozessgeschehen (zB eine Vielzahl v. früheren Befangenheitsanträgen, die entweder unzulässig o. offensichtlich unbegründet waren o. die Wiederholung nahezu gleichlautender Anträge; s. etwa BGH NStZ 2011, 294; 9.11.2020 – 4 StR 654/19, BeckRS 2020, 32174; Stollenwerk DRiZ 2013, 368 (370)), o. aber Bemerkungen bzw. Verhalten des Antragstellers, die auf verfahrensfremde Intentionen schließen lassen (vgl. BGH 28.4.2020 – 5 StR 504/19, BeckRS 2020, 10157).

6a Bezieht sich das Gericht zur Begründung ua auf das **bisherige Prozessgeschehen** ist es allerdings regelmäßig erforderlich, auch das eigene Verhalten zu schildern, zB um aufzuzeigen, dass bestimmte Behauptungen im Befangenheitsgesuch objektiv unwahr sind; allein hierdurch werden die abgelehnten Richter jedoch nicht zu Richtern in eigener Sache (BGH 28.4.2020 – 5 StR 504/19, BeckRS 2020, 10157; wistra 2009, 446; NStZ 2008, 473; einen strengeren Maßstab legt insoweit BGH StraFo 2015, 458 an). Jedoch darf der abgelehnte Richter über eine derartige formale Prüfung hinaus nicht an einer näheren inhaltlichen Untersuchung der Ablehnungsgründe, auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer offensichtlichen Unbegründetheit, mitwirken u. sich auf diese Weise zum Richter in eigener Sache machen; in Zweifelsfällen liegt es nahe, das Regelverfahren nach § 27 zu wählen (BGH NStZ 2018, 485).

7 **Verfahrensfremd** iSd Nr. 3 ist zB das Verfolgen rein demonstrativer Zwecke (KG GA 1974, 220; OLG Bremen NStZ-RR 2012, 285 Ls.; OLG Koblenz MDR 1977, 425) o. des Zwecks, die abgelehnten Richter zu verunglimpfen (vgl. Kusch NStZ 1997, 331 – BGH RsprÜ; KG JR 1966, 229: in die Form eines Ablehnungsgesuchs gekleidete Schmähschrift). Auch das muss offensichtlich sein (KG VRS 115, 132). Auf die Sachfremdheit kann insbes. aus der völligen Abwegigkeit

der Ablehnungsgründe geschlossen werden (eingehend zu Nr. 3 Fahl Rn. 371 ff.). Unzulässig ist es auch, über das Ablehnungsverfahren einen Streit über das bisherige Erg. der Beweisaufnahme auszutragen (BGH NStZ 2004, 630; erg. → § 22 Rn. 20; → § 244 Rn. 49).

C. Entscheidung (II). Die Entscheidung (II) **trifft das Gericht**, in der HV unter Mitwirkung der Schöffen – auch bei Unterbrechung der HV (BGH StV 2015, 9; OLG München NJW 2007, 449, erg. → GVG § 30 Rn. 3) –, ohne dass der abgelehnte Richter ausscheidet (S. 1), in den Fällen des S. 3 der abgelehnte Richter allein. Die Verwerfung aus den Gründen des I Nr. 3 erfordert Einstimmigkeit (S. 2). **8**

Der Verwerfungsbeschluss ist zu **begründen** (§§ 28 II, 34). Im Fall des I Nr. 3 muss er die den Verwerfungsgrund tragenden Umstände angeben (S. 2), auch soweit sie offensichtlich sind. Die Begründung muss so ausf. sein, dass sie dem Beschwerdegericht eine sachliche Nachprüfung ermöglicht (BayObLGSt 1972, 217; OLG Köln StV 1991, 292). Bei Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht gelten für die Begründung dieselben strengen Anforderungen wie für die Ablehnung v. Anträgen nach § 244 VI 2 (vgl. → § 244 Rn. 93–93e; vgl. auch Dallinger MDR 1973, 371 – BGH RsprÜ). **9**

Eine **Kostenentscheidung** ist nicht zu treffen. **10**

D. Anfechtung. Zur sofortigen Beschwerde vgl. § 28, zur Revision § 338 Nr. 3 (→ § 338 Rn. 23 ff.). Die **Revision** muss alle Vorgänge mitteilen, aus denen sich beurteilen lässt, ob das Gesuch unverzüglich angebracht worden ist; dies gilt nicht nur bei Verwerfung wegen Verspätung (Holtz MDR 1977, 109 – BGH RsprÜ, sondern auch, wenn das Tatgericht v. einer rechtzeitigen Anbringung des Gesuchs ausgegangen ist (BGH NStZ 2016, 627). Das Revisionsgericht kann den Verwerfungsgrund innerhalb des § 26a austauschen (BGH NStZ 2006, 644 – bestätigt durch BVerfG NStZ-RR 2006, 379: „nicht unverzüglich" statt „völlig ungeeignet"; BGH NStZ 2008, 578; 2.7.2013 – 2 StR 631/12, BeckRS 2013, 12800). Wird ein Befangenheitsantrag trotz sachlichen Gehalts nach I Nr. 2 behandelt, kann der Angeklagte damit seinem **gesetzlichen Richter entzogen** (Art. 101 I 2 GG; → § 338 Rn. 6) worden sein (BVerfG StV 2005, 478; BGH NStZ 2005, 218); zu den revisionsrechtlichen Folgen ausf. → § 338 Rn. 28, zum notwendigen Revisionsvorbringen → § 338 Rn. 29. **11**

beck-online DIE FACHBUCHHANDLUNG

Entscheidung über einen zulässigen Ablehnungsantrag

27 (1) **Wird die Ablehnung nicht als unzulässig verworfen, so entscheidet über das Ablehnungsgesuch das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung.**

(2) **Wird ein richterliches Mitglied der erkennenden Strafkammer abgelehnt, so entscheidet die Strafkammer in der für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung vorgeschriebenen Besetzung.**

(3) [1] **Wird ein Richter beim Amtsgericht abgelehnt, so entscheidet ein anderer Richter dieses Gerichts.** [2] **Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Abgelehnte das Ablehnungsgesuch für begründet hält.**

(4) **Wird das zur Entscheidung berufene Gericht durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds beschlußunfähig, so entscheidet das zunächst obere Gericht.**

A. Zuständigkeit. I. Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört (I). Das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört (I), dh der jeweilige Spruchkörper, entscheidet über das Ablehnungsgesuch, wenn es nicht nach § 26a verworfen worden ist. Zuständig ist der im Zeitpunkt der Entsch. – nicht dem der Antragstellung – berufene Richter (BGHSt 44, 26). Der **abgelehnte Richter darf** bei der Entsch. **nicht mitwirken**. In der HV ist daher eine Entsch. unmöglich; sie muss aber wegen § 29 II 1 (eingeführt durch das G zur Modernisierung des Straf- **1, 2**

verfahrens v. 10.12.2019 (BGBl. I 2121)) bis zur Entsch. über das Ablehnungsgesuch nicht unterbrochen werden (→ § 29 Rn. 8 ff.). Die sofortige Verh. über das Ablehnungsgesuch im Sitzungssaal ist kein Teil der HV (BGH NStZ 1996, 398).

3 **II. StrK (II).** Die StrK (II) entscheidet in der für Entscheidungen **außerhalb der HV vorgeschriebenen Besetzung**, also ohne Schöffen (§ 76 S. 2 GVG). Der abgelehnte Richter wird durch einen anderen Richter der StrK o. durch den geschäftsplanmäßigen o. für den Einzelfall bestimmten Vertreter ersetzt. Kann der Vorsitzende nicht aus seiner eigenen Kammer vertreten werden, weil deren Mitglieder sämtlich verhindert sind, so darf der Dienstälteste der v. einer anderen Kammer gestellten regelmäßigen Vertreter den Vorsitz übernehmen (BGH NJW 1959, 1141).

4 Werden **mehrere oder sämtliche Richter einer StrK** gleichzeitig u. aus dem gleichen Grund abgelehnt, so wird darüber durch einen einheitlichen Beschl. entschieden (BGHSt 44, 26; OLG Frankfurt a. M. StV 1984, 499), also nicht zunächst über das Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden, danach über das gegen den dienstälteren Beisitzer usw (vgl. dazu KK-StPO/Heil Rn. 3). In Fällen nacheinander eingehender u. unterschiedlich begründeter Ablehnungsgesuche ist hingegen sukzessive Entsch. in der Reihenfolge der Gesuche erforderlich (BGH NStZ 1996, 144; NJW 2014, 2295; **aM** Deiters FS Tolksdorf, 2014, 201 (206 ff.)). Ebenfalls muss dann, wenn zugleich ein Richter abgelehnt wird, der über das Ablehnungsgesuch als Vertreter zu entscheiden hat, über diese Ablehnung vorab entschieden werden (BGHSt 21, 334; dieser Ansicht neigt auch BGH NJW 2014, 2295 zu). Das gilt auch für die Anzeige nach § 30 (OLG Oldenburg Nds. Rpfl. 1987, 61). Über ein Befangenheitsgesuch, mit dem geltend gemacht wird, die abgelehnten Richter hätten ein gegen ihn gerichtetes Befangenheitsgesuch fehlerhaft abgelehnt, darf ein Richter idR nicht sachlich entscheiden (BGH NStZ 1984, 419 (420); 2012, 45; NJW 2006, 854; zw. BGH NJW 1992, 763; NStZ 1994, 447; vgl. auch BVerfG NJW 1995, 2914).

5 **III. AG.** Beim **AG** entscheidet stets, auch wenn ein v. einem höheren Gericht ersuchter Richter abgelehnt wird, ein anderer Richter des AG (III 1), bei einem einstelligen AG der nach § 22b I GVG bestellte Vertreter. Einer Entsch. bedarf es nicht, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begründet hält (III 2). Diese Erkl. kann er aber erst abgeben, wenn er die Zulässigkeit des Gesuchs geprüft hat. iZw wird er die Entsch. des zuständigen anderen Richters herbeiführen, insbes. wenn die StA das Gesuch für unbegründet hält. Jedoch kann der abgelehnte Richter nach erneuter Prüfung auf der Abgabe der Erkl. nach III 2 bestehen. Alsdann entfällt die Entscheidungsbefugnis eines anderen Richters (OLG Düsseldorf MDR 1987, 253).

6 **IV. StS.** Der StS des BGH o. OLG entscheidet in der für Entscheidungen außerhalb der HV vorgeschriebenen Besetzung, beim OLG also mit 3 Richtern (§ 122 I GVG), beim BGH mit 5 Richtern (§ 139 I GVG).

7 **V. Emittlungsrichter.** Für den Emittlungsrichter des AG (§ 162) gilt III. Ist ein ER des BGH o. des OLG (§ 169) abgelehnt, so entscheidet ein im Geschäftsverteilungsplan zu bestimmender anderer ER, nicht der StS (Schmidt MDR 1986, 179 – BGH RsprÜ).

8 **VI. Das nächst obere Gericht (IV).** Das zunächst obere Gericht (IV), also das LG für das AG, das OLG für das LG, der BGH für das OLG, entscheidet, wenn Beschlussunfähigkeit eintritt. **Das ist erst der Fall**, wenn bei dem ganzen Gericht (nicht nur vorübergehend) kein Vertreter mehr vorhanden ist o. bestellt werden kann (BGH BeckRS 2016, 20533; OLG Stuttgart MDR 1974, 1034; OLG Zweibrücken NJW 1968, 1439); § 22b I GVG wird durch IV nicht berührt. Das obere Gericht hat insoweit zu entscheiden, wie es zur Wiederherstellung der Beschlussfähigkeit des unteren Gerichts erforderlich ist. Die Prüfungsreihenfolge wird durch die Vertretungsregelung in der Geschäftsverteilung des unteren Gerichts bestimmt (OLG Frankfurt a. M. NStZ 1981, 233; OLG Oldenburg Nds. Rpfl. 1987, 61).

Eine Beschränkung der Prüfung auf die nicht o. am schwächsten begründeten Ablehnungsgesuche ist unzulässig (Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 39; **aM** OLG Zweibrücken NJW 1968, 1439).

B. Entscheidung. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ergeht **durch Beschl.** (§ 28), **außerhalb der HV** (→ Rn. 2) nach Anhörung der Prozessbeteiligten (§ 33 II, III). Eine förmliche Beweisaufnahme findet nicht statt (BGH NStZ 2007, 51). Jedoch können im Freibeweis (→ § 244 Rn. 7, 9) Zeugen vernommen ua Beweise erhoben werden (RGSt 61, 67 (70)). Das Gesuch kann auch jetzt noch als unzulässig (§ 26a I) verworfen werden (BGHSt 21, 334 (337); BGH NStZ 2020, 620); eine Rückgabe deswegen an die nach § 26a entscheidende Strafkammer ist aber ausgeschlossen (OLG München NJW 2007, 449 (450); Löwe/Rosenberg/Siolek § 26a Rn. 5). Wenn das Gesuch zulässig ist, wird es als unbegründet zurückgewiesen (§ 28 II 1) o. für begründet erklärt (§ 28 I). Dabei dürfen nur die Ablehnungsgründe berücksichtigt werden, die in dem Gesuch innerhalb der Antragsfrist des § 25 geltend gemacht worden sind (BGH 7.11.2012 – 2 StR 629/11, BeckRS 2012, 24884; anders für einen Sonderfall BGH JR 1972, 119). Der Beschl. muss nach § 34 mit Gründen versehen werden, wenn er das Ablehnungsgesuch verwirft; eine Kostenentscheidung ergeht nicht. **9**

Mehrere Ablehnungsgesuche gegen denselben Richter können in einer einheitlichen Entsch. beschieden u. sodann auch v. Beschwerdegericht in einer Gesamtschau gewürdigt werden (KG NJW 2009, 96 mwN). **9a**

Der Beschl. muss dem abgelehnten Richter u. den Prozessbeteiligten **bekanntgemacht** werden. Er kann bei der Fortsetzung der unterbrochenen HV verkündet werden (§ 35 I), auch durch den erfolglos abgelehnten Richter (BGHSt 15, 384). Sonst wird er schriftlich mitgeteilt, im Fall des § 28 II 1 durch förmliche Zustellung, im Fall des § 28 II 2 formlos. **10**

Der Beschl. hat, wenn er rkr. ist, die **Wirkung,** dass der vor der Ablehnung bestehende Zustand wieder eintritt. Der zu Unrecht abgelehnte Richter muss wieder mitwirken (BGHSt 21, 334 (338)). Wird dem Ablehnungsgesuch stattgegeben, so steht der abgelehnte Richter einem ausgeschlossenen gleich. Der Ausschluss bezieht sich auf das gesamte Verfahren, auch auf die Verh. gegen Mitangeklagte, die selbst kein Gesuch angebracht haben, o. deren Gesuch erfolglos geblieben ist (BGH GA 1979, 311). Zur Vermeidung dieser Wirkung darf das Verf. gegen die anderen Mitangeklagten nicht abgetrennt werden (BGH GA 1979, 311). Auf andere Strafverfahren ist der Beschl. ohne Einfluss. Seine Wirkung beschränkt sich iÜ – wie idR bei verfahrensrechtlichen Entscheidungen (vgl. nur § 20) – auf die Zukunft. Frühere Entscheidungen berührt er selbst dann nicht, wenn die Ablehnungsgründe bei ihrem Erlass schon vorgelegen haben (OLG Hamm MDR 1964, 344; OLG Koblenz NStZ 1983, 471; Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 45; **aM** Janssen StV 2002, 170). **11**

beck-online DIE DATENBANK

Rechtsmittel

28 (1) **Der Beschluß, durch den die Ablehnung für begründet erklärt wird, ist nicht anfechtbar.**

(2) [1] **Gegen den Beschluß, durch den die Ablehnung als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen wird, ist sofortige Beschwerde zulässig.** [2] **Betrifft die Entscheidung einen erkennenden Richter, so kann sie nur zusammen mit dem Urteil angefochten werden.**

A. Ablehnung begründet (I). Wird die Ablehnung für begründet erklärt (I), so ist die Entsch. **grds. nicht anfechtbar**, nach § 336 S. 2 (→ § 336 Rn. 6) auch nicht mit der Revision; das gilt auch im Fall des § 30 (→ § 30 Rn. 8). Sie kann auch nicht widerrufen werden. I gilt auch im Hauptverfahren. Ausnahmsweise kommt eine Anfechtbarkeit in Betracht, wenn die Anwendungsvoraussetzungen der Norm verkannt werden und so in objektiv willkürlicher Weise in die Gerichts- **1**

besetzung eingegriffen wird (BGH NJW 2022, 1470, 1472 mAnm Czimek/Schefer NStZ 2022, 632: amtswegige Entscheidung des Gerichts bei Fehlen einer Selbstanzeige der Schöffin nach §§ 30, 31; erg. → § 338 Rn. 20e).

2 **B. Ablehnungsgesuch verworfen oder zurückgewiesen (II).** Wird das Ablehnungsgesuch verworfen oder zurückgewiesen (II), so ist zu unterscheiden:

3 **I. Kein erkennender Richter.** War der abgelehnte Richter kein erkennender Richter (→ Rn. 6), so kann der Prozessbeteiligte, der ihn abgelehnt hat, den Beschl. nach II 1 mit **sofortiger Beschwerde** (§ 311) anfechten, sofern nicht § 304 IV entgegensteht (→ § 304 Rn. 11). Die Beschwerde ist auch zulässig, wenn vor ihrer Einlegung das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Wird das Ablehnungsgesuch außerhalb der HV angebracht, ist eine weitere Glaubhaftmachung im Beschwerdeverfahren noch zulässig, nicht aber das Nachschieben eines weiteren Ablehnungsgrundes (OLG Düsseldorf JMBl. NRW. 1995, 80; OLG Hamburg OLGSt StPO § 26 Nr. 1; **aM** OLG Schleswig SchlHA 1982, 31).

4 Das **Beschwerdegericht prüft** den Ablehnungsbeschluss in umfassender Weise (Becker NStZ-RR 2006, 5 – BGH RsprÜ). Es entscheidet auch dann in der Sache selbst, wenn das Gesuch zu Unrecht als unzulässig verworfen worden war (vgl. → § 309 Rn. 8; → § 338 Rn. 27, 28; OLG Stuttgart NStZ 2019, 693); anders aber bei Entzug des ges. Richters (→ § 26a Rn. 4a). Etwa noch fehlende Feststellungen holt es – wenn möglich – nach, andernfalls verweist es die Sache zurück (KG NStZ 1991, 401); auch eine fehlende dienstliche Äußerung kann eingeholt werden (OLG Hamburg OLGSt StPO § 26 Nr. 1). Die Revision ist nach § 336 S. 2 ausgeschlossen, es sei denn, das Beschwerdegericht habe die Beschwerde irrig als unzulässig verworfen, weil es das Revisionsgericht für zuständig gehalten hat (zust. KK-StPO/Heil Rn. 3; offen gelassen v. BGHR StPO § 28 Rechtsmittel 1).

5 **II. Erfolglose Ablehnung eines erkennenden Richters.** Bei erfolgloser Ablehnung eines erkennenden Richters **schließt II 2** aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit die **selbständige Anfechtung des Beschl. aus**. Das gilt auch, wenn er v. einem unzuständigen Richter erlassen worden ist (OLG Saarbrücken NJW 1966, 169; **aM** LG Krefeld NJW 1964, 2438).

6 **Erkennender Richter** (vgl. auch → § 305 Rn. 2) sind alle Richter, die zur Mitwirkung in der HV berufen sind (OLG Karlsruhe NJW 1975, 458; OLG Saarbrücken NJW 1966, 169), der Ergänzungsrichter (§ 192 II GVG) auch, wenn der Ergänzungsfall noch nicht eingetreten ist (OLG Celle NJW 1973, 1054; Lorenzen/Thamm SchlHA 1996, 89 – OLG Schleswig RsprÜ; SK-StPO/Deiters Rn. 14; **aM** Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 14: wenn Eintritt feststeht). Auch der Richter, der nach § 27 dazu berufen ist, über ein Ablehnungsgesuch zu entscheiden, ist nach hM erkennender Richter (**aM** Meyer-Mews StraFo 2008, 182; gegen ihn Meyer-Goßner StraFo 2008, 415), jedoch nicht mehr, wenn er über das jeweilige Ablehnungsgesuch entschieden hat (BGH NStZ 2007, 719; OLG Hamburg NStZ 1999, 50).

6a Die Eigenschaft als erkennender Richter **beginnt** mit dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses (BGH NJW 1952, 234; KG JR 1981, 168; OLG Hamm NStZ-RR 2002, 238; OLG Köln NJW 1993, 608 mwN; Lorenzen/Görl SchlHA 1990, 113 – OLG Schleswig RsprÜ), beim Berufungs- u. Revisionsgericht mit der Vorlegung der Akten nach §§ 321, 347 II (KG StraFo 2018, 430; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2013, 215 Ls.; OLG Karlsruhe NStZ-RR 1998, 144; **aM** OLG Bremen NStZ 1991, 95; Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 22: mit Terminsanberaumung; erg. → § 305 Rn. 2), nach Zurückverweisung (§§ 328 II, 354 II, III, 355) mit dem Eingang der Akten (→ § 305 Rn. 2). Im beschleunigten Verf. nach §§ 417 ff. wird der Richter mit der Terminsanberaumung o. der Anordnung, dass die HV sofort durchzuführen ist, erkennender Richter (OLG Hamburg NJW 1964, 2123; SK-StPO/Deiters Rn. 18), im Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. mit Erlass des Strafbefehls bzw. mit der Anberaumung der HV nach §§ 408 III 2, 411 I 2 (LG Zweibrücken NStZ 2006, 120). Die Eigenschaft als erkennender Richter **endet** mit der Verfahrenseinstellung o. Urteilsfällung (OLG Hamm VRS 104, 452), im

Fall des § 329 I auch, wenn später noch über einen Wiedereinsetzungsantrag nach § 329 III zu entscheiden ist (OLG Stuttgart NStZ 2019, 303; KG NZV 2002, 334 mwN; **aM** OLG Hamm NStZ 2021, 122; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2004, 47).

§ 28 II 2 gilt entspr. – um eine Zersplitterung der Rechtswege zu vermeiden – im Strafvollstreckungsverfahren (OLG Bremen 7.1.2019 – 1 Ws 116/18; OLG Brandenburg NStZ 2005, 296; OLG Düsseldorf NStZ 1987, 290; Döllel/Dreeßen SchlHA 2004, 234 – OLG Schleswig RsprÜ mwN; **aM** OLG Celle StraFo 2022, 277; OLG München 21.9.2020 – 1 Ws 685/20; KG NStZ 1983, 44; OLG Hamm NStZ 2009, 53; 2010, 715; OLG Saarbrücken NStZ-RR 2007, 222) u. im Strafvollzugsverfahren (OLG Celle StraFo 1998, 428; OLG Hamburg StraFo 2008, 520; OLG Koblenz NStZ 1986, 384; Döllel/Dreeßen SchlHA 2012, 293 – OLG Schleswig RsprÜ; **aM** OLG Nürnberg NStZ 1988, 475). **6b**

Die **Entscheidung betrifft einen erkennenden Richter** auch dann, wenn das Ablehnungsgesuch schon vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt, aber erst später beschieden wird (OLG Düsseldorf NStZ 2003, 448; OLG Karlsruhe NJW 1975, 458; OLG Köln NJW 1993, 608), o. wenn darüber schon vor Beginn der HV entschieden worden ist (BGHSt 31, 15). **7**

Nur zusammen mit dem Urteil ist die Anfechtung zulässig. Das Rechtsmittel bleibt aber seiner Natur nach eine sofortige Beschwerde; das G ändert nur aus Zweckmäßigkeitsgründen den Rechtsmittelzug (BGHSt 27, 96 (98); erg. → § 338 Rn. 25, 26). Wenn das Urt. unanfechtbar ist, kann auch der Ablehnungsbeschluss nicht angefochten werden (OLG Köln MDR 1976, 774). Ist die sofortige Beschwerde nach § 304 IV 2 ausgeschlossen, so gilt das auch für die Anfechtung zusammen mit dem Urt. (BGH NStZ 2007, 417; 8.3.2023 – 3 StR 434/22; erg. → § 338 Rn. 26). Bei der Anfechtung des Beschl. müssen iÜ die Formen u. Fristen eingehalten werden, die für das Rechtsmittel gegen das Urt. gelten (BGHSt 21, 334 (340); OLG Köln MDR 1976, 774; erg. → § 338 Rn. 29). Eine bes. sofortige Beschwerde braucht aber neben der Revision nicht eingelegt zu werden (OLG Hamm JMBl. NRW. 1973, 273; OLG Karlsruhe MDR 1974, 418; erg. → § 338 Rn. 25). **8**

Bei der **Berufung** ist die Anfechtung nach II 2 nutzlos; da für das Berufungsgericht nach § 328 grds. keine Möglichkeit besteht, an das AG zurückzuverweisen, muss es in der Sache entscheiden, gleichgültig, ob der 1. Richter zu Recht abgelehnt worden war (unrichtig daher LG Köln MDR 1992, 893, da hier – anders als in den in → § 328 Rn. 4 erörterten Fällen – eine Sachentscheidung 1. Instanz vorliegt). **9**

Bei der **Revision** ist die Anfechtung nach II 2 nur mit einer Verfahrensrüge möglich, für die § 344 II 2 gilt (→ § 338 Rn. 29). Zur Prüfung durch das Revisionsgericht vgl. → § 338 Rn. 27, 28. **10**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Verfahren nach Ablehnung eines Richters

29 (1) **Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten.**

(2) [1] **Die Durchführung der Hauptverhandlung gestattet keinen Aufschub; sie findet bis zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des abgelehnten Richters statt.** [2] **Entscheidungen, die auch außerhalb der Hauptverhandlung ergehen können, dürfen nur dann unter Mitwirkung des abgelehnten Richters getroffen werden, wenn sie keinen Aufschub gestatten.**

(3) [1] **Über die Ablehnung ist spätestens vor Ablauf von zwei Wochen und stets vor Urteilsverkündung zu entscheiden.** [2] **Die zweiwöchige Frist für die Entscheidung über die Ablehnung beginnt**

1. mit dem Tag, an dem das Ablehnungsgesuch angebracht wird, wenn ein Richter vor oder während der Hauptverhandlung abgelehnt wird,

2. mit dem Tag des Eingangs der schriftlichen Begründung, wenn das Gericht dem Antragsteller gemäß § 26 Absatz 1 Satz 2 aufgegeben hat, das Ablehnungsgesuch innerhalb der vom Gericht bestimmten Frist schriftlich zu begründen.

[3] **Findet der übernächste Verhandlungstag erst nach Ablauf von zwei Wochen statt, so kann über die Ablehnung spätestens bis zu dessen Beginn entschieden werden.**

(4) [1] **Wird die Ablehnung für begründet erklärt und muss die Hauptverhandlung nicht deshalb ausgesetzt werden, so ist ihr nach der Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegender Teil zu wiederholen.** [2] **Dies gilt nicht für solche Teile der Hauptverhandlung, deren Wiederholung nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand möglich ist.**

Übersicht

	Rn.
A. Überblick	1
B. Geltungsbereich	2
C. Unaufschiebbare Handlungen (I)	5
D. Unaufschiebbarkeit der Durchführung der Hauptverhandlung (II 1)	8
I. Laufende Hauptverhandlung	9
II. Terminierte, aber noch nicht begonnene Hauptverhandlung	11
E. Aufschiebbare Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung (II 2)	13
F. Wirksamkeit der Handlungen abgelehnter Richter	16
G. Entscheidung über die Ablehnung (III)	17
I. Zweiwochenfrist (S. 1)	18
II. Fristbeginn (S. 2)	21
III. Fristberechnung	24
IV. Entscheidung bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages	25
H. Erledigung des Ablehnungsgesuchs	26
I. Verfahren bei Begründetheit der Ablehnung	27, 28
J. Revision	34

1 **A. Überblick.** Das G zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019 (BGBl. I 2121) hat das Verf. nach Ablehnung eines Richters grdl. neu geregelt. Zwar bleibt es im Grundsatz dabei, dass ein abgelehnter Richter nur solche Handlungen vornehmen darf, die keinen Aufschub gestatten (I). Jedoch hat der Gesetzgeber den **Anwendungsbereich der unaufschiebbaren Handlung erheblich ausgeweitet,** in dem die Durchführung der HV als ges. Anwendungsfall definiert wurde (II 1). Die frühere, gerade erst durch das G v. 17.8.2017 eingeführte, Unterscheidung zwischen Befangenheitsanträgen vor (I 2 aF) u. während der HV (II aF), wurde wieder abgeschafft. II 2 erfasst im Unterschied zu I statt aufschiebbaren *Handlungen* des abgelehnten Richters aufschiebbare *Entscheidungen* außerhalb der HV, ohne dass dies nennenswerte inhaltliche Auswirkungen haben dürfte (→ Rn. 13 ff.). In III werden nunmehr der Zeitpunkt der Entsch. über das Ablehnungsgesuch u. die dabei zu beachtenden Fristen iE festgelegt. IV regelt schließlich wie zu verfahren ist, wenn die Ablehnung für begründet erklärt wird.

2 **B. Geltungsbereich.** Allein die **Ankündigung,** einen Befangenheitsantrag stellen zu wollen, begründet – auch nicht unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens – keinen Anspruch darauf, den Antrag mit angemessener Frist abzuwarten u. damit die Rechtsfolgen des § 29 gewissermaßen „vorab" auszulösen (s. BGH NStZ 2016, 164).

3 Das Ablehnungsrecht **erlischt** bei Entscheidungen außerhalb einer HV – verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG NStZ 2007, 709) – spätestens mit Erlass der Entsch. (BGH NStZ 2016, 164 (168) mwN).

4 **Im Übrigen sind unaufschiebbar** nur bestimmte zukünftige Handlungen, die den Angeklagten betreffen; die Absetzung u. Unterzeichnung früher verkündeter