

Strafprozessordnung: StPO

Meyer-Goßner / Schmitt

65. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78383-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

das Ablehnungsgesuch im Sitzungssaal ist kein Teil der HV (BGH NStZ 1996, 398).

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).

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; Deiters FS Tolksdorf, 2014, 201 (204ff.)), also nicht zunächst über das Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden, danach über das gegen den dienstälteren Beisitzer usw (vgl. dazu KK-StPO/Scheuten R.n. 4). 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 (206ff.)). 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; vgl. auch Deiters FS Tolksdorf, 2014, 201 (203)). 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).

III. Beim **AG** entscheidet stets, auch wenn ein v. einem höheren Gericht ersuchter Richter abgelehnt wird, ein anderer Richter des AG (III S. 1), bei einem einseitigen AG der nach § 22b I GVG bestellte Vertreter. Einer Entsch. bedarf es nicht, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begr. hält (III S. 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 S. 2 bestehen. Alsdann entfällt die Entscheidungsbefugnis eines anderen Richters (OLG Düsseldorf MDR 1987, 253).

IV. 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).

V. Für den **Ermittlungsrichter** 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).

VI. 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 4.10.2016 – 2 ARs 335/16, 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 Ableh-

StPO § 28

Erstes Buch. 3. Abschnitt

nungsgesuche ist unzulässig (Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 39; aM OLG Zweibrücken NJW 1968, 1439).

- 9 **B.** 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 begr. 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.
- 9a **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).
- 10 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.
- 11 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 beschr. 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 Erl. schon vorgelegen haben (OLG Hamm MDR 1964, 344; OLG Koblenz NStZ 1983, 471; Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 45; aM Janssen StV 2002, 170).

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.

- 1 **A.** Wird die **Ablehnung für begründet erklärt (I)**, so ist die Entsch. nicht anfechtbar, nach § 336 S. 2 (→ § 336 Rn. 6) auch nicht mit der Revision (KMR-Kommentar StPO/Bockemühl Rn. 1; unrichtig daher BGH NStZ 1982, 291 (292); vgl. Krey/Heinrich Dt. StrafverfR § 1 Rn. 127); das gilt auch im Fall des § 30 (→ § 30 Rn. 8). Sie kann auch nicht widerrufen werden. I gilt auch im Hauptverfahren.
- 2 **B.** Wird das **Ablehnungsgesuch verworfen oder zurückgewiesen (II)**, so ist zu unterscheiden:

I. War der abgelehnte Richter **kein erkennender Richter** (→ Rn. 6), so kann 3
der Prozessbeteiligte, der ihn abgelehnt hat, den Beschl. nach II S. 1 mit sofortiger
Beschwerde (§ 311) anfechten, sofern nicht § 304 IV entgegensteht (→ § 304
Rn. 11). Die Beschwerde ist auch zulässig, wenn vor ihrer Einlegung das Hauptver-
fahren eröffnet worden ist. Wird das Ablehnungsgesuch außerhalb der HV ange-
bracht, 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 Schles-
wig SchlHA 1982, 31).

Das **Beschwerdegericht prüft** den Ablehnungsbeschluss in umfassender Weise 4
(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 ausgeschlos-
sen, es sei denn, das Beschwerdegericht habe die Beschwerde irrig als unzulässig
verworfen, weil es das Revisionsgericht für zuständig gehalten hat (zust. KK-
StPO/Scheuten Rn. 3; offen gelassen v. BGHR StPO § 28 Rechtsmittel 1).

II. Bei **erfolgloser Ablehnung eines erkennenden Richters** schließt II S. 2 5
aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit die selbstständige 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).

Erkennender Richter (vgl. auch → § 305 Rn. 2) sind alle Richter, die zur 6
Mitwirkung in der HV berufen sind (OLG Karlsruhe NJW 1975, 458; OLG Saar-
brücken NJW 1966, 169), der Ergänzungsrichter (§ 192 II VVG) 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 Ableh-
nungsgesuch entschieden hat (BGH NSTZ 2007, 719; OLG Hamburg NSTZ 1999,
50). Die Eigenschaft als erkennender Richter **beginnt** mit dem Erl. des Eröff-
nungsbeschlusses (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 Vorle-
gung der Akten nach §§ 321, 347 II (KG StraFo 2018, 430; JR 1981, 168; 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 Terminsanbe-
raumung; 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 Erl.
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 6a
– im Strafvollstreckungsverfahren (OLG Brandenburg NSTZ 2005, 296; OLG Düs-
seldorf NSTZ 1987, 290; Dörl/Dreeßen SchlHA 2004, 234 – OLG Schleswig
RsprÜ mwN; aM 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).

- 7 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).
- 8 **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 Ur. 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 Ur. (BGH NStZ 2007, 417; erg. → § 338 Rn. 26). Bei der Anfechtung des Beschl. müssen iÜ die Formen u. Fristen eingehalten werden, die für das Rechtsmittel gegen das Ur. 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).
- 9 Bei der **Berufung** ist die Anfechtung nach II S. 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 (KK-StPO/Scheuten Rn. 9; unrichtig daher LG Köln MDR 1992, 893, da hier – anders als in den in → § 328 Rn. 4 erörterten Fällen – eine Sachentscheidung 1. Instanz vorliegt).
- 10 Bei der **Revision** ist die Anfechtung nach II S. 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.

Verfahren nach Ablehnung eines Richters

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

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

(3) ¹Über die Ablehnung ist spätestens vor Ablauf von zwei Wochen und stets vor Urteilsverkündung zu entscheiden. ²Die 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.

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

(4) ¹Wird 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. ²Dies gilt nicht für solche

Teile der Hauptverhandlung, deren Wiederholung nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand möglich ist.**Übersicht**

	Rn.
A. Überblick	1
B. Geltungsbereich	2-4
C. Unaufschiebbar Handlungen (I)	5-7
D. Unaufschiebbarkeit der Durchführung der Hauptverhandlung (II S. 1)	8-12
E. Aufschiebbare Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung (II S. 2)	13-15
F. Wirksamkeit der Handlungen abgelehnter Richter	16
G. Fristen für die Entscheidung über die Ablehnung (III)	17-25
H. Erledigung des Ablehnungsgesuchs	26
I. Verfahren bei Begründetheit der Ablehnung (IV)	27-33
J. Revision	34-36

A. Überblick: Das G zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019 1 (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 S. 1). Die frühere, gerade erst durch das G v. 17.8.2017 eingeführte, Unterscheidung zwischen Befangenheitsanträgen vor (I S. 2 aF) u. während der HV (II aF), wurde wieder abgeschafft. II S. 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 begr. erklärt wird.

B. Geltungsbereich: Allein die **Ankündigung**, einen Befangenheitsantrag 2 stellen zu wollen, begr. – 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).

Das Ablehnungsrecht **erlischt** bei Entscheidungen außerhalb einer HV – verfas- 3 sungsrechtlich unbedenklich (BVerfG NSTZ 2007, 709) – spätestens mit Erl. der Entsch. (BGH NSTZ 2016, 164 (168) mwN).

Im Übrigen sind unaufschiebbar nur bestimmte zukünftige Handlungen, die 4 den Angeklagten betreffen; die Absetzung u. Unterzeichnung früher verkündeter Urteile u. die Mitwirkung an Protokollberichtigungen unterliegt keinen Beschränkungen (OLG Hamm MDR 1964, 344).

C. Unaufschiebbar Handlungen (I): Der Richter ist, sofern nicht das Vorlie- 5 gen v. Ausschließungsgründen nach §§ 22, 23 eindeutig feststeht (Schorn GA 1963, 278), nicht schon grds. von der Mitwirkung ausgeschlossen, wenn ein Ablehnungsgesuch nach § 24 gestellt, sondern erst, wenn es für begr. erklärt wird. Schon vorher, dh ab Eingang des Ablehnungsgesuchs (OLG Frankfurt a.M. NJW 1998, 1238), auch wenn dieses unzulässig ist (BayObLGSt 1954, 56), hat er sich aber nach I, der seinem Wortlaut nach dem früheren I S. 1 entspr., nunmehr aber einen deutlich schmaleren Anwendungsbereich hat (→ Rn. 8 ff.), aller Amtshandlungen, die nicht unaufschiebbar sind.

Unaufschiebbar sind nach traditionellem Verständnis Handlungen, die wegen 6 ihrer Dringlichkeit nicht anstehen können, bis der Ersatzrichter eintreten kann (BGHSt 48, 264), zB die Festsetzung v. Ordnungsmitteln nach § 177 GVG sowie unaufschiebbare Haftentscheidungen, etwa im Verf. nach § 121, aber auch die Terminsberaumung zum Zweck der Verjährungsunterbrechung (OLG Köln VRS 59,

428) u. die Bestimmung eines Fortsetzungstermins sowie die Ladung hierzu (erg. → § 229 Rn. 11).

- 7 **Aufschiebbar** sind demgegenüber Handlungen, bei denen bis zum Eintritt des Ersatzrichters zugewartet werden kann. Dazu iE → Rn. 8 ff., 13 ff.
- 8 **D. Unaufschiebbarkeit der Durchführung der Hauptverhandlung (II S. 1):** Indem die Gesetzesnovelle v. 10.12.2019 in II S. 1 nunmehr die Durchführung der HV als unaufschiebbar definiert, wird der Bereich der dem abgelehnten Richter verwehrten aufschiebbaren Handlungen u. Entscheidungen drastisch reduziert. Die Vorschr. hat weit reichende praktische Konsequenzen:
- 9 **I. Laufende Hauptverhandlung:** Zunächst einmal darf der abgelehnte Richter an der bereits begonnen HV selbst bis zur Entsch. über das Ablehnungsgesuch uneingeschränkt mitwirken. Bereits anberaumte weitere Verhandlungstage können daher, in den zeitlichen Grenzen des III, aber ohne inhaltliche Beschränkungen, durchgeführt werden. Die frühere Judikatur, die etwa unter bestimmten Umständen die Vernehmung v. Zeugen (vgl. BGH NStZ 2002, 429) sowie die Verlesung der Anklage u. des Eröffnungsbeschlusses (vgl. BGHSt 48, 264) als aufschiebbar angesehen hatte, ist damit obsolet.
- 10 Dienen derartige Entscheidungen unmittelbar der **Förderung der laufenden Hauptverhandlung**, sind sie nach der Intention des Gesetzgebers mit Blick auf II S. 1 wiederum regelmäßig als unaufschiebbar anzusehen (BT-Drs. 19/17474, 22), selbst wenn sie außerhalb der HV ergehen. Unmittelbar idS wird die Durchführung der HV durch Handlungen gefördert, welche die Festsetzung u. inhaltliche Gestaltung weiterer Verhandlungstage betreffen, also va Ladungen (o. auch Abladungen) zu bereits anberaumten Verhandlungsterminen, aber auch die Festlegung neuer notwendiger Termine sowie die dazu notwendigen Ladungen, etwa um die Fristen des § 229 zu wahren o. die mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz notwendige Verhandlungsdichte zu gewährleisten (vgl. → § 121 Rn. 1a).
- 11 **II. Terminierte, aber noch nicht begonnene Hauptverhandlung:** Zugleich ergibt sich aus der Unaufschiebbarkeit der HV – u. der Abschaffung der erst ij 2017 eingeführten differenzierten Regelung für diesen Fall in II S. 1 aF –, dass mit einer bereits terminierten HV auch dann begonnen werden darf, wenn der Befangenheitsantrag vor ihrem Beginn gestellt wurde. Der abgelehnte Richter darf in diesem Fall bis zu dem in III geregelten Zeitpunkt an der HV mitwirken (BT-Drs. 19/17474, 21 f.). Außerdem ist es nach II S. 1 zulässig, dass der Richter die erforderlichen Ladungen vornimmt, um die Durchführung der HV zu ermöglichen.
- 12 Es besteht allerdings **keine gesetzliche Verpflichtung**, eine bereits anberaumte HV unter Mitwirkung des abgelehnten Richters durchzuführen. Eine Verlegung bleibt möglich; dabei ist va zu berücksichtigen, ob der Beschleunigungsgrundsatz den Beginn der HV gebietet, was va in Haftsachen der Fall sein kann.
- 13 **E. Aufschiebbare Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung (II S. 2)** dürfen weiterhin nur dann unter Mitwirkung des abgelehnten Richters getroffen werden, wenn sie keinen Aufschub gestatten. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers fallen dagegen *Handlungen* eines abgelehnten Richters während einer unterbrochenen HV bereits unter I (BT-Drs. 19/17474, 22). Die Unterscheidung zwischen Handlungen u. Entscheidungen unter Mitwirkung des abgelehnten Richters führt allerdings zu wenig praxisgerechten Abgrenzungsschwierigkeiten u. hat angesichts der v. Wortlaut her identischen Voraussetzung auch keine inhaltliche Relevanz.
- 14 Wesentlich für die praktische Handhabung ist, dass für die Annahme einer aufschiebbaren Entscheidung/Handlung außerhalb der HV nur ein **relativ schmaler Anwendungsbereich** bleibt, weil auch die Förderung der Durchführung der Verh. grds. nach II S. 1 bereits als unaufschiebbar gilt (dazu → Rn. 8 ff.). Aufschiebbar sind aber etwa – zumindest idR – Haftentscheidungen, Beschlagnahme- u. Durchsuchungsbeschlüsse sowie Anordnungen nach §§ 81 II, 81a II, 81cV, 111b, 111e, 132a und die Verwerfung einer Revision nach § 346 I (BayObLGSt 1954, 56).

Dem abgelehnten Richter wird es nach II S. 2 (bzw. nach I) grds. auch verwehrt sein, an Beratungen des Gerichts über Anträge der Verfahrensbeteiligten o. Erörterungen des Verfahrensstandes nach § 202a teilzunehmen.

Darüber hinaus dürfen aber auch Entscheidungen u. Handlungen des abgelehnten Richters **im Zwischenverfahren**, ob nun nach I oder II S. 2, regelmäßig aufschiebbar sein. Hierzu gehören etwa die Eröffnung des Hauptverfahrens (vgl. dazu schon BGHSt 4, 208; OLG Frankfurt a. M. StV 2001, 496; erg. → § 207 Rn. 11) u. die Terminierung der HV sowie die dazu erforderlichen Ladungen. Dies könnte mit dem Argument in Zweifel gezogen werden, dass auch diese Handlungen des abgelehnten Richters letztlich der Förderung der Durchführung der HV dienen u. damit unaufschiebbar seien. Damit würde aber der Begriff der Unaufschiebbarkeit zu weit ausgedehnt u. auf nahezu alle denkbaren Handlungen bzw. Entscheidungen außerhalb einer Verh. ausgedehnt. Es sollte deshalb in diesem Verfahrensstadium strikt darauf abgestellt werden, ob mit dem Eintritt eines Ersatzrichters bis zur Ablehnungsentscheidung zugewartet werden kann o. nicht. Dies kann ausnahmsweise anders zu beurteilen sein, wenn etwa die Eröffnung des Hauptverfahrens o. die Anberaumung eines Hauptverhandlungstermins notwendig ist, um die Verjährung zu unterbrechen (vgl. dazu schon OLG Köln VRS 59, 428).

F. Wirksamkeit der Handlungen abgelehnter Richter: Die unaufschiebbar gewesene Handlung bleibt wirksam, auch wenn die Ablehnung später für begr. erklärt wird; anders ist es, wenn ein Ausschließungsgrund nach §§ 22, 23 festgestellt wird (Löwe/Rosenberg/Siolek Rn. 8, 20). Dass die Handlung aufschiebbar gewesen wäre, macht sie zwar fehlerhaft, begr. aber ebenfalls für sich allein nicht ihre Unwirksamkeit (BGHSt 48, 264); ein Verstoß gegen I bzw. II S. 2 wird geheilt, wenn das Ablehnungsgesuch erfolglos bleibt (BGHSt 48, 264; OLG München NStZ 1993, 354; KK-StPO/Scheuten Rn. 6; zur Revision aber erg. → Rn. 34 ff.).

G. Entscheidung über die Ablehnung (III): Das G zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019 hat auch die Fristen für die Entsch. über das Ablehnungsgesuch neu geregelt.

I. Zweiwochenfrist (S. 1): Über die Ablehnung ist spätestens vor Ablauf v. 2 Wochen zu entscheiden, wenn innerhalb dieser 2 Wochen mehrere weitere Verhandlungstage stattfinden. Für diesen Fall stellt S. 1 eine Verlängerung der maximalen Entscheidungsfrist ggü. dem früheren Rechtszustand dar, wonach generell bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages entschieden werden musste (II S. 1 Hs. 2 aF); damit sollen der zu Verzögerungen des Verfahrens zwingende Zeitdruck reduziert u. Terminaufhebungen verhindert werden (BT-Drs. 17474/19, 23).

Die Zweiwochenfrist ist eine **Maximalfrist**. Sie darf nicht ausgenutzt werden, wenn eine frühere Entsch. möglich ist. Dies ergibt sich aus dem Begriff „spätestens“ (vgl. BT-Drs. 17474/19, 23). Wann über das Ablehnungsgesuch entschieden wird, entscheidet das Gericht allerdings nach pflichtgemäßem Ermessen (zur Revision → Rn. 35).

Anders als nach früherer Rechtslage, die noch auf den Beginn der Schlussvorträge abgestellt hatte, ist über das Ablehnungsgesuch **spätestens vor der mündlichen Urteilsverkündung** (§ 268) zu entscheiden. Die Entscheidung kann daher noch unmittelbar vor Beginn der Urteilsverkündung erfolgen.

II. Fristbeginn (S. 2): Die zweiwöchige Frist beginnt mit dem Tag, an dem das Ablehnungsgesuch angebracht wird (Nr. 1). Dies gilt unabhängig davon, ob der Richter vor o. während der HV abgelehnt wird.

Der für den Fristbeginn maßgebliche **Zeitpunkt der Anbringung** des Ablehnungsgesuchs richtet sich nach der Form, die der Antragsteller für das Gesuch gewählt hat. Wird der Antrag in der HV mündlich gestellt, ist dieser Tag maßgeblich, ansonsten der Tag, an dem er zu Prot. der Geschäftsstelle erklärt wurde o. ein schriftlicher Antrag bei Gericht eingegangen ist (vgl. → § 26 Rn. 2). Der Vorsitzende kann in der mündlichen Verh. anordnen, dass der Antragsteller das Gesuch erst zu einem späteren Zeitpunkt anbringt (→ § 25 Rn. 9); dies kommt etwa in Be-

tracht, um laufende Beweisaufnahmen wie eine Zeugenvernehmung nicht zu unterbrechen.

- 23 Hat das Gericht dem Antragsteller dagegen aufgegeben, das Ablehnungsgesuch innerhalb einer v. ihm bestimmten Frist schriftlich zu begründen (**Fall des § 26 I 2**; → § 26 Rn. 2a), beginnt die Frist mit dem Tag des Eingangs der schriftlichen Begründung (Nr. 2).
- 24 **III. Für die Fristberechnung** gilt § 43.
- 25 **IV. Entscheidung bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages:** Findet der übernächste Verhandlungstag erst nach Ablauf v. 2 Wochen statt, kann über die Ablehnung auch noch danach bis zu dessen Beginn entschieden werden (S. 3). Mit dieser Verlängerung sollen Konstellationen erfasst werden, in denen der abgelehnte Richter nach Beginn der Zweiwochenfrist bis zu ihrem Ende – zB wegen Urlaubs o. Krankheit – verhindert ist, eine dienstliche Stellungnahme abzugeben bzw. an einer Entsch. nach § 26a mitzuwirken (vgl. BT-Drs. 19/17474, 24). Insofern ergibt sich keine Änd. zur früheren Rechtslage nach II S. 1 Hs. 2. Auch für S. 3 gilt, dass über das Ablehnungsgesuch vorher entschieden werden muss, wenn dies möglich ist.
- 26 **H. Erledigt ist das Ablehnungsgesuch**, wenn es durch das Gericht als unzulässig verworfen o. als unbegründet zurückgewiesen worden ist. Wenn sofortige Beschwerde zulässig ist (§ 28 II 1), gilt I bis zur Rechtskraft der Entsch. (OLG Celle Nds. RpfL 1998, 130 mwN; OLG München MDR 1982, 773; OLG Stuttgart MDR 1994, 499 mwN; Teplitzky JuS 1969, 325; aM KG JR 1968, 28 unter Hinweis auf § 307 I; Roxin/Schünemann StrafVerfR § 8 Rn. 14; Schorn GA 1963, 178; offengelassen bei BGHSt 4, 208).
- 27 **I. Verfahren bei Begründetheit der Ablehnung:**
- 28 Eine **Wiederholung der Hauptverhandlung (IV)** ab der Anbringung des Ablehnungsgesuchs (zu diesem Zeitpunkt → Rn. 22f.) ist erforderlich, wenn das Ablehnungsgesuch für begr. erklärt wird. Hatte an der Verh. kein Ergänzungsrichter (§ 192 GVG) teilgenommen, so muss sie ausgesetzt u. eine völlig neue HV durchgeführt werden, an der statt des abgelehnten Richters sein Vertreter mitwirkt. Selbst wenn sofort ein Ergänzungsrichter für den mit Erfolg abgelehnten Richter eintritt, ist nach S. 1 die Wiederholung des nach der Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegenden Teils der HV notwendig.
- 29 Eine **Ausnahme** gilt nach dem durch das G zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019 eingeführten S. 2 für solche Teile der HV, deren Wiederholung nicht o. nur mit unzumutbarem Aufwand möglich ist. Insofern sind nach den Mat. durch die Neuregelung „keine erheblichen Abweichungen“ zum früheren II S. 2 Hs. 2 beabsichtigt (BT-Drs. 19/17474, 24), der nur unaufschiebbare Handlungen v. Wiederholungsgebot ausnahm. Allerdings sind der Rechtsbegriff der Unmöglichkeit bzw. der neu eingeführte Begriff des „unzumutbaren Aufwands“ der Beweisaufnahme auf der einen sowie ihrer Unaufschiebbarkeit wie nach früherem Recht auf der anderen Seite nicht deckungsgleich. Es liegt deshalb nahe, dass ihre Inhaltsbestimmung u. in der Folge ihr praktischer Anwendungsbereich sich ebenfalls zumindest partiell voneinander unterscheiden.
- 30 **Unmöglichkeit** der Wiederholung kann aus tatsächlichen o. rechtlichen Gründen bestehen. In tatsächlicher Hinsicht liegt sie etwa beim Tod der Aussageperson vor, kommt aber auch in Betracht, wenn es ausgeschlossen erscheint, sie in absehbarer Zeit erneut in der HV zu vernehmen, zB wegen Krankheit, Gebrechlichkeit (→ § 251 Rn. 9, 20) o. weil sie – nunmehr – unerreichbar ist (→ § 244 Rn. 62a ff.). Rechtliche Unmöglichkeit ist zB gegeben, wenn ein Zeuge nach der Vernehmung befugt das Zeugnis nach §§ 52 ff. o. die Auskunft nach § 55 verweigert o. aber ein im Ausland wohnender Zeuge nunmehr erklärt, nicht erneut zur HV anreisen zu wollen (erg. → § 251 Rn. 11, 21).
- 31 **Ein unzumutbarer Aufwand** der Wiederholung ist anzunehmen, wenn der mit der Beweisaufnahme verbundene Aufwand in keinem angemessenen Verhältnis