

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO

mit GVG, EGGVG, EMRK

von

Rolf Hannich, Dr. Ekkehard Appl, Dr. Christoph Barthe, Michael Bruns, Dr. Herbert Diemer, Prof. Dr. Thomas Fischer, Jan Gericke, Dr. Georg Gieg, Duscha Gmel, Dr. Jürgen-Peter Graf, Anette Greger, Michael Greven, Rainer Griesbaum, Sebastian Jakobs, Prof. Dr. Christoph Krehl, Prof. Dr. Jürgen-Detlef Kuckein, Heinrich Laufhütte, Dr. Heinrich Maul, Lothar Maur, Herbert Mayer, Dr. Gerwin Moldenhauer, Dr. Yvonne Ott, Dr. Carsten Paul, Dr. Wolfram Schädler, Frauke-Katrin Scheuten, Dr. Wilhelm Schmidt, Prof. Dr. Hartmut Schneider, Dr. Ullrich Schultheis, Lothar Senge, Karin Spillecke, Marc Wenske, Günter Willnow, Dr. Anna Zabeck

7., neu bearbeitete Auflage

[Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO – Hannich / Appl / Barthe / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafverfahrensrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 63672 1

Eine **Abgabe** oder **Verweisung** durch das Gericht des ersten Rechtszugs an ein anderes 5
Gericht zugleich mit der Unzuständigkeitserklärung ist unzulässig und unwirksam (*Meyer-Goßner*
Rn 5; *Erb LR* Rn 10). Es fehlt dafür an einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BGHSt 23, 79, 82 =
NJW 1069, 1820; OLG Hamm NJW 1961, 232), aber auch an einem praktischen Bedürfnis,
denn meist bestehen zugleich mehrere Gerichtsstände, unter denen die StA weiter das Wahlrecht
hat. Gleichwohl fehlerhaft vorgenommene „Verweisungen“ sind u. U. durch nachträgliche Zu-
stimmung der StA (anstelle neuer Anklage) und Erlass eines neuen Eröffnungsbeschlusses heilbar
(Braunschweig GA 1962, 284; Karlsruhe GA 1977, 58; *Erb LR* Rn 10). Dagegen können die
Rechtsmittelgerichte die Sache nach § 328 Abs. 2 und § 355 an das örtlich zuständige Gericht
verweisen, allerdings nur, wenn der Beschuldigte den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit in
der ersten Instanz in der Hauptverhandlung rechtzeitig geltend gemacht hat (BGHSt 11, 130,
131 = NJW 1958, 469; *Pfeiffer* Rn 2).

b) nach Eröffnung des Hauptverfahrens. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens kann das 6
Gericht seine örtliche Zuständigkeit nur noch auf einen **Einwand des Angeklagten** prüfen. Ist
das Gericht zuständig, wird der Einwand durch Beschluss entweder als unzulässig oder unbe-
gründet verworfen. Führt die Prüfung zur Feststellung der Unzuständigkeit, so ist das Verfahren
außerhalb der Hauptverhandlung nach § 206a durch Beschluss **einzustellen**, in der Hauptver-
handlung nach § 260 Abs. 3 durch Urteil (Koblenz NStZ 2011, 95; *Erb LR* Rn 14; *Meyer-Goßner*
Rn 4; a. A. *Gössel* GedS. H. Kaufmann 983). Zu Einzelheiten der **Einwandsberechtigung**, der
Ausschlussfrist und der **Form** vgl. die Erl. zu § 6 a.

Der Angeschuldigte kann, ebenso wie bei § 6a, den Einwand schon vor Hauptverfahrenseröff- 7
nung, zB nach Zustellung der Anklage (§ 201 Abs. 1) erheben (vgl. § 6a Rn 7) und ihn auch
dann, wenn er vor oder im Eröffnungsverfahren durch unanfechtbaren Beschluss (vgl. § 6a
Rn 12) verworfen wurde, nach Eröffnung des Hauptverfahrens wiederholen. Der im Haupt-
verfahren rechtzeitig geltend gemachte Einwand ist von besonderer Bedeutung, weil seine zu
Unrecht erfolgte Zurückweisung die **Revision** begründet (vgl. § 6a Rn 13; zur Revisionsrüge
nach § 338 Nr. 4 vgl. Rn 9; vgl. § 338 Rn 67).

4. Beschwerde. Einen vor Eröffnung des Hauptverfahrens ergehenden Beschluss, durch den 8
sein Einwand der Unzuständigkeit verworfen wird, kann der Angeschuldigte nicht anfechten
(§ 201 Abs. 2 S. 2; vgl. auch Rn 3). Der Eröffnungsbeschluss als solcher kann vom Angeklagten
ebenfalls nicht angefochten werden (§ 210 Abs. 1). Der Verwerfungsbeschluss im Hauptverfahren
ist gemäß § 305 der Anfechtung durch die Beschwerde entzogen. Gegen den Beschluss, durch
den sich das Gericht **im Eröffnungsverfahren** für örtlich unzuständig erklärt, ist die einfache
Beschwerde nach § 304 gegeben (*Meyer-Goßner* Rn 7; vgl. auch *Erb LR* Rn 16); ist die Be-
schwerde begründet, verweist das Beschwerdegericht die Sache an das Erstgericht zurück (BGHSt
43, 122 = NJW 1997, 2828). Gegen die Einstellung des Verfahrens auf Grund des Einwandes
nach Eröffnung des Hauptverfahrens durch Beschluss gem. § 206a ist die sofortige Beschwerde
gegeben (§ 206a Abs. 2).

5. Revision. Mit der Revision kann der Angeklagte die **Verwerfung seines Einwandes** im 9
Eröffnungsverfahren nicht beanstanden (§ 336 S. 2). Hat er aber den Einwand (ggf. erneut)
rechtzeitig **im Hauptverfahren** (S. 2 und 3) erhoben, kann er eine revisionsgerichtliche Nach-
prüfung gemäß § 338 Nr. 4 herbeiführen (vgl. Rn 4). Die Zulässigkeit der Rüge (§ 344 Abs. 2
S. 2) setzt die Mitteilung in der Revisionsbegründung voraus, dass der Einwand rechtzeitig
erhoben wurde (BGH 5 StR 571/79). Die **StA** kann wegen der dem Gericht in S. 2 auferlegten
Beschränkung die mangelnde Zuständigkeit nicht zuungunsten des Angeklagten rügen; zu seinen
Gunsten nur, wenn er selbst den Einwand rechtzeitig erhoben hatte. Ein auf einen Einwand in
der Hauptverhandlung ergehendes **einstellendes Urteil** gem. § 260 Abs. 3 ist wie jedes andere
Urteil anfechtbar.

§§ 17 und 18 (weggefallen)

§ 19 [Bestimmung bei negativem Zuständigkeitsstreit]

**Haben mehrere Gerichte, von denen eines das zuständige ist, durch Entscheidungen, die
nicht mehr anfechtbar sind, ihre Unzuständigkeit ausgesprochen, so bezeichnet das gemein-
schaftliche obere Gericht das zuständige Gericht.**

StPO § 20

1. Buch. 2. Abschnitt. Gerichtsstand

- 1. Örtliche Zuständigkeit.** Bei einem **negativen Kompetenzkonflikt** über die örtliche Zuständigkeit ist zunächst die Anwendung von § 14 zu prüfen. Diese Vorschrift setzt aber voraus, dass zwischen den beteiligten Gerichten ein „Streit“ besteht (vgl § 14 Rn 1). Wenn ein solcher nicht mehr besteht, dh. wenn alle beteiligten Gerichte durch **nicht mehr anfechtbare Entscheidungen** ihre Unzuständigkeit ausgesprochen haben, greift § 19 ein. Diese Vorschrift bestimmt also die Entscheidungszuständigkeit des gemeinschaftlichen oberen Gerichts für den Fall, dass zwischen mehreren Gerichten – nicht verschiedenen Spruchkörpern desselben Gerichts (OLG Düsseldorf MDR 1982, 689) – ein negativer Kompetenzkonflikt über die örtliche Zuständigkeit bei unanfechtbaren Entscheidungen vorliegt (BGHSt 31, 183, 184 = NJW 1983, 1437; *Erb LR Rn 1*). In diesem Fall bestimmt das **gemeinschaftliche obere Gericht** das zuständige Gericht.
- 2. Sachliche oder funktionelle Zuständigkeit.** Bei negativen Kompetenzkonflikten über die sachliche oder funktionelle Zuständigkeit ist § 19 (ebenso wie § 14, siehe dort Rn 2) nur **ausnahmsweise** entsprechend anwendbar, wenn keine andere Abhilfe gegen einen Stillstand des Verfahrens möglich ist (BGHSt 18, 381 = NJW 1963, 1747; 45, 26 = NJW 1999, 1876; *Erb LR Rn 3*). Bei Zweifeln über die Art des eingelegten **Rechtsmittels** kann das Revisionsgericht das Berufungsgericht mit bindender Wirkung als zuständig bezeichnen (§ 348 in entsprechender Anwendung); für eine Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (entsprechend §§ 14, 19) ist in einem solchem Fall kein Raum (BGHSt 31, 183 = NJW 1983, 1437; siehe § 14 Rn 2).
- 3. Entscheidung.** Eine Entscheidung auf Vorlage durch eines der beteiligten Gerichte scheidet anders als im Fall des § 14 regelmäßig aus, weil zwischen diesen kein Streit (mehr) besteht. Das gemeinschaftliche obere Gericht wird vielmehr von einem Prozessbeteiligten, regelmäßig der StA angerufen. Es ist von der Entscheidung nicht dadurch ausgeschlossen, dass es bereits als Beschwerdegericht entschieden und eines der beteiligten Gerichte als unzuständig erklärt hat. Es kann nur dann das zuständige Gericht bestimmen, wenn **eines der beteiligten Gerichte** nach den §§ 7 bis 11, 13 **örtlich zuständig** ist. Gelangt es zu der Erkenntnis, dass von den beteiligten Gerichten **keines zuständig** ist, hat es die Entscheidung abzulehnen (BGHSt 27, 329, 330 = NJW 1978, 835; BGH NStZ 1984, 177). Die StA hat dann Anklage beim zuständigen Gericht zu erheben oder beim BGH einen Antrag nach § 13a zu stellen. Sie kann, wenn ihr die Zuständigkeit aller beteiligten Gerichte zweifelhaft erscheint und der BGH das gemeinschaftliche obere Gericht ist, mit einem Antrag nach § 19 einen solchen nach § 13a verbinden (*Erb LR Rn 5*).
- Die unanfechtbare (§ 304 Abs. 1, 4) Entscheidung ergeht nach **Anhörung** des Prozessgegners (§ 33 Abs. 2, 3). Das zuständige Gericht wird bezeichnet, ohne die Unzulässigkeitsklärungen der unteren Gerichte ausdrücklich aufzuheben. Das gemeinschaftliche obere Gericht ist nicht gehindert, auch eine Unzuständigkeitserklärung unwirksam zu machen, die es selbst als Beschwerdegericht erlassen hatte (*Erb LR Rn 6*).

§ 20 [Handlungen eines unzuständigen Gerichts]

Die einzelnen Untersuchungshandlungen eines unzuständigen Gerichts sind nicht schon dieser Unzuständigkeit wegen ungültig.

- Einzelne richterliche Untersuchungshandlungen** (zum Begriff vgl. § 162 Rn 4), die von einem örtlich unzuständigen Gericht erlassen worden sind, sind gleichwohl wirksam und bleiben dies auch, wenn die Unzuständigkeit später festgestellt wird (vgl auch § 22d GVG, § 7 FGG, § 44 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG; § 21 Rn 1). Das gilt erst recht bei **funktionaler Unzuständigkeit** (§ 22d GVG). Für **Strafvollstreckungs-** und **Strafvollzugssachen** gilt § 20 entsprechend (BGHSt 27, 329, 331); bei **sachlicher Unzuständigkeit** scheidet eine Anwendung aus (Köln StV 2004, 417, 418). Die Regel des § 20 greift nicht ein, wenn die Entscheidung an einem so schweren Mangel leidet, dass ihre Wirksamkeit grundlegenden Verfahrensprinzipien offenkundig widersprechen würde (vgl BGHSt 29, 351, 353 = NJW 1981, 133; BGH NStZ 1984, 279; *Meyer-Göbner Rn 1; Erb LR Rn 3; Rudolphi SKStPO 1*).
- Die Vorschrift spricht von **einzelnen Untersuchungshandlungen** (vgl § 162), nicht vom Verfahren als Ganzem. Gemeint sind also vor allem Beweiserhebungen und Zwangsmaßnahmen. Die **Wirksamkeit** der Untersuchungshandlungen beschränkt sich nicht auf das Vorverfahren.

Befugnisse bei Gefahr im Verzug

§ 21 StPO

Auch Beweiserhebungen nach §§ 223 bis 225 brauchen nicht wiederholt zu werden; die Protokolle sind nach §§ 251, 253, 254 verlesbar (*Erb LR Rn 5*). Entsprechendes gilt für § 369 (Düsseldorf NJW 1979, 1724; *Meyer-Goßner Rn 3*). § 20 verbietet aber eine Wiederholung nicht; diese ist selbstverständlich zulässig. Erklärt sich aber das Gericht in der Hauptverhandlung für unzuständig, so muss wegen der Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit die Hauptverhandlung vor dem zuständigen Gericht neu begonnen werden (vgl *Erb LR Rn 6*).

§ 21 [Befugnisse bei Gefahr im Verzug]

Ein unzuständiges Gericht hat sich den innerhalb seines Bezirks vorzunehmenden Untersuchungshandlungen zu unterziehen, bei denen Gefahr im Verzug ist.

§ 21 regelt eine **Notkompetenz in Eilfällen** (vgl zu diesem Grundsatz auch § 143 Abs. 2 **1** GVG und die §§ 165, 81a Abs. 2, 81c Abs. 5, 98 Abs. 1 S. 1, 100b Abs. 1 S. 2, 105 Abs. 1 S. 1) und beauftragt ein Gericht, dem seine **örtliche Unzuständigkeit** bekannt ist, mit der Durchführung eiliger Untersuchungshandlungen (*Erb LR Rn 1*). Eine Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit enthält § 21 nicht. Die Vorschrift kommt im Hinblick auf §§ 162 Abs. 1, 165 vor allem in solchen Verfahren zur Anwendung, in denen eine gerichtliche Untersuchung bereits anhängig ist.

Gefahr im Verzug ist gegeben, wenn bei Abgabe der Sache an das örtlich zuständige Gericht **2** eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs einträte (vgl BVerfGE 51, 97, 111 = NJW 1979, 1539, 1540; *Erb LR Rn 4*; vgl auch §§ 81a Abs. 2, 81c Abs. 5). In der Regel wird die StA den Antrag auf Vornahme der Eilmaßnahme stellen; das Gericht kann aber auch ohne Antrag handeln (*Erb LR Rn 4*). Die **weiteren Verfügungen** in der Sache hat das zuständige Gericht vorzunehmen.

Dritter Abschnitt. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen

Vorbemerkung zu §§ 22 bis 31:

- 1 **Ausschließung und Ablehnung von Staatsanwälten.** Für die Ausschließung ebenso wie für die Ablehnung eines StA gibt es in der geltenden StPO keine rechtliche Grundlage. Die §§ 22ff sind nach hM nicht, auch nicht entsprechend anwendbar (BVerfGE 25, 336, 345 = NJW 1969, 1104, 1106; BGHSt 14, 265 = NJW 1960, 1358; 21, 85, 89 = NJW 1966, 2321, 2322; BGH NJW 1980, 845; 1984, 1907; *Wendisch*, FS für Schäfer, 1979, S. 243; *Pfeiffer*, FS für Rebmann, 1989, S. 364; *Meyer-Göbner* vor § 22 Rn 3; *Siolek* LR vor § 22 Rn 8ff; *Schneider* NStZ 1994, 457); die Prozessbeteiligten haben daher kein Recht auf Ablehnung eines ausgeschlossenen oder befangenen StA (Hamm NJW 1969, 808; Karlsruhe MDR 1974, 423). Der StA ist freilich verpflichtet, das Verfahren justizförmig zu gestalten. Dieser Grundsatz verlangt, dass bei Vorliegen bestimmter Umstände der StA nicht mitwirken darf. Für die Bestimmung solcher Fälle können die Ausschlussbestände der §§ 22, 23 **Anhaltspunkte** geben; jedoch müssen die verfahrensrechtliche Stellung des StA und die unterschiedlichen Aufgaben von Richter und StA berücksichtigt werden (BVerfG JR 1979, 28; BGH NJW 1984, 1907; StV 1996, 297; *Pfeiffer*, FS für Rebmann, 1989 S. 370; *Siolek* LR vor § 22 Rn 14; *Rudolphi* SK vor § 22 Rn 28).
- 2 **1. Ersetzung.** In Fällen, in denen die Ersetzung von staatsanwaltschaftlichen Beamten geboten ist, kann dies auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten oder von Amts wegen durch die vorgesetzte Behörde ohne förmliches Verfahren bewirkt werden (vgl auch *Hahn* I S. 93). Ein StA, bei dem ein Grund vorliegt, der bei einem Richter zur Ausschließung führt, kann ersetzt werden (§ 145 Abs. 1 GVG); geschieht dies nicht, kann seine Mitwirkung mit der Revision gerügt werden (vgl BGHSt 14, 265 = NJW 1960, 1358; BGH NJW 1980, 845; BGH NStZ 1983, 135; 1990, 24; zur Ablehnung s. § 24 Rn 13). Ein StA muss von der Mitwirkung in der Sache ausgeschlossen sein und ist daher regelmäßig zu ersetzen, wenn er mit anderen Verfahrensbeteiligten in einer von § 22 Nr. 1 bis 3 erfassten Weise durch enge **verwandtschaftliche** oder verwandtschaftsähnliche Beziehungen verbunden ist; erst recht, wenn er als **Täter oder Opfer** der aufzuklärenden Straftat in Betracht kommt. Das gilt auch, wenn ein StA in demselben Verfahren zuvor als RA des Verletzten oder als Verteidiger des Beschuldigten tätig gewesen ist, denn diese Vortätigkeit als einseitiger Sachwalter lässt befürchten, dass er nicht mehr unbefangen und unparteiisch an die Sache herangeht (*Siolek* LR vor § 22 Rn 15; *Rudolphi* SK vor § 22 Rn 26; *Meyer-Göbner* vor § 22 Rn 3) Auch die Ausschlussgründe des § 22 Nr. 4 – Fälle 3 und 4 – sind insoweit entsprechend heranzuziehen. Ausgeschlossen in diesem Sinne ist ein StA im Berufungsverfahren, der an der mit dem Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung als Richter mitgewirkt hat, denn es kann von ihm nicht erwartet werden, dass er sich von einer früheren, auf Endgültigkeit zielenden Entscheidung gedanklich lösen und den Fall erneut offen prüfen kann (Stuttgart NJW 1974, 1394; *Siolek* LR vor § 22 Rn 15). Auch bei einer Entscheidung über ein Rechtsmittel gegen eine von ihm selbst verfügte Maßnahme ist der StA – in Anwendung des Gedankens aus § 23 Abs. 1 – ausgeschlossen (*Pfeiffer*, FS für Rebmann, 1989 S. 370ff mwN; *Tölkendorf* Mitwirkungsverbot für den befangenen StA, 1989 S. 37ff).
- 3 **2. Zeuge oder Sachverständiger.** Ein in derselben Hauptverhandlung als Zeuge oder Sachverständiger vernommener StA ist im Anschluss an seine Vernehmung von der weiteren Mitwirkung im Verfahren als Sitzungsvertreter der StA i. d. R. ausgeschlossen, soweit er bei der weiteren Beweisaufnahme und seinen Schlussausführungen seine eigene Person sowie die Glaubhaftigkeit seiner eigenen Aussage beurteilen und bewerten müsste (krit. BGH NStZ 2008, 353 in Fortführung von BGH NStZ 1989, 583; BGH StV 2008, 337; dazu Anm. *Kelker* StV 2008, 381). Allerdings wird § 22 Nr. 5 nicht uneingeschränkt auf den StA übertragen. Während der Richter nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes unabhängig vom Gegenstand seiner Aussage ausgeschlossen ist, gilt nach der Rspr. des BGH diese Regel für Staatsanwälte nicht, die über rein technische, mit der Tätigkeit als Sachbearbeiter notwendig verbundene Vorgänge vernommen worden sind. Dasselbe gilt, wenn sichergestellt ist, dass sich die Tätigkeit des StA nach seiner Vernehmung nur auf Vorgänge bezieht, die mit dem Gegenstand seiner Aussage in keinem **Zusammenhang** stehen und deshalb einer gesonderten Würdigung zugänglich sind (vgl BGHSt 14, 265 = NJW

1960, 1358; 21, 85 = NJW 1966, 2321; BGH NStZ 1990, 24 [M]; *Pfeiffer*, FS für Rebmann, 1989 S. 371; mwN). Diese Grundsätze gelten im Übrigen nicht, wenn ein StA nicht in der dem angefochtenen Urteil zugrundeliegenden Hauptverhandlung, sondern in einer früheren Hauptverhandlung in derselben Sache als Zeuge vernommen worden ist (BGH NStZ 1994, 194); seiner Mitwirkung in der neuen Hauptverhandlung steht dann grds. nichts entgegen.

3. Kein Ausschluss. Dass ein StA die **Ermittlungen geführt** hat, schließt ihn als Sitzungs- 4
vertreter selbstverständlich nicht aus, denn es liegt gerade im Interesse der Sache, dass derjenige, der die Einzelheiten kennt, auch in der Hauptverhandlung (namentlich in Großverfahren) die Anklage vertritt. Ein StA ist auch als Sitzungsvertreter in der **Rechtsmittelinstanz** nicht ausgeschlossen, wenn er in vorangehenden Instanzen tätig geworden oder den abschließenden Antrag gestellt hat. Ein StA, der in seiner früheren Funktion als Richter an einem vom Revisionsgericht aufgehobenen Urteil mitgewirkt hat, darf, von speziellen landesrechtlichen Regelungen abgesehen, an der durch die Revisionsentscheidung erforderlich gewordenen erneuten Hauptverhandlung mitwirken (BGH NStZ 1991, 595; *Siolek* LR Rn 15 ff.). Auch im Wiederaufnahmeverfahren ist ein StA nicht ausgeschlossen, der im ursprünglichen Verfahren mit der Sache befasst war. Im Einzelfall kann in solchen Fällen die Ablösung des StA durch den Vorgesetzten gem. § 145 GVG wegen Besorgnis der Befangenheit in Betracht kommen (*Pfeiffer*, FS für Rebmann S. 370ff mwN; vgl auch *Tölkendorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen StA, 1989, S. 90ff).

Keine hinreichenden Gründe für die Ersetzung eines StA sind regelmäßig zB Zugehörigkeit 5
zum selben Verein oder zur selben politischen Partei wie ein Verfahrensbeteiligter (vgl Bay-VerfGH NJW 1997, 3162f); ebenso nicht fehlerhafte, zögerliche oder einseitige Ermittlungstätigkeit. Verletzt ein StA aber seine **Pflicht zur Objektivität** (vgl § 160 Abs. 2) schwer und nachhaltig, so gebietet der Grundsatz des fairen Verfahrens seine Ersetzung; die gerichtliche Fürsorgepflicht legt eine Anregung des Gerichts an den Dienstvorgesetzten nahe, so zu verfahren.

4. Revision. Das Gericht kann die Ablösung eines Staatsanwalts nicht erzwingen; eine ableh- 6
nende Entscheidung des Dienstvorgesetzten ist auch nicht nach § 23 EGGVG angreifbar (Hamm NJW 1965, 2141; 1966, 684; 1969, 808; 1973, 1089; Schleswig SchlHA 1983, 10; vgl auch Hamburg NJW 1972, 1586; Karlsruhe NJW 1976, 417; 1978, 1595; Koblenz GA 1975, 340; *Meyer-Göfner* vor § 22 Rn 2; *Siolek* LR vor § 22 Rn 11; *Rudolphi* SK vor § 22 Rn 38; aA *Hilgendorf* StV 1996, 53ff). Auch der Beschuldigte hat keinen Rechtsanspruch darauf, dass der sachbearbeitende StA bei Besorgnis der Befangenheit durch einen anderen ersetzt wird; eine Anfechtung der Nichtersetzung als Justizverwaltungsakt scheidet aus. Ein Anspruch könnte allenfalls in Ausnahmefällen aus übergeordneten Verfahrensgrundsätzen wie etwa dem aus Art 6 Abs. 1 MRK folgenden Anspruch auf ein faires Verfahren abgeleitet werden, namentlich in Fällen eines evidenten persönlichen Interesses (zB wenn ein StA selbst Verletzter oder Angehöriger des Verletzten einer Straftat ist) oder offenkundig sachferner Voreingenommenheit (vgl BGH NJW 1980, 845; *Schäfer*, Der befangene Staatsanwalt, 1983, S. 30ff; *Joos* NJW 1981, 100). Wenn das Urteil darauf beruht, dass der StA rechtsfehlerhaft nicht ersetzt worden ist, kann dieser Verfahrensfehler (§ 337) mit der Revision gerügt werden (vgl BGH NJW 1980, 845; *Siolek* LR vor § 22 Rn 12; *Rudolphi* vor § 22 Rn 41; *Meyer-Göfner* vor § 22 Rn 7; § 22 Rn 25). Zum notwendigen Revisionsvorbringen bei Rüge der weiteren Mitwirkung eines als Zeuge vernommenen StA als Sitzungsvertreter vgl BGH NStZ 2007, 419.

§ 22 [Ausschließung eines Richters]

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen,

1. wenn er selbst durch die Straftat verletzt ist;
2. wenn er Ehegatte, Lebenspartner, Vormund oder Betreuer des Beschuldigten oder des Verletzten ist oder gewesen ist;
3. wenn er mit dem Beschuldigten oder mit dem Verletzten in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war;
4. wenn er in der Sache als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist;
5. wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist.

Übersicht

	Rn.
1. Normzweck; Regelungszusammenhang	1
2. Gerichtspersonen	2
3. Ausschließungsgründe	3, 4
a) Nr. 1: Ausschluss als persönlich Verletzter	3, 4
b) Nr. 2: Ausschluss wegen enger Verbindung zu einer verfahrensbeteiligten Person ...	7
c) Nr. 3: Ausschluss wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft	8
d) Nr. 4: Ausschluss wegen Vortätigkeit	9
e) Nr. 5: Ausschluss wegen Vorvernehmung als Zeuge oder Sachverständiger	15
4. Wirkung der Ausschließung	20
5. Revision	24

- 1 1. Normzweck; Regelungszusammenhang.** Das von Verfassungs wegen garantierte Recht auf den **gesetzlichen Richter** (Art 101 Abs. 1 S. 2 GG) ist nicht gewahrt, wenn der Rechtsuchende vor einem Richter steht, der die gebotene Unvoreingenommenheit vermissen lässt (BVerfGE 21, 139, 146 = NJW 1967, 1123; 30, 149, 153 = NJW 1971, 1029). Die Institute des **Ausschlusses** eines Richters von der Mitwirkung an einer Entscheidung (§§ 22, 23) und der **Richterablehnung** (§ 24) dienen gleichermaßen dem Ziel, die Richterbank von Richtern freizuhalten, die dem zu entscheidenden Rechtsfall und den daran Beteiligten nicht mit der für die richterliche Unparteilichkeit erforderlichen Distanz einer unbeteiligten, am Verfahrensausgang nicht privat interessierten Person gegenüber stehen (BVerfGE 21, 139, 145f; 46, 34, 37). Gesetzlicher Ausschluss und Ablehnung unterscheiden sich aber in ihren Grundlagen und Wirkungen: § 22 will mit Rücksicht auf das Ansehen der Strafrechtspflege schon den Anschein eines Verdachts der Parteilichkeit vermeiden; er schließt deshalb alle Personen von der Mitwirkung an einer gerichtlichen Entscheidung aus, bei denen aus den in §§ 22 Nr. 1 bis 5 angeführten Gründen die **abstrakte Gefahr** der Voreingenommenheit besteht (BGHSt 31, 358, 359 = NJW 1983, 2711). Diese Wirkung tritt **kraft Gesetzes** ein; ein gerichtlicher Beschluss stellt sie nur **deklaratorisch** fest. Die **Ausschließungsgründe** sind in den §§ 22, 23 (und in § 148a Abs. 2 S. 1) **abschließend** aufgeführt (BVerfGE 46, 38; Düsseldorf NStZ 1987, 571) und eng auszulegen (BGHSt 44, 7 = NJW 1998, 1234). Sie knüpfen an objektivierbare Tatsachen und Vorgänge an, die regelmäßig zuverlässig und eindeutig nachprüfbar sind; ihr Anwendungsbereich ist eng auszulegen (BGHSt 44, 4, 7 = NJW 1998, 1234). Der Ausschluss ist **von Amts wegen** festzustellen und zu berücksichtigen. Über das Vorliegen der **Besorgnis der Befangenheit** ist dagegen **konstitutiv** zu entscheiden; erst diese Entscheidung führt zum Ausschluss des betroffenen Richters von der Mitwirkung. Ob eine Besorgnis der Befangenheit zu bejahen ist, hängt von vielfältigen **Wertungen** und damit auch von subjektiven Elementen ab. Die Entscheidung über die Befangenheit eines Richters ergeht nicht von Amts wegen, sondern setzt die **Geltendmachung** durch Verfahrensbeteiligte voraus, die sich durch die eine Besorgnis begründenden Vorgänge unmittelbar betroffen fühlen (BVerfGE 46, 34, 37). Eine Prüfung erfolgt darüber hinaus auch auf die **Selbstanzeige** des möglicherweise betroffenen Richters (§ 30); eine „Selbstablehnung“, also die Entscheidung eines Richters über die eigene Ausschließung in der Sache, kennt das Gesetz hingegen nicht.
- 2 2. Gerichtspersonen.** Gerichtspersonen im Sinne dieses Abschnitts sind zunächst die **Richter**: Richter auf Lebenszeit (§ 10 DRiG), Richter auf Probe (§ 12 Abs. 1 DRiG), Richter kraft Auftrags (§ 14 DRiG). Ordentliche **Professoren** der Rechte an einer Universität in der Bundesrepublik können Richter sein (§ 7 DRiG); ebenso **Referendare** in Rechtshilfesachen (§ 10 S. 1 GVG). Nach § 31 gelten die Vorschriften entsprechend für **Schöffen** sowie für **Urkundsbeamte** der Geschäftsstelle und andere als Protokollführer zugezogene Personen. Auf den **Dolmetscher** sind die Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung der **Sachverständigen** (§ 74) entsprechend anzuwenden (§ 191 GVG). Für die Ausschließung und Ablehnung von **Rechtspflegern** sind die §§ 22ff entspr. anwendbar (§ 10 RPfG). Für um die Vernehmung von Zeugen ersuchte **Konsularbeamte** gelten die §§ 22ff nicht (Düsseldorf NStZ 1983, 469); auch nicht für den **Bezirksrevisor** als Vertreter der Staatskasse (Koblenz OLGSt § 22 Nr. 1; Meyer-Göfner vor § 22 Rn 2). Zur Ausschließung von **Staatsanwälten** vgl Vorbem. vor § 22.
- 3, 4 3. Ausschließungsgründe.** a) **Nr. 1: Ausschluss als persönlich Verletzter.** Ein Richter ist ausgeschlossen, wenn er **selbst durch die Straftat verletzt** ist, denn niemand kann Richter in eigener Sache sein. Die Bestimmung setzt voraus, dass ein Vorgang, durch welchen der Richter verletzt sein könnte, **Gegenstand des Strafverfahrens** ist (BGHSt 14, 219, 222 = NJW 1960, 301, 302). **Verletzt** ist nur, wer durch die abzuurteilende Tat **unmittelbar betroffen** ist (BGHSt

1, 298; BGH NStZ 2009, 342 dazu *Volkmer* NStZ 2009, 371; BayObLG NStZ 1993, 347); die strafbare Handlung muss sich als Eingriff in Rechte des Richters erweisen.

Beim **Diebstahl** soll neben dem Eigentümer auch der Gewahrsamsinhaber verletzt sein (RGSt 50, 46; *Siolek* LR Rn 16; vgl auch BGHSt 10, 401; 29, 319; 323); das ist zweifelhaft (vgl *Fischer* StGB § 242 Rn 2). Beim **Betrug** ist nur die geschädigte Person verletzt, nicht auch eine von ihr verschiedene getäuschte Person (BGH MDR 1971, 363 [D.]). Bei **Insolvenzdelikten** ist jeder aus der Masse nicht voll Befriedigte verletzt (RGSt 11, 223; 33, 309, 310); eine nachträgliche Befriedigung beseitigt dies nicht (RGSt 21, 291). Dadurch, dass ein Beschuldigter ihn während eines Verfahrens, insb. auch während der Hauptverhandlung **beleidigt** oder sonst angreift, wird ein Richter nicht schon Verletzter in diesem Verfahren (BGH MDR 1954, 628; BGH Beschl. v. 2.11.2011, 1 StR 544/09); er ist aber davon ausgeschlossen, in einem späteren Verfahren diese Beleidigung abzuurteilen. Durch eine gegen Richter gerichtete **Kollektivbeleidigung** werden nur diejenigen verletzt, die persönlich getroffen werden sollen und gegen die die Kundgebung unmittelbar gerichtet ist (BVerfG NJW 1995, 2913); auch ein Richter, der die beleidigende Äußerung subjektiv auf sich bezieht und persönlich einen Strafantrag stellt (BVerfG NJW 1992, 2471). Beleidigt ein Angeklagter die Mitglieder einer Zivilkammer wegen einer von ihnen erlassenen Entscheidung, so umfasst diese Beleidigung grds. nicht ein Mitglied der Kammer, das nicht an der Entscheidung, sondern nur an deren Verkündung beteiligt war. Die **Androhung** einer Sprengstoffexplosion im Gerichtsgebäude richtet sich allgemein gegen die Justizbehörden; als Drohungsadressaten (§ 241 StGB) verletzt sind daher die verantwortlichen Organwalter, nicht aber ohne Weiteres alle im Gebäude tätigen Richter (BGH NStZ-RR 2002, 66).

Bei **Vermögensdelikten** kommt es darauf an, ob durch das tatsächliche Geschehen, das 6 Gegenstand des Strafverfahrens ist, bei dem Richter unmittelbar ein Nachteil an seinem persönlichen Vermögen bewirkt worden ist (RGSt 24, 342; 37, 415; 67, 219; 69, 127; BGHSt 1, 298; BGH NStZ 2006, 646; vgl *Meyer-Göfner* Rn 7; *Siolek* LR Rn 7, 16ff); ein nur mittelbarer Schaden reicht nicht aus. Richtet sich ein Delikt gegen das **Vermögen einer Gesellschaft**, so ist zu unterscheiden: Eine Stellung als **Gesellschafter** einer GmbH oder Aktionär einer AG oder die Mitgliedschaft in einem **rechtsfähigen Verein** oder einer eingetragenen **Genossenschaft** führen nicht zum Ausschluss in einem Verfahren wegen eines Vermögensdelikts gegen die juristische Person, denn das Vermögen ist dieser zugeordnet; bei den Gesellschaftern tritt daher nur ein für § 22 Nr. 1 nicht ausreichender mittelbarer Nachteil ein (RGSt 37, 415; 69, 128). Auch die Mitglieder der Organe der Gesellschaft sind durch eine gegen diese gerichtete Vermögensstraftat als solche nicht verletzt (RGSt 67, 219, 220); erst recht nicht zB ein Prokurist einer GmbH, selbst wenn er Anteil an Gewinn und Verlust der Gesellschaft hat (BGHSt 1, 298). Entsprechendes gilt bei Körperschaften des öffentlichen Rechts; daher ist zB ein Kreistagsabgeordneter nicht durch eine gegen den Landkreis gerichtete Tat verletzt (BGH MDR 1955, 145; RGSt 67, 220). Dagegen sind bei der **BGB-Gesellschaft** sowie grds. auch einem **nicht rechtsfähigen Verein** die Gesellschafter bzw die Mitglieder unmittelbar verletzt (vgl RGSt 33, 316; 37, 415; 46, 77, 80; 69, 128). Insoweit sind jedoch weitere Einschränkungen vorzunehmen, soweit die rechtliche oder faktische Gestaltung eine Haftungsfreistellung bewirkt und eine unmittelbare Schadenswirkung ausschließt. Daher führt etwa die Mitgliedschaft eines Richters in einer als nicht rechtsfähiger Verein organisierten **politischen Partei** in einem Strafverfahren wegen Untreue zu Lasten der Partei nicht zum Ausschluss nach Nr. 1 (BGHSt 51, 100, 110f = NJW 2007, 1760, 1763; BGH NStZ 2006, 646). Ob an der Verletzten-Eigenschaft aller Gesellschafter einer OHG sowie bei der KG jedenfalls des Komplementärs (vgl RGSt 46, 77, 80; *Meyer-Göfner* Rn 7; *Siolek* LR Rn 17) im Hinblick auf § 124 Abs. 1 HGB festzuhalten ist, mag zweifelhaft sein.

b) Nr. 2: Ausschluss wegen enger Verbindung zu einer verfahrensbeteiligten Person. 7 Ein Richter ist ausgeschlossen, wenn er Ehegatte, Lebenspartner, Vormund oder Betreuer des **Beschuldigten** oder des **Verletzten** ist oder gewesen ist (Nr. 2). Ein Verlöbnis begründet dagegen nur einen Ablehnungsgrund. Selbstverständlich ist ein Richter auch ausgeschlossen, wenn er selbst Beschuldigter ist (vgl Stuttgart MDR 1971, 67); aber auch dann, wenn er, ohne formell beschuldigt worden zu sein, **Beteiligter** der angeklagten Tat oder einer an sie anknüpfenden Tat nach §§ 257, 258, 259, 261 StGB ist (vgl *Siolek* LR Rn 22f).

c) Nr. 3: Ausschluss wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft. Auch bei Verwandtschaft und Schwägerschaft ist ein Richter ausgeschlossen (Nr. 3); das Bestehen dieser Verhältnisse bestimmt sich nach den Vorschriften des BGB. Das Verhältnis muss zum Beschuldigten oder Verletzten bestehen; liegt sie mit dem StA, Verteidiger, Zeugen, Sachverständigen, UrkB, An-

StPO § 22

1. Buch. 3. Abschnitt. Ausschl. und Ablehnung der Gerichtspersonen

zeigenden usw. vor, kann das gegebenenfalls nur einen Ablehnungsgrund rechtfertigen (BGH MDR 1974, 547 [D]).

- 9 **d) Nr. 4: Ausschluss wegen Vortätigkeit.** Ein Richter ist ausgeschlossen, wenn er **in der Sache** bestimmte Vortätigkeiten ausgeübt hat. Damit soll das Strafverfahren nicht nur gegen Voreingenommenheit geschützt, sondern auch schon der Schein eines Verdachts der Parteilichkeit vermieden werden (BGHSt 9, 193, 194 = NJW 1956, 1246; 28, 262, 265 = NJW 1979, 2160; 31, 358, 359 = NJW 1983, 2711). § 22 Nr. 4 erfasst **nichtrichterliche Vortätigkeiten**; richterliche Vortätigkeiten sind in § 23 aufgeführt. Der Begriff der **Tätigkeit** umfasst jede Art amtlichen Handelns in der Sache, das geeignet ist, den Sachverhalt zu erforschen oder den Gang des Verfahrens zu beeinflussen (BGH NStZ 1982, 78). Auch der **Begriff der Sache** ist weit auszulegen (BGHSt 9, 193, 194); er umfasst grundsätzlich das gesamte Verfahren, das die strafrechtliche Verfolgung einer bestimmten Straftat zum Gegenstand hat. Es kommt auf die Identität des historischen Ereignisses an, um dessen Aufklärung es zu der Zeit ging, als der Richter die nichtrichterliche Funktion ausübte. Der Annahme einer solchen Identität steht weder das Vorhandensein von materiell-rechtlicher Tatmehrheit noch das Vorliegen mehrerer selbstständiger Taten im Sinne von § 264 entgegen. Vielmehr entscheidet in solchen Fällen regelmäßig die Einheit der Hauptverhandlung; sie kann auch Vorgänge, die bei natürlicher Betrachtung als verschiedene historische Ereignisse erscheinen, zu einer Einheit zusammenfassen und bedingt damit, dass sogar bei durch gemeinsamen Eröffnungsbeschluss **verbundenen Strafsachen** das gesamte Verfahren von vornherein als eine Sache im Sinne des § 22 Nr. 4 anzusehen ist (BGHSt 14, 219, 222 = NJW 1960, 301; 28, 262, 263; Düsseldorf StV 1983, 361); zur Sache gehören alle Verfahrensabschnitte von den Vorermittlungen über die Hauptverhandlung bis zum Wiederaufnahmeverfahren (BGHSt 28, 262, 263 = NJW 1979, 2160). Andererseits ist **Verfahrensidentität** nicht vorausgesetzt; Nr. 4 ist auch gegeben, wenn der Richter materiell in derselben Sache, formell aber in einem anderen Verfahren tätig war, denn auch hierdurch kann der Anschein der Parteilichkeit aufkommen (BGHSt 9, 193; 28, 262, 265; 31, 358). Im Einzelnen sind in Nr. 4 **abschließend** vier verschiedene Vortätigkeiten aufgeführt:
- 10 **aa) Beamter der Staatsanwaltschaft.** Der Begriff ist im funktionellen Sinne zu verstehen. Erfasst sind: Bundesanwälte, OStAe und StAe beim GBA, StAe und Amtsanwälte aller Beförderungsstufen der Länder, mit der Wahrnehmung amtsanwaltschaftlicher Aufgaben beauftragte Referendare. Unerheblich ist, ob zur Zeit der früheren Tätigkeit der Täter noch unbekannt, die Tätigkeit förmlicher oder sachlicher Art, für das Verfahren wesentlich oder unbedeutend war. Maßgebend ist allein, ob der Richter zuvor als Beamter der StA irgendetwas zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Beeinflussung des Ganges des Verfahrens getan hat (BGH wistra 2006, 310; BGH StV 2008, 123). Das trifft auf jede Verfügung zu, mit der der Gang des Verfahrens gefördert werden sollte (BGH MDR 1982, 281). Wer als Sitzungsvertreter der StA an der mit der Verurteilung des Angeklagten zu Ende gegangenen Hauptverhandlung teilgenommen hat, ist als Mitglied einer StVollstrK auch dann kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn diese über die Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Gesamtstrafe zu entscheiden hat, in die, die in der früheren Hauptverhandlung verhängte Strafe einbezogen worden ist (Stuttgart NStZ 1988, 375). Keine Sachgleichheit soll aber bestehen, wenn eine frühere Strafe, an deren Zustandekommen der Richter als StA mitgewirkt hat, nach § 55 StGB in eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe einbezogen wird (BGHSt 28, 262).
- 11 Als **Tätigkeit** iS von Nr. 4 ist auch eine **Verfügung** anzusehen, mit der ein Richter früher als StA im Ermittlungsverfahren eine **Sachstands-anfrage** bei der Polizei angeordnet und eine Frist zur Wiedervorlage bestimmt hat (BGH StV 1982, 51; BGH NStZ 2011, 106; vgl § 338 Rn 55); auch die Verfügung einer Aufenthaltsermittlung oder einer Zustellung (*Siolk LR Rn 30; Rudolphi SK Rn 15*). Ausreichend ist es auch, wenn ein Richter in seiner früheren Tätigkeit als Beamter der StA in der Sache nur von einem nicht zeichnungsberechtigten Sachbearbeiter entworfene Verfügungen über die Rücknahme des Steckbriefs gegen den Beschuldigten und eine Rücknahmenachricht an das Strafregister in Vertretung des zuständigen Abteilungsleiters unterzeichnet hat (BGH NJW 1952, 1149). Auch die bloße **Abzeichnung** von Verfügungen eines Sachbearbeiters der StA durch den Behördenleiter ist eine „Tätigkeit in der Sache“ im Sinne des § 22 Nr. 4, auch wenn sie in erster Linie dem Zweck diene, einen Überblick über die Dauer der Erledigung der Geschäfte der StA zu erhalten (BGH 1 StR 219/73). Eine frühere Ausübung der allgemeinen **Dienstaufsicht** über eine StA ist i. d. R. nicht ausreichend, um einen Ausschluss nach Nr. 4 zu begründen (BGH wistra 2006, 310). Zum Ausschluss führt es auch nicht, wenn ein Richter in seinem früheren Amt als StA im Rahmen von **Todesermittlungen** die Obduktion