

Die Assessorklausur im Strafprozess

Heidrich / Neher

14. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81242-2
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.

laut der Urkunde Kenntnis zu nehmen, gemäß § 249 II 3 StPO als wesentliche Förmlichkeiten im Hauptverhandlungsprotokoll festzuhalten. Gleiches gilt für den Widerspruch gegen die Anordnung des Vorsitzenden und gemäß § 273 I StPO für die darauf ergangene Entscheidung des Gerichts.

Beachte: Die Anordnung des Selbstleseverfahrens kann mit der Revision nur beanstandet werden, wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung unverzüglich Widerspruch nach § 249 II 2 StPO erhoben hat, ansonsten ist die Verfahrensrüge bereits unzulässig. Bei einem **Widerspruch gemäß § 249 II 2 StPO** muss sich der geltend gemachte Verfahrensverstöß nicht auf die Einführung des Urkundeninhalts überhaupt („ob“), sondern auf die Einführung gerade im Wege des Selbstleseverfahrens beziehen. Ein Rechtsfehler bei dieser Wahl ist aber nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar (vgl. dazu BGH NJW 2021, 479). Wird dagegen die Art der Durchführung des Selbstleseverfahrens gerügt, zB die Bemessung der Frist zur Kenntnisnahme, gerügt, muss in der Hauptverhandlung eine Entscheidung nach § 238 II StPO herbeigeführt werden (BGH NStZ 2022, 571).

Schließlich ist – allerdings nur, wenn es nicht auf den Wortlaut der Urkunde ankommt – auch eine Einführung durch Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts der Urkunde durch den Vorsitzenden möglich (BGHSt. 30, 10). In all diesen Fällen liegt ein echter Urkundenbeweis vor.

Hiervon streng zu unterscheiden ist der **Vorhalt**. Es handelt sich hierbei lediglich um einen **Vernehmungsbefehl**. Der Beweiswürdigung zugänglich ist deshalb immer nur die Antwort auf den Vorhalt.

dd) Der Augenschein (§ 86 StPO). Dieses Beweismittel erfasst jede sinnliche, 295 nicht nur die visuelle Wahrnehmung. Wie beim Urkundenbeweis können auch beim Augenschein Probleme mit dem allgemein aus § 250 StPO abzuleitenden Verbot, individuelle Zeugenwahrnehmungen durch andere Beweismittel zu ersetzen, auftreten, zB bei einer Unfallskizze.

g) Plädoyers und letztes Wort. Die Plädoyers und das letzte Wort sind in § 258 I 296 und II StPO geregelt. Diese Rechte erschöpfen sich aufgrund ihrer überragenden Bedeutung nicht nur in der bloßen Möglichkeit der Äußerung. Vielmehr muss den Verfahrensbeteiligten eine wirksame Ausübung ermöglicht werden. Das Gericht kann daher je nach Umfang und Dauer der Hauptverhandlung sowie dem konkreten Prozessverlauf dazu verpflichtet sein, zur Ausarbeitung der Schlussvorträge eine angemessene Vorbereitungszeit einzuräumen (vgl. BGH NStZ 2023, 437). Die Verletzung des Rechts auf das letzte Wort ist revisibel. Entsprechende Verstöße sind nicht selten, da immer wieder nach vorläufiger Urteilsberatung nochmals in die Verhandlung eingetreten wird (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 258 Rn. 27 ff.). Ob von einem **Wiedereintritt in die Verhandlung** auszugehen ist, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Maßgeblich ist, ob es sich um einen Verfahrensvorgang handelt, der für die Sachentscheidung des Tatgerichts von Bedeutung sein kann (BGH NStZ 2019, 426). Dies ist jede Prozesshandlung, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme fällt, sowie jede Handlung, in der sich der Wille des Gerichts zur **Weiterverhandlung in der Sache** zeigt, wie etwa in der Erörterung von (Beweis-)Anträgen, nicht aber in der bloßen Entgegennahme von Hilfsbeweis-anträgen (BGH NJW 2018, 414 mwN). Die Verkündung des Beschlusses über die Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs stellt allenfalls dann einen Wiedereintritt dar, wenn sich in ihm über die bloße Zurückweisung hinaus die Bewertung einer potentiell für den sachlichen Gehalt des Urteils relevante Frage widerspiegelt – zB durch Ausführungen zum bisherigen Beweisergebnis oder die inhaltliche Befassung mit Beweisanträgen (vgl. BGH NJW 2022, 1631).

- 297 h) Urteilsberatung und Urteilsverkündung.** Nach dem letzten Wort zieht sich das Gericht zur **geheimen** (§ 193 GVG, §§ 43, 45 DRiG) Beratung zurück. Sind die Entscheidungen mit den erforderlichen Mehrheiten (vgl. § 263 StPO iVm §§ 196, 197 GVG) getroffen, wird das Urteil verkündet. Dies geschieht durch Verlesung der Urteilsformel und mündliche Bekanntgabe der Urteilsgründe (§§ 260 I, 268 II StPO). Die Erteilung der Rechtsmittelbelehrung gehört nicht mehr dazu (Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 268 Rn. 8).
- 298 i) Unterbrechung der Hauptverhandlung.** Die Hauptverhandlung kann sich über mehrere Tage oder Monate, in Ausnahmefällen sogar über Jahre erstrecken. Im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung und um tatsächlich für das Urteil aus dem in der Hauptverhandlung gewonnenen Eindruck schöpfen zu können, darf die Verhandlung allerdings zwischen zwei Verhandlungstagen nicht beliebig lange, sondern im Regelfall nur für drei Wochen unterbrochen werden, muss also am Tag nach Ablauf dieser Frist wieder fortgesetzt werden (§ 229 I StPO). Hauptverhandlungen von bisher mindestens 10 Verhandlungstagen dürfen auch bis zu 1 Monat unterbrochen werden (§ 229 II StPO). Eine Unterbrechung von bis zu drei Wochen ordnet der Vorsitzende allein an, für eine längere Unterbrechung oder eine Aussetzung der Hauptverhandlung bedarf es eines Gerichtsbeschlusses (§ 228 I StPO). Das Urteil darf weiterhin nicht später als am 11. Tag nach dem Schluss der Verhandlung verkündet werden (§ 268 III 2 StPO). Bloße Scheinverhandlungstermine, die der Umgehung des § 229 I StPO dienen sollen und bei denen der Gesichtspunkt der Verfahrensförderung dahinter als bedeutungslos zurücktritt, reichen für eine Unterbrechung nach dieser Vorschrift nicht aus (BGH NStZ 2023, 365). Prozesshandlungen oder Erörterungen zu Sach- oder Verfahrensfragen können ebenso genügen wie Feststellungen zum Selbstleseverfahren. Maßgeblich ist, dass es zu Verfahrensvorgängen kommt, die die zur Urteilsfindung führende Sachverhaltsaufklärung betreffen (BGH NStZ 2022, 760). Ebenso ist anerkannt, dass die Erörterung eines Ablehnungsgesuchs eine fristwahrende Verhandlung zur Sache darstellt (BGH NStZ 2023, 695). Die Anordnung des Schlusses der Beweisaufnahme kann sogar als „geradezu intensivste“ Form der substantiellen Verfahrensförderung auf ein Urteil angesehen werden (BGH NStZ 2021, 381). Die Verlesung eines Strafregisterauszugs oder einer sonstigen Urkunde reicht dann für eine Unterbrechung, wenn die Verlesung nicht willkürlich auf mehrere Sitzungstage verteilt wird. Hat eine Hauptverhandlung bereits an mindestens zehn Hauptverhandlungstagen stattgefunden, können die in § 229 I und II StPO normierten Unterbrechungsfristen gemäß **§ 229 III 1 StPO** für die Dauer von bis zu zwei Monaten gehemmt werden, wenn ein Angeklagter oder ein Mitglied des Gerichts wegen Krankheit oder ein Gerichtsmitglied wegen gesetzlichen Mutterschutzes oder der Inanspruchnahme von Elternzeit am Erscheinen in der Hauptverhandlung gehindert ist. Damit wird eine Gesamtunterbrechung der Hauptverhandlung für maximal drei Monate und zehn Tage möglich. Die Hemmung der Unterbrechungsfristen kann bei wiederholter Erkrankung einer oder mehrerer der in § 229 III 1 StPO genannten Personen grundsätzlich mehrmals eintreten. Ausreichend ist, wenn zwischen zwei Unterbrechungen nach § 229 III 1 StPO mindestens an einem Tag verhandelt wird (BGH NJW 2021, 959).

3. Öffentlichkeit

- 299** Die Hauptverhandlung findet grundsätzlich öffentlich statt (**§ 169 GVG**). Hier- von ausgenommen sind die Verfahren gegen zur Tatzeit Jugendliche (§ 48 I, II JGG). Der Vorsitzende kann ausnahmsweise auch eine beschränkte Anzahl von Pressekor-

respondenten zulassen (vgl. BVerfG NJW 2010, 1739). Diese Verfahren werden unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt und entschieden. Davon zu unterscheiden ist der vorübergehende Ausschluss der Öffentlichkeit in einem an sich öffentlichen Verfahren gemäß §§ 171a, b, 172 GVG. In jedem Fall ist das Urteil öffentlich zu verkünden (§ 173 GVG). Die Öffentlichkeit steht nicht zur Disposition des Richters, er kann also nicht alle Zuschauer bitten, den Saal „freiwillig“ zu verlassen (BGH NStZ 1993, 450). Für die Einzelheiten zur Öffentlichkeit der Hauptverhandlung sei auf die Ausführungen zum absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO Rn. 630 ff.) verwiesen.

Hinweis: Soll derselbe Zeuge in der laufenden Verhandlung nochmals unter Ausschluss der Öffentlichkeit vernommen werden, ist grundsätzlich gemäß § 174 I 2 GVG ein neuer Beschluss erforderlich und deshalb die Anordnung des Vorsitzenden, in der auf einen vorausgegangenem Ausschließungsbeschluss Bezug genommen wird, nicht ausreichend (BGH NStZ 2013, 479).

4. Anwesenheit

a) Anwesenheit des Angeklagten. Wie bereits dargestellt, findet, von einzelnen **300** Ausnahmen abgesehen, eine Verhandlung ohne den Angeklagten nicht statt. Um die Anwesenheitspflicht des Angeklagten durchzusetzen, kann das Gericht **Haftbefehl** gegen den unentschuldig nicht erschienenen Angeklagten erlassen oder dessen **Vorführung** anordnen (**§ 230 II StPO**). Für den **Haftbefehl** in diesem Sinne genügt **hinreichender Tatverdacht**. Haftgrund ist das unentschuldigte Nichterscheinen. Daneben muss die Verhaftung selbstverständlich auch verhältnismäßig sein. Die Vorführung unterscheidet sich vom Haftbefehl durch die beschränkte Festhaltungsdauer. Auf Grund eines **Vorführungsbefehls** darf der Angeklagte nur bis zum Ende des Tages festgehalten werden, der dem Beginn der Vorführung folgt (§ 135 StPO). Die Vorführung bietet sich deshalb nur an, wenn der Aufenthalt des Angeklagten bekannt ist.

Hinweis: Findet die Hauptverhandlung auf Grund eines Einspruchs des Angeklagten gegen einen Strafbefehl statt, so ist der Einspruch bei unentschuldigtem Fehlen zu verwerfen (§ 412 iVm § 329 I StPO – für die Abwesenheit im Berufungsverfahren s. unten → Rn. 552 ff.). Die Verwerfung ist nicht möglich, wenn der Angeklagte durch einen Verteidiger iSd § 411 II StPO vertreten ist. Soweit das Gericht zur Sachverhaltsaufklärung nicht ohne den (vertretenen) Angeklagten verhandeln kann, muss es sein – durch Vorführung oder Haftbefehl durchsetzbares – persönliches Erscheinen anordnen (§ 236 StPO).

Will sich der Angeklagte nach Beginn der Hauptverhandlung entfernen, so kann das **301** Gericht dies verhindern (**§ 231 I StPO**). Es kann aber, soweit er bereits zur Sache vernommen ist, auch ohne ihn zu Ende verhandeln, soweit es seine weitere Anwesenheit nicht mehr für erforderlich hält (**§ 231 II StPO** – der, anders als zB §§ 216 I 1, 232 I StPO, eine Belehrung des Angeklagten über diese Möglichkeit nicht vorsieht).

Hinweis: Blieb der Angeklagte zunächst einem Fortsetzungstermin schuldhaft fern, kann dann aber wegen einer Erkrankung am nächsten Verhandlungstag nicht teilnehmen, obwohl er es möchte, so kann das Gericht an diesem Tag nicht nach 231 II StPO verfahren, da der Angeklagte sein Recht auf Teilnahme nicht verwirkt. Dies tut er nur, wenn und solange er eigenmächtig, dh ohne hinreichende Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe, fernbleibt (BGH NStZ 2003, 561). Dem steht es gleich, dass er sich nach der Vernehmung zur Sache in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt oder ohne Not in eine Lage begibt, die für ihn vorhersehbar mit dem erheblichen Risiko verbunden ist, zum angesetzten Termin an der Teilnahme der Hauptverhandlung gehindert zu sein (vgl. BGH NStZ 2019, 481 zu einer Auslandsreise mit hohem Verhaftungsrisiko).

In der Praxis wird der Angeklagte häufig vorübergehend von der Teilnahme an der **302** Hauptverhandlung ausgeschlossen, weil zu befürchten ist, der Zeuge werde in seiner

Anwesenheit keine wahrheitsgemäßen Angaben machen (§ 247 StPO). § 247 StPO kann auch angewandt werden, wenn der zeugnis- oder auskunftsverweigerungsberechtigte Zeuge erklärt, er werde bei Anwesenheit des Angeklagten von seinem Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen. Allein der Wunsch eines Zeugen, nicht in Gegenwart des Angeklagten aussagen zu müssen, rechtfertigt dessen Entfernung aus dem Sitzungszimmer während der Dauer der Zeugenvernehmung allerdings nicht; die Befürchtung des Gerichts, dass die Anwesenheit des Angeklagten den Zeugen von einer wahren und vollständigen Aussage abhalten werde, muss sich auf konkrete, im Einzelfall begründete Tatsachen stützen und nicht etwa nur auf allgemeine Erwägungen (BGH NStZ 2015, 103). Häufig wird bei der Anwendung des § 247 StPO übersehen, dass der Angeklagte **nur für die Dauer der Vernehmung** ausgeschlossen werden darf. Zur Vernehmung gehört aber nicht mehr die Erörterung der Frage der Verteidigung des Zeugen und seiner Entlassung (BGH NStZ 2015, 104). Die Frage der Verteidigung ist allerdings kein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung im Sinne eines absoluten Revisionsgrunds nach § 338 Nr. 5 StPO, wenn der Zeuge – entsprechend dem Regelfall – nicht vereidigt werden soll und diese Frage auch nicht kontrovers diskutiert und nicht zum Gegenstand einer Entscheidung nach § 238 II StPO gemacht wurde (BGH NJW 2006, 2934). Dagegen begründet die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen regelmäßig den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO (BGH Großer Senat NJW 2010, 2450; BGH NStZ 2014, 532). Zudem darf in Abwesenheit des Angeklagten kein anderes Beweismittel als die Aussage des Zeugen in die Hauptverhandlung eingeführt werden, also zB auch kein Augenschein durchgeführt und keine Urkunde verlesen werden, selbst wenn diese einen sachlichen Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung aufweisen (vgl. BGH NJW 2019, 692 (693); NStZ 2022, 188). Geschieht dies dennoch, so ist eine Heilung dieses Verfahrensfehlers dadurch möglich, dass der Augenschein bzw. die Verlesung der Urkunde in Anwesenheit des Angeklagten wiederholt werden (zur Wiederholung eines Augenscheins vgl. BGH NJW 2010, 1010).

Hinweis: Teil der Vernehmung des Zeugen ist das **Verhalten** von Urkunden und von Augenscheinsobjekten im Verlauf einer Zeugenvernehmung. Diese reinen **Vernehmungsbehelfe** sind damit auch in Abwesenheit des Angeklagten nach § 247 StPO zulässig (BGH NStZ 2011, 51).

- 303** Nach der Vernehmung des Zeugen ist der wieder anwesende Angeklagte vom wesentlichen Inhalt der bisherigen, in seiner Abwesenheit erfolgten Zeugenaussage zu unterrichten. Um das Informationsdefizit des Angeklagten möglichst gering zu halten, ist es unzulässig, diese Unterrichtung erst nach weiteren Vernehmungen vorzunehmen. Da das Gesetz allein auf die erneute Anwesenheit des Angeklagten abstellt, ist dieser auch nach einer bloßen Unterbrechung der Vernehmung des Zeugen A über den Vernehmungsinhalt nach § 247 S. 4 StPO zu unterrichten, bevor – in Anwesenheit des Angeklagten – der Zeuge B vernommen und später die Vernehmung des A fortgesetzt werden kann (BGH NStZ-RR 2007, 85). Die Unterrichtung kann grundsätzlich auch durch eine Videoübertragung der Vernehmung in den Raum erfolgen, in dem sich der Angeklagte für die Dauer seines Ausschlusses aufhält (BGH NJW 2019, 692). Im Hinblick auf das Recht auf effektive Verteidigung und auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat die Erfüllung der Unterrichtungspflicht aus § 247 S. 4 StPO durch eine **simultane Videoübertragung** im Grundsatz sogar Vorrang vor der nachträglichen mündlichen Unterrichtung durch den Vorsitzenden. Dieser Vorrang ergibt sich aus einer teleologischen Reduktion von § 247 S. 4 StPO (BGH NJW 2017, 2297 gegen BGH NStZ 2009, 582).

Der Ausschluss des Angeklagten nach § 247 StPO bedarf des **Gerichtsbeschlusses**, und zwar auch dann, wenn sämtliche Beteiligten einschließlich des Angeklagten mit der Anordnung einverstanden sind (BGH NStZ 2018, 739 mwN).

Die **Verhandlungsfähigkeit** ist die Fähigkeit des Angeklagten, seine Interessen innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung vernünftig wahrzunehmen, seine Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen und Prozessklärungen abzugeben und entgegenzunehmen (Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO Einl. Rn. 97). Sie ist allgemeine – stets von Amts wegen zu prüfende – Prozessvoraussetzung. Hat sich der Angeklagte allerdings schuldhaft in einen Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt und erscheint so zur Hauptverhandlung, so steht er einem nicht erschienenen Angeklagten gleich, so dass zB sein Einspruch nach § 412 StPO verworfen werden könnte. 304

b) Anwesenheit der übrigen Beteiligten. Gemäß § 226 StPO hat die Hauptverhandlung in *ununterbrochener Gegenwart der Richter und Schöffen* zu erfolgen. Erkrankt ein Richter und muss deshalb ein Ersatzrichter hinzugezogen werden, so ist dies nur möglich, wenn dieser Ergänzungsrichter (vgl. § 192 II GVG) bereits bisher an der Hauptverhandlung ununterbrochen teilgenommen hat (ohne dass er allerdings bisher an Beschlüssen hätte mitwirken dürfen). 305

Demgegenüber genügt es nach **§ 226 StPO**, dass die *Staatsanwaltschaft* vertreten und ein *Urkundsbeamter* (letzterer nur, wenn der Strafrichter nicht gemäß § 226 II StPO von dessen Hinzuziehung abgesehen hat) anwesend sind, so dass zB eine Auswechslung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft während des Prozesses durchaus möglich ist (vgl. auch § 227 StPO). Wird der Staatsanwalt als Zeuge gehört, so muss ein anderer Staatsanwalt die Sitzungsvertretung für diese Zeit übernehmen (und möglicherweise auch danach wegen der Befangenheit des als Zeuge vernommenen Staatsanwalts – dies gilt regelmäßig jedenfalls, soweit es um die Beurteilung seiner Angaben im Plädoyer geht, die dann der hinzugekommene Staatsanwalt vorzunehmen hat).

Die für den Staatsanwalt gemachten Ausführungen gelten entsprechend für den *Pflichtverteidiger*, dessen ständige Anwesenheit in den Fällen des § 140 I und II StPO erforderlich ist (§ 145 I 1 StPO), der sich aber auch vertreten lassen kann (zur Abwesenheit des Wahlverteidigers in der Hauptverhandlung vgl. BGH NStZ 2012, 462).

Zur Abwesenheit von Verfahrensbeteiligten vgl. auch die Ausführungen auf Rn. 622 ff.

5. Befangenheit

a) Befangenheit des Richters. Zu unterscheiden ist zwischen dem ausgeschlossenen und dem befangenen Richter. Der **ausgeschlossene Richter** ist von Gesetzes wegen gemäß §§ 22, 23 StPO von der Mitwirkung ausgeschlossen, ohne dass es insoweit eines Antrags bedürfte. Der Katalog der Ausschlussgründe in den §§ 22, 23 StPO ist abschließend. Typisches Beispiel ist der durch die Straftat selbst verletzte Richter (§ 22 Nr. 1 StPO) oder der Richter, der in dieser Sache bereits als Staatsanwalt tätig war (§ 22 Nr. 4 StPO; vgl. hierzu Rn. 619). Der an der Hauptverhandlung mitwirkende *Richter* kann nicht zugleich Zeuge sein (§ 22 Nr. 5 StPO). Weil § 22 Nr. 5 StPO jeden Anschein eines Verdachts von Parteilichkeit vermeiden will, ist ein Richter in diesem Sinne auch dann ausgeschlossen, wenn der konkret betroffene Tatvorwurf zwar nach § 154 StPO eingestellt ist, die Zeugenaussage aber darüber hinaus auch für die noch offenen Tatvorwürfe Bedeutung hat (BGH NStZ 2006, 113). Ein erkennender Richter ist allerdings nicht Zeuge iSd § 22 Nr. 5 StPO, wenn er sich 306

dienstlich über Vorgänge äußert, die den Gegenstand des bei ihm anhängigen Verfahrens betreffen und die er im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit in dieser Sache wahrgenommen hat (BGH NStZ 1998, 524). Um dem Missbrauch durch Benennung eines erkennenden Richters als Zeugen zu begegnen, ist dem als Zeugen benannten Richter das Recht eingeräumt, in einer dienstlichen Erklärung dazu Stellung zu nehmen, ob er zu der behaupteten Beweistatsache etwas bekunden kann. Diese dienstliche Äußerung darf allerdings dann nicht für die Schuld- oder Straffrage im Rahmen der Beweiswürdigung herangezogen werden (BGH NJW 2002, 2401; zur Vorbefasstheit vgl. BGH NStZ 2012, 519).

- 307** Dagegen bedarf es beim **befangenen Richter (§ 24 StPO)** eines **Ablehnungsantrags**, den neben der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten auch der Privatkläger (§ 24 III StPO), der Nebenkläger (§ 397 I 3 StPO) und der Adhäsionskläger (vgl. BVerfG NJW 2007, 1670) stellen können (vgl. zur Richterablehnung auch Rn. 620). Die Möglichkeit zur Antragstellung ist **zeitlich befristet**. Der Antrag ist nur bis zur Vernehmung des ersten Angeklagten zu seinen persönlichen Verhältnissen möglich (**§ 25 I 1 StPO**). Treten die Umstände erst später auf oder werden später bekannt, so ist die Ablehnung unverzüglich und damit **ohne schuldhaftes Zögern** nach Bekanntwerden geltend zu machen (**§ 25 II 1 Nr. 2 StPO**). Trotz des dabei anzulegenden strengen Maßstabes ist dem ablehnungsberechtigten Angeklagten Zeit zur Überlegung, zur Besprechung mit seinem Verteidiger und zur Abfassung des Gesuchs einzuräumen (BGH NStZ 2021, 56). Überdies gilt gemäß § 25 I 2 StPO für erstinstanzliche Verfahren vor dem LG oder dem OLG, dass Befangenheitsanträge unverzüglich nach Namhaftmachung angebracht werden müssen, wenn die Besetzung des Gerichts nach § 222a StPO schon vor Beginn der Hauptverhandlung mitgeteilt wurde. Dies gilt auch, wenn ein Befangenheitsgrund gegen einen Richter erst nach der Mitteilung, aber vor Beginn der Hauptverhandlung entsteht oder bekannt wird. Damit soll verhindert werden, dass Befangenheitsanträge bis zum Beginn der Hauptverhandlung aufgespart werden.

Beachte: Wenn ein Ablehnungsgesuch eines Ablehnungsberechtigten nicht vorliegt, kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nur infolge einer Selbstanzeige nach § 30 StPO von der Mitwirkung ausgeschlossen werden. Von Amts wegen findet eine Überprüfung nur hinsichtlich der gesetzlichen Ausschlussgründe nach §§ 22, 23 StPO statt (BGH NJW 2022, 1470 (1472)).

- 307a** **Besorgnis der Befangenheit** iSd **§ 24 II StPO** besteht, wenn vom Standpunkt des Ablehnenden aus ein Grund vorliegt, der geeignet ist, **Misstrauen an der Unparteilichkeit** des Richters zu rechtfertigen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Richter objektiv befangen ist oder sich für befangen hält (Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 24 Rn. 6). Das Angebot einer Strafmilderung im Fall eines Geständnisses begründet keine Befangenheit (vgl. EGMR NJW 2011, 3633). Demgegenüber kann die private Nutzung eines Mobiltelefons während laufender Hauptverhandlung durch einen Richter fraglos die Besorgnis der Befangenheit begründen (BGH NJW 2015, 2986). Außerdem sollte es ein Richter geflissentlich vermeiden, auf seiner für jeden Verfahrensbeteiligten zugänglichen Facebook-Seite durch Tragen eines T-Shirts mit dem Aufdruck „Wir geben Ihrer Zukunft ein Zuhause: JVA“ zum Ausdruck zu bringen, er habe Spaß an der Verhängung hoher Strafen (vgl. BGH NStZ 2016, 218 – unbedingt Lesen; zur Kasuistik vgl. im Einzelnen Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 24 Rn. 9–18).
- 308** Abgelehnt werden können immer nur die einzelnen Richter, nie das Kollegialgericht als Ganzes (BGH, Beschluss vom 25.6.2020 – 4 StR 654/19, BeckRS 2020, 15340). Der Ablehnungsgrund muss mit Tatsachen begründet und **glaubhaft** gemacht wer-

den. Bei eigenen Wahrnehmungen des Verteidigers genügt dessen Darstellung im Ablehnungsgesuch, einer anwaltlichen Versicherung bedarf es nicht (BGH NStZ 2007, 161). Sonst ist der Antrag ebenso unzulässig, wie wenn er verspätet oder zur Prozessverschleppung oder zu verfahrensfremden Zwecken gestellt wurde (§ 26a StPO). Dem Fehlen der Begründung steht der Fall gleich, dass die Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, wie zB eine bloße Vorbefassung mit der Sache, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen (vgl. BGH NStZ 2023, 53; BVerfG NStZ 2023, 627), oder eine vermeintlich oder tatsächlich rechtsfehlerhafte Vorentscheidung (vgl. BGH NStZ 2021, 116). Enthält ein Urteil gegen einen ehemaligen Mitbeschuldigten bereits eine detaillierte rechtliche Beurteilung der Rolle der später angeklagten Person (zB als Mitäter oder Anstifter), können derartige Ausführungen als Vorverurteilung angesehen werden. Das gilt vor allem dann, wenn das frühere Urteil so zu verstehen ist, dass das Gericht bei der später angeklagten Person alle Tatbestandsmerkmale einer Straftat für gegeben hält (EGMR NStZ 2022, 624).

Über die Verwerfung des Ablehnungsantrags als unzulässig entscheidet das Gericht unter Mitwirkung des abgelehnten Richters (zu den Konsequenzen einer fehlerhaften Behandlung als unzulässig vgl. ebenfalls BGH NStZ 2007, 161; wichtig auch BVerfG NJW 2006, 3129 zu den Grenzen der Mitwirkung eines abgelehnten Richters bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch), während er an der Beratung über einen zulässigen Antrag nicht mitwirkt. Auch ein Richter, der in der Hauptverhandlung als Zeuge ausgesagt hat, darf an der Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch gegen einen der erkennenden Richter dieser Hauptverhandlung nicht mitwirken (BGH NStZ 2014, 44). Bei wiederholter Richterablehnung sollte darauf geachtet werden, dass die an der Beschlussfassung mitwirkenden Richter nicht „in eigener Sache“ entscheiden, indem sie Entscheidungen über eigene Äußerungen bewerten, die bereits zuvor Gegenstand eines Befangenheitsantrags gewesen sind (BGH NStZ 2012, 45). Für die Einzelheiten sei auf die §§ 26a ff. StPO verwiesen.

Wichtig ist § 29 StPO, wonach ein abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur **unaufschiebbare Handlungen** vornehmen darf (§ 29 I StPO), dazu aber gleichsam die Durchführung der Hauptverhandlung als unaufschiebbar definiert wird (§ 29 II 1 StPO). Demgemäß kann die Hauptverhandlung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters begonnen, die Anklage verlesen und für höchstens zwei Wochen oder bis zum übernächsten Verhandlungstag fortgesetzt werden, bevor über den Befangenheitsantrag zu entscheiden ist (§ 29 III StPO). Bei erfolgreicher Ablehnung müssen im Falle des Eintritts eines Ergänzungsrichters (§ 192 GVG) sodann nur die nach dem Anbringen des Ablehnungsgesuchs liegenden Teile der Hauptverhandlung erneut durchgeführt werden, deren Wiederholung möglich ist und nicht nur mit unzumutbarem Aufwand durchgeführt werden kann (§ 29 IV StPO). An die Unzumutbarkeit sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Je wichtiger ein Beweismittel und sein potentieller Aufklärungswert, desto weniger kommt die Annahme eines unzumutbaren Aufwands in Betracht (Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 29 Rn. 31). Hatte an der Hauptverhandlung kein Ergänzungsrichter teilgenommen, so muss sie ausgesetzt und eine völlig neue Hauptverhandlung durchgeführt werden, an der statt des abgelehnten Richters sein Vertreter mitwirkt.

308a

Beachte: Ein Verstoß gegen die Entscheidungsfrist des § 29 III StPO hat keine rechtliche Konsequenz für den Fortgang des Verfahrens über das Ablehnungsgesuch und das betreffende gerichtliche Erkenntnisverfahren. Er begründet kein Entscheidungshindernis im Ablehnungsverfahren und kein Verbot der weiteren Durchführung der Hauptverhandlung. Außerdem stellt er keinen absoluten Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 3 StPO dar. Dieser erfasst Rechtsmängel, die dem Beschluss selbst an-

haften, nicht aber solche, die den Zeitpunkt der Entscheidung betreffen. Die Nichteinhaltung der Frist gemäß § 29 III StPO führt als relativer Revisionsgrund daher nur dann zum Erfolg der Revision, wenn das Urteil auf ihm beruht (§ 337 StPO). Das ist regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Befangenheitsgesuch zurecht als unbegründet zurückgewiesen wird (BGH NStZ 2023, 168; vertiefend Mosbacher JuS 2023, 131).

- 309 b) Befangenheit sonstiger Personen.** Für **Schöffen, Urkundsbeamte und Sachverständige** gilt das für den Richter Gesagte entsprechend (§§ 31, 74 StPO). Bei Schöffen stellt sich die Frage der Befangenheit, wenn sie vom wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen Kenntnis erlangen. Der BGH neigt wegen der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Berufs- und Laienrichtern in einem solchen Fall dazu, nur in Ausnahmefällen einen Verstoß gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit anzunehmen (BGH NJW 1997, 1792). Aus dem gleichen Grund wird man deshalb auch eine Befangenheit idR verneinen können.
- 310** Dagegen ist die **Befangenheit des Staatsanwalts** in der StPO nicht gesetzlich geregelt. Unabhängig von landesrechtlichen Vorschriften (zB bestimmt § 11 AG GVG von Baden-Württemberg, dass der Staatsanwalt, der selbst oder dessen Verwandter durch die Tat verletzt worden ist, keine Amtshandlungen vornehmen darf), besteht in der Rechtsprechung Einigkeit, dass es auch eine Befangenheit des Staatsanwalts gibt und dessen Mitwirkung einen revisiblen Verfahrensverstoß darstellen kann. Gesicherte Rechtsprechung ist auch, dass die Ablösung des befangenen Staatsanwalts ausschließlich Sache des Dienstvorgesetzten ist und das Gericht darauf keinen Einfluss hat, aber verpflichtet sein kann, auf eine Ablösung zu drängen. Streit besteht darüber, wann ein Staatsanwalt befangen ist. Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Richter von der Mitwirkung ausgeschlossen wäre, ist auch der Staatsanwalt befangen. Wirkt er weiter an der Hauptverhandlung mit, kann dies gerügt werden (BGH NJW 1980, 845). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf der Staatsanwalt, der als Zeuge vernommen worden ist, an dieser weiteren Hauptverhandlung und hier insbesondere an den Schlussvorträgen nur insoweit mitwirken, als es um Teile geht, die von seiner eigenen Aussage nicht beeinflusst sind (BGH NStZ 2007, 419). Nimmt der Staatsanwalt im Rahmen der weiteren Sitzungsververtretung eine Würdigung seiner eigenen Zeugenaussage vor oder bezieht sich seine Mitwirkung auf einen Gegenstand, der mit seiner Aussage in einem untrennbaren Zusammenhang steht und einer gesonderten Bewertung nicht zugänglich ist, liegt ein relativer Revisionsgrund nach §§ 337, 22 Nr. 5 analog, 258 I StPO vor (BGH NStZ 2019, 234; 2020, 180). Befangen ist auch, wer als Staatsanwalt in der Berufungsinstanz eine Sache vertritt, in der er in erster Instanz als Richter entschieden hat.

6. Leitung der Verhandlung

- 311** Nach § 238 I StPO leitet der Vorsitzende die Verhandlung. Nur soweit das Gesetz ausdrücklich vom „Gericht“ spricht, ist der gesamte Spruchkörper – in der Hauptverhandlung also auch unter Mitwirkung der Schöffen – zur Entscheidung berufen.

Soweit der Vorsitzende handelt, unterscheidet die Rechtsprechung die formelle *Verhandlungsleitung* und die *Sachleitung*.

Zur **formellen Verhandlungsleitung** gehört nur der äußere Rahmen einer Verhandlung und auch dies nur, soweit die Maßnahme nicht im Einzelfall geeignet ist, in die Rechte eines Beteiligten einzugreifen. Typische Beispiele für die formelle Leitung durch den Vorsitzenden sind zB die Eröffnung und Schließung der Sitzung, kürzere Unterbrechungen, die Sitzordnung der Verfahrensbeteiligten (die in Großverfahren