

Entscheidungen

Die mit * gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

Verfahrensrecht

Prüfungsumfang nach Einwand gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StPO

StPO § 16

Auf den Einwand gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StPO hin hat das Gericht ausschließlich zu prüfen, ob es für den ihm vorliegenden Lebenssachverhalt örtlich zuständig ist. Eine inhaltliche Prüfung dahin, ob hinreichender Tatverdacht für die seiner Kognitionspflicht unterliegende Tat oder Teile dieser Tat besteht, findet dagegen nicht statt. Denn insoweit liegt mit dem Eröffnungsbeschluss eine abschließende Entscheidung vor, die im Verfahren nach § 16 StPO nicht erneut zu beurteilen ist.

BGH, Urt. v. 07.10.2021 – 1 StR 77/21 (LG Lübeck)

Besetzungsrüge; Befangenheit

StPO §§ 24, 28 Abs. 1, 30, 31, 222b, 338 Nr. 1

1. Wird ein Besetzungseinwand vom Rechtsmittelgericht als unstatthaft und damit als unzulässig verworfen, weil der Anwendungsbereich des § 222b StPO nicht eröffnet war, wird durch diese Entscheidung die Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO nicht präkludiert.

2. Die Vorschrift des § 28 Abs. 1 StPO steht einer Besetzungsrüge nicht entgegen, wenn die Anwendungsvoraussetzungen der §§ 24, 30, 31 StPO verkannt werden und so in objektiv willkürlicher Weise in die Gerichtsbesetzung eingegriffen wird.

3. Wegen Besorgnis der Befangenheit kann ein Richter – wenn im Zeitpunkt der Entscheidung ein Ablehnungsgesuch eines Ablehnungsberechtigten i.S.v. § 24 Abs. 3 StPO nicht vorliegt – 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. (amtl. Leitsätze)

BGH, Beschl. v. 02.02.2022 – 5 StR 153/21 (LG Bremen)

Aus den Gründen: [1] Das LG hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung, Besitzes von Btm und Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit tätlichem Angriff auf Vollstreckungsbeamte und gefährlicher Körperverletzung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. 8 M. verurteilt. [...]

[2] I. Das Rechtsmittel hat mit der Rüge Erfolg, das erkennende Gericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, § 338 Nr. 1 StPO.

[3] I. Der Verfahrensbeanstandung liegt zugrunde:

[4] Die Hauptverhandlung wurde mit drei Berufsrichtern, zwei Schöffinnen und einem Ergänzungsschöffen begonnen, dessen Einsatz nach § 192 Abs. 2, 3 GVG angeordnet worden war. Eine Schöffin kam am ersten Hauptverhandlungstag 45 Min. zu spät, weil sie den Termin vergessen hatte. An einem der folgenden Hauptverhandlungstage bat sie die Vors. der StrK (im Folgenden: die Vors.) um ein Gespräch, in dem sie um rechtliche Auskünfte für einen Nachbarn in einem möglichen Strafverfahren gegen diesen bat und von einer Schilderung des Falls nur schwer abzubringen war, obwohl die Vors. sie mehrfach eindringlich darum bat, weil sie keine Rechtsberatung geben dürfe und wolle; außerdem könne es ja auch sein, dass sie für den Fall zuständig werden würde. Über diese Geschehnisse verfasste die Vors. am 09.03.2020 einen Vermerk, nachdem sie kurz vorher drei Vermerke von anderen Richtern des LG erhalten hatte: Aus zwei Vermerken eines anderen Strafkammervors. – v. 02. und v. 06.03.2020 – ergab sich, dass die Schöffin in einem Verfahren vor jener StrK, in dem es um den Vorwurf einer Vergewaltigung ging, geäußert habe, das vorliegende Verfahren gehe ihr nicht so nahe, weil hier der Angekl. immer mit seinem Verteidiger rumsitze »und Bonbons fresse«. Außerdem stellte sich heraus, dass gegen die Schöffin ein Ermittlungsverfahren geführt wurde, in dem sie von der RAin verteidigt wurde, die in dem Vergewaltigungsverfahren vor der anderen StrK die Nebenkl. vertrat; mit dieser RAin besprach sich die Schöffin unmittelbar im Anschluss an den ersten Hauptverhandlungstermin, was bei der Verteidigerin in jenem Verfahren, der ggü. sich die Schöffin »emotional aufgewühlt« (...) gezeigt hatte, Anlass für die Prüfung gab, ob die Schöffin wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen sei. Die Recherchen der für Schöffen zuständigen Richterin ergaben ausweislich ihres Vermerks v. 05.03.2020, dass zwar ein Verfahren gegen die Schöffin anhängig war, dieses aber keinen Verbrechensstatbestand betraf und deshalb eine Streichung von der Schöffenliste nicht in Betracht kam.

[5] Diese drei Vermerke und ihren eigenen v. 09.03.2020, der mit der Mitteilung endete, die StrK prüfe »ein Vorgehen nach

§§ 30, 31 StPO vom Amts wegen«, ließ die Vors. den Verfahrens-beteiligten übersenden und gab Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 11.03.2020. Innerhalb der Frist bat der Verteidiger des Angekl. um weitere Aufklärung und beantragte, weil eine persönliche Besprechung und Beratung mit dem Angekl. noch nicht möglich gewesen sei, Fristverlängerung dergestalt, dass der Hauptverhandlungstermin v. 13.03.2020 eine Stunde später beginnen solle, um eine Besprechung mit dem Angekl. zu ermöglichen. Ein Befangenheitsgesuch gegen die Schöffin wurde von keiner Seite gestellt. Die *StrK* entschied gleichwohl durch Beschl. v. 12.03.2020, dass die Schöffin »wegen Besorgnis der Befangenheit von Amts wegen von ihrer Mitwirkung als ehrenamtliche Richterin im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen« werde; aufgrund der in den Vermerken genannten Umstände sei nach § 24 Abs. 2 StPO »aus Sicht eines verständigen Angekl. die Besorgnis der Befangenheit begründet.« Dieser Beschl. wurde im nächsten Hauptverhandlungstermin am 13.03.2020 bekannt gegeben und die neue Besetzung – nunmehr mit dem Ergänzungsschöffen – mitgeteilt. Der Verteidiger eines Mitangekl. rügte daraufhin die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts, weil die Schöffin nach § 24 StPO nur auf Antrag eines Antragsberechtigten, nicht aber von Amts wegen nach den §§ 30, 31 StPO hätte ausgeschlossen werden könne. Diesem Einwand schloss sich der Verteidiger des Angekl. an.

[6] Nach einer etwa anderthalbstündigen Unterbrechung fragte die Vors., ob einer der Verfahrensbeteiligten von seinem Antragsrecht nach § 24 Abs. 3 StPO Gebrauch machen wolle, was die Verteidiger indes ablehnten. Die StA beantragte nunmehr unter Berufung auf die Begründung des Gerichts, die Schöffin von der weiteren Mitwirkung auszuschließen; die Verteidigung beantragte, dieses Gesuch als verspätet zurückzuweisen. Am nächsten Hauptverhandlungstag, dem 20.03.2020, wies die *StrK* einen Aussetzungsantrag der Verteidigung, der u.a. auch mit der vorschriftswidrigen Besetzung begründet war, zurück und vertagte sich auf den 17.04.2020. Mit Beschl. v. 25.03.2020 entschied die *StrK*, dem Besetzungseinwand nicht abzuhelfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorzulegen. Sie hielt sich für ordnungsgemäß besetzt, weil die Ablehnung eines Schöffen wegen Besorgnis der Befangenheit auch von Amts wegen geschehen könne; insoweit komme dem Gericht eine besondere Fürsorgepflicht zu. Zudem habe die StA am 20.03.2020 (richtig: am 13.03.2020) den Ausschluss der Schöffin wegen Besorgnis der Befangenheit beantragt; dieses Gesuch sei zwar nicht unverzüglich nach Bekanntwerden der zugrundeliegenden Umstände gestellt worden, aber unverzüglich, nachdem »die Problematik der Antragsberechtigung und des Antragserfordernisses nach §§ 24, 30, 31 StPO erstmals erörtert worden« war. Schließlich könne auch die dienstliche Erklärung der Schöffin als Selbstanzeige i.S.v. § 30 StPO angesehen werden.

[7] Die GStA Bremen leitete die Sache an das *OLG Bremen* weiter und beantragte festzustellen, dass die *StrK* nicht ordnungsgemäß besetzt sei. Sie vertrat die Auffassung, die Besorgnis der Befangenheit könne nicht ohne Antrag eines Antragsberechtigten oder eine Selbstanzeige des betroffenen Richters von Amts wegen zu seinem Ausschluss führen. Das Befangenheitsgesuch der StA v. 13.03.2020 sei nicht unverzüglich vorgebracht worden und damit verfristet; eine Selbstanzeige habe die Schöffin nicht abgegeben, vielmehr in ihrer dienstlichen Stellungnahme erklärt, sie fühle sich nicht befangen.

[8] Das *OLG Bremen* verwarf den Besetzungseinwand mit Beschl. v. 14.04.2020 als unzulässig, weil er unstatthaft sei. Ein Besetzungseinwand sei nur auf eine Besetzungsmitteilung i.S.v. § 222a StPO zu erheben; bei einer nach dem Beginn der Hauptverhandlung eintretenden Besetzungsänderung sei aber keine neue Besetzungsmitteilung mehr zu machen, weil entweder das Verfahren auszusetzen oder aber mit den Ergänzungsrichtern fortzuführen sei, die bereits zu Beginn der Hauptverhandlung mitgeteilt werden müssten (§ 222a Abs. 1 S. 1 StPO). Eine erneute Besetzungsmitteilung sei hingegen nicht vorgesehen; an dieser Rechtslage habe sich auch durch die Neuregelung der §§ 222a, 222b StPO mit Gesetz zur Modernisierung des

Strafverfahrens nichts geändert. Darüber hinaus hat das OLG den Besetzungseinwand auch deshalb für unzulässig gehalten, weil dadurch die sich aus § 28 StPO ergebende Unanfechtbarkeit des Beschl. der *StrK* zum Ausschluss der Schöffin unterlaufen werde; schließlich sei der Besetzungseinwand auch nicht formgerecht ausgeführt.

[9] 2. Die Verfahrensrüge ist zulässig erhoben.

[10] a) Dem steht nicht entgegen, dass das *OLG* den Besetzungseinwand verworfen hat. Zwar ist nach § 338 Nr. 1 Hs. 2 Buchst. b StPO eine Besetzungsrüge u.a. dann präkludiert, wenn das Rechtsmittelgericht nach § 222b Abs. 3 StPO über einen Besetzungseinwand entschieden hat. Dies gilt aber nur in Fällen, in denen die Mitteilung der Besetzung nach § 222a StPO vorgeschrieben war und soweit – nach der Systematik der Präklusion, an der sich durch die Neuregelungen in §§ 222a und 222b, § 338 Nr. 1 StPO durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019 (BGBl. I, S. 2121) nichts Grundsätzliches geändert hat (vgl. BT-Drs. 19/14747, S. 36; BeckOK-StPO/Wiedner, § 338 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO, 64. Aufl. 2021, § 338 Rn. 16) – die Obliegenheit nach § 222b StPO zur Erhebung einer Besetzungsbeanstandung reicht.

[11] Wie bisher gilt damit, dass bei Mängeln der Besetzung, die erst im Lauf der Hauptverhandlung auftreten, die Präklusionswirkung grds. nicht eintritt und insoweit ein Besetzungseinwand nicht zu erheben ist (*BGH*, Urt. v. 11.02.1999 – 4 StR 657/98, *BGHSt* 44, 361 [364] [= StV 1999, 529]; Beschl. v. 08.12.2004 – 3 StR 422/04; jew. m.w.N.). Ebensowenig ist ein Besetzungseinwand erforderlich, wenn sich der Besetzungsmangel aus in der Person des Richters liegenden Tatsachen ergibt (st. Rspr.; vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 06.08.1987 – 4 StR 319/87, *BGHSt* 35, 28 [29] [= StV 1987, 517]; v. 17.12.1987 – 4 StR 440/87, *BGHSt* 35, 164 [= StV 1988, 191]; jew. m.w.N.). Dementspr. hat das *OLG* – sich nur auf den ersten Punkt stützend – im Erg. zutreffend über den Besetzungseinwand nicht in der Sache entschieden, sondern ihn als unstatthaft angesehen, weil der Anwendungsbereich des § 222b StPO nicht eröffnet war.

[12] Soweit in der Rspr. des *BGH* – nicht tragend – für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines Ergänzungsrichters in das Quorum nach § 192 Abs. 2, 3 GVG erwogen worden ist, ob zum Erhalt der Revisionsrüge in entsprechender Anwendung von § 222b StPO oder in erweiternder Anwendung von § 238 Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung ein Einwand erhoben werden müsse (vgl. *BGH*, Beschl. v. 10.12.2008 – 1 StR 322/08, *BGHSt* 53, 99 [100] [= StV 2010, 347]; v. 08.01.2009 – 5 StR 537/08, NJW 2009, 931 [932] [= StV 2010, 349]), braucht der *Senat* diese Frage nicht zu vertiefen, weil vorliegend ein solcher Einwand tatsächlich erhoben worden ist. Selbst wenn ein solcher Einwand für die Zulässigkeit der Besetzungsrüge in der Revision zu fordern wäre, könnte seine Erhebung indes nicht dazu führen, dass auf einen nach §§ 222a und 222b StPO nicht erforderlichen und damit unstatthaften Besetzungseinwand das Vorabentscheidungsverfahren nach § 222b Abs. 3 StPO durchzuführen wäre und das Rechtsmittelgericht auch bei Verwerfung des Einwands als unstatthaft eine Entscheidung i.S.v. § 338 Nr. 1 Hs. 2 Buchst. b StPO träge.

[13] b) Der Zulässigkeit der Rüge steht – anders als das *OLG* gemeint hat – auch § 28 Abs. 1 StPO nicht entgegen. Nach

dieser Regelung ist ein Beschl., mit dem die Ablehnung eines Richters für begründet erklärt wird, zwar nicht anfechtbar; dies gilt in entsprechender Anwendung auch, wenn das Gericht nach §§ 30, 31 StPO auf die Selbstanzeige eines (ehrenamtlichen) Richters oder von Amts wegen entscheidet (*BGH*, Urt. v. 13.03.1962 – 5 StR 544/61, GA 1962, 338; LR-StPO/*Siolek*, 27. Aufl. 2016, § 30 Rn. 18 m.w.N.). Anders liegt der Fall aber mit der Folge der Anfechtbarkeit, wenn die Anwendungsvoraussetzungen der Norm verkannt werden und so in objektiv willkürlicher Weise in die Gerichtsbesetzung eingegriffen wird (vgl. auch *Siolek*, a.a.O., Rn. 21; MüKo-StPO/*Conen/Tsambikakis*, 2014, § 30 Rn. 8; jew. m.w.N., die insoweit von einer Verletzung von § 16 S. 2 GVG ausgehen). So verhält es sich hier:

[14] Die Voraussetzungen des nach § 31 StPO auch für Schöffen geltenden § 30 StPO waren nicht gegeben. Nach dieser Norm ist ausweislich ihres eindeutigen Wortlauts zu entscheiden, wenn ein Ablehnungsgesuch nicht angebracht ist, aber entweder ein Richter von einem Verhältnis Anzeige macht, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderen Gründen Zweifel entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Von Amts wegen findet mithin eine Überprüfung nur hinsichtlich der gesetzlichen Ausschlussgründe nach §§ 22, 23 StPO statt (*Conen/Tsambikakis*, a.a.O., Rn. 1; *Schmitt*, a.a.O., § 30 Rn. 3).

[15] Wegen Besorgnis der Befangenheit kann ein Richter – wenn wie hier im Zeitpunkt der Entscheidung ein Ablehnungsgesuch eines Ablehnungsberechtigten i.S.v. § 24 Abs. 3 StPO nicht vorliegt – nur infolge einer Selbstanzeige nach § 30 StPO von der Mitwirkung ausgeschlossen werden; eine solche Selbstanzeige ist mithin Entscheidungsvoraussetzung (*Siolek*, a.a.O., Rn. 21). Hier lag eine Selbstanzeige der Schöffin nicht vor; diese hatte vielmehr in ihrer Stellungnahme auf die Vfg. der Vors. v. 09.03.2020 lediglich mitgeteilt, dass das gegen sie geführte Ermittlungsverfahren mit dem vorliegenden Strafverfahren nichts zu tun habe und sie sich nicht befangen fühle.

[16] **c)** Die Rüge ist auch im Hinblick auf die Anforderungen von § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zulässig erhoben:

[17] **aa)** Anders als das *OLG* angenommen hat, war bei Erhebung des Besetzungseinwands in der Hauptverhandlung weiterer Vortrag schon deshalb nicht erforderlich, weil ein Fall eines nach § 222b StPO zu erhebenden Besetzungseinwands gerade nicht vorlag. I.Ü. hätte es hier über die – rechtlich zutreffende – Begründung hinaus, die Schöffin hätte wegen Besorgnis der Befangenheit nur auf Antrag eines Antragsberechtigten, nicht aber von Amts wegen ausgeschlossen werden dürfen, keines weiteren Tatsachenvortrags bedurft, weil damit alle entscheidungserheblichen Umstände dargelegt waren.

[18] **bb)** Entgegen der Auffassung des GBA war hier kein näherer Vortrag zum Schicksal eines von der Verteidigung wegen des Beschl. v. 12.03.2020 gegen die Berufsrichter der *StrK* angebrachten Befangenheitsgesuchs nötig, weil sich daraus für die erhobene Besetzungsrüge nichts ergibt.

[19] **cc)** Schließlich war es auch nicht erforderlich, die dienstliche Stellungnahme der Schöffin im Wortlaut mitzuteilen. Ihr wesentlicher Inhalt ergab sich bereits aus dem mitgeteilten Antrag der GStA und dem ebenfalls vollständig wiedergegebenen Beschl. des *OLG*. Weiteres musste aus der Stellungnahme nicht vorgetragen werden, zumal da die *StrK* sich in ihrem Beschl. zum Ausschluss der Schöffin

auf diese Stellungnahme nicht gestützt hat. Insb. hat sie nicht darauf abgestellt, in der Stellungnahme könne eine Selbstanzeige zu sehen sein. Vielmehr ergibt sich aus der Vfg. der Vors., mit der ihr Vermerk und die Vermerke des anderen Strafkammervors. an die Verfahrensbeteiligten gesandt wurden, dass die »Kammer [...] ein Vorgehen nach §§ 30, 31 StPO von Amts wegen« prüfe.

[20] Erst weit nach Erlass des Beschl. v. 12.03.2020 zog die *StrK* in ihrer Nichtabhilfeentscheidung v. 25.03.2020 das – verspätete und damit unzulässige – Ablehnungsgesuch der StA (vgl. unten **unter 3.**) und die dienstliche Stellungnahme der Schöffin heran, um deren Ausschluss mit einer weiteren Begründung zu rechtfertigen. Angesichts des Inhalts der dienstlichen Stellungnahme ist es aber schon nicht nachvollziehbar, warum darin eine Selbstanzeige zu sehen sein sollte.

[21] **3.** Die Rüge hat aus den unter **2. b)** genannten Gründen auch in der Sache Erfolg. Der Ausschluss der Schöffin war mangels Vorliegens der Entscheidungsvoraussetzungen der §§ 30, 31 StPO gesetzeswidrig und die *StrK* mit dem Ergänzungsschöffen damit ab dem 13.03.2020 nicht mehr vorschriftsmäßig besetzt.

[22] Das von der StA am 13.03.2020 nachträglich gegen die Schöffin angebrachte Ablehnungsgesuch führt zu keiner anderen Beurteilung, denn dieses war nicht i.S.v. § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO unverzüglich geltend gemacht worden und damit unzulässig. Die Umstände, die nach dem Antrag der StA, der keine eigene Begründung enthielt, sondern lediglich auf die Gründe des bereits ergangenen Beschl. der *StrK* Bezug nahm, die Befangenheit der Schöffin begründen sollten, hatte die Vors. den Verfahrensbeteiligten bereits mit Vfg. v. 09.03.2020 mitgeteilt und Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 11.03.2020 gegeben. Angesichts dessen war die Stellung des Gesuchs erst im Hauptverhandlungstermin v. 13.03.2020, und dort auch erst nach der Mittagspause, nicht ohne schuldhaftes Zögern und damit verspätet (vgl. dazu auch *BGH*, Urt. v. 03.02.1982 – 2 StR 374/81, NStZ 1982, 291 [292]). Der Umstand, dass erst in diesem Termin die – unzutreffende – Rechtauffassung der *StrK*, sie könne die Schöffin auch ohne Befangenheitsgesuch eines Antragsberechtigten und ohne Selbstanzeige von Amts wegen von der weiteren Mitwirkung ausschließen, von der Verteidigung bezweifelt wurde, ändert daran nichts.

[23] **II.** Da es sich bei der vorschriftswidrigen Besetzung nach § 338 Nr. 1 StPO um einen absoluten Revisionsgrund handelt, nötigt der Verfahrensfehler zur Aufhebung des Urt. mitsamt den Feststellungen, soweit es den Angekl. betrifft, der dies als einziger gerügt hat.

Befangenheit bei Vorbefassung

StPO § 24 Abs. 2

1. Eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters, soweit sie nicht gesetzliche Ausschlussgründe erfüllt, ist regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit des Richters i.S.v. § 24 Abs. 2 StPO zu begründen, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen.

2. Dies gilt auch für die Verurteilung eines Mittäters, selbst wenn die Schilderung des Tatgeschehens auch Handlungen des Ablehnungsberechtigten einschließt. Dabei gelten bei Schöffen grundsätzlich keine anderen Maßgaben für die Unvoreingenommenheit als bei Berufsrichtern.

3. Etwas anderes gilt nach innerstaatlicher Rechtsprechung nur dann, wenn besondere Umstände hinzutreten, die die Besorgnis rechtfertigen, der Richter sei nicht bereit, sich von seiner bei der Vorentscheidung gefassten Meinung zu