

HRRS-Nummer: HRRS 2005 Nr. 710

Bearbeiter: Stephan Schlegel

Zitiervorschlag: BVerfG HRRS 2005 Nr. 710, Rn. X

---

**BVerfG 2 BvR 625/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 2. Juni 2005 (BGH/LG Köln)**

Rechtliches Gehör; gesetzlicher Richter (gesetzliche Zuständigkeitsordnung; materieller Gewährleistungsgehalt; Neutralität und Distanz; Verbot der echten Entscheidung in eigener Sache); Prüfung eines Ablehnungsgesuches nach § 26a StPO (Befangenheit; formelle Prüfung; enge Auslegung; keine Tauglichkeitsprüfung; keine inhaltliche Prüfung; keine Ablehnung wegen "offensichtlicher Unbegründetheit"); revisionsgerichtliche Kontrolle (keine hypothetische Begründetheitsprüfung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Da § 26 a StPO nur echte Formalentscheidungen ermöglichen oder einen offensichtlichen Missbrauch des Ablehnungsrechts verhindern will, ist er eng auszulegen. In Fällen, in denen die Frage der Unzulässigkeit nicht klar und eindeutig zu beantworten ist, wird es nahe liegen, das Regelverfahren nach § 27 StPO zu wählen, um jeden Anschein einer Entscheidung in eigener Sache zu vermeiden. Auf Fälle "offensichtlicher Unbegründetheit" des Ablehnungsgesuchs darf das vereinfachte Ablehnungsverfahren wegen des sonst vorliegenden Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ausgedehnt werden.

2. Mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, wenn das Revisionsgericht auch in den Fällen, in denen ein Ablehnungsgesuch willkürlich und unter Verletzung des grundrechtsgleichen Anspruchs des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Ablehnungsverfahren als unzulässig verworfen worden ist, lediglich prüft, ob das Ablehnungsgesuch in der Sache erfolgreich gewesen wäre. Das Revisionsgericht hat in solchen Fällen nicht über die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs zu entscheidenden, sondern vielmehr darüber, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26 a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden. Jedenfalls bei einer willkürlichen Überschreitung des von § 26 a StPO gesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben und an das Tatgericht zurückzuverweisen, damit dieses in der Zusammensetzung des § 27 StPO über das Ablehnungsgesuch entscheidet.

3. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes gleich steht. Im Rahmen der Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ist das Gericht allerdings in besonderem Maße verpflichtet, das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen, da es andernfalls leicht dem Vorwurf ausgesetzt sein kann, tatsächlich im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten. Überschreitet das Gericht die ihm gezogenen Grenzen, so kann dies die Besorgnis der Befangenheit begründen.

4. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte (vgl. BVerfGE 17, 294, 299; 95, 322, 327). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, eine klare und abstrakt-generelle Zuständigkeitsordnung zu schaffen, die für jeden denkbaren Streitfall im Voraus den Richter bezeichnet, der für die Entscheidung zuständig ist. Die Gerichte sind bei der ihnen obliegenden Anwendung der vom Gesetzgeber geschaffenen Zuständigkeitsordnung verpflichtet, dem Gewährleistungsgehalt und der Schutzwirkung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angemessen Rechnung zu tragen.

5. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität

und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200, 213 f.; 89, 28, 36). Diese materiellen Anforderungen verpflichten den Gesetzgeber dazu, Regelungen vorzusehen, die es ermöglichen, einen Richter, der im Einzelfall nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes auszuschließen.

6. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind durch ein Gericht jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286, 299). Dies kann nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

### Entscheidungstenor

Die Verfahren 2 BvR 625/01 und 2 BvR 638/01 werden zu gemeinsamer Entscheidung verbunden.

Die Beschlüsse des Landgerichts Köln vom 26. Mai 1999, vom 27. Juli 1999 und vom 26. August 1999 - 110-8/98 -, das Urteil des Landgerichts Köln vom 8. September 1999 - 110-8/98 - und der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20. Februar 2001 - 5 StR 239/00 - verletzen die Rechte des Beschwerdeführers aus Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes.

Das Urteil des Landgerichts Köln und der Beschluss des Bundesgerichtshofs werden aufgehoben, und die Sache wird an eine andere Strafkammer des Landgerichts Köln zurückverwiesen.

Das Land Nordrhein-Westfalen und die Bundesrepublik Deutschland haben dem Beschwerdeführer die in dem Verfahren 2 BvR 625/01 entstandenen notwendigen Auslagen je zur Hälfte zu erstatten.

### Gründe

Die Verfassungsbeschwerde stellt die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Auslegung und Anwendung des § 26 a StPO, der es dem wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richter in den dort genannten Fällen gestattet, selbst an der Entscheidung über ein gegen ihn gerichtetes Ablehnungsgesuch mitzuwirken. 1

#### I.

1. a) Das Landgericht Köln verurteilte den Beschwerdeführer, der von Beruf Rechtsanwalt ist, wegen versuchter Strafreitelung in drei Fällen und wegen Schuldnerbegünstigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte; von den weiteren Tatvorwürfen der Begünstigung und der Steuerhinterziehung sprach es ihn frei. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob der Bundesgerichtshof das Urteil hinsichtlich des Teilfreispruchs auf und verwies die Sache insoweit an eine andere Strafkammer des Landgerichts Köln zurück. 2

b) Das Landgericht Köln sprach den Beschwerdeführer im zweiten Durchgang außerdem der Begünstigung und Steuerhinterziehung schuldig und verurteilte ihn - unter Einbeziehung der bereits in Rechtskraft erwachsenen Einzelstrafen - zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung. 3

In der mehrere Monate andauernden Hauptverhandlung lehnte der Beschwerdeführer die Mitglieder der Strafkammer in drei Fällen wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Das Landgericht wies die Gesuche jeweils gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig zurück. 4

Dem liegt im Wesentlichen das folgende Prozessgeschehen zu Grunde: 5

aa) Beschluss vom 26. Mai 1999 6

(1) Im Rahmen der Beweisaufnahme hatte der Mitangeklagte P. den Vorsitzenden der Strafkammer wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, weil er im Verlaufe eines Disputs gegenüber seinem Verteidiger verärgert geäußert haben soll: 7

"Wir können hier noch viele Aktenbestandteile einführen. Wenn einer der Beteiligten zu diesen Akten etwas sagen kann, ist es Ihr Mandant. Er hat die Akte geführt. 8

Er kann sich ja einlassen, wenn er das nicht tut, ist er selber schuld!" 9

Diese Äußerung begründe die Besorgnis, dass der Vorsitzende sich von sachfremden Erwägungen, insbesondere von der Vorstellung leiten lassen könnte, dass das Schweigen des Mandanten das Gericht von seiner Aufklärungspflicht befreie. Vor dem Hintergrund wiederholter Hinweise des Vorsitzenden, die Verteidiger hätten für die Folgen der von ihnen gewählten Verteidigungsstrategie (Schweigen ihrer Mandanten) einzustehen und könnten am Ende des Prozesses das Ergebnis dieses Konzepts feststellen, handele es sich nicht um eine spontane Entgleisung, sondern die Äußerung deute auf eine voreingetommene Einstellung des Vorsitzenden hin. 10

Die Strafkammer hatte das Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des Vorsitzenden durch Beschluss vom 25. Mai 1999 gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig verworfen, weil ein Grund zur Ablehnung in dem Gesuch nicht angegeben werde. Dem Fehlen einer Begründung im Sinne dieser Vorschrift stehe der Fall gleich, dass die angegebene Begründung - wie hier - aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet sei. Die Äußerung des Vorsitzenden Richters könne aus der Sicht eines verständigen Angeklagten die Besorgnis der Befangenheit ersichtlich nicht begründen. Die in dem Ablehnungsgesuch wörtlich wiedergegebene Äußerung des Vorsitzenden Richters ("selber schuld") sei so nicht gefallen. Der Vorsitzende habe - ohne dass die fragliche Äußerung im Wortlaut wiedergegeben werden könne - sinngemäß geäußert, dass der Angeklagte P. sich zu der Akte einlassen könne, wenn er das wolle; wenn er sich nicht einlassen wolle, müsse er das selber wissen. Das auf eine bruchstückhafte und inhaltlich teilweise unzutreffende Wiedergabe der beanstandeten Äußerung des Vorsitzenden gestützte Ablehnungsgesuch des Angeklagten P. sei daher insgesamt völlig ungeeignet, die Besorgnis der Befangenheit des abgelehnten Richters zu begründen. 11

(2) Der Beschwerdeführer lehnte die Berufsrichter des erkennenden Gerichts wegen Besorgnis der Befangenheit ab, weil sie das Ablehnungsgesuch des Mitangeklagten willkürlich als unzulässig verworfen hätten; die an dieser Entscheidung beteiligten Richter hätten die in dem Gesuch angegebene Begründung durch eine eigene und im Detail abweichende Darstellung der beanstandeten Äußerung des Vorsitzenden ersetzt und sie anschließend als "völlig ungeeignet" zur Begründung eines Befangenheitsantrags angesehen. Damit habe die Kammer das Ablehnungsgesuch der Sache nach einer Begründetheitsprüfung "im Gewand der Zulässigkeitsprüfung" unterzogen mit dem Ziel, eine sachliche Prüfung des Gesuchs unter Mitwirkung eines unbeteiligten Vertreters zu umgehen. 12

(3) Die Strafkammer verwarf das Ablehnungsgesuch gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig, weil die darin angegebene Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung des Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet sei. Die Begründung des Gesuchs stütze sich im Wesentlichen auf die Gründe des Verwerfungsbeschlusses vom 25. Mai 1999 und enthalte im Übrigen nur allgemeine Erwägungen. Zur Vermeidung von Wiederholungen nahm die Kammer auf ihren Beschluss vom 25. Mai 1999 Bezug. 13

bb) Beschluss vom 27. Juli 1999 14

(1) Die Strafkammer hatte einen Antrag der Verteidigung, die "sinngemäß zusammengefasste" Aussage des die Ermittlungen führenden Oberstaatsanwalts in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen, weil sie im Widerspruch zu den Angaben zweier bereits vernommener Zeugen stehe und deren Aussagen als unwahr widerlege, abgelehnt. Die Voraussetzungen des § 273 Abs. 3 StPO lägen nicht vor, weil "es auf den gesamten Zusammenhang der Aussage" ankomme; eine Protokollierung sei auch nicht im Hinblick auf § 183 GVG veranlasst, weil es an konkreten Anhaltspunkten für eine Falschaussage der bereits vernommenen Zeugen fehle. 15

Der Vorsitzende soll der Verkündung dieses Beschlusses die Bemerkung angefügt haben, dass die Strafkammer Divergenzen zwischen den Angaben der bereits vernommenen Zeugen und der Aussage des Oberstaatsanwalts nicht sehe. 16

(2) Der Beschwerdeführer lehnte die Berufsrichter der Strafkammer und die beiden Schöffen wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Der Beschluss enthalte keinen Hinweis darauf, dass die Strafkammer die Wiedergabe der Zeugenaussagen im Protokollierungsantrag für unzutreffend halte. Deshalb beziehe sich die der Ablehnung des Antrags angefügte Bewertung der Aussagen (keine Divergenz) unmittelbar auf diesen Antrag und nicht auf eine eigene, möglicherweise abweichende Wahrnehmung und Bewertung der Zeugenaussagen; daher belege sie, dass die Mitglieder des Gerichts dem Prozessverlauf nicht mehr voreingekommen folgen könnten. In seinem Gesuch wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass er auf Grund der Behandlung der vorangegangenen Ablehnungsgesuche damit rechne, dass die Strafkammer auch dieses Gesuch als unzulässig zurückweisen werde; er stelle es gleichwohl, weil er darauf vertraue, dass die erkennenden Richter den sachlichen Gehalt seines Ablehnungsgesuchs erfassen und der Vertreterkammer die Entscheidung über die Frage der Begründetheit überließe. 17

(3) Das Landgericht verwarf das Ablehnungsgesuch gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig. Die Zurückweisung des Protokollierungsantrags könne aus der Sicht eines verständigen Angeklagten die Besorgnis der Befangenheit nicht begründen, weil der Antrag aus zwingenden rechtlichen Gründen abzulehnen gewesen sei. Die behaupteten Widersprüche zwischen den Angaben des Oberstaatsanwalts und den Aussagen der bereits vernommenen Zeugen seien mittels einer eigenen, zusammenfassenden Bewertung der Angaben durch die Verteidiger konstruiert, obwohl es ersichtlich auf den Gesamtzusammenhang der jeweiligen Aussagen ankomme. 18

cc) Beschluss vom 26. August 1999 19

(1) Die Verteidigung hatte die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Entwicklung des Deutschen Aktienindex in einem für den Tatvorwurf relevanten Zeitraum beantragt. Der Vorsitzende soll (mit der Bemerkung "Ich habe hier auch noch etwas Schönes") einem vor ihm auf dem Richtertisch liegenden Ordner, der weder Bestandteil der Gerichtsakten noch Beweismittel gewesen sei, zwei an das Finanzamt für Steuerstrafsachen gerichtete Schreiben entnommen und zu Beweis Zwecken verlesen haben. Den Antrag der Verteidigung, ihr Einsicht in diesen Ordner und die darin enthaltenen weiteren Schreiben zu gewähren, hatten zunächst der Vorsitzende und sodann das angerufene Gericht mit der Begründung abgelehnt, es handele sich um einen vom Vorsitzenden zur Vorbereitung der Hauptverhandlung geführten Ordner, der lediglich als Transportmittel für die verlesenen beiden Schreiben gedient habe. 20

(2) Der Beschwerdeführer lehnte die erkennenden Berufsrichter und die Schöffen wegen Besorgnis der Befangenheit ab; er müsse besorgen, dass in dem Ordner, in den ihm die Einsicht verwehrt werde, weitere Beweismittel mit Verfahrensbezug enthalten seien und von der Kammer in das Verfahren eingeführt würden, ohne ihm Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu geben. Die Begründung des die Akteneinsicht ablehnenden Beschlusses vertiefe und verstärke die Besorgnis der Befangenheit, weil sie den Verdacht nahe lege, dass der Vorsitzende verfahrensbezogene Schriftstücke, die als Beweismittel in Betracht kämen, außerhalb der einsehbaren Gerichtsakten in einer "Geheimakte" sammelte und sie bewusst der Verteidigung vorenthalte, um diese überraschend damit zu konfrontieren. Das Verhalten des Vorsitzenden lege den Verdacht einer Straftat nach §§ 274, 133 StGB nahe, weshalb parallel zu dem Ablehnungsgesuch ein Strafantrag gestellt werde, der dem Gesuch beigefügt und auf den Bezug genommen werde. 21

(3) Die Kammer verwarf das Ablehnungsgesuch gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig und begründete dies wie folgt: 22

"Die verlesenen beiden Schreiben an das Finanzamt für Steuerstrafsachen enthalten allgemeinkundige Tatsachen (...). Den Verfahrensbeteiligten ist durch Einführung dieser beiden Schreiben in die Hauptverhandlung insoweit rechtliches Gehör gewährt worden. Daher liegen die Ausführungen in der Begründung des Ablehnungsgesuches sämtlich neben der Sache." 23

c) Mit seiner Revision rügte der Beschwerdeführer auch eine Verletzung des § 338 Nr. 3 StPO. Die Strafkammer habe seine Ablehnungsgesuche auf der Grundlage des § 26 a StPO willkürlich als unzulässig verworfen, um ein Eintreten in eine Begründetheitsprüfung der Ablehnungsgesuche unter Hinzuziehung der zur Entscheidung über die Begründetheit seiner Ablehnungsgesuche berufenen und am Verfahren unbeteiligten Richter zu verhindern. Dabei sei im ersten Fall der im Ablehnungsgesuch vorgetragene und glaubhaft gemachte Lebenssachverhalt durch eine abweichende eigene Würdigung ersetzt und sodann behauptet worden, diese sei völlig ungeeignet, die Befangenheit der abgelehnten Richter zu begründen. Hinsichtlich des zweiten und dritten Ablehnungsgesuchs habe die Kammer die das Gesuch tragenden Gründe nicht zur Kenntnis genommen, um eine Begründetheitsprüfung durch unbeteiligte Vertreter zu vermeiden. 24

Dies begründe insgesamt den Verdacht, dass die Kammer sich "gegenüber ihr nachteiligen Entscheidungen anderer Spruchkörper immunisieren" wolle, und sei für einen verständigen Angeklagten ein unabweisbares Indiz dafür, dass die Richter die Sachentscheidung nicht mehr unbeeinflusst von sachfremden Erwägungen treffen könnten. Die Befangenheitsgesuche seien daher nicht nur willkürlich als unzulässig behandelt worden, sondern es liege der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO vor; das Urteil sei von befangenen Richtern gefällt worden. 25

d) Der Generalbundesanwalt beantragte, die Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Hinsichtlich der Verfahrensrügen im Zusammenhang mit der Behandlung der Ablehnungsgesuche führte er aus, dass die Strafkammer das Ablehnungsgesuch des Mitangeklagten P. mit Beschluss vom 25. Mai 1999 und das Ablehnungsgesuch des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 26. Mai 1999 zwar zu Unrecht als unzulässig verworfen habe; beide Gesuche hätten eine taugliche Begründung enthalten. Weil die Ablehnungsgesuche aber 26

jedenfalls unbegründet gewesen seien, liege der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO nicht vor.

Die mit dem ersten Gesuch beanstandete Äußerung des Vorsitzenden sei anlässlich eines Disputes gefallen und stelle eine nach Sachlage verständliche, augenblickliche Unmutsäußerung dar, der bei vernünftiger Würdigung des Gesamtsachverhalts nicht entnommen werden könne, der Beschwerdeführer werde bei weiterem Schweigen verurteilt werden; auch die verfahrensfehlerhafte Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs begründe die Besorgnis der Befangenheit nicht. 27

Gleiches gelte für die beiden weiteren Beschlüsse. Die Kammer habe die Voraussetzungen für die Protokollierung der beantragten, "sinngemäß zusammengefassten" Bekundung des Zeugen zu Recht abgelehnt; der zusätzliche Hinweis auf die Würdigung der Angaben der Zeugen sei überflüssig gewesen. Auch die Ablehnung einer Beweiserhebung zur Entwicklung des Deutschen Aktienindex begründe die Besorgnis der Befangenheit nicht. Ersichtlich habe das Gericht sich mit dieser durch die Verteidigung aufgeworfenen Frage vorab im Rahmen seiner Aufklärungspflicht auseinandergesetzt und die entsprechenden Publikationen über allgemein zugängliche Quellen beschaffen lassen; das Ergebnis dieser Nachforschungen sei prozessordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt worden. Die mit dem Befangenheitsgesuch verbundene Anbringung eines Strafantrags lege im Übrigen den Verdacht nahe, dass mit dem Ablehnungsgesuch verfahrensfremde Zwecke verfolgt worden seien. 28

e) Der Bundesgerichtshof verwarf die Revision des Beschwerdeführers gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet, ohne auf das Revisionsvorbringen einzugehen. 29

## II.

1. Mit Schriftsatz vom 6. April 2001 (Verfahren 2 BvR 625/01) rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und seiner Rechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 sowie Art. 103 Abs. 1 GG. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor: 30

a) Das Landgericht habe seine Befangenheitsgesuche willkürlich als unzulässig behandelt und ihn daher im Ablehnungsverfahren seinem gesetzlichen Richter entzogen. 31

In dem Beschluss vom 26. Mai 1999 habe die Kammer jede Auseinandersetzung mit dem Inhalt seines Ablehnungsgesuchs vermieden. Anlass dieses Gesuchs sei die Behandlung des Ablehnungsgesuchs des Mitangeklagten P. gewesen, das mit Beschluss vom 25. Mai 1999 als unzulässig verworfen worden sei. In jenem Beschluss habe sich die Kammer in eine Begründetheitsprüfung begeben und damit offenbart, dass sie vor einer Prüfung des Gesuchs unter Hinzuziehung eines Vertreters zurückschrecke; sie habe damit willkürlich nicht nur gegenüber dem Mitangeklagten, sondern auch ihm gegenüber gehandelt, sodass der in seinem Ablehnungsgesuch enthaltene Hinweis auf eine Scheinbegründung zutreffend gewesen sei. 32

Gleiches gelte für den Beschluss vom 27. Juli 1999; mit keinem Wort sei die Strafkammer auf den in seinem Gesuch genannten Befangenheitsgrund eingegangen, sondern habe sich ausschließlich mit der Rechtmäßigkeit der zuvor ergangenen Entscheidung über die Zurückweisung seines Protokollierungsantrags beschäftigt, die er gar nicht in Zweifel gezogen habe; dieses Vorgehen sei willkürlich. 33

Auch der Beschluss vom 26. August 1999 weise das Ablehnungsgesuch willkürlich zurück und ignoriere den eigentlich vorgebrachten Ablehnungsgrund (Führen einer Geheimakte). 34

Mit der Zurückweisung seiner Ablehnungsgesuche als unzulässig hätten sich die Mitglieder des erkennenden Gerichts zum Richter in eigener Sache gemacht. Dies widerspreche dem Wesen des Ablehnungsrechts und der richterlichen Tätigkeit und verletze zugleich Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Darüber hinaus seien auch sein grundrechtsgleiches Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und sein Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, weil das Zwischenverfahren über die Richterablehnung nicht durchgeführt worden sei. 35

Das Urteil der 10. Strafkammer verstoße gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, weil es von befangenen Richtern gefällt worden sei. 36

b) Der Bundesgerichtshof habe die Garantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt und seine auf den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gestützte Revision willkürlich verworfen. In der Fallkonstellation willkürlicher Verwerfung der Befangenheitsgesuche nach § 26 a StPO sei die vom Bundesgerichtshof vorgenommene sachliche Prüfung der Ablehnungsgesuche nach Beschwerdegrundsätzen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 37

GG. § 26 a StPO unterscheide sich in grundsätzlicher Weise von anderen zuständigkeitsbestimmenden Normen der Strafprozessordnung; sie verleihe dem durch das Befangenheitsgesuch in seiner Zuständigkeit bereits angegriffenen Richter die Befugnis, jedenfalls noch über die Zulässigkeit des Gesuchs zu entscheiden; damit sei der Bereich des "Urteilens in eigener Sache" berührt. Bei verfassungskonformer Auslegung erfasse § 26 a Abs. 1 StPO nur Gesuche, die allein auf der Grundlage einer formellen Prüfung verbeschieden werden könnten; sie beziehe sich auf evidente Missbrauchsfälle des Ablehnungsrechts und enthalte ein auf Verfassungsgrundsätze gestütztes Verbot der Mitwirkung eines von dem entscheidungsgegenständlichen Gesuch betroffenen abgelehnten Richters an der Sachentscheidung über das Gesuch; denn jeder richterlichen Tätigkeit sei wesenseigen, dass sie von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt werde. § 26 a StPO enthalte zugleich eine Zuständigkeitsbestimmung, mit der eine verfassungswidrige Entziehung des gesetzlichen Richters möglich werde, sofern die Entscheidung unter Verkenning von Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ergehe. Die willkürliche Verwerfung eines Befangenheitsgesuchs als unzulässig sei eine willkürliche richterliche Zuständigkeitsbestimmung, die den Antragsteller im Ablehnungsverfahren seinem gesetzlichen Richter entziehe. Dieser Grundrechtsverstoß könne durch eine Entscheidung des Revisionsgerichts nach Beschwerdegrundsätzen nicht geheilt werden. Zudem würde im Fall willkürlicher Verwerfung eines Befangenheitsgesuchs als unzulässig die Entscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts auch in der Sache dazu führen, dass das in § 26 a StPO enthaltene Verbot der Entscheidung in eigener Sache der freien Willkür der über die Zulässigkeit des Gesuchs entscheidenden Richter anheim gestellt sei. Die Gefahr des Missbrauchs der Verwerfungsbefugnis nach § 26 a StPO sei bei einem solchen Verständnis der Vorschrift des § 338 Nr. 3 StPO regelrecht angelegt, obwohl die Norm das Gegenteil bewirken wolle.

2. Mit weiterem Schriftsatz vom 9. April 2001 (Verfahren 2 BvR 638/01) machte der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruchs auf ein rechtsstaatliches und faires Verfahren und zugleich eine weitere Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG geltend. Entgegen der zwingenden Vorschrift des § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO sei die Anklageschrift in der erneuten Hauptverhandlung nicht verlesen worden; die Schöffen seien daher in Ermangelung vollständiger Information über den entscheidungserheblichen Verfahrensstoff zur Verhandlung in der Sache nicht fähig gewesen. Dieser Verfahrensfehler habe zu einer (teilweisen) Entziehung des gesetzlichen Richters und zu einer Verletzung der Verfahrensfairness geführt. 38

### III.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Äußerungsberechtigten im Verfahren 2 BvR 625/01 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Von dieser Möglichkeit haben die Regierungen des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen keinen Gebrauch gemacht. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat Stellungnahmen des 1., 2., 4. und 5. Strafsenats übersandt, denen sich im Wesentlichen Folgendes entnehmen lässt: 39

Die Strafsenate haben übereinstimmend mitgeteilt, in ihrer Entscheidungspraxis bislang noch nicht mit einem willkürlich nach § 26 a StPO als unzulässig verworfenen Ablehnungsgesuch befasst gewesen zu sein. 40

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hob hervor, dass er in mehreren Entscheidungen auf die Problematik einer Entscheidung des Revisionsgerichts nach Beschwerdegrundsätzen im Hinblick auf die Garantie des gesetzlichen Richters hingewiesen und ein Ausweichen des Tatrichters in den Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit kritisiert habe (BGHSt 44, 26 <29>; Beschluss vom 22. November 2000 - 1 StR 442/00 -, BGHR StPO § 26 a Unzulässigkeit 9). Weil der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO aber nur verhindern wolle, dass ein befangener Richter an der Urteilsfindung mitwirke, scheide seine Annahme jedenfalls in Fällen unterhalb der Willkürschwelle aus. 41

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs führte aus, dass er die einer jahrzehntelangen, einhelligen und von der Literatur überwiegend gebilligten Rechtsprechung zu Grunde liegende Rechtsansicht teile, ein zu Unrecht als unzulässig verworfenes Ablehnungsgesuch begründe die Revision nicht, weil ein solcher Fehler nur eine Zwischenentscheidung und nicht das Urteil betreffe. Der Senat habe aber für andere Verfahrenskonstellationen der Zuständigkeitsregel des § 27 Abs. 1 StPO entnommen, dass ein Richter sachlich nicht über seine eigene angebliche Befangenheit entscheiden dürfe und die Mitwirkung eines abgelehnten Richters an einer solchen Entscheidung einen eigenen Ablehnungsgrund darstelle, auf den ein erneutes Ablehnungsgesuch gestützt werden könne. 42

Auch der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs wies darauf hin, dass das Revisionsgericht im Rahmen des § 338 Nr. 3 StPO ein Befangenheitsgesuch nach Beschwerdegrundsätzen auch in den Fällen inhaltlich prüfe, in denen das Gesuch rechtsfehlerhaft als unzulässig verworfen worden sei. Ergebe sich aus dem Ablehnungsvorbringen zweifelsfrei, dass das Ablehnungsgesuch unbegründet sei, so komme es nicht mehr darauf an, ob die Beschlusskammer vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei; dies schließe die Möglichkeit einer Aufhebung und Zurückverweisung bei fehlender tatsächlicher Beurteilungsgrundlage allerdings nicht aus. 43

Der 5. Strafsenat hob ergänzend hervor, dass diese Auslegung und Anwendung des § 338 Nr. 3 StPO gerade mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG geboten sei. Erweise sich ein Ablehnungsgesuch in der Sache als unbegründet, so sei der abgelehnte Richter tatsächlich der zur Entscheidung in der Hauptsache berufene, gesetzliche Richter. Führe ein schlichter Verfahrensfehler in der Behandlung des Ablehnungsgesuchs zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache, so entzöge eine solche Entscheidung des Revisionsgerichts den Betroffenen tatsächlich und endgültig seinem gesetzlichen Richter. 44

#### IV.

Die Verfassungsbeschwerde wird zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Soweit der Beschwerdeführer die Behandlung seiner Ablehnungsgesuche beanstandet, ist die Verfassungsbeschwerde in einer die Zuständigkeit der Kammer ergebenden Weise offensichtlich begründet. 45

Die für die Beurteilung maßgeblichen Fragen zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (§ 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Mit der Zurückweisung der Ablehnungsgesuche als unzulässig hat die Strafkammer den Beschwerdeführer im Ablehnungsverfahren seinem gesetzlichen Richter entzogen (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Der Bundesgerichtshof hat diese Fehler des Landgerichts nicht geheilt, sondern durch die Verwerfung der Revision vertieft. Zugleich hat er bei der Auslegung und Anwendung des absoluten Revisionsgrunds des § 338 Nr. 3 StPO im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Ablehnungsgesuche Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht hinreichend bedacht. 46

1. a) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte (vgl. BVerfGE 17, 294 <299>; 48, 246 <254>; 82, 286 <296>; 95, 322 <327>). Damit sollen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden (vgl. BVerfGE 95, 322 <327>). 47

Deshalb verpflichtet Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG den Gesetzgeber dazu, eine klare und abstrakt-generelle Zuständigkeitsordnung zu schaffen, die für jeden denkbaren Streitfall im Voraus den Richter bezeichnet, der für die Entscheidung zuständig ist. Jede sachwidrige Einflussnahme auf die rechtsprechende Tätigkeit von innen und von außen soll dadurch verhindert werden. Die Gerichte sind bei der ihnen obliegenden Anwendung der vom Gesetzgeber geschaffenen Zuständigkeitsordnung verpflichtet, dem Gewährleistungsgehalt und der Schutzwirkung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angemessen Rechnung zu tragen. 48

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darüber hinaus auch einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200 <213 f.>; 21, 139 <145 f.>; 30, 149 <153>; 40, 268 <271>; 82, 286 <298>; 89, 28 <36>; siehe dazu auch Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 162, 165 ff.; kritisch Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 179 ff.). 49

Der Gesetzgeber hat deshalb in materieller Hinsicht Vorsorge dafür zu treffen, dass die Richterbank im Einzelfall nicht mit Richtern besetzt ist, die dem zur Entscheidung anstehenden Streitfall nicht mit der erforderlichen professionellen Distanz eines Unbeteiligten und Neutralen gegenüberstehen. Die materiellen Anforderungen der Verfassungsgarantie verpflichten den Gesetzgeber dazu, Regelungen vorzusehen, die es ermöglichen, einen Richter, der im Einzelfall nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes auszuschließen. 50

b) Eine "Entziehung" des gesetzlichen Richters durch die Rechtsprechung, der die Anwendung der Zuständigkeitsregeln und die Handhabung des Ablehnungsrechts im Einzelfall obliegt, kann nicht in jeder fehlerhaften Rechtsanwendung gesehen werden; andernfalls müsste jede fehlerhafte Handhabung des einfachen Rechts zugleich als Verfassungsverstoß angesehen werden (vgl. BVerfGE 82, 286 <299>). Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind aber jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286 <299>). Ob die Entscheidung eines Gerichts auf Willkür, also auf einem Fall grober Missachtung oder grober Fehlanwendung des Gesetzesrechts (vgl. BVerfGE 29, 45 <49>; 82, 159 <197>; 87, 282 <286>) beruht oder ob sie darauf hindeutet, dass ein Gericht Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt, kann nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. 51

2. Nach diesen Prüfungsmaßstäben verletzen die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts Köln über die Befangenheitsgesuche das Recht des Beschwerdeführers auf den gesetzlichen Richter im Ablehnungsverfahren. 52

a) Die strafprozessualen Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung von Richtern (§§ 22, 23 und 24 StPO) dienen dem durch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgten Ziel, auch im Einzelfall die Neutralität und Distanz der zur Entscheidung berufenen Richter zu sichern. § 24 StPO eröffnet die Möglichkeit, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, wenn der Betroffene einen Grund sieht, der geeignet ist, Misstrauen im Hinblick auf seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Regelungen über das Verfahren zur Behandlung des Ablehnungsgesuchs enthalten die §§ 26 a und 27 StPO, die das Ablehnungsverfahren unterschiedlich je danach ausgestalten, ob ein Ablehnungsgesuch unzulässig ist oder ob es eine Sachprüfung erfordert. Ein vereinfachtes Ablehnungsverfahren sieht § 26 a StPO im Interesse der Verfahrensbeschleunigung für unzulässige Ablehnungsgesuche vor; über sie entscheidet das Gericht, ohne dass der abgelehnte Richter ausscheidet (vgl. § 26 a Abs. 2 Satz 1 StPO). Kommt eine Verwerfung des Ablehnungsgesuchs als unzulässig nicht in Betracht, so ist das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung zur Entscheidung auf der Grundlage einer dienstlichen Stellungnahme des abgelehnten Richters berufen, die dem Antragsteller zur Gewährung rechtlichen Gehörs zuzuleiten ist (vgl. BVerfGE 24, 56 <62>; BGHSt 21, 85 <87>). Die Zuständigkeitsregelung des § 27 Abs. 1 StPO trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass es "nach der Natur der Sache an der völligen inneren Unbefangenheit und Unparteilichkeit eines Richters fehlen wird, wenn er über die vorgetragene Gründe für seine angebliche Befangenheit selbst entscheiden müsste" (BGH, Urteil vom 30. Juni 1955 - 4 StR 178/55 -, zitiert nach BGH, NJW 1984, S. 1907 <1909>). Die besondere Bedeutung der richterlichen Zuständigkeit im Ablehnungsverfahren wird durch § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO illustriert, der dem Antragsteller schon im Vorfeld der Entscheidung über sein Gesuch das Recht verleiht, die Namhaftmachung der zur Mitwirkung an der Entscheidung über sein Ablehnungsgesuch berufenen Gerichtspersonen zu verlangen (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Juni 1991 - 2 BvR 103/91 -, NJW 1991, S. 2758). 53

Mit der differenzierenden Zuständigkeitsregelung in Fällen der Richterablehnung hat der Gesetzgeber einerseits dem Gewährleistungsgehalt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angemessenen Rechnung getragen: Ein Richter, dessen Unparteilichkeit mit jedenfalls nicht von vornherein untauglicher Begründung in Zweifel gezogen worden ist, kann und soll nicht an der Entscheidung über das gegen ihn selbst gerichtete Ablehnungsgesuch mitwirken, das sein eigenes richterliches Verhalten und die - ohnehin nicht einfach zu beantwortende - Frage zum Gegenstand hat, ob das beanstandete Verhalten für einen verständigen Angeklagten Anlass sein kann, an seiner persönlichen Unvoreingenommenheit zu zweifeln. Andererseits hat der Gesetzgeber aus Gründen der Vereinfachung und Beschleunigung des Ablehnungsverfahrens von einer Zuständigkeitsregelung dergestalt abgesehen, dass der abgelehnte Richter auch in den klaren Fällen eines unzulässigen oder missbräuchlich angebrachten Ablehnungsgesuchs an der Mitwirkung an der Entscheidung über das Gesuch gehindert ist (vgl. BTDrucks IV/178, S. 35). Die Mitwirkung des abgelehnten Richters bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs oder über die Frage seiner missbräuchlichen Anbringung, wie § 26 a StPO sie erlaubt, verhindert ein aufwändiges und zeitraubendes Ablehnungsverfahren unter Hinzuziehung von Vertretern in Fällen gänzlich untauglicher oder rechtsmissbräuchlicher Ablehnungsgesuche; bei strenger Prüfung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen gerät sie mit der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in Konflikt, weil die Prüfung keine Beurteilung des eigenen Verhaltens des abgelehnten Richters voraussetzt und deshalb keine echte Entscheidung in eigener Sache ist (vgl. BTDrucks IV/178, S. 35; siehe auch Frister, StV 1997, S. 150 <151>; Günther, NJW 1986, S. 281 <289>; kritisch Wendisch, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., 1999, § 26 a Rn. 3 ff.). Eine gesetzliche Regelung, die dem abgelehnten Richter eine inhaltliche Entscheidung über das gegen ihn gerichtete Ablehnungsgesuch ermöglichte, wäre demgegenüber verfassungsrechtlich bedenklich. Der ursprünglich im Bundesratsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege enthaltene Vorschlag, den Zurückweisungsgründen des § 26 a Abs. 1 StPO den der "offensichtlichen Unbegründetheit" hinzuzufügen (BTDrucks 13/4541, S. 4, Begründung S. 11 und 15 f.), ist nicht Gesetz geworden (vgl. nur Stellungnahme der Bundesregierung, Anlage 2 zu BTDrucks 13/4541, S. 32 f.; vgl. BTDrucks 14/1714, S. 3; kritisch Herzog, StV 2000, S. 444 <446>). 54

b) § 26 a StPO ist daher eine der Vereinfachung des Ablehnungsverfahrens dienende Vorschrift; weil sie nur echte Formalentscheidungen ermöglichen oder einen offensichtlichen Missbrauch des Ablehnungsrechts verhindern will, ist sie eng auszulegen (vgl. Wendisch, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., 1999, § 26 a Rn. 13). In Fällen, in denen die Frage der Unzulässigkeit nicht klar und eindeutig zu beantworten ist, wird es nahe liegen, das Regelverfahren nach § 27 StPO zu wählen, um jeden Anschein einer Entscheidung in eigener Sache zu vermeiden (vgl. Lemke, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 3. Aufl., 2001, § 26 a Rn. 4; Wendisch, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., 1999, § 26 a Rn. 5). Auf Fälle "offensichtlicher Unbegründetheit" des Ablehnungsgesuchs darf das vereinfachte Ablehnungsverfahren wegen des sonst vorliegenden Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ausgedehnt werden (vgl. Bockemühl, in: KMR, StPO, Stand: Dezember 2004, § 26 a Rn. 8). 55



c) Gemessen an diesen für die Auslegung und Anwendung des § 26 a StPO geltenden Maßstäben verletzen die angegriffenen und dem Urteil voraus gehenden Beschlüsse der Strafkammer Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Behandlung der Ablehnungsanträge geschah in allen drei Fällen unter Verletzung des verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG); ihre Zurückweisung als unzulässig unter Einbeziehung der abgelehnten Richter beruhte in sämtlichen Fällen auf grob fehlerhaften Erwägungen und deutet insgesamt darauf hin, dass das Landgericht den Gewährleistungsgehalt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verkannt hat. 56

aa) Der rechtliche Ausgangspunkt der Strafkammer, dass ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet sei, einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes gleich stehe, entspricht der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Mai 2001 - 1 StR 410/00 -, NStZ-RR 2002, S. 66; Beschluss des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 23. Februar 1999 - 4 StR 15/99 -, NStZ 1999, S. 311; Beschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 4. Januar 1989 - 3 StR 398/88 -, BGHR StPO § 26 a Unzulässigkeit 2; siehe auch Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. September 1992 - 2 WDB 11/92 -, veröffentlicht in Juris; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Stand: Juni 2004, § 26 a Rn. 6; Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl., 2003, § 26 a Rn. 3; Lemke, a.a.O., Rn. 7). Sie ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Ein Ablehnungsantrag, der zwar - rein formal betrachtet - eine Begründung für die angebliche Befangenheit enthält, der aber - ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls - zur Begründung der Besorgnis einer Befangenheit gänzlich ungeeignet ist, kann rechtlich dem völligen Fehlen einer Begründung gleichgeachtet werden. Im Rahmen der Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ist das Gericht allerdings in besonderem Maße verpflichtet, das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen, da es andernfalls leicht dem Vorwurf ausgesetzt sein kann, tatsächlich im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten. Überschreitet das Gericht die ihm gezogenen Grenzen, so kann dies - worauf der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Stellungnahme hingewiesen hat - die Besorgnis der Befangenheit begründen. 57

bb) Bei der Anwendung dieses verfassungsrechtlich unbedenklichen Prüfungsmaßstabs hat die Strafkammer die ihr von Verfassungs wegen gezogenen Grenzen allerdings überschritten. 58

(1) Hinsichtlich des ersten Ablehnungsgesuchs hat die Strafkammer angenommen, dass es nur allgemeine Erwägungen enthalte, und dabei verkannt, dass der Beschwerdeführer seine Besorgnis auf die eindeutige und grob fehlsame, in verfassungsrechtlichem Sinne daher objektiv willkürliche Behandlung des Ablehnungsgesuchs des Mitangeklagten durch die Strafkammer stützte. 59

Bei der Prüfung der Frage, ob das Ablehnungsgesuch des Mitangeklagten einen Grund für die Besorgnis der Befangenheit angebe, hatte die Strafkammer den in dem Gesuch tatsächlich angeführten Grund (spontane Unmutsäußerung des Vorsitzenden vor dem Hintergrund mehrfacher und als Kritik an der Verteidigungsstrategie aufgefasster Bemerkungen im Rahmen der Verhandlungsleitung) nicht unverändert auf seine Tauglichkeit geprüft, sondern der eigenen Erinnerung an das Geschehen in der Hauptverhandlung entsprechend modifiziert. Anschließend hat das erkennende Gericht geprüft, ob der von ihm modifizierte Sachverhalt geeignet sei, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, und hat dies verneint. Damit hat es nicht nur den Anspruch des Antragstellers auf Gewährung rechtlichen Gehörs in grober Weise verletzt, sondern das Ablehnungsgesuch der Sache nach einer Begründetheitsprüfung unterzogen, die ihm von Verfassungs wegen gerade verwehrt ist. Diese Art der Behandlung eines Befangenheitsgesuchs konnte ohne weiteres geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. 60

Bei dieser Sachlage hat die Strafkammer das auf diesen Sachverhalt gestützte Ablehnungsgesuch des Beschwerdeführers nur unter Verletzung seines Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs und willkürlich als unzulässig verwerfen können. 61

(2) Auch die Behandlung der beiden weiteren Ablehnungsgesuche verletzte nicht nur den Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung rechtlichen Gehörs, sondern zugleich auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. 62

aaa) Ihr rechtlicher Ausgangspunkt, dass eine vermeintlich oder tatsächlich rechtsfehlerhafte Vorentscheidung für sich genommen die Besorgnis der Befangenheit nicht rechtfertige, mit der Folge, dass ein darauf gestütztes Ablehnungsgesuch als unzulässig im Sinne des § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO angesehen werden kann, entspricht allerdings der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. BGHSt 21, 334 <343>; BGH, NStZ-RR 2001, S. 258; KG Berlin, Beschluss vom 31. Januar 2001 - 1 AR 59/01 - 4 Ws 17/01 -, veröffentlicht in Juris; Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl., 2003, § 24 Rn. 6 m.w.N.; Günther, NJW 1986, S. 281 <285>; siehe aber auch BGH, NJW 1984, S. 1907 <1909>). Danach müssen Umstände hinzutreten, die nach den konkreten Umständen 63

des Einzelfalls die Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. BGH, NStZ-RR 2001, S. 258); diese über die Vorentscheidung hinausreichenden Umstände muss der Antragsteller daher in seinem Gesuch vortragen und glaubhaft machen (vgl. BGH, NStZ 1999, S. 311; BGHR StPO § 26 a Unzulässigkeit 2; BayObLG, wistra 2002, S. 196 <197>; OLG Köln, StV 1991, S. 293; Pfeiffer, a.a.O., m.w.N.; Günther, NJW 1986, S. 281 <283>). Anhaltspunkte für die Besorgnis der Befangenheit können in dem Verhalten des Richters oder in den Gründen der vorangegangenen Entscheidung gefunden werden (vgl. Beschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 9. August 2000 - 3 StR 504/99 -, StV 2002, S. 116; OLG Düsseldorf, VRS 87, S. 344 ff.; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22. August 1996 - 1 Ss 96/96 -, Juris-Ausdruck, S. 2 f.). Dieser Maßstab soll auch für die Mitwirkung an der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs gelten, selbst wenn diese rechtliche Bewertung unzutreffend gewesen sein sollte (vgl. Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. November 2000 - 1 StR 442/00 -, NStZ-RR 2001, S. 258).

bbb) Entgegen der Annahme der Strafkammer hat der Beschwerdeführer seine Ablehnungsgesuche nicht auf die Ablehnung seines Antrags auf Protokollierung der zusammengefassten Aussage und auf die überraschende Einführung der beiden Schreiben oder eine Ablehnung der beantragten Beweiserhebung gestützt. Er hatte vielmehr im ersten Fall auf eine über den Beschluss hinausgehende Äußerung des Gerichts zur Würdigung verschiedener Zeugenaussagen und im zweiten Fall auf die Versagung der Akteneinsicht in den vom Vorsitzenden geführten Beweismittelordner abgestellt und daraus seine Besorgnis der Befangenheit hergeleitet. Die Ablehnungsgesuche waren mithin beide mit einer nicht von vornherein untauglichen Begründung versehen. Ihre Behandlung als unzulässig kann daher insbesondere vor dem Hintergrund der Behandlung der beiden vorangegangenen Ablehnungsgesuche, auf die der Beschwerdeführer mit seinem zweiten Ablehnungsgesuch ausdrücklich hingewiesen hat, nicht als lediglich rechtsirrtümliche Behandlung der Gesuche angesehen werden; das Vorgehen der Strafkammer ist vielmehr sachlich nicht gerechtfertigt und daher willkürlich. 64

3. Der Bundesgerichtshof hat bei seiner Entscheidung über die auf den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gestützte und zulässig erhobene Verfahrensrüge der Ausstrahlungswirkung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht hinreichend Rechnung getragen. Denn er hat nicht erkennbar geprüft, ob die hier unter Verletzung verfassungsrechtlicher Mindestgarantien behandelten Befangenheitsgesuche der Sache nach das vom Beschwerdeführer gehegte Misstrauen in die Unparteilichkeit der Mitglieder der Strafkammer rechtfertigen. Damit hat er nicht nur den im Ablehnungsverfahren verletzten Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht geheilt, sondern zugleich auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt. 65

a) Der Bundesgerichtshof hat die von ihm getroffene Entscheidung nicht mit einer Begründung versehen. Da es in Fällen, in denen das Revisionsgericht dem Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung folgt, der allgemeinen Übung der Strafsenate entspricht, der Bezugnahme auf § 349 Abs. 2 StPO die eigene Rechtsauffassung anzufügen (vgl. nur Beschluss des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 20. Februar 2004 - 2 StR 116/03 -, NStZ 2004, S. 511), dies hier aber nicht geschehen ist, kann davon ausgegangen werden, dass der 5. Strafsenat sich die Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts zu Eigen gemacht hat. 66

b) Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist ein Ablehnungsgesuch nur dann im Sinne des absoluten Revisionsgrunds des § 338 Nr. 3 StPO "mit Unrecht verworfen", wenn es tatsächlich begründet gewesen wäre. Darauf, ob das Befangenheitsgesuch tatsächlich verfahrensfehlerhaft als unzulässig zurückgewiesen worden ist, kommt es mithin nicht an. 67

aa) Dieser rechtliche Ausgangspunkt entspricht der heute herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Kommentarliteratur. Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO soll danach - wie die Ablehnungsvorschriften selbst - die Unparteilichkeit des Richters gewährleisten. Die schutzwürdigen Belange des Beschwerdeführers fänden ihre Grenze deshalb dort, wo eine Besorgnis in dieser Richtung tatsächlich fehle. Ein Ablehnungsgesuch sei deshalb nur dann im Sinne von § 338 Nr. 3 StPO "mit Unrecht verworfen", wenn es sachlich gerechtfertigt gewesen sei und ihm hätte stattgegeben werden müssen (vgl. BGHSt 18, 200 <202>; Beschluss des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 1988 - 4 StR 563/88 -, BGHR StPO, § 26 a Unzulässigkeit 3; Beschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 9. August 2000 - 3 StR 504/99 -, StV 2002, S. 116; Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 6. Aufl., 2001, Rn. 161; Kuckein, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl., 2003, § 338 Rn. 59; Meyer-Goßner, StPO, 47. Aufl., 2004, § 338 Rn. 28; Hanack, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., 2003, § 338 Rn. 65). 68

(1) Das Reichsgericht hatte noch angenommen, dass ein Ablehnungsgesuch schon dann im Sinne des § 338 Nr. 3 StPO "mit Unrecht verworfen" worden sei, wenn über das Gesuch ein nicht vorschriftsmäßig besetztes Gericht entschieden habe (vgl. die Nachweise bei BGHSt 18, 200 <201>; siehe auch BGHSt 21, 334 <338>); denn auf andere Weise sei das den Prozessbeteiligten zugefügte prozessuale Unrecht nicht zu beseitigen. Nachdem der Bundesgerichtshof dieser Rechtsprechung in einer frühen Entscheidung noch gefolgt ist (vgl. MDR 1955, S. 271), hat er 69

diese Auffassung in einem Fall relativiert, in dem die Mitwirkung eines beauftragten Richters an einer Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch als unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts beanstandet worden ist; da das Ablehnungsgesuch "offensichtlich unbegründet" sei, liege der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 1956 - 5 StR 5/56 -, JR 1957, S. 68; siehe auch BGHSt 18, 200 <203>; 21, 334 <338>). Unter Betonung des Ziels des § 338 Nr. 3 StPO, der wie die Ablehnungsvorschriften dafür Sorge tragen wolle, die Richterbank von Richtern freizuhalten, deren Unparteilichkeit und Neutralität in berechnete Zweifel gezogen worden sei, hat der Bundesgerichtshof auch die Ansicht vertreten, dass das Revisionsgericht ein irrtümlich als unzulässig verworfenes Ablehnungsgesuch "auf seine Begründetheit nachzuprüfen hat oder jedenfalls nachprüfen darf" (vgl. die Nachweise zweier insoweit unveröffentlichter Entscheidungen bei BGHSt 18, 200 <203>; BGHSt 23, 265 <267>; zweifelnd BGHSt 44, 26 <29>). Nach anderer Ansicht soll das Revisionsgericht jedenfalls in Fällen, in denen die abgelehnten Richter selbst rechtsirrtümlich über das gegen sie gerichtete Ablehnungsgesuch entschieden haben, zu einer solchen Prüfung nicht verpflichtet sein, sondern das Urteil auf die fehlerhafte Behandlung des Ablehnungsgesuchs hin aufheben können, wenn nicht auszuschließen ist, dass das Urteil auf den dargelegten Mängeln beruhen kann (vgl. BGHSt 23, 200 <202>).

(2) Nach anderer Ansicht soll der absolute Revisionsgrund allerdings vorliegen, wenn die Behandlung des Ablehnungsgesuchs als unzulässig im Sinne des § 26 a StPO auf offenkundig willkürlicher Gesetzesauslegung beruht (vgl. Pfeiffer, StPO, 4. Aufl., 2002, § 338 Rn. 13). 70

bb) Ob diese Auslegung des § 338 Nr. 3 StPO auch dann mit der Verfassung im Einklang stünde, wenn die Gerichte tatsächlich zunehmend in Fällen offensichtlicher Unbegründetheit eines Ablehnungsantrags bewusst in das Verfahren nach § 26 a StPO ausweichen sollten (vgl. Beschluss des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 2004 - 2 StR 496/03 -, StraFo 2004, S. 238), weil der begangene Rechtsverstoß im Revisionsrechtszug regelmäßig folgenlos bleibt, kann hier offen bleiben. Eine systematische Umgehung des gesetzlich als Regelfall vorgesehenen Ablehnungsverfahrens unter Hinzuziehung einer Vertreterkammer könnte allerdings geeignet sein, die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte des Antragstellers auf Gewährung rechtlichen Gehörs, die Verbürgung des gesetzlichen Richters im Ablehnungsverfahren und nicht zuletzt die Garantie effektiven Rechtsschutzes zu beeinträchtigen. Das nach dem Willen des Gesetzgebers regelmäßig vorgesehene Ablehnungsverfahren gewährleistet durch die zeitnah einzuholenden dienstlichen Stellungnahmen der betroffenen Richter eine optimale Aufklärung des dem Ablehnungsgesuch zu Grunde liegenden Lebenssachverhalts und ermöglicht damit zugleich eine effektive Kontrolle der vom Antragsteller vorgebrachten Ablehnungsgründe; die spätere, nach vollständiger Durchführung einer unter Umständen langen und aufwändigen Hauptverhandlung stattfindende Kontrolle im Revisionsrechtszug bietet hier keinen vollständigen Ausgleich (zu den Erfolgsaussichten einer auf § 338 Nr. 3 StPO gestützten Verfahrensrüge vgl. Nack, NStZ 1997, S. 153 <158>; Nehm/Senge, NStZ 1998, S. 377 <383>; Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 147 f.). 71

c) Dem Bundesgerichtshof als dem zuständigen Fachgericht hätte es obliegen, die im Ablehnungsverfahren geschehenen, gravierenden Verfassungsverstöße durch Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen zu beheben. 72

Mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, wenn das Revisionsgericht auch in den Fällen, in denen ein Ablehnungsgesuch - wie hier - willkürlich und unter Verletzung des grundrechtsgleichen Anspruchs des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Ablehnungsverfahren als unzulässig verworfen worden ist, lediglich prüft, ob das Ablehnungsgesuch in der Sache erfolgreich gewesen wäre. Das Revisionsgericht hat in Fällen wie dem hier zu entscheidenden nicht über die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs, sondern vielmehr darüber zu entscheiden, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26 a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden. Andernfalls würde § 26 a StPO leer laufen und entgegen dem erklärten Willen des Gesetzgebers auch auf die Entscheidung über offensichtlich unbegründete Ablehnungsgesuche ausgedehnt. Jedenfalls bei einer willkürlichen Überschreitung des von § 26 a StPO gesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben und an das Tatgericht zurückzuverweisen, damit dieses in der Zusammensetzung des § 27 StPO über das Ablehnungsgesuch entscheidet. 73

d) Bei dieser Sachlage kommt es daher nicht mehr darauf an, ob - wie vom Beschwerdeführer vorgetragen - die Behandlung der Verfahrensrüge durch den Bundesgerichtshof auch sein grundrechtsgleiches Recht auf Gewährung effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 67, 43 <58>; stRSpr) verletzt. 74

4. Aus diesen Gründen ist auch die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben. 75

## V.

Im Übrigen ist die Verfassungsbeschwerde jedenfalls unbegründet. Die unterlassene Verlesung des Anklagesatzes 76

verletzt den Beschwerdeführer nicht in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten.

VI. 77

Die Entscheidung über die Erstattung der notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG. 78

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 79