

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 66

**Die Unparteilichkeit
des Richters im Strafverfahren
unter Berücksichtigung von
Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK**

Von

Karolina Kierzkowski



Duncker & Humblot · Berlin

KAROLINA KIERZKOWSKI

Die Unparteilichkeit des Richters
im Strafverfahren unter Berücksichtigung
von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Claus Kreß, Michael Kubiciel

Cornelius Nestler, Frank Neubacher

Jürgen Seier, Martin Waßmer, Thomas Weigend

Professoren an der Universität zu Köln

Band 66

Die Unparteilichkeit
des Richters im Strafverfahren
unter Berücksichtigung von
Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

Von

Karolina Kierzkowski



Duncker & Humblot · Berlin

Die Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln hat diese Arbeit
im Wintersemester 2015/2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0936-2711
ISBN 978-3-428-14965-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54965-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84965-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Die ausgewertete Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von April 2015.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thomas Weigend, möchte ich für die Betreuung der Arbeit danken. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Professor Dr. Cornelius Nestler für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme meiner Dissertation in die Reihe „Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften“. Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung gebührt mein Dank für den gewährten Druckkostenzuschuss.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis gilt mein Dank für die stets vertrauensvolle und motivierende Zusammenarbeit im Rahmen meiner fortdauernden Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin des Großen Examens- und Klausurenkurses der Universität zu Köln. Danken möchte ich darüber hinaus meinen (auch ehemaligen) Kollegen des Großen Examens- und Klausurenkurses für die freundschaftliche und dabei professionelle Zusammenarbeit und die stete Bereitschaft zur fachlichen Diskussion.

Für die hilfreichen Anmerkungen zur Überarbeitung des Manuskripts bedanke ich mich bei Thomas Herkens und Dr. Philipp Goy.

Dr. Robert Kessler danke ich darüber hinaus von ganzem Herzen für die anspornende Unterstützung beim Abschluss des Promotionsvorhabens. Mein Dank gilt vor allem auch meiner Familie und meinen Freunden, die mir während der Arbeit stets Rückhalt gegeben haben.

Köln, im März 2016

Karolina Kierzkowski

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
I. „Justice must not only be done: it must also be seen to be done“	17
II. Einwände	20
III. Gang der Untersuchung	21
B. Das (Selbst-)Bild des Richters und seine Unparteilichkeit	23
C. Rang und systematische Stellung der richterlichen Unparteilichkeit in der deutschen Rechtsordnung und der EMRK	27
I. Die Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit im Grundgesetz	27
II. Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit in der EMRK	61
D. Die Regelungen der Unparteilichkeit in der Strafprozessordnung und der EMRK sowie deren Ausgestaltung durch die Rechtsprechung	63
I. Die Ausschluss- und Ablehnungsvorschriften der Strafprozessordnung	63
II. Das Recht auf den unparteilichen Richter, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	106
III. Die Vereinbarkeit der Anforderungen an die Unparteilichkeit nach dem nationalen Recht und der EMRK	123
E. Die Vereinbarkeit der Vorbefassung des Richters mit den Anforderungen an seine Unparteilichkeit	129
I. Das Problem der Vorbefassung	130
II. Die einzelnen Konstellationen der Vorbefassung nach nationalem Recht und ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	141
F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Reformbedarf	240
Literaturverzeichnis	248
Sachverzeichnis	272

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. „Justice must not only be done: it must also be seen to be done“	17
II. Einwände	20
III. Gang der Untersuchung	21
B. Das (Selbst-)Bild des Richters und seine Unparteilichkeit	23
C. Rang und systematische Stellung der richterlichen Unparteilichkeit in der deutschen Rechtsordnung und der EMRK	27
I. Die Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit im Grundgesetz	27
1. Der Richtervorbehalt des Art. 92 GG	28
a) Der Begriff des Richters	29
b) Keine Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit im Richterbegriff	31
2. Die Unabhängigkeit des Richters, Art. 97 GG	31
a) Die Dimensionen der Unabhängigkeit des Richters	32
aa) Sachliche Unabhängigkeit	33
(1) Vereinbarkeit der sachlichen Unabhängigkeit mit dem Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung	35
(a) Bei der Entscheidungsfindung eingreifende Maßnahmen	36
(b) Nach der Urteilsfindung wirkende Maßnahmen	37
(c) Vereinbarkeit von Unabhängigkeit des Richters und Einheitlichkeit der Rechtsprechung	37
(2) Vereinbarkeit der sachlichen Unabhängigkeit mit der Dienstaufsicht	38
(a) Die Dienstaufsicht im Allgemeinen	38
(b) Die Beurteilung und Beförderung im Besonderen	40
(c) Vereinbarkeit von Unabhängigkeit des Richters und Dienstaufsicht	41
bb) Persönliche Unabhängigkeit	41
cc) Innere Unabhängigkeit	44
(1) Problematik und Forderung der inneren Unabhängigkeit	44
(2) Verankerung der inneren Unabhängigkeit in Art. 97 GG	45

b) Art. 97 GG als Voraussetzung der Unparteilichkeit	47
3. Der gesetzliche Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	48
a) Vorausbestimmung der Zuständigkeit als einhelliger Regelungsgehalt	49
b) Kontroverse hinsichtlich der Materialisierung des gesetzlichen Richters	51
aa) Der gesetzliche Richter als „gesetzlich zuständiger“ Richter	51
bb) Der gesetzliche Richter als der „in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechend(e)“ Richter	52
cc) Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	54
c) Ablehnung des materiellen Gehalts sowie der verfassungsrechtlichen Ver- ankerung der richterlichen Unparteilichkeit in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ...	56
4. Das rechtliche Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG	57
5. Das Rechtsstaatsprinzip, insbesondere der Fair-trial-Grundsatz	59
6. Zwischenergebnis: Richterliche Unparteilichkeit als Bestandteil des Rechts- staatsprinzips in seiner Ausprägung als Fair-trial-Grundsatz	61
II. Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit in der EMRK	61
D. Die Regelungen der Unparteilichkeit in der Strafprozessordnung und der EMRK sowie deren Ausgestaltung durch die Rechtsprechung	63
I. Die Ausschluss- und Ablehnungsvorschriften der Strafprozessordnung	63
1. Der Ausschluss des Richters gemäß §§ 22, 23, 148a Abs. 2 S. 1 StPO	63
a) Die Ausschlussgründe des § 22 StPO	65
aa) Die Verletzung des Richters durch die Straftat, § 22 Nr. 1 StPO	65
(1) Unmittelbare Betroffenheit	65
(2) Hypothetische Verletzeneigenschaft	66
bb) Das Näheverhältnis des Richters zum Beschuldigten oder durch die Straftat Verletzten, § 22 Nr. 2, 3 StPO	67
cc) Die nichtrichterliche Vorbefassung mit der Sache, § 22 Nr. 4, 5 StPO	68
b) Die Ausschlussgründe des § 23 StPO	71
aa) Aktuelle Fassung	71
bb) Ehemals weitere Ausschlussgründe	73
c) Der Ausschlussgrund des § 148a Abs. 2 S. 1 StPO	75
d) Anerkennung vielgestaltiger Parteilichkeitsgefahren in den Ausschluss- gründen	76
2. Die Ablehnung des Richters gemäß § 24 StPO	78
a) Die Ablehnung des Richters bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes	79
b) Die Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit	79
aa) Das Verhältnis der Ablehnungsgründe zu den Ausschlussgründen	79
(1) Graduelle Abstufungen zwischen Ausschluss- und Ablehnungs- gründen	80

(2) Grundlegende Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen	81
(3) Stellungnahme	82
(4) Ergänzungsverhältnis zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen	84
bb) Die Anforderungen an die Besorgnis der Befangenheit im Sinne des § 24 Abs. 1, 2 StPO	85
(1) Die Bedeutung des Befangenheitsbegriffs	85
(a) Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit?	85
(b) Eingrenzung einer Ausweitung des Befangenheitsbegriffs anhand der Kriterien der „inneren Haltung“ sowie der „Fallbezogenheit“	87
(c) Die Unsachlichkeit der inneren Einstellung	92
(d) Die Bevorzugung bzw. Benachteiligung der Prozessbeteiligten	93
(e) Einschränkung der Befangenheit?	93
(f) Definition des Befangenheitsbegriffs	97
(2) Anforderungen an die Besorgnis der Befangenheit	98
(a) Streng objektiver Maßstab	98
(b) Primär subjektiver Maßstab	99
(c) Gemischt subjektiv-objektiver Maßstab	100
(d) Beschränkung auf den Fall des sogenannten „vernünftigen Angeklagten“	104
3. Die Selbstanzeige des Richters, § 30 StPO	105
4. Anforderungen an die Unparteilichkeit	106
II. Das Recht auf den unparteilichen Richter, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	106
1. Die Relevanz der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das deutsche Strafverfahrensrecht	106
a) Die Anwendbarkeit der EMRK im Bereich des deutschen Strafverfahrensrechts	107
aa) Der Rang und die Anwendbarkeit der EMRK in der deutschen Rechtsordnung	107
bb) Der Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK im Bereich des Strafverfahrensrechts	110
cc) Unmittelbare Anwendbarkeit auf das nationale Strafverfahren	111
b) Die Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EGMR für das deutsche Strafverfahrensrecht	112
aa) Die Bindungswirkung von Entscheidungen gegen die Bundesrepublik Deutschland	112
bb) Die Geltung von Entscheidungen gegen andere Vertragsstaaten	116
c) Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR im nationalen Strafverfahrensrecht	117
2. Die Regelung der Unparteilichkeit in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	117

3. Die Unparteilichkeit in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	118
a) Subjektiver Ansatz	118
b) Objektiver Ansatz	119
c) Der unparteiliche Richter der EMRK nach dem EGMR	122
III. Die Vereinbarkeit der Anforderungen an die Unparteilichkeit nach dem nationalen Recht und der EMRK	123
1. Vergleichbarkeit der Anforderungen der StPO mit denjenigen der EMRK ...	123
2. Vereinbarkeit des Ausschluss- und Ablehnungsrechts mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	125
E. Die Vereinbarkeit der Vorbefassung des Richters mit den Anforderungen an seine Unparteilichkeit	129
I. Das Problem der Vorbefassung	130
1. Die psychologische Problematik	130
a) Einbeziehung der Wahrnehmungspsychologie: Notwendigkeit von „Vorurteilen“ im Sinne vorangegangener Erfahrungen	131
b) Die Phänomene der Wahrnehmungslenkung und -selektion	133
aa) Primacy-effect und Ankereffekt	134
bb) Selektions- und Redundanzprinzip sowie Perseveranzphänomen	136
cc) Halo-Effekt und Anwendung von sogenannten Alltagstheorien	137
c) Zwischenergebnis	138
2. Das Richter(selbst)bild als Problem	139
II. Die einzelnen Konstellationen der Vorbefassung nach nationalem Recht und ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	141
1. Vorbefassung rechtlicher Art	141
a) Einschätzung nach nationalem Recht	142
b) Einschätzung durch den EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	143
2. Vorbefassung tatsächlicher Art	144
a) Nichtrichterliche Vorbefassung	144
aa) Einschätzung nach nationalem Recht	144
bb) Einschätzung des EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	146
(1) <i>Piersack ./. Belgien</i>	146
(2) <i>Wettstein ./. Schweiz, Puolitaival und Pirttiaho ./. Finnland, Mežnarić ./. Kroatien</i>	147
cc) Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in den Fällen nichtrichterlicher Vorbefassung	148

- b) Richterliche Vorbefassung 149
 - aa) Vorbefassung in einer anderen Instanz oder einem anderen Verfahren 150
 - (1) Wiederbefassung nach Zurückverweisung, § 354 Abs. 2 StPO ... 150
 - (a) Einschätzung nach nationalem Recht 152
 - (b) Vergleichbare Fälle in der Rechtsprechung des EGMR 155
 - (aa) *Ringelsen / Österreich* 156
 - (bb) *Diennet / Frankreich* 156
 - (cc) *Vaillant / Frankreich* 158
 - (dd) Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Fällen der Wiederbefassung des Richters nach Zurückverweisung 158
 - (2) Vorbefassung durch Mitwirkung im Verfahren einer anderen Verfahrensart, insbesondere im vorangegangenen Zivilverfahren ... 159
 - (a) Einschätzung nach nationalem Recht 160
 - (b) Einschätzung des EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK 161
 - (aa) *Fatullayev / Azerbaidshan* 161
 - (bb) Bedeutung der Entscheidung des EGMR für die Einschätzung am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ... 162
 - (3) Vorbefassung durch Mitwirkung in einem vorangegangenen Strafverfahren 164
 - (a) Einschätzung nach nationalem Recht 164
 - (b) Einschätzung des EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK 165
 - (aa) *Ferrantelli und Santangelo / Italien* 165
 - (bb) *Rojas Morales / Italien* 166
 - (cc) *Schwarzenberger / Deutschland* 167
 - (dd) *Lindon, Otchakovsky-Laurens und July / Frankreich* ... 168
 - (ee) *Poppe / Niederlande* 170
 - (ff) *Miminoshvili / Russland* 171
 - (gg) *Rudnichenko / Ukraine* 172
 - (hh) *Khodorkovskiy und Lebedev / Russland* 173
 - (ii) Auswertung der Entscheidungen 173
 - (c) Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Fällen der Vorbefassung des Richters durch Mitwirkung in einem anderen Strafverfahren 174
 - (4) Zwischenergebnis 175

bb) Vorbefassung innerhalb unterschiedlicher Verfahrensabschnitte einer Instanz	177
(1) Vorbefassung des Richters im Ermittlungsverfahren	177
(a) Einschätzung nach nationalem Recht	177
(aa) Handlungen im Ermittlungsverfahren außerhalb der Anordnung von Zwangsmaßnahmen	177
(bb) Maßnahmen im Zusammenhang mit der Anordnung der Untersuchungshaft oder anderer Zwangsmaßnahmen	180
(b) Einschätzung des EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	184
(aa) Einzelfälle	184
α) <i>De Cubber ./. Belgien</i>	184
β) <i>Hauschildt ./. Dänemark</i>	185
γ) <i>Sainte-Marie ./. Frankreich</i>	186
δ) <i>Fey ./. Österreich</i>	186
ε) <i>Padovani ./. Italien</i>	187
ζ) <i>Nortier ./. Niederlande</i>	188
η) <i>Saraiva de Carvalho ./. Portugal</i>	188
θ) <i>Bulut ./. Österreich</i>	189
ι) <i>Tierce und andere ./. San Marino</i>	190
κ) <i>Perote Pellon ./. Spanien</i>	191
λ) <i>Cianetti ./. Italien</i>	191
μ) <i>Jasiński ./. Polen</i>	192
ν) <i>Mathony ./. Luxemburg</i>	193
ξ) <i>Nešák ./. Slowakei</i>	193
ο) <i>Ekeberg und andere ./. Norwegen</i>	193
π) <i>Savaş ./. Türkei</i>	194
ρ) <i>Mironenko und Martenko ./. Ukraine</i>	195
ς) <i>Adamkiewicz ./. Polen</i>	195
σ) <i>Gulyayeva ./. Russland</i>	196
τ) <i>Chesne ./. Frankreich</i>	196
υ) <i>Cardona Serrat ./. Spanien</i>	197
φ) <i>Alony Kate ./. Spanien</i>	197
χ) <i>Ionuț-Laurențiu Tudor ./. Rumänien</i>	197
ψ) <i>Dragojević ./. Kroatien</i>	198
(bb) Auswertung der Entscheidungen	198
α) Grundsatz: Hauschildt-Rechtsprechung	198
β) Anwendung des Grundsatzes im Einzelfall	200
(c) Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Fällen der Vorbefassung des Richters im Ermittlungsverfahren	205

- (2) Vorbefassung im Klageerzwingungsverfahren 208
 - (a) Einschätzung nach nationalem Recht 208
 - (b) Einschätzung des EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK 209
 - (aa) *Svetlana Naumenko ./ Ukraine* 209
 - (bb) *Driza ./ Albanien* 209
 - (c) Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Fällen der Vorbefassung des Richters im Klageerzwingungsverfahren 210
- (3) Vorbefassung im Zwischenverfahren 210
 - (a) Einschätzung nach nationalem Recht 211
 - (aa) Die Probleme der Vorbefassung des Richters im Zwischenverfahren 212
 - α) Das Problem der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens 212
 - β) Das Problem der Aktenkenntnis 215
 - (bb) Diskutierte Lösungsansätze außerhalb des geltenden Ausschluss- und Ablehnungsrechts 217
 - α) Reformvorschläge hinsichtlich des Zwischenverfahrens 217
 - β) Reformvorschläge im Hinblick auf das Hauptverfahren 220
 - γ) Vorschlag einer Reform des Zwischen- und Eröffnungsverfahrens 225
 - (cc) Ausschluss oder Ablehnung des Eröffnungsrichters 225
 - (b) Einschätzung des EGMR am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK 229
 - (aa) *Saraiva de Carvalho ./ Portugal* 229
 - (bb) *Castillo Algar ./ Spanien* 230
 - (cc) *Perote Pellon ./ Spanien* 231
 - (dd) *Gomez de Liaño y Botella ./ Spanien* 231
 - (ee) Auswertung der Entscheidungen 233
 - (c) Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Fällen der Vorbefassung des Richters im Zwischenverfahren 235
- (4) Zwischenergebnis 238

F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Reformbedarf 240

Literaturverzeichnis 248

Sachverzeichnis 272

A. Einleitung

I. „Justice must not only be done: it must also be seen to be done“¹

In einem Rechtsstaat ist die Vorstellung von Richtern² und Rechtsprechung untrennbar mit deren Unparteilichkeit verbunden.³ Insbesondere für Strafverfahren gehört die richterliche Unparteilichkeit „zu den unverzichtbaren Strukturmerkmalen“.⁴ Sie ist ein „konstituierendes Merkmal eines fairen Strafprozesses“.⁵ Nicht umsonst findet die Unparteilichkeit des Richters ausdrückliche Erwähnung in Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Als Grundvoraussetzung für ein faires Strafverfahren dient die Unparteilichkeit des Richters zugleich dem Rechtsfrieden: Nur das Urteil eines unparteilichen Richters wird vom Bürger eines Rechtsstaats akzeptiert, auch wenn es zu seinen Lasten geht.⁶

Für diese Akzeptanz ist jedoch nicht nur erforderlich, dass der Richter tatsächlich unparteilich ist. Hinzukommen muss, dass der Richter auch den Eindruck der Unparteilichkeit vermittelt. Die Verfahrensbeteiligten, insbesondere der Angeklagte, aber auch die (Verfahrens-)Öffentlichkeit müssen den Eindruck haben, dass der Richter unparteilich ist.⁷ Nur dann ist das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten sowie der Öffentlichkeit in den Richter gewährleistet.⁸

¹ Die vom EGMR vielzitierte Wendung ist ein Zitat aus einer bedeutenden englischen Entscheidung im Zusammenhang mit der Unparteilichkeit von Richtern, vgl. *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* ([1924] 1 KB 256 [1923] All ER Rep 233).

² Soweit in dieser Arbeit Begriffe wie Richter, Staatsanwalt, Angeklagter u.s.w. verwandt werden, ist selbstverständlich immer auch die weibliche Form gemeint. Es wird lediglich zu Zwecken der Übersichtlichkeit auf die Nennung beider Formen verzichtet. Darüber hinaus beschränkt sich der Richterbegriff nicht auf Berufsrichter, sondern umfasst auch Laienrichter und Schöffen.

³ So auch *Dierlamm*, Ausschluss und Ablehnung, 1994, S. 53; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 109, 136; *Steinfatt*, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa, 2012, S. 19; *Ignor*, ZIS 2012, 228; *Kotulla*, in: FS Merten, 2007, S. 199 f.; *Krekeler*, NJW 1981, 1633; *Schünemann*, StV 2000, 159; *Zwiehoff*, JR 2006, 415.

⁴ *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (301).

⁵ *Müller*, in: Verhandlungen des sechzigsten deutschen Juristentages, Bd. II/1, 1994, M 71 IV.

⁶ Vgl. auch *Krekeler*, NJW 1981, 1633 (1634); *Zwiehoff*, JR 2006, 415.

⁷ Vgl. auch *Zwiehoff*, JR 2006, 415.

⁸ Vgl. *Arzt*, Der befangene Strafrichter, 1969, S. 28.

Dieser Aspekt wird sowohl im Strafverfahrensrecht als auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur richterlichen Unparteilichkeit erkannt. Wie noch im Detail aufgezeigt wird, legt die StPO Konstellationen fest, in denen die Gefahr einer richterlichen Befangenheit⁹ derart hoch ist, dass der Richter unabhängig von seiner tatsächlichen Befangenheit oder davon, dass ein Verfahrensbeteiligter seine Befangenheit tatsächlich besorgt, aus dem Verfahren ausscheiden soll. Dabei ist zum Schutz des Ansehens der Strafrechtspflege jeglicher „(An)Schein des Verdachts einer Parteilichkeit“ zu vermeiden.¹⁰ Diese Herangehensweise dient dem Schutz des Vertrauens der Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit in den Richter und die Rechtsprechung und unterstützt damit letztlich die befriedigende Funktion der Rechtsprechung. Derselbe Grundsatz liegt den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zugrunde und wird in einem Satz zum Ausdruck gebracht, den der EGMR vielfach zitiert: „*justice must not only be done: it must also be seen to be done*“.¹¹ Zum Schutz des Vertrauens, das eine demokratische Gesellschaft und insbesondere im Fall eines Strafverfahrens ein Angeklagter in das Gericht haben muss, müsse ein Richter hinreichende Gewähr dafür bieten, dass jegliche Zweifel an seiner Unparteilichkeit ausgeschlossen sind.¹²

In diesem Zusammenhang liegt die größte Verantwortung bei dem Richter selbst.¹³ Dieser muss sich der Einflüsse auf seine Entscheidung bewusst werden und diejenigen Einflüsse, die nicht Bestandteil der Entscheidungsgrundlage sein sollen, ausblenden. In diesem ständigen Bemühen sollte der Richter jedoch durch das Gesetz entlastet werden, damit er nicht vor einer Aufgabe steht, die er nicht lösen kann. Es bereitet jedem Menschen besondere Schwierigkeiten, Eindrücke und Schlussfol-

⁹ Diese ist – wie noch erörtert wird – gleichbedeutend mit der Parteilichkeit, vgl. C. I. 2. b) bb) (1) (a).

¹⁰ RGSt 28, 53 (54); 59, 267 (268); BGHSt 9, 193 (194 f.); 14, 219 (221 f.); 28, 262 (265); 31, 358 (359); BGH NSTZ 2006, 113 f.; *Bockemühl*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, Bd. 1, Vor § 22 Rdn. 1; *Cirener*, in: Graf, StPO, § 22 StPO Rdn. 1; *Scheuten*, in: Karlsruher Kommentar, StPO, § 22 Rdn. 1; *Siolek*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 1, Vor § 22 Rdn. 3; *Temming*, in: Heidelberger Kommentar, StPO, Vor §§ 22 ff. Rdn. 3; *Weßlau*, in: Systematischer Kommentar, StPO, Bd. 1, Vor § 22 Rdn. 2; *Schorn*, GA 1963, 257 (258).

¹¹ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 17.01.1970, *Delcourt ./. Belgien*, Nr. 2689/65, Ziff. 31; Urt. v. 26.10.1984, *De Cubber ./. Belgien*, Nr. 9186/80, Ziff. 26; Urt. v. 09.11.2006, *Belukha ./. Ukraine*, Nr. 33949/02, Ziff. 53; Urt. v. 27.09.2012, *Peruš ./. Slowenien*, Nr. 35016/05, Ziff. 36.

¹² EGMR, Urt. v. 01.10.1982, *Piersack ./. Belgien*, Nr. 8692/79, Ziff. 30; Urt. v. 25.06.1992, *Thorgeir Thorgeirson ./. Island*, Nr. 13778/88, Ziff. 51; Urt. v. 24.02.1993, *Fey ./. Österreich*, Nr. 14396/88, Ziff. 30; Urt. v. 26.02.1993, *Padovani ./. Italien*, Nr. 13396/87, Ziff. 25; Urt. v. 15.12.2005, *Kyprianou ./. Zypern*, Nr. 73797/01, Ziff. 118; Urt. v. 10.08.2006, *Schwarzenberger ./. Deutschland*, Nr. 75737/01, Ziff. 38; Urt. v. 28.01.2010, *Stechauer ./. Österreich*, Nr. 20087/06, Ziff. 53; Urt. v. 27.01.2011, *Krivoshapkin ./. Russland*, Nr. 42224/02, Ziff. 39; Urt. v. 27.09.2012, *Peruš ./. Slowenien*, Nr. 35016/05, Ziff. 34; vgl. auch *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rdn. 213; *Rzepka*, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, 2000, S. 40.

¹³ Vgl. auch *Schmid*, in: Das Rechtswesen, 1971, S. 163; *Klein*, DRiZ 1975, 166 (168); *Schneider*, DRiZ 1978, 42 (43).

gerungen, die er bereits im Hinblick auf eine Sache gewonnen und gezogen hat, auszublenden, wenn er sich mit dieser Sache erneut befassen muss.¹⁴ In dieser Vorprägung durch frühere Eindrücke liegt eine der größten Gefahren für die richterliche Unparteilichkeit im Strafverfahren.

Ziel dieser Arbeit ist es, die Vorschriften der StPO daraufhin zu untersuchen, ob sie die Unparteilichkeit des Richters im Bereich der Vorbefassung hinreichend schützen. Zudem wird das Schutzniveau von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bezüglich der richterlichen Unparteilichkeit erörtert und analysiert, ob das nationale Strafverfahrensrecht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK genügt. Dabei soll auch Stellung dazu bezogen werden, inwieweit unabhängig von den Vorgaben der EMRK Veränderungen der Vorschriften der StPO erforderlich sind.

Was aber ist Vorbefassung? Der Begriff bezeichnet jeden bereits vor der Entscheidungssituation erfolgten Kontakt des Richters mit dem Verfahrensgegenstand oder den Verfahrensbeteiligten. Manche dieser Fälle sind in der StPO angesprochen und eindeutig gelöst. Dies gilt etwa für den Fall, dass ein Richter, der an einer erstinstanzlichen Entscheidung mitgewirkt hat, nunmehr an einem Berufungsgericht tätig ist und über das Rechtsmittel gegen das Urteil entscheiden soll, das er selbst gesprochen hatte. Soll ein Angeklagter auf die Unbefangenheit dieses Richters vertrauen müssen? § 23 Abs. 1 StPO beantwortet diese Frage klar mit Nein.

Es gibt jedoch zahlreiche weitere, weniger eindeutige Fälle, in denen dieselbe Problematik besteht. Soll und kann ein Angeklagter auf die Unparteilichkeit eines Richters vertrauen, von dem er weiß, dass er mit der Sache schon einmal befasst war? Dabei besteht das grundlegende Problem, dass jederzeit der Fall eintreten kann, dass sich der Richter im Strafverfahren mit Aspekten befasst, mit denen er sich zuvor schon einmal auseinandersetzen musste. Auch wenn ein Strafrichter nicht bereits aus den Medien über einen Fall erfahren hat, ist er jedenfalls als Berufsrichter daran beteiligt gewesen, das Hauptverfahren zu eröffnen, und hat möglicherweise außerdem bereits im Ermittlungsverfahren bestimmte Ermittlungsmaßnahmen angeordnet. Diese Mehrfachbefassung birgt grundsätzlich eine Gefahr für die Unparteilichkeit des Richters,¹⁵ ebenso wie für das Vertrauen des Angeklagten in diese Unparteilichkeit.¹⁶ Der Frage, wie dieser Gefahr begegnet werden kann oder muss, widmet sich diese Arbeit unter Heranziehung des nationalen Rechts sowie von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

¹⁴ Vgl. *Bierbrauer*, Sozialpsychologie, 1998, S. 75 f.; *Schünemann*, StV 2000, 159 (160); *ders.*, in: *Verfahrensgerechtigkeit*, 1995, S. 215 (217 f.); *ders.*, in: *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle*, 1983, S. 1117 f.; *H. W. Schünemann*, DRiZ 1976, 369 (372); *Wänke/Bohner*, in: *Handbuch der Psychologie*, Bd. 3, 2006, S. 404 (409); vgl. auch *Oswald*, in: *Psychologie im Strafverfahren*, 1997, S. 248 (252).

¹⁵ *Schünemann*, StV 2000, 159 (160); *ders.*, in: *Verfahrensgerechtigkeit*, 1995, S. 215 (218, 226); vgl. auch *Boy/Lautmann*, in: *Menschen vor Gericht*, 1979, S. 41 (58 f.); *Roxin*, in: *FS Schmidt-Leichner*, 1977, S. 145 (150 f.); *Krekeler*, NJW 1981, 1633 (1636).

¹⁶ Vgl. nur die hypothetische Aussage des Angeklagten bei *Stange/Rilinger*, StV 2005, 579.