

Richterbild „von oben“ oder „von unten“? – Kritische Überlegungen zur Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung

Andreas Werkmeister, Kiel*

ABSTRACT

Geprägt durch reichsgerichtliche Entscheidungen ist das Richterbild des deutschen Strafprozesses „von oben“, d.h. vom Staat her entwickelt worden. Das führt in den Konstellationen der richterlichen Vorbefassung zu einem restriktiven Befangenheitsregime. Der Beitrag kritisiert dies auch in Anbetracht der neueren Rechtsprechung des EGMR und versucht ein Gegenmodell im Sinne eines vom Angeklagten her begründeten Richterbildes „von unten“ aufzuzeigen.

A. Einleitung

Um eingeschliffene, aber an sich problematische Strukturen im Recht aufzubrechen, braucht es oft einen Anlass von außen. Dies zeigt aktuell die Diskussion um die Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung. Im Folgenden wird argumentiert, dass das bisher prägende Richterbild eine eingeschliffene, aber problematische Struktur darstellt und die Rechtsprechung des EGMR – insbesondere die im Jahr 2021 ergangene Entscheidung in der Rechtssache Meng¹ – den Anlass von außen bietet, diese Struktur aufzubrechen. Nach einem kurzen Überblick über das Problem der Befangenheit bei richterlicher Vorbefassung (B.), geht der Beitrag auf die historischen, theoretischen und empirischen Hintergründe des Problems (C.) sowie das der h.M. zugrunde liegende, hier sog. Richterbild

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Kontakt: awerkmeister@law.uni-kiel.de.

¹ EGMR NJW 2021, 2947.



„von oben“ ein. Im Anschluss wird die genannte Entscheidung des EGMR sowie ihre (defizitäre) Rezeption dargestellt (D.). Im letzten Schritt wird versucht, ein Gegenmodell auf Grundlage eines Richterbilds „von unten“ zu entwerfen und einige Schlussfolgerungen für das Problem der richterlichen Vorbefassung zu ziehen (E.).

B. Überblick

I. Phänomenologie

Im deutschen Strafprozess kann es in verschiedenen, im Folgenden nur exemplarisch aufgeführten,² Konstellationen vorkommen, dass sich der Angeklagte mit erkennenden Richtern konfrontiert sieht, die bereits Entscheidungen zum selben Sachverhalt getroffen haben. Dies ist zum Teil explizit im Gesetz vorgesehen. Klassisches Beispiel hierfür ist der Eröffnungsbeschluss.³ Über die Zulassung der Anklage entscheidet gem. § 199 StPO das „für die Hauptverhandlung zuständige Gericht“, womit das jeweilige Tatgericht bezeichnet ist.⁴ Dieses hat mithin im Fall der Zulassung der Anklage vor der Sachentscheidung bereits einen hinreichenden Tatverdacht (§ 203 StPO) angenommen, also die Verurteilung nach Sichtung der Verfahrensakten für wahrscheinlicher gehalten als den Freispruch⁵. Auch für den Erlass des Haftbefehls⁶ ist gem. § 125 II StPO nach Erhebung der Anklage das erkennende Gericht selbst zuständig,⁷ wobei dieses einen dringenden Tatverdacht, also die große Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte die jeweilige Straftat begangen hat, annehmen muss.⁸ In anderen Konstellationen ist die Vorbefassung zwar nicht explizit gesetzlich vorgegeben, sie kann sich aber in Verbindung mit dem Geschäftsverteilungsplan aus dem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensablauf ergeben. Zu erwähnen ist hier zunächst der – auch der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Meng zugrunde liegende – Fall,

² Vgl. die Übersicht bei *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 17. Aufl. 2025, § 4 Rn. 116.

³ S. dazu BVerfGE 30, 149, 155.

⁴ Unter Einbeziehung aller Berufsrichter, aber ohne Mitwirkung etwaiger Schöffen (vgl. §§ 30 II, 76 I 2 GVG), dazu etwa *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 18 Rn. 547.

⁵ Vgl. für die h.M. BGHSt 54, 275, 281; *Schneider*, in *Karlsruher Kommentar StPO*, 9. Aufl. 2023, § 203 Rn. 4; *Schmitt*, in *Schmitt/Köhler StPO*, 68. Aufl. 2025, § 203 Rn. 2; *Wenske*, in *Münchener Kommentar StPO*, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 203 Rn. 13. Krit. aber *Eisenberg* JZ 2011, 672, 673 f.; enger daher etwa *Stuckenberg*, in *Löwe/Rosenberg StPO*, Bd. 5/2, 27. Aufl. 2018, § 203 Rn. 14 sowie noch enger *Paeffgen*, in *Systematischer Kommentar StPO*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 203 Rn. 11.

⁶ Zu dieser Konstellation bereits RGSt 61, 415; BGHSt 9, 233.

⁷ *Böhm*, in *Münchener Kommentar StPO*, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 125 Rn. 3.

⁸ Dazu statt vieler *Krauß*, in *BeckOnline Kommentar StPO*, 57. Ed. 1.10.2025, § 112 Rn. 9.

dass mehrere Personen derselben Tat verdächtigt werden, der eine Beteiligte – wegen einer von vorneherein getrennten Verfahrensführung oder einer späteren Verfahrenstrennung – aber vorab und der andere später abgeurteilt wird.⁹ Ist nach dem Geschäftsverteilungsplan zumindest ein Richter sowohl für das erste als auch das zweite Urteil zuständig, sieht sich der zweite Angeklagte einem Richter gegenüber, der sich über die Tat in Bezug auf den ersten Angeklagten bereits eine Überzeugung i.S.v. § 261 StPO¹⁰ gebildet hat. Hinzuweisen ist außerdem auf den Fall, dass ein erkennender Richter nach Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung im Rahmen der Revision (§ 354 II StPO) – nach nunmehr geänderter Geschäftsverteilung – erneut über dieselbe Sache als Tatrichter zu entscheiden hat, weil er nunmehr der „anderen Kammer“ desselben Landgerichts angehört, welche für die aufgehobene Entscheidung zuständig ist.¹¹

II. Zum status quo: Ausschließung kraft Gesetzes, §§ 22, 23 StPO, Besorgnis der Befangenheit, § 24 StPO

Die h.M. nimmt in diesen Konstellationen der richterlichen Vorbefassung regelmäßig keine Befangenheit i.S.d. §§ 22 ff. StPO an, und zwar – bislang vom BVerfG unbeanstandet – unabhängig davon, ob die Entscheidungszuständigkeit vorbefasster Richter – wie bei den Zwischenentscheidungen bzgl. des Eröffnungsbeschlusses und der Untersuchungshaft – schon explizit gesetzlich angeordnet ist oder nicht.¹² Maßgeblich ist die Systematik der §§ 22 ff. StPO. Die richterliche Vorbefassung ist für sich genommen *kein* allgemeiner Grund, die vorbefassten Richter *kraft Gesetzes* auszuschließen. Vielmehr ist ein solcher Ausschluss im Gesetz nur für spezielle Verfahrenskonstellationen richterlicher Vorbefassung vorgesehen: für den Richter, der für Überwachungsmaßnahmen nach § 148a II StPO zuständig war, sowie für den Rechtsmittelrichter (§ 23 I StPO) und für den Wiederaufnahmerichter (§ 23 II StPO), der zuvor als Tatrichter über die jeweilige Sache entschieden hat. Ergänzend kann

⁹ S. u.a. BGHSt 50, 216; BGH StV 2019, 152; EGMR NJW 2021, 2947.

¹⁰ *Bartel*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 261 Rn. 62.

¹¹ Klassischer Fall aus BGHSt 21, 142.

¹² In der Rspr. prägend BGHSt 21, 142, 144 ff.; anknüpfend u.a. BGHSt 50, 216, 220; aus der Lit. dem folgend bspw. Schmitt/Köhler-Schmitt (Fn. 5), § 24 Rn. 12 ff.; *Heil*, in Karlsruher Kommentar StPO, 9. Aufl. 2023, § 24 Rn. 15; *Bosbach*, in Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 13; grundsätzlich auch *Rotsch*, in Nomos Kommentar StPO, 1. Aufl. 2025, § 24 Rn. 32; zustimmend neuerdings ebenso *Kulhanek* NStZ 2024, 577, 580 ff.; vgl. zudem die Nachw. in Fn. 15.

noch der Fall des *nicht-richterlich* vorbefassten Richters genannt werden, der in derselben Sache zuvor als Staatsanwalt, Polizeibeamter, Opferanwalt oder Verteidiger tätig war (§ 22 Nr. 4 StPO) bzw. als Zeuge oder Sachverständiger (§ 22 Nr. 5 StPO) vernommen wurde. Die h.M. begreift diesen Katalog der Ausschlussgründe bei Vorbefassung nicht nur als abschließend, so dass (mangels planwidriger Regelungslücke) eine Analogie ausscheidet,¹³ sondern auch als eng auszulegenden Ausnahmetatbestand.¹⁴ Dies habe dann zugleich Folgen für die Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 24 II StPO. Da das Gesetz nur in ausgewählten Fällen der richterlichen Vorbefassung einen Ausschluss anordne, in anderen aber „sehenden Auges“ nicht, könne die Vorbefassung in diesen anderen Fällen grundsätzlich keinen Grund darstellen, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des jeweiligen Richters zu rechtfertigen.¹⁵ Gelegentlich spricht man von einer (widerleglichen) Vermutung der Unbefangenheit.¹⁶ Es wird unterstellt, dass sich ein Richter an eigene Vorentscheidungen „nicht gebunden fühlt, sondern seine Überzeugung nur aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpft“.¹⁷ Dass vorbefasste Richter entscheiden, sei als „im Gerichtsalltag unverzichtbar“¹⁸ auch vom Angeklagten hinzunehmen. Ein Befangenheitsantrag könne allenfalls im *Ausnahmefall* Aussicht auf Erfolg haben, wenn *neben* der Vorbefassung *weitere Umstände* geltend gemacht werden, etwa der vorbefasste Richter unnötige oder sachlich unbegründete Werturteile über den Angeklagten,¹⁹ sonst unsachliche Äußerungen zu seinem Nachteil²⁰ zum Ausdruck gebracht hat, oder wenn sich aus der Art und Weise der Begründung der Vorentscheidung die begründete Annahme einer Vorfestlegung ergibt.²¹ Die umgekehrte Systematik, dass sich gegenüber vorbefassten Richtern im *Regelfall* der Eindruck aufdrängt, dass sie sich an die eigene Vorwür-

¹³ Dazu, dass eine Analogie ausscheidet, vgl. nur *Deiters*, in Systematischer Kommentar StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, § 23 Rn. 2 sowie auch schon *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, S. 39 (Rn. 39).

¹⁴ In diese Richtung bereits BGHSt 21, 142; heute etwa *Kudlich/Noltensmeier-von-Osten*, in Satzger/Schluckebier/Werner StPO, 6. Aufl. 2025, § 23 Rn. 2; *Kulhanek* NSTZ 2024, 577, 578.

¹⁵ Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 12. Ergänzend *Cirener*, in BeckOnline Kommentar StPO, 58. Ed. 1.1.2026, § 24 Rn. 14 ff.; SSW/StPO-*Kudlich/Noltensmeier-von-Osten* (Fn. 14), § 24 Rn. 13; wohl auch *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, S. 471 (Rn. 734). Differenziert SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), §§ 22 ff. Rn. 20.

¹⁶ Wie unter D. und E. gezeigt werden wird, zu Recht abl. SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), § 23 Rn. 2.

¹⁷ So die Formulierung bei BGH NJW 1997, 3034.

¹⁸ BeckOK/StPO-*Cirener* (Fn.15), § 24 Rn. 20.

¹⁹ Bspw. BGHSt 24, 336, 338; 50, 216, 221 f.

²⁰ Vgl. BGH NSTZ 2011, 44, 46.

²¹ U.a. BGH NJW 2014, 2372 f.

digung „halten“ werden und sie daher nur im *Ausnahmefall nicht* wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden können, wird hingegen nur selten erwogen.²²

C. Hintergründe

I. Gesetzeshistorie

Doch es fragt sich, wie es zu diesem status quo gekommen ist und ob das, was heute als unverzichtbar gilt, immer so gewesen ist. Lehrreich²³ erscheint insoweit die Geschichte des Eröffnungsbeschlusses. Denn bezeichnenderweise hatte die Absicherung des Grundsatzes, dass „der erkennende Richter sein Urtheil lediglich aus der mündlichen Verhandlung schöpfen soll“,²⁴ in der Ursprungsfassung der Reichsstrafprozessordnung aus dem Jahr 1877²⁵ einen größeren Stellenwert als heutzutage. § 23 III RStPO sah einen partiellen Ausschluss vorbefasster Richter kraft Gesetzes vor. So durften bei Hauptverfahren vor der Strafkammer nicht mehr als zwei – der damals regelmäßig fünf Tatrichter – am Eröffnungsbeschluss mitgewirkt haben, und dies keinesfalls als Berichterstatter über den Antrag der Staatsanwaltschaft (sog. Ausschließung des Berichterstatters)²⁶. Die RStPO v. 1877 erkannte also das Befangenheitsproblem bei Vorbefassung durch *Zwischenentscheidungen* der Sache nach an. Der „intensiv“ vorbefasste Berichterstatter kam für das Hauptverfahren nicht mehr in Betracht und im Übrigen sollte immerhin die *Mehrzahl* der erkennenden Richter *nicht* vorbefasst sein. Dies bildete einen Kompromiss ab zwischen dem (fiskalischen) Vereinfachungsinteresse des Staates, den am Eröffnungsbeschluss beteiligten Richter in der Hauptverhandlung einzubeziehen und dem (rechtsstaatlichen) Belang des Beschuldigten, von einem nicht vorbefassten Richter beurteilt zu werden.²⁷

²² Zu dieser denkbaren Überlegung *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 4 Rn. 116 sowie in Abgrenzung zwischen §§ 22, 23 StPO auch *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), Vor §§ 22 ff. Rn. 20; früher *Arzt*, *Der befangene Strafrichter*, 1969, S. 65 ff.

²³ Etwas erschöpft erscheint dagegen die Diskussion zu §§ 23 II, 24, 354 II 2 StPO im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 19.12.1964 (BGBl. I, S. 1067). S. dazu nochmals ausf. *Kulhanek* *NSStZ* 2024, 577, 580 f.

²⁴ Hier bezogen auf den Untersuchungsrichter, s. *Hahn*, *Die Gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen*, Band 3, *Strafprozessordnung*, 1881, S. 89.

²⁵ 1.2.1877, RGBL., S. 253.

²⁶ Vgl. *Nicknig*, in *Löwe/Rosenberg StPO*, Bd. 1/2, 27. Aufl. 2025, § 23 Rn. vor 1.

²⁷ Dazu auch *Kühne* (Fn. 15), S. 407 (Rn. 622.1); *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 23 Rn. 1 mit Fn. 3.

Im Jahr 1924 wurde diese Kompromisslösung und mit ihr das Befangenheitsproblem bei Vorbefassung durch den Eröffnungsbeschluss von der sog. Lex Emminger,²⁸ eine nach dem damaligen Reichsjustizminister Erich Emminger²⁹ benannte, sog. „gesetzesvertretende Verordnung“,³⁰ „stat pro ratione voluntas“³¹ für erledigt erklärt.³² Unter dem Eindruck der tiefen Staatskrise in der Weimarer Republik, die mit einer extremen Verschuldung, u.a. wegen der Reparationszahlungen infolge des 1. Weltkrieges, einherging,³³ sah sich der Reichstag genötigt, die Reichsregierung dazu zu ermächtigen, „im Hinblick auf die Not von Volk und Reich“ (selbst) die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.³⁴ Die Reichsregierung (nicht das Parlament) hielt es (zuletzt eben in Person von Erich Emminger von der Bayerischen Volkspartei)³⁵ für erforderlich, den Strafprozess unter dem Gesichtspunkt der Kosteneinsparung zu straffen. In § 21 der Lex Emminger war dementsprechend ohne weitere Begründung die Feststellung enthalten, dass „[d]ie Mitwirkung bei der Eröffnung des Hauptverfahrens [...] keinen Ausschließungsgrund für die Teilnahme am Hauptverfahren“³⁶ (mehr) bildet.

Die Lex Emminger führte aber keineswegs nur zu (temporären) Not(spar)maßnahmen,³⁷ etwa, um zu verhindern, dass die Strafjustiz in den Krisenjahren der Weimarer Republik aus Kostengründen ganz „lahmgelegt“ wurde, sondern beeinflusste die Rechtsentwicklung nicht nur,³⁸ aber eben auch im Bereich der Vorbefassung im Sinne eines „Shifts“ von eher rechtsstaatlichen hin zu fiskalisch orientierten (Vereinfachungs-)Erwägungen³⁹. In der NS-Zeit ging dies mit Blick auf den Eröffnungsbeschluss aufgrund des „Erlass[es] des Führers über die Vereinfachung der Rechtspflege“ v. 21.3.1942 gar so weit, dass dieser, mitsamt des (Befangenheits-)Problems der Vorbefassung, ganz abgeschafft

²⁸ Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924, RGBI I, S. 15 ff.

²⁹ Vgl. ausf. T. Vormbaum, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, 1988, S. 17 ff.

³⁰ Dazu etwa Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 10 f.; T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 15 ff.

³¹ Drucker JW 1924, 241; s. auch T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 20.

³² Kühne (Fn. 15), S. 407 (Rn. 622.1).

³³ Ausführlicher T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 22 ff.

³⁴ Vgl. § 1 I 1 des Ermächtigungsgesetzes vom 8.12.1923 (RGBl. I, 1923, S. 1179).

³⁵ Interessanterweise lag der Entwurf der Lex zum Amtsantritt Emmingers bereits weitgehend vor (s. T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 17 ff.).

³⁶ RGBI I, 1924, S. 18.

³⁷ Krit. zur Überschreitung dieser Grenzen etwa Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 9.

³⁸ Bekannt ist die Lex Emminger ja vor allem für die Abschaffung der „echten“ Schwurgerichte.

³⁹ „[E]inen Vorrang fiskalischer vor rechtsstaatlichen Gesichtspunkten“ diagnostiziert Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 9; ähnlich auch T. Vormbaum, Lex Emminger (Fn. 29), S. 54.

wurde.⁴⁰ Nach dem Krieg wurde der Eröffnungsbeschluss im Jahr 1950 zwar wiedereingeführt,⁴¹ § 23 StPO beließ man allerdings in der Fassung der Lex Emminger und griff nicht auf die Ursprungsfassung von 1877 mit den erweiterten gesetzlichen Ausschlussgründen zurück. Die heutige Rechtslage in puncto Befangenheit des vorbefassten Eröffnungsrichters bildet so gesehen immer noch die finanzielle Not der Staatskrise des Jahres 1924 ab und schließt sich implizit dem Willen einer gesetzestretenden (exekutiven) Notverordnung an.

II. Dogmatische Legitimation: Richterbild „von oben“

Dogmatisch gerechtfertigt wird die – durch die Lex Emminger einflussreich proklamierte – Unbefangenheit des vorbefassten Richters durch ein sog. normatives Richterbild.⁴² Prägend für dieses Richterbild war eine reichsgerichtliche Entscheidung aus dem Jahr 1925 (ergangen also im Jahr nach Inkrafttreten der Lex Emminger).⁴³ Als maßgebend erachtete das RG, dass der Richter normativ betrachtet die *Pflicht* hat, sein Urteil unbefangen, d.h. ohne Rücksicht auf die entsprechende Vorwürdigung, zu bilden.⁴⁴ Den anderen Verfahrensbeteiligten wird als Kehrseite dieser Pflicht aufgebürdet, dass sie von „der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht“ ausgehen.⁴⁵ Dem reichsgerichtlichen Richterbild liegt die Überzeugung zugrunde, dass Richter unparteilich *sind*, weil sie es sein *sollen*. Dies hat sich das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1971, die sich unter dem Blickwinkel der Garantie des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 I GG mit der Konstellation des (als Ergänzungsrichter) vorbefassten (Wiederaufnahme-)Richters beschäftigte, zu eigen gemacht.⁴⁶ Am Richterbild des Reichsgerichts habe sich, so das BVerfG,

⁴⁰ RGBl. I, S. 139 umgesetzt durch Art. 1 II Verordnung zur weiteren Vereinfachung des Strafverfahrens v. 13.8.1942 (RGBl. I, S. 508) und die Verordnung über die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses im Strafverfahren v. 13.8.1942 (RGBl. I, S. 512). Zu dieser Rechtsentwicklung s. auch BT-Drucks. 1/530 v. 9.2.1950, S. 43.

⁴¹ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 20.9.1950, BGBl. I, S. 455; vgl. dazu BT-Drucks. 1/530 v. 9.2.1950, S. 43.

⁴² U.a. BVerfGE 30, 149; *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 4 Rn. 116; ausf. zuletzt etwa *Kulhanek* NStZ 2024, 577, 579 f.

⁴³ RGSt 59, 409, 410 f., wo aber – nebenbei bemerkt – im Ergebnis eine Befangenheit des durch eine Zeugenvereidigungsentscheidung vorbefassten Richters (im Meineidsprozess) bejaht wurde.

⁴⁴ RGSt 59, 409.

⁴⁵ So die Formulierung von RGSt 59, 409.

⁴⁶ BVerfGE 30, 149, 153 f.

auch „unter der Herrschaft des Grundgesetzes nichts geändert“.⁴⁷ Das Strafverfahren könne also von dem Grundsatz ausgehen, dass ein „Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe“⁴⁸. Man kennzeichnet das hierdurch vom Reichsgericht übernommene Richterbild am besten als Richterbild „von oben“. Denn es wird „vom Staat“ aus, von der richterlichen Pflichtenstellung her begründet. Ein etwaig *tatsächlich* vorhandenes Unbehagen „von unten“ her, d.h. vom Angeklagten, wird für unmaßgeblich erklärt: Ein „vernünftig abwägender Angeklagter“⁴⁹ hege schon aufgrund der normativen Pflicht des vorbefassten Richters, sich nicht von der eigenen Vorbefassung beeinflussen zu lassen, keine Zweifel an der Unbefangenheit.

III. Empirische Basis?

Dieses *normative* Richterbild ist indes im Hinblick auf seine *empirische* Basis alles andere als unangreifbar. Die empirische Kritik stellt seit Jahrzehnten heraus, dass vorbefasste Richter zwar (entsprechend ihrer Pflichten) unbefangen sein *sollen*, es aber (in Realität) dennoch nicht zur Gänze *sind* bzw. (als Menschen) gar nicht sein *können*. Verbreitet ist eine kognitionspsychologisch ansetzende Argumentation. Die internationale Diskussion wird insoweit unter den Schlüsselbegriffen „primacy effect“⁵⁰ bzw. „confirmation bias“⁵¹ (Bestätigungsneigung) geführt. Den Ausgangspunkt bildet üblicherweise die von Festinger 1957 begründete Theorie der kognitiven Dissonanz.⁵² Ihr zufolge führen inkonsistente Kognitionen (eben kognitive Dissonanzen) zu unangenehmen Spannungszuständen, die das Bedürfnis auslösen, diese zu reduzieren (Dissonanzreduktion).⁵³ Die maßgeblichen Untersuchungen weisen in die Richtung, dass sich hierbei Verzerrungen zugunsten einer bestimmten

⁴⁷ BVerfGE 30, 149, 153 f.

⁴⁸ So BVerfGE 30, 149, 153.

⁴⁹ *Beulke/Swoboda* (Fn. 2), § 4 Rn. 116.

⁵⁰ *Eisenberg/Kölbels*, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 26 Rn. 15 (im Zusammenhang mit dem polizeilichen ersten Eindruck).

⁵¹ Ausf. *Lidén*, Confirmation Bias in Criminal Cases, 2023; einführend *Eisenberg/Kölbels* (Fn. 50), § 30 Rn. 42; *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50 ff.

⁵² *Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, 1978 [zuerst: A Theory of Cognitive Dissonance, 1962].

⁵³ Dazu bspw. aus neuerer Sicht *Harmon-Jones/Mills* in Harmon-Jones (Hrsg.), Cognitive Dissonance, 2. Aufl. 2019, 3 ff.; vgl. konzise auch *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50, 53.

„Ausgangshypothese“ ergeben.⁵⁴ Man neigt dazu, später wahrgenommene Informationen schlicht an die „Ausgangshypothese“ anzupassen, anstatt diese noch einmal in Frage zu stellen.⁵⁵ Darauf fußt auch im Strafverfahren die These eines „beharrende[n] Festhalten[s] an einer einmal getroffenen Annahme“⁵⁶, sog. Inertia- bzw. Perseveranzeffekt (Trägheitseffekt).⁵⁷ Die „Ausgangshypothese“ des Tatrichters wird dabei nicht nur durch die jeweilige Vorbefassung geprägt, sondern bereits bei Kenntnisaufnahme der – wiederum polizeilich⁵⁸ dominierten – Ermittlungsakten; durch die richterliche Entscheidung im Rahmen der Vorbefassung wird die Ausgangshypothese aber ausdrücklich „in das Selbst“ des Richters übernommen⁵⁹ und nach außen sichtbar gemacht. Auf Kritik aus der Wissenschaft und entsprechende Strafprozessreformvorschläge, bspw. 1962 im Hinblick auf die Trennung zwischen eröffnendem und erkennendem Richter,⁶⁰ wurde aus der Richterschaft bisweilen abwehrend reagiert: Es laufe auf eine „unverdiente Diffamierung“ hinaus, dem Richter, dem die „Haltung des ständigen Vorbehalts den vorläufigen Beweisergebnissen gegenüber tagtäglich abverlangt wird [...], die Fähigkeit zu dieser Haltung gerade für den Fall abzusprechen, daß er den Eröffnungsbeschluss erlassen hat.“⁶¹ Demgegenüber gilt es jedoch hervorzuheben, dass es hier um kognitive Verzerrungen geht, die im Menschen selbst verankert sind und daher nicht als „Diffamierung“ missverstanden, sondern als Teil einer „allgemein-menschlichen Schwäche“, die unbewusst⁶² abläuft, anerkannt werden sollten. Selbst durch größtmögliche Professionalität⁶³ können menschliche Schwächen, wie verzerrende Dissonanzreduktionen, höchstens abgeschwächt, nicht aber ausgeschlossen werden.⁶⁴ Die empirische Kritik ist dennoch bislang weitestgehend an den

⁵⁴ Zur neueren Studienlage *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50, 52 ff.

⁵⁵ Dazu *Singelstein* StV 2016, 830, 831 f.

⁵⁶ *Singelstein* StV 2016, 830, 831.

⁵⁷ Zsf. *Schünemann* StV 2000, 159; ausf. *Bandilla*, Kontextabhängige Informationsverarbeitung in bundesdeutschen Strafverfahren, 1986; *Schünemann/Bandilla* in Wegener/Lösel/Haisch (Hrsg.), *Criminal Behavior and the Justice System*, 1989, 181 ff.

⁵⁸ Dazu bspw. *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50 ff. sowie zsf. bereits *Singelstein* StV 2016, 830 ff.

⁵⁹ Vgl. *Schünemann* StV 2000, 159, 160, 162 zum sog. Schulterchlusseffekt zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft; *Singelstein* StV 2016, 830, 831 spricht vom Strafverfahren als „institutionalisierte kognitive Dissonanz“.

⁶⁰ BT-Drucks. IV/178.

⁶¹ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Strafprozeßänderungsgesetz DiRZ 1963, 115.

⁶² Vgl. unter Einbeziehung neuerer Studien *Kemme/Ehmcke* RPsych 2021, 50, 53; früher bereits *Schünemann* StV 2000, 159, 164.

⁶³ S. dazu auch *Esser* wistra 2023, 252, 253.

⁶⁴ Dazu, dass auch die Tatsache, dass bspw. der Eröffnungsbeschluss in der Praxis meist als „bloße“ Formalie behandelt wird, kein durchgreifendes Argument sein kann, bereits *Schünemann* StV 2000,

Beharrungskräften des *normativen* Richterbildes „von oben“ abgeprallt, das, so muss man annehmen, zumindest zum Teil *kontrafaktisch* aufrechterhalten wird.

D. EGMR-Rechtsprechung als Wendepunkt?

I. Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Meng

Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Meng v. 16.2.2021⁶⁵ hat aber wieder eine gewisse Dynamik entfacht. Gegenstand der Entscheidung war ein deutsches Strafverfahren⁶⁶ wegen des Tatverdachts des Mordes. Opfer war der Ehemann der späteren Angeklagten. Der Verdacht richtete sich zunächst auf den neuen Lebensgefährten der Angeklagten, der als Alleintäter angeklagt und verurteilt wurde. Im Laufe dieses Verfahrens tauchten jedoch Beweise zulasten der Angeklagten auf, weshalb diese sodann in einem eigenen Verfahren als Mittäterin angeklagt und schließlich verurteilt wurde.⁶⁷ Das Befangenheitsproblem ergab sich dadurch, dass der vorsitzende Richter im Verfahren gegen die Angeklagte bereits Berichterstatler im Verfahren gegen den Lebensgefährten der Angeklagten war; die Angeklagte sah sich also mit einem Richter konfrontiert, der sich von der Schuld ihres vermeintlichen Mittäters bereits überzeugt hatte. Der BGH billigte dies⁶⁸ und auch das BVerfG sah keine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I GG⁶⁹.

Der EGMR jedoch erkannte einen Verstoß gegen Art. 6 I EMRK, dem Recht auf ein faires Verfahren vor einem unparteiischen Gericht. Er betonte zwar im Ausgangspunkt ebenso, dass allein die Tatsache, „dass ein Richter frühere Entscheidungen wegen derselben Straftat getroffen hat“⁷⁰, noch keine Zweifel an dessen Unparteilichkeit i.S.v. Art. 6 EMRK begründet, hob aber gleichzeitig hervor, dass sich solche Zweifel aus den konkreten Umständen, sprich einer besonderen Intensität der Vorbefassung

159, 163. Zudem sollte es doch eigentlich auf die Konstellation ankommen, in der das Zwischenverfahren seine rechtsstaatliche Funktion einer „echten“ Überprüfung der Anklage tatsächlich erfüllt.

⁶⁵ EGMR NJW 2021, 2947, 2949.

⁶⁶ Zum Ablauf BGH, Urt. v. 10.2.2016, 2 StR 533/14, BeckRS 2016, 08254; EGMR NJW 2021, 2947 ff., 2949 ff.; BVerfG NJW 2024, 956.

⁶⁷ LG Darmstadt, Urt. v. 9.4.2014, 500 Js 55270/12 – 11 Ks.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 10.2.2016, 2 StR 533/14, BeckRS 2016, 08254.

⁶⁹ Ohne Angabe von Gründen BVerfG, Beschl. v. 11.7.2016, 2 BvR 1168/16, BeckRS 2016, 141594.

⁷⁰ EGMR NJW 2021, 2947, 2948.

im Einzelfall⁷¹ ergeben können. Und eine solche Intensität bejahte der Gerichtshof in der Rechtssache Meng, weil im Urteil gegen den Lebensgefährten bereits eine „detaillierte Beurteilung der Rolle“⁷² der Angeklagten vorgenommen wurde. Das Urteil enthielt nämlich nicht nur Ausführungen zum gemeinsamen Tatplan und zur gemeinsamen Tatausführung, sondern der Sache nach zudem Feststellungen u.a. zur Habgier der Angeklagten.⁷³ Der EGMR stellte dabei auch heraus, dass nicht all diese Ausführungen „notwendig“ waren, um die Tat des zuerst verurteilten Lebensgefährten der Angeklagten „rechtlich zu beurteilen“.⁷⁴ Zusätzliche Umstände neben der Vorbefassung wie bspw. sachlich unbegründete Werturteile gegen die Angeklagte, hat der EGMR gerade *nicht* vorausgesetzt.

II. (Defizitäre) Rezeption der Entscheidung

Erste Diagnosen gingen anlässlich der EGMR-Entscheidung in der Rechtssache Meng, die zwischenzeitlich auch aufgrund einer weiteren Entscheidung des BVerfG⁷⁵ zur Wiederaufnahme des Mordverfahrens gegen die Angeklagte geführt hat, davon aus, dass die „bisher herrschende Meinung, nach der eine Vorbefassung grundsätzlich unbedenklich ist, aufgegeben werden muss“⁷⁶. Das Gegenteil scheint bislang der Fall zu sein. Der BGH hat seine Linie weitestgehend beibehalten⁷⁷ und die EGMR-Entscheidung möglichst „schonend“⁷⁸ integriert. Hervorgehoben wird vor allem das Kriterium der „rechtlichen Notwendigkeit“ der Feststellungen, zumal der BGH diesen Gesichtspunkt bereits in seiner älteren Rechtsprechung selbst erwähnt hatte.⁷⁹ Den Instanzgerichten wird in der Folge lediglich empfohlen, „bei der Urteilsabfassung im stärkeren Maße als bisher ‚Behutsamkeit und Zurückhaltung‘“⁸⁰ walten zu lassen,

⁷¹ EGMR NJW 2021, 2947, 2949.

⁷² Dazu EGMR NJW 2021, 2947, 2949 f.

⁷³ Vgl. EGMR NJW 2021, 2947, 2950.

⁷⁴ EGMR NJW 2021, 2947, 2950.

⁷⁵ BVerfG NJW 2024, 956.

⁷⁶ So *Rzadkowski* NJW 2021, 2951. Vgl. in diese Richtung auch *Boe* HRRS 2022, 151, 158; *König* StV 2022, 273, 274.

⁷⁷ S. dazu BGH, Beschl. v. 31.1.2023, 4 StR 67/22, BeckRS 2023, 10611; BGH, Beschl. v. 14.6.2023, 1 StR 327/22, BeckRS 2023, 22529.

⁷⁸ So die Empfehlung von *Faust* NSTZ 2022, 627 unter Rekurs auf BVerfG NJW 2011, 1931, 1936 bzgl. der Wirkung von Entscheidungen des EGMR. Auch *Mosbacher* NSTZ 2022, 641, 645 parallelisiert die Ansätze des BGH und des EGMR. Zur Rezeption ausf. auch *Krehl*, FS Ignor, 2023, 609, 616 ff.

⁷⁹ U.a. BGHSt 50, 216; vgl. dazu *Mosbacher* NSTZ 2022, 641, 643.

⁸⁰ *Faust* NSTZ 2022, 627, 629; in dieselbe Richtung Schmitt/Köhler-Schmitt (Fn. 5), § 24 Rn. 13g.

und zumindest in den Urteilsgründen „alles [zu] vermeiden, was den Anschein endgültiger Überzeugungsbildung hinsichtlich einer nicht angeklagten Person erwecken könnte“⁸¹. Man fragt sich unweigerlich, ob das nicht nur „sprachlich-darstellerische Anpassungen“ in den Urteilsgründen provoziert, welche kaum als ernsthafte Problemlösung für ein Befangenheitsproblem betrachtet werden können.⁸² Dies scheint vielmehr – zugespitzt gesprochen – auf das Ansinnen hinauszulaufen, das Problem sprachlich (gegenüber dem Angeklagten und dem EGMR) zu verdecken, anstatt es in der Sache anzugehen.

Dennoch hat die Linie des BGH in den Cum-Ex-Verfahren zuletzt auch (wieder) die Billigung des BVerfG gefunden.⁸³ Hier ging es – anders als in der Rechtssache Meng – nicht um die Vorbefassung bei gestaffelter Aburteilung von Mittätern; es wurden von teilidentisch besetzten Kammern die *Teilnehmer* der Cum-Ex-Deals vor den *Haupttätern* abgeurteilt.⁸⁴ Das BVerfG erkannte indes keine nach der EGMR-Rechtsprechung konventionswidrige Vorbefassung zulasten der später abgeurteilten Haupttäter, wobei es die „rechtliche Notwendigkeit“ der Feststellungen zentral gestellt hat. Diese bejaht das BVerfG u.a. deshalb, weil man sich im Prozess gegen die Teilnehmer auf die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Haupttäter beschränkt und keine Feststellungen zu ihrer Schuld getroffen hat.⁸⁵ Selbst wenn man die „rechtliche Notwendigkeit“ als zentrales Kriterium akzeptiert, ist mit *Esser* mit Bezug auf den Cum-Ex-Fall zu bemerken, dass das „rein formale[...] ‚Offenlassen‘ der Schuld nach den Grundsätzen der limitierten Akzessorietät keinerlei Distanzierungswirkung“⁸⁶ entfalten kann. Im konkreten Fall gab es – jenseits des Verbotsirrtums – keine spezifischen Schuldprobleme bei den Haupttätern, die bereits im Urteil gegen die Teilnehmer thematisiert hätten werden können.⁸⁷ Ohnehin wird hier das Merkmal der „rechtlichen Notwendigkeit“ überbetont. Denn für den EGMR ist nicht allein die Frage entscheidend, ob die Ausführungen im Ersturteil rechtlich zwingend erforderlich waren, sondern dies ist, wie dargestellt, nur *ein* mögliches Kriterium für die anhand des Einzelfalls zu bestimmende Intensität der

⁸¹ *Faust* NStZ 2022, 627, 629; vgl. dazu auch *Krehl*, FS Ignor, 2023, 609, 620 f.

⁸² Ebenso *Müller-Jacobsen*, FS Ignor, 2023, 699, 705.

⁸³ BVerfG NStZ 2023, 627 f.

⁸⁴ BVerfG NStZ 2023, 627 f.

⁸⁵ BVerfG NStZ 2023, 627, 630.

⁸⁶ *Esser* wistra 2023, 252, 253.

⁸⁷ S. *Esser* wistra 2023, 252, 253.

Vorbefassung.⁸⁸ Darauf deutet auch die Folgeentscheidung des EGMR in der (slowakischen) Rechtssache Mucha hin, in der der EGMR die Frage der rechtlichen Notwendigkeit der Feststellungen ausdrücklich offengelassen hat und trotzdem zu einer befangenheitsbegründenden Vorbefassung gekommen ist.⁸⁹

E. Gegenmodell: Richterbild „von unten“

I. Ausgangspunkt: Subjektstellung des Angeklagten

Das eigentliche Problem sitzt aber tiefer. Denn die Rechtsprechung des EGMR wirft die zentrale dogmatische Frage (wieder) auf, ob das Richterbild „von oben“ heutzutage in einem menschenrechtsorientierten Rechtsstaat immer noch als Leitbild herangezogen werden sollte.⁹⁰

Man hat sich in Deutschland im Anschluss an das Reichsgericht daran gewöhnt, den relativ rigorosen status quo im Hinblick auf die Vorbefassung durch das idealisierte Bild eines pflichtgemäß handelnden Richters zu rechtfertigen, welches empirisch überanspruchsvoll ist und historisch auf einer längst überwundenen finanziellen Notlage beruht. Das dogmatische Problem dieses Richterbildes „von oben“ besteht – wie jetzt deutlich zu machen ist – darin, dass es die – für uns an sich ganz selbstverständliche – Prozessrolle des Angeklagten, der dem Richter nicht als „Objekt“, sondern als Prozesssubjekt mit eigenständigen Rechten gegenübersteht,⁹¹ nur unvollständig verarbeitet. Denn ein Richterbild „von oben“, das vom Richter sowie dessen Pflichtenstellung ausgeht, zentriert gerade nicht den Angeklagten, sondern den Staat und die Integrität seiner Organe. Gerade diese Diskrepanz hatten 1971 bereits einige Richter des BVerfG bemerkt und ein Sondervotum zu BVerfGE 30, 149 (siehe dazu oben C.II.) verfasst. Dieses verwehrte sich ausdrücklich gegen die Übernahme des reichsgerichtlichen Richterbildes in die Rechtsordnung des Grundgesetzes. Die Senatsmehrheit übersehe, „daß nach dem langen, von Erfolg gekrönten Kampf gegen Absolutismus, Polizeistaat und das

⁸⁸ So auch *Sauer* NJW 2024, 931, 933.

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 25.11.2021, 63703/19, BeckRS 2021, 35946 (insb. Rn. 60 ff.); darauf auch hinweisend *Sauer* NJW 2024, 931, 933.

⁹⁰ Ein historisch überholtes Richterbild diagnostizierte in der älteren Diskussion u.a. bereits *Dierlamm*, Ausschließung und Ablehnung von Tatrüchtern nach Zurückweisung durch das Revisionsgericht (§ 354 Abs. 2 StPO), 1994, S. 139 f.; ihm zustimmend *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 23 Rn. 1; vgl. auch *Krehl*, FS Ignor, 2023, 609, 625.

⁹¹ So explizit BVerfGE 30, 149, 160 [Sondervotum].

gemeinrechtliche Inquisitionsprinzip [...] die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren eine grundsätzlich andere geworden ist“.⁹²

Ein Gegenmodell zum reichsgerichtlichen Richterbild ergibt sich, wenn man die Prozessrolle des Angeklagten⁹³ ins Zentrum rückt. Danach ist das Richterbild nicht „von oben“, sondern „von unten“ und d.h. vom Angeklagten her zu entwickeln. Nach einem solchen Richterbild „von unten“ kommt es – wie es für den Begriff der Besorgnis der Befangenheit im Grundsatz ohnehin anerkannt ist – maßgeblich auf das „Rechts- und Vertrauensschutzinteresse“⁹⁴ des Angeklagten an. Man muss darauf abzielen, dem Beschuldigten „das *sichere* Gefühl“ zu geben, „daß sein Prozeß von einem [unparteilichen] Richter abgewickelt wird“;⁹⁵ mit dem unsicheren Gefühl, das sich bei einem vorbefassten Richter einstellt, muss er sich jedenfalls nicht mehr allein deswegen abfinden, weil der Richter zur Unbefangenheit verpflichtet ist.⁹⁶ Dahinter steht ganz grundsätzlich, dass ein Straf(verfahrens)recht, das nicht primär auf *Furcht*, sondern auf *Einsicht* des Angeklagten (und der mitbetroffenen Allgemeinheit) setzt, für die Erreichung seiner eigenen Ziele darauf angewiesen ist, dass der Richterspruch *vom Angeklagten* (und der sich auch in ihn hineinversetzenden Allgemeinheit) als unabhängig *wahrgenommen* wird.⁹⁷

Es liegt nahe, dass auch der EGMR-Rechtsprechung ein solches Richterbild „von unten“ zumindest besser entspricht, gleichwohl man nicht behaupten kann, dass dieses Richterbild durch die EMRK „vorgegeben“ ist.⁹⁸ Ein wiederkehrender und zentraler Obersatz des Gerichtshofs betont, dass „[i]n einer demokratischen Gesellschaft [...] von grundlegender Bedeutung [ist], dass die Gerichte der Öffentlichkeit und bei Strafverfahren insbesondere dem Angeklagten Vertrauen einflößen“.⁹⁹ In dieser Sentenz nimmt der EGMR gerade *nicht* den Angeklagten in die Pflicht und

⁹² BVerfGE 30, 149, 161 [Sondervotum].

⁹³ Vgl. nur pars pro toto *Kudlich* in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 282; *Kühne* (Fn. 15), Strafprozessrecht, S. 73 (Rn. 102).

⁹⁴ BVerfGE 30, 149, 161 f. [Sondervotum].

⁹⁵ BVerfGE 30, 149, 161 f. [Sondervotum].

⁹⁶ BVerfGE 30, 149, 161 [Sondervotum].

⁹⁷ Dies findet auch Rückhalt in der modernen Straftheorie. Denn jedenfalls anspruchsvolle *positive* Strafzwecke im Sinne der Resozialisierung oder der *positiven* Generalprävention (vgl. dazu *Hassmer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 323 ff.; s. auch *Neumann/Saliger*, in Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 StGB Rn. 293 ff.) können nur auf Basis eines Verfahrens erreicht werden, das den Standpunkt des Angeklagten wirklich ernst nimmt.

⁹⁸ Zur methodologischen Einbeziehung der EGMR-Rechtsprechung im vorliegenden Kontext auch SK/StPO-*Deiters* (Fn. 13), § 24 Rn. 23.

⁹⁹ EGMR NJW 2021, 2947, 2948; vgl. dazu auch bereits EGMR NJW 2006, 2901, 2902.

nötigt ihm ggf. schwer nachvollziehbare Vertrauensvorschüsse in die Unbefangenheit der Justiz ab; er geht vielmehr vom Angeklagten aus und nimmt die Justiz in Anspruch, die ein vertrauenswürdiges Bild abgeben muss. Das kann man mit einem Richterbild „von unten“ gut in Einklang bringen. Das Richterbild „von oben“ hat damit aber insoweit Schwierigkeiten, als es danach nicht zuerst darauf ankommt, dem Angeklagten (aktiv) Vertrauen „einzufloßen“, sondern dieses Vertrauen des Angeklagten bereits (passiv) vorausgesetzt wird.

II. Konsequenzen?

Abschließend sind zumindest noch einige knappe Bemerkungen zu den praktischen Konsequenzen der hier anvisierten Revision des Richterbildes angezeigt. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit diese Revision *de lege lata* erfolgen kann oder ob der Gesetzgeber *de lege ferenda* zum Handeln aufgerufen ist.

Das Richterbild „von unten“ drängt *de lege lata* dazu, bestimmte Ausprägungen des hierzulande „etablierten“ Verfahrensablaufs zukünftig stärker über konventionsorientierte (freilich über den unmittelbaren Gegenstand der EGMR-Rechtsprechung hinausgehende) Befangenheitsanträge zu korrigieren. Bei *intensiver* Vorbefassung *im Einzelfall* muss eine Besorgnis der Befangenheit *häufiger* als nach bisheriger Praxis bejaht werden. Eine in der Literatur vertretene Ansicht greift dies zumindest bei einer Vorbefassung durch *instanzabschließende Entscheidungen* bereits auf, z.B. für die Konstellation der Vorabentscheidung gegen einen anderen Beteiligten (wie in der Rechtssache Meng) oder für den Fall des § 354 II StPO.¹⁰⁰ Im Fall solcher Entscheidungen lässt sich argumentieren, dass die Vorbefassung den Charakter des Vorläufigen verliert und sie daher regelmäßig als *intensiv* zu beurteilen ist. Für ein Richterbild „von unten“ sind aber die Konstellationen der Vorbefassung durch *vorläufige* Zwischenentscheidung ebenso nicht unproblematisch,¹⁰¹ denn aus dem Horizont des Angeklagten (selbst wenn man diesen objektiviert

¹⁰⁰ Schlichter (Fn. 13), S. 42 (Rn. 44) konnte noch davon ausgehen, dass BGHSt 21, 142, 144 ff. – den Lehrfall einer Vorbefassung durch abschließende Entscheidung – von der „ganz herrschenden Lehre“ abgelehnt wird. In diesem Sinne auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 8 Rn. 10. Differenzierend und eine konventionskonforme Auslegung erwägend SK/StPO-Deiters (Fn. 13), § 24 Rn. 23 f. In Richtung einer Differenzierung zwischen abschließender Entscheidung und Zwischenentscheidung heute auch Beulke/Swoboda (Fn. 2), § 4 Rn. 117.

¹⁰¹ In diese Richtung bereits BVerfGE 30, 149, 160 [Sondervotum].

zu verstehen hat)¹⁰² *kann* bereits die Bejahung eines bestimmten Verdachts das Vertrauen in ein unbefangenes Urteil erschüttern. So liegt es nicht fern, dass z.B. bei *intensiver* Vorwürdigung im Einzelfall durch Erlass eines Haftbefehls der Eindruck einer Vorfestlegung entsteht und daher eine Besorgnis der Befangenheit anzunehmen ist.¹⁰³

Etwas grundlegender aufzugreifen ist aus dieser Sicht darüber hinaus die (unter B.I. bereits angesprochene) systematische Diskussion um die Umkehrung des aus den Ausschließungsgründen der §§ 23, 148a II StPO (sowie ergänzend § 22 Nr. 4 und Nr. 5 StPO) für § 24 StPO abgeleiteten Regel-Ausnahme-Verhältnisses: Anstatt aus dem Nicht-Vorliegen eines gesetzlichen Ausschlussgrundes den Umkehrschluss der mangelnden Besorgnis der Befangenheit zu ziehen, spricht das Richterbild „von unten“ (zumindest jenseits expliziter gesetzlicher Regelungen) dafür, aus der Vergleichbarkeit der richterlichen Vorbefassung zu den gesetzlichen Ausschlussgründen *regelmäßig* einen Befangenheitsgrund abzuleiten.¹⁰⁴ Damit würde man aus teleologischen Gründen¹⁰⁵ (konventionsorientiertes Richterbild „von unten“) die etablierte Gesetzessystematik auf den Kopf stellen und die darauf aufbauende Praxis in besonderem Maß herausfordern. Dann wären richterliche Vorbefassungen *jenseits der explizit gesetzlich vorgegebenen* an sich zu vermeiden; Befangenheitsanträge könnten nur ausnahmsweise (etwa bei Vorbefassung mit besonders geringer Intensität) abgelehnt werden.

Insgesamt liegt es aber näher, die damit anvisierte grundlegende Reform des Befangenheitsregimes nicht über eine weitreichende Auslegungsänderung *de lege lata*, sondern *de lege ferenda* anzugehen.¹⁰⁶ Letztlich sind für ein Richterbild „von unten“ nicht erst die atypischen, sondern bereits die typischen, d.h. die in der Verfahrensstruktur selbst angelegten,¹⁰⁷ Konstellationen der Vorbefassung ein Problem. Entsprechend hatte das

¹⁰² Üblicherweise spricht man von einem „objektiv individuellen Maßstab“, vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 8 Rn. 9 f.

¹⁰³ Vgl. dazu etwa auch EGMR v. 24.5.1989, 10486/83 (Hauschildt vs. Dänemark).

¹⁰⁴ In diese Richtung viel früher schon *Arzt* (Fn. 22), S. 17 ff., 65 ff. Z.T. wurde die Vorbefassung als Indiz für Befangenheit begriffen, dazu *Wassermann*, in Alternativkommentar Strafprozeßordnung, Bd. 1, 1988, § 24 Rn. 34; tendenziell in diese Richtung, aber mit abgestufter Argumentation *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 22 Rn. 20, § 23 Rn. 3; *Conen/Tsambikakis*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 24 Rn. 52 ff.

¹⁰⁵ Vgl. zur Systematik *Roxin/Schünemann* (Fn. 100), § 8 Rn. 9 f.; *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), Vor § 20 Rn. 20, § 24 Rn. 29, der eine konventionskonforme Auslegung erwägt, aber ablehnt.

¹⁰⁶ Für eine rechtspolitische Lösung bspw. *SK/StPO-Deiters* (Fn. 13), § 24 Rn. 28.

¹⁰⁷ *AK/StPO-Wassermann* (Fn. 104), § 24 Rn. 34.

Sondervotum zu BVerfGE 30, 149 ein Tätigwerden des Gesetzgebers angeregt und die „Mitwirkung des Eröffnungsrichters im Hauptverfahren [...] als eine Ausnahme“ betrachtet, „über deren innere Berechtigung in Zukunft der Gesetzgeber zu befinden haben wird“.¹⁰⁸ Insofern ist es zu begrüßen, dass die rechtspolitische Diskussion heute langsam wieder einsetzt. So fordert z.B. *Wehnert* eine Ergänzung von § 22 StPO für die Fälle der Vorbefassung „in einem anderen Verfahren in der Sache“¹⁰⁹. Auch über den Eröffnungsbeschluss und die Trennung von eröffnendem und erkennendem Richter sollte unter den Vorzeichen eines Richterbildes „von unten“ neu diskutiert werden. Die RStPO v. 1877 belegt dabei, dass selbst innerhalb der hierzulande etablierten Prozessstruktur eine alternative Regelung nicht undenkbar ist. Dass diese alte Kompromisslösung die entscheidenden Anregungen bereits enthält, um heutigen Ansprüchen gerecht zu werden, ist gleichwohl eher zweifelhaft. Hier muss erst die weitere Diskussion Klarheit bringen. Dem Anspruch eines konventionsorientierten Rechtsstaats kann es jedenfalls nicht entsprechen, dieser Diskussion, auch wenn sie einige komplexe – die Prozessstruktur als solche berührende – Fragen aufwirft, mit Hinweis auf eine exekutive Notverordnung aus dem Jahr 1924 auszuweichen.

¹⁰⁸ BVerfGE 30, 149, 160 [Sondervotum].

¹⁰⁹ *Wehnert*, FS-Ignor, 2023, 867, 880. Vgl. auch *Müller-Jacobsen*, FS-Ignor, 2023, 699, 707. Man fragt sich jedoch, ob hierfür nicht § 23 StPO, der bereits zwei Fälle der richterlichen Vorbefassung enthält, der geeignetere Ort wäre.