

Alfred Dierlamm

Ausschließung und
Ablehnung von Tatrichtern
nach Zurückverweisung
durch das Revisionsgericht
(§ 354 Abs. 2 StPO)



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Schrifttumsverzeichnis

Rdnr.

1. Hauptteil:	Problemstellung	1
1. Kapitel:	Einleitung	1
§ 1	<i>Anlaß, Gegenstand und Zweck der Untersuchung</i>	1
§ 2	<i>Gang der Untersuchung</i>	12
2. Kapitel:	Erscheinungsformen richterlicher Vorbefäßtheit	16

§ 3	<i>Befassung des Richters in unterschiedlichen Verfahrensstadien</i>	17
I.	Vorbefassung des Richters im Ermittlungsverfahren	18
II.	Vorbefassung des Richters im Eröffnungsverfahren	19
§ 4	<i>Mehrfachbefassung infolge der Überprüfung vorhergehender Entscheidungen</i>	20
§ 5	<i>Mehrfachbefassung in unterschiedlichen Strafverfahren</i>	21
§ 6	<i>Mehrfachbefassung in Verfahren unterschiedlicher Art</i>	22
§ 7	<i>Fazit: Systemimmanenz und Strukturbedingtheit richterlicher Vorbefasstheit</i>	23
3. Kapitel:	Das gesetzliche Instrumentarium - Überblick über die strafverfahrensrechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit Fällen richterlicher Vorbefasstheit	24
§ 8	<i>Der gem. § 23 StPO ausgeschlossene Richter - Iudex inhabilis -</i>	25
I.	Normzweck des § 23 StPO	25
II.	Wirkung der Ausschließung	27

III.	Anwendungsbereich des § 23 StPO	28
IV.	Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters als Revisionsgrund	30
V.	Historische Entwicklung der Ausschließung wegen richterlicher Vorbefäßtheit	31
§ 9	<i>Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gem. § 24 StPO - Iudex suspectus -</i>	35
I.	Normzweck des § 24 StPO	35
II.	Verfahren	36
III.	Voraussetzungen nach § 24 Abs. 1, 2 StPO	37
IV.	Revision	38
V.	Selbstanzeige gem. § 30 1. Alt. StPO	39
VI.	Befangenheitsablehnung aus historischer Sicht	40
1.	Das sog. peremptorische Recusationsrecht im römischen Recht	40
2.	Fortentwicklung des Recusationsrechts bis zum gemeinen Recht	41
3.	Die Partikularprozeßordnungen	50
4.	Die Strafprozeßordnung von 1877	55

4. Kapitel: Die Zurückverweisung gem. § 354 Abs. 2 StPO	57
§ 10 Die Zurückverweisung - Teil der Rechtsfindung durch das Revisionsgericht	58
I. Regelungsgehalt des § 354 StPO	58
II. Exkurs: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift des § 354 Abs. 2 StPO unter dem Gesichtspunkt der "beweglichen Zuständigkeit"	61
§ 11 Der Problemfall der Richteridentität und seine Ursachen	67
2. Hauptteil: Richteridentität nach Zurückverweisung als Ausschließungsgrund	74
1. Kapitel: § 354 Abs. 2 StPO als Ausschließungsgrund	75
§ 12 Konzeption von Zeit	75
§ 13 Ansicht des Landgerichts Ulm	76
§ 14 Ansicht Overhoffs	77

§ 15 Kritische Stellungnahme	78
I. § 354 Abs. 2 als Ausschließungsgrund - Rechtsfindung innerhalb des gesetzlichen Regelungsrahmens?	78
1. Grenzen der Gesetzesauslegung	80
a) Der "mögliche Wortsinn" des Gesetzes als formale Begrenzung des gesetzlichen Regelungsrahmens	82
b) Die rechtspolitische Wertentscheidung des Gesetzgebers als materiale Begrenzung des gesetzlichen Regelungsrahmens	83
(1) Subjektive Theorie	84
(2) Objektive Theorie	85
(3) Stellungnahme	86
2. § 354 Abs. 2 StPO und die Schranken richterlicher Rechtsfortbildung secundum legem	87
a) Möglicher Wortsinn des § 354 Abs. 2 StPO	88
b) Rechtspolitische Wertentscheidung des historischen Gesetzgebers: § 354 Abs. 2 StPO - ein Redaktionsversehen?	91
II. Ergebnis	97

2. Kapitel: Ausschließung aufgrund einer Gesetzesanalogie zu § 23 StPO	98
§ 16 <i>Ansatz Hannovers</i>	99
§ 17 <i>Kritische Stellungnahme</i>	100
I. Der Ansatz Hannovers als Rechtsfindung jenseits des gesetzlichen Regelungsrahmens	101
II. Fehlen einer Regelungslücke	102
III. Konzeption Hannovers als zulässige Rechtsfortbildung contra legem?	105
IV. Ergebnis	110
3. Kapitel: Ergebnis	111
3. H a u p t t e i l: Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit gem. §§ 24, 30 1. Alt. StPO	113
1. Kapitel: Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung	118

§ 18	<i>Konzeption der herrschenden Literaturauffassung</i>	118
§ 19	<i>Gegenauffassung der Rechtsprechung und eines Teils der Literatur</i>	120
I.	Kernaussagen	120
II.	Konkretisierung der "besonderen Umstände" durch die Judikatur	123
1.	"Abträgliche Werturteile"	123
2.	"Mechanische Konsequenz" oder "persönliche Überzeugung"?	127
3.	"Besonders gefestigte und vertiefte Anschauung von der Schuld- und Straffrage"	128
2. Kapitel:	Kritische Stellungnahme und eigene Ansicht	130
§ 20	<i>Der Begriff der "Parteilichkeit" i.S.d. § 24 Abs. 2 StPO</i>	133
I.	Herrschender Parteilichkeitsbegriff	133
II.	Parteilichkeitsbegriff Friesenhahns	137
III.	Stellungnahme Schmid	139
IV.	Parteilichkeitsbegriff von Arzt	140

V.	Exkurs: Der marxistisch-leninistische Begriff der Parteilichkeit	145
VI.	Stellungnahme	148
VII.	Ergebnis	156
§ 21	<i>Gefahr der Voreingenommenheit in Fällen richterlicher Vorbefäßtheit</i>	157
I.	Heutiges Richterbild vor dem Hintergrund seiner dogmenhistorischen Entwicklung	167
1.	Das altdeutsche "charismatische" Richterbild	167
2.	Der "bonus iudex" im Rechtsdenken des Mittelalters	168
3.	Richteridee der Neuzeit	170
a)	Gewissensbezogenheit richterlichen Handelns - Richterbild bei Luther -	170
b)	Richteridee des Freiherrn von Schwarzenberg	171
c)	Das personal-gewissensbezogene Richterbild der Voraufklärungszeit	172
4.	La bouche de la loi - Die mechanistische Richteridee der Aufklärung -	173
5.	Abkehr von der Richtervorstellung der Aufklärung - Richteridee Savignys -	175

6.	Begriffsjurisprudenz	178
7.	Interessenjurisprudenz	180
8.	Freirechtsbewegung - Wendung zum Voluntarismus -	182
9.	Wertungsjurisprudenz - Richterideal der Gegenwart -	184
10.	Folgerungen	188
II.	Analyse der Vorbefäßtheit unter richterpsychologischen Gesichtspunkten	193
1.	Der sog. "primacy effect"	195
2.	Wahrnehmung - ein wert-indifferenter Vorgang?	197
3.	Der "Halo-Effekt"	204
III.	Ergebnis	207
§ 22	<i>"Abstrakte" Ablehnungsgründe - systemwidrige Erweiterung der abschließend geregelten Ausschließungstatbestände</i>	210
I.	Beurteilung der Zulässigkeit "abstrakter" Ablehnungsgründe auf der Grundlage des interpretatorischen Zusammenhanges zwischen Ausschließung und Befangenheitsablehnung	214
1.	Darstellung des Meinungsstandes	214

a)	Herrschende Lehre: "Ausschließungsgründe als gesteigerte Ablehnungsgründe"	214
b)	Gegenansicht	217
2.	Stellungnahme	220
a)	Die gesetzgeberischen Materialien - erste Hinweise -	221
b)	"Abstrakte" Ablehnungsgründe und die Eliminierung des subjektiven Elements in § 24 Abs. 1, 2 StPO	223
c)	Speziell normierte abstrakte Ablehnungsgründe	226
d)	Befangenheitsablehnung als Befugnis in Ausnahmesituationen	230
II.	Ergebnis	233
1.	Systemwidrigkeit "abstrakter" Ablehnungsgründe	233
2.	Befangenheitsablehnung in Ausnahmefällen	234
3.	Generalklausel des § 24 Abs. 1, 2 StPO - Ermächtigung zur Bildung abstrakt-generellen Fallrechts?	235
§ 23	<i>Befangenheitsablehnung bei Richteridentität nach Zurückverweisung - Verstoß gegen die rechtspolitische Wertentscheidung des historischen Gesetzgebers</i>	239
I.	Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	241

1.	Herrschende Auffassung in der Literatur	241
2.	Rechtsprechung und vereinzelte Stimmen im Schrifttum	242
II.	Kritische Stellungnahme	243
III.	Ergebnis	250
§ 24	<i>Richterliche Vorbefäßtheit im allgemeinen und Richteridentität nach Zurückverweisung im besonderen und die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht</i>	251
I.	Prinzip des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	255
1.	Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund des Prinzips vom gesetzlichen Richter	257
2.	Das Unparteilichkeitspostulat und der Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in seiner heutigen Ausprägung	261
a)	Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes	261
(1)	1. Phase: Garantie einer formalen Zuständigkeitsordnung	262
(2)	2. Phase: Ergänzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG um materielle Gesichtspunkte	263
(3)	3. Phase: Einbeziehung der richterlichen Unparteilichkeit in die Garantie des gesetzlichen Richters	264



(4)	4. Phase: Sachliche Unvoreingenommenheit des Richters und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	266
(5)	Fazit	267
b)	Traditionelle Lehre Bettermanns und Henkels	268
c)	Konzeption Hamms	273
d)	Eigene Stellungnahme	277
(1)	"Materialisierung" des "gesetzlichen Richters"	277
(2)	Das Unparteilichkeitspostulat als Kernbereichsgewährleistung im Prinzip des gesetzlichen Richters	288
(a)	Inhalt und Rechtfertigung des Kernbereichsgedankens	290
(aa)	Sachbezogene Voreingenommenheit als systemimmanentes und strukturbedingtes Phänomen	298
(bb)	Tendenz auch des BVerfG zur Kernbereichsreduktion?	303
(cc)	Einschränkung der Schutzintensität im Rahmen der formalen Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	305
(dd)	Ergebnis	307

(b)	Definition des Kernbereiches	308
(3)	Ergebnis	310
II.	Vereinbarkeit mit Art. 97 GG - Die richterliche Unabhängigkeit und das Unparteilichkeitspostulat	311
1.	Vereinzelt gebliebene Stimmen im Schrifttum	313
2.	Herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung	314
3.	Kritische Stellungnahme	315
III.	Art. 92 GG	321
IV.	Art. 103 Abs. 1 GG	326
1.	Auffassung Kühnes	328
2.	Kritische Stellungnahme	329
V.	Art. 3 Abs. 1 GG	337
VI.	Gebot fairen Verfahrens gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip	341
VII.	Ergebnis	343

§ 25	<i>Exkurs: Richteridentität nach Zurückverweisung und die Unparteilichkeitsgarantie in Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)</i>	344
I.	Allgemeine Wirkungsmechanismen zwischen den Verfahrensgarantien der EMRK und nationalem Recht	348
II.	Garantie der Unparteilichkeit i.S. des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	353
III.	Ergebnis	358
3.	Kapitel: Ergebnis	359
4.	Hauptteil: Richteridentität nach Zurückverweisung als nach Vertretungsgrundsätzen zu behandelnde "Verhinderung" i.S. der §§ 21 e, f, 22 b, 70 GVG	361
1.	Kapitel: Darstellung der Konzeption	361
2.	Kapitel: Kritische Stellungnahme	362

5. Hauptteil:	Verfassungskonforme Auslegung des § 354 Abs. 2 StPO: Vermeidung der Richteridentität durch "gezielte" Ausübung des Zurückverweisungs-ermessens	370
1. Kapitel:	Die Zurückverweisung als Ermessensentscheidung	373
2. Kapitel:	§ 354 Abs. 2 StPO und verfassungskonforme Auslegung	375
§ 26	<i>Funktionsweisen der verfassungskonformen Auslegung</i>	376
I.	Verfassungskonforme Auslegung als normerhaltendes Prinzip	376
II.	Verfassungskonforme Auslegung als allgemeines Interpretationsprinzip	377
§ 27	<i>Die verfassungskonforme Auslegung in ihrer Bedeutung für die Zurückverweisung</i>	378
§ 28	<i>Einwände</i>	382
I.	Divergenz von Theorie und Praxis - Probleme bei der Bewältigung eines systemunverträglichen Verwaltungsaufwandes	382
II.	Statuierung von Informations- und Prüfungspflichten für den zurückverweisenden Revisionsrichter als Verstoß gegen das contra-legem-Verbot	386

3. Kapitel: Ergebnis	388
6. Hauptteil: Resümee	390
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	394