

Über den strafprozessualen Richterablehnungsgrund der „Besorgnis der Befangenheit“ wurde bis vor 25 Jahren jahrzehntelang erfolglos gestritten. Seitdem beschränken Rspr. und Lit. sich weitgehend darauf, eine Systematisierung unterschiedlicher Fallgruppen der Besorgnis der Befangenheit vorzunehmen. An konsensfähigen Leitprinzipien fehlt es bis heute. Der Beitrag unternimmt daher den Versuch – ausgehend vom Gesetzeswortlaut – Begriff und Maßstab der Besorgnis der Befangenheit zu konkretisieren.

## I. Einführung

Die Unparteilichkeit des Richters gehört als unabdingbare Voraussetzung zu den anerkannten und elementaren Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Eine solche Unparteilichkeit setzt Unvoreingenommenheit voraus. Da diese sich nicht aus der Position des Richters gleichsam von selbst ergibt, bedarf sie der gesetzlichen Gewährleistung. Die Strafprozessordnung unternimmt den Versuch dieser Gewährleistung mittels zweier unterschiedlicher Regelungssysteme. Zum einen soll über das in §§ 1 ff. StPO normierte Regelungsregime die richterliche Zuständigkeit abstrakt ex ante bestimmt werden.<sup>1</sup> Dieses System muss freilich unvollkommen bleiben. Denn mit einer solchen, vom konkreten Fall abstrahierten Vorausbestimmung richterlicher Zuständigkeit, ist zunächst einmal nur das Fundament dafür gelegt, dass Manipulationen der Judikative verhindert und die Unparteilichkeit und Objektivität des zur konkreten Entscheidung berufenen Richters gewährleistet werden.<sup>2</sup> Steht der in diesem Sinne abstrakt und ex ante als für die Entscheidung eines Falles zuständig bestimmte Richter aber zu der konkreten Sache in einem persönlichen Näheverhältnis, das Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit aufkommen lässt, so tritt ein zweites Regelungssystem zur Sicherung der Unparteilichkeit und Neutralität des Richters hinzu: So enthalten zum anderen §§ 22 ff. StPO ein Regelungsnetzwerk zur Ausschließung oder Ablehnung eines an sich zuständigen Richters im Einzelfall.<sup>3</sup>

Die „aus der Gerechtigkeitsidee selbst“<sup>4</sup> ableitbare Voraussetzung der Unvoreingenommenheit des Richters wird in sämtlichen Verfahrensordnungen gewährleistet.<sup>5</sup> Die Recht-

sprechung des BVerfG und die h.L. sehen hierin eine Ausprägung des in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter.<sup>6</sup> Das dem Verfahrensbeteiligten damit eingeräumte Recht ist dann nicht gewährt, wenn dieser vor einem Richter steht, der aus bestimmten Gründen die gebotene Unvoreingenommenheit vermissen lässt.<sup>7</sup> Auch im Strafprozessrecht hat der Gesetzgeber daher Regelungen geschaffen, die neben den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften sicherstellen sollen, dass Richter im Einzelfall ausgeschlossen sind oder abgelehnt werden können, wenn Zweifel an deren Unparteilichkeit und Neutralität bestehen.<sup>8</sup> Indem §§ 22 ff. StPO gewährleisten sollen, dass nur solche Richter an der Entscheidungsfindung mitwirken, die dem konkreten Sachverhalt und den Verfahrensbeteiligten mit der Distanz eines Unbeteiligten und am Ausgang des Verfahrens uninteressierten Dritten gegenüberstehen, stellen sie auch eine besondere Ausprägung des Grundsatzes des fairen Verfahrens dar.<sup>9</sup>

Den Nachweis tatsächlich gegebener Parteilichkeit verlangt das Gesetz freilich nicht; vielmehr sollen nach ganz h.M. §§ 22 ff. StPO bereits den Anschein der Parteilichkeit vermeiden.<sup>10</sup> Dies zeigt besonders deutlich § 24 StPO, der (lediglich) von „Besorgnis“ der Befangenheit spricht.

## II. Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen

Die Vorschriften der §§ 22 ff. ergänzen also §§ 1 ff. StPO.<sup>11</sup> Dabei normieren §§ 22 ff. StPO ausnahmsweise Mitwirkungs-

\* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er ist Begründer, geschäftsführender Herausgeber und Schriftleiter der ZfIStw.

<sup>1</sup> Siehe Rotsch, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 1, 2025, Vor §§ 1 ff. Rn. 2.

<sup>2</sup> Vgl. Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 1 ff. Rn. 2.

<sup>3</sup> Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 1.

<sup>4</sup> Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, 1992, S. 136 f.

<sup>5</sup> Vgl. etwa §§ 42 ff. ZPO, § 54 VwGO, § 18 BVerfGG. Siehe auch Ignor, ZIS 2012, 228.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.2.1967 – 2 BvR 235/64 = BVerfGE 21, 139 (146); BVerfG, Beschl. v. 26.1.1971 – 2 BvR 443/6930 = BVerfGE 149, 153; BVerfG, Beschl. v. 12.1.1983 – 2 BvR 964/82 = BVerfGE 63, 77 (79); Conen/Tsambikakis, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Vor § 22 Rn. 1; Bockemühl, in: von Heintschel-Heinegg/Bockemühl (Hrsg.), KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung, 83. Lfg., Stand: 1.11.2017, Vor § 22 Rn. 1; Ignor, ZIS 2012, 228. A.A. Weßlau/Deiters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. I, 5. Aufl. 2018, Vor § 22 Rn. 9 f., die (allein) auf Art. 6 Abs. 1 EMRK abstellen.

<sup>7</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Vor § 22 Rn. 1; Ignor, ZIS 2012, 228.

<sup>8</sup> Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 2. Vgl. auch Weßlau/Deiters (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 1.

<sup>9</sup> Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 2 m.w.N

<sup>10</sup> Siolek, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Vor § 22 Rn. 1; Weßlau/Deiters (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 1; Bockemühl (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 1; Temming, in: Gercke/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2023, Vor § 22 Rn. 3.

<sup>11</sup> Vgl. Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S. 8; Hamm, Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis

verbote und § 24 StPO das Recht zur Ablehnung des an sich nach §§ 1 ff. StPO zuständigen Richters. In grundsätzlicher Hinsicht unterscheidet das Gesetz zwischen der Ausschließung (§§ 22, 23 und 148a Abs. 2 S. 1 StPO) und der Ablehnung (§ 24 StPO) eines Richters. Die Ausschließungsgründe des § 22 StPO – der Richter ist z.B. Verletzter der Straftat (Nr. 1), er steht in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnis zu dem Beschuldigten oder Verletzten (Nr. 3) oder er war mit der Sache bereits in anderer Funktion befasst (Nr. 4) – sind nach Auffassung des Gesetzgebers abstrakt-generell normierbar und dermaßen gewichtig, dass ihnen die unwiderlegliche Vermutung zukommt, mit ihrem Vorliegen sei objektiv Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters gegeben.<sup>12</sup> Die Gründe, die eine Ausschließung zur Folge haben, sind eng umgrenzt und im Gesetz abschließend aufgezählt.<sup>13</sup> Ist ein Ausschließungsstatbestand i.S.d. §§ 22 ff. StPO erfüllt, so tritt die Ausschließung des Richters ohne Weiteres und ohne Ausnahme kraft Gesetzes ein.<sup>14</sup> Die gerichtliche Feststellung eines Ausschließungsgrundes hat dementsprechend lediglich deklaratorische Bedeutung.<sup>15</sup>

Die Ablehnungsgründe gem. § 24 Abs. 1 Var. 2 StPO sind hingegen durch das Gesetz nicht spezifiziert.<sup>16</sup> Danach kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn in seiner Person im konkreten Fall Umstände gegeben sind, die in casu geeignet sind, Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit zu begründen. Damit ist bereits angedeutet, weshalb die seit Jahrzehnten immer wieder angemahnte Entwicklung präjudizieller Maßstäbe<sup>17</sup> für die Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit solch intrikaten Schwierigkeiten ausgesetzt ist: Das Gesetz selbst erhebt in durchaus nicht unbedenklicher Weise die Einzelfallumstände zur Voraussetzung der Beurteilung des Einzelfalles. Auch diese Umstände betreffen das Verhältnis des Richters zu der konkreten Straftat; sie können aber aus ganz unterschiedlichen – nicht bereits in §§ 22 f. StPO abstrakt normierten – Gründen entstehen.<sup>18</sup> Diese Umstände sind insoweit individuell-subjektiv geprägt, als sie bei dem einen Richter zur

Besorgnis der Befangenheit führen können, während sie bei dem anderen dieses Misstrauen an seiner Unvoreingenommenheit nicht zu begründen vermögen.<sup>19</sup> Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen bestehen Unterschiede bei dem Auffangtatbestand<sup>20</sup> des § 24 StPO im Vergleich zu §§ 22 f. StPO. Die Besorgnis der Befangenheit ist von dem Verfahrensbeteiligten geltend zu machen; die entsprechende Entscheidung des Gerichts hat konstitutive Wirkung.<sup>21</sup> Die Ablehnung des Richters wirkt stets nur für die Zukunft und führt, anders als die erst mit der richterlichen Handlung oder nach ihr festgestellte Ausschließung, grundsätzlich nicht zur rückwirkenden Fehlerhaftigkeit.<sup>22</sup> Im Fall des § 24 StPO führt erst die Entscheidung des Gerichts dazu, dass der betroffene Richter von der weiteren Mitwirkung ausgeschlossen ist.<sup>23</sup> Die gerichtliche Feststellung der Ausschließung setzt entweder einen Antrag einer ablehnungsberechtigten Person oder eine Selbstanzeige des Richters gem. § 30 StPO voraus.<sup>24</sup>

### III. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit

#### 1. § 24 Abs. 2 StPO

Gem. § 24 Abs. 2 StPO findet die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Was unter „Besorgnis der Befangenheit“ zu verstehen ist, ist freilich seit Jahrzehnten umstritten.<sup>25</sup> Im Schrifttum wird seit jeher harsche Kritik geäußert an einer „heillos verwirrende[n]“<sup>26</sup>, „unübersichtlichen“<sup>27</sup> und „arbiträren“<sup>28</sup> Kasuistik, einer „weitgehend mit Zirkelschlüssen“<sup>29</sup> arbeitenden Einzelfallbetrachtung, die als „Kuriositätenschau“<sup>30</sup> einer „schier endlosen“<sup>31</sup> Rechtsprechung bezeichnet wird. Allerdings ist, wie gesagt, die Schwierigkeit, objektivierbare Maßstäbe zu entwickeln, zumindest zu einem guten Teil bereits im Gesetz selbst angelegt. Die in jeder Kommentierung zu findende Aufzählung von Fallgruppen hat durchaus ihre (praktische) Relevanz; sie darf aber insbesondere im Ablehnungsrecht freilich auch nicht überschätzt werden, stellen doch auch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die h.L. immer wieder heraus, dass die zur Ent-

der Befangenheit unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens, 1973, S. 53 f.; *Brandt-Janczyk*, Richterliche Befangenheit durch Vorbefassung im Wiederaufnahmeverfahren, 1978, S. 14; *Ernst*, Die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit gem. § 42 ZPO: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit, 1973, S. 141; Differenzierend *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 7.

<sup>12</sup> *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 2.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 3.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3; *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 1.

<sup>16</sup> *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3.

<sup>17</sup> *Hamm* (Fn. 11), S. 215.

<sup>18</sup> *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 4. Vgl. *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 2.

<sup>19</sup> *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 2. Beispiele bei *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 24 ff.

<sup>20</sup> *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 4.

<sup>21</sup> *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3.

<sup>22</sup> *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 4.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 4.

<sup>24</sup> Zu Einzelheiten insoweit *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 5 m.w.N.

<sup>25</sup> Vgl. nur *Arzt* (Fn. 11), S. 21 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> *Strate*, in: Brüssow (Hrsg.), Strafverteidigung und Strafprozeß, Festgabe für Ludwig Koch, 1989, S. 261 (262).

<sup>27</sup> *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 12.

<sup>28</sup> *Zuck*, DRiZ 1988, 179.

<sup>29</sup> *Lamprecht*, NJW 1993, 2222.

<sup>30</sup> *Chr. Richter II*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 559 (562).

<sup>31</sup> *Bockemühl* (Fn. 6), § 24 Rn. 10.

scheidung eines Einzelfalles herangezogenen vermeintlichen Grundsätze kaum jemals verallgemeinerungsfähig sind.<sup>32</sup> Dann hilft auch der Praxis die noch so dezidierte Aufzählung von Einzelfallentscheidungen nur bedingt weiter.<sup>33</sup> Trotz der gesetzesimmanenten Schwierigkeiten soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die Rede von der „Besorgnis der Befangenheit“ und die derzeit vorherrschende „Fallgruppensystematisierung“<sup>34</sup> darauf hin zu untersuchen, ob sie nicht doch Erkenntnisse für eine grundlegende(re) Beurteilung abwerfen. Das gilt umso mehr, als erstaunlicherweise bei der Untersuchung dessen, was „Besorgnis der Befangenheit“ meint, der durchaus hilfreiche Gesetzestext kaum jemals zu Rate gezogen wird.

## 2. Besorgnis der Befangenheit: Begriff und Maßstab

Bei den bislang erfolgten Versuchen, Begriff und Maßstab der Besorgnis der Befangenheit zu konkretisieren, fällt auf, dass nahezu immer so vorgegangen wird, dass zunächst und ohne Weiteres der „Maßstab“ der „Besorgnis der Befangenheit“ zu bestimmen versucht wird, um dann im Folgenden mehr oder weniger konsterniert die einschlägigen Fallgruppen aufzuzählen.<sup>35</sup> Allenfalls erfolgt eine gewisse Systematisierung der Kasuistik mithilfe von Fallgruppenbildungen: „Eine einfache subsumtionsfähige Formel für die von Rechts wegen beachtliche Besorgnis der Befangenheit ist nicht ersichtlich.“<sup>36</sup> Erstaunlich ist auch, dass man häufig bei der Begriffserläuterung der Befangenheit stehenbleibt,<sup>37</sup> obwohl es doch auf die „Besorgnis der Befangenheit“ ankommt.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.8.1996 – 2 BvR 115/95 = NJW 1996, 3333: „[...] kann nicht von einer verfahrensübergreifenden Generalablehnung die Rede sein, die gesetzlich nicht vorgesehen ist.“; BGH, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 StR 181/21 = NStZ 2023, 168 (172: „Gesamtabwägung aller Umstände im Einzelfall“); BGH, Beschl. v. 7.6.2022 – 5 StR 460/21 = NStZ-RR 2022, 288 (289: „besondere Umstände“); bezogen auf das Ordnungswidrigkeitenrecht OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 1.2.1979 – 3 Ws (B) 25/79 OWiG = VRS 57 (1979), 206 (207: „Entscheidend sind aber immer die Umstände des Einzelfalls.“). Ebenso die Lit., siehe z.B. *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 10; *Quarch*, JA 2005, 450 (451); *Mosbacher*, NStZ 2022, 641 (642).

<sup>33</sup> Siehe hierzu *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 24 ff., und die Angaben in der folgenden Fn.

<sup>34</sup> Vgl. die unterschiedlichen Gruppierungsversuche bei *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 13 ff.; *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 14 ff.; *Scheuten*, in: *Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, § 24 Rn. 5 ff.; *Bockemühl* (Fn. 6), § 24 Rn. 10 ff.; *Temming* (Fn. 10), § 24 Rn. 13 ff.; *Bosbach*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 9 ff.; *Ignor*, ZIS 2012, 232 ff.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 8 ff. einerseits, Rn. 14 ff. andererseits; *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 4 ff. einerseits, Rn. 13 ff. andererseits.

<sup>36</sup> *Ignor*, ZIS 2012, 228 (229).

<sup>37</sup> Vgl. z.B. *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 4; *Bockemühl* (Fn. 6), § 24 Rn. 5; *Scheuten* (Fn. 34), § 24 Rn. 3 (der zwar in der

Kaum Beachtung findet, dass das Gesetz uns hier, wie so häufig, weiterhilft. In § 24 Abs. 2 StPO findet sich nämlich eine Legaldefinition der Besorgnis der Befangenheit, wenn es heißt: „Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.“ Die Versuche, dem Begriff der Besorgnis der Befangenheit Konturen zu verleihen, müssen – und können – daher von dieser gesetzgeberischen Festlegung ausgehen und dürfen sie jedenfalls nicht ignorieren.<sup>39</sup>

Es muss daher ein Grund vorliegen, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Damit nimmt das Gesetz zum einen Bezug auf die Parteilichkeit (siehe sogleich unter a) des Richters, zum anderen stellt es aber klar, dass es eines Nachweises einer tatsächlich gegebenen Parteilichkeit gerade nicht bedarf, sondern es vielmehr ausreicht, wenn durch einen Umstand berechtigtes Mißtrauen an der Unparteilichkeit begründet wird („Besorgnis“ der Befangenheit, b). Bei der Begriffsbestimmung können diese gesetzlichen Konturierungen nicht außer Acht gelassen werden.

### a) Der Begriff der „Befangenheit“

Dem Gesetzeswortlaut Genüge zu tun ist noch relativ unproblematisch möglich bei dem Begriff der „Befangenheit“, weshalb hier auch weitgehende Einigkeit besteht. Auch § 24 StPO dient, wie §§ 22, 23 StPO, der Verwirklichung des Anspruchs auf einen unparteilichen Richter (siehe oben I.). Diese Unparteilichkeit als Attribut menschlichen Denkens und Agierens kann nach der Vorstellung des Gesetzgebers insbesondere dadurch beeinträchtigt werden, dass der Richter befangen ist. Offensichtlich versteht er unter Befangenheit nicht dasselbe wie das Gegenteil der Unparteilichkeit, sondern begreift Befangenheit als diejenige Voraussetzung, die die Unparteilichkeit dermaßen stark gefährdet, dass die Ablehnung sich hierauf – und nicht etwa auf die mangelnde Unparteilichkeit – beziehen muss. Es ist daher die Befangenheit zu besorgen, nicht die Parteilichkeit. Das ändert nichts daran, dass die Vorschriften der §§ 22 ff. StPO Ausfluss des Anspruchs auf den objektiv unparteilichen Richter sind, denn das ist der vom Gesetz angestrebte Zustand. Unter Befangenheit ist daher nach ganz h.M. eine innere Haltung des Richters zu verstehen, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit gegenüber den Verfahrensbeteiligten störend beeinflussen kann.<sup>40</sup> Wenn man in diesem Zusammenhang

Überschrift zutreffend die Besorgnis der Befangenheit in Bezug nimmt, inhaltlich die unterschiedlichen Probleme dann aber doch nur mit dem Begriff der Befangenheit in Verbindung setzt).

<sup>38</sup> Deutlich und wie hier *Ignor*, ZIS 2012, 228.

<sup>39</sup> Hierzu und zum Folgenden *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 11 ff.

<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.2.1967 – 2 BvR 235/64 = NJW 1967, 1123; RG, Urt. v. 30.11.1926 – I 662/26 = RGSt 61, 67; BGH, Urt. v. 9.2.1951 – 3 StR 48/50 = NJW 1951, 323; BGH, Urt. v. 13.7.1966 – 2 StR 157/66 = NJW 1966, 2321; BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710. Aus der Lit. z.B. *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 4; *Weßlau/Deiters*

immer wieder liest, dass eine erfolgreiche Ablehnung den Nachweis dieser Befangenheit deshalb nicht verlange, weil diese sich als innerer Zustand häufig nicht beweisen lasse,<sup>41</sup> so überzeugt dies nicht. Innere Zustände des Menschen nachzuweisen, verlangt die Rechtsordnung an vielen Stellen – man denke nur an den Vorsatznachweis oder den Nachweis bestimmter Absichten (z.B. bei §§ 242, 263, 267 StGB, § 6 VStGB) im materiellen Strafrecht – und der Praxis gelingt dies auch regelmäßig, indem sie auf objektive Manifestationen dieser inneren Zustände abstellt. Die Behauptung verkennt aber auch, dass das Rekurren auf die Befangenheit als innerer Zustand die Konsequenz von Sinn und Zweck des Ablehnungsrechts darstellt. Wenn nämlich das Institut der Ablehnung nicht nur Fehlurteile verhindern, sondern auch das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten, aber auch der Bürger in die Rechtsprechung gewährleisten will,<sup>42</sup> und deshalb bereits der Anschein jeder Parteilichkeit verhindert werden soll (siehe oben I. a.E.), dann ist es nur folgerichtig, dem Ablehnungsberechtigten die Last des Nachweises, dass die Befangenheit tatsächlich vorliegt, nicht aufzuerlegen.<sup>43</sup>

#### b) Der Begriff der „Besorgnis“

Alle weiteren Fragen stellen sich genau genommen dann aber nicht mehr bei dem Begriff der Befangenheit, sondern betreffen letztlich deren „Besorgnis“. Hier herrscht bis heute größte Uneinigkeit, aber auch Uneindeutigkeit.

##### aa) Die Auffassung der h.M.

Nach h.M., die freilich nicht immer deutlich zwischen Fragen der Befangenheit und solchen der Besorgnis trennt, gelten die folgenden Grundsätze: Das Vorliegen des Ablehnungsgrundes sei grundsätzlich vom Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilen; es spiele daher keine Rolle, ob diese innere Einstellung des Richters tatsächlich vorhanden und er wirklich parteilich oder befangen sei.<sup>44</sup> Ebenso wenig komme es darauf an, dass die Parteilichkeit sich im Ergebnis des Verfahrens niederschlagen könnte<sup>45</sup> oder dass der Richter sich selbst für befangen halte oder Verständnis für Zweifel an seiner Unbefangenheit aufbringe<sup>46</sup>. Da dieser Zustand in der Regel nicht bewiesen werden könne, sei vielmehr entschei-

dend, dass die Besorgnis der Befangenheit gegeben ist. Die Ablehnung sei daher schon dann begründet, wenn ein Anhaltspunkt vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen<sup>47</sup> (was freilich nur den Gesetzestext wiederholt). Nach der Rechtsprechung besteht die Besorgnis der Befangenheit dann, „wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln.“<sup>48</sup> Nach diesem „individuell-objektiven“ Maßstab<sup>49</sup> werden die Umstände grundsätzlich aus der Sicht des Ablehnungsberechtigten beurteilt.<sup>50</sup> Allerdings reiche es nicht aus, dass der Ablehnungsberechtigte subjektiv Misstrauen empfinde; die vorhandenen Umstände müssten vielmehr bei einer verständigen Würdigung geeignet sein, das Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Es komme damit auf den Standpunkt eines vernünftigen Ablehnenden an.<sup>51</sup> Er müsse daher Ablehnungsgründe vorbringen, die jedem unbeteiligten Dritten einleuchten.<sup>52</sup> Zwar werden die maßgeblichen Umstände damit zunächst vom Standpunkt des Ablehnungsberechtigten betrachtet, jedoch komme es nicht darauf an, dass dieser selbst gegenüber dem abgelehnten Richter tatsächlich Misstrauen empfinde.<sup>53</sup> Die Umstände, auf die der Ablehnende sich berufe, müssten sich auf feststehende Tatsachen beziehen; bloße Eindrücke oder Vermutungen seien nicht ausreichend.<sup>54</sup> Auch könne der Ablehnende aus seinem eigenen Verhalten keine Ablehnungsgründe herleiten, da er es sonst in der Hand hätte, sich nach Belieben jedem Richter zu entziehen.<sup>55</sup> Dass der Ablehnende gegen den Richter Dienstaufsichtsbeschwerde erhoben oder ein Disziplinarverfahren beantragt habe, rechtfertige die Ablehnung bspw. ebenso wenig wie die Erstattung einer Strafanzeige gegen den Richter.<sup>56</sup> Letztlich handele es sich

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 23.1.1991 – 3 StR 365/90 = NStZ 1991, 346.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.2.1995 – 2 BvR 1852/94 = NJW 1995, 1227; BGH, Beschl. v. 27.4.1972 – 4 StR 149/72 = NJW 1972, 1288.

<sup>49</sup> Arzt (Fn. 11), S. 21 ff.

<sup>50</sup> Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6; Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 10.

<sup>51</sup> RG, Urt. v. 8.12.1930 – II 827/30 = RGSt 65, 40; BGH, Urt. v. 9.2.1951 – 3 StR 48/50 = NJW 1951, 323 (324); BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711); Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6; Kudlich/Noltensmeier-von Osten (Fn. 40), § 24 Rn. 6.

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711).

<sup>53</sup> Vgl. Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 9.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 23.11.1995 – 1 StR 296/95 = NJW 1996, 1355 (1358); Bockemühl (Fn. 6), § 24 Rn. 6; Siolek (Fn. 10), § 24 Rn. 6; Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 11.

<sup>55</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996 – 2 BvR 1639/94 = NJW 1996, 2022; BGH, Urt. v. 7.10.1952 – 1 StR 94/52 = NJW 1952, 1425; Arzt (Fn. 11), S. 53 ff.; Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 7.

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 7.10.1952 – 1 StR 94/52 = NJW 1952, 1425; BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996 – 2 BvR 1639/94 = NJW 1996, 2022.

(Fn. 6), § 24 Rn. 8; Kudlich/Noltensmeier-von Osten, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 24 Rn. 6; Ignor, ZIS 2012, 231.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. Siolek (Fn. 10), § 24 Rn. 5; Bockemühl (Fn. 6), § 24 Rn. 5; Ignor, ZIS 2012, 231.

<sup>42</sup> Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 3.

<sup>43</sup> Vgl. Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 8.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 3.3.1966 – 2 BvE 2/64 = NJW 1966, 923 (924); BGH, Beschl. v. 27.4.1972 – 4 StR 149/72 = NJW 1972, 1288 (1289).

<sup>45</sup> Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 8; a.A. Arzt (Fn. 11), S. 102.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.1.1972 – 2 BvA 1/69 = BVerfGE 32, 288 (290); BGH, Urt. v. 20.11.1951 – 1 StR 300/51 = NJW 271 (272); Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6.

bei der Frage, ob Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters gerechtfertigt sei, um eine wertende Beurteilung des Einzelfalls.<sup>57</sup>

*bb) Versuch einer Konkretisierung*

Die h.M. vermag in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass bei ihr die Trennung zwischen der Befangenheit und ihrer Besorgnis verschwimmt, berücksichtigt sie die Legaldefinition des Gesetzes nicht hinreichend (1). Deshalb verkürzt der von ihr zugrunde gelegte „individuell-objektive Maßstab“ schon ganz generell die Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit (2). Aber auch der Maßstab des „vernünftigen Beschuldigten“ ist der Kritik ausgesetzt (3).

(1) Eine erfolgreiche Ablehnung setzt gem. § 24 Abs. 2 StPO voraus, dass „ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“. Die „Besorgnis“ der Befangenheit hat daher nach dem Gesetzeswortlaut zunächst einmal recht eindeutige Voraussetzungen. Die erste dieser Voraussetzungen ist der „Grund“ (für eine berechtigte Ablehnung). Dieser muss zweitens (lediglich) eine bestimmte Eignung aufweisen, er muss nämlich „geeignet“ sein – nächste und dritte Voraussetzung –, zu „Misstrauen“ an der Unparteilichkeit zu führen und schließlich – viertens – muss dieses Misstrauen „zu rechtfertigen“ sein. Legt man dem Versuch einer näheren Begriffsbestimmung diese vier Merkmale der Legaldefinition des § 24 Abs. 2 StPO zugrunde, so lassen die von der h.M. hiervon häufig losgelösten Scharmützel sich zunächst einmal sinnvoll systematisieren. Darüber hinaus lässt aber auch nur ein solches Vorgehen die stimmige Begründung einer nachvollziehbaren Konkretisierung dessen zu, was die „Besorgnis“ der Befangenheit ausmacht.

(2) Zunächst muss also ein „Grund“ vorliegen, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Dabei geht es jedenfalls nicht um einen „Befangenheitsgrund“, denn (tatsächlich) befangen muss der Richter gerade nicht sein.<sup>58</sup> Aber auch der Begriff des Besorgnisgrundes<sup>59</sup> bleibt ungenau, weil er im Unklaren lässt, was Bezugsgegenstand der Besorgnis ist. Richtigerweise sollte daher vom Befangenheitsbesorgnisgrund gesprochen werden, zugegebenermaßen ein rechtes Wortungeheuer, das man aber vielleicht aufgrund seiner präzisierenden Qualitäten noch hinzunehmen bereit ist. Wichtiger noch ist die Feststellung, dass es sich hierbei um einen rein objektiven Umstand, eine äußere gegenwärtige Tatsache, handelt.<sup>60</sup> Eines normativen Beurteilungsmaßstabs, über den man sich bei allen weiteren Voraussetzungen streiten kann (dazu sogleich), bedarf es hier nicht. Dagegen liegt der Einwand auf der Hand, es gebe

Fallgruppen, bei denen sich bereits insoweit die Frage nach einer Maßstabsperson stellt. Hierfür ließe sich etwa der Fall einer vom Richter getroffenen Entscheidung vorbringen, die seine Ablehnung dann rechtfertige, wenn sie den Anschein der Willkür erwecke.<sup>61</sup> Tatsächlich handelt es sich hierbei aber nicht mehr um eine Frage nach dem Vorliegen eines Befangenheitsbesorgnisgrundes, sondern bereits um eine solche der weiteren Voraussetzungen der Eignung der Entscheidung, berechtigtes Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen (genauer sogleich (3)). Denn der Grund für eine erfolgreiche Ablehnung ist in diesen Fällen das Ausmaß der Willkür, das sich durch die Entscheidung manifestiert, nicht die Tatsache der Entscheidung an sich. Die Voraussetzung des Befangenheitsbesorgnisgrundes sollte und kann daher von den umstrittenen Fragen nach dem zutreffenden Maßstab und der richtigen Maßstabsperson freigehalten werden.

(3) Anders sieht dies schon bei dem Merkmal der „Eignung“ aus. Wenn der Befangenheitsbesorgnisgrund (lediglich) geeignet zur Herbeiführung des in § 24 Abs. 2 StPO vorausgesetzten Misstrauens sein muss, setzt dies im Hinblick auf die Eignung zwingend eine Bewertung und damit die Beantwortung der Frage voraus, wessen Bewertung insoweit entscheidend ist. Hier kann es nicht auf den konkreten, individuellen Ablehnungsberechtigten ankommen; maßgebend muss vielmehr das objektive Urteil eines außenstehenden Dritten sein.

Es ist das Merkmal „Misstrauen“, das eine Berücksichtigung des individuellen Ablehnungsberechtigten erlaubt und verlangt. Der häufig schon hier geführte Streit um den „vernünftigen Angeklagten“<sup>62</sup> leidet darunter, dass auf die Legaldefinition der Besorgnis der Befangenheit keine Rücksicht genommen und dementsprechend nicht erkannt wird, dass es sich bei dem „berechtigten Misstrauen“ um zwei (!) Voraussetzungen handelt, die nicht nur zu trennen sind (zur Rechtfertigung des Misstrauens daher erst unten (d), sondern in denen eine Differenzierung zwischen „subjektiven“ und objektiven Maßstäben nachgerade angelegt ist. Stattdessen dreht die Diskussion sich bislang allein um das Begriffspaar der Besorgnis der Befangenheit, ohne ihre in § 24 Abs. 2 StPO gesetzlich normierten Voraussetzungen auch nur in den Blick zu nehmen.<sup>63</sup> Im Rahmen dieser losgelösten Kontroverse hat

<sup>61</sup> Dazu *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 33, 42.

<sup>62</sup> *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 7; *Mosbacher*, NSTz 2022, 641 (642: „vernünftige[r] Ablehnungsberechtigte[r]“); BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = BGHSt 21, 334 (341); OLG Koblenz, Beschl. v. 7.10.1985 – 2 Ws 618/85 = StV 1986, 7. Vgl. bereits BGH, Urt. v. 9.7.1953 – 5 StR 282/53 = BGHSt 4, 264 (269); BGH, Urt. v. 11.1.1963 – 3 StR 52/62 = BGHSt 18, 214 (215: „[...] bei den Angeklagten vernünftigerweise [...]“). Nach *Strate* (Fn. 26), S. 264, ein „monströse[r] Begriff“, eine „Schimäre“, hinter der sich die Rechtsprechung verschanze (S. 265).

<sup>63</sup> Bezeichnend in diesem Sinn bereits *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 24 Bem. 2: „Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn der Ablehnende von seinem Stand-

<sup>57</sup> *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 12; *Schmitt* (Fn. 7), § 24 Rn. 8; *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 9.

<sup>58</sup> *Ignor*, ZIS 2012, 228.

<sup>59</sup> So z.B. RG, Urt. v. 16.4.1912 – 326/12 = JW 1912, 943; *Arzt* (Fn. 11), S. 26; *Ignor*, ZIS 2012, 228.

<sup>60</sup> Siehe BGH, Urt. v. 12.2.1998 – 1 StR 588/97 = NJW 1998, 2458 (2459); *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 6; *Scheuten* (Fn. 34), § 24 Rn. 3. Vgl. auch *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 11.

sich die Meinung durchgesetzt, dass es auf den Standpunkt eines vernünftigen Ablehnenden ankomme.<sup>64</sup> Er müsse daher Ablehnungsgründe vorbringen, die jedem unbeteiligten Dritten einleuchten.<sup>65</sup> Dass der konkrete Ablehnungsberechtigte lediglich subjektiv Misstrauen empfinde, reiche damit gerade nicht aus.<sup>66</sup> Überzeugend ist das so nicht. Das beginnt schon im Ausgangspunkt damit, dass der vermeintlich individuell-objektive Maßstab der h.M. das subjektive Element in Wahrheit aus der Beurteilung eskamotiert.<sup>67</sup> Denn wenn entscheidend der „vernünftige Angeklagte“ ist, dann kommt es tatsächlich (allein) auf einen objektiven Betrachter an, der darüber entscheidet, ob der Ablehnungsgrund (objektiv) vernünftig ist.<sup>68</sup> Damit verkümmert die subjektive Komponente des vermeintlich individuell-objektiven Maßstabs aber bis zur Bedeutungslosigkeit. Sie geht über die selbstverständliche Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles – zu denen auch die Situation des Ablehnungsberechtigten gehört – nicht hinaus.<sup>69</sup> Daneben ist es eine Binsenweisheit, dass es sich bei der Figur des vernünftigen Angeklagten bzw. Dritten<sup>70</sup> um eine Fiktion handelt – es gibt ihn in Wahrheit nicht.<sup>71</sup> Das Recht auf den gesetzlichen Richter, der Grundsatz des fairen Verfahrens und der Anspruch auf rechtliches Gehör sind zwar verfassungsrechtlich verankerte objektive und allgemeingültige Verfahrensgarantien, sie verwirklichen sich aber stets im konkreten Verfahren gegenüber den konkreten Verfahrensbeteiligten. Wenn gegen einen rein subjektiven Maßstab vorgebracht wird, es widerspreche diesen Prinzipien, eine beliebige Ablehnung allein aus innerlichen Befindlichkeiten zuzulassen,<sup>72</sup> so ist das zwar richtig. Die notwendige Objektivierung kann aber über entsprechende Maßstäbe im Rahmen der Geeignetheit (des Besorgnisbefangenheitsgrundes) und der Berechtigtheit (des Misstrauens) hinreichend gewährleistet werden. Im Rahmen des Merkmals des Misstrauens hingegen spricht dies nicht gegen die Zugrundelegung eines rein subjektiven Maßstabs. Es leuchtet auch nicht ein, weshalb es ohne Weiteres ausgeschlossen sein soll, dass der Richter etwa einem kranken Angeklagten ge-

genüber besondere Nachsicht zu üben hat und es richtig sein soll, dem Angeklagten, der subjektiv jeden Anlass hat, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu hegen, das Ablehnungsrecht von vornherein zu beschneiden. Dass dieser Maßstab nicht einschränkungslos gelten kann, ist unbestritten.<sup>73</sup> Die erforderlichen Grenzen lassen sich aber zwanglos über das Merkmal der Berechtigtheit des Misstrauens einziehen (sogleich d). Aber nur, indem man anerkennt, dass es für das Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters auf den konkreten Verfahrensbeteiligten und dessen Verhältnis zu dem betreffenden Richter ankommt, verschafft man der individuell-subjektiven Komponente eines insgesamt individuell-objektiven Maßstabs wieder Geltung. Dabei ist dann freilich nicht vorausgesetzt, dass der Ablehnungsberechtigte dem Richter tatsächlich misstraut; ausreichend ist vielmehr, dass er glaubhaft macht, Anlass zu haben, von seinem Standpunkt aus Misstrauen zu hegen.<sup>74</sup>

(d) Nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 StPO ist vorausgesetzt, dass der Ablehnungsgrund geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu „rechtfertigen“. Es kommt also darauf an, dass das Misstrauen berechtigt ist. Das ist wiederum keine Frage, bei deren Beurteilung es auf die Meinung bzw. Einschätzung des Ablehnungsberechtigten ankommen kann.<sup>75</sup> Indem auch hier (wie bei der Geeignetheit) auf einen objektiven ex-ante-Maßstab abgestellt wird, kann die eingeforderte „vernünftige Würdigung“ aller Umstände<sup>76</sup> Wirkung entfalten und in den individuell-objektiven Beurteilungsmaßstab einfließen.

Über die Maßstabsperson ist damit freilich noch nichts gesagt. Dabei kann es ebenso wenig überzeugen, darauf abzustellen, es müssten solche Ablehnungsgründe vorgebracht werden, die jedem unbeteiligten Dritten einleuchten<sup>77</sup>, wie es angezeigt erscheint, auf einen durchschnittlich vernünftigen und verständigen Laien<sup>78</sup> abzustellen. Entscheidend kann in-

punkt aus bei verständiger Würdigung der Sachlage Anlaß hat, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln.“

<sup>64</sup> RG, Urt. v. 8.12.1930 – II 827/30 = RGSt 65, 40; BGH, Urt. v. 9.2.1951 – 3 StR 48/50 = NJW 1951, 323 (324); BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711); Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6; Kudlich/Noltensmeier-von Osten (Fn. 40), § 24 Rn. 6.

<sup>65</sup> BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711).

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711). Anders aber insbes. *Arzt* (Fn. 11), S. 21 ff.; *Krekeler*, NJW 1981, 1633 (1635).

<sup>67</sup> Noch rigoroser *Arzt* (Fn. 11), S. 22: „Eliminierung des subjektiven Elementes“.

<sup>68</sup> *Arzt* (Fn. 11), S. 22.

<sup>69</sup> *Arzt* (Fn. 11), S. 23.

<sup>70</sup> Ablehnungsberechtigter ist ja z.B. auch der Staatsanwalt, siehe *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 48.

<sup>71</sup> *Conen/Tsambikakis* (Fn. 6), § 24 Rn. 18.

<sup>72</sup> *Conen/Tsambikakis* (Fn. 6), § 24 Rn. 20.

<sup>73</sup> Auch *Arzt* als vehementer Verfechter eines subjektiven Maßstabs lässt die Berücksichtigung des unvernünftigen Angeklagten nicht grenzenlos zu, a.a.O. (Fn. 11), S. 29.

<sup>74</sup> So bereits *Arzt* (Fn. 11), S. 38. Ähnlich *Krekeler*, NJW 1981, 1636.

<sup>75</sup> Im Ansatz erkannt z.B. bei *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 7: „was sich schon aus dem Wort ‚rechtfertigen‘ ergibt.“

<sup>76</sup> So z.B. BVerfG, Beschl. v. 2.3.1966 – 2 BvE 2/65 = BVerfGE 20, 1 (5); BVerfG, Beschl. v. 3.3.1966 – 2 BvE 2/64 = BVerfGE 20, 9 (14); BVerfG, Beschl. v. 25.1.1972 – 2 BvA 1/69 = BVerfGE 32, 288 (290); BVerfG, Beschl. v. 7.12.1976 – 1 BvR 460/72 = BVerfGE 43, 126 (127); BVerfG, Beschl. v. 4.6.1986 – 1 BvR 1046/85 = BVerfGE 72, 296; BVerfG, Beschl. v. 12.7.1986 – 1 BvR 713/83, 1 BvR 921/84, 1 BvR 1190/84, 1 BvR 333/85, 1 BvR 248/85, 1 BvR 306/85, 1 BvR 497/85 = BVerfGE 73, 330; BVerfG, Beschl. v. 5.4.1990 – 2 BvR 413/88 = BVerfGE 82, 30 (38); BVerfG, Beschl. v. 1.10.1986 – 2 BvR 508/86 = NJW 1987, 429; BVerfG, Beschl. v. 2.12.1992 – 1 BvR 1213/85 = NJW 1993, 2231; *Zuck*, DRiZ 1988, 172 (174).

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711).

<sup>78</sup> Vgl. RG, Urt. v. 4.1.1927 – 828/26 = GA 71 (1927), 132.

soweit nur der vernünftige und verständige Verfahrensbeteiligte sein; dabei ist z.B. bei einer Ablehnung durch einen Angeklagten der typisierte Angeklagte, bei einer Ablehnung durch den Staatsanwalt der typisierte Staatsanwalt maßgebend. Auf ein „objektiviertes Über-Ich“<sup>79</sup> kommt es dabei nicht an.

(e) Die beiden Merkmale der Geeignetheit des Befangenheitsbesorgnisgrundes und der Berechtigtheit des Misstrauens als nach objektivem ex-ante-Urteil zu bewertende Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit hegen gleichsam das nach einem rein subjektiv-individuellen Maßstab – demjenigen des konkreten Ablehnungsberechtigten – zu bestimmende des Misstrauens in objektiver Weise ein. Damit ist in der Tat ein individuell-objektiver Maßstab entscheidend, der aber nicht mehr oder weniger freihändig behauptet, sondern nur in konkreter Ausrichtung an den gesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit ausgerichtet werden kann. Nur die Berücksichtigung des konkreten Ablehnungsberechtigten in seiner Situation, unter Berücksichtigung seiner (verfahrensrelevanten) persönlichen Umstände auf der einen und die Einhegung dieser individuell-subjektiven Komponente durch die Objektivierung von Geeignetheit und Berechtigtheit auf der anderen Seite gewährleisten das Recht auf den gesetzlichen Richter, den Anspruch auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör gleichermaßen.

#### IV. Schluss

Nach alledem ist auch deutlich geworden, in welchem Verhältnis die häufig nicht deutlich getrennten Begriffe der Befangenheit und der (Un-)Parteilichkeit zueinander stehen. Das Misstrauen des Ablehnungsberechtigten, das dieser nach objektiver Würdigung berechtigterweise zu hegen befugt ist, muss sich nämlich gegen die Unparteilichkeit des Richters (nicht dessen [Un-]Befangenheit) wenden. Erst hieraus ergibt sich die Besorgnis der Befangenheit. Während die (Un-)Parteilichkeit des Richters als Attribut menschlichen Denkens und Handelns ein innerer Zustand *und* ein damit korrespondierendes äußeres Verhalten ist, stellt die – besorgte – Befangenheit die maßgebliche rein innere Ursache für die (Gefahr der) Parteilichkeit dar. Die in § 24 Abs. 2 StPO vorausgesetzten Befangenheitsbesorgnisgründe sind deshalb genau genommen „Befangenheitsbesorgniseignungsgründe“.

---

<sup>79</sup> Vgl. *Lamprecht*, NJW 1993, 2222.